

**TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER
L'EMILIA-ROMAGNA - BOLOGNA**
RICORSO

(EX ART. 21-BIS, LEGGE N. 287/1990)

nell'interesse del **Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato** ("Autorità" o "**AGCM**") in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, con sede in Piazza G. Verdi 6/A - 00198 Roma, C.F. e P.IVA 97076950589, rappresentata e difesa, con ogni e più ampia facoltà di legge, giusta procura rilasciata su foglio separato, congiunto materialmente al ricorso, da considerarsi apposta in calce, dall'avv. Filippo Cammelli (C.F. CMM FPP 71C22 A944S; fax 051.221158; pec: filippocammelli@ordineavvocatibopec.it) ed elettivamente domiciliato presso il suo studio, in Bologna, Piazza Aldrovandi n. 3, presso il quale si chiede di indirizzare tutte le necessarie informazioni.

- **ricorrente** -

contro

COMUNE DI MISANO ADRIATICO ("Comune"), in persona del Sindaco pro tempore, C.F./P IVA 00391260403, con sede a Misano Adriatico (RN), in Via Repubblica, 140; PEC: comune.misanoadriatico@legalmail.it;

- **resistente** -

e nei confronti di

- **MONTANARI FLAVIANA E BAGLI GUIDO S.N.C.**, in persona del legale

rappresentante *pro-tempore*, Codice fiscale: 02275530406 Via Litoranea Nord, SNC, 47843- Misano Adriatico (RN) pec: bagnisalvatorezona1@pcert.postecert.it;

- **ASTORIA S.A.S. DI SAPONI UMBERTO**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, Codice Fiscale 03402000404 Via Emilia, 60 47843- Misano Adriatico (RN) PEC: astoriasas@pec.it;

- **DA MINO S.N.C. DI MINOTTI ROBERTO & C.**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, Codice Fiscale: 01572920401 Litoranea nord, 4 47843- Misano Adriatico (RN) PEC: damino@pec.it;

- **BASSAMAREA DI MAGGIOTTI ANGELINO E CASOLI GRAZIELLA S.N.C.**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, Codice Fiscale 00646630400 PIAZZA VENEZIA 2, 47843 - MISANO ADRIATICO (RN) PEC: bassamareami-sano@pec.it;

- **controinteressati** -

AVVERSO E PER L'ANNULLAMENTO,

PREVIA SOSPENSIONE DELL'EFFICACIA:

- della Deliberazione della Giunta del Comune di Misano Adriatico del 22 dicembre 2023, n. 134, avente a oggetto "*Linee di indirizzo in merito all'esercizio delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo a seguito dell'evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale in materia di concessioni di beni pubblici ad uso turistico ricreativo*" (di seguito "**Delibera n. 134/2023**" o anche solo "**Delibera**") (**doc. 1**);

- ove occorra, della nota del Comune di Misano Adriatico del 16 febbraio 2024 recante "*Segnalazione in merito a possibili profili anticoncorrenziali riguardanti il rilascio delle concessioni demaniali a uso turistico-ricreativo nel Comune di Misano Adriatico – Richiesta di informazioni – riscontro.*"

(di seguito solo “**Nota**”) (**doc. 2**);

- di tutti gli atti ad essa annessi, connessi, presupposti e consequenziali (anche non ancora conosciuti).

* * * *

Con il presente ricorso l’AGCM agisce ai sensi dell’art. 21-bis (*“Poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza”*) della legge n. 287/1990 recante *“Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”* per l’impugnazione della Delibera n. 134/2023 e della Nota (di seguito “**Atti impugnati**”), che attuano, di fatto, una proroga illegittima delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative di competenza del Comune di Misano Adriatico (di seguito: “**Concessioni**”) in forza di richiamate disposizioni normative - e considerazioni soggettive, svolte dal Comune negli Atti impugnati - contrastanti con la libertà di concorrenza, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione e circolazione dei servizi nel mercato interno, garantite - e promosse - dal diritto europeo direttamente applicabile.

Fatto

1) In data 22 dicembre 2023, la Giunta del Comune di Misano Adriatico emanava la Delibera n. 134/2023 con la quale, con riferimento al vigente obbligo di affidare le Concessioni mediante gara pubblica, riteneva che: *“La quasi totalità degli stabilimenti balneari presenti sulla spiaggia del territorio comunale è di proprietà degli operatori balneari ed in mancanza di criteri uniformi per la quantificazione dell’indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante, da parte del legislatore statale risulta impossibile per questa amministrazione procedere alla definizione di una procedura di evidenza pubblica che*

tenga conto delle strutture esistenti.” e, dunque, che: “Le criticità anzidette possono essere ricondotte nell’alveo della **oggettiva impossibilità di avvio e conclusione delle procedure** entro i termini indicati in precedenza dalla giustizia amministrativa e dalla legislazione successiva tale per cui ricorrono nel caso di specie le condizioni per cui è possibile procedere ad una proroga tecnica delle concessioni in scadenza al 31 dicembre 2023 nelle more dell’esperimento delle procedure di gara avviate dal Comune.” (pag. 5 della Delibera n. 134/2023);

