

Il “Rende noto” di cui agli artt. 37 cod. nav. e art 18 reg. es. cod. nav. non è una gara adeguata

di Maria Nappo

Data di pubblicazione: 29-12-2024

Risulta infatti evidente, alla luce del diritto nazionale, ma anche di quello europeo, che l'applicazione di una procedura di selezione imparziale e trasparente, ora prevista dall'art. 4 del d.l. n. 118 del 2022 (come da ultimo novellato dalla l. n. 166 del 2024), si impone in maniera sufficientemente condizionata e precisa a tutte le autorità nazionali, a cominciare da quelle comunali, tenute a dare applicazione al diritto europeo e alla (conforme) legislazione nazionale.

(...). È del tutto evidente, infatti, come quel procedimento seguito dall'amministrazione comunale ai sensi degli artt. 36 e 37 cod. nav. nonché dell'art. 18 del relativo regolamento di esecuzione non possa ritenersi conforme e soddisfacente degli obiettivi di libera circolazione dei beni e dei servizi all'interno del mercato unico europeo imposto dalla Dir. n. 2006/123/CE.

Pubblicato il 16/12/2024

N. 10131/2024REG.PROV.COLL.

N. 06513/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6513 del 2024, proposto dal Comune di Monopoli, in

persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Pierluigi Nocera, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Cosimo Renna, rappresentato e difeso dall'Avvocato Nicolò Maellaro e dall'Avvocato Vito Fabio Colonna, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Nicolò Maellaro in Bari, via Abate Gimma, n. 147.

per la riforma

della sentenza n. 607 del 16 maggio 2024 del **Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, sez. III**, resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a. tra le parti, che, in accoglimento del ricorso proposto in primo grado, ha annullato i seguenti atti:

a) la delibera giuntale n. 284 del 28 dicembre 2023, avente ad oggetto "*Concessioni Demaniali Marittime per finalità turistiche ricreative ed altro. Applicazione delle leggi nn. 118/2022 e 14/2023. Atto di indirizzo*";

b) l'atto dirigenziale prot. n. 207/2024 del 2 gennaio 2024, avente ad oggetto "***Proroga delle concessioni demaniali marittime vigenti. Adempimenti***";

c) la concessione suppletiva n. 2 del 7 giugno 2023 nella parte in cui ha ridotto la durata della concessione demaniale marittima n. 36/2008 dal 31 dicembre 2033 al 31 dicembre 2023, nonché ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Cosimo Renna;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2024 il Consigliere Massimiliano Nocelli e uditi per l'odierno appellante, il Comune di Monopoli, l'Avvocato Pierluigi Nocera e per l'odierno appellato, Cosimo Renna, l'Avvocato Nicolò Maellaro e l'Avvocato Vito Fabio Colonna;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (di qui in avanti, per brevità, il Tribunale), la ditta individuale di Cosimo Renna ha chiesto l'annullamento:

a) della delibera della Giunta comunale del Comune di Monopoli n. 284 del 28 dicembre 2023, avente ad oggetto *“Concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative ed altro. Applicazione delle leggi nn. 118/2022 e 14/2023. Atto di indirizzo”*;

b) dell’atto del Dirigente del Comune di Monopoli prot. n. 207/2024 del 2 gennaio 2024 in pari data notificata a mezzo PEC avente ad oggetto *“Proroga delle concessioni demaniali marittime vigenti. Adempimenti”* (doc. 2);

c) della concessione suppletiva n. 1 del 12 aprile 2022 nella parte in cui ha ridotto la durata della concessione dal 31 dicembre 2033 al 31 dicembre 2023 (doc. 3);

d) del provvedimento emesso dal Dirigente dell’Area Organizzativa III Tecnica Urbanistica, Edilizia e Lavori Pubblici in data 5 gennaio 2024, mediante apposizione del timbro sulla licenza suppletiva che ha ridotto la durata della concessione demaniale marittima n. 27/2008 dal 31 dicembre 2033 al 31 dicembre 2024 (cfr. pag. 6 doc. c);

e) di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, non conosciuto, ove ancora lesivo della posizione soggettiva della ricorrente.

2. L’interessata è titolare della concessione demaniale marittima 36/2008 rilasciata dal Comune di Monopoli - Ripartizione Urbanistica e Pianificazione Territoriale – Gestione del Demanio Marittimo, in data 27/06/2008, con cui è stata rinnovata la precedente licenza n. 718/2002, relativamente al mantenimento di un manufatto per la vendita di prodotti ittici, mitili e frutti di mare, in località *“Capitolo”* – Monopoli, della superficie di mq. 20,25, con area asservita di mq. 31,50, per la durata di anni 6 (sei) – con decorrenza dal 1 gennaio 2008 al 31 dicembre 2013.

2.1. Successivamente, con la concessione suppletiva n. 07/2019 del 23 ottobre 2019, in scadenza al 31 dicembre 2020, è stata assentita la variazione della concessione demaniale n. 36/2008, consistente nella modifica della destinazione d’uso all’interno della stessa funzione commerciale, da locale per la vendita di prodotti ittici, mitili e frutti di mare a locale per la vendita di cibo e bevande, – con decorrenza dal 23 ottobre 2019 al 31 dicembre 2020 – e corresponsione del relativo canone.

2.2. Il Comune di Monopoli ha rilasciato, poi, la concessione suppletiva n. 01/2021 del 24 marzo 2021, consistente nella realizzazione di un pergolato in legno, il tutto al manufatto demaniale marittimo sito in Monopoli alla loc. *“Capitolo”* – Fg. 77, p.lle 634 (ex 474) – 28/parte.

2.3. **In previsione della scadenza della concessione originaria al 31 dicembre 2020**, l’interessata ha presentato, ai sensi e per gli effetti dell’art. 37 del codice della navigazione e dell’articolo 18 del relativo regolamento di attuazione, **una istanza finalizzata all’estensione della durata della predetta concessione al 31 dicembre 2033**, avvalendosi delle previsioni di cui all’art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

3. **L’amministrazione comunale ha disposto la pubblicazione della predetta istanza**

all'Albo pretorio dal giorno 24 febbraio 2020 al 14 marzo 2020 come specificato nella tabella A) della gravata delibera della Giunta comunale n. 284/2023.

3.1. Per l'intero periodo di pubblicazione dell'istanza di cui al punto che precede non sono state presentate domande concorrenti e/o osservazioni da parte di terzi, come dato atto dallo stesso ente locale nel provvedimento impugnato.

4. All'esito dell'istruttoria condotta, il Comune di Monopoli, con la nota n. 30766 del 27 maggio 2020, ha esteso la durata della concessione determinandone la scadenza al 31 dicembre 2033.

4.1. A seguito di istanza di variazione dell'oggetto della concessione presentata dalla ricorrente in data 3 aprile 2023 prot. n. 23190, finalizzata ad ottenere la variazione della concessione n. 36/2008, consistente in un piccolo ampliamento di mq. 27,23, l'ente concedente, in accoglimento della predetta istanza, ha rilasciato la licenza suppletiva n. 2 del 7 giugno 2023 - con decorrenza dal 7 giugno 2023 al 31 dicembre 2023.

5. Il Comune di Monopoli, con la citata licenza suppletiva n. 2/2023, ha ridotto la durata della concessione dal 31 dicembre 2033 al 31 dicembre 2023, in asserita applicazione dei principi *medio tempore* affermati dalla sopravvenuta pronuncia dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 18 del 9 novembre 2021.

5.1. In data 28 dicembre 2023 il Comune di Monopoli, con la deliberazione della Giunta comunale n. 284, avente ad oggetto: "*Concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative ed altro. Applicazione delle leggi nn. 118/2022 e 14/2023. Atto di indirizzo*", pubblicata in data 28 dicembre 2023 e notificata a mezzo posta certificata il 2 gennaio 2024 alla ricorrente, ha deliberato:

- **di prendere atto delle sopravvenienze giurisprudenziali e normative di cui alla premessa**, che qui si intende integralmente richiamata e condivisa nel contenuto;

- **di prendere atto che per l'effetto legale già prodottosi in base all'art. 3, comma 1 della legge 5 agosto 2022, n. 118 le concessioni demaniali marittime meglio indicate in premessa (TABELLA A), continuano ad avere efficacia sino al 31 dicembre 2024;**

- di prendere atto che le concessioni suppletive di quelle indicate in premessa (TABELLA B), rilasciate con il medesimo regime di pubblicità (c.d. rende noto), continuano ad avere efficacia a mente del citato art. 3, comma 2, della l. n. 118 del 2022 sino al 31 dicembre 2024;

- di dare indirizzo **che fuori dalle ipotesi contemplate dall'art. 3, comma 2, della l. n. 118 del 2022, il legislatore ha comunque fissato con il d.l. n. 198 del 2002 convertito con modificazioni dalla l. n. 14 del 2023, la scadenza dei titoli concessori al 31 dicembre 2024 (TABELLA C);**

- di dichiarare, con apposita votazione unanime, la deliberazione immediatamente eseguibile ai sensi e per gli effetti dall'art. 134, comma 4, del d. lgs. n. 267 del 2000, stante l'urgenza di

provvedere entro il 29 dicembre 2023.

5.2. La ricorrente in prime cure, facendo affidamento sull'estensione della durata della concessione demaniale marittima sino al 31 dicembre 2033, ha dedotto di avere effettuato investimenti volti a valorizzare i beni demaniali e di avere contratto mutui di consistente importo.

5.3. Essa ha proposto in prime cure sei motivi di censura, con cui ha dedotto l'illegittimità degli atti gravati in prime cure, motivi che saranno tutti esaminati successivamente.

5.4. Nel primo grado del giudizio si è costituito il Comune di Monopoli per resistere al gravame, deducendone l'infondatezza.

6. Il Tribunale, con la sentenza n. 607 del 16 maggio 2024 resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., **ha accolto il ricorso proposto da Cosimo Renna** sulla base delle assorbenti ragioni che qui di seguito si espongono e riportano.

6.1. Il primo giudice ha rilevato che la ricorrente, già titolare di concessione demaniale marittima in scadenza al 31 dicembre 2020, aveva dedotto di averne conseguito l'estensione fino al 31 dicembre 2033, al termine di una procedura disciplinata dagli articoli 36 e 37 cod. nav., in combinato disposto con l'articolo 18 del regolamento di attuazione dello stesso codice.

6.2. La stessa interessata pone, pertanto, alla base del ricorso l'interesse al mantenimento delle concessioni demaniali di cui è titolare fino al 31 dicembre 2033, che costituisce esattamente il termine previsto dal relativo titolo, conformemente alla **previsione normativa di cui all'art. 3, comma 2, della l. n. 118 del 2022**, illegittimamente disattesa dall'amministrazione comunale.

6.3. Il Tribunale ha rilevato, d'altra parte, che **la procedura selettiva impiegata dal Comune per la proroga delle concessioni della ricorrente, disciplinata in particolare dall'art. 18 del reg. es. cod. nav., garantiva adeguatamente la competizione tra più operatori del settore turistico balneare, in ragione della possibilità loro offerta di presentare domande concorrenti nel periodo di pubblicazione dell'istanza di rinnovo, oppure osservazioni, in modo tale da raggiungere l'obiettivo di tutelare la competizione nel settore, secondo quanto previsto dalla Dir. n. 2006/123/CE.**

6.4. L'obbligo di pubblicazione per venti giorni consecutivi all'albo comunale – oggi on line – della domanda di affidamento o rinnovo della concessione con espressa indicazione da parte dell'autorità concedente – cd. rende noto – della possibilità per i terzi interessati al medesimo bene demaniale di presentare domande concorrenti e/o osservazioni costituisce, ad avviso del Collegio di prime cure, idonea modalità di svolgimento di una procedura di competizione tra più operatori economici del settore.

6.5. **Il meccanismo pubblicitario descritto garantisce a tutti gli operatori economici, in linea con le norme di derivazione comunitaria in materia di concorrenza, le chances**

concorrenziali in contrapposizione al titolare della concessione scaduta o in scadenza.

6.6. Il Tribunale ha richiamato, in proposito, la chiave di lettura che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha fornito, con la sentenza della sezione III, del 20 aprile 2023, in C-348/22, avuto riguardo al margine di discrezionalità concesso agli Stati membri – e, quindi, anche all'Italia – nell'adozione delle modalità di attuazione della Dir. n. 2006/123/CE (§ 67 di detta sentenza).

6.7. Sarebbe peraltro da evidenziare che la Corte non ha valorizzato espressamente il dato della soppressione nell'articolo 37 cod. nav., approvato con il regio decreto 30 marzo 1942, n. 327, di qualsiasi riferimento alla possibilità di preferire il richiedente già concessionario, soppressione operata dall'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009, convertito dalla l. n. 25 del 2010.

6.8. Il paragrafo 10 della sentenza, osserva il Tribunale, si limita ad osservare che *«tuttavia, da detto articolo 37, secondo comma, seconda frase, risultava che si doveva dare preferenza al titolare della concessione, il quale godeva in tal modo di un diritto «di insistenza» o «al rinnovo».*

7. Dovrebbe, pertanto, ritenersi che la procedura comparativa al termine della quale la ricorrente in prime cure ha conseguito la proroga fino al 31 dicembre 2033 della durata della concessione demaniale in suo favore presentasse esattamente quel **contenuto minimo di tutela che la Corte di Giustizia UE ha inteso salvaguardare interpretando pregiudizialmente il diritto unionale con effetti vincolanti per gli Stati membri.**

8. Il Tribunale ha anche precisato che l'istruttoria da svolgere consente all'ente concedente di affidare il bene demaniale in concessione, anche in sede di istanza di proroga del richiedente, al soggetto che *«offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico»*, nel rispetto dell'articolo 36 cod. nav.

9. Il Collegio di prime cure ha ritenuto quindi scongiurata, per tal via, non solo la perdurante rilevanza del diritto di insistenza – letteralmente espunto dalla disposizione normativa di cui all'art. 37 cod. nav. – ma anche la proroga automatica delle concessioni demaniali, più volte stigmatizzata dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, e ha quindi concluso che la procedura comparativa in forza della quale la ricorrente in prime cure ha ottenuto la proroga dell'efficacia delle proprie concessioni è tutt'altro che automatica e, quindi, appare del tutto legittima e in linea con il diritto dell'Unione europea.

10. Non da ultimo il Tribunale ha anche ricordato che questo stesso Consiglio di Stato, con sentenza della sezione VII, 30 novembre 2023, n. 10378, ha espressamente stabilito come sia legittima la proroga di una concessione demaniale marittima ai sensi della l. n. 145 del 2018 a seguito della procedura comparativa di cui all'art. 37 cod. nav. preceduta dalla pubblicazione delle istanze ex art. 18 del relativo reg. es. cod. nav., **essendo vietate dall'ordinamento solo le proroghe automatiche.**

11. Le motivazioni che il Comune di Monopoli ha posto a base degli atti impugnati dunque si rivelano, a dire del Tribunale, non coerenti sia nei confronti della normativa dell'Unione europea sia della corretta interpretazione della l. n. 118 del 2022.

12. Alla luce di tali motivazioni, pertanto, il primo giudice ha annullato gli atti gravati in prime cure.

13. Avverso tale sentenza ha proposto appello il Comune di Monopoli, lamentandone l'erroneità per le ragioni che di seguito saranno esaminate, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con la conseguente reiezione del ricorso proposto in primo grado.

13.1. Si è costituito l'appellata ditta di Cosimo Renna per chiedere la reiezione del gravame, riproponendo, altresì, le censure non esaminate dal primo giudice.

13.2. Nella camera di consiglio del 10 settembre 2024, fissata per l'esame della domanda sospensiva proposta ai sensi dell'art. 98 c.p.a. dal Comune appellante, il Collegio, sentiti i difensori delle parti e su richiesta congiunta degli stessi, ha rinviato la causa all'udienza pubblica del 26 novembre 2024 per l'esame del merito.

13.3. Infine, nella pubblica udienza del 26 novembre 2024, il Collegio, udita la discussione orale dei difensori, ha trattenuto la causa in decisione.

14. L'appello è fondato per le assorbenti ragioni che seguono.

15. Ritiene il Collegio di poter prescindere, per il principio della ragion più liquida (v., sul punto, Cons. St., Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5), dalla questione di inammissibilità per acquiescenza del ricorso originario, sollevata con il primo motivo dal Comune appellante, essendo l'appello fondato per le ragioni, di ben più pregnante carattere sostanziale, che qui si espongono.

16. Invero, a differenza di quanto affermato dalla sentenza impugnata (nonché da recenti pronunce di altri Tribunali regionali amministrativi), questo Collegio ritiene che non solo alla luce di quanto ha statuito dall'Adunanza plenaria con le sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021 e dalla successiva giurisprudenza conforme di questa Sezione, e in coerenza con l'orientamento seguito dalla Corte di Giustizia UE (da ultimo, nella sentenza del 20 aprile 2023, in C-348/22), l'art. 37 cod. nav. non sia in grado di garantire quella procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura stessa, del suo svolgimento e del suo completamento, la quale, secondo l'attuale formulazione dell'art. 3, comma 2, del d.l. n. 118 del 2022 (conv. in l. n. 14 del 2023 e recentemente riformato dal d.l. n. 131 del 2024, conv. con mod. in l. n. 166 del 2024), consentirebbe al concessionario di proseguire nel rapporto ben oltre il termine massimo fissato dal legislatore nazionale per l'indizione delle gare finalizzate all'affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali riguardanti l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive.

16.1. L'art. 37, comma primo, cod. nav., va qui brevemente ricordato, prevede che «*nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico*», mentre l'art. 18 reg. es. cod. nav. prevede a sua volta, al comma primo, che «*quando si tratti di concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo, il capo del compartimento ordina la pubblicazione della domanda mediante affissione nell'albo del comune ove è situato il bene richiesto e la inserzione della domanda per estratto nel Foglio degli annunci legali della provincia*», al comma secondo che il provvedimento «*che ordina la pubblicazione della domanda deve contenere un sunto, indicare i giorni dell'inizio e della fine della pubblicazione ed invitare tutti coloro che possono avervi interesse a presentare entro il termine indicato nel provvedimento stesso le osservazioni che credano opportune e che l'autorità decidente ha l'obbligo di valutare, dandone conto nella motivazione del provvedimento finale*», al comma quarto che «*in ogni caso non si può procedere alla stipulazione dell'atto se non dopo la scadenza del termine indicato nel provvedimento per la presentazione delle osservazioni e se, comunque, non siano trascorsi almeno venti giorni dalla data dell'affissione e dell'inserzione della domanda*» e, infine (per quanto rileva ai fini del presente giudizio), al comma quinto che «*nei casi in cui la domanda di concessione sia pubblicata, le domande concorrenti debbono essere presentate nel termine previsto per la proposizione delle opposizioni*».

16.2. È ben noto a questo Collegio come, nella costante e tradizionale interpretazione di queste norme, la giurisprudenza amministrativa abbia affermato che non sussiste un obbligo di legge di procedere all'affidamento delle concessioni demaniali marittime nelle forme tipiche delle procedure ad evidenza pubblica previste per i contratti d'appalto della pubblica amministrazione (v., sul punto, *ex plurimis* C.G.A.R.S., sez. giurisd., 22 maggio 2023, n. 350).

16.3. La giurisprudenza amministrativa ha altresì tradizionalmente evidenziato che l'assenza di tale obbligo è dovuta al fatto che **l'art. 37 cod. nav. contempla l'ipotesi di una domanda che perviene dal mercato privato, al contrario dell'ipotesi dei contratti pubblici, in cui è l'amministrazione a rivolgersi a quest'ultimo.**

16.4. Nondimeno la giurisprudenza stessa ha ritenuto indispensabile che il **procedimento informale di cui agli artt. 37 cod. nav. e 18 reg. es. cod. nav. si svolga con modalità idonee a soddisfare gli obblighi di trasparenza, imparzialità e *par condicio*, rendendo effettivo il confronto fra le istanze in comparazione e, quindi, le *chances concorrenziali* delle nuove imprese contendenti.**

16.5. E ciò in quanto questo Consiglio ha infatti chiarito da tempo che, sul presupposto per cui con **la concessione di un'area pubblica si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato (come è nella specie), si impone di conseguenza una procedura competitiva per il rilascio della concessione, necessaria per l'osservanza dei ricordati principi a presidio e tutela di quello, fondamentale, della piena concorrenza (Cons. St., Ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5).**

16.6. Per il delicato e strategico settore delle concessioni demaniali marittime questa esigenza

di assicurare l'effettività di una reale procedura competitiva nel corso degli ultimi decenni, per effetto dei principi del diritto europeo e, più in particolare, della Dir. n. 2006/123/CE, ma anche del progressivo, per quanto lento e faticoso, aggiornamento della legislazione nazionale in materia, si è fatta particolarmente viva ed urgente, soprattutto dopo le ripetute pronunce della Corte di Giustizia UE, in questa materia, e le pronunce nn. 17 e 18 dell'Adunanza plenaria del 9 novembre 2021, i cui principi – al di là delle vicende che hanno interessato la prima pronuncia, dopo l'annullamento da parte delle Sezioni Unite della Cassazione – sono stati anche di recente riaffermati dalla giurisprudenza di questa Sezione.

17. Proprio alla luce di questi elementi **la procedura “informale” dell'art. 37 cod. nav. (e dell'art. 18 reg. es. cod. nav.), che prende le mosse, come rammenta la giurisprudenza, da una domanda del privato, non solo non assicura quelle adeguate condizioni di pubblicità** che devono presiedere all'avvio, allo svolgimento e al completamento della procedura selettiva, le quali richiedono, laddove la concessione abbia una rilevanza che trascende il mero ambito locale o, addirittura, assuma interesse transfrontaliero, che essa sia, a seconda dei casi, pubblicizzata a livello regionale, nazionale ed europeo per assicurare la partecipazione alla procedura anche ad eventuali operatori di altri Stati membri interessati (v. ora l'art. 4, comma 2, del citato d.l. n. 118 del 2022, nella formulazione vigente dopo la l. n. 166 del 2024), **ma nemmeno possiede quegli adeguati requisiti di imparzialità o “equidistanza”, da parte dell'ente concedente, che evitino qualsivoglia atteggiamento di favoritismo**, anche indiretto, nei confronti dei concessionari storici nella formulazione della legge di gara, prendendo le mosse proprio dalla domanda del concessionario stesso, ferme, ovviamente, le garanzie che la stessa legge di gara deve assicurare per gli investimenti legittimamente effettuati e non ancora ammortizzati al momento in cui subentri un nuovo concessionario.

18. Questi requisiti di imparzialità, massima partecipazione, non discriminazione e parità di trattamento possono essere assicurati, infatti, solo dalla previa indizione di una gara, il cui bando preveda almeno, tra l'altro e anzitutto, l'oggetto e la durata della concessione, l'entità del canone (aggiornato) da pagarsi, i requisiti di partecipazione, i criteri di aggiudicazione nel rispetto, appunto, dei principi di parità di trattamento, di massima partecipazione e di proporzionalità (v. ora il citato art. 4, commi 3 e 4 del d.l. n. 118 del 2022, nella versione vigente dopo la l. n. 166 del 2024).

19. **L'arcaico e informale modello dell'art. 37 cod. nav. non può dunque ritenersi (più) adeguato alle esigenze di trasparenza e concorrenzialità che permeano questo settore dell'ordinamento, nell'evoluzione che esso ha subito, al pari di altri settori dell'ordinamento** (v., sul punto, anche Corte cost., 24 giugno 2024, n. 109, che richiama anche la propria giurisprudenza sulle concessioni per lo sfruttamento delle acque minerali e termali, ma con affermazioni che mantengono validità anche per le concessioni del demanio marittimo) **non solo per l'effetto naturale del diritto dell'Unione e della Dir. n. 2006/123/CE, secondo l'interpretazione costante datane dalla Corte di Giustizia UE, ma anche in conseguenza della progressiva tutela e valorizzazione dell'ambiente e del paesaggio che ha contraddistinto, e continua a contraddistinguere, la normativa che regola i beni pubblici e, in particolare, il patrimonio costiero (v. anche Corte cost., 23 aprile 2024, n. 70).**

20. Se così è, come questo Consiglio di Stato ha avuto modo di rilevare anche nella sua più recente giurisprudenza (v., per tutti, Cons. St., sez. VII, 20 maggio 2024, nn. 4479, 4480 e 4481), si comprende bene perché l'art. 37 cod. nav. non possa garantire l'adeguatezza di quella procedura selettiva che, se anche non richiede lo stesso grado di complessità che contraddistingue il codice dei contratti pubblici (pur richiamato, però, dall'ora novellato art. 4, comma 4, lett. g), del d.l. n. 118 del 2022 ad esempio, per quanto concerne i requisiti di partecipazione, desunti da quelli di cui agli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023), come costantemente afferma la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (v., *supra*, § 16.2.), nemmeno può appagarsi di un modulo procedimentale costruito sulla domanda di rinnovo del concessionario uscente, pubblicata con il c.d. "rende noto" solo a livello locale, in attesa che potenziali concorrenti formulino osservazioni o presentino proprie domande, senza previa determinazione, da parte dell'autorità pubblica, di imparziali, trasparenti e proporzionali criteri di partecipazione alla gara.

21. Né giova richiamarsi in senso contrario, come fa il primo giudice, alla sentenza n. 10378 del 30 novembre 2023 di questa Sezione o ad alcuni passaggi motivazionali, piuttosto marginali e anodini, della citata sentenza della Corte di Giustizia UE, 20 aprile 2023, in C-348/22.

22. Quanto alla sentenza n. 10378 del 30 novembre 2023 di questa Sezione, infatti, essa non ha certo ritenuto, in linea di principio, la sufficienza del solo modulo dell'art. 37 cod. nav. ai fini concorrenziali, sottolineando anzi che **«la previa acquisizione delle manifestazioni di interesse da parte dell'amministrazione non poteva che precludere all'espletamento della procedura comparativa»**, ma – al di là della peculiarità del caso concreto, in cui non erano pervenute domande partecipative per alcune concessioni – ha pure affermato che conformemente ai principi del diritto unionale, come desumibili anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, *«la concessione della gestione di arenili per finalità turistico-ricreative deve rispondere a criteri di imparzialità, trasparenza e par condicio: in particolare, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e il novellato art. 37 del cod. nav. subordinano il rilascio di concessioni demaniali marittime all'espletamento di procedure selettive ad evidenza pubblica»* e che **«anche laddove si potesse configurare un procedimento volto all'adozione di provvedimenti ampliativi privo dei necessari criteri predeterminati (ciò che per il Collegio è comunque inammissibile), in ogni caso la comparazione delle proposte ex art. 37 del cod. nav. dovrebbe avvenire con provvedimento congruamente ad approfonditamente motivato circa le specifiche ragioni di preferenza»**.

22.1. Si aggiunga che, di lì a poco, questa stessa Sezione, con la sentenza n. 10455 del 4 dicembre 2023, ha chiaramente affermato che **«non può [...] ritenersi che ogni esigenza concorrenziale dovrebbe intendersi soddisfatta per effetto della pubblicazione e delle previsioni recate dal "Rende Noto»** e che il primo giudice, in relazione al Comune di Gallipoli, aveva correttamente fatto proprio l'orientamento della Corte Costituzionale, la quale ha riconosciuto che l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, per come previsto dal citato art. 8 della L.R. n. 17 del 2015, *«è imposto per effetto dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale che richiedono il ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente tra gli operatori*

economici interessati».

22.2. E qui giova appunto richiamare non solo quanto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 40 del 24 febbraio 2017, ha sancito proprio in relazione alla Regione Puglia e alle norme della L.R. n. 17 del 2015, laddove ha chiarito a **disciplina relativa al rilascio delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale che regionale e in tale disciplina particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento delle concessioni, «assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale»**, ma anche quanto la stessa Corte, da ultimo, con la propria costante giurisprudenza ha ribadito nella sentenza n. 109 del 24 giugno 2024, laddove ha precisato che anche **la disciplina relativa alla presentazione delle istanze di rinnovo delle concessioni «finisce con l'incidere sul regime di durata dei rapporti in corso, perpetuandone il mantenimento, e quindi rafforza, in contrasto con i principi del diritto UE sulla concorrenza, la barriera in entrata per nuovi operatori economici potenzialmente interessati alla utilizzazione, a fini imprenditoriali, delle aree del demanio marittimo»**.

23. Quanto al passaggio motivazionale della più volte citata sentenza della Corte di Giustizia UE del 20 aprile 2023, richiamato dal primo giudice, il § 10 di detta sentenza menzionato dal Tribunale concerne solo la rappresentazione del diritto nazionale nel contesto normativo che precede, nel *corpus* della sentenza, l'esposizione del procedimento principale e delle questioni pregiudiziali, senza che da esso possa desumersi alcun argomento di rilievo, mentre ben più decisivo è il successivo § 67, pur citato dal Tribunale, laddove la Corte rileva che **«è vero che gli Stati membri conservano un certo margine di discrezionalità qualora decidano di adottare disposizioni destinate a garantire concretamente l'imparzialità e la trasparenza di una procedura di selezione»**, ma **«resta nondimeno il fatto 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»** (Corte di Giustizia UE, 20 aprile 2023, in C-348/22).

23.1. È a quest'ultima affermazione della Corte, coerente del resto con la propria pregressa e costante giurisprudenza, che, invero, deve assegnarsi una valenza sostanziale di non poco rilievo per la questione qui controversa.

23.2. **Risulta infatti evidente, alla luce del diritto nazionale, ma anche di quello europeo, che l'applicazione di una procedura di selezione imparziale e trasparente, ora prevista dall'art. 4 del d.l. n. 118 del 2022 (come da ultimo novellato dalla l. n. 166 del 2024), si impone in maniera sufficientemente condizionata e precisa a tutte le autorità nazionali, a cominciare da quelle comunali, tenute a dare applicazione al diritto europeo e alla (conforme) legislazione nazionale.**

24. Se così è, e non può non essere, deve trovare accoglimento l'appello del Comune, il quale ha inteso difendere la legittimità dei provvedimenti adottati in prime cure, nella misura in cui essi hanno inteso negare la proroga delle concessioni sino al 31 dicembre 2023 ottenuta sulla base del procedimento di cui all'art. 37 cod. nav.

25. Merita infatti condivisione l'assunto del Comune, secondo cui ha errato la sentenza impugnata allorché, in contrasto con i principi sin qui chiariti, ha affermato che l'obbligo di pubblicazione per venti giorni consecutivi sull'albo comunale della domanda di affidamento o rinnovo della concessione, durante i quali eventuali terzi interessati al medesimo bene demaniale avrebbero potuto presentare osservazioni (e non domande concorrenti, come invece si legge nella sentenza impugnata), è stato ritenuto dal Tribunale una idonea modalità di svolgimento di una procedura di competizione tra più operatori economici.

26. È del tutto evidente, infatti, come quel procedimento seguito dall'amministrazione comunale ai sensi degli artt. 36 e 37 cod. nav. nonché dell'art. 18 del relativo regolamento di esecuzione non possa ritenersi conforme e soddisfacente degli obiettivi di libera circolazione dei beni e dei servizi all'interno del mercato unico europeo imposto dalla Dir. n. 2006/123/CE.

27. Invero, il procedimento applicato dall'amministrazione comunale è stato avviato, come bene rammenta il Comune appellante, non sulla scorta di un bando pubblico predisposto dall'amministrazione pubblica secondo criteri di massima pubblicità, trasparenza e imparzialità dei criteri di assegnazione del bene demaniale, bensì sull'istanza di proroga della concessione proposta dallo stesso gestore uscente della concessione demaniale cui ha fatto seguito, ai sensi delle citate disposizioni del codice della navigazione, il c.d. "rende noto" affisso all'Albo pretorio comunale.

28. Non vi è chi non veda come si tratti di una forma di comunicazione di rilievo solo locale, priva di ogni modalità di evidenza pubblica che ha interessato soltanto il territorio del comune di Monopoli, del tutto insufficiente e inadeguata a consentire il rispetto della tutela minima della concorrenza imposta dalla Dir. n. 2006/123/CE, le cui disposizioni si applicano, in modo incondizionato e sufficientemente preciso, quale contenuto di tutela minima a favore di candidati potenziali.

29. Ne segue che, per tutte le ragioni esposte da ritenersi assorbenti di ogni altra questione proposta dal Comune, l'appello di questo debba essere accolto, con la conseguente reiezione dei motivi invece erroneamente accolti dal primo giudice.

30. Quanto, poi, alle deduzioni, riproposte dall'odierna appellata nell'atto di costituzione depositato il 6 settembre 2024, si deve osservare in estrema sintesi, alla luce delle ragioni sin qui esposte e ad evitare sterili ripetizioni contrarie al fondamentale principio di sinteticità previsto dal codice di rito (art. 3, comma 2, c.p.a.) e valevole anche, se non anzitutto, per il giudice amministrativo, che esse sono tutte infondate.

31. L'appellata sostiene infatti che, come correttamente – a suo avviso – rilevato da giudice di prime cure, la durata della propria concessione non è stata estesa in virtù di una mera proroga automatica e generalizzata, bensì all'esito di una procedura selettiva prevista dalla legislazione speciale in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime.

31.1. Come si è già detto (v., *supra*, § 16.1.), il codice della navigazione, per quel che rileva in questa sede, prevede una normativa speciale che regola la procedura selettiva per

l'affidamento delle concessioni demaniali marittime scolpita negli art. 36 e 37 nonché nell'art. 18 del relativo regolamento di attuazione che, nel prescrivere le modalità di pubblicazione delle istanze degli aspiranti concessionari nonché di accesso alla procedura, detta una specifica disciplina (anche) in caso di eventuali domande concorrenti.

31.2. L'appellata ribadisce anche in tale sede che tale procedura, infatti, contempla per le concessioni di «*particolare importanza per l'entità e lo scopo*» l'obbligo di pubblicazione per venti giorni consecutivi all'albo comunale (oggi on line) della domanda di affidamento della concessione con espressa indicazione da parte dell'autorità concedente (c.d. rende noto) della possibilità per terzi interessati al medesimo bene demaniale di presentare domande concorrenti e/o osservazioni, onde consentire l'apertura di un momento competitivo nel rispetto delle norme sulla concorrenza

32. Si è già chiarito, tuttavia, che tale procedura non è adeguata a garantire la competitività della procedura né sul piano pubblicitario, del tutto inadeguato ad assicurare la conoscenza della procedura per eventuali operatori anche residenti all'estero, né soprattutto sul piano contenutistico, avuto riguardo, per usare le parole della Corte di Giustizia appena citate, a «*un contenuto di tutela minima a favore dei candidati potenziali*».

33. Non è fuor di luogo ricordare, peraltro, che questo Consiglio di Stato, già molti anni or sono e anche a prescindere dall'applicabilità della Dir. n. 2006/123/CE, abbia statuito che «*l'obbligo di dare corpo a forme idonee di pubblicità deriva in via diretta dai principi del Trattato dell'Unione europea, direttamente applicabili a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne, in guisa da tenere in non cale disposizioni interne di segno opposto*» (Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239).

34. Ma, ancor di più, sul piano sostanziale merita qui aggiungere che l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 ha previsto la soppressione del secondo comma dell'art. 37 cod. nav., nella parte in cui stabiliva la preferenza al concessionario uscente, proprio per evitare ogni diritto di insistenza a favore dello stesso concessionario uscente, avendo l'intervento normativo fatto seguito «*alla procedura d'infrazione comunitaria n. 2008/4908, aperta nei confronti dello Stato italiano per il mancato adeguamento all'art. 12, comma 2, della direttiva n. 2006/123/CE, in virtù del quale è vietata qualsiasi forma di automatismo che favorisca il precedente concessionario alla scadenza del rapporto concessorio*» (Corte cost., 124 febbraio 2017, n. 40).

35. A ben riflettere ogni disposizione del diritto nazionale, che non garantisca adeguate procedure selettive precedute da idonee forme di pubblicità e, soprattutto, dalla predisposizione di criteri imparziali e trasparenti, di fatto reitera e aggrava tale diritto di insistenza perché consente al concessionario uscente di ottenere il rinnovo della concessione con un mero simulacro di gara o, addirittura, senza un reale confronto competitivo, a condizioni di imparzialità garantite dall'amministrazione nazionale.

36. Né giova alla parte odierna appellata eccepire che la procedura di selezione espletata nel caso in esame, poiché caratterizzata dalla mancanza di osservazioni/domande concorrenti/manifestazione di interesse entro il termine sancito dal combinato disposto di cui

agli art. 37 cod. nav. e 18 reg. es. cod. nav., deve ritenersi valida ed efficace.

36.1. Infatti, il Comune di Monopoli, come agevolmente evincibile dagli insegnamenti di questo Consiglio di Stato nella più volte citata sentenza n. 10378 del 2023, ben avrebbe potuto rinviare, secondo l'appellata, ad una fase successiva la definizione dei procedimenti conseguenti all'eventuale presentazione delle osservazioni con contestuale manifestazione di interesse, adottando con provvedimenti successivi i criteri selettivi comunque rinvenibili nell'ordinamento in base al principio di autosufficienza, tra i quali quelli annoverati dalla legge regionale invocata dal Comune nonché alla l. n. 118 del 2022 e, in ultimo, dal codice degli appalti (cfr. sul punto Cons. St., sez. VII, 29 dicembre 2022, n. 11664).

37. Invero, per tutte le ragioni esposte, l'insufficienza della procedura espletata a garantire condizioni eque e trasparenti di selezione vizia in radice l'ottenimento della proroga, da parte dell'odierna appellata, e rende irrilevante lo stesso fatto che non vi siano state osservazioni (o domande), posto che lo stesso regime pubblicitario, inadeguato, non ha consentito né sufficiente conoscenza della procedura né quella tutela minima della concorrenza a favore di potenziali candidati, richiesta dalla Corte di Giustizia e puntualmente recepita dal legislatore nazionale, attraverso la citata previsione di cui all'art. 3, comma 2, della legge n. 118/2022, la quale richiama la nozione di "procedura selettiva".

38. In ordine agli ulteriori motivi assorbiti dal primo giudice e riproposti dall'appellata (pp. 33-43 dell'atto di costituzione), infine, si deve rilevare sempre in essenziale sintesi che:

a) quanto alla presunta non scarsità della risorsa (pp. 33-34 dell'atto di costituzione), e impregiudicata l'applicazione delle nuove disposizioni introdotte dal d.l. n. 131 del 2024, conv. con mod. in l. n. 166 del 2024, si devono qui richiamare ai sensi dell'art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a., a confutazione di tutti gli argomenti a sostegno del motivo, le argomentazioni delle tre sentenze gemelle nn. 4479, 4480 e 4481 del 20 maggio 2024 di questa Sezione in ordine all'applicabilità della Dir. n. 2006/123/CE sia per quanto concerne la scarsità della risorsa, da valutarsi anzitutto sul piano qualitativo, che sulla presenza dell'interesse transfrontaliero;

b) quanto alla asserita natura di revoca da ascriversi agli atti impugnati (pp. 35-36 dell'atto di costituzione), dei cui presupposti tuttavia illegittimamente difetterebbero, è evidente che essi non rientrano nel paradigma dell'art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990, di cui non hanno i requisiti di forma e sostanza dato che della revoca non hanno, a tacer d'altro, nessuno dei tre presupposti (i sopravvenuti motivi di pubblico interesse; il mutamento della situazione di fatto; la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. *ius poenitendi*): v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. VII, 24 agosto 2023, n. 7897), essendosi il Comune limitato, in doverosa applicazione del diritto europeo e della normativa nazionale sopravvenuta, a ricondurre l'efficacia temporale degli atti concessori in origine assentiti ad una durata che sia conforme al rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e concorrenza;

c) quanto al lamentato esercizio del potere di autotutela oltre il termine di cui all'art. 21-*nonies* (pp. 36-38 dell'atto di costituzione), ancora, anche in questo caso gli atti impugnati, a valenza generale, non costituiscono esercizio del potere di autotutela, da parte dell'amministrazione comunale, ma doverosa applicazione del diritto nazionale in conformità

al diritto dell'Unione, dovendo qui solo ricordarsi che, come ha chiarito la Corte di Giustizia UE nella più volte citata sentenza del 20 aprile 2023 in C-348/22, sono le autorità comunali le prime a dovere applicare compiutamente la Dir. n. 123/2006/CE e a disapplicare, se del caso, le disposizioni nazionali con esso contrastanti, anche limitandone gli illegittimi effetti nel tempo, sul piano dell'efficacia, e riconducendoli ad una efficacia compatibile con le disposizioni unionali e interne;

d) quanto alla lamentata violazione del principio dell'affidamento e alla mancata considerazione degli investimenti effettuati sulla scorta della durata originariamente prevista sino al 2023 (pp. 38-39 dell'atto di costituzione), ancora, si deve qui negare, in coerenza con il costante orientamento di questo Consiglio di Stato *in subiecta materia*, che i concessionari possano fondare un legittimo affidamento sulla durata di provvedimenti, anche di proroga, assunti dall'amministrazione in palese contrasto con il diritto europeo, come è nel caso presente, e d'altro canto, quanto agli investimenti effettuati e non ammortizzati al momento in cui dovesse subentrare, all'esito di procedura selettiva adeguata, un nuovo concessionario, soccorrono ora le previsioni dell'art. 4, commi 4 e 9, del d.l. n. 118 del 2022, siccome riformato, di recente, dal d.l. n. 131 del 2024, conv. con mod. in l. n. 166 del 2024;

e) quanto alla lamentata violazione dell'art. 3, comma 3, d.l. n. 118 del 2022 nella formulazione all'epoca vigente, dopo le modifiche introdotte dal d.l. n. 198 del 2022, conv. in l. n. 14 del 2023, e, in particolare, alla mancata concessione della c.d. proroga tecnica fino al 31 dicembre 2025 (pp. 41-43 dell'atto di costituzione), fermo restando che nel frattempo sono sopravvenute le citate modifiche al tessuto normativo, di cui al d.l. n. 131 del 2024, conv. con mod. in l. n. 166 del 2024, si deve qui rilevare che il motivo è infondato perché la concessione di questa eventuale ulteriore proroga c.d. tecnica nei limiti in cui essa era ed è legittima (e, cioè, in realtà, previa parziale disapplicazione delle norme nazionali contrastanti con il diritto dell'Unione, a tutto concedere fino al 31 dicembre di quest'anno, come statuito da questa Sezione nelle richiamate tre sentenze nn. 4479, 4480 e 4481 del 20 maggio 2024) non era nemmeno ipotizzabile se non nel limite in cui, una volta bandita la gara, il Comune avesse incontrato difficoltà oggettive nel suo espletamento o avesse dovuto affrontare vicende contenziose, mentre la gara non era stata nemmeno bandita, nel caso di specie, sicché nulla avrebbe dovuto motivare il Comune nei provvedimenti impugnati in prime cure in ordine alla eventuale scadenza delle concessioni al 31 dicembre 2025 (ammesso che, come detto, essa stessa fosse legittima e non dovesse invece ridursi al 31 dicembre 2024, come statuito da questo Consiglio di Stato).

39. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello del Comune è fondato e va accolto sicché, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado, anche nei motivi qui riproposti dall'odierna parte appellata.

40. Le spese del doppio grado del giudizio, per la novità e, comunque, la complessità delle questioni esaminate, possono essere interamente compensate tra le parti.

41. Rimane definitivamente a carico di Cosimo Renna il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso proposto in primo grado.

41.1. Egli deve essere condannato per la soccombenza a rimborsare in favore del Comune il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto dal Comune di Monopoli, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado da Cosimo Renna.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Cosimo Renna il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso proposto in primo grado.

Condanna Cosimo Renna a rimborsare in favore del Comune di Monopoli il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2024, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Laura Marzano, Consigliere

Guida alla lettura

L'art. 12 della Direttiva n. 2006/123 ha una struttura anfibia, articolandosi sia come una **norma di divieto** sia come una **norma precettiva**. Essa, infatti, reca il divieto di previsioni di rilascio di provvedimenti ampliativi, aventi ad oggetto l'espletamento di attività economiche su beni demaniali, in modalità diretta, attraverso la prosecuzione automatica di rapporti venuti a scadenza. Nello stesso tempo, il profilo precettivo della norma, impone, nel ricorso di determinati presupposti, l'indizione di una procedura selettiva, quando si profilano gli elementi identificativi della fattispecie. Questi ultimi sono sussumibili nell'istanza del privato di un provvedimento autorizzatorio all'espletamento di un'attività economica, correlata alla concessione di una risorsa pubblica scarsa.

La *ratio* della norma è la salvaguardia della libertà di concorrenza e della libertà di stabilimento, al lume delle quali **l'unica eccezione tollerabile è costituita dalla proroga tecnica**, intesa come dilazione del rapporto già instaurato con il concessionario uscente, nelle more del reperimento di un nuovo aggiudicatario. Devono ricorrere, tuttavia, specifici criteri di ammissibilità, che possono sintetizzarsi nell'instaurazione di un regime temporale transitorio nelle more del reperimento di un nuovo aggiudicatario, oltre che dalla previsione della possibilità di proroga all'interno del bando. Sotto tale aspetto la proroga tecnica prevista dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 17 e 18 del 2021, rappresenta un'ipotesi particolare, in quanto conformativa di rapporti concessori in essere alla data dell'intervento nomofilattico, attraverso una dinamica che può apparire sostitutiva di valutazioni amministrative. In realtà, la previsione della proroga in attesa dell'adeguamento ai principi di diritto enunciati, risulta riconducibile al connaturale potere del giudice di modulazione temporale degli effetti della sentenza, giustificato a fronte di un intervento nomofilattico risolutivo di un contrasto di orientamenti. In linea di principio, dunque, stante l'imposizione precettiva dell'indizione della gara, non è consentito sul piano logico - prima ancora che cronologico - disporre una proroga tecnica finalizzata alla concessione di una procedura di gara che nemmeno sia stata avviata.

Chiarita la **conformazione strutturale dell'art 12 della Direttiva n. 2006/123, alla luce della quale è stato espunto dal nostro ordinamento il cd. diritto di insistenza**, si è posta la questione della **sorte delle leggi provvedimento nazionali, che negli ultimi anni hanno disposto proroghe automatiche delle concessioni demaniali a scopo turistico e ricreativo**. La tematica è apparsa da subito correlata alla questione della **natura della Direttiva n. 2006/123**, in quanto fonte comunitaria munita di efficacia diretta. Costituisce, oramai, diritto consolidato sia livello nazionale sia a livello unionale, per effetto della interpretazione della Corte di Giustizia, **l'efficacia diretta della direttiva Bolkestein**, in quanto recante un **contenuto chiaro e preciso nell'individuazione del precetto di rotazione** del conferimento di vantaggi competitivi in capo a tutti gli operatori del mercato. Di conseguenza, **le leggi provvedimento che si pongono in contrasto con la direttiva, disponendo le proroghe di rapporti concessori in corso, violano il diritto Unionale, prestandosi sia un sindacato diffuso mediante disapplicazione sia a un sindacato accentrato per effetto della violazione dell'art 117 Cost, come integrato dal vincolo unionale**. Tutti gli organi che costituiscono articolazione dello Stato sono tenuti all'inapplicazione della normativa nazionale e all'applicazione della fonte unionale ad efficacia diretta. La PA, in particolare, è tenuta ad esaminare l'istanza di proroga, assumendo come parametro la sola Direttiva 2006/123, laddove per le proroghe già rilasciate non ricorre la necessità di un procedimento di autotutela, siccome le proroghe sono atti ricognitivi di un effetto costitutivo riconducibile alla legge provvedimento.

Ciò posto viene all'attenzione del Consiglio di Stato la questione della consistenza che la competizione deve avere, per dirsi conforme al contenuto precettivo della Direttiva Bolkestein. In particolare, la sentenza in commento si incentra sulla componente precettiva dell'art. 12 della Direttiva 2006/123 costituita dall'indizione della gara, affrontando la questione della portata satisfattiva dell'obbligo di selezione, del procedimento semplificato di cui all'art 37 e 38 del Codice della Navigazione.

Occorre premettere che, secondo gli orientamenti più recenti, **la P.A. non è tenuta ad espletare una procedura di evidenza pubblica che abbia la consistenza di una gara di appalto**, perchè la stessa si impone quando la domanda di svolgimento di un'attività provenga dalla P.A.. Viceversa, **l'aggravio procedurale di selezione non è necessario quando l'istanza provenga dal mercato, come avviene nel caso delle concessioni demaniali a finalità turistico ricreative.**

La selezione tra candidati potenziali, tuttavia, cui la PA è tenuta qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività economica sia limitato per via della scarsità di risorse naturali, deve essere improntata a garanzie di imparzialità, di trasparenza e, soprattutto, di adeguata pubblicità dell'avvio della procedura.

Il Consiglio di Stato evidenzia che a tal fine **non può dirsi sufficiente la procedura informale ex art. 37 cod. nav.** (in combinato disposto con l'articolo 18 del Regolamento esecutivo del cod. della nav.) che si inverte nella pubblicazione mediante affissione nonché nell'inserzione il foglio degli annunci.

Tale modello procedurale risulta essere arcaico e inadeguato, in quanto non rispondente al contenuto di **tutela minima** della concorrenza dettata dalla normativa unionale e dalla giurisprudenza nazionale.

Viene in rilievo, in primo luogo, l'attitudine della procedura ex art. 37 del cod. nav. ad esitare nella scelta di quel concorrente, che offra garanzie di proficua utilizzazione del bene richiesto in concessione, rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico. La norma abilita la P.A. a formulare un giudizio amministrativo ispirato ad imperscrutabile scelta di merito, sfuggente ad ogni sindacato di ragionevolezza. Infatti, la carenza della predisposizione preliminare di criteri di giudizio orientativi in un bando o atto programmatico, rappresenterebbe agevole spiraglio per la formulazione di valutazioni di preferenza a favore del concessionario uscente. Per tale ragione, **l'art. 37 cod. nav. rappresenta un mero simulacro di gara carente di un reale confronto competitivo**, non conforme ad un assetto normativo caratterizzato dalla espunzione dal nostro ordinamento del cd. diritto di insistenza, inteso come il diritto del concessionario uscente di essere preferito nella prosecuzione del rapporto.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato evidenzia che **la procedura informale di cui all'art. 37 e 38 cod. nav. non è assistita da un adeguato standard di pubblicità**, al livello nel quale la stessa è destinata ad attrarre gli operatori. Si tratta, infatti, di una **forma di comunicazione di rilievo solo locale**, priva di ogni modalità di evidenza pubblica, **inadeguata rispetto della tutela minima della concorrenza.**

Al lume di tale criticità, il dato fattuale costituito dalla mancanza di presentazione delle domande in pendenza e dopo lo spirare del termine di pubblicazione dell'istanza di proroga, non assume alcuna rilevanza. Si rileva, infatti, che l'evenienza della carenza di domande concorrenti, potrebbe indurre a ritenere superflua l'instaurazione della competizione, stante l'assenza di ulteriori manifestazioni di interesse. Tuttavia, in un contesto irrispettoso del canone di trasparenza e di pubblicità, il mancato pervenimento di domande, troverebbe facile motivazione nella **inadeguatezza del meccanismo pubblicitario, adottato attraverso il**

“Rende noto” dell’istanza di proroga.

Il Consiglio di Stato nella sentenza in commento, coglie l’occasione per ribadire i principi di diritto formati in sede giurisprudenziale in punto di scarsità delle risorse e di formazione dell’affidamento nella prosecuzione del rapporto concessorio. Quanto al primo aspetto, **il presupposto della scarsità della risorsa, quand’anche affidato nella sua valutazione alla discrezionalità del legislatore nazionale, giammai può fungere da pretesto per negare l’efficacia diretta dell’art. 12 della Bolkestein.** Infatti, la discrezionalità della valutazione amministrativa sul concetto di risorsa scarsa, è perimetrata dalla necessità di adozione di criteri oggettivi di giudizio nonché da un **concetto “funzionale” di scarsità della risorsa.** La risorsa va valutata nel suo aspetto non tanto quantitativo, ma qualitativo tenendo conto dell’effettiva consistenza della morfologia della costa italiana, in relazione alle sue attitudini di sfruttamento economico. In ogni caso, secondo gli ultimi consolidati arresti del Consiglio di Stato, quand’anche la valutazione di scarsità delle risorse sortisse esito negativo, la P.A. non potrebbe esimersi da un’indagine incentrata sulla presenza dell’interesse transfrontaliero, il quale, ai sensi dell’art 49 del T.F.U.E., impone l’espletamento di una competizione. Sotto tale aspetto, si ritiene che la costa italiana per la sua morfologia radichi una **presunzione di attrattiva e quindi di interesse transfontaliero**, la cui negazione posta base in una eventuale decisione amministrativa di affidamento diretto, deve essere oggetto di un’ampia ed analitica motivazione.

Il profilo dell’affidamento riposto dal privato nella proroga sino al termine contemplato nelle leggi provvedimento vigenti *ratione temporis*, invocato la ricorrente sostegno di una ricostruzione di responsabilità, è stato ritenuto immeritevole di considerazione. La configurazione della responsabilità sarebbe basata su un doppio nesso di causalità materiale: la fiducia legittimamente riposta nella prosecuzione decennale del rapporto prevista dalla legge di proroga, avrebbe indotto il concessionario uscente a formulare determinazione di investimenti, rivelatisi dannose perché non ammortizzabili a causa della nuova determinazione amministrativa. Il Consiglio di Stato ribadisce che simili pretese risarcitorie non possono trovare accoglimento, poiché **i concessionari non possono fondare un legittimo affidamento sulla durata di provvedimenti, anche di proroga, se sono stati assunti dall’amministrazione in palese contrasto con il diritto europeo.** D’altro canto, quanto agli investimenti effettuati e non ammortizzati al momento in cui dovesse subentrare, all’esito di procedura selettiva adeguata, un nuovo concessionario, soccorrono ora le previsioni dell’art. 4, commi 4 e 9, del d.l. n. 118 del 2022, riformato, di recente, dal d.l. n. 131 del 2024, conv. con mod. in l. n. 166 del 2024.