



FASCICOLO SPECIALE

**CONCESSIONI DI BENI, SERVIZI E LAVORI
NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E NEL DIRITTO NAZIONALE**



a cura di
GINEVRA GRECO

(CONTRIBUTI DI D. DIVERIO, S. D'ACUNTO, R. CAFARI PANICO,
FRANCESCO ROSSI DAL POZZO, GINEVRA GRECO)

ISSN 2384-9169

Fascicolo speciale

*Concessioni di beni, servizi e lavori
nel diritto dell'Unione europea e nel diritto nazionale*

Publicato il 16 maggio 2024, <http://rivista.eurojus.it>

Editore: Bruno Nascimbene, Milano

Rivista registrata presso il Tribunale di Milano, n. 278 del 9 settembre 2014

Eurojus © è un marchio registrato

INDICE

<i>Introduzione</i>	p. II
<i>Appalti, concessioni, autorizzazioni... e altro ancora: una sfida per il diritto del mercato interno dell'Unione</i> di DAVIDE DIVERIO.....	p. 1
<i>Tipologie di concessioni e autorizzazioni di servizi in Europa</i> di SALVATORE D'ACUNTO.....	p. 47
<i>L'assegnazione delle concessioni idroelettriche e i motivi imperativi d'interesse generale</i> di RUGGIERO CAFARI PANICO.....	p. 57
<i>La direttiva servizi e la (nuova) disciplina in tema di autorizzazioni per il commercio al dettaglio su aree pubbliche e del demanio: prove d'intesa con persistenti profili di criticità</i> di FRANCESCO ROSSI DAL POZZO.....	p. 108
<i>Concessioni balneari e direttiva Bolkestein. Il problema della "portata soggettiva" dell'efficacia diretta</i> di GINEVRA GRECO.....	p. 143

La direttiva servizi e la (nuova) disciplina in tema di autorizzazioni per il commercio al dettaglio su aree pubbliche e del demanio: prove d'intesa con persistenti profili di criticità

di FRANCESCO ROSSI DAL POZZO *

SOMMARIO: 1. L'applicabilità della direttiva 2006/123/CE al commercio al dettaglio su aree pubbliche; – 2. (Segue) L'evoluzione della normativa interna in senso difforme ai precetti della direttiva “servizi”; – 3. Le indicazioni fornite dall'AGCM e gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa; – 3.1. (Segue) L'applicazione al settore del commercio su aree pubbliche del criterio della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili; – 4. Assenza di un interesse transfrontaliero certo per il bene dato in concessione e presenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE o viceversa. Considerazioni d'insieme alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia; – 5. Le modalità di assegnazione delle concessioni per il commercio su aree pubbliche contenuta nell'art. 11 della l. 214 del 2023 (legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022) tra risolte antinomie e perduranti profili di contrasto con il diritto dell'UE; – 6. I rimedi a disposizione delle amministrazioni comunali e i giudici nazionali secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Disapplicazione o non disapplicazione: un dilemma di non scontata soluzione. – 7. Brevi osservazioni conclusive.

1. L'applicabilità della direttiva 2006/123/CE al commercio al dettaglio su aree pubbliche.

Le relazioni tra il nostro ordinamento giuridico e la direttiva 2006/123/CE¹, altrimenti definita direttiva “servizi” o “*Bolkestein*”

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano

¹ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, *relativa ai servizi nel mercato interno*, in *GUCE* L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36. Sul tema, cfr., *ex multis*, D. DIVERIO, *Limiti all'accesso del mercato dei servizi*, Bari, 2019 e F. BESTAGNO, L. RADICATI DI BRONZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007.

(dal nome dell'economista e politico olandese Frederik "Frits" Bolkestein, già Commissario europeo per il mercato interno, la tassazione e l'Unione doganale, cui viene attribuita la paternità dell'atto), sono da sempre, per usare un eufemismo, complesse con non pochi terreni di confronto o, per meglio dire, di scontro.

Quello che viene qui esplorato non è il principale e neanche il più problematico. Tuttavia, alcune delle considerazioni che ci si propone di svolgere possono essere pacificamente traslate verso altri settori, sicuramente più rilevanti almeno per gli interessi che entrano in giuoco e per la dimensione socio-politica che viene loro riconosciuta.

In questo contributo ci si occuperà del commercio su aree pubbliche, altrimenti definito più prosaicamente commercio ambulante, consistendo in un'attività di vendita di merci al dettaglio che richiede l'utilizzo in concessione di piazzole o posteggi².

Il tema è degno di attenzione, sia per il fatto che le attività commerciali su spazi pubblici svolgono un ruolo niente affatto irrilevante per l'economia urbana, sia perché la disciplina di diritto interno dei relativi titoli concessori è stata recentemente novellata dall'art. 11 della l. 214/2023³, ossia la Legge annuale per la concorrenza del 2022, allo scopo di superare, almeno nelle intenzioni, i profili di contrasto della precedente normativa⁴ con il diritto dell'UE, che hanno portato la Commissione ad avviare una procedura di pre-infrazione (la nr. 2020/2095⁵) nei confronti dello Stato italiano.

² Il commercio su aree pubbliche trova in Italia la propria fonte normativa innanzitutto nel d. lgs. 31 marzo 1998 n. 114, *recante Riforma della disciplina relativa al settore del commercio a norma dell'art. 4, c. 4, L. 15 marzo 1997 n. 59* (in *GURI* del 24 aprile 1998, n. 95, S.O.), il cui art. 27, comma 1, lett. a) lo definisce come «l'attività di vendita di merci al dettaglio e la somministrazione di alimenti e bevande effettuate sulle aree pubbliche, comprese quelle del demanio marittimo o sulle aree private delle quali il comune abbia la disponibilità, attrezzate o meno, coperte o scoperte».

³ Legge 30 dicembre 2023 n. 2141, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022* (in *GURI* del 30 dicembre 2023, n. 303), il cui articolo Capo II (*Misure in materia di commercio al dettaglio*) è composto dall'art. 11 (*Modalità di assegnazione delle concessioni per il commercio su aree pubbliche*) e dall'art. 12. (*Semplificazioni in materia di attività commerciali*).

⁴ Di tale normativa si darò conto nel secondo paragrafo.

⁵ Sempre riguardo al c.d. "mercato delle assegnazioni di risorse pubbliche scarse" (espressione contenuta nella *Relazione di accompagnamento al disegno di legge*

Va detto che, in origine, questo settore rientrava perlomeno nell'ambito di applicazione del d.lgs 59/2010⁶, attuativo della direttiva “servizi”, il cui art. 70 (*Commercio al dettaglio sulle aree pubbliche*), al comma 5, demandava ad un'intesa in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni (che verrà, poi, sancita il 5 luglio del 2012⁷) il compito di individuare i criteri per il rilascio e il rinnovo delle concessioni⁸.

L'applicabilità della direttiva 2006/123/CE a questo comparto si ricava dalla lettura dell'articolo 2 di tale atto normativo, che ne delinea il campo di applicazione. Tra i settori espressamente esclusi

annuale per il mercato e la concorrenza 2021, ai sensi dell'art. 47, comma 4, della legge n. 99 del 23 luglio 2009) è pendente la procedura d'infrazione n. 2020/4118 (in fase di parere motivato ex art. 258 TFUE). La procedura di infrazione sulle concessioni delle grandi derivazioni d'acqua per la produzione di energia idroelettrica (procedura n. 2011/2026, con messa in mora complementare ai sensi dell'articolo 258 TFUE) è stata archiviata il 23 settembre 2021 per ragioni di opportunità e non per ragioni giuridiche. La Commissione, infatti, pur non ritenendo superati i profili di incompatibilità con il diritto dell'UE, avrebbe riposto fiducia nell'impegno preso dal Governo italiano nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) relativamente ad una modifica della disciplina di settore in senso concorrenziale.

⁶ Decreto legislativo del 26 marzo 2010 n. 59, *Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*, in *GURI* del 23 aprile 2010, n. 94, S.O.

⁷ Intesa ai sensi dell'art. 8, comma 6, della legge del 5 giugno 2003, n. 131, *sui criteri da applicare nelle procedure di selezione per l'assegnazione di posteggi su aree pubbliche, in attuazione dell'articolo 70, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, di recepimento della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*. (Rep. Atti n. 83/CU), in *GURI* del 4 aprile 2013, n. 79. Con l'intesa Stato-Regioni del 2012 è stato attribuito alle amministrazioni comunali il compito di fissare la durata della concessione, che «[i]n ogni caso, ... non [poteva] essere inferiore ai nove anni, né, nel caso [fossero stati] necessari rilevanti investimenti materiali, superiore ai dodici anni». Secondo l'intesa nei mercati a carattere turistico la durata delle concessioni doveva essere «comunque non inferiore a sette anni» (punto 1). Inoltre, il medesimo documento, prevedeva che il criterio prioritario (nel limite del 40% del punteggio complessivo [punto 2 dell'Intesa del 2012]) di assegnazione fosse quello della «maggiore professionalità acquisita», definita in base all'anzianità di esercizio dell'impresa, anche nello specifico posteggio oggetto di selezione.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e a. c. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a.*, in EU:C:2016:558. Per un commento, cfr., tra gli altri, GI. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?*, in questa *Rivista*, fasc. 1, 2022, p. 168 e ss.

(la norma ne fornisce un'elencazione tassativa) non figura, infatti, il commercio al dettaglio su aree pubbliche, quale sia la modalità con la quale tale attività venga esercitata, in forma stanziale o itinerante.

La Corte di giustizia ha, poi, avuto modo di chiarire che «l'articolo 4, punto 1 [il quale fornisce una definizione di "servizio"], della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che l'attività di vendita al dettaglio di prodotti costituisce un "servizio" ai fini dell'applicazione di tale normativa»⁹.

Tale forma di commercio, che viene, per l'appunto, esercitata in aree pubbliche, presuppone un'autorizzazione da parte dell'amministrazione competente.

