

www.newsbalneari.com

Pubblicato il 18/01/2022

**N. 00539/2022 REG.PROV.COLL.
N. 03210/2021 REG.RIC.****R E P U B B L I C A I T A L I A N A****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio****(Sezione Seconda Ter)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3210 del 2021, proposto da ANNA DE LUCA con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avv. Leonardo Pighin che la rappresenta e difende nel presente giudizio

contro

ROMA CAPITALE, in persona del Sindaco p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avv. Sergio Siracusa che la rappresenta e difende nel presente giudizio

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

FIVA CONFCOMMERCIO, in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avv.ti Federico Tedeschini, Luca Di Donna e Fabiana Seghini che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

per l'annullamento

del provvedimento del Dipartimento Sviluppo Attività Economiche e Produttive di Roma Capitale rep. n. QH112/2021 del 22/02/21, con il quale è stato annullato l'atto rep. n. QH/1328 del 30/12/2020 di comunicazione dell'avvio d'ufficio della procedura finalizzata al rinnovo delle concessioni dei posteggi a rotazione per il commercio su aree pubbliche di cui all'art. 35 D.A.C. n. 108/2020, in scadenza al 31/12/2020;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2021 il dott. Michelangelo Francavilla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 15/03/21 e depositato il 23/03/21 Anna De Luca ha impugnato il provvedimento del Dipartimento Sviluppo Attività Economiche e Produttive di Roma Capitale rep. n. QH112/2021 del 22/02/21, con il quale è stato annullato l'atto rep. n. QH/1328 del 30/12/2020 di comunicazione dell'avvio d'ufficio della procedura tesa

al rinnovo delle concessioni dei posteggi a rotazione per il commercio su aree pubbliche di cui all'art. 35 D.A.C. n. 108/2020, in scadenza al 31/12/2020.

Roma Capitale, costituitasi in giudizio con comparsa depositata il 07/04/21, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con atto notificato in data 08/04/21 e depositato in pari data la Fiva Confcommercio ha spiegato atto d'intervento ad adiuvandum.

Con ordinanza n. 2248/21 del 13/04/21 il Tribunale ha fissato, per la definizione del giudizio, la pubblica udienza del 19/10/21, poi rinviata al 14/12/21.

Alla pubblica udienza del 14/12/21 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

In via pregiudiziale, il Collegio ritiene di dovere esaminare la questione dell'ammissibilità dell'intervento ad adiuvandum di Fiva Confcommercio.

L'intervento è inammissibile per difetto di interesse.

La Federazione Italiana Venditori Ambulanti, nell'ambito del presente giudizio avente ad oggetto l'impugnazione dell'annullamento comunale della proroga della concessione della ricorrente, a fondamento della propria legittimazione si limita a richiamare la giurisprudenza del Consiglio di Stato, senza addurre alcuno specifico elemento in ordine all'effettiva sussistenza dell'interesse legittimante l'intervento in giudizio.

La Fiva persegue statutariamente le finalità inerenti la *“rappresentanza e tutela degli interessi sindacali, sociali, materiali ed economici delle imprese di commercio ambulante e su aree pubbliche”*.

Per FIVA, dunque, la legittimazione ad agire si correla non già ad un interesse adespota diffuso tra il pubblico, bensì ad un interesse collettivo proprio dell'ente stesso.

In presenza della situazione giuridica soggettiva dell'interesse collettivo, la giurisprudenza (Adunanza Plenaria n. 18/21, Cons. Stato n. 1467/2020, Cons. Stato n. 4957/16) è costante nel richiedere, per ritenere integrato il presupposto dell'interesse ad agire, due condizioni:

- che la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione;
- che l'interesse dedotto sia riferibile, in maniera omogenea, a tutti gli associati, in modo che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte di essi e non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che paleserebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio.

In quest'ottica, deve ritenersi preclusa l'azione dell'ente finalizzata esclusivamente alla tutela di singoli iscritti, atteso che l'interesse collettivo dell'associazione deve identificarsi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata e non con la mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati.

Ebbene, nel caso di specie il provvedimento impugnato (che annulla la proroga di una singola concessione demaniale) lede esclusivamente l'interesse del singolo, senza impingere in via immediata sulla finalità istituzionale dell'associazione (in questo senso anche Adunanza Plenaria n. 18/21).

A ciò si aggiunga che il requisito dell'omogeneità non può dirsi rispettato, essendo l'interesse dedotto in giudizio proprio della sola ricorrente e potenzialmente in contrasto con quello di altri associati che potrebbero avere un interesse opposto in quanto aspiranti ad ottenere la concessione che la De Luca intende conservare.

Ne consegue che l'intervento della Fiva Confcommercio è inammissibile per carenza d'interesse come pure eccepito da Roma Capitale nella memoria depositata il 12/11/21 (da ciò l'inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 73 comma 3 c.p.a.).

Nel merito, il ricorso è infondato e deve essere respinto il che esime il Tribunale dal valutare le eccezioni con cui Roma Capitale ha prospettato l'inammissibilità del ricorso in ragione della dedotta "valenza ricognitiva pura" del provvedimento gravato e della mancata impugnazione dell'art. 12 della delibera dell'assemblea capitolina n. 108/2020 che prevede la necessità della procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione dei posteggi non di nuova istituzione.

Anna De Luca impugna il provvedimento del Dipartimento Sviluppo Attività Economiche e Produttive di Roma Capitale rep. n. QH112/2021 del 22/02/21, con il quale è stato annullato l'atto rep. n. QH/1328 del 30/12/2020 di comunicazione dell'avvio d'ufficio della procedura finalizzata al rinnovo delle concessioni dei posteggi a rotazione per il commercio su aree pubbliche di cui all'art. 35 D.A.C. n. 108/2020, in scadenza al 31/12/2020.

Dagli atti di causa emerge che:

- la ricorrente è titolare di autorizzazione al commercio su area pubblica di tipo "A";
- con determina dirigenziale prot. n. QH/63111/2020 del 30/12/2020 Roma Capitale, in attuazione dell'art. 181 comma 4 bis d.l. n. 34/2020, convertito dalla legge n. 77/2020, ha avviato il procedimento di rinnovo delle concessioni dei posteggi a rotazione di cui all'art. 35 della deliberazione dell'Assemblea Capitolina n. 108/2020, per l'esercizio del commercio su aree pubbliche aventi scadenza al 31/12/2020;
- con determina dirigenziale rep. n. QH112/2021 del 22/02/21 Roma Capitale, preso atto del parere del Garante del mercato e della concorrenza in ordine al ritenuto contrasto della normativa interna con quella comunitaria in materia di concessioni e all'invito alla disapplicazione della normativa interna, ai sensi dell'art. 21 nonies l. n. 241/90, ha annullato in autotutela l'atto prot. n. QH/63111/2020 del 30/12/2020.

Con una serie di censure tra loro connesse la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 25, 101 e 113 Cost. e 21 nonies l. n. 241/90 ed eccesso di potere in quanto l'amministrazione non avrebbe il potere di disapplicare

la norma interna contrastante con quella comunitaria dal momento che tale prerogativa spetterebbe solo al giudice e solo con effetti limitati alla singola causa; inoltre, il settore del commercio su aree pubbliche non rientrerebbe nell'ambito applicativo della Direttiva Bolkestein che, per altro, non sarebbe immediatamente applicabile.

A ciò si aggiunga che non sussisterebbero i presupposti richiesti dall'art. 21 nonies l. n. 241/90 per l'annullamento d'ufficio in quanto nessun organo giudiziario avrebbe accertato con efficacia di giudicato la contrarietà a norme comunitarie del d.l. n. 34/2020 ed, inoltre, l'amministrazione avrebbe utilizzato il potere in via generalizzata senza tenere conto "delle specificità del caso quali la diversità delle varie autorizzazioni al commercio".

I motivi sono infondati.

L'art. 181 comma 4 bis d.l. n. 34/2020, convertito dalla l. n. 77/2020, ha stabilito che *"le concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche aventi scadenza entro il 31 dicembre 2020, se non già riassegnate ai sensi dell'intesa sancita in sede di Conferenza unificata il 5 luglio 2012, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 79 del 4 aprile 2013, nel rispetto del comma 4-bis dell'articolo 16 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, sono rinnovate per la durata di dodici anni, secondo linee guida adottate dal Ministero dello sviluppo economico e con modalità stabilite dalle regioni entro il 30 settembre 2020, con assegnazione al soggetto titolare dell'azienda, sia che la conduca direttamente sia che l'abbia conferita in gestione temporanea, previa verifica della sussistenza dei requisiti di onorabilità e professionalità prescritti, compresa l'iscrizione ai registri camerali quale ditta attiva ove non sussistano gravi e comprovate cause di impedimento temporaneo all'esercizio dell'attività"*.

Ciò posto, secondo la ricorrente, il potere-dovere di disapplicare la norma nazionale illegittima per contrasto con il diritto eurounitario sarebbe prerogativa esclusiva dell'organo giudiziario, restando invece precluso all'amministrazione.

La tesi in esame non può essere condivisa alla luce di quanto recentemente statuito dall'Adunanza Plenaria con le sentenze n. 17 e n. 18 del 2021.