2) per effetto di quanto sopra riportato, il Comune di Misano Adriatico, con la Delibera stabiliva di: “1. di prendere atto di tutto quanto in premessa citato, che costituisce parte integrale e sostanziale del presente atto; 2. di dare indirizzo al Responsabile del Settore Attività Economiche, turismo, Sport, Cultura e Cittadinanza Attiva affinché dia seguito all’istruttoria per la definizione del “capitolato di affidamento tipo” così da avviare le procedure competitive di assegnazione; 3. di dare al predetto responsabile l’indirizzo di organizzare gli uffici con risorse umane necessarie all’espletamento delle procedure ad evidenza pubblica predisponendo un programma, anche cronologico, delle attività che dovranno essere svolte; 4. di stabilire che nella valutazione dei criteri di selezione dovranno essere utilizzate le indicazioni contenute nell’art. 4 della Legge 118/2022; 5. di individuare, al solo fine di contemperare l’avvio delle procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni degli spazi demaniali marittimi in parola, il termine del 31 dicembre 2024 per le concessioni interessate in precedenza da proroghe di legge, in ragione delle esigenze di continuità del servizio e degli altri interessi enumerati nella parte motiva del presente atto (...)” (pag. 6 della Delibera n. 134/2023).

3) in data 6 febbraio 2024, l’AGCM inviava al Comune una richiesta di informazioni avente ad oggetto: “Segnalazione in merito a possibili profili anticoncorrenziali riguardanti il rilascio delle concessioni demaniali a uso turistico-ricreativo nel Comune di Misano Adriatico – Richiesta di informazioni” (doc. 3);

- 4) in data 16 febbraio 2024, il Comune rispondeva con la Nota alla segnalazione dell'AGCM evidenziando che *“E' intendimento di questa Amministrazione procedere con l'affidamento delle concessioni mediante procedura di gara, da attivarsi presumibilmente nel terzo trimestre 2024. Al momento non è ancora stato definito il capitolato tipo”* (Nota pag. 2);
- 5) l'AGCM, venuta a conoscenza della Delibera n. 134/2023 e della Nota, riscontrava come il loro contenuto fosse in contrasto con quelle norme del diritto europeo direttamente applicabili funzionali a garantire e promuovere la libertà di concorrenza, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione e circolazione dei servizi nel mercato interno, e pertanto deliberava di esprimere un parere motivato ai sensi dell'art. 21-bis legge n. 287/1990, sottoscritto in data 14 marzo 2024, e in pari data notificato al Comune (**“Parere”, doc. 4**);
- 6) con il Parere, l'AGCM contestava il contenuto della Delibera n. 134/2023 e della Nota, evidenziando i profili di illegittimità della sostanziale proroga delle Concessioni configurando gli Atti impugnati una violazione dei *“principi della concorrenza nella misura in cui impedisce il confronto competitivo per il mercato, che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso”* e favorendo *“(...) gli effetti distorsivi connessi a ingiustificate rendite di posizione attribuite ai concessionari”* (pag. 3 del Parere);
- 7) in particolare, l'AGCM evidenziava come il Comune di Misano Adriatico: *“(...) Piuttosto che ricorrere al differimento delle concessioni, avrebbe dovuto procedere, in attuazione dei citati principi concorrenziali, alla disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto unionale e all'indizione di procedure di gara finalizzate a nuovi affidamenti delle concessioni venute a scadenza. Diversamente, nel caso di specie, non solo il Comune non ha avviato le procedure selettive per l'assegnazione delle nuove concessioni, ma la Deliberazione in oggetto, come confermato nella nota del 16 febbraio 2024*

[doc. 2], attesta un generico, futuro e incerto intento di indire le gare per l'assegnazione delle concessioni ("presumibilmente nel terzo trimestre 2024"), senza che sia precisato per quali concessioni il Comune intende effettivamente procedere con gare a evidenza pubblica e le concrete modalità di espletamento delle stesse. **In particolare, non risultano ancora essere stati predisposti i bandi di gara e il capitolato tipo, né viene fornita alcuna tempistica in merito allo svolgimento delle procedure di gara**" (Parere pag. 6);

8) con specifico riferimento all'argomento sollevato dal Comune della (presunta) assenza di una normativa interna di riordino della materia, l'Autorità osservava che: "Tale circostanza, infatti, non impatta sulle procedure a evidenza pubblica che il Comune è tenuto a svolgere o sulle modalità di predisposizione dei bandi. Ciò in quanto i principi che devono ispirare lo svolgimento delle gare e i criteri da utilizzare nella predisposizione dei bandi di gara sono stati puntualmente indicati dal Consiglio di Stato nel 2021, desumendoli dall'articolo 12 della Direttiva Servizi. **L'assenza di una organica disciplina legislativa nazionale non può, pertanto, tradursi in un legittimo motivo a sostegno della proroga della durata delle concessioni**" (Parere pag. 6);

9) infine, con riguardo all'argomento dell'amministrazione comunale dell'attuale (presunta) impossibilità a disciplinare, nella procedura di gara, la questione del riconoscimento dell'indennizzo al gestore uscente (v. *supra* punto 1), l'AGCM evidenziava come: "(...) il valore di eventuali investimenti effettuati dal gestore uscente e non ancora ammortizzati al termine della concessione, per i quali non è possibile la vendita su un mercato secondario, può essere posto a base d'asta nella successiva procedura selettiva. In tal modo, l'esigenza di rimborsare i costi non recuperati sopportati dal concessionario uscente risulterebbe compatibile con procedure di affidamento coerenti sia con i principi della concorrenza, sia con gli incentivi ad effettuare gli investimenti" (Parere pag. 6);

