

## **RELAZIONE ISTRUTTORIA DEGLI UFFICI**

**Conclusione del procedimento avviato con delibera n. 40/2017 – Definizione del documento contenente prime misure di regolazione inerenti a metodologie e criteri per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali.**

## **SOMMARIO**

<b>1. PROCEDIMENTO.....</b>	<b>3</b>
1.1 Il procedimento avviato con la delibera n. 40/2017 .....	3
1.2 Quadro di contesto .....	3
1.3 Nota del MIT e pareri pervenuti da altre Autorità .....	6
<b>2. ESITI DELLA CONSULTAZIONE.....</b>	<b>10</b>
2.1 Misura n. 1 – Oggetto e ambito di applicazione .....	10
2.2 Misura n. 2 – Concessioni di aree e banchine portuali .....	13
2.3 Misura n. 3 – Autorizzazioni allo svolgimento di servizi e operazioni portuali .....	23
2.4 Misura n. 4 – Vigilanza sulle tariffe delle operazioni e dei servizi portuali .....	25
2.5 Misura n. 5 – Procedure di verifica sui meccanismi incentivanti correlati ai canoni concessori e criteri di contabilità regolatoria per la verifica delle tariffe di operazioni e servizi portuali che presuppongono l'utilizzo di infrastrutture essenziali .....	26
2.6 Misura n. 6 – Disposizione finale .....	27

## 1. PROCEDIMENTO

### 1.1 Il procedimento avviato con la delibera n. 40/2017

Con la delibera n. 40/2017 del 16 marzo 2017, l’Autorità ha avviato un procedimento finalizzato all’adozione di un atto di regolazione contenente il quadro metodologico ed i criteri da applicarsi all’intero sistema nazionale della portualità, per garantire l’accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali, fissando il termine di conclusione del procedimento al 31 dicembre 2017.

Con la delibera n. 156/2017 del 22 dicembre 2017 è stata indetta una consultazione pubblica su prime misure di regolazione inerenti a metodologie e criteri per garantire l’accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali, prorogando nel contempo il termine del relativo procedimento al 31 maggio 2018.

Alla consultazione hanno partecipato, entro la data prevista del 2 febbraio 2018, 9 soggetti che hanno proposto le osservazioni di cui si darà conto nei successivi paragrafi.

Inoltre, al fine di assicurare la massima partecipazione dei soggetti interessati, l’Autorità ha tenuto un’audizione in data 8 febbraio 2018, nel corso della quale i soggetti richiedenti hanno potuto illustrare le proprie osservazioni al Consiglio dell’Autorità.

### 1.2 Quadro di contesto

Al fine di delineare il perimetro di intervento dell’Autorità nell’ambito della tematica dell’accesso alle infrastrutture portuali, occorre richiamare l’articolata disciplina di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, recante “Riordino della legislazione in materia portuale”.

Anteriormente all’entrata in vigore della legge citata, vigeva un peculiare modello di *governance* in base al quale sia la gestione diretta, che l’amministrazione dei principali porti italiani, erano affidate ai c.d. enti portuali. A tali enti, oltre ai compiti di amministrazione attiva (regolazione, direzione e controllo), erano riconosciuti anche funzioni di tipo economico, sia in termini di gestione diretta (stazioni marittime, depositi merci, mezzi meccanici, etc.), sia nell’ambito della prestazione di servizi portuali.

La commistione di funzioni amministrative ed imprenditoriali aveva finito per avere ricadute negative in termini di assenza di un regime concorrenziale nel settore dei servizi portuali. La mancanza di concorrenza in relazione al mercato del lavoro e dei servizi portuali era infatti stata censurata sia dalla Corte di giustizia<sup>1</sup>, che, in seguito, dalla stessa Commissione europea<sup>2</sup>.

L’esigenza di adeguare l’impianto normativo ai principi comunitari in materia di concorrenza, le criticità scaturenti dalla commistione tra ambito regolatorio e ambito gestionale, nonché la volontà di migliorare l’efficienza complessiva del sistema, hanno indotto il legislatore a procedere ad una complessiva riforma del settore portuale.

A tale fine si è provveduto a sopprimere gli enti portuali, sostituiti dapprima dalle Autorità portuali<sup>3</sup> e, in seguito, dalle Autorità di sistema portuale (di seguito: AdSP)<sup>4</sup>. A questi organi, espressamente qualificati dalla legge quali enti pubblici non economici e dotati di poteri marcatamente, se non esclusivamente, pubblicistici, sottoposti ai poteri di indirizzo e

<sup>1</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 10 dicembre 1991, Causa C- 179/90.

<sup>2</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione CE, 3 luglio 1992, con la quale si diffidava il governo italiano a modificare la disciplina di settore, eliminando, da un lato, la riserva allora esistente in favore delle compagnie portuali e, dall’altro, le forme di monopolio non giustificate dalla mancanza di un’offerta adeguata.

<sup>3</sup> Come noto il sistema introdotto nel 1994 ed imperniato sulle Autorità portuali aventi sedi negli scali maggiori, era fondato sul sistema c.d. “*Landlord port authority*”, caratterizzato dall’esclusione delle Autorità portuali delle varie attività commerciali presenti nello scalo (*handling* delle merci e i connessi servizi di banchina). Tuttavia, il sistema ha mostrato una serie di criticità, dovute, tra l’altro, alla mancata previsione di sistema di interconnessione e di collegamenti intermodali tra le diverse sedi portuali nazionali, che fossero in grado di intercettare efficacemente la domanda internazionale di servizi specialistici. Aspetti, questi, la cui centralità è stata colta in sede europea con i regolamenti sulla rete trans europea dei trasporti (cfr. TENT – T: reg. (UE) n. 1315 e 1316/2013).

<sup>4</sup> L’introduzione dell’Autorità di sistema portuale, è dovuta alla volontà di ridurre le amministrazioni portuali, ora organizzate in 15 AdSP all’interno delle quali rientrano più sedi portuali che operano in una determinata circoscrizione territoriale. Da qui il superamento del precedente sistema dei c.d. “*city port*”, non più compatibile con il modello europeo e globale delle reti e dei corridoi di trasporto.

di vigilanza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, non competono lo svolgimento delle operazioni portuali, né la prestazione dei servizi portuali che sono soggetti ad un regime vincolistico.

Ai nuovi soggetti (AdSP) sono attualmente attribuite funzioni di amministrazione attiva, come i compiti di indirizzo, programmazione, coordinamento, regolazione e controllo, delle operazioni e dei servizi portuali, nonché delle attività di cui agli artt. 16, 17 e 18 e delle altre attività commerciali ed industriali esercitate nei porti.

Quanto alle possibili interlocuzioni con i poteri e le funzioni dell'Autorità di regolazione dei trasporti (di seguito anche: ART), si rileva, preliminarmente, che le infrastrutture portuali sono espressamente menzionate all'articolo 37 del decreto legislativo 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, che ha istituito l'ART. Il comma 2, lett. a), prevede infatti che l'Autorità di regolazione dei trasporti provveda *“a garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali (...), nonché in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito nazionale, locale e urbano anche collegata a stazioni, aeroporti e porti”*. Sotto il profilo delle funzioni di regolazione, l'Autorità interviene pertanto per assicurare condizioni di accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali.

La lettera b) del comma 2 del citato articolo 37 dispone, inoltre, che l'Autorità è competente a definire *“... , se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori;”*.

L'articolo 8, comma 3, lett. n) della legge 29 gennaio 1994, n. 84, come da ultimo modificato dall'art. 5, comma 1, lett. f), del decreto legislativo 13 dicembre 2017, n. 232, nell'enucleare le funzioni attribuite al Presidente dell'Autorità di sistema portuale, dispone che lo stesso *“esercita, sentito il Comitato di gestione, le competenze attribuite all'Autorità di sistema portuale dagli articoli 16, 17 e 18 nel rispetto delle disposizioni contenute nei decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di cui, rispettivamente, all'articolo 16, comma 4, e all'articolo 18, commi 1 e 3, nonché nel rispetto delle deliberazioni della Autorità di regolazione dei trasporti per gli aspetti di competenza”*.

Per quanto attiene all'esercizio da parte dell'Autorità di funzioni di regolazione economica nel settore portuale e ai rapporti tra l'Autorità stessa e le Autorità di sistema portuale, il Consiglio di Stato, nel parere espresso dalla Commissione speciale in data 4 ottobre 2017 sullo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169 (*Riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, lettera f), della legge 7 agosto 2015, n. 124*) ha rilevato che l'aver *“...anteposto il riferimento ai decreti ministeriali rispetto a quello relativo alle deliberazioni dell'Autorità di regolazione dei trasporti, in relazione alle quali, peraltro, si precisa che concernono «gli aspetti di competenza»...”* non determina una restrizione *“...della competenza dell'Autorità, limitandosi la stessa, da un lato, ad adeguare la disposizione al contesto normativo che attribuisce al solo Ministero i poteri di amministrazione attiva e, dall'altro, a confermare la funzione di regolazione economica indipendente nel settore dei trasporti e delle relative infrastrutture, attribuita normativamente all'Autorità (v. art. 37, comma 2 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni nella legge 22 dicembre 2011, n. 214).*

*Tale modifica, pertanto, va intesa nel senso – condivisibile – di confermare pienamente il rapporto tra AdSP e Autorità di regolazione dei trasporti, rapporto che, tra le altre cose, ha consentito (e dovrà continuare a consentire) a quest'ultima Autorità di intraprendere utilmente sia iniziative regolatorie sia accertamenti sulle condizioni di accesso alle infrastrutture e ai servizi, in corretta attuazione della sua missione istituzionale che si radica, per il settore dei trasporti, nella matrice generale delle Autorità indipendenti di regolazione di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481.”*

Sul rapporto tra le funzioni regolatorie dell'Autorità e i compiti e le attribuzioni delle Autorità di Sistema Portuale è intervenuta anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione, che ha dedicato alle Autorità di Sistema Portuale uno specifico capitolo dell'Aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione, approvato con delibera n. 1208 del 22 novembre 2017. In tale capitolo sono state fornite indicazioni che costituiscono gli esiti di un apposito Tavolo tecnico cui hanno partecipato i rappresentanti, oltre che dell'Autorità, anche del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (nel seguito: MIT), delle AdSP del Mar Tirreno centrale, del Mar Ionio e del Mar Adriatico settentrionale, con lo scopo di delineare e individuare nel settore le aree maggiormente esposte al rischio di corruzione e di fornire le specifiche indicazioni per la predisposizione e gestione delle relative misure di prevenzione. Nella parte del documento dedicata all'amministrazione

delle concessioni e delle autorizzazioni, considerata area di rischio specifico anche dalla legge c.d. “anticorruzione”<sup>5</sup>, viene posto in evidenza il ruolo di regolazione economica dell’Autorità ai fini, tra l’altro, della adozione di criteri omogenei per la pertinenza e l’ammissibilità dei costi, la determinazione della durata delle concessioni e degli obblighi del concessionario, nonché delle altre tariffe per i servizi resi nei porti, includendo tali aspetti tra le misure tese a prevenire fenomeni corruttivi. È inoltre richiamata l’attività di regolazione dell’Autorità finalizzata alla definizione di un insieme di misure relative agli obblighi di separazione contabile, alla tenuta della contabilità regolatoria, nonché alla trasparenza dei costi sulla base dei quali vengono determinati canoni e tariffe.

Da un punto di vista sistematico, va rilevato, poi, come le misure di cui al presente procedimento si collocano con assoluta coerenza nel solco delle disposizioni contenute del Regolamento (CE) del 15 febbraio 2017, n. 352, che istituisce un quadro normativo per la fornitura di servizi portuali e norme comuni in materia di trasparenza dei porti<sup>6</sup> e che, nelle intenzioni del legislatore europeo, va attuato assieme alle azioni di semplificazione previste nella Comunicazione della Commissione del 23 maggio 2013, COM (2013) 295 final “Porti: un motore per la crescita”.

Nel Considerando n. 1 del regolamento si legge che *“La completa integrazione dei porti in catene di trasporto e logistiche ininterrotte è necessaria per contribuire alla crescita e a un utilizzo e funzionamento più efficienti della rete transeuropea di trasporto e del mercato interno. A tal fine sono necessari servizi portuali moderni che contribuiscano all’uso efficiente dei porti e un clima favorevole agli investimenti per sviluppare i porti in linea con le esigenze attuali e future in materia di logistica e trasporti”*. Il legislatore europeo si sofferma dunque sulla necessità dell’uso efficiente dei porti. A tal proposito non può non evidenziarsi come l’efficienza delle gestioni rientri proprio tra le metodologie che l’ART, nell’esercizio delle sue funzioni di regolazione economica, deve incentivare per assicurare l’accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture, nel caso di specie, portuali.

Non solo. Il primo Considerando del regolamento richiama la necessità della completa integrazione dei porti in catene di trasporto e logistiche ininterrotte. L’ART, in qualità di autorità di regolazione con funzioni multimodali, concorre al raggiungimento di tale obiettivo. A titolo esemplificativo, si osserva come nel settore ferroviario, l’ART già regola, con evidenti ricadute sul tema della multimodalità, l’accesso equo e non discriminatorio agli impianti di servizio e ai servizi forniti in tale ambito, di cui all’articolo 13, comma 2, del decreto legislativo 15 luglio 2015, n. 112, tra i quali: (i) scali merci, (ii) scali di smistamento e aree di composizione dei treni, ivi comprese le aree di manovra; (iii) aree, impianti ed edifici destinati alla sosta, al ricovero ed al deposito di materiale rotabile e di merci; (iv) infrastrutture portuali marittime e di navigazione interna collegate a servizi ferroviari. In particolare l’Autorità, con le delibere n. 70/2014, n. 30/2016 e n. 18/2017, ha adottato misure di regolazione orientate all’esercizio ottimale dei servizi di manovra.

Si richiamano alcuni ulteriori rilevanti principi enucleati nel regolamento citato.

Preliminarmente, nel Considerando n. 6 si chiarisce che *“La definizione di un quadro chiaro di disposizioni trasparenti, eque e non discriminatorie relative al finanziamento e alla tariffazione dell’infrastruttura e dei servizi portuali è fondamentale per garantire che la strategia commerciale e i piani di investimento dei porti e, se del caso, le politiche nazionali generali in materia di porti rispettino pienamente le norme in materia di concorrenza. In particolare, la trasparenza delle relazioni finanziarie consente un controllo equo ed efficace degli aiuti di Stato, prevenendo in tal modo le distorsioni del mercato. In questa prospettiva, le conclusioni del Consiglio del 5 giugno 2014 chiedono alla Commissione di esplorare orientamenti in materia di aiuti di Stato relativi ai porti marittimi al fine di garantire una concorrenza leale e un quadro normativo stabile per gli investimenti nel settore portuale”*.

Il Considerando n. 12 precisa poi che: *“... Il presente regolamento non dovrebbe imporre limitazioni all’ente di gestione del porto, o all’autorità competente, nel predisporre il proprio sistema di tariffazione, purché i diritti d’uso dell’infrastruttura portuale pagati dagli operatori di navi o dai proprietari dei carichi siano trasparenti, in particolare, chiaramente identificabili e non discriminatori, e contribuiscano alla manutenzione e allo sviluppo dell’infrastruttura e degli impianti di servizio e alla prestazione dei servizi necessari a compiere o facilitare le operazioni di trasporto all’interno dell’area portuale e nelle vie navigabili che danno accesso ai porti rientranti nella competenza dell’ente di gestione del porto”*; e il Considerando n. 18, che aggiunge *“... la procedura per concedere il diritto di fornire servizi portuali dovrebbe essere trasparente, obiettiva, non discriminatoria e proporzionata e dovrebbe consentire ai prestatori di servizi portuali di iniziare la fornitura di tali servizi nei tempi previsti”*.

<sup>5</sup> V. articolo 1, comma 16, lettera a), l. 190/2012 recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”.

<sup>6</sup> Che si applicherà a decorrere dal 24 marzo 2019: cfr. art. 22 del citato regolamento.

Inoltre, “... l'eventuale intenzione di limitare il numero dei prestatori di servizi portuali dovrebbe essere pubblicata in anticipo da parte dell'ente di gestione del porto o dell'autorità competente ed essere pienamente giustificata, al fine di dare alle parti interessate l'opportunità di formulare le loro osservazioni (Considerando n. 23).

Al fine di garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali appaiono particolarmente significativi il Considerando n. (29) il quale evidenzia come: “La procedura di selezione dei prestatori di servizi portuali e i relativi risultati dovrebbero essere resi pubblici ed essere non discriminatori, trasparenti e aperti a tutte le parti interessate” e il Considerando n. 30 che precisa che: “Le sole giustificazioni per il ricorso agli obblighi di servizio pubblico che comportano una limitazione del numero di prestatori di servizi portuali dovrebbero essere ragioni di interesse pubblico al fine di assicurare l'accessibilità dei servizi portuali a tutti gli utenti, la disponibilità di tali servizi per tutto il corso dell'anno, la loro accessibilità economica a una determinata categoria di utenti, la sicurezza o la sostenibilità ambientale delle operazioni portuali e la coesione territoriale”.

Infine, particolarmente significativo appare il disposto contenuto all'art. 16 del regolamento che prevede l'istituzione di organismi indipendenti che provvedano alla gestione dei reclami derivanti dall'applicazione del regolamento.

In considerazione dello stato attuale del contesto, anche normativo, di riferimento<sup>7</sup>, come approfondito in esito all'avvio del procedimento di cui alla delibera n. 40/2017, si ritiene che l'Autorità – allo stato – debba esercitare le proprie competenze in materia di infrastrutture portuali attraverso l'adozione di prime misure di regolazione per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali, anche al fine di concorrere al miglioramento dell'efficienza delle gestioni ed alla trasparenza delle condizioni di accesso ai mercati di settore.

### 1.3 Nota del MIT e pareri pervenuti da altre Autorità

#### 1.3.1 Nota del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti

In data 19 gennaio 2018, con nota prot. ART 465/2018, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, facendo seguito alla corrispondenza intercorsa relativamente all'assetto amministrativo, organizzativo ed economico delle attività portuali e delle speciali categorie coinvolte nella cornice economica relativa al settore dei trasporti marittimi, nonché in riferimento alla delibera ART n. 156/2017, di cui sopra, ha inteso ricostruire l'assetto normativo e i discendenti rapporti tra il MIT e l'Autorità nei termini di seguito sintetizzati. Il d.lgs. 169/2016, che ha novellato la legge 84/1994, “non ha inciso sulle attribuzioni del MIT”, mentre “le attribuzioni dell'Autorità sono previste esclusivamente nel nuovo testo dell'articolo 8 della citata legge 84/1994 in maniera del tutto indeterminata”. Le competenze dell'Autorità, individuate dalla legge istitutiva, sarebbero “competenze generali inerenti il settore dei trasporti complessivamente considerato, nonché competenze specifiche per settori ben determinati”. Le funzioni attribuite all'Autorità, quindi, “sono riconducibili alla tutela di finalità, quali la regolazione degli ambiti del mercato dei trasporti che ancora ne necessitano nella prospettiva della sua liberalizzazione”. Il riconoscimento di competenze per quanto concerne la regolamentazione dei criteri e della modalità di rilascio delle autorizzazioni e delle concessioni ex artt. 16 e 18 della l.84/1994, che

---

<sup>7</sup> Articolo 37, comma 2, lett. Oltre a) quanto già citato, rilevano ai fini del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214; legge 28 gennaio 1994, n. 84, come modificata dal decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169, e dal decreto legislativo 13 dicembre 2017, n. 232; presente procedimento le seguenti fonti normative: il R.D. 30 marzo 1942, n. 327 (codice della navigazione);) e il D.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328 (“Approvazione del regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione (Navigazione marittima)”).

Rilevano altresì, per quanto oggetto delle misure di regolazione individuate, le seguenti disposizioni: la Comunicazione della Commissione del 23 maggio 2013 COM (2013) 295 final “Porti: un motore per la crescita”, il Regolamento (UE) n. 1315/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti e che abroga la decisione n. 661/2010/UE; il Regolamento (UE) n. 1316/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, che istituisce il meccanismo per collegare l'Europa e che modifica il regolamento (UE) n. 913/2010 e che abroga i regolamenti (CE) n. 680/2007 e (CE) n. 67/2010; il Regolamento (UE) n. 2017/352 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 febbraio 2017, che istituisce un quadro normativo per la fornitura di servizi portuali e norme comuni in materia di trasparenza finanziaria dei porti; il Regolamento (UE) n. 2017/1084 della Commissione, del 14 giugno 2017, che modifica il regolamento (UE) n. 651/2014 per quanto riguarda gli aiuti alle infrastrutture portuali e aeroportuali, le soglie di notifica applicabili agli aiuti alla cultura e alla conservazione del patrimonio e agli aiuti alle infrastrutture sportive e alle infrastrutture ricreative multifunzionali, nonché i regimi di aiuti a finalità regionale al funzionamento nelle regioni ultraperiferiche, e modifica il regolamento (UE) n. 702/2014 per quanto riguarda il calcolo dei costi ammissibili.67/2010.

emergerebbe dalla citata delibera ART n. 156/2017, comporterebbe quindi una ingiustificata estensione dei poteri dell'Autorità.

Il 22 gennaio 2018, con lettera prot. ART 556/2018, l'Autorità ha riscontrato la citata nota del MIT rilevando che se fosse condivisibile l'assunto secondo cui il perimetro della regolazione economica dell'Autorità coincide esclusivamente, come asserito, con gli ambiti del settore dei trasporti *"che ancora ne necessitano nella prospettiva della [sua] liberalizzazione"*, l'Autorità stessa non potrebbe esercitare competenza in nessun segmento o mercato liberalizzato e concorrenziale quali, ad esempio, quelli dell'accesso alle infrastrutture ferroviarie e dei servizi dell'Alta velocità o degli aeroporti, in evidente contrasto con le norme istitutive e con le indicazioni della Corte costituzionale contenute nella sentenza n. 41/2013<sup>8</sup> circa il ruolo dell'Autorità. Ricordando altresì che l'assetto delle competenze voluto dal legislatore – e, con esso, quello della ripartizione tra funzioni di amministrazione attiva, del Ministero, e di regolamentazione economica indipendente, dell'Autorità – è stato da ultimo confermato in occasione della approvazione provvedimento correttivo del citato d. lgs. 169/2016, nella quale sede il Consiglio di Stato, come sopra evidenziato, ha confermato l'utilità che l'Autorità intraprenda, anche nel settore portuale, iniziative regolatorie ed accertamenti sulle condizioni di accesso alle infrastrutture e servizi (parere n. 02199/2017).

Sulla scorta di tali considerazioni l'Autorità ha rappresentato che proseguirà nello svolgimento delle attività già intraprese nel rispetto della disciplina vigente, nell'intento di contribuire, per quanto di competenza, a dare risposta alla urgente esigenza degli operatori del settore di disporre di un quadro di regole chiare, certe, e allineate ai principi del diritto dell'Unione.

### **1.3.2 Parere della Autorità Nazionale Anticorruzione**

In data 31 gennaio 2018, con nota prot. ART 808/2018, è stata indirizzata all'Autorità Nazionale Anticorruzione (nel seguito: ANAC) una richiesta di osservazioni in merito allo schema di atto di regolazione posto in consultazione con la delibera 156/2017, anche con specifico riferimento alle ricadute sugli atti concessori e sugli accordi sostitutivi in essere alla data di entrata in vigore delle misure stesse.

In data 16 marzo 2018 l'ANAC, con nota assunta al prot. ART 1954/2018, ha reso noto di ritenere opportuno soprassedere dal rilascio del parere, rilevato il caso di attendere il parere del Consiglio di Stato, richiesto in data 21 febbraio 2018, in merito all'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 4 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50<sup>9</sup>, recante il Codice dei contratti pubblici (di seguito: Codice), anche ai fini del significato da attribuire alla nozione di *"contratti attivi"* (inciso introdotto dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56) stipulati dalla Pubblica Amministrazione.

A seguito della citata richiesta dell'ANAC, la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha reso in data 11 aprile 2018 il parere n. 1241/2018, pubblicato in data 10 maggio 2018, sulla disciplina dei contratti di acquisto o locazione di immobili da parte della pubblica amministrazione. In tale parere, la Commissione giunge alla conclusione che l'art. 4 del Codice, letto in combinato disposto con l'art. 17, comma 1, lett. a), del medesimo, comporta che *"in riferimento ai contratti aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni" vanno rispettati i principi 'di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica' previsti dall'art. 4 per tutti i contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice; conseguentemente la vigilanza e il controllo sui detti contratti pubblici sono attribuiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione ai sensi dell'art. 213 del codice."*

Con nota in data 25 maggio 2018 (prot. ART n.4402/208 del 25 maggio 2018) l'ANAC ha formulato le proprie osservazioni sullo schema di atto regolatorio posto in consultazione, richiamando, in primo luogo, l'orientamento più accreditato

---

<sup>8</sup> La Corte Costituzionale ha inteso evidenziare il ruolo svolto dall'Autorità di regolazione dei trasporti che si inserisce nell'ambito delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla l.481/1995, mettendo in risalto che *"...le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo"* (sentenza n. 482 del 1995). *Compito dell'Autorità dei trasporti è, infatti, dettare una cornice di regolazione economica, all'interno della quale Governo, Regioni e enti locali sviluppano le politiche pubbliche in materia di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito... "*

<sup>9</sup> Il citato articolo prevede che: *"L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica."*

secondo il quale “... la concessione portuale rientra nello schema della concessione di beni pubblici (cfr. parere del Consiglio di Stato n. 1505 del 27 giugno 2016, reso sullo schema di decreto ministeriale attuativo dell’articolo 18 della legge citata).”

A tale riguardo ANAC ha evidenziato che “Le concessioni di bene demaniale, a differenza di quelle afferenti a servizi e lavori, non sono regolate specificamente dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), ferma restando la necessità - evidenziata a più riprese sia dalla giurisprudenza (ad esempio, Sentenza del Consiglio di Stato n.5063/2015; la recente sentenza del Tar Friuli n. 235/2017; la sentenza della Corte di Giustizia UE 14 luglio 2016, C-458/14), che dalla Commissione UE (si veda la Raccomandazione 14.4.2000) - che, anche per tale tipologia concessoria, gli affidamenti avvengano nel rispetto dei principi dell’evidenza pubblica, attraverso modalità rispettose dei canoni di trasparenza, equità, non discriminazione e proporzionalità.”

Un’importante conferma del predetto assunto deriva dal novellato art. 4 del Codice, il quale ha stabilito che “...anche i contratti attivi, in cui rientrano le concessioni di beni, sono sottoposti ai principi generali del Codice (in analogia a quanto previsto per i contratti esclusi).”

In tal senso, si è espresso di recente il Consiglio di Stato, con il citato parere n. 1241/2018 del 10 maggio 2018, reso a seguito di richiesta della stessa ANAC.

Premesso tale inquadramento di ordine generale, l’ANAC ha successivamente formulato le proprie osservazioni su alcuni specifici punti dell’atto di regolazione oggetto di consultazione, riguardanti i seguenti profili:

- oggetto ed ambito di applicazione; in relazione a tale punto ANAC ha rilevato l’opportunità di delimitare i confini della concessione di aree e banchine portuali rispetto alla figura della concessione di realizzazione e gestione delle opere infrastrutturali, come tale disciplinata *in toto* dalle disposizioni del Codice;
- procedure di affidamento delle concessioni; a tale riguardo ANAC ha concordato sull’opportunità, in coerenza con i principi declinati dal Consiglio di Stato nei pareri nn.1076/2016 e 1505/2016, di declinare regole di affidamento rispettose dei principi di trasparenza, equità, non discriminazione e proporzionalità, nei limiti di ragionevolezza, allo scopo di “...pervenire all’elaborazione di regole atte a garantire lo svolgimento di un procedimento selettivo strutturato e tendenzialmente uniforme per le diverse Autorità di sistema portuale.”;
- durata delle concessioni; in relazione a tale punto ANAC ha evidenziato l’opportunità che l’avviso di cui al punto 2.7 indichi la durata massima della concessione “...senza possibilità di ricorso a proroghe ingiustificate.”;
- pubblicità dell’avviso; in relazione a tale punto ANAC ha suggerito di indicare puntuali obblighi di pubblicazione, utilizzando per analogia le corrispondenti previsioni del Codice, “...allo scopo di orientare più nettamente l’operato degli enti concedenti e assicurare la massima trasparenza dell’operazione selettiva.”, aggiungendo l’inciso “ad evidenza pubblica”, a “...sottolineare la generale sottoposizione delle relative procedure ai dettami ed alle regole sottese a tale assunto.”;
- indicazione dei termini idonei ad assicurare la partecipazione degli interessati alle procedure ad evidenza pubblica di rilascio delle concessioni; al riguardo ANAC suggerisce di prevedere termini minimi e perentori, non inferiori a 30 giorni, per la ricezione delle domande in analogia alle previsioni contenute nell’art. 60 del Codice. Inoltre, ad avviso della predetta Autorità sarebbe auspicabile che l’ente concedente pubblichi sul proprio sito istituzionale, unitamente all’avviso, anche lo schema di atto concessorio e di disciplinare contrattuale adesivo, in ossequio ai principi della massima partecipazione;
- selezione dei concessionari; in merito a tale punto ANAC ha evidenziato, tra l’altro, sia l’opportunità di prendere in considerazione l’ipotesi di disciplinare le modalità di valutazione delle domande di concessione attraverso il ricorso a esperti del settore, in armonia con i principi ricavabili dal Codice, sia l’opportunità di prevedere negli avvisi i criteri di selezione, unitamente alle relative ponderazioni (pesi e punteggi degli elementi tecnici ed economici);
- pubblicità degli esiti; al riguardo ANAC ha giudicato utile prevedere espressamente l’obbligo, già discendente dai principi del giusto procedimento codificati nell’ordinamento nazionale dalla legge n. 241/90, di comunicare tempestivamente l’esito delle procedura di affidamento - anche allo scopo di consentire l’attivazione della tutela giurisdizionale - individualmente ai partecipanti e comunque al mercato, pubblicando l’esito nelle stesse forme dell’avviso introduttivo (o quanto meno sul sito istituzionale);
- requisiti soggettivi di partecipazione; in ordine a tale aspetto ANAC ha suggerito di valutare se possa rinviarsi alle disposizioni dell’art. 80 del Codice, applicabile nei limiti di compatibilità anche alle concessioni regolate dal Codice (cfr. art.164 e seguenti) ovvero se sia possibile limitarsi a considerare, quali fattispecie ostative alla partecipazione, solo quelle espressamente codificate dall’ordinamento extra - appalti (ad es. la disciplina antimafia);



- regime intertemporale; con riferimento a tale profilo, ANAC ha evidenziato che “...l’atto regolatorio non possa disattendere il generale principio dell’irretroattività degli atti amministrativi e dei regolamenti (si veda la sentenza del Consiglio di Stato n.4301/2008; la sentenza del Tar Campania n. 5463/2016) e che, pertanto, possa essere di per sé applicato soltanto alle concessioni e agli accordi sostitutivi perfezionati in esito a procedimenti avviati successivamente all’entrata in vigore.” Tuttavia, ciò non toglie che “....in applicazione degli orientamenti giurisprudenziali che intravedono nell’evidenza pubblica un canone applicabile anche alle concessioni de quibus e, quindi, nell’articolo 18 della legge n. 84/1994 una norma sostanzialmente self-executing, quanto meno nelle parti in cui impone l’utilizzo di una procedura competitiva (cfr. parere del Consiglio di Stato n. 1076/2016), si imponga anche all’attualità in capo agli enti concedenti - soprattutto alla luce del sopravvenuto inquadramento dei contratti attivi fra quelli cui si applicano i principi generali del Codice dei contratti - l’obbligo di dare corso a procedimenti aperti, trasparenti e imparziali, che assicurino in modo sostanziale e non solo formale l’esigenza di una adeguata pubblicità della selezione.”

### **1.3.3 Parere della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**

In data 31 gennaio 2018, con nota prot. ART 809/2018, è stata indirizzata all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (nel seguito: AGCM) una richiesta di parere in merito allo schema di atto di regolazione posto in consultazione con la delibera n. 156/2017.

In data 19 marzo 2018, l’AGCM, con nota assunta al prot. ART 2005/2018, ha ritenuto di esprimere alcune considerazioni ai sensi dell’art. 22 della l. 287/1990, che si sintetizzano nel seguito. L’AGCM rileva innanzitutto che le misure in oggetto appaiono incentrate sulla valorizzazione di principi di equità, trasparenza e parità di trattamento nell’accesso alle infrastrutture portuali cui è da sempre ispirata anche l’attività di *advocacy* della AGCM stessa, in particolare:

- ricordando come la stessa Autorità sia intervenuta in diverse occasioni per segnalare problematiche concorrenziali connesse all’affidamento in concessione di aree demaniali;
- auspicando l’utilizzo di procedure di selezione competitive, trasparenti e debitamente pubblicizzate, volte a garantire un reale confronto tra gli operatori del settore, riducendo al minimo la discrezionalità amministrativa e garantendo il rispetto dei principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità;
- sottolineando la problematicità, sotto il profilo concorrenziale, dei rinnovi automatici;
- ribadendo che la durata delle concessioni deve essere stabilita sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie e deve essere proporzionata agli investimenti programmati.

L’AGCM ha quindi definito condivisibili le misure 2 e 3 dello schema di atto di regolazione posto in consultazione, in quanto finalizzate a rendere il più possibile trasparenti ed esenti da profili discriminatori le attività di concessione di aree e banchine e di autorizzazione allo svolgimento di operazioni e servizi portuali; ha rilevato altresì che le previsioni contenute nelle misure 4 e 5 trattano questioni di natura più prettamente regolatoria e finalizzate ad introdurre utili elementi di efficienza ed equità nelle tariffe di utilizzo in condizioni di monopolio non replicabile nelle infrastrutture portuali.

## 2. ESITI DELLA CONSULTAZIONE

La relazione illustrativa degli Uffici relativa al documento di consultazione “Metodologie e criteri per garantire l’accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali. Prime misure di regolazione.”, agli atti del fascicolo del procedimento, reca l’illustrazione degli elementi essenziali del provvedimento sottoposto a consultazione, unitamente alla *ratio* degli interventi regolatori.

Nel prosieguo si darà conto, sinteticamente, delle osservazioni formulate dagli *stakeholder*, sia in forma scritta che in sede di audizione, in merito ai contenuti del documento di consultazione (nel seguito anche il “Documento”) e delle relative valutazioni. Per quel che concerne la descrizione degli istituti e delle tematiche rilevanti, nonché della *ratio* sottesa alle scelte regolatorie effettuate nel documento di consultazione, laddove non siano intervenute modifiche in esito alla procedura di consultazione, si rinvia quindi alla relazione illustrativa sopra indicata.

In esito all’istruttoria svolta, è stata elaborata una nuova versione del documento recante “Metodologie e criteri per garantire l’accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali. Prime misure di regolazione”, che costituisce l’Allegato A alla delibera n. 57/2018.

### 2.1 Misura n. 1 – Oggetto e ambito di applicazione

#### 2.1.1 Punto 1.1 – Oggetto e ambito di applicazione

Al punto 1.1 di cui al documento di consultazione si specifica che il provvedimento in oggetto definisce, attraverso prime misure di regolazione, principi e criteri volti a garantire l’accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali riferibili alle Autorità di Sistema Portuale istituite ai sensi dell’articolo 6 della legge 28 gennaio 1994, n. 84 (nel seguito anche: “legge di settore”).

##### 2.1.1.1 Sintesi delle osservazioni

Un soggetto ha suggerito che le misure trattino anche i criteri cui le AdSP devono attenersi nella determinazione dei corrispettivi per l’uso delle infrastrutture, nel superamento del quadro normativo previsto dal D.P.R. 28 maggio 2009, n. 107 concernente la revisione della disciplina delle tasse e dei diritti marittimi. In audizione è stato osservato che, secondo il Regolamento (UE) n. 2017/352, i diritti d’uso dell’infrastruttura, intesi più come tariffe che come imposte, dovrebbero prevedere una commisurazione ai costi.

Al punto di cui trattasi, relativo all’ambito di applicazione del provvedimento, si può ricondurre anche il suggerimento di affrontare nelle misure la regolamentazione dei servizi tecnico-nautici, su cui sono attesi alcuni chiarimenti dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti a seguito dell’entrata in vigore del Codice. E’ stato proposto altresì di affrontare il tema delle tariffe, avanzando anche alcune proposte specifiche tese alla riduzione dei costi. Tali osservazioni sono state ribadite in sede di audizione.

Un operatore del settore ha inviato numerosi suggerimenti in merito all’applicazione di alcune misure ai servizi di interesse generale, di cui si rende conto in dettaglio nel seguito in relazione alle specifiche misure.

Un soggetto partecipante ha contestato in generale la legittimità dell’intervento dell’Autorità nel settore terminalista, facendo presente, tra l’altro, di ritenere che le attività delle aziende terminaliste non rappresentino “servizi di pubblica utilità” e per tale motivo non debbano essere regolate. Inoltre, richiamando la relazione che accompagna il decreto legislativo 13 dicembre 2017, n. 232 c.d. “correttivo”, che modifica l’art. 8 della l. 84/1994, ha sostenuto che l’Autorità non avrebbe competenze in tema di concessioni e di autorizzazioni portuali.

In sede di audizione, è stato espresso apprezzamento per l’iniziativa messa in atto, considerata indispensabile e necessaria in un contesto caratterizzato dalla mancata emanazione del decreto ministeriale sulle concessioni previsto dall’art. 18 della citata l. 84/1994. E’ stata altresì ricordata l’importanza del ruolo dell’Autorità nello stabilire regole certe nel settore portuale, facendo altresì presente che anche il citato Regolamento (UE) n. 2017/352 prevede l’affidamento di prerogative di garanzia ad un ente indipendente.

### 2.1.1.2 Valutazioni

La tassa di ancoraggio e la tassa portuale, come noto, sono disciplinate dal sopracitato D.P.R. n. 107/2009 recante “Regolamento concernente la revisione della disciplina delle tasse e dei diritti marittimi, a norma dell’articolo 1, comma 989, della legge 27 dicembre 2006, n. 296”, riguardo ai contenuti del quale, stante l’attuale quadro normativo, non può ipotizzarsi un intervento diretto da parte dell’Autorità.

Inoltre, nell’evidenziare che il provvedimento in corso di assunzione da parte dell’Autorità si limita a prime misure di regolazione, si rileva che il settore delle *fee* portuali è da tempo oggetto di interesse, non solo in ambito nazionale, ma anche da parte delle istituzioni europee, tanto che il Regolamento (UE) n. 2017/352, che entrerà in vigore il 24 marzo 2019, è stato emanato proprio per dare vita a un quadro normativo di riferimento all’ente di gestione del porto per la fornitura di servizi portuali e dei diritti per l’uso dell’infrastruttura portuale.<sup>10</sup>

Analogamente, il tema dei servizi di interesse generale, nonché dei servizi tecnico-nautici, non è stato affrontato direttamente nelle prime misure di regolazione di cui allo schema di atto di regolazione in oggetto. Tra le motivazioni di tale scelta, anche in questo caso, assume rilievo la circostanza che il Regolamento (UE) n. 2017/352 introduce delle novità in materia<sup>11</sup> che troveranno applicazione a decorrere dal 24 marzo 2019, e di cui appare ancora difficile valutare la portata. In merito si ricorda, inoltre, che il recente decreto legislativo “correttivo” del 13 dicembre 2017, n. 232, ha modificato la legge di settore prevedendo che i servizi di interesse generale non siano più individuati con decreto ministeriale. Come ben rilevato nella relazione illustrativa al citato decreto, le competenze delle AdSP in materia sono state erose nel tempo e sono ormai residuali, mentre per quanto riguarda le procedure di affidamento si applicano ormai le regole di cui al citato Codice<sup>12</sup>. Anche il Consiglio di Stato, nel parere n. 2199/2017, ha evidenziato che l’abrogazione del provvedimento ministeriale deve essere accolta con favore, in considerazione della “[...] *sopravvenuta obsolescenza di questa previsione rispetto alle normative di settore che ormai disciplinano in modo compiuto i servizi in questione [...]*”. Tali servizi non saranno pertanto più individuati con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; la loro concreta individuazione rientra nelle attribuzioni delle singole AdSP, che affidano gli stessi nel rispetto delle disposizioni del Codice (cfr. art.6, comma 10, l. 84/1994).

Non può essere condivisa, invece, l’interpretazione del soggetto partecipante secondo cui la competenza dell’Autorità deve essere necessariamente circoscritta nell’ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla l. 481/1995 e pertanto non può essere esercitata nei riguardi delle imprese terminaliste ex art. 18 l. 84/1994 e nei confronti delle imprese autorizzate ex art. 16 della medesima legge, in quanto non fornitrici di “servizi di pubblica utilità”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Il citato regolamento non manca di rilevare che “*La definizione di un quadro chiaro di disposizioni trasparenti, eque e non discriminatorie relative al finanziamento e alla tariffazione dell’infrastruttura e dei servizi portuali è fondamentale per garantire che la strategia commerciale e i piani di investimento dei porti e, se del caso, le politiche nazionali generali in materia di porti rispettino pienamente le norme in materia di concorrenza.*” (considerando n. 6) e che “*i prestatori di servizi portuali dovrebbero essere liberi di fornire i loro servizi nei porti marittimi contemplati dal presente regolamento. Dovrebbe tuttavia essere possibile imporre determinate condizioni all’esercizio di tale libertà.*” (considerando n. 11) e “*Qualsiasi limitazione al numero di prestatori di servizi portuali dovrebbe essere giustificata da motivi chiari e oggettivi e non dovrebbe introdurre ostacoli sproporzionati al mercato.*” (considerando n. 20), fermo restando il mantenimento dei diritti dei lavoratori sancito dall’art. 9.

Altro aspetto importante del regolamento è la comprensione nei servizi nautici non solo di quelli individuati dalla legge n. 84/1994, ma di altri servizi come quello di rifornimento carburante e movimentazione merci (art. 1).

Il regolamento individua poi nell’autorità pertinente, nello Stato membro interessato, il soggetto titolato all’esperire una serie di funzioni, quali:

- con riguardo alla trasparenza finanziaria, la valutazione organica dei dati e la verifica della loro conformità al regolamento, conformemente alle norme in materia di concorrenza (art. 11);
- con riguardo ai diritti per i servizi forniti da un operatore interno in regime di obbligo di servizio pubblico, i controlli affinché l’importo relativo ai diritti per i servizi portuali sia chiaramente identificabile dall’utente di tali servizi (art. 12).

Definite quindi le AdSP - enti di gestione del porto come destinatarie delle previsioni del regolamento, di particolare importanza è da considerare il ruolo in tema di vigilanza sulla trasparenza finanziaria che assume l’“autorità pertinente”, prevista dagli artt. 11, 12, 13 e dal considerando n. 5.

<sup>11</sup> Meno rilevanti appaiono le novità introdotte dal regolamento (UE) n. 2017/352 sui servizi di “movimentazione merci”, la cui definizione coincide almeno in parte con quella di “operazioni portuali”: ai sensi dell’articolo 10 del medesimo regolamento essi sono esentati dall’applicazione del capo II dello stesso.

<sup>12</sup> V. Relazione illustrativa al decreto legislativo 13 dicembre 2017, n. 232, pag. 2.

<sup>13</sup> Al riguardo, rileva anche l’interlocuzione avuta col MIT e di cui si è reso conto al paragrafo 1.3.1.

Preliminarmente si osserva che la relazione illustrativa al decreto “correttivo”, menzionata dal soggetto che ha formulato l’osservazione ora in esame, va citata nella sua interezza. In tale documento si precisa, infatti, che l’Autorità non ha poteri di amministrazione attiva nel rilascio delle concessioni e autorizzazioni, ma viene precisato che restano salvi gli aspetti di sua competenza. Questi ultimi, evidentemente, afferiscono ai compiti di regolazione economica propri dell’Autorità e nulla hanno a che vedere con i compiti di amministrazione attiva<sup>14</sup>.

Le funzioni dell’Autorità, inoltre, devono essere inquadrare non solo nell’ambito della cornice generale dettata dalla legge 481/1995 per le Autorità di regolazione sui servizi di pubblica utilità, ma primariamente alla luce della disciplina contenuta nella norma istitutiva, che assume rilevanza speciale. Ai sensi dell’art. 37, comma 1, del d.l. 201/2011, “L’Autorità è competente nel settore dei trasporti e dell’accesso alle relative infrastrutture ed ai servizi accessori [...]”; il successivo comma 2, oltre a ribadire che “L’Autorità è competente nel settore dei trasporti e dell’accesso alle relative infrastrutture [...]”, alla lett. a) attribuisce ad ART il compito di definire, tra l’altro, “[...] condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture [...] portuali [...]”. D’altronde anche il TAR Piemonte nella recente sentenza 9 novembre 2017 n. 1181, ha chiarito che la competenza dell’Autorità non può limitarsi al solo servizio pubblico: “[...] con la sentenza n. 69 del 2017, la Corte costituzionale ha dichiarato l’infondatezza delle questioni di legittimità sollevate da questa Sezione nei confronti dell’art. 37, comma 6 - lett. b), del d.l. 201 del 2011, riguardante il sistema di finanziamento dell’Autorità. In tale occasione, la Corte ha escluso che siano soggetti al pagamento del contributo soltanto gli operatori che svolgono attività gravate da oneri di servizio pubblico, ovvero riferite a mercati non ancora liberalizzati e concorrenziali, con ciò indirettamente confermando l’assunto per il quale un’impresa che operi in un mercato liberalizzato, nel quale applica corrispettivi contrattuali che non sono regolamentati in via amministrativa, non è per ciò solo estranea all’ambito soggettivo dell’intervento regolatorio dell’Autorità” (sottolineatura aggiunta).

Le categorie della liberalizzazione e del servizio pubblico, non valgono dunque a perimetrare i compiti dell’Autorità, che sono invece previsti dalla legge in termini molto più ampi, coerentemente con le indicazioni provenienti dall’ordinamento europeo. Sul punto, è sufficiente una rapida lettura della disposizione richiamata dalla Consulta (il comma 2 della norma istitutiva) per avere idea dell’ampiezza delle competenze ivi contemplate, cui si sommano quelle, ulteriori, che il legislatore ha attribuito all’Autorità in attuazione di direttive comunitarie che impongono la presenza di un’autorità di vigilanza indipendente<sup>15</sup>. Trattasi di competenze che in gran parte esulano dai principi di liberalizzazione e di promozione della concorrenza, giusto quanto previsto dal Titolo VI del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE, artt. 90-100), il quale, nel contemplare tutte le tipologie di trasporto (ferroviario, stradale, per via aerea e marittima), individua nei trasporti non solo un mercato in cui promuovere la concorrenza, ma anche uno strumento di complessiva coesione dell’Unione e degli ulteriori mercati, evocando, ad esempio, aspetti di sicurezza e mobilità di carattere generale.

Sulla scorta delle osservazioni formulate da ANAC con il citato parere del 25 maggio 2018, già riportate sinteticamente nel paragrafo 1.3.2, si è ritenuto di aggiungere allo schema di atto di regolazione uno specifico punto 1.2, in merito all’ambito oggettivo di applicazione delle misure, allo scopo di escludere le concessioni di realizzazione e gestione di opere infrastrutturali, di cui all’articolo 18 della l. 84/1994, alle quali si applicano le disposizioni contenute nel Codice, con particolare riferimento all’art.30, comma 1.

---

<sup>14</sup> “Si è, inoltre, precisato che il riferimento alle deliberazioni dell’Autorità di regolazione dei trasporti contenuto alla lettera n) del terzo comma del predetto articolo [8 della legge n. 84/1994], poiché la stessa non ha competenze in materia di autorizzazioni allo svolgimento di operazioni portuali e di concessioni (amministrazione attiva), è riferito esclusivamente agli aspetti di competenza di quest’ultima” (v. Relazione illustrativa al decreto legislativo 13 dicembre 2017, n. 232, pag. 3).

<sup>15</sup> Ad esempio, il decreto legislativo 17 aprile 2014, n. 70 recante “Disciplina sanzionatoria per le violazioni delle disposizioni del Regolamento (CE) n. 1371/2007, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario”; il decreto legislativo 4 novembre 2014, n. 169, contenente “Disciplina sanzionatoria delle violazioni delle disposizioni del Regolamento (UE) n. 181/2011, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004, relativo ai diritti dei passeggeri del trasporto effettuato con autobus”; il decreto legislativo 19 luglio 2015, n. 129, contenente “Disciplina sanzionatoria delle violazioni delle disposizioni del Regolamento (UE) n. 1177/2010, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004, relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne”.

## **2.2 Misura n. 2 – Concessioni di aree e banchine portuali**

### **2.2.1 Punto 2.1 - Individuazione di aree e banchine da affidare in concessione**

Con il testo di cui al punto 2.1 del documento posto in consultazione si prevede che le aree e banchine portuali da affidare in concessione siano preliminarmente individuate sulla base delle linee strategiche di pianificazione e programmazione del porto.

#### **2.2.1.1 Sintesi delle osservazioni**

E' stato proposto che il testo del punto in esame preveda di individuare preliminarmente, in sede di pianificazione e programmazione strategica del porto, anche i servizi di interesse generale e le infrastrutture essenziali.

#### **2.2.1.2 Valutazioni**

Si rileva che l'art. 15, comma 12, del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 232, ha abrogato il decreto ministeriale 14 novembre 1994, recante l'individuazione dei servizi di interesse generale nei porti da fornire a titolo oneroso all'utenza portuale.

Si ritiene che il riferimento alle attività dirette alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale vada oltre le finalità del provvedimento in consultazione, il cui obiettivo è definire prime misure di regolazione inerenti a metodologie e criteri per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali che si configurano come aree e banchine per lo svolgimento di operazioni e servizi portuali. Si vedano in merito anche le valutazioni sull'ambito di applicazione di cui al paragrafo 2.1.1.2.

In merito al secondo tema, invece, si ritiene utile, al fine di garantire i principi di equità, trasparenza e non discriminazione, prevedere l'individuazione preliminare delle infrastrutture essenziali, per quanto attiene allo svolgimento di operazioni e servizi portuali, anche in relazione a quanto previsto al punto 2.5, nonché dalle misure 4 e 5.

### **2.2.2 Punto 2.2 - Destinazioni d'uso delle aree**

Con il testo di cui al punto 2.2 del documento posto in consultazione, si prevede che le destinazioni d'uso delle diverse aree e banchine siano individuate in considerazione degli specifici obiettivi che si intendono perseguire, nel rispetto di metodologie di analisi qualitative e quantitative allineate alle migliori prassi nazionali ed internazionali.

#### **2.2.2.1 Sintesi delle osservazioni**

È pervenuta una proposta di estensione dell'ambito di applicazione del testo in esame alle attività dirette alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale ed alle infrastrutture essenziali.

#### **2.2.2.2 Valutazioni**

Si ritiene che il riferimento alle attività dirette alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale nella parte di testo di cui trattasi vada oltre le finalità della stessa, essendo dette finalità riferite alle aree e banchine per lo svolgimento di operazioni e servizi portuali. Si vedano in merito anche le valutazioni sull'ambito di applicazione di cui al paragrafo 2.1.1.2. Per quanto riguarda, poi, il proposto esplicito riferimento alle infrastrutture essenziali nel testo, si ritiene che questo costituisca una specificazione di cui debbano già deontologicamente tenere conto le AdSP nell'esercizio efficiente ed efficace delle funzioni ad esse attribuite delle norme di settore, intendendosi introdurre, con il testo in esame, un mero requisito di oggettività, tracciabilità ed allineamento alle migliori prassi nazionali ed internazionali delle procedure e metodologie adottate dalle AdSP per la determinazione delle destinazioni d'uso delle diverse componenti dei sedimi portuali di competenza, infrastrutture essenziali incluse.

### **2.2.3 Punto 2.3 - Spazi operativi per non concessionari**

Nel testo di cui al punto 2.3 del documento posto in consultazione si tiene conto della necessità di garantire la riserva nell'ambito portuale di spazi operativi allo svolgimento di operazioni portuali da parte di imprese non concessionarie, di cui all'articolo 18, comma 2, della l. 84/1994.

### **2.2.3.1 Sintesi delle osservazioni**

E' stato proposto di esplicitare che l'applicazione dei principi di trasparenza, equità e non discriminazione assume rilievo anche al fine di garantire la fruizione dei servizi di interesse generale e l'utilizzo delle infrastrutture essenziali.

E' stato altresì proposto di inserire il principio secondo cui la riserva di spazi operativi per le imprese non concessionarie deve essere garantita nel rispetto di tutte le norme vigenti in ambito portuale. In particolare, è stato osservato che l'autorizzazione rilasciata ai sensi dell'art. 16, legge n. 84 del 1994 all'esercizio delle attività portuali non è equipollente alla (né sostitutiva della) concessione per l'occupazione delle banchine.

In sede di audizione, un partecipante ha ricordato, a rafforzamento del ruolo dell'Autorità, che – di fatto – molte AdSP dispongono di banchine pubbliche che necessitano di essere regolate in maniera più efficace; lo stesso soggetto ha inoltre osservato che, in materia di accesso ad una struttura pubblica gestita da un privato, elementi di regolamentazione di indirizzo comune sarebbero più che auspicabili.

### **2.2.3.2 Valutazioni**

Si ritiene che il riferimento ai servizi di interesse generale ed all'utilizzo di infrastrutture essenziali vada oltre le finalità della parte di testo in esame. Si vedano in merito anche le valutazioni sull'ambito di applicazione di cui al paragrafo 2.1.1.2. e le valutazioni di cui al paragrafo 2.2.2.2.

La precisazione suggerita in merito alla riserva di spazi operativi per le imprese non concessionarie si reputa ultronea, in quanto non appare necessario né ricordare il rispetto di tutte le norme vigenti, né aggiungere specificazioni sulla equipollenza e/o sostituibilità dei citati istituti.

## **2.2.4 Punto 2.4 - Deroghe transitorie al piano regolatore portuale**

Con il testo di cui al punto 2.4 del documento posto in consultazione si è inteso prevedere che eventuali deroghe transitorie al piano regolatore portuale vigente, nelle more dell'adozione del piano regolatore di sistema portuale, siano definite preventivamente ed espressamente, individuando i relativi criteri e procedure, nel rispetto dei principi di trasparenza, equità e non discriminazione, e prevedendo l'adozione di provvedimenti espressi, e motivati, nei casi di accoglimento o diniego delle istanze pervenute.

### **2.2.4.1 Sintesi delle osservazioni**

Un soggetto partecipante ha proposto di definire e dettagliare in via preventiva le procedure che potranno essere eventualmente impiegate per l'adozione di possibili deroghe transitorie al PRP, nonché il regime di dette deroghe transitorie, coinvolgendo tutte le parti private e pubbliche interessate; ciò allo scopo di evitare il rischio che vengano operate in via surrettizia modifiche del vigente piano regolatore, che potrebbero incidere sull'assetto della concorrenza in porto.

### **2.2.4.2 Valutazioni**

Si ritiene di competenza delle AdSP la definizione in via preventiva delle procedure in oggetto, nel rispetto delle disposizioni contenute nell'art. 5 della l. 84/1994 riguardanti le attribuzioni spettanti al Comitato di gestione di ciascuna Autorità di sistema portuale in merito all'adozione del piano. Si ritiene che la formulazione del punto 2.4 posta in consultazione, che richiama il rispetto dei principi di trasparenza, equità e non discriminazione, sia idonea a perseguire gli scopi richiamati dal soggetto partecipante.

## **2.2.5 Punto 2.5 - Oggetto della concessione**

Con il testo di cui al punto 2.5 del documento posto in consultazione, si è inteso prevedere che lo scopo della concessione ed il programma di attività a questa sotteso consentano una chiara e oggettiva valutazione delle attività ammesse, anche in termini di tipologie di traffico e relativi volumi, evitando di costituire una ingiustificata limitazione alle attività dell'impresa. Ciò in considerazione della necessità di garantire la presenza di un quadro di regole generali, e facilmente conoscibili da parte degli operatori, in materia di compatibilità dei traffici con lo scopo delle rispettive concessioni e dei connessi requisiti dei piani di impresa sottostanti.

### **2.2.5.1 Sintesi delle osservazioni**

Un soggetto partecipante ha proposto di rendere non ammissibili, nella specificazione delle attività ammesse, formule o titoli generici idonei a consentire mutamenti della attività.

Un altro soggetto ha proposto di prevedere che gli eventuali obblighi connessi alla fornitura di servizi di interesse generale e alla gestione di infrastrutture essenziali siano individuati nella concessione.

### **2.2.5.2 Valutazioni**

Si ritiene che il testo del punto in esame, così come posto in consultazione, possa ben garantire una chiara ed oggettiva determinazione delle attività ammesse, mentre la modifica richiesta (peraltro non esplicitata in maniera testuale) rischierebbe di inserire un livello di rigidità estraneo allo spirito del testo, entrando nel merito delle scelte di denominazione delle AdSP.

In merito alla seconda osservazione, si ritiene che la specificazione, in generale, degli obblighi connessi alla concessione possa utilmente contribuire ad un quadro regolatorio chiaro e trasparente, pur non rinvenendosi la necessità di un esplicito riferimento ai servizi di interesse generale.

## **2.2.6 Punto 2.6 - Durata delle concessioni e livello dei canoni**

Con il testo di cui al punto 2.6 del documento posto in consultazione, si è inteso prevedere che la durata massima delle concessioni ed il livello dei canoni siano adeguatamente commisurati agli impegni in termini di investimenti e di traffico contenuti nei programmi di attività.

### **2.2.6.1 Sintesi delle osservazioni**

Un soggetto partecipante ha proposto, anche in sede di audizione, di specificare che, ai fini della valutazione della durata delle concessioni e del livello dei canoni, dovrà essere opportunamente valutato il livello della strategicità dell'opera e della tipologia di investimento, al fine di compensare l'eventuale realizzazione da parte del concessionario di opere strutturali che al termine del periodo rientrino nella disponibilità del Demanio.

In un'altra osservazione si propone di tener conto esplicitamente del livello di infrastrutturazione delle aree e banchine e degli ulteriori elementi menzionati al punto 2.10.

Un soggetto ha proposto di rivedere il testo in esame esplicitando i meccanismi per la commisurazione della durata e del livello dei canoni, con lo scopo di garantire il rispetto di un principio di uniformità.

Infine, è pervenuta la proposta di specificare che le concessioni per le infrastrutture petrolifere abbiano durata almeno decennale, con estensione in relazione ad eventuali investimenti.

In sede di audizione, un partecipante ha fatto presente la tendenza delle AdSP a ridurre gli investimenti, conferendo ai concessionari l'incarico di realizzare opere (talvolta anche non previste e con varianti ai piani di impresa), con evidenti ricadute sul calcolo degli oneri concessori.

### **2.2.6.2 Valutazioni**

Considerato che il testo posto in consultazione già prevede che il livello dei canoni sia commisurato agli impegni in termini di volumi e tipologia di investimenti, si ritiene che la precisazione in merito alla valutazione della strategicità dell'opera di fatto non aggiunga nulla, se si tiene conto della molteplicità di accezioni in cui può essere inteso il termine "strategico". Dalla motivazione fornita dal soggetto proponente, si desume che esso abbia in realtà inteso attribuire al termine "strategico" un significato specifico (le infrastrutture strategiche per l'approvvigionamento energetico, presumibilmente quelle dichiarate tali ai sensi della legge n. 239/2004, richiamata al comma 4-bis dell'art. 18 della legge n. 84/1994). Al riguardo si deve osservare che le finalità di una simile disposizione (agevolare la realizzazione di infrastrutture strategiche per l'approvvigionamento energetico del Paese), sia pur condivisibili, non rientrano tra quelle che possono giustificare l'intervento regolatorio di questa Autorità.

Quanto all'osservazione successiva, si ritiene che la modifica proposta in riferimento al livello di infrastrutturazione delle aree e banchine e degli ulteriori elementi menzionati al punto 2.10 costituisca un utile raccordo dei pertinenti elementi testuali dell'atto di regolazione di cui trattasi.

L'indicazione esplicita dei meccanismi relativi alla commisurazione della durata e del livello dei canoni delle concessioni appare, invece, travalicare lo scopo del procedimento in oggetto, potendosi peraltro configurare un'invasione della sfera di competenza spettante in materia al MIT, in quanto soggetto istituzionale demandato all'adozione del regolamento di attuazione dell'art. 18 della l. 84/1994, e tenuto altresì conto sia della complessità del settore, che delle competenze attribuite alle AdSP in materia di amministrazione attiva.

Si ritiene, poi, che la proposta di inserimento di un riferimento alla durata ultradecennale risulti ultronea rispetto alle disposizioni di cui all' articolo 18, comma 4-bis, della l. 84/1994, nonché in relazione alle misure proposte in materia di concessioni nel loro complesso.

Quanto, infine, alla osservazione formulata in sede di audizione in merito al crescente impegno dei concessionari nella realizzazione di opere, si ritiene che questa confermi l'utilità di quanto già previsto dal testo del punto in esame in merito alla commisurazione della durata delle concessioni e del livello dei canoni agli impegni in termini di investimenti.

### **2.2.7 Punto 2.7 - Modalità di selezione dei concessionari**

Con il testo di cui al punto 2.7 del documento posto in consultazione si è ritenuto di indicare come le concessioni di cui trattasi debbano essere affidate con procedure di selezione, previa pubblicazione di avviso, nel rispetto, in particolare, dei principi di parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, predeterminando almeno criteri di selezione delle domande che valorizzino i piani di investimento ed i tempi di realizzazione degli stessi, i risultati operativi da conseguire e la capacità di fornire un ciclo completo di operazioni. Inoltre, il testo prevede l'adozione, da parte delle AdSP, di modalità e termini idonei a consentire l'effettiva partecipazione al procedimento da parte di tutti gli interessati.

#### **2.2.7.1 Sintesi delle osservazioni**

Diversi soggetti hanno presentato osservazioni e proposte in merito al punto 2.7.

Un soggetto partecipante ha proposto di chiarire se permanga la possibilità dell'iniziativa di parte come modalità di rilascio delle concessioni, ed in ogni caso di armonizzare il testo in esame col provvedimento AGCM n. AS1457 del 24/11/2017. Ha proposto altresì di prevedere la pubblicazione degli avvisi sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea. Ha osservato, infine, che sarebbe opportuno privilegiare le domande che garantiscano - tra l'altro - la capacità di fornire un ciclo completo di operazioni. Il primo aspetto è emerso anche in audizione, dove è stato osservato che, dal contenuto di regolazione del punto in esame, sembrerebbe erosa la possibilità del rilascio di concessioni su istanza di parte.

Alcune proposte pervenute prevedono l'indicazione di specifici elementi valutativi in relazione ai criteri di selezione dei bandi, quali aspetti occupazionali, investimenti e traffico atteso, efficienza produttiva ed ambientale delle gestioni e miglioramento dei livelli di servizio e di integrazione intermodale del porto.

Un soggetto ha proposto di prevedere aggiornamenti periodici per le concessioni di durata maggiore di 10 anni.

Riconducibile al punto 2.7 è anche una osservazione pervenuta in merito alla valorizzazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa nella valutazione di istanze concorrenti.

E' stato altresì proposto di raccordare il punto 2.7 con l'art. 6, comma 10 della l. 84/1994, che dispone il ricorso alle procedure di evidenza pubblica, secondo le previsioni del Codice, per l'affidamento delle attività dirette alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale.

È stato ulteriormente proposto di inserire, nel testo del punto relativo alle modalità di selezione dei concessionari, un richiamo all'applicazione della procedura prevista dall'articolo 18 del Regolamento del Codice della Navigazione alle concessioni relative alle infrastrutture energetiche strategiche di cui all'art. 57 del Decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5.

Un soggetto partecipante, infine, ha osservato che la predeterminazione dei criteri di assegnazione renderebbe simile la procedura a quella di una gara d'appalto, rappresentando un disallineamento rispetto alle regole vigenti.

#### **2.2.7.2 Valutazioni**

Il testo del punto in esame, come posto in consultazione, non esclude la possibilità dell'iniziativa di parte, tuttavia si ritiene utile, per maggior chiarezza, integrare lo stesso facendo esplicito riferimento a procedure di selezione "avviate d'ufficio o su istanza di parte".



Si ritiene, poi, che quanto previsto dal testo del punto in esame, richiamando i principi di parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, nonché di pubblicità e predeterminazione dei criteri, ben si armonizzi con quanto previsto dal citato provvedimento AGCM<sup>16</sup>. Si veda al riguardo anche il paragrafo 1.3.3.

In merito alla proposta di pubblicazione degli avvisi sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, si rileva che l'articolo 18 della l.84/1994 prevede che le concessioni siano affidate sulla base di idonee forme di pubblicità, stabilite dal "*Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con il Ministro delle finanze, con proprio decreto*". Nelle more della pubblicazione di tale decreto, le AdSP fanno riferimento, per le modalità di pubblicazione, all'articolo 18 del Regolamento del Codice della Navigazione. Si ritiene sufficiente, nella formulazione del testo proposta, il richiamo, tra l'altro, al principio di trasparenza. Analogamente, si ritiene non necessario l'inserimento proposto di un richiamo all'articolo 18 del Regolamento del Codice della Navigazione per il caso specifico di concessioni riguardanti infrastrutture energetiche strategiche.

Le proposte pervenute in merito all'indicazione di specifici elementi valutativi in relazione ai criteri di selezione dei bandi appaiono distorsive della valenza generale del testo in esame. La rilevanza degli argomenti proposti, infatti, non può essere stabilita a priori, ma va valutata in relazione agli obiettivi strategici delle singole realtà portuali.

Si ritiene invece ragionevole prevedere la possibilità, da parte del concedente, di procedere ad eventuali aggiornamenti intermedi per le concessioni di maggiore durata, come peraltro la dottrina regolatoria adottata da questa Autorità ha già previsto nel caso delle concessioni autostradali; per tale ragione la proposta del soggetto è stata sostanzialmente accolta, sebbene riformulata lasciando alle AdSP la facoltà di stabilire i relativi criteri e modalità.

Si ritiene, altresì, che sia improprio un richiamo esplicito all'articolo 6, comma 10 della l. 84/1994 in merito alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale. Si vedano in merito anche le valutazioni sull'ambito di applicazione di cui al paragrafo 2.1.1.2.

Si ritiene, infine, che la predeterminazione dei criteri di assegnazione delle concessioni risulti opportuna al fine di ridurre gli ampi margini di discrezionalità dell'Autorità di Sistema Portuale nella fase di valutazione comparativa delle domande presentate dai soggetti imprenditoriali interessati all'assegnazione delle concessioni.

Al riguardo, come evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere n. 1505/2016, non sembra sufficiente, in presenza di più istanze, il richiamo alla procedura di evidenza pubblica disciplinata dall'art. 18 del D.P.R. 328/1952 (cd. avviso *ad opponendum*) che indubbiamente garantisce la pubblicità dell'azione amministrativa, ma non limita la discrezionalità dell'Autorità portuale, in assenza di criteri predeterminati di selezione delle domande.

Proprio al fine di tener conto delle conclusioni cui è pervenuta la Commissione speciale in sede consultiva del Consiglio di Stato nel parere richiamato, occorre meglio definire principi e disciplina applicabile alle c.d. concessioni demaniali, nell'*alveo* delle quali rientrano quelle enucleate dall'art. 18 (concessione di aree e banchine) di cui alla Legge 28 gennaio 1994, n. 84.

Come noto, tali concessioni trovano una disciplina nell'art. 37, comma 1, del Codice della navigazione, che tuttavia si limita a stabilire come "*Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione*", senza delineare principi e disciplina applicabile al procedimento per l'individuazione dell'operatore economico cui affidare i beni demaniali in concessione.

A tale riguardo, occorre precisare come il rapporto scaturente da una concessione demaniale non sia riconducibile né all'appalto di servizi, non configurandosi quale contratto passivo<sup>17</sup>, né ad una concessione di servizi, ai sensi del vigente Codice<sup>18</sup>, atteso che, come di recente si è rilevato anche in giurisprudenza (cfr. T.A.R. Lecce, sez. I, 7 ottobre 2010, n. 2880) "*Le concessioni demaniali marittime sono concessioni amministrative aventi ad oggetto l'occupazione e l'uso, anche esclusivo di beni facenti parte del demanio necessario dello Stato (cfr. art. 822, comma 1 codice civile)*".

Appare evidente, pertanto, come le stesse siano estranee al contenuto oggettivo del Codice. Sotto tale profilo, accogliendo la distinzione proposta dal Consiglio di Stato nel già citato parere reso in data 11 aprile 2018, n. 395, tra contratti "estranei" e contratti "esenti" dall'ambito oggettivo del Codice, le concessioni amministrative demaniali si

---

<sup>16</sup> Alla luce del citato provvedimento AGCM, si è espressa la competente Direzione Generale del MIT con nota prot. 3087 del 5/2/18 individuando specifici criteri da utilizzarsi per la valutazione delle istanze di rilascio o rinnovo delle concessioni demaniali marittime ex art. 18 della l. 84/1994.

<sup>17</sup> Sono contratti passivi quelli in cui il soggetto pubblico è tenuto ad un esborso di denaro: si pensi ai contratti di locazione e di acquisto nei quali la P.A. sia conduttore e/o acquirente di un immobile: cfr. Parere Consiglio di Stato 11 aprile 2018, n. 395.

<sup>18</sup> Cfr. T.A.R., Lazio - Roma, Sez. III, 8 gennaio 2016, n. 188

dovrebbero collocare sistematicamente nell'alveo dei contratti estranei e, come tali, non soggetti alla disciplina del Codice.

Rileva, infatti, il Consiglio di Stato come "... dagli appalti semplicemente "esclusi" [...] occorre distinguere gli appalti del tutto "estranei" agli ambiti di azione delle direttive (cfr. direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE). In particolare, nel genus esclusione possono individuarsi almeno due tipologie, aventi una diversa "ratio", gli appalti "esenti" e gli appalti "estranei". Gli appalti "esenti" sono quelli in astratto rientranti nei settori di intervento delle direttive, ma che ne vengono esclusi per ragioni *latu sensu* di politica comunitaria, quali ed es. i servizi di arbitrato e conciliazione o acquisto o locazione di terreni e fabbricati [...]"<sup>19</sup>. Gli appalti estranei sono quelli esclusi perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario, quali ad esempio gli appalti da eseguirsi al di fuori del territorio dell'unione"<sup>20</sup>[...]"

Ne deriva, pertanto, come anche sotto il vigente Codice, possano estendersi le conclusioni raggiunte in passato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito all'esclusione delle concessioni demaniali dal novero oggettivo del Codice<sup>21</sup>.

Ciò non significa, tuttavia, che, nei procedimenti di selezione del concessionario dell'area demaniale, quest'ultimo possa essere discrezionalmente individuato dal Concedente.

Come si è rilevato in giurisprudenza " [...] i principi di derivazione comunitaria a tutela della concorrenza (imparzialità, trasparenza, parità di trattamento, sono applicabili anche alle concessioni pubbliche [...]."<sup>22</sup>.

Il Consiglio di Stato ha infatti affermato ripetutamente come il nostro ordinamento, sulla scia di significativi impulsi in tal senso rinvenienti dal diritto comunitario, è oggi attestato, anche in forza di una lettura interpretativa delle norme nazionali orientate al rispetto dei principi contenuti nel Trattato, sulla necessità che le Amministrazioni pubbliche (e i soggetti ad essa equiparati) adottino procedure comparative ad evidenza pubblica, dovendosi applicare principi, direttamente rinvenibili nel TFUE, ma non per questo sforniti di immediata efficacia precettiva. Principi quali quelli del rispetto della libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, nonché della par condicio e della trasparenza, rendono imprescindibile il ricorso a procedure di evidenza pubblica.

In tema di modalità di affidamento delle concessioni, si richiamano altresì le seguenti pronunce dei giudici amministrativi. Con sentenza 5 luglio 2017, n. 235, il TAR Friuli Venezia Giulia muove dal parere del Consiglio di Stato – Sezione consultiva per gli atti normativi n. 1505/2016, reso su uno schema di decreto modificativo della peculiare disciplina di settore (art. 18, comma 1, l. 84/1994), nel quale la Suprema magistratura amministrativa ha osservato che se "...è vero che nella fattispecie pare trattarsi di un classica concessione di bene pubblico (demaniale) e non quindi di una concessione di servizi", è altresì vero che "la necessità di applicare i principi di matrice europea di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità nelle procedure di assegnazione appare particolarmente pregnante ed ineludibile, cosicché non appare consentito meramente replicare, seppur con qualche significativo aggiustamento in termini di pubblicità, un impianto contrassegnato da ben diverse finalità e tradizionalmente operante in ben altro contesto (oltre che in una realtà economico-produttiva risalente).

Il predetto TAR è quindi pervenuto alla conclusione che la mera pubblicazione dell'istanza di rilascio della concessione all'Albo pretorio di un piccolo comune costituisce un "simulacro formale di pubblicità", del tutto inadeguato per un'effettiva apertura al mercato<sup>23</sup>.

Lo stesso TAR ha evidenziato che il Consiglio di Stato, sez. IV<sup>^</sup>, con la decisione 25 gennaio 2005, n.168 ha chiarito che "...l'indifferenza comunitaria al nomen della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicitari o privatistici, fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione".

<sup>19</sup> Contratti in astratto ricompresi nei servizi e nelle forniture: Cfr. i contratti menzionati all'art. 17 del Codice, non a caso, significativamente rubricato "Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessioni di servizi".

<sup>20</sup> Cfr. in tale senso anche Cons., St., A.P., n. 16/2011.

<sup>21</sup> Cfr. Cons., St., sez. IV, 15 aprile 1996, n. 561.

<sup>22</sup> Cfr. Cons., St., sez. IV 7 marzo 2016, n. 889.

<sup>23</sup> Occorre evidenziare, inoltre, che il TAR triestino, però, si spinge oltre, e richiamando un precedente (TAR Napoli, sent. 23 aprile 2010, n.2085) nella quale si afferma che alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica devono applicarsi i principi discendenti dall'art. 81 del Trattato UE e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti), accoglie la tesi della società ricorrente circa la violazione "dei principi nazionali e comunitari in materia di evidenza pubblica e libera concorrenza".

Nel caso di specie, l'affidamento di una concessione ex art. 18 l.84/1984 per un arco temporale molto lungo, avrebbe dovuto indurre la competente Autorità portuale ad adeguarsi a forme più garantiste di pubblicità, aprendo il mercato ad altri competitori, anziché limitarsi a pubblicare la richiesta di rilascio della concessione demaniale nell'Albo comunale.

Tali conclusioni sono state ribadite nella decisione del Consiglio di Stato 25 settembre 2009, n.5765, che ha ritenuto applicabili alle concessioni di beni pubblici i principi del diritto comunitario e delle decisioni della Corte di Giustizia della libertà di stabilimento, della libera prestazione dei servizi, nonché di parità di trattamento, imparzialità e trasparenza.

Sempre in tema di pubblicazione ANAC ha evidenziato, con il parere sopracitato, l'opportunità di prevedere obblighi puntuali, utilizzando per analogia le disposizioni del Codice, al fine di assicurare la massima trasparenza dell'operato degli enti concedenti. Oltre alla necessità di inserire un richiamo esplicito all'evidenza pubblica, ad avviso di ANAC sarebbe opportuno prevedere le seguenti modalità di pubblicazione obbligatoria: sul sito del concedente, sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, sull'Albo Pretorio del Comune ove ha sito il porto nonché sulla GUCE, se si rinviene un interesse transfrontaliero certo o, comunque, se il valore stimato della concessione è superiore alla soglia prevista dall'art.35 del Codice, e facoltativa sui quotidiani a diffusione locale e nazionale. L'avviso dovrebbe inoltre indicare termini minimi e perentori per la ricezione delle domande di assegnazione delle concessioni non inferiore a 30 giorni decorrenti dalla pubblicazione dell'avviso (in analogia a quanto previsto dall'art. 60 del Codice e del Regolamento UE n. 2017/352). Inoltre, la fissazione in via preliminare di criteri selettivi di selezione delle domande, definiti "a monte" dei singoli procedimenti di competenza delle Autorità di sistema portuale per l'assegnazione delle concessioni, pone i soggetti interessati a partecipare alla procedura nelle condizioni di presentare le rispettive domande avendo acquisito la preventiva conoscenza degli obiettivi che l'Autorità di sistema portuale intende perseguire in termini, ad esempio, di maggiori investimenti, incremento dei traffici, occupazione, efficienza produttiva e tutela ambientale. In ordine a tale aspetto ANAC ha rilevato che gli stessi debbano essere indicati nell'avviso unitamente alle relative ponderazioni (pesi e punteggi degli elementi tecnici ed economici) nel rispetto dei principi generali della trasparenza individuati dalla giurisprudenza per gli appalti pubblici.

Si condividono, e sono state recepite nel testo del punto 2.7 dello schema di atto di regolazione, le considerazioni sopra esposte in merito alla opportunità che l'avviso indichi, per la ricezione delle domande di assegnazione delle concessioni, un termine minimo in analogia con le previsioni contenute nell'articolo 60 del Codice, nonché nel Regolamento UE n. 2017/352, e che i criteri di selezione delle domande prevedano le relative ponderazioni (pesi e punteggi degli elementi tecnici ed economici).

E' stata altresì recepita la specifica osservazione di ANAC in merito all'opportunità di individuare la durata massima della concessione.

Infine, nel medesimo parere, relativamente ai contenuti del punto 2.7, ANAC ha segnalato l'utilità di prevedere espressamente l'obbligo, già discendente dai principi del giusto procedimento codificati nell'ordinamento nazionale dalla legge n. 241/90, di comunicare tempestivamente l'esito delle procedure di affidamento - anche allo scopo di consentire l'attivazione della tutela giurisdizionale - individualmente ai partecipanti e comunque al mercato, pubblicando l'esito nelle stesse forme dell'avviso introduttivo. In accoglimento di tale osservazione, è stato aggiunto allo schema di atto di regolazione un punto *ad hoc* attinente alla pubblicità degli esiti delle procedure di affidamento. Di conseguenza, gli originari punti 2.9, 2.10 e 2.11 del documento di consultazione sono stati rinumerati, rispettivamente, 2.10, 2.11 e 2.12.

## **2.2.8 Punto 2.8 - Contenuto degli avvisi di selezione**

Con il testo di cui al punto 2.8 del documento posto in consultazione si prevede che negli avvisi relativi alle procedure di selezione per l'affidamento delle concessioni siano definiti in modo chiaro e dettagliato i requisiti, da identificarsi in maniera puntuale, oggettiva, trasparente, equa e non discriminatoria, che devono possedere i soggetti richiedenti il rilascio delle concessioni in oggetto, nonché le modalità per il subentro allo scadere delle concessioni, ed altri aspetti legati al trattamento di fine concessione, quali i criteri di valutazione ed individuazione degli indennizzi pertinenti.

### **2.2.8.1 *Sintesi delle osservazioni***

E' stato proposto l'inserimento delle modalità di revoca e modifica della durata delle concessioni all'interno degli avvisi di selezione.

Un operatore ha giudicato poco chiara l'espressione "subentro alla scadenza delle concessioni", in quanto il termine "subentro" potrebbe apparire fuorviante, ed ha inoltre proposto di prevedere espressamente che il concessionario uscente venga indennizzato non soltanto rispetto agli investimenti in opere non ammortizzati, ma anche per gli investimenti in *equipment* da intendersi come non rimovibili o non riutilizzabili in altri contesti portuali. Un altro soggetto ha proposto di specificare maggiormente la natura degli indennizzi citati nel testo del punto in esame.

Un soggetto partecipante ha suggerito di spostare in questo paragrafo modalità e criteri di cui al punto precedente, e di inserire esplicito riferimento a requisiti di affidabilità morale e professionale (con la possibilità, per esempio, di escludere un partecipante in caso di comprovata violazione della disciplina in materia di concorrenza).

In sede di audizione, in merito alla problematica legata all'ingresso di nuovi concessionari e agli indennizzi di fine rapporto, assodato il principio del riconoscimento degli investimenti fatti, è stato osservato che il meccanismo attuale limita un reale *turnover* del mercato, risultando penalizzante, per una nuova impresa interessata all'assegnazione in concessione di un'area demaniale, la presentazione della domanda diversi anni prima della scadenza della concessione in vigore.

### **2.2.8.2 Valutazioni**

In merito alla proposta di inserimento nel punto in esame di riferimenti alle revoche e alla durata delle concessioni, si evidenzia che l'intento delle disposizioni di cui alla lettera b) del testo di cui trattasi è piuttosto garantire la disciplina del passaggio tra vecchio e nuovo affidatario alla scadenza di una concessione. Non si ritiene quindi di accogliere la modifica proposta, rilevando peraltro che i temi di cui trattasi sono già affrontati in altri punti del documento per la consultazione (si rimanda in particolare ai punti 2.6 e 2.9).

In merito all'osservazione sull'uso del termine "subentro", si rileva che esso viene utilizzato dall'art. 46 del Codice della navigazione come equivalente del subingresso, per indicare il cambiamento del concessionario nel corso della durata della concessione. Per tale ragione, allo scopo di evitare fraintendimenti, in accoglimento dell'osservazione pervenuta, anche per meglio esprimere quanto valutato in riscontro alla precedente osservazione, si ritiene opportuno l'utilizzo della locuzione alternativa "trasferimento alla scadenza delle concessioni al nuovo affidatario".

Atteso che obiettivo del testo del punto in esame è individuare alcune informazioni che devono necessariamente essere contenute negli avvisi delle procedure di selezione, appare invece ultronea la proposta di prevedere espressamente che il concessionario uscente venga indennizzato non soltanto rispetto agli investimenti in opere non ammortizzati, ma anche per gli investimenti in *equipment* non rimovibili o non riutilizzabili in altri contesti portuali, in quanto tale limitazione non è prevista nel testo del punto in esame, che parla genericamente di indennizzi pertinenti. Anche con riferimento all'osservazione successiva, si ritiene sufficientemente chiara la formulazione del testo posto in consultazione.

Non si ritiene necessario lo spostamento proposto di alcuni elementi dal punto 2.7 al punto 2.8. In merito alla proposta di inserire esplicito riferimento alla possibilità di escludere un partecipante in caso di comprovata violazione della disciplina in materia di concorrenza, si ritiene che l'esplicitazione di specifici requisiti di affidabilità morale e professionale (consistenti, ad esempio, nel non aver violato la disciplina in materia di concorrenza) risulti impropria nel testo del punto in esame, che intende delineare il contenuto minimo inderogabile degli avvisi delle procedure di selezione. Resta ferma la valutazione di opportunità delle AdSP rispetto all'inclusione, tra le cause di esclusione di soggetti richiedenti la partecipazione alle pertinenti procedure di selezione, delle violazioni della normativa vigente a tutela della concorrenza.

Secondo il citato parere ANAC occorre valutare se, in merito ai requisiti generali di partecipazione alle procedure, possa rinviarsi all'art. 80 del Codice applicabile nei limiti di compatibilità anche alle concessioni regolate dal Codice, ovvero ci si debba limitare a prendere in considerazione, quali fattispecie ostative alla partecipazione, solo quelle espressamente codificate dall'ordinamento extra appalti, come la disciplina antimafia. Sul punto viene evidenziato che, in sede di decreto correttivo al Codice (d. lgs. 56/2017) il legislatore ha accolto l'invito formulato dalla giurisprudenza estendendo, giusto l'articolo 4 del Codice, anche ai contratti attivi, in cui rientrano le concessioni di beni demaniali, l'applicazione dei principi generali posti dal Codice e dalla normativa eurounitaria, parificandone il regime a quello dei contratti esclusi. Si è ritenuto, pertanto, di esplicitare all'interno del punto 2.8 che in merito ai motivi di esclusione si applica l'articolo 80 del Codice, nei limiti di compatibilità.

### **2.2.9 Punto 2.10 - Determinazione dei canoni concessori**

Con il testo di cui al punto 2.10 del documento posto in consultazione, relativamente alla determinazione dei canoni concessori si prevede che, oltre ad una componente fissa - proporzionale all'estensione delle aree interessate e che tiene anche conto dell'ubicazione, dello stato e del livello di infrastrutturazione delle aree stesse, nonché dei vincoli/vantaggi da questi oggettivamente derivanti - gli stessi presentino una componente variabile, determinata mediante meccanismi incentivanti volti al perseguimento degli obiettivi di efficienza produttiva ed ambientale delle gestioni e del miglioramento delle *performance* del porto, anche con aggiornamento annuale in base agli obiettivi prestazionali effettivamente conseguiti. Si ipotizza al riguardo l'utilizzo di parametri quali il traffico effettivamente movimentato, sia in termini di naviglio che di tonnellate di merce, nonché di indicatori di qualità del servizio, quali, ad esempio, il tempo medio di giacenza delle merci nelle aree di stoccaggio, il livello di efficienza delle operazioni di trasferimento modale del carico, la quota di trasferimento modale delle merci su ferrovia, il livello di efficienza ambientale dell'intero ciclo portuale, il livello di produttività per unità di superficie di sedime portuale oggetto di concessione, fermo restando quanto previsto in materia di procedure di verifica sui meccanismi incentivanti correlati ai canoni concessori e sui criteri di contabilità regolatoria di cui alla misura n. 5.

#### **2.2.9.1 Sintesi delle osservazioni**

Il testo di cui al punto 2.10 è stato oggetto di numerose osservazioni.

Un primo contributo ha riguardato l'introduzione della possibilità di rivedere la componente fissa del canone in base ad eventuale mutazione dello stato di infrastrutturazione delle aree, la specificazione che i risultati di traffico vanno valutati in termini di quote di mercato rispetto ad un predeterminato insieme di terminali concorrenti o simili, nonché l'aggiunta di un riferimento al livello di efficienza energetica e di emissioni del ciclo portuale. Similmente