In esse è affermato, tra l'altro, il principio di diritto secondo cui il dovere di non applicazione della norma nazionale illegittima per violazione del diritto europeo si estende, oltre agli organi giudiziari, a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in generale ed i soggetti ad essi equiparati, anche in caso di direttiva "self executing".

In termini generali, la Plenaria osserva che la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della pubblica amministrazione rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale.

Opinare diversamente, infatti, *"significherebbe autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto"*.

La Plenaria, poi, estende il principio anche al caso di norma nazionale contrastante con il diritto europeo contenuto in una direttiva "self executing", senza alcuna distinzione rispetto alla fattispecie in cui viene in rilievo un regolamento, evidenziando, a tal fine, che *"delle due l'una: o si ammette che la legge non è disapplicabile nemmeno dal giudice (ma in questo modo il contrasto con il principio di primazia del diritto dell'Unione diventa stridente) oppure si ammette che l'Amministrazione è "costretta" ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che può fare ciò che la P.A. non ha potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria. Ma immaginare un'Amministrazione "costretta" ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive self-executing) appare una contraddizione in termini."*

Le considerazioni che precedono evidenziano come la distinzione tra norme non applicabili tout court e norme non applicabili dal giudice ma non della P.A. risulti foriera di contraddizioni e inconvenienti pratici, anche perché di fatto affida alla fase dell'eventuale contenzioso

giurisdizionale la primazia del diritto dell'Unione, con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione, la violazione della direttiva andrebbe ingiustificatamente a consolidarsi.”

Con memoria depositata in vista dell'udienza pubblica, la ricorrente contesta l'estensibilità alla controversia in esame dei principi di diritto affermati dall'Adunanza Plenaria.

Nella prospettiva della ricorrente, la fattispecie trattata dalla Plenaria, relativa a concessioni marittime con finalità turistico-ricreative, non sarebbe sovrapponibile a quella oggetto dell'odierno giudizio, concernente concessioni di posteggi a rotazione per l'esercizio del commercio su aree pubbliche, poiché l'una riguarderebbe risorse naturali scarse, l'altra risorse non scarse.

La tesi in esame non può essere condivisa.

E' indiscutibile che i posteggi per l'esercizio del commercio, nel comune di Roma Capitale, siano un bene limitato considerato anche il ristretto carattere territoriale del Comune concedente, l'attuale assenza di concorrenzialità del settore e l'elevata attrattività che rivestono per gli operatori tali attività, specie nel contesto caratterizzato da profili di unicità e assoluta particolarità quale è quello di Roma.

Lo stesso Consiglio di Stato nella sentenza n. 18/21, ai fini della scarsità delle risorse a cui è correlata l'applicazione della direttiva 2006/123/CE, ha valorizzato i profili del limitato contesto territoriale di riferimento, dell'assenza di ulteriori concessioni assentibili e della potenziale diffusività della domanda evidenziando, in relazione a tale ultimo aspetto, che *“il concetto di scarsità va, invero, interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della “quantità” del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato”*.

L'applicabilità della direttiva anche al settore del commercio su area pubblica è, sotto altri profili, confermata dal percorso argomentativo dell'Adunanza Plenaria laddove afferma che *“la tutela della concorrenza (e l'obbligo di evidenza pubblica che esso implica) è, d'altronde, una “materia” trasversale, che attraversa anche quei settori in cui l'Unione europea è priva di ogni tipo di competenza o ha solo una competenza di “sostegno”: anche in tali settori, quando acquisiscono risorse strumentali all'esercizio delle relative attività (o quando concedono il diritto di sfruttare economicamente risorse naturali limitate), gli Stati membri sono tenuti all'obbligo della gara, che si pone a monte dell'attività poi svolta in quella materia. Altrimenti, si dovrebbe paradossalmente ritenere che anche le direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni non potrebbero trovare applicazione ai contratti diretti a procurare risorse strumentali all'esercizio di attività riservate alla sovranità nazionale degli Stati”*.

In altri termini, la direttiva impone l'indizione di gare pubbliche a tutela della concorrenza per il mercato, materia “trasversale” che è suscettibile di trovare applicazione in vari settori dell'ordinamento nazionale, tra cui deve senz'altro farsi rientrare quello delle concessioni di parcheggi a rotazione per l'esercizio del commercio su aree pubbliche per altro caratterizzati anch'essi, come già detto, dalla scarsità delle concessioni assentibili.

In quest'ottica *“la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai suddetti principi di trasparenza e non discriminazione”* (Adunanza Plenaria n. 18/21).

Contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, poi, la direttiva 2006/123/CE “Bolkestein” è “self executing”.