La concessione di tali spazi, dunque, verte sull'autorizzazione ad esercitare tale attività economica e non si configura come una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore. Diversamente, troverebbe applicazione la direttiva 2014/23/UE¹⁰ sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Valgono, dunque, per questo settore le stesse considerazioni fatte dalla Corte di giustizia in relazione alle concessioni marittime e lacuali per lo svolgimento di attività turistico-ricreative¹¹.

⁹ Cfr. la sentenza del 30 gennaio 2018, *X e Visser*, cause riunite C-360/15 e C-31/16, in EU:C:2018:44, punto 97.

¹⁰ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, in *GUUE* L 94 del 28 marzo 2014, p. 1.

¹¹ Cfr. i punti 47 e 48 della sentenza della Corte del 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cit. Ivi si legge che «nei procedimenti principali, come sottolinea la Commissione, le concessioni vertono non su una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale. Ne risulta che le concessioni di cui ai procedimenti principali non rientrano nella categoria delle concessioni di servizi (v., per analogia, sentenza del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punti da 26 a 28)» (punto 47). Un'interpretazione siffatta è inoltre corroborata dal considerando 15 della direttiva 2014/23. Quest'ultimo precisa, infatti, che taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni, mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come «concessione di servizi» ai sensi di tale direttiva» (punto 48).

L'applicabilità della direttiva servizi, e quindi del d.lgs. 59/2010 che tale atto ha recepito nell'ordinamento italiano, al comparto in esame è stata, altresì, confermata dalla Commissione, cui, sul punto, sono state a più riprese rivolte interrogazioni con risposta scritta da membri italiani del Parlamento europeo¹².

2. (Segue) L'evoluzione della normativa interna in senso difforme ai precetti della direttiva “servizi”.

I vincoli derivanti dall'applicazione di questa normativa sono stati in un primo momento disattesi da disposizioni regionali. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 6 della legge della Regione Toscana del 28 novembre 2011, n. 63¹³, che aveva escluso l'applicabilità dell'art. 16 del d.lgs. 59/2010 all'intero comparto, in forza di un

¹² Cfr., *ex multis*, la risposta del 18.1.2016 della Commissaria per il mercato interno, l'industria, l'imprenditoria e le piccole e medie imprese, Elżbieta Bieńkowska, all'interrogazione (E-010220- 15) presentata dagli europarlamentari Antonio Tajani (PPE) e da Roberto Gualtieri (S&D) in cui viene chiarito che «[i]l commercio ambulante è una prestazione di servizi che rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno» e, in tempi più recenti, la risposta dell'1.3.2024 del Commissario per il mercato interno e i servizi, Thierry Breton, all'interrogazione prioritaria (P-000171/2024) presentata dagli europarlamentari Anna Bonfrisco (ID), Paolo Borchia (ID) nella quale si precisa che «[l]a direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno [...] si applica a un'ampia gamma di servizi, definiti in senso lato come attività economiche non salariate fornite normalmente dietro retribuzione. [...] La direttiva sui servizi disciplina in particolare gli aspetti degli scambi di sua pertinenza, vale a dire l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori di servizi e la libera circolazione dei servizi, comprese ad esempio le procedure e le formalità relative all'accesso a un'attività di servizio e al suo esercizio».

¹³ Legge regionale del 28 novembre 2011, n. 63 – Toscana, *Disposizioni in materia di outlet ed obbligo di regolarità contributiva nel settore del commercio sulle aree pubbliche. Modifiche alla legge regionale 7 febbraio 2005, n. 28 (Codice del Commercio. Testo unico in materia di commercio in sede fissa, su aree pubbliche, somministrazione di alimenti e bevande, vendita di stampa quotidiana e periodica e distribuzione di carburanti)*, in *B.U. Toscana* 30 novembre 2011, n. 56, parte prima. L'art. 6, comportante l'inserimento l'articolo 29-bis nella L.R. n. 28/2005, è stato abrogato dall'art. 131, comma 1, lettera j), L.R. 23 novembre 2018, n. 62 (Codice del commercio), in *B.U. Toscana* del 28 novembre 2018, n. 53, parte prima.

generico richiamo a «motivi imperativi di interesse generale»¹⁴. Tale esimente, in quel caso, era stata impropriamente considerata come una sorta di salvacondotto astratto, quando, invece, la sua applicazione deve essere, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁵, sottoposta a un vaglio rigoroso di proporzionalità.

Quella normativa regionale è stata, quindi, in parte (con riferimento al suo art. 6) ritenuta illegittima dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 291 del 2012¹⁶, per violazione del primo comma e del secondo comma, lettera *e*) dell'art. 117 Cost., sia perché in contrasto con la direttiva 2006/123/CE e il diritto UE di rango primario, avendo escluso qualsiasi procedura di selezione nell'assegnazione delle concessioni di posteggio, senza, quindi, perlomeno, individuare criteri di selezione non discriminatori e proporzionati all'obiettivo (imperativo) di interesse pubblico asseritamente perseguito, sia per avere invaso la potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia della tutela della concorrenza¹⁷.

¹⁴ «[A]scrivibili [...] all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, all'incolumità pubblica, al mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, alla tutela dei consumatori» (cfr. art. 6 della l. regionale 28/11/2011, n. 63 – Toscana, cit.).

¹⁵ Cfr., *ex multis*, la sentenza del 19 maggio 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*, C-171/07 e C-172/07, in EU:C:2009:316, punto 25 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁶ Consultabile all'indirizzo *internet* <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=291>.

¹⁷ La Corte cost. ricorda che la nozione di concorrenza di cui al secondo comma, lettera *e*), dell'art. 117 della Costituzione «non può che riflettere quella operante in ambito comunitario» (sentenze n. 270 e n. 45 del 2010, n. 401 del 2007), oltre ad aver sottolineato come la stessa abbia «un contenuto complesso in quanto ricomprende non solo l'insieme delle misure antitrust, ma anche azioni di liberalizzazione, che mirano ad assicurare e a promuovere la concorrenza “nel mercato” e “per il mercato”, secondo gli sviluppi ormai consolidati nell'ordinamento europeo e internazionale e più volte ribaditi dalla giurisprudenza di questa Corte» (sentenza n. 200 del 2012). A questa ultima tipologia di disposizioni – precisamente quelle che tendono ad assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la loro strutturazione in modo da consentire «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (sentenza n. 401 del 2007) – è da ascrivere, date le sue finalità, l'art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2010, la cui applicazione viene, appunto, esclusa per la Regione Toscana dal legislatore regionale con la norma oggi al vaglio della Corte».

Ebbene, di lì a qualche anno, il legislatore nazionale si è mosso in una direzione diametralmente opposta al *decisum* della Corte costituzionale. Con l'articolo 1, comma 1181, della legge n. 205/2017¹⁸ (c.d. "legge di bilancio 2018"), prorogando al 31 dicembre 2020 il termine delle concessioni per commercio su aree pubbliche scadute e in essere alla data di entrata in vigore della stessa legge (articolo 1, comma 1180), è stato disposto, in deroga ai criteri fissati dall'art. 16 del d.lgs. n. 59/2010, che le amministrazioni interessate prevedessero specifiche modalità di assegnazione per coloro che nel biennio precedente avessero direttamente utilizzato le concessioni quale unica o prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare. Il comma 1181 ha poi demandato alla Conferenza unificata il compito di provvedere all'integrazione dei criteri previsti dall'Intesa del 2012, stabilendo altresì, ai fini della garanzia della concorrenza nel settore, il numero massimo di posteggi complessivamente assegnabili ad un medesimo soggetto giuridico, sia nella medesima area sia in diverse aree, mercatali e non mercatali.

In seguito, con l'articolo 1, comma 686, lettere *a*) e *b*), della legge n. 145/2018¹⁹ (c.d. "legge di bilancio 2019"), il legislatore nazionale ha espressamente sottratto il commercio sulle aree pubbliche al campo di applicazione della direttiva "servizi", avendo modificato il d.lgs. n. 59/2010 con l'aggiunta all'articolo 7, comma 1, della lettera *f-bis* e all'articolo 16, del comma *4-bis*, nonché con l'abrogazione dell'art. 70.

Inoltre, con il decreto-legge 19 maggio 2020 n. 34²⁰ (il c.d. "decreto rilancio"), convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge 17 luglio 2020 n. 77²¹, il legislatore interno ha previsto, all'art.

¹⁸ In *GURI* del 29 dicembre 2017, n. 302, S.O.

¹⁹ In *GURI* del 31 dicembre 2018, n. 302, S.O.

²⁰ Decreto-legge del 19 maggio 2020, n. 34, *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *GURI* del 19 maggio 2020, n. 128, S.O.

²¹ Legge del 17 luglio 2020, n. 77, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse*

181, comma 4-*bis*, il rinnovo d'ufficio per la durata di dodici anni (dunque, fino al 2032) di tutte le concessioni in scadenza il 31 dicembre 2020 e ha previsto, all'articolo 181, comma 4-*ter*, che gli eventuali posteggi liberi o di nuova istituzione venissero assegnati «in via prioritaria e in deroga a qualsiasi criterio» agli aventi titolo, senza, dunque, l'espletamento di alcuna procedura ad evidenza pubblica. Queste previsioni hanno trovato conferma in successive determinazioni ministeriali recanti le previste Linee guida²².

Infine, a causa del perdurante evento pandemico, con l'articolo 26-*bis* del decreto- legge n. 41/2021²³ (convertito, con modificazioni, nella legge n. 69/2021, che è entrata in vigore il 22 maggio 2021²⁴) il legislatore nazionale ha disposto che le concessioni di posteggio conservassero la loro validità per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza, anche in deroga al termine previsto nel titolo concessorio e ferma restando l'eventuale maggior durata prevista. Poiché lo stato di emergenza è cessato il 31 marzo 2022²⁵, i novanta giorni successivi indicati dalla norma sono scaduti il 29 giugno 2022.

all'emergenza epidemiologica da COVID-19, in *GURI* del 18 luglio 2020, n. 180, S.O.

²² Cfr. i punti 6, 7 e 9 dell'Allegato A al Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 25 novembre 2020, consultabile all'indirizzo *internet*:

https://www.mimit.gov.it/images/stories/normativa/ALLEGATO_A_DECRETO_FIRMATO_E_PROTOCOLLATO_25nov2020.pdf.

²³ Di 22.3.2021, n. 41, Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, in *GURI* del 22 marzo 2021, n. 70.

²⁴ In *GURI* del 21 maggio 2021, n. 120, S.O.

²⁵ Lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili è stato dichiarato e poi prorogato con le delibere del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 (in *GURI* del 1° febbraio 2020, n. 26), del 29 luglio 2020 (in *GURI* del 30 luglio 2020, n. 190), del 7 ottobre 2020 (in *GURI* del 7 ottobre 2020, n. 248), del 13 gennaio 2021 (in *GURI* del 20 gennaio 2021, n. 15) e del 21 aprile 2021 (in *GURI* del 30 aprile 2021, n. 103), nonché con gli articoli 1, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105 (in *GURI* del 23 luglio 2021, n. 175), convertito, con modificazioni, dalla legge del 16 settembre 2021, n. 126 (in *GURI* del 18 settembre 2021, n. 224), e 1, comma 1, del decreto-legge del 24 dicembre 2021, n. 221 (in *GURI* del 24 dicembre 2021, n. 305), convertito, con modificazioni, dalla legge del 18 febbraio 2022, n. 11 (in *GURI* del 18 febbraio 2022, n. 41). Cfr., per

3. Le indicazioni fornite dall'AGCM e gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa.

Tale coacervo di norme è stato ritenuto dall'AGCM (in una segnalazione del 15 febbraio 2021²⁶) nel suo complesso incompatibile con il diritto dell'Unione per avere sottratto il settore del commercio al dettaglio su aree pubbliche all'ambito di applicazione della direttiva servizi e per avere, da ultimo, adottato una misura (il rinnovo automatico per la durata di dodici anni di tutte le concessioni in scadenza) sproporzionata. Per l'AGCM il sacrificio della concorrenza imposto da quella misura non poteva considerarsi adeguatamente bilanciato con la pure comprensibile esigenza di compensare gli operatori colpiti dalla crisi economica generata dalla pandemia di Covid-19 e salvaguardare i loro investimenti, anche perché, tenuto conto della struttura commerciale degli ambulanti, questi non sono di norma particolarmente significativi²⁷. Insomma, per la nostra Autorità le norme in precedenza descritte avevano reso il settore del commercio al dettaglio su aree pubbliche sostanzialmente impenetrabile all'applicazione delle regole e dei principi di concorrenza.

Di conseguenza, la medesima segnalazione si conclude con l'invito rivolto dall'AGCM alle amministrazioni comunali a procedere, in attesa di un intervento correttivo del legislatore interno,

le misure transitorie, il dl. del 24 marzo 2022 n. 24, *Disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza, e altre disposizioni in materia sanitaria*, in *GURI* del 24 marzo 2022, n. 70.

²⁶ Consultabile all'indirizzo *internet*
<https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290>

035806C/0/14A48DB7433E8BFEC125867E0053B619/\$File/AS1721.pdf.

²⁷ Secondo l'AGCM quelle norme nazionali non erano in contrasto solo la direttiva 2006/123/CE, ma anche con i principi generali dell'ordinamento UE di proporzionalità e di non discriminazione richiamati dalla direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, secondo cui, per le concessioni di durata superiore a cinque anni occorre motivare la necessità di prevedere una durata eccedente relativamente al periodo di recupero degli investimenti effettuati e di ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali (cfr. considerando 52 e art. 18 della direttiva 2014/23/UE).

alla disapplicazione di tali disposizioni normative in quanto idonee a restringere indebitamente l'accesso e l'esercizio di un'attività economica e, dunque, in contrasto sia con la Costituzione, sia con il diritto dell'UE.

Diverse amministrazioni comunali hanno raccolto tale invito e hanno, quindi, in seguito deciso di non avviare i procedimenti di rinnovo delle concessioni o hanno annullato in autotutela quelli non ancora conclusi, dando così origine a un vasto contenzioso, che è stato sino ad ora definito dai giudici amministrativi nel solco tracciato dall'Adunanza plenaria con le sentenze del 9 novembre 2021, nn. 17 e 18²⁸, pronunciate in tema di concessioni demaniali marittime.

In buona sostanza, queste pronunce hanno confermato l'obbligo per le amministrazioni comunali di disapplicare le norme di cui si è dato conto in precedenza perché in contrasto con la regola dell'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica per il rilascio di autorizzazioni limitate a causa della «scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili», criterio, enunciato al paragrafo 1 dell'articolo 12²⁹ della direttiva 2006/123/CE, che, dunque, assume un ruolo centrale anche per il commercio ambulante.

²⁸ Le sentenze sono consultabili all'indirizzo *internet* <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2020-l-adunanza-plenaria-e-le-concessioni-balneari-guida-alla-lettura-delle-sentenze-17-e-18-del-9-11-2021?hitcount=0>. Per un commento, cfr., *ex multis*, R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in questa *Rivista*, fasc. 1, 2022, pp. 101 e ss. e *ibidem* GI. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?*, cit.. Cfr., inoltre, i contributi raccolti nel numero speciale della rivista *Diritto e Società*, n. 3, 2021, tra i quali si segnalano quelli di M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn.17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, *ivi*, pp. 331 e ss.; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, *ivi*, pp. 359 e ss.; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, *ivi*, pp. 385 e ss.; M. GOLLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una annosa vicenda o resta ancora aperta?*, *ivi*, pp. 401 e ss.; B. CARAVITA DI TORITTO e G. CARLOMAGNO, *Appendice*, *ivi*, pp. 621 e ss. Cfr., inoltre, E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. Del Consiglio di Stato*, in *giustiziainsieme.it*, 30 dicembre 2021.

²⁹ L'art. 12 precisa che «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle

3.1 (Segue) L'applicazione al settore del commercio al dettaglio su aree pubbliche del criterio della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili.

Rispetto alla giurisprudenza amministrativa sopra evocata una particolare menzione merita la sentenza del Consiglio di Stato del 19 ottobre 2023, n 9104, proprio per le argomentazioni in essa contenute sull'applicazione del criterio della «scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili».

La vicenda giudiziaria trae origine dalla decisione assunta dall'amministrazione di Roma Capitale di disapplicare la normativa statale relativa al rinnovo delle concessioni su aree pubbliche sino al 2032³⁰ e di avviare le procedure per la messa a gara delle concessioni³¹.

Più precisamente, alcuni commercianti hanno impugnato la nota del gabinetto del sindaco di Roma Capitale del 17 febbraio 2021, prot. n. 8561³², con cui la competente direzione mercati e commercio

capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento».

³⁰ Art. 181, comma 4-*bis* del decreto-legge 19 maggio 2020 n. 34, cit.

³¹ Decisione intervenuta a seguito del parere richiesto dall'amministrazione capitolina e formulato dall'AGCM (rif. AS1720, consultabile all'indirizzo *internet* [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/5287DE4B0EBAE2C5C125867E00539534/\\$File/AS1720.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/5287DE4B0EBAE2C5C125867E00539534/$File/AS1720.pdf)) dopo che la Giunta della Regione Lazio aveva adottato la deliberazione n. 1042 del 22 dicembre 2020 approvando le «Modalità operative per il rinnovo delle concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche, in scadenza entro il 31 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 181, comma 4-bis, del decreto legge n. 34/2020, come convertito dalla legge n. 77/2020, e delle linee guida del Ministero dello Sviluppo Economico, di cui al decreto del 25 novembre 2020».

³² La nota (prot.n.8561 del 17 febbraio 2021) veniva trasmessa Direzione Mercati e Commercio su aree pubbliche del Dipartimento Sviluppo Economico e Attività Produttive e a tutti i Municipi «[...] per le valutazioni ed il seguito di competenza, affinché la procedura per il rilascio delle concessioni dei posteggi per il commercio su aree pubbliche sia disciplinata da idonei criteri di selezione ed in assenza di rinnovi automatici, con invito a ritirare in autotutela eventuali procedure già avviate per il rinnovo delle concessioni [...]».

su aree pubbliche del dipartimento sviluppo economico e tutti i Municipi sono stati invitati a disapplicare il citato comma 4-*bis* dell'art. 181 del decreto-legge 19 maggio 2020 n. 34 e a revocare in autotutela le procedure di rinnovo delle medesime concessioni in precedenza avviate.

Le determinazioni assunte dal Comune di Roma sono state impugnate avanti il TAR Lazio, il quale, con le sentenze 527, 530, 537, 5441, 539 e 8136³³ del 2022 (le ultime due non essendo state impugnate sono, quindi, passate in giudicato in primo grado) ha indicato anche per le concessioni dei posteggi per il commercio su aree pubbliche, in analogia a quanto deciso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato per le concessioni del demanio marittimo, il limite massimo del 31 dicembre 2023, raggiunto il quale le concessioni avrebbero dovuto cessare di produrre effetti «nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E. e fermo restando che, nelle more, l'amministrazione ha il potere/dovere di avviare le procedure finalizzate all'assegnazione della concessione»³⁴.

In queste sentenze il TAR Lazio ha, dunque, stabilito che la disapplicazione delle norme intere sul rinnovo automatico delle concessioni fosse conforme al diritto sovranazionale, ma, conformandosi alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, ha modulato gli effetti della propria pronuncia sul piano temporale.

La sentenza del Tar Lazio n. 530 del 2022 è stata impugnata e, poi, confermata dalla già menzionata pronuncia n. 9104 del 2023, con

³³ Va detto che la giurisprudenza amministrativa sul tema è vasta e, certamente, non è limitata alle sentenze richiamate nel testo, essendo in seguito intervenute altre pronunce (*ex multis*, sentenze del TAR Lazio, Roma, n. 3648/2024; n. 3637/2024 e n. 3636/2024) e neppure si riguarda solamente le vicende del Comune di Roma. Basti citare, *ex plurimis*, le sentenze del TAR Lombardia, Milano, n. 385/2024; n. 130/2024; 103/2024; n. 3066/2023; n. 54/2024; n. 103/2024; n. 3040/2023 e n. 3066/2023, cui vanno aggiunte quelle pronunciate da altri tribunali amministrativi regionali.

³⁴ Cfr. le sentenze del Consiglio di Stato (Ad. Plen.) del 09 novembre 2021, nn. 17 e 18, cit.

la quale il Consiglio di Stato ha affermato la legittimità della disapplicazione da parte del Comune di Roma di tale disposizione interna proprio perché ritenuta incompatibile con la direttiva “servizi”.

Il Consiglio di Stato è giunto a questa conclusione sulla base di alcune semplici premesse. La prima è che «il commercio ambulante, o commercio su area pubblica, è una attività di vendita di merci al dettaglio, effettuata su aree di proprietà pubblica, ovvero su piazzole o posteggi assegnati, oppure in forma itinerante e tale attività rientra senza alcun dubbio nella nozione di servizi di cui alla direttiva 2006/123»³⁵.

A sostegno di tale assunto, il Consiglio di Stato ha fatto un espresso richiamo alla pronuncia della Corte di giustizia del 30 gennaio 2018. La seconda premessa, consequenziale alla prima, è che l’esclusione dell’attività del commercio su aree pubbliche dal campo di applicazione del d.lgs. n. 59/2010 e, quindi, della direttiva “servizi” si pone in diretto contrasto con le previsioni di tale direttiva, dal momento che esse, come si è già ricordato, prevedono in via tassativa le ipotesi di esclusione dal suo campo di applicazione (tra le quali non figura il commercio su aree pubbliche), senza, quindi, lasciare agli Stati membri alcun margine di discrezionalità.

Il ragionamento svolto dal Consiglio di Stato è lineare, e coerente appare la conclusione cui esso giunge: la disapplicazione della normativa interna (della portata e delle conseguenze di tale obbligo si dirà oltre con riferimento alle norme di recente emanazione) in quanto incompatibile con una disposizione della direttiva 2006/123/CE la cui efficacia diretta non è mai stata messa in discussione. Tale direttiva prevede, come si è detto, un’elencazione tassativa delle attività escluse dal suo ambito di applicazione, e, come tale, non può venire ampliata dal legislatore nazionale a suo piacimento.

³⁵ Cfr. la sentenza del Consiglio di Stato n. 9104 del 2023, consultabile nella banca dati *Giustizia amministrativa*, disponibile all’indirizzo internet <https://www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr>.

Altre sono, però, le considerazioni svolte dal Consiglio di Stato che, qui, preme evidenziare. Secondo i giudici amministrativi tale comparto non presenta caratteristiche tali da giustificare un trattamento differenziato rispetto a quello accordato al settore delle attività turistico-ricreative svolte sul demanio marittimo in relazione all'applicazione dell'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva "servizi"³⁶ poiché i beni rappresentati dalle aree pubbliche non difetterebbero né della qualificazione di risorse naturali, né del carattere della scarsità, che, anzi, sarebbe loro connaturata.

Per il Consiglio di Stato, dunque, tra i due settori (le attività turistico-ricreative svolte sul demanio marittimo e le attività di commercio al dettaglio svolte su piazzole e posteggi) è ravvisabile un minimo comune denominatore dato dall'esistenza di una domanda che dal mercato e per il mercato si rivolge a risorse pubbliche, la cui limitatezza esige (può esigere) di regolarne l'accesso attraverso modelli imparziali di selezione, quale quello dell'evidenza pubblica sancito dallo stesso art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

4. Assenza di un interesse transfrontaliero certo per il bene dato in concessione e presenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE o viceversa. Considerazioni d'insieme alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il contrasto tra norme (dell'UE e nazionali), evidenziato dai giudici amministrativi in relazione al settore del commercio su aree pubbliche, poggia, dunque, (anche) sull'applicazione a questo comparto del criterio della «scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili»³⁷.

³⁶ Gli appellanti, nel proprio ricorso, avevano censurato la sentenza del giudice di prime cure per avere falsamente applicato al settore del commercio su aree pubbliche i principi enunciati in materia di concessioni marittime a finalità turistico-ricettive, «sulla base di un'«acritica assimilazione» tra i due comparti, che invece sarebbero connotati da «profonde differenze»».

³⁷ Cfr., fra gli altri, C. BURELLI, *Le concessioni demaniali turistico-ricreative e il requisito della "scarsità delle risorse naturali" ex art. 12, par. 1, della direttiva*

Un'applicazione che i giudici amministrativi fanno discendere dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, per quanto gli unici pronunciamenti sul punto (ossia sulla portata e applicabilità del criterio sancito dall'art. 12 della direttiva servizi) riguardano proprio il settore delle attività turistico-ricreative svolte sul demanio marittimo con le sue peculiarità. Ci si riferisce, in particolare, alla ben note sentenze *Promoimpresa*³⁸ e *AGCM c. Comune di Ginosa*³⁹, in cui la Corte, stimolata dai giudici remittenti, ha inteso delineare il perimetro entro il quale gli Stati membri possono muoversi per accertare la sussistenza di tale criterio.

In queste pronunce la Corte ricorda inoltre che, in base a un'interpretazione letterale, storica, contestuale e teleologica della direttiva 2006/123, il suo articolo 12 deve trovare applicazione anche in situazioni puramente interne⁴⁰; dunque, pur in assenza di un interesse transfrontaliero certo per il bene dato in concessione. Piuttosto, la presenza di tale interesse transfrontaliero comporta l'applicazione dell'art. 49 del TFUE sulla libertà di stabilimento, con la conseguenza di vietare, anche nel caso in cui le risorse naturali o le capacità tecniche non fossero scarse e non fosse possibile invocare l'esimente dei motivi imperativi di interesse generale, concessioni soggette a un rinnovo automatico o prive di durata, senza,

servizi nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, in BlogDUE, 10 settembre 2023.

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cit.

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 aprile 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Comune di Ginosa*, in EU:C:2023:301. Per un commento, cfr., tra gli altri, D. DIVERIO, *Nulla di nuovo... sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura sulla sentenza della Corte di giustizia nella causa AGCM c. Comune di Ginosa*, in *BlogDUE*, 28 aprile 2023 e GI. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in *Federalismi*, 14 giugno 2023.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 20 aprile 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Comune di Ginosa*, cit., punto 40. Ivi si rinvia sul punto alle sentenze del 30 gennaio 2018, *X e Visser*, C-360/15 e C-31/16, cit., punti da 99 a 110 e del 22 settembre 2020, *Cali Apartments*, C-724/18 e C-727/18, in EU:C:2020:743, punto 56.

dunque, che possa venire in rilievo l'art. 11 della direttiva, il quale acconsente, a determinate condizioni, a tale ultima soluzione⁴¹.

Il ragionamento della Corte è lineare, ma occorre domandarsi cosa realmente si intenda per interesse transfrontaliero certo. Il ricorso a questo criterio deve essere, infatti, in qualche misura circoscritto, altrimenti si dovrebbe concludere per un'applicazione puramente teorica dell'art. 11 della direttiva.

In tema di appalti, la Corte ci dice che l'esistenza di tale interesse non può essere ricavata in via ipotetica sulla base di meri indizi, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta di elementi quali l'importanza economica, il luogo di esecuzione o le caratteristiche tecniche dell'operazione⁴². L'interesse per l'attività considerata è in questo caso certo, mentre il suo carattere transfrontaliero può essere anche solo potenziale e, quindi, in concreto potrebbe trattarsi di una fattispecie puramente interna.

Applicando in via analogica questa definizione giurisprudenziale alle concessioni relative al commercio su aree pubbliche, appare evidente qui la presenza di un interesse transfrontaliero certo non sia affatto sempre scontata.

Nelle sue conclusioni presentate l'8 febbraio 2024 nella causa *Società Italiana Imprese Balneari*⁴³, in cui *ratione temporis* trova applicazione solo l'art. 49 del TFUE, l'Avvocato generale Čapeta sostiene che l'attrattiva dell'avvio di un'attività economica nelle zone marittime (o lacuali) del

⁴¹ In base all'art. 11 della direttiva servizi, l'autorizzazione rilasciata al prestatore non deve avere durata limitata, «ad eccezione dei casi seguenti: a) l'autorizzazione prevede il rinnovo automatico o è esclusivamente soggetta al costante rispetto dei requisiti; b) il numero di autorizzazioni disponibili è limitato da un motivo imperativo di interesse generale; o c) una durata limitata è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale».

⁴² Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2016, *Tecnoedi Costruzioni*, C-318/15, in EU:C:2016:747, punto 22. La Corte ha anche chiarito che l'interesse transfrontaliero certo non può essere dimostrato sulla base del semplice fatto che gli appalti considerati hanno un valore economico rilevante (cfr., in tal senso, la sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2010, *Commissione c. Germania*, C-160/08, in EU:C:2010:230, punti 18, 54 e 123).

⁴³ Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Čapeta l'8 febbraio 2024 nella causa *Società Italiana Imprese Balneari*, C-598/22, in EU:C:2024:129.

nostro territorio conferma l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo⁴⁴.

Questa qualità non sembra, però, appartenere in linea di principio a qualsiasi posteggio di qualunque comune italiano.

Dunque, in assenza di un interesse transfrontaliero certo, l'imposizione di condizionamenti al rilascio e al rinnovo delle concessioni ha come presupposto l'aver accertato il carattere limitato delle risorse naturali così come previsto dall'art. 12 della direttiva 2006/123/CE⁴⁵.

Anche in questo caso occorre domandarsi in base a quali criteri si debba procedere a tale verifica.

La Corte di giustizia, nella sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, legittima sia un approccio su base locale, da essa stessa avallato nella pronuncia *Promoimpresa*⁴⁶, sia un approccio su base "nazionale", fatto proprio dal Consiglio di Stato nelle già evocate sentenze "gemelle", in cui l'Adunanza plenaria ha riconosciuto la sussistenza del requisito della scarsità delle risorse naturali in via generale e astratta su tutto il territorio rivierasco italiano, con l'effetto di ritenere applicabile, senza eccezioni, l'art. 12 della direttiva.

Non solo, la Corte sostiene che i due approcci possono anche essere «combinati»⁴⁷, senza, tuttavia, fornire ulteriori chiarimenti su come procedere in tal senso.

Peraltro, va detto, che la Corte nel fare questa puntualizzazione sembrerebbe andare al di là del quesito posto dal TAR Puglia.

⁴⁴ *Ibidem*, punto 21.

⁴⁵ Nella già citata la risposta del 18 gennaio 2016 all'interrogazione (E-010220-15) presentata dagli europarlamentari Antonio Tajani (PPE) e da Roberto Gualtieri (S&D), la Commissaria Elżbieta Bieńkowska sostiene che [s]e il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività è limitato per motivi tecnici, come nel caso del commercio ambulante a causa del numero limitato di posti disponibili, l'autorizzazione va rilasciata, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2 della direttiva, per una durata limitata adeguata senza dar luogo a rinnovi automatici". Sorprende, in quel caso, il cenno ai "motivi tecnici", che, tuttavia, sembra avere in questo caso una connotazione per così dire atecnica.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cit., punto 43. Per la Corte «il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato».

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 20 aprile 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Comune di Ginosa*, cit., spec. punto 49.

Afferma, infatti, la Corte che «[c]on la prima parte dell’ottava questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l’articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 debba essere interpretato nel senso che esso osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un’analisi del territorio costiero del comune in questione, oppure se tale valutazione debba essere effettuata esclusivamente sulla base dell’uno o dell’altro di detti approcci».

Ebbene, leggendo il quesito sottoposto alla Corte dal TAR Puglia, non vi è alcuna menzione del verbo “combinare”, in nessuna delle sue possibili coniugazioni. Nell’ottavo quesito il giudice *a quo* si rivolge alla Corte chiedendo «[s]e risulti coerente [...] una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito tout-court all’intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, [...] tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale»⁴⁸.

Nella costruzione sintattica del quesito viene, dunque, utilizzato l’ablativo assoluto “viceversa”, con il quale si vuole significare una contrapposizione dei due diversi approcci e non una loro (possibile) mescolanza.

Insomma, la terminologia usata dal giudice dell’UE pare francamente poco chiara, per non dire inconferente, e potrebbe condurre sul piano interno a esiti giurisprudenziali tra loro diversi e potenzialmente contraddittori.

Ad ogni modo, se questo approccio combinato può, in linea di principio, valere per le concessioni del demanio marittimo, è legittimo domandarsi se altrettanto possa dirsi per quelle riferite agli ambulanti. E, forse, possibile adottare anche per questo comparto una visione unitaria e non parcellizzata, eventualmente mescolando queste due diverse visioni?

⁴⁸ *Ibidem*, punto 30.

In realtà, a poter essere combinati non sono l'approccio nazionale e quello locale, che parrebbero, invece, alternativi, ma il criterio della quantità e quello della qualità, nell'ottica di dare il necessario rilievo alle proprietà fisiche delle singole aree e alla funzione economica della relativa concessione.

Il tema è certamente complesso, anche se non sembrano esserci alternative a un approccio in termini relativi che tenga conto del grado di sostituibilità/intercambiabilità del bene (concetto, peraltro, cardine in materia di concorrenza). Se un bene è limitato, l'operatore, l'agente economico, tenderà a rivolgersi ad un diverso bene o ad accontentarsi.

Con riferimento alle concessioni per il commercio ambulante, accantonato l'approccio nazionale, perché obiettivamente non pare appropriato, la valutazione sulla scarsità delle risorse naturali da parte delle singole amministrazioni comunali, che sono i livelli di governo cui compete la gestione della risorsa pubblica di interesse per questo settore economico⁴⁹, non può che discendere dalla combinazione del profilo qualitativo con quello quantitativo.

Da un lato, è del tutto evidente che gli spazi assegnati ai commercianti ambulanti non sono in linea di principio pienamente fungibili con altri spazi (eventualmente) messi a disposizione dalle amministrazioni comunali, dal momento che la loro redditività non può considerarsi aprioristicamente equivalente. Dunque, le caratteristiche della risorsa naturale (lo spazio pubblico) possono certamente incidere sui guadagni di coloro che ne ottengono la disponibilità.

Al contempo, l'attenzione non può essere rivolta solo alla differente remuneratività dei vari spazi perché così facendo il criterio della scarsità delle risorse naturali verrebbe disancorato dal dato oggettivo, ovvero la quantità di aree disponibili, finendo per essere collegato solamente alle oscillazioni del mercato, con il rischio di prestarsi a potenziali "abusi interpretativi".

⁴⁹ Cfr. la sentenza del Consiglio di Stato n. 9104 del 2023, cit.

Certo, lo spazio pubblico è oggettivamente limitato. Sulla base di questo assunto, si dovrebbe concludere che i posteggi che possono essere dati in concessione per l'esercizio di attività di commercio al dettaglio sono sempre e, comunque, da considerarsi scarse.

In questi termini pare vada letto il passaggio contenuto nella già richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 9104 del 19 ottobre 2023, in cui si afferma che le attività del commercio ambulante, in analogia con quelle sul demanio marittimo, esibiscono il connotato della scarsità delle risorse naturali.

Ebbene, secondo questa lettura restrittiva del criterio codificato all'art. 12 della direttiva "servizi", sarebbe del tutto inutile procedere con un approccio caso per caso, in quanto tale approccio non potrebbe condurre ad un risultato diverso, stante la complessiva limitatezza della risorsa naturale utilizzata con riferimento a entrambi i settori.

Eppure, la Corte di giustizia, come si è detto, con riguardo alle attività turistico-ricreative svolte sul demanio marittimo, ritiene che un approccio locale sia altrettanto valido di quello nazionale, finendo così per conferire, almeno implicitamente, una connotazione diversa e meno stringente al criterio postulato all'art. 12 della direttiva servizi.

Pare, quindi, maggiormente convincente un altro passaggio contenuto nella medesima pronuncia del Consiglio di Stato, in cui lo stesso precisa che la necessità di procedere alla selezione degli operatori economici mediante criteri obiettivi e trasparenti, propri dell'evidenza pubblica, è ancor più evidente nel caso oggetto di quel giudizio, essendo sotto esame le aree pubbliche da destinare al commercio di Roma capitale, «per le quali è dato notorio che il numero delle concessioni sia limitato per via della scarsità del suolo pubblico di Roma da destinare a tali attività, ed altrettanto notoria è l'appetibilità commerciale rivestita dalle aree pubbliche a ciò destinate»⁵⁰.

Il Consiglio di Stato, nel combinare il criterio quantitativo con quello qualitativo, ritenendo, di conseguenza, il primo di per sé non dirimente, induce a pensare che il secondo possa influire nella

⁵⁰ Cfr. la sentenza del Consiglio di Stato n. 9104 del 2023, cit.

qualificazione di un determinato suolo pubblico come risorsa naturale scarsa.

Seguendo questa logica, occorrerebbe, anche per questo comparto, procedere ad una complessa, e piuttosto faticosa, attività ricognitiva del territorio finalizzata a valutare sia le caratteristiche fisiche, sia la vocazione commerciale delle singole aree. Un'attività che, per risultare più efficace, andrebbe decentrata e, quindi, affidata alle singole amministrazioni comunali.

Questo approccio, per l'appunto, combinato che potrebbe portare a ritenere l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE non sia sempre applicabile al comparto in esame.

5. Le modalità di assegnazione delle concessioni per il commercio su aree pubbliche contenuta nell'art. 11 della l. 214 del 2023 (legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022) tra risolte antinomie e perduranti profili di contrasto con il diritto dell'UE.

Sulla scorta delle brevi riflessioni che precedono, viene ora esaminata, seppure con riguardo ai suoi tratti più salienti, la disciplina contenuta nell'art. 11 della l. 214 del 2023⁵¹, avente ad oggetto le (nuove) modalità di assegnazione delle concessioni per il commercio su aree pubbliche.

Senza dubbio, la novella disciplina ha il merito di eliminare alcuni dei profili di maggiore conflittualità con il diritto UE riconducibili alla precedente normativa, anche se mantiene asperità che (forse) potranno essere smussate in via pretoria.

Gli aspetti maggiormente positivi, avendo a mente i rapporti fra ordinamenti (UE e nazionale), riguardano le abrogazioni previste dal comma 7, in forza delle quali l'art. 16 del d.lgs. n. 59/2010 torna ad applicarsi anche a questo settore⁵². Non, però, l'art. 70 di tale decreto

⁵¹ In *GURI* del 30 dicembre 2023, n. 303.

⁵² Il comma 7 dell'art. 11 prevede che con l'entrata in vigore della l. 214/2023 sono abrogati: «a) la lettera f-bis) del comma 1 dell'articolo 7 [che escludeva le attività del commercio al dettaglio sulle aree pubbliche dall'ambito di applicazione del d.lgs. 59/2010] e il comma 4-bis dell'articolo 16 del decreto legislativo 26 marzo

legislativo, che non viene per gli effetti di quella disposizione reintegrato⁵³.

In ogni caso, in questo modo dovrebbe essere stata superata la principale delle contestazioni mosse dalla Commissione con l'avvio della procedura di pre-infrazione di cui si è dato conto in precedenza.

L'articolo 11, ai commi da 1 a 3, prevede che, per le aree ritenute dalle amministrazioni competenti concedibili in base ad una ricognizione con cadenza annuale (la prima ricognizione dovrà essere effettuata entro dieci mesi dalla data di entrata in vigore della legge), le nuove concessioni di durata decennale potranno essere rilasciate solo con il ricorso a procedure selettive nel rispetto delle linee guida ministeriali adottate dal Ministero delle imprese e del *made in Italy*, previa intesa in sede di Conferenza unificata, e tenendo conto dei criteri generali richiamati espressamente al comma 2.

Dunque, le linee guida ministeriali dovranno prevedere: *a)* nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato e a tenere conto della professionalità e dell'esperienza precedentemente acquisite nel settore di riferimento; *b)* la valorizzazione dei requisiti dimensionali della categoria della microimpresa, come definita ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Ministro delle attività produttive 18 aprile 2005, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 238 del 12 ottobre 2005; *c)* un numero massimo

2010, n. 59 [il quale prevedeva che le disposizioni di tale articolo 16 (corrispondente all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE) non si applicassero al commercio su aree pubbliche di cui all'articolo 27 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114];

b) il comma 1181 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205 [con il quale venivano previste in deroga a quanto disposto dall'articolo 16 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, specifiche modalità di assegnazione per coloro che, nell'ultimo biennio, avessero direttamente utilizzato le concessioni quale unica o prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare]; c) l'articolo 1, comma 686, lettere a) e b), della legge 30 dicembre 2018, n. 145 [con cui, in aggiunta, alle esclusioni di cui alle lettere a) e b) del comma 7 dell'art. 11 della l. 214/2023, veniva prevista l'abrogazione dell'art. 70 del d.lgs. 59/2010].

⁵³ Ciò malgrado l'abrogazione dell'articolo 1, comma 686, lettere a) e b), della legge 30 dicembre 2018, n. 145, che, a suo tempo, aveva espressamente abrogato l'art. 70 del d.lgs. 59/2010

di concessioni di cui, nell'ambito della medesima area mercatale, ciascun operatore può essere titolare, possessore o detentore, a qualsiasi titolo.

Sebbene il comma 2 dell'art. 11 includa un opportuno richiamo al rispetto dei principi dell'Unione europea, i criteri indicati potrebbero favorire i concessionari uscenti e, quindi, andranno applicati con particolare attenzione.

Le maggiori criticità riguardano, però, come rilevato dal Presidente della Repubblica⁵⁴, i commi da 4 a 6, che stabiliscono un regime transitorio applicabile ai procedimenti di rinnovo non ancora conclusi prima dell'entrata in vigore della legge, anche per inerzia delle amministrazioni comunali.

Il comma 4 dell'articolo 11 prevede che continueranno ad avere efficacia fino al termine previsto nel relativo titolo le concessioni già assegnate alla data di entrata in vigore della legge con procedure selettive ovvero già riassegnate ai sensi dell'articolo 181, commi 4-*bis* e 4-*ter*, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77. Tale previsione fa, quindi, salve le concessioni assegnate in virtù di una normativa che è stata considerata dai giudici amministrativi, dall'AGCM e da alcune amministrazioni comunali, contrastante con il diritto dell'UE e, pertanto, assorbe in sé le medesime conflittualità.

Analoghe considerazioni possono farsi in relazione al comma 5 dell'art. 11, il quale dispone che qualora i procedimenti finalizzati al rinnovo dei titoli concessori indicati dalle disposizioni sopra richiamate non risultassero, alla data di entrata in vigore della l. 214/2023, ancora conclusi «per qualsiasi causa, compresa l'eventuale inerzia dei comuni», gli stessi dovranno essere portati a conclusione (l'utilizzo nella norma dell'indicativo non sembrerebbe consentire

⁵⁴ Cfr. la lettera del Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, trasmessa al Presidente del Senato della Repubblica, Ignazio La Russa, al Presidente della Camera dei Deputati, Lorenzo Fontana, e al Presidente del Consiglio dei Ministri, Giorgia Meloni, che ha accompagnato la promulgazione, in data 30 dicembre 2023, della l. 214/2023. La lettera del Presidente della Repubblica è integrata nel comunicato stampa consultabile all'indirizzo *internet* <https://www.quirinale.it/elementi/103918>.

deroghe, né lasciare alle amministrazioni comunali margini di discrezionalità, ma, a questo proposito, si rinvia alle considerazioni che saranno svolte nel prossimo paragrafo), sempre secondo quanto previsto dell'articolo 181, commi 4-*bis* del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, entro il termine di sei mesi a fare data dal 31 dicembre 2023.

Lo stesso comma 5 chiarisce che, qualora l'amministrazione non dovesse concludere il procedimento entro tale termine, le concessioni si intendono comunque rinnovate salva rinuncia dell'avente titolo e salvo il potere di adottare determinazioni in autotutela (ai sensi dell'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241), ma solo nel caso di successivo accertamento dell'originaria mancanza dei requisiti di onorabilità e professionalità, nonché dell'iscrizione ai registri camerali quale ditta attiva, sempreché «non sussistano gravi e comprovate cause di impedimento temporaneo all'esercizio dell'attività»⁵⁵.

Inoltre, la durata di tali titoli concessori sarà quella di cui alla normativa sopra richiamata, ossia di dodici anni.

Applicando il comma 5 dell'art. 11 si arriva, quindi, al paradosso per cui i nuovi titoli concessori rilasciati a seguito di procedure ad evidenza pubblica avranno una durata (decennale) inferiore a quelli rinnovati in modo automatico previa la sola verifica della sussistenza dei requisiti sopra richiamati.

Per le concessioni non oggetto di procedimenti di rinnovo, troverà applicazione il comma 6 dell'art. 11, che prevede, «al fine di evitare soluzioni di continuità nel servizio, nelle more della preparazione e dello svolgimento delle gare», un regime di proroga (dunque, di *favor* per i concessionari uscenti), sino al 31 dicembre 2025, dei titoli scaduti, anche in deroga al termine ivi previsto e ferma restando la sua eventuale maggiore durata.

Ebbene, i profili di contrasto fra questo regime transitorio e l'art. 49 del TFUE e/o l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, purché tali disposizioni siano (anche disgiuntamente) applicabili al caso

⁵⁵ Art. 181, comma 4-*bis* del decreto-legge 19 maggio 2020 n. 34, cit.

concreto preso in esame, sembrano, in base alle considerazioni svolte in precedenza, evidenti.

6. I rimedi a disposizione delle amministrazioni comunali e i giudici nazionali secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Disapplicazione o non disapplicazione: un dilemma di non scontata soluzione.

Va, tuttavia, detto che l'applicazione del regime transitorio previsto dai commi da 4 a 6 dell'art. 11 della l. 214/2023 potrebbe essere limitata in quanto, come è stato già chiarito, diverse amministrazioni comunali, prima dell'entrata in vigore di tale normativa, avevano deciso di non avviare i procedimenti di rinnovo delle concessioni o di annullare in autotutela quelli in corso. In questi casi troverà applicazione solo il comma 6 dell'art. 11 della nuova disciplina, che presenta nel rapporto con il diritto dell'UE profili decisamente meno problematici. La proroga dei titoli concessori sino all'espletamento delle gare necessarie per la loro nuova assegnazione potrebbe giustificarsi sulla base di una lettura benevola dei principi di proporzionalità e del legittimo affidamento.

È il caso, ad esempio, del Comune di Milano. In una sua determinazione dello scorso 17 gennaio 2024⁵⁶, l'amministrazione puntualizza, peraltro, che le concessioni non potrebbero intendersi comunque rinnovate come previsto dal comma 5 dell'art. 11, essendo tale previsione, che acconsente ad una proroga automatica,

⁵⁶ Cfr. la determinazione dirigenziale (atto n. DD 222) del 17 gennaio 2024, avente ad oggetto Validità delle concessioni per l'esercizio delle attività di commercio su aree pubbliche presso i mercati settimanali scoperti e i posteggi extra-mercato e delle concessioni per la rivendita di quotidiani e periodici su area pubblica in scadenza al 31 dicembre 2020, disponibile all'indirizzo *internet*: <https://www.comune.milano.it/documents/87339536/190972166/DD+222+2024+Proroga+validità++concessioni+aa+pp+al+31+12+2025.pdf/b7b811e1bec134321-da34-5d4cfd5b7623?t=1705570298495>. Come indicato nel documento, le concessioni di posteggio attive sul territorio di Milano sono così distribuite: a) 8.600 posteggi presso 94 mercati settimanali scoperti, di cui 3558 alimentari e 5042 non alimentari; b) 476 postazioni extra-mercato suddivise tra: chioschi, trespoli e posteggi isolati; c) 250 postazioni per rivendita di quotidiani e periodici.

ritenuta in palese contrasto con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE⁵⁷.

Questa puntualizzazione contenuta nella determinazione dirigenziale assunta dal Comune di Milano dà modo di riannodare le

⁵⁷ Nei considerando della determinazione dirigenziale si legge che: «questa Amministrazione non potrà applicare la previsione dell'art. 11 comma 5 della l. 214/2023 e pertanto non potrà procedere entro sei mesi dall'entrata in vigore della medesima legge alla conclusione del procedimento teso al rinnovo dei titoli concessori indicati all'articolo 181, comma 4-bis, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, avendone già disposto l'annullamento d'ufficio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-nonies, comma 1 della Legge n. 241/1990 in sede di riesercizio del potere, alla luce delle sopra citate sentenze del Tar Lombardia; le concessioni in oggetto non potranno neppure intendersi comunque rinnovate allo spirare del predetto termine semestrale come previsto dal sopra citato art. 11 comma 5, stante che le norme con cui è stata disposta la proroga automatica delle concessioni in essere si pongono in palese contrasto con l'art. 49 TFUE e con la direttiva 2006/123/CE (Cons. Stato, Ad. Plen., sentt. n. 17 e 18 del 2021; Tar Lazio, Roma, sent. n. 1411/2022; 801/2022; 539/2022; Tar Sardegna, sent. n. 865/2021)» e che il Tribunale ha a suo tempo già disposto che l'amministrazione comunale debba procedere all'assegnazione delle concessioni solo dopo aver esperito una procedura di evidenza pubblica nel rispetto dell'effetto conformativo derivante dalla sentenza e dell'obbligo che già grava in capo a «tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, di applicare le disposizioni UE self-executing, disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi». Volendo fare ad un altro esempio, benché di segno diametralmente opposto, si può menzionare il caso del Comune di Catania. In un comunicato stampa pubblicato il 4 marzo 2024 sul sito del Comune (reperibile all'indirizzo *internet* <https://www.comune.catania.it/informazioni/cstampa/default.aspx?cs=91087>), si notizia che con «un atto di indirizzo politico, la giunta comunale ha deliberato l'avvio delle procedure, da concludere entro sei mesi, di rinnovo delle concessioni destinate all'esercizio del commercio su aree pubbliche». Non solo, nel medesimo documento, si legge che «[q]ualora il procedimento di rinnovo delle concessioni già esistenti non sia avviato e/o concluso per qualsiasi causa entro il termine di sei mesi dalla entrata in vigore della Legge n. 214/2023, l'atto di indirizzo della giunta Trantino, adottato su proposta degli uffici dell'assessorato alle attività produttive retto da Giuseppe Gelsomino, stabilisce che le concessioni esistenti al 31 dicembre 2020 degli operatori commerciali su aree pubbliche dei mercati, dei posteggi fissi e delle fiere si intendono comunque prorogate fino all'anno 2032, nel rispetto dei termini indicati dall'articolo 181, comma 4-bis Decreto Legge n. 34/2020, convertito dalla l. n. 77/2020. Si osserva, peraltro, che il comunicato stampa fa riferimento non solo a procedimenti non ancora conclusi alla data di entrata in vigore della l. n. 214/2023, ma anche a procedimenti non ancora avviati, andando, così, al di là del dato normativo». Trattandosi, tuttavia, di un comunicato stampa, si sospende il giudizio.

fila del ragionamento in precedenza svolto e di concluderlo con alcune ulteriori considerazioni riguardo al potere/dovere delle amministrazioni comunali di disapplicare (*rectius*, non applicare) il regime transitorio previsto dalla l. 214/2023 all'art. 11, specialmente ai commi 4 e 5, perché in contrasto con il diritto dell'UE.

A parere di chi scrive il potere/dovere delle amministrazioni comunali, ma anche del giudice nazionale, di disapplicare (anche) queste nuove disposizioni normative potrebbe essere non così scontato, perlomeno nel caso in cui non venisse accertata, con un'adeguata motivazione, l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, con conseguente applicazione dell'art. 49 del TFUE.

In tal caso, le disposizioni di diritto interno verrebbero a porsi in contrasto con una norma di rango primario provvista di effetto diretto anche nei rapporti fra privati⁵⁸.

Diverso è, allora, il caso in cui la normativa interna venisse disapplicata in quanto, ancorché transitoriamente, disattende solo l'art. 12 della direttiva, poiché in quello specifico caso le risorse naturali vengono ritenute scarse.

Nella giurisprudenza amministrativa precedentemente richiamata, sulla scorta di quanto affermato nelle sentenze gemelle pronunciate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, si è dato atto di un potere/dovere dell'amministrazione pubblica nazionale di disapplicare la normativa interna perché in contrasto con disposizioni della direttiva servizi, cui la Corte di giustizia ha riconosciuto efficacia diretta e fra queste vi è, per l'appunto, l'art. 12, limitatamente ai paragrafi 1 e 2.

Più precisamente, la Corte, nella sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, ha espressamente riconosciuto un effetto diretto ai paragrafi 1 e 2 di detto articolo⁵⁹.

Secondo la Corte «l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati

⁵⁸ Cfr., *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1974, *Walrave*, 36/74, punti 16-19, in EU:C:1974:140.

⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 aprile 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Comune di Ginosa*, cit.

potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti»⁶⁰.

Per la Corte di giustizia non sarebbe di ostacolo al riconoscimento di un effetto diretto ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE il margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri nella scelta dei criteri applicabili per valutare se le risorse naturali necessarie per l'esercizio di una data attività economica siano scarse e, quindi, il numero delle autorizzazioni concedibili risulti limitato⁶¹.

Ciò che conta è che tali disposizioni pongano a carico degli Stati membri, «in termini inequivocabili, un obbligo di risultato preciso e assolutamente incondizionato» riguardo alla loro applicazione⁶².

In buona sostanza, la Corte ritiene che la qualificazione delle risorse naturali come scarse, a prescindere dall'approccio (nazionale o locale) utilizzato, richieda, comunque, che gli Stati membri applichino una procedura di selezione tra i potenziali candidati, la quale presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e vieta loro di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per l'esercizio di una determinata attività.

Sotto questo profilo i paragrafi 1 e 2 dell'art. 12 contengono disposizioni chiare, precise e incondizionate. Le modalità con le quali si accerta la presenza del requisito della scarsità delle risorse naturali, invero, non incidono sulla portata di dette norme, poiché esse danno

⁶⁰ *Ibidem*, punto 61.

⁶¹ In precedenza, l'effetto diretto dell'art. 12 era stato riconosciuto dall'Avvocato generale Szpunar al punto 110 delle conclusioni presentate il 25 febbraio 2016 nel caso *Promoimpresa*.

⁶² Sentenza della Corte di giustizia del 20 aprile 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Comune di Ginosa*, cit., punto 63. Qui la Corte richiama la sua sentenza dell'8 marzo 2022, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, C-205/20, in EU:C:2022:168, punto 19. Per la Corte, «anche se una direttiva concede agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nell'adozione delle modalità della sua attuazione, tale circostanza non incide sul carattere preciso e incondizionato delle sue disposizioni qualora tale margine di discrezionalità non escluda che sia possibile determinare alcuni diritti minimi e che sia, quindi, possibile determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere applicata» (punto 64. Cfr., anche, la giurisprudenza ivi citata).

per presupposto che tale verifica sia già stata condotta. Ciò che rileva è che, ritenute le risorse naturali scarse, le autorizzazioni all'utilizzo del bene siano concesse a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, che abbia le connotazioni sopra richiamate.

Certo, come opportunamente chiarito dalla stessa Corte, occorre comunque che l'amministrazione competente (o il giudice) abbiano ritenuto scarse le risorse naturali utilizzabili con riferimento al caso concreto considerato (tale accertamento costituisce, infatti, il presupposto, l'antecedente necessario, per l'applicazione dell'art. 12 della direttiva "servizi"). Per farlo, come si è detto in precedenza, andrà valutato tanto l'aspetto quantitativo quanto quello qualitativo. Alla luce di questa verifica, tale amministrazione (o giudice) potrà ritenere la domanda potenziale superiore all'offerta reale e, quindi, essendo in tal caso il numero di autorizzazioni concedibili limitato, dovrà subordinarle all'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica e rilasciarle per una durata limitata senza possibilità di rinnovo automatico.

Insomma, alla luce di questa giurisprudenza, l'effetto diretto dei due paragrafi dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE non è, dunque, in discussione.

Nondimeno, occorre ragionare sulla portata di tale effetto e sulle conseguenze del suo riconoscimento.

Secondo la giurisprudenza della Corte, la norma di diritto interno in contrasto con una disposizione di diritto UE provvista di efficacia diretta deve essere disapplicata. L'effetto diretto di tale disposizione di diritto UE consiste, proprio, nella sua idoneità a definire con autorità propria una fattispecie, senza la necessaria mediazione di altre norme.

La direttiva, invero, obbliga lo Stato ad adeguare la propria legislazione in modo tale da conseguire il risultato che l'atto UE indica. Si tratta di un obbligo, che, se disatteso, si traduce per il privato, a titolo di contropartita, nel diritto di avvalersi direttamente delle disposizioni contenute in quella stessa direttiva, purché a lui favorevoli.

L'obbligo sia per il giudice interno, sia per l'amministrazione nazionale di disapplicare le norme interne in contrasto con una disposizione di diritto UE sussiste anche quando quest'ultima è contenuta in una direttiva, ma, in questo caso, tale obbligo conosce limiti che, pur in presenza in una giurisprudenza evolutiva della Corte di giustizia, non sono mai stati superati⁶³.

Qualora la norma di diritto UE sia priva di effetto diretto oppure, se provvista di tale effetto, essa viene invocata in una controversia fra privati, l'amministrazione o il giudice di uno Stato membro non potrà disapplicare la disposizione di diritto nazionale contraria sulla sola base del diritto dell'Unione⁶⁴. Tale potere di disapplicazione dovrà derivare dal diritto interno⁶⁵.

Inoltre, lo Stato non può giovare del suo inadempimento, della sua trasgressione del diritto UE a danno del privato⁶⁶. Lo Stato non può, insomma, opporre ai singoli una disposizione di una direttiva che non sia stata trasposta nel proprio ordinamento⁶⁷.

In altri termini, l'efficacia diretta delle disposizioni di una direttiva non può esplicarsi in una dimensione né orizzontale, né verticale invertita. In entrambi i casi vi sarebbe un ingiusto sacrificio dei diritti

⁶³ Cfr., per un riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia più recente, la sentenza dell'11 aprile 2024, *Gabel Industria Tessile e Canavesi*, C-316/22, in EU:C:2024:301, punto 22 e seguenti.

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2019, *Popławski*, C-573/17, in EU:C:2019:530, punto 68.

⁶⁵ Cfr., in particolare, la sentenza della Corte del 18 gennaio 2022, *Thelen Technopark Berlin*, C-261/20, in EU:C:2022:33, punti 32 e 33, nonché la giurisprudenza ivi citata.

⁶⁶ Cfr., *ex multis*, le sentenze della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, *Francovich e Bonifaci c. Italia*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in EU:C:1991:478, punto 11 e del 26 settembre 1996, *Arcaro*, C-168/95, in EU:C:1996:363, punto 36, nonché la giurisprudenza ivi citata.

⁶⁷ Cfr., tra le altre, le sentenze della Corte di giustizia del 22 dicembre 2022, *Sambre & Biesme e Commune de Farciennes*, C-383/21 e C-384/21, EU:C:2022:1022, punto 36, del 26 febbraio 2019, *N Luxembourg e a.*, C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, in EU:C:2019:134, punto 114; del 22 novembre 2017, *Cussens e a.*, C-251/16, in EU:C:2017:881, punto 49; del 21 settembre 2017, *DNB Banka*, C-326/15, in EU:C:2017:719, punto 41) e del 5 luglio 2007, *Kofoed*, C-321/05, EU:C:2007:408, punto 42.

del singolo, perché derivante da un obbligo che non gli è imposto, ma che grava unicamente sullo Stato quale destinatario della direttiva.

Ebbene, tenuto conto di questa giurisprudenza, se si è in presenza di un rapporto bilaterale tra amministrazione e concessionario uscente, l'effetto diretto riconosciuto ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 12 della direttiva servizi, con conseguente disapplicazione della normativa interna che si pone con essi in contrasto, verrebbe a qualificarsi come inverso/rovesciato.

Ciò significherebbe andare ben oltre il portato della giurisprudenza della Corte di giustizia *Fratelli Costanzo*⁶⁸, che poggia sull'esistenza di un rapporto triangolare dove l'effetto di sostituzione di norme nazionali per effetto dell'applicazione non mediata di disposizioni di una direttiva incide sì negativamente sulla posizione giuridica del terzo, ma come conseguenza inevitabile della tutela di un diritto invocato dal singolo nei confronti dell'amministrazione.

La Corte, muovendosi nel solco tracciato con quella giurisprudenza, ha, invero, ripetutamente dichiarato che «mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato»⁶⁹.

Nondimeno, nel caso in cui l'amministrazione decidesse non solo di non portare a compimento il procedimento di rinnovo della concessione avviato prima dell'entrata in vigore della l. 214/2023, ma di annullarlo in autotutela per motivi diversi da quelli previsti, così disattendendo (*rectius*, disapplicando) il comma 5 dell'art. 11 contenuto in tale normativa, perché ritenuto in contrasto con i

⁶⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo*, C-103/88, in EU:C:1989:256.

⁶⁹ Cfr., tra le altre, le sentenze della Corte di giustizia del 22 febbraio 1990, *Busseni* C-221/88, in EU:C:1990:84, punti da 23 a 26; del 4 dicembre 1997, *Daihatsu Deutschland*, C-97/96, in EU:C:1997:581, punti 24 e 26; del 7 gennaio 2004, *Wells*, C-201/02, in EU:C:2004:12, punto 57 e del 17 luglio 2008, *Arcor e a.*, cause riunite da C-152/07 a C-154/07, in EU:C:2008:426, punto 35, nonché del 6 ottobre 2015, *T-Mobile Czech Republic e Vodafone Czech Republic*, C-508/14, EU:C:2015:657, punto 48.

paragrafi 1 e 2 dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, essa andrebbe a consentire a tali disposizioni di produrre un effetto diretto in una dimensione verticale di tipo invertito, ovvero a sfavore del singolo.

7. Brevi osservazioni conclusive.

Occorre osservare che l'art. 12 è stato correttamente recepito nel nostro ordinamento con l'art. 16⁷⁰ del d.lgs 59/2010, il quale, proprio in virtù dell'art. 11 della l. 214/2023, torna ad applicarsi al settore del commercio su aree pubbliche. In questo caso, dunque, ci troviamo di fronte a un contrasto fra norme di pari rango, con conseguente applicazione del criterio sulla successione delle leggi del tempo, il quale, tuttavia, non opera nella misura in cui impedisce alle disposizioni di diritto UE, che tramite una di quelle leggi ha fatto in via mediata ingresso nel nostro ordinamento, di primeggiare.

Il principio del primato del diritto UE impone, però, al giudice nazionale (o all'amministrazione) di disapplicare le disposizioni di diritto interno (il comma 5 dell'art. 11 della l. 214/2023, che, come si è detto, ha stabilito un regime transitorio) senza dover attendere che esse vengano espunte dall'ordinamento per opera del legislatore o

⁷⁰ L'art. 16 (*Selezione tra diversi candidati*) riproduce integralmente l'art. 12 della direttiva *Bolkestein*, prevedendo che: «1. Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi. 2. Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario. 3. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio.

4. Nei casi di cui al comma 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo».

della Corte costituzionale, solo se il contrasto è con norme dell'Unione direttamente applicabili o provviste di efficacia diretta. Anche se, in quest'ultimo caso, si devono ribadire le argomentazioni suesposte, ovvero che, in presenza di un rapporto bilaterale tra amministrazione e concessionario uscente, l'applicazione non mediata delle disposizioni della direttiva "servizi" non deve arrecare un pregiudizio per il singolo, il quale, per le caratteristiche connaturate a tale atto giuridico, non è titolare di una posizione soggettiva d'obbligo (un discorso diverso va fatto per l'art. 49 del TFUE la cui efficacia diretta si esplica in ogni direzione, quali che siano i soggetti coinvolti).

Esistono, però, due possibili vie di uscite a questa situazione di apparente *impasse*.

La prima è quella di ritenere la giurisprudenza *Fratelli Costanzo* comunque applicabile, come sembra implicitamente suggerire la Corte proprio nella sentenza della Corte *AGCM c. Comune di Ginosa*. Al punto 67 di quella pronuncia la Corte afferma che «imponendo l'applicazione di una procedura di selezione imparziale e trasparente, l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 prescrive, in maniera incondizionata e sufficientemente precisa, un contenuto di tutela minima a favore dei candidati potenziali»⁷¹.

Dunque il concessionario uscente che volesse automaticamente conservare il bene in precedenza concessogli, sarebbe considerato alla stregua del terzo, la cui posizione giuridica può essere, quindi, sacrificata per consentire al candidato potenziale di esercitare un diritto (poter concorrere per il rilascio di un'autorizzazione nel quadro di una procedura ad evidenza pubblica con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza) che gli viene conferito direttamente dalla direttiva, le cui rilevanti disposizioni (art. 12, paragrafi 1 e 2) sono, come già chiarito, provviste di efficacia diretta. Tenuto conto di questa triangolazione nei rapporti dei soggetti coinvolti

⁷¹ Ivi la sentenza della Corte, del 20 aprile 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Comune di Ginosa*, cit., richiama per analogia le sentenze del 15 aprile 2008, *Impact*, C-268/06, in EU:C:2008:223, punto 74, nonché del 5 ottobre 2004, *Pfeiffer e a.*, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, in EU:C:2004:584, punto 105.

(amministrazione, concessionario uscente e candidato potenziale), l'effetto diretto riconosciuto dalla Corte di giustizia ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE non si qualificherebbe né come orizzontale, né come verticale rovesciato.

La seconda via, ancor più facilmente percorribile, è quella di ricorrere al criterio ermeneutico.

Secondo una giurisprudenza costante, l'obbligo per l'amministrazione e per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti di diritto interno trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale⁷².

Nel caso in esame, si tratta di interpretare (integrare) il regime transitorio, nel rispetto di quella giurisprudenza dell'UE, conformemente alla direttiva, che, peraltro, come si è detto, è stata correttamente recepita nel nostro ordinamento.

A ben vedere, il regime transitorio previsto dall'art. 11 della l. 214/20234 non contiene alcuna deroga espressa ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e, pertanto, in assenza delle condizioni previste da tali disposizioni, potrebbe legittimamente applicarsi. In tal caso (sempreché non venga in rilievo l'art. 49 del TFUE), l'amministrazione competente o il giudice nazionale non sarebbero tenuti a disapplicare detto regime transitorio.

In caso contrario (venendo, pertanto, qualificata come scarsa la risorsa naturale il cui utilizzo nel caso preso in esame è condizionato ad un'autorizzazione da parte dell'amministrazione competente) troverebbe applicazione l'art. 16 del d.lgs. 59/2010 (per effetto dell'abrogazione del suo previgente comma 4-*bis* ad opera del comma

⁷² Cfr., tra le altre, le sentenze della Corte di giustizia del 18 gennaio 2022, *Thelen Technopark Berlin*, cit., punti 28; del 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, in EU:C:2014:2, punto 39 e giurisprudenza ivi citata; e del 13 dicembre 2018, *Hein*, C-385/17, in EU:C:2018:1018, punto 51 e del 15 aprile 2008, *Impact*, C 268/06, in EU:C:2008:223, punto 100.

7, lett. a), dell'art. 11 della l. 214/2023) e, per gli effetti, il regime transitorio non potrebbe operare.

L'assenza di una norma di collegamento tra tale regime e l'art. 16 del d.lgs. 59/2010 consente di superare in via ermeneutica (senza forzature *contra legem*) la (teorica e non certo irriducibile) incompatibilità fra la nuova disciplina interna e le disposizioni sulla selezione dei candidati contenute nella direttiva servizi, purché sussistano le condizioni per la loro applicazione.

In altre parole, in quel caso, la presenza di risorse naturali farà sì che il regime transitorio (qualificabile come *lex specialis*) non si possa sostituire alla *lex generalis* rappresentata dalla normativa di recepimento della direttiva *Bolkestein*. Quella condizione, che consente di limitare le autorizzazioni per i beni dati in concessione, non verrebbe imposta direttamente dalla direttiva UE, ma dall'atto interno con cui è stata (conformemente) recepita e che, quindi, risulterebbe pienamente opponibile al singolo⁷³.

⁷³ In questo caso, l'obbligo così imposto ai singoli non deriva dal diritto dell'Unione, bensì dal diritto nazionale, e non costituisce, pertanto, un obbligo aggiuntivo rispetto a quelli previsti da tale diritto (cfr. la sentenza del 18 gennaio 2022, *Thelen Technopark Berlin*, cit., punto 32).