10) in considerazione dei suddetti tre ordini di rilievi, l'AGCM chiedeva al Comune di comunicare, nei 60 giorni successivi al ricevimento del Parere, *“le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte”*, preavvertendo che *“laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni”* (pag. 7 del Parere);

11) poiché il Comune, con tutta evidenza, non ha adempiuto all'invito formulato dall'Autorità a conclusione del Parere, quest'ultima, nell'adunanza del 6 giugno 2024 deliberava di proporre ricorso, ai sensi dell'art. 21-bis legge n. 287/1990, dinanzi a Codesto ecc.mo TAR;

12) così, l'AGCM agisce in questa sede per l'annullamento degli Atti Impugnati - e di tutti gli atti ad essa annessi, connessi, presupposti e consequenziali (anche non ancora conosciuti) – i quali appaiono illegittimi per i seguenti motivi di

Diritto

A. SUSSISTENZA DELL'INTERESSE A RICORRE DA PARTE DELL'AUTORITÀ.

L'Autorità risulta titolare di un legittimo interesse a promuovere il presente giudizio. Il ricorso, infatti, è funzionale all'annullamento degli Atti impugnati con i quali il Comune di Misano Adriatico ha, di fatto, attuato una sostanziale proroga delle Concessioni in forza di richiamate disposizioni normative (e sue considerazioni soggettive) contrastanti con le seguenti fondamentali libertà stabilite dal diritto europeo: la libertà di concorrenza, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione e circolazione dei servizi nel mercato interno. Si tratta di libertà che possono effettivamente dirsi promosse - e attuate - quando il mercato funziona correttamente; in altri termini, quando il mercato è caratterizzato da

dinamiche sostanzialmente concorrenziali.

Per questa ragione, al fine di garantire e promuovere il suddetto corretto funzionamento del mercato - a sua volta funzionale all'attuazione, ed alla promozione, delle sopra menzionate libertà - l'AGCM può ricorrere ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990. Si tratta, in particolare, di un precipuo potere attribuito all'Autorità avente carattere istituzionale e, di fatto, di valenza costituzionale. Come ha recentemente ricordato il supremo giudice amministrativo, l'Autorità, infatti: *“(...) è preposta alla salvaguardia di un interesse che si soggettivizza in capo ad essa come posizione qualificata e differenziata rispetto a quella degli altri attori del libero mercato, circostanza, questa, idonea a fondare la legittimazione processuale di cui all'art. 21-bis citato. La scelta del legislatore di attribuire all'Autorità un potere di agire a tutela di tale interesse costituisce un'opzione di stretto diritto positivo che, lungi dall'essere contraria al vigente quadro costituzionale, si inserisce, anzi, nell'ambito degli strumenti di garanzia di effettività del corrispondente valore costituzionale, garantendone una tutela completa. **L'art. 21-bis della LEGGE n. 287 del 1990 assegna all'Autorità una legittimazione straordinaria, che si inserisce in un sistema nel quale rileva il principio di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico (Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2192, Cons. St., sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583, Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2294) del tutto coerente con i parametri costituzionali di cui agli artt. 103 e 113 Cost.**”* (Cons. St., sez. VII, 20 maggio 2024, nn. 4479 punti 11.5, 11.6 e 11.7).

In definitiva, dunque, non può essere messa in discussione la legittimazione ad agire dell'AGCM nel presente giudizio per far valere l'illegittimità degli Atti Impugnati nella misura in cui essi, con un atto di indirizzo a valenza generale, prorogano la durata delle Concessioni procrastinando, ancora una volta, la promozione di dinamiche concorrenziali

in un mercato caratterizzato da (ingiustificabili) altissime barriere regolatorie all'entrata - che, infatti, ne precludono tutt'ora l'accesso.

B. PRIMO ED UNICO MOTIVO DI RICORSO - VIOLAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO (SEGNATAMENTE: VIOLAZIONE DELL'ART. 12 DELLA DIRETTIVA 2006/123/CE, NONCHÉ VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI LIBERTÀ DI CONCORRENZA, LIBERTÀ DI STABILIMENTO E DI LIBERA PRESTAZIONE E CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI NEL MERCATO INTERNO DI CUI AGLI ARTT. 49 E 56 T.F.U.E.), VIOLAZIONE DELL'ART. 1 DELLA LEGGE N. 241/1990 NELLA PARTE IN CUI INDIVIDUA I PRINCIPI DI DIRITTO UE TRA QUELLI CHE DEVONO UNIFORMARE L'ATTIVITÀ DELLA P.A. ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, CONTRADDITTORIETÀ E IRRAGIONEVOLEZZA MANIFESTA. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, PROPORZIONALITÀ E RAGIONEVOLEZZA DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO. VIOLAZIONE DELLE NORME E PRINCIPI A TUTELA E PROMOZIONE DELLA LIBERTÀ DI CONCORRENZA.

Il Comune di Misano Adriatico con gli Atti Impugnati ha, di fatto, dato corso ad una proroga delle Concessioni violando frontalmente il diritto europeo direttamente applicabile stabilito nelle disposizioni contenute agli articoli 49 e 56 TFUE¹ e all'articolo 12 della

¹ Gli articoli 49 e 56 TFUE impongono agli Stati membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l'esercizio di tali libertà.

Direttiva 2006/123/CE (c.d. “**Direttiva Servizi**”)².

I La presunta “oggettiva impossibilità di avvio e di conclusione delle procedure” nel mercato degli affidamenti delle Concessioni mediante gara pubblica.

Come evidenziato *supra* nella parte in fatto (punto 1), nella Delibera n. 134/2023 il Comune giustifica la propria decisione di prorogare le Concessioni in ragione, per dirla con l'amministrazione comunale, della: “(...) *oggettiva impossibilità di avvio e di conclusione delle procedure* (...)” (pag. 6 della Delibera).

Il quadro giuridico di riferimento rappresentato dal Comune sembrerebbe non lasciare scampo: la proroga delle Concessioni sarebbe un mero effetto diretto di un particolare scenario giuridico e fattuale che rende, di fatto, oggettivamente impossibile procedere con le gare pubbliche.

Ebbene, non è così!

II. I principi di diritto - certi e direttamente applicabili - del mercato degli affidamenti delle Concessioni mediante gara pubblica.

Come rappresentato nella parte in fatto, l'AGCM, nel Parere, ha evidenziato come sia destituito di fondamento l'argomento avanzato dal Comune della (presunta) assenza di una normativa interna di riordino della materia (v. *supra* parte in fatto punto 7).

I principi ai quali fa riferimento l'Autorità sono quelli stabiliti nelle suddette disposizioni

² L'articolo 12 della c.d. Direttiva Servizi prevede che “*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*” (par. 1) e che, in tali casi, “*l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami*” (par. 2)

contenute agli articoli 49 e 56 TFUE e all'articolo 12 della Direttiva Servizi, i quali si pongono in frontale contrasto con il riconoscimento della proroga delle Concessioni; queste ultime, infatti, devono immediatamente essere oggetto di affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica da parte delle amministrazioni degli Stati membri – come rappresentato dall'AGCM nel suo Parere (v. *supra* parte in fatto punti 6, 7, 8 e 9).

Si tratta di principi giuridici oramai consolidati per effetto della giurisprudenza europea della **Corte di Giustizia** (si vedano le sentenze 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, ECLI:EU:C:2016:558 e 20 aprile 2023, C-348/2022, *AGCM/Comune di Ginosa*, ECLI:EU:C:2023:301) e di quella nazionale della **Corte costituzionale** (sentenze 20 maggio 2010, n. 180; 26 novembre 2010, 340; 4 luglio 2013, n. 171; 9 gennaio 2019, n. 1 e 29 gennaio 2021, n. 10), della **Corte di Cassazione** (sentenze Cass. pen. 12 giugno 2019, n. 25993 e 7 febbraio 2020, n. 10218) e del **Consiglio di Stato** (sentenze “gemelle” dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, si vedano, *ex multis*, le sentenze 18 novembre 2019, n. 7874; 25 agosto 2021, n. 6034; 18 aprile 2023, n. 3901; 28 agosto 2023, n. 7992 e, da ultimo in due giudizi instaurati proprio dall'esponente Autorità ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287/1990, 20 maggio 2024, nn. 4480 e 4481).

Sono, tra gli altri, due i principi che si ricavano da queste sentenze:

- (i) le norme di legge nazionale che, negli anni, hanno riconosciuto differimenti automatici (o proroghe automatiche) della scadenza delle concessioni in essere (da ultimo, i commi nn. 682 e 683 della legge n. 145/2018) sono contrarie ai suddetti principi attuati dal diritto europeo direttamente applicabile;
- (ii) sussiste, di conseguenza, un precipuo obbligo in capo alle amministrazioni pubbliche ed ai Giudici di disapplicarle.

Per rispondere, dunque, al Comune di Misano Adriatico non vi è nessuna incertezza del quadro giuridico di riferimento tale da determinare una (per dirla con la stessa amministrazione): *“oggettiva impossibilità di avvio e di conclusione delle procedure”*.

Peraltro, nessuna incertezza, ed impossibilità, vi è neppure considerando il quadro giuridico di riferimento a livello nazionale con particolare riguardo all’insieme delle disposizioni e degli orientamenti giurisprudenziali con le quali, rispettivamente, il legislatore italiano ed il Consiglio di Stato hanno dato – e stanno dando - attuazione ai suddetti principi di diritto europeo direttamente applicabili.

Rilevano, in particolare, le disposizioni contenute:

- all’art. 3, commi 1 e 5, della legge n. 118/2022 (*“legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021”*), le quali hanno confermato l’efficacia fino al 31 dicembre 2023³ delle Concessioni ancora in essere sulla sola base di proroghe *ex lege*;
- all’art. 3, comma 3, della stessa legge n. 118/2022, le quali hanno stabilito che le amministrazioni pubbliche competenti possono differire ulteriormente la data di scadenza di tali concessioni, ma solo *“(…) per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024”*⁴, in presenza di ragioni oggettive che impediscano la conclusione delle adottande procedure selettive entro il menzionato termine del 31 dicembre 2023.

Un riferimento è d’obbligo alle suddette circostanze rappresentate dalla legge n. 118/2022. Sulla questione è intervenuto recentissimamente il Consiglio di Stato, il quale

³ Rispetto a tale termine, l’ulteriore estensione annuale prevista dalla novella attuata con decreto-legge n. 198 e dalla relativa legge di conversione n. 14/2023 è stata ritenuta *“in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all’art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE”*, con la conseguenza che essa *“va conseguentemente disapplicata da qualunque organo dello Stato”* (Cons. Stato n. 2192/2023)

⁴ V. *supra* la nota 3.

ha rappresentato che: *“(...) si può ritenere compatibile con il diritto dell’Unione la sola proroga “tecnica” – funzionale allo svolgimento della gara – prevista dall’art. 3, commi 1 e 3, della legge n. 118 del 2022 nella sua originaria formulazione, prima delle modifiche dei termini apportate dal decreto legge n. 198 del 2022 ... affinché possano legittimamente giovare di tale proroga tecnica senza violare o eludere il diritto dell’Unione e la stessa legge n. 118/2022, **però, le autorità amministrative competenti – e, in particolare, quelle comunali – devono avere già indetto la procedura selettiva o comunque avere deliberato di indirla in tempi brevissimi, emanando atti di indirizzo in tal senso**”* (v. par. 57.1 della menzionata sentenza n. 4480/2024 del Consiglio di Stato).

Del resto, per dirla come il Consiglio di Stato nella più volte citata sentenza n.4480/2024, solo tale soluzione consente di evitare le incertezze prospettate dal Comune di Misano in relazione all’avvio della stagione balneare. Sempre secondo il supremo giudice amministrativo, infatti: *“Tale soluzione richiede una decisione dell’ente competente in favore della indizione delle gare con conseguente possibilità di differimento del termine di scadenza delle concessioni con atto motivato, in virtù del quale fino alla data del 31 dicembre 2024 – l’occupazione dell’area demaniale da parte del concessionario uscente, laddove prorogata alle condizioni appena chiarite, è comunque legittima anche in relazione all’art. 1161 cod. nav., come chiarisce lo stesso art. 3, comma 3, della l. n. 118 del 2022”* (v. par. 57 della menzionata sentenza n. 4480/2024 del Consiglio di Stato).

In altri termini, **l’esigenza di continuità del servizio cui fa riferimento il Comune di Misano nella Delibera impugnata è tutelata proprio dalla proroga tecnica finalizzata alla conclusione di una procedura di gara già avviata!**

Pertanto, la proroga delle Concessioni riconosciuta, di fatto, dalla Delibera risulta

illegittima anche alla stregua della nuova disposizione contenuta all'art. 3, comma 1, della legge n. 118/2022, come modificata dal decreto-legge n. 198 e dalla relativa legge di conversione n. 14/2023. Sul punto - ovvero sull'ulteriore anno di proroga riconosciuto dal decreto-legge n. 198/2022 - si è, infatti, immediatamente pronunciato il Consiglio di Stato, il quale ha ribadito che *“anche la nuova norma contenuta ... nel decreto-legge 29.12.2022, n. 198, conv. in legge 24.2.2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, **si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va conseguentemente disapplicata da qualunque organo dello Stato**”* (il riferimento è alla sentenza Cons. Stato n. 2192/2023, sul punto confermata anche dalle recentissime sentenze sempre del Consiglio di Stato nn. 3940, 4480 e 4481/2024).

Quanto precede ha una diretta valenza per il caso di specie, tanto che, per dirla con l'AGCM nel Parere con riguardo alla Delibera n. 134/2023: *“(...) il Comune di Misano Adriatico, piuttosto che ricorrere al differimento delle concessioni, avrebbe dovuto procedere, in attuazione dei citati principi concorrenziali, **alla disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto unionale e all'indizione di procedure di gara finalizzate a nuovi affidamenti delle concessioni venute a scadenza**”* (pag. 5 del Parere).

Come emerge *per tabulas* anche dalla ricostruzione dei fatti (v. *supra* parte in fatto) non solo il Comune non ha indetto alcuna procedura selettiva, ma la Delibera oggi impugnata, come confermato anche dalla Nota del Comune, attesta un generico, futuro e incerto intento di indire le gare per l'assegnazione delle concessioni (*“presumibilmente nel terzo trimestre 2024”* Nota pag. 2), senza che sia precisato per quali concessioni il Comune intende effettivamente procedere con gare a evidenza pubblica - *“l'elevato numero degli stabilimenti*

balneari che potrebbero essere oggetto di procedure” (Delibera pag. 5).... quanti? quali? - e le concrete modalità di espletamento delle stesse. In particolare, non risultano ancora essere stati predisposti i bandi di gara e il capitolato tipo.

Per tale via il Comune di Misano Adriatico ha frontalmente violato: l’art. 12 della Direttiva Servizi; i principi di libertà di concorrenza, libertà di stabilimento e di libera prestazione e circolazione dei servizi nel mercato interno di cui agli artt. 49 e 56 T.F.U.E.; l’art. 1 della legge n. 241/1990 nella parte in cui individua i principi di diritto europeo tra quelli che devono uniformare l’attività della P.A.; le norme preposte all’attuazione dei principi di imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza dell’agire amministrativo nonché dei principi a tutela e promozione della libertà di concorrenza. L’amministrazione comunale ha, peraltro, così integrato la “figura sintomatica” dell’eccesso di potere per travisamento dei fatti, contraddittorietà e irragionevolezza manifesta.

III. (segue) sulla questione del previo accertamento della scarsità della risorsa naturale come (presunta) condizione per l’applicazione dell’art. 12 della Direttiva Servizi.

Le sopra rappresentate censure mosse, da questa difesa, all’operato dell’amministrazione del Comune di Misano Adriatico, risultano viepiù avvalorate dalle considerazioni che seguono.

Ebbene, in sede di Parere l’AGCM ha evidenziato come nessuna delle affermazioni del Comune rappresentate nella Delibera n. 134/2023 poteva costituire un legittimo fondamento per la proroga delle Concessioni.

L’argomento che si desume implicitamente dal contenuto della Delibera sarebbe quello - se questa difesa ha ben compreso - secondo il quale l’applicazione dell’articolo 12 della

Direttiva Servizi sarebbe, di fatto, condizionata all'accertamento, da parte dello Stato italiano, della scarsità della risorsa naturale. Ciò tanto che l'amministrazione comunale rappresenta che: *“Ai sensi dell'art. 10-quater del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con modificazioni dalla L. 24 febbraio 2023, n. 14 - Tavolo tecnico consultivo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali – è stato istituito un tavolo tecnico per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenuto conto sia del dato complessivo nazionale che di quello disaggregato a livello regionale, e della rilevanza economica transfrontaliera che ha di recente concluso i propri lavori”* (Pag. 4 della Delibera).

Se questa è una delle motivazioni della proroga, ebbene anche in questo caso il Comune non avrebbe colto nel segno.

La disposizione contenuta all'art. 12 della Direttiva Servizi, infatti, è *self-executing* come emerge (anche) dalle chiare statuizioni da parte della Corte di Giustizia nella sentenza relativa al Comune di Ginosa (v. i paragrafi 46-48 e 66-69), dalla Commissione nel parere del 16 novembre 2023 (**doc. 5** - v. pag. 20, ove si legge che *“i risultati dei lavori del “Tavolo tecnico” non siano idonei a dimostrare che su tutto il territorio italiano non vi è scarsità di risorse naturali oggetto di concessioni balneari”*), e - in tutta chiarezza - dal Consiglio di Stato nella menzionata sentenza n. 3940/2024, ove tra l'altro è affermato plasticamente che *“la risorsa è sicuramente scarsa, come questo Consiglio di Stato ha già chiarito nella medesima pronuncia dell'Adunanza plenaria sopra citata, e **la presenza o l'assenza dell'interesse transfrontaliero non dipende certo dalla mera – peraltro solo affermata – limitata rilevanza economica della concessione**”* (Consiglio di Stato sentenza del 30 aprile 2024, n. 3940, punto 11.9).

IV. (segue) sulla assenza dei criteri uniformi per quantificare l'indennizzo.

Un altro argomento posto dal Comune di Misano Adriatico a fondamento della decisione

di prorogare le Concessioni è quello secondo il quale detta proroga sarebbe giustificata dall'assenza di criteri uniformi per quantificare l'indennizzo (v. *supra* parte in fatto punti 1 e 2).

Ebbene sul punto, e nuovamente, l'AGCM ha già osservato in sede di Parere come può essere soddisfatta *“l'esigenza di rimborsare i costi non recuperati sopportati dal concessionario uscente”* con modalità compatibili *“sia con i principi della concorrenza, sia con gli incentivi ad effettuare gli investimenti”* (v. *supra* integralmente parte in fatto punto 8).

Non può, dunque, revocarsi in dubbio che il quadro giuridico di riferimento - in relazione ai principi ed ai criteri che devono ispirare le procedure ad evidenza pubblica - risulta esaustivamente definito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2021 - che lo ha desunto certamente dall'articolo 12 della Direttiva Servizi – ed è stato trasposto dall'art. 4 della legge n. 118/2022.

Tanto che il supremo giudice amministrativo ha rappresentato che: *“(...) stante la necessità non più procrastinabile di procedere alle gare ... non sono solo le singole previsioni delle leggi regionali a poter fornire un'utile cornice normativa, ma soccorrono certamente per una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle concessioni, al fine di indirizzare nell'esercizio delle rispettive competenze l'attività amministrativa delle Regioni e dei Comuni, i principi e i criteri della delega di cui all'art. 4, comma 2 della legge n. 118 del 2022, anche se poi essi non hanno trovato attuazione essendo la delega scaduta senza esercizio”* (v. par. 60 della menzionata sentenza Cons. Stato n. 4480/2024).

In piena attuazione con questo consolidato orientamento giurisprudenziale, molto recentemente, il TAR Genova, sullo specifico punto della (presunta) mancanza di criteri uniformi per quantificare l'indennizzo nelle procedure di affidamento delle concessioni balneari ha statuito che: *“(...) la scelta di parametrare l'indennizzo unicamente all'ammontare degli*

*investimenti non ammortizzati non appare irragionevole né violativa della legge n. 118/2022; in particolare, contrariamente all'assunto attoreo, **gli elementi indicati nell'art. 4, comma 2, lett. c) della legge n. 118 cit.** (investimenti effettuati, valore dei beni aziendali materiali e immateriali, professionalità, oltre a valorizzazione di obiettivi di politica sociale, della salute e sicurezza dei lavoratori, della protezione dell'ambiente e della salvaguardia del patrimonio culturale) **costituiscono, per espresso disposto normativo, fattori da tenere in considerazione “in sede di affidamento della concessione” e non criteri di quantificazione dell'indennizzo dovuto dal concessionario subentrante (per la cui determinazione la successiva lett. i non contiene prescrizioni vincolanti)**’ (TAR Genova, ordinanza n. 96 del 27 maggio 2024).*

La disposizione normativa contenuta all'art. 4, comma 2, lett. c) della legge n. 118/2022 costituisce già oggi una norma certa, chiara e direttamente applicabile. E, dunque, non vi sono regole vincolanti per la determinazione dei criteri di quantificazione dell'indennizzo dovuto dal concessionario subentrante. Tuttavia, come correttamente evidenziato dal giudice amministrativo genovese, nella fase di formazione del processo decisionale per l'affidamento della concessione, l'amministrazione pubblica è obbligatoriamente tenuta a considerare: gli investimenti effettuati, il valore dei beni aziendali materiali e immateriali, la professionalità; stessa importanza è attribuita, sempre dal legislatore, alla valorizzazione di obiettivi di politica sociale, della salute e sicurezza dei lavoratori, della protezione dell'ambiente e della salvaguardia del patrimonio culturale.

In conclusione, le argomentazioni del Comune di Misano Adriatico rappresentate nella Delibera in merito alle (presunte) incertezze sul tema delle norme applicabili all'indennizzo spettante al concessionario uscente – ed al collegato tema della loro

(presunta) assenza – risultano, alla luce del suddetto quadro normativo e giurisprudenziale, pretestuose ed infondate.

Ancora.

La suddetta opzione - ovvero quella che emerge dal contenuto della Delibera secondo la quale il confronto concorrenziale per l'affidamento delle Concessioni debba, secondo il Comune, essere (ancora) rimandato fino a quando non verranno adottati "*criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo*" delle procedure richieste dal diritto nazionale ed europeo - non è consentita anche facendo riferimento ad altre sentenze della Corte di Giustizia (rispetto a quelle sopra citate) richiamate da ultimo dalla Corte costituzionale, la quale ha evidenziato che: "*In ogni caso, "(...) **spetta solo alla Corte di Giustizia , alla luce dell'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto dell'Unione, decidere sulle limitazioni nel tempo da apportare all'interpretazione che essa fornisce**"* (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 21 dicembre 2016, in cause riunite C 154/15, C 307/15 e C 308/15, *Gutiérrez Naranjo e altri*, punto 70; nello stesso senso, sentenze 6 marzo 2007, in causa C-292/04, *Meilicke e altri*, punto 37; 28 settembre 1994, in causa C-57/93, *Vroege*, punto 31; 2 febbraio 1988, in causa 134/85, *Barra e altri*, punto 13; 27 marzo 1980, in causa 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato*, punto 18). E la Corte di giustizia può farlo esclusivamente "*nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta*", a garanzia della "*parità di trattamento degli Stati membri e degli altri soggetti dell'ordinamento nei confronti di tale diritto*", nonché nel rispetto degli "*obblighi derivanti dal principio della certezza del diritto*" (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 6 marzo 2007, in causa C-292/04, *Meilicke e altri*, punto 37)" (v. pag. 15, punto 11.1., Corte cost., sentenza 22 dicembre 2022, n. 263).

Giova comunque precisare che è del tutto inconferente il richiamo all'ordinanza del 15

settembre 2022 n. 8010 della Sezione VII del Consiglio di Stato e all'art. 49 cod. nav.. La citata norma, infatti, disciplina l'acquisizione da parte dello Stato delle opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, al termine della concessione e non incide in alcun modo sulle procedure ad evidenza pubblica che il Comune di Misano Adriatico è tenuto a svolgere per l'assegnazione dei beni demaniali, rilevando - tutt'al più - per la determinazione del (futuro) canone demaniale. D'altronde, come bene evidenziato nelle conclusioni dell'8 febbraio 2024 alla causa C-598/22 dell'Avvocato Generale "(...) una norma nazionale quale l'articolo 49 del codice della navigazione non rappresenti una restrizione al diritto di stabilimento, cosicché il divieto di cui all'articolo 49 TFUE non trova applicazione. ... **Detta norma consente l'indennizzo qualora sia necessario per correggere uno squilibrio economico, ma altrimenti, come richiesto dal diritto dell'Unione, impedisce un esborso a carico del bilancio pubblico, che porterebbe alla discriminazione di nuovi concorrenti per la stessa area demaniale.** Del resto, se venisse corrisposto un qualsiasi indennizzo ulteriore al concessionario uscente, i nuovi concorrenti che si contendono la nuova concessione sulla stessa area si troverebbero in una posizione meno vantaggiosa." (punto 98 delle Conclusioni).

Del resto, come sostenuto nelle citate considerazioni dell'Avvocato Generale: "(...) le condizioni di una concessione devono creare la possibilità per un imprenditore **di ottenere un profitto ragionevole dal proprio investimento nel corso della concessione. Nel caso in cui ciò si riveli impossibile, si potrebbe ricorrere alla logica dell'indennizzo.** Tale potrebbe essere il caso in cui le opere non amovibili (come scale di discesa al mare, magazzini o edifici adibiti alla ristorazione) siano necessarie per fornire il servizio in spiaggia, ma i costi costruzione eccedano i profitti conseguiti nel corso della concessione" (punto 94 delle Conclusioni).

Ebbene, è a questi principi che l'amministrazione pubblica si deve attenere nella quantificazione dell'indennizzo, principi che sono già rispettati nell'art. 4, comma 2, lett. c) della legge n. 118 cit.

Peraltro, in merito alla necessità di attendere che la Corte di Giustizia si pronunci sulla questione pregiudiziale avente ad oggetto la portata dell'art. 49 cod. nav. (cfr. pag. 8 Delibera n. 110/2024) si è recentemente espresso il Consiglio di Stato, il quale ha messo in chiaro che la questione “è *prematura, e quindi irrilevante, atteso che non potrà che assumere rilievo al momento dell'indizione da parte delle amministrazioni delle gare per l'affidamento delle concessioni*” (pag. 6, sentenza del Consiglio di Stato n. 4986 del 4 giugno 2024).