In proposito, la Plenaria ha chiarito che *“il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare self-executing dipende, invero, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato. Da questo punto di vista, l'art. 12 della direttiva persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche*

concessioni, un regime di evidenza pubblica che assicuri la par condicio fa i soggetti potenzialmente interessati. Rispetto a tale obiettivo, la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga ex lege fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Pur essendo auspicabile (come si dirà nel prosieguo con maggiore dettaglio) che il legislatore intervenga, in una materia così delicata e sensibile dal punto di vista degli interessi coinvolti, con una disciplina espressa e puntuale, non vi è dubbio, tuttavia, che nell'inerzia del legislatore, l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi che essa richiama, tenendo anche conto di come essi sono stati più volte declinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, già forniscono tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga ex lege.”

La direttiva Bolkenstein è, pertanto, auto-esecutiva nell'ordinamento nazionale, con la già chiarita conseguenza che, nel caso di specie, sussisteva in capo all'amministrazione capitolina il dovere di non applicare la legge nazionale di rinnovo automatico delle concessioni, in quanto contrastante con il diritto eurounitario.

Infondata è, altresì, la censura con cui è dedotta la violazione dell'art. 21 nonies l. n. 241/90.

La disposizione in esame richiede, ai fini dell'esercizio del potere di annullamento in autotutela, che il provvedimento di primo grado sia “*illegittimo ai sensi dell'art. 21-octies*”.

La ricorrente afferma che tale illegittimità debba risultare dalla statuizione di un organo giudiziario.

Nella prospettiva della ricorrente, poiché il provvedimento di secondo grado dell'Amministrazione Capitolina trova fondamento non già una pronuncia giurisdizionale, bensì in un parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la norma disapplicata non potrebbe dirsi illegittima e, conseguentemente, non vi sarebbero i presupposti per l'annullamento in autotutela.

La ricostruzione non può essere condivisa in quanto l'art. 21 nonies l. n. 241/90 non richiede che l'illegittimità del provvedimento oggetto di riesame debba essere previamente affermata in giudizio.

Una tale impostazione, per altro, finisce per svuotare il potere di annullamento in autotutela, che è un potere amministrativo il cui esercizio sarebbe subordinato ad un potere giurisdizionale con conseguente pregiudizio dei principi di buon andamento, imparzialità ed economicità che costituiscono il fondamento dell'autotutela stessa.

Per altro, la valutazione in ordine all'illegittimità della disposizione non applicata da Roma Capitale ha trovato, ex post, riscontro nelle già citate decisioni 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria che hanno chiarito, ben oltre il perimetro della singola fattispecie trattata, che le disposizioni di rinnovo automatico delle concessioni sono illegittime per contrasto con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

Quanto fin qui evidenziato induce, infine, il Tribunale a ritenere irrilevante e manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 181 comma 4 bis d.l. n. 34/2020, prospettata da parte ricorrente con la memoria depositata il 09/12/21.

Per questi motivi, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

In ordine agli effetti della presente pronuncia va evidenziato quanto segue.

L'Adunanza Plenaria ha chiarito che l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga ex lege delle concessioni determina il venir meno degli effetti della proroga della concessione, con il conseguente dovere in capo anche agli enti territoriali di non applicazione della disciplina interna illegittima.

La Plenaria, tuttavia, *“consapevole del notevole impatto (anche sociale ed economico) che tale immediata non applicazione può comportare, specie in un contesto caratterizzato da un regime di proroga che è frutto di interventi normativi stratificatisi nel corso degli anni?”* ha inteso modulare nel tempo l'efficacia della pronuncia.

Così, è stata disposta una disciplina transitoria, in cui le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, al fine di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara e, altresì, consentire a Governo e Parlamento di approvare una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni.

Alla stessa stregua, il Collegio ritiene di dover modulare gli effetti di questa pronuncia di rigetto, precisando che la concessione oggetto del giudizio mantiene efficacia fino al 31 dicembre 2023, previo accertamento della sussistenza degli ulteriori presupposti di legge, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, essa cesserà 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 nel rispetto dei principi della normativa vigente, come delineati dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 17 e n. 18 del 2021.

La novità del quadro normativo e la non univocità dell'orientamento giurisprudenziale, valutate con riferimento alla data di proposizione del gravame, giustificano la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definendo il giudizio, così provvede:

- 1) dichiara l'inammissibilità dell'intervento di Fiva Confcommercio;
- 2) respinge il ricorso con gli effetti temporali indicati in motivazione;
- 3) dispone la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Francesca Mariani, Referendario

L'ESTENSORE
Michelangelo Francavilla

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO