

AS1721 – DISCIPLINA DELLE CONCESSIONI DI POSTEGGIO PER IL COMMERCIO SU AREA PUBBLICA

Roma, 15 febbraio 2021

Senato della Repubblica Italiana
Camera dei Deputati
Presidenza del Consiglio dei Ministri
Ministero dello Sviluppo Economico

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'esercizio dei poteri di cui all'articolo 21 della legge n. 287/90, nell'adunanza del 2 febbraio 2021, ha inteso formulare alcune osservazioni in merito all'attuale disciplina delle concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche.

Con l'art. 1, comma 686, della legge n. 145/2018 (c.d. L. Bilancio 2019), che ha modificato il D.Lgs. n. 59/2010 di recepimento della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi o Bolkestein), l'intero settore del commercio al dettaglio su aree pubbliche è stato sottratto dall'applicazione di tale Direttiva. Nonostante si tratti di attività economiche per le quali il numero dei titoli autorizzatori risulta limitato, in base alla nuova formulazione degli artt. 7, lett. f-bis, e 16, comma 4-bis, del D. Lgs. n. 59/2010, non trovano più applicazione le disposizioni normative che imponevano di individuare i prestatori all'esito di una procedura selettiva, secondo criteri trasparenti e non discriminatori, stabilendo una durata dei titoli autorizzatori limitata e non soggetta a rinnovo automatico (artt. 7 e 16 del D. Lgs. n. 59/2010)¹.

Il D.L. n. 34/2020 (il c.d. Decreto Rilancio), convertito in legge n. 77/2020, ha poi prorogato al 2032 le concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche in scadenza (art. 181 comma 4-bis), nonché previsto che eventuali posteggi liberi, vacanti o di nuova istituzione andassero assegnati *“in via prioritaria e in deroga a qualsiasi criterio”* agli aventi titolo, senza l'espletamento di alcuna procedura ad evidenza pubblica (art. 181, comma 4-ter). Tali previsioni hanno poi trovato ulteriore

¹ Viene anche abrogato l'art. 70 del D. Lgs. n. 59/2010, che, al comma 5, demandava all'Intesa in sede di conferenza Unificata Stato – Regioni, di individuare *“anche in deroga all'art. 16 del presente decreto”*, i criteri di rilascio e rinnovo della concessione di posteggio. Con l'Intesa Stato – Regioni del 2012 *“sui criteri da applicare nelle procedure di selezione per l'assegnazione di posteggi su aree pubbliche”* (di seguito anche Intesa del 2012), il Comune fissa la durata della concessione, che, *“In ogni caso, ... non può essere inferiore ai nove anni, né, nel caso siano (...) necessari rilevanti investimenti materiali, superiore ai dodici anni”*. Nei mercati a carattere turistico la durata delle concessioni deve essere *“comunque non inferiore a sette anni”* (punto 1). Inoltre, il criterio prioritario di assegnazione previsto dall'Intesa è quello della *“maggiore professionalità acquisita”*, definita in base all'anzianità di esercizio dell'impresa, anche nello specifico posteggio oggetto di selezione, che può ricevere una specifica valutazione nel limite del 40% del punteggio complessivo (punto 2 dell'Intesa del 2012).

conferma nei punti 6, 7 e 9 dell'Allegato A al Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 25 novembre 2020, recante le previste Linee Guida.

Alla luce del quadro normativo nazionale sopra descritto, che fornisce la cornice per l'attuazione della disciplina a livello regionale e locale, il settore del commercio su aree pubbliche risulta attualmente impenetrabile all'applicazione dei principi della concorrenza, costantemente richiamati dall'Autorità nei numerosi e convergenti interventi in materia, nei quali sono state più volte evidenziate le criticità concorrenziali connesse alla durata eccessivamente lunga delle concessioni e al rinnovo delle stesse senza adeguate procedure di selezione ad evidenza pubblica o secondo criteri di preferenza dei prestatori uscenti, idonei a cristallizzare gli assetti di mercato².