Tale questione – si ripete – è del tutto estranea all'oggetto del presente giudizio e quindi non è rilevante, con la conseguenza che nessun rilievo pregiudiziale potrà avere la sentenza della Corte di Giustizia UE (così anche Cons. di Stato, Sez. VII, 20 maggio 2024 n. 4480).

ISTANZA CAUTELARE

I rilievi che precedono dimostrano sufficientemente che il ricorso è assistito da un adeguato *fumus boni iuris*, attese, in particolare, le molteplici violazioni di legge adottate dall'amministrazione comunale.

Quanto al requisito del *periculum in mora*, non v'è chi non veda come gli atti e i provvedimenti impugnati comportano l'impossibilità per l'amministrazione comunale di esperire le procedure di gara per l'assegnazione delle pertinenti concessioni balneari entro il termine previsto dalla c.d. “proroga tecnica” ovvero entro il 31 dicembre 2024.

L'avvicinamento del suddetto termine impone la necessità di chiedere l'adozione di misure cautelari, anche di natura propulsiva, idonee ad assicurare lo svolgimento di un confronto competitivo che deve essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni già in essere.

* * *

**OVE OCCORRA: ISTANZA DI AUTORIZZAZIONE
ALLA NOTIFICA PER PUBBLICI PROCLAMI.**

Il presente ricorso sarà notificato ad alcuni dei possibili controinteressati relativamente ai quali è stato possibile reperire i recapiti.

Nondimeno, stante l'elevato numero dei soggetti coinvolti e l'oggettiva difficoltà di conoscere denominazione, domicilio e recapito via PEC di tutti gli attuali soggetti titolari delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative di competenza del Comune di Misano Adriatico, nell'ipotesi in cui l'Ecc.mo Collegio lo ritenga necessario si chiede di poter provvedere alla notifica per pubblici proclami tramite pubblicazione di avviso sul sito web dell'amministrazione comunale, ai sensi dell'art. 41 cod. proc. amm.

Tanto premesso,

P.Q.M.

la ricorrente *ut supra* rappresentata e difesa, chiede che questo Tribunale Amministrativo Regionale voglia:

- in via cautelare, a valere anche ai fini della fissazione dell'udienza di merito a breve
- qualora in attuazione dell'art. 55, comma 10 c.p.a. ritenesse che le esigenze della

- ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la fissazione di un giudizio di merito a breve che consenta di non ritardare ulteriormente l'indizione delle gare - sentito il sottoscritto procuratore in camera di consiglio: sospendere i provvedimenti impugnati con ogni conseguente statuizione di legge e/o adottare qualsivoglia altra misura cautelare, anche di natura propulsiva, ritenuta idonea a imporre al Comune di Misano Adriatico resistente di adoperarsi per la sollecita e tempestiva indizione delle procedure di gara, tenendo anche in considerazione la definizione con sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a;
- in via principale e nel merito: accertata l'illegittimità della Delibera procedere al suo annullamento e/o alla declatoria della sua nullità;
 - per quanto occorrer possa: autorizzazione a provvedere alla notifica per pubblici proclami tramite pubblicazione di avviso sul sito web dell'amministrazione comunale, ai sensi dell'art. 41 c.p.a.

Con ogni conseguenza, anche per ciò che concerne gli onorari e le spese di causa, ivi compreso il rimborso di quanto versato a titolo di contributo unificato per gli atti giudiziari.

Con riserva di proposizione di motivi aggiunti in corso di causa.

Ai sensi dell'art. 14 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 e s.m.i., si dichiara che il valore della causa è di valore indeterminato e che il contributo unificato versato è di euro 650,00.

Si depositano in allegato i seguenti documenti:

1. Deliberazione della Giunta del Comune di Misano Adriatico del 28 dicembre 2023, n. 134, avente a oggetto: *"Linee di indirizzo in merito all'esercizio delle funzioni*

- amministrative in materia di demanio marittimo a seguito dell'evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale in materia di concessioni di beni pubblici ad uso turistico ricreativo”;*
2. nota del Comune di Misano Adriatico del 16 febbraio 2024 recante *“Segnalazione in merito a possibili profili anticoncorrenziali riguardanti il rilascio delle concessioni demaniali a uso turistico-ricreativo nel Comune di Misano Adriatico – Richiesta di informazioni – riscontro.”;*
 3. Comunicazione l’AGCM del 6 febbraio 2024 al Comune avente ad oggetto: *“Segnalazione in merito a possibili profili anticoncorrenziali riguardanti il rilascio delle concessioni demaniali a uso turistico-ricreativo nel Comune di Misano Adriatico – Richiesta di informazioni”;*
 4. Parere dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ai sensi dell’articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, del 14 marzo 2024 *“relativo alla Deliberazione della Giunta del Comune di Misano Adriatico del 22 dicembre 2023, n. 134, avente a oggetto “Linee di indirizzo in merito all’esercizio delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo a seguito dell’evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale in materia di concessioni di beni pubblici ad uso turistico ricreativo”;*
 5. Commissione UE Parere motivato del 16 novembre 2023, reso nell’ambito della procedura di infrazione (2020)4118.

Con osservanza,

Bologna, 11 giugno 2024

Avv. Filippo Cammelli