Al riguardo, l'Autorità evidenzia che le norme sopra richiamate sollevano seri dubbi di compatibilità con il diritto europeo³.

In primo luogo, l'esclusione dell'attività del commercio su aree pubbliche dal campo di applicazione del D. Lgs. n. 59/2010 contrasta con la puntuale individuazione dei settori esclusi prevista dalla Direttiva Servizi (cfr. considerando da 10 a 27 e art. 2) senza lasciare margine di discrezionalità agli Stati membri. Tale elenco, in quanto reca una eccezione a un principio di liberalizzazione riconosciuto, deve essere interpretato in maniera tassativa. Ne discende, pertanto, che le novellate disposizioni del D. Lgs. n. 59/2010, non appaiono più coerenti con la fonte sovraordinata, ovvero con la Direttiva Servizi.

In secondo luogo, la necessità di prevedere una durata limitata alla concessione e di seguire criteri di aggiudicazione trasparenti e non discriminatori costituisce un principio generale dell'ordinamento europeo, volto a evitare preclusioni all'accesso al mercato e indebite restrizioni della concorrenza. In proposito, si richiama la Direttiva 2014/23, *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). Inoltre, la medesima Direttiva stabilisce il principio generale di parità e non discriminazione fra concorrenti nell'accesso alle concessioni (cfr. art. 3 della Direttiva).

Anche la contigua giurisprudenza, europea e nazionale, in materia di concessioni demaniali marittime ha costantemente ribadito la necessità di assegnare le concessioni all'esito di selezioni trasparenti e non discriminatorie e per una durata limitata e proporzionata agli investimenti⁴. La giurisprudenza ha altresì costantemente ribadito l'illegittimità di previsioni che dispongano proroghe automatiche al concessionario uscente, in quanto di per sé ostative a qualsiasi forma di

² Cfr., tra gli altri, il parere AS1335, *Affidamento delle concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche*, in Boll. n. 46/2016, la segnalazione AS1550, *Concessioni e criticità concorrenziali*, in Boll. n. 48/2018, il parere AS1638, *Regione Lazio – Testo unico del commercio-durata delle concessioni dei posteggi*, in Boll. n. 2/2020 e il parere AS1678, *Regione Campania – Aspetti restrittivi in materia di commercio su aree pubbliche e distribuzione dei carburanti*, in Boll. n. 26/2020.

³ Sul punto, si richiamano le considerazioni già espresse nel citato parere AS1678, *Regione Campania – Aspetti restrittivi in materia di commercio su aree pubbliche e distribuzione dei carburanti*.

⁴ Cfr. sentenza della Consulta del 23 luglio 2018, n. 176, in cui si legge “alla luce del diritto europeo, la regolazione dell'accesso ai mercati in base a concessione è compatibile con il principio della concorrenza a condizione che: la scelta del concessionario avvenga in base a criteri oggettivi, non discriminatori e nell'ambito di procedure di evidenza pubblica; non sia previsto alcun diritto di proroga automatico in favore del titolare della concessione scaduta o in scadenza, il quale sottrarrebbe, di fatto, il rinnovo della concessione demaniale alle garanzie di tutela della concorrenza; la durata delle concessioni non sia eccessivamente lunga, in quanto durate eccessive stimolano gestioni inefficienti; non vengano riconosciute esclusive, né preferenze, nel conferimento o rinnovo delle concessioni”.

selezione, necessaria ogni qual volta occorra assegnare un bene pubblico per l'esercizio di attività suscettibili di apprezzamento in termini economici⁵.

L'Autorità, del resto, ha già evidenziato le criticità concorrenziali proprie di alcune norme del Decreto Rilancio che prorogano automaticamente la durata delle concessioni in vari settori⁶, invitando il legislatore a ponderare gli effetti di lungo periodo di chiusura del mercato in seguito a provvedimenti di proroga che, posticipando il confronto concorrenziale, dovrebbero essere rigorosamente temporanei e non eccedere comunque le reali esigenze delle amministrazioni, per consentire quanto prima il ricorso a strumenti idonei a favorire un utilizzo efficiente delle risorse pubbliche. Né una proroga di siffatta durata può essere considerata in alcun modo necessaria e proporzionata alle specifiche esigenze che l'amministrazione eventualmente rinviene nell'attuale situazione di emergenza sanitaria.

È significativo, infine, che la Consulta abbia, già nel 2012, dichiarato l'illegittimità di una normativa regionale che, al pari di quanto disposto dalla Legge di Bilancio 2019, escludeva il settore del commercio su aree pubbliche dall'ambito di applicazione dell'art. 16 del D. Lgs. n. 59/2010⁷. La Consulta ha affermato che tale normativa si poneva in contrasto con la Direttiva Servizi e il diritto europeo, nella misura in cui, per non meglio specificati motivi imperativi di interesse generale, aveva escluso qualsiasi procedura di selezione nell'assegnazione delle concessioni di posteggio, mentre avrebbe dovuto scegliere criteri di selezione non discriminatori e proporzionati all'obiettivo di interesse pubblico da perseguire, bilanciando tale obiettivo con quello di liberalizzazione. Quest'ultimo viene completamente tralasciato dall'attuale disciplina del settore.

Si tratta di principi la cui applicazione si impone in forza del primato del diritto europeo su disposizioni nazionali incompatibili. Tale principio ha come corollario il dovere di collaborazione degli Stati membri alla realizzazione degli obiettivi sanciti dal Trattato che li obbligano a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa e regolamentare, atti ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese (art. 4 § 3 TUE e protocollo n. 27 TUE sul mercato interno e la concorrenza).

Pertanto, l'Autorità ritiene che le modifiche apportate al D. Lgs. n. 59/2010, le norme del decreto rilancio e le conseguenti determinazioni ministeriali si pongano in violazione delle disposizioni costituzionali ed eurolunitarie, poste a presidio della libertà di iniziativa economica e a tutela della concorrenza, in quanto idonee a restringere indebitamente l'accesso e l'esercizio di un'attività economica.

In conclusione, l'Autorità auspica che il Parlamento e il Governo vogliano tenere in debita considerazione le osservazioni sopra espresse al fine di addivenire a una modifica della vigente normativa in linea con la disciplina e i principi di diritto europeo a presidio della concorrenza, nel

⁵ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia 14 luglio 2016, causa C-458/14, *Promoimpresa Srl* e del 30 gennaio 2018, causa C- 60/15, *Vesser*, nonché, da ultimo, Consiglio di stato, Sez. VI, sentenza dell'11 luglio 2019 n. 874. Si richiamano anche recenti interventi di *advocacy* in materia, tra i quali, *ex multis*, la segnalazione AS1712, *Comune di Castiglione della Pescaia (GR) - Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 50/2020. Si veda altresì la sentenza della Corte costituzionale, 21 gennaio 2021, n. 10.

⁶ Cfr. la segnalazione AS1684, *Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel Decreto Rilancio*, in Boll. 28/2020. Il profilo della proroga sulle concessioni dei posteggi per il commercio in aree pubbliche non è stato menzionato nel parere dell'Autorità in quanto non previsto nel testo del D.L. 34/2020 oggetto del parere ma introdotto nella fase di conversione in Legge.

⁷ Cfr. la sentenza della Consulta del 19 dicembre 2012, n. 291.

solco più volte tracciato dall'Autorità in materia. In assenza di tali modifiche, infatti, l'Autorità ritiene che i soggetti chiamati ad attuare l'attuale quadro normativo debbano procedere alla disapplicazione delle disposizioni nazionali, adottando una disciplina delle procedure di assegnazione delle concessioni di posteggio coerente con i menzionati principi posti a presidio della concorrenza in materia di durata, criteri di selezione e assenza di rinnovi automatici.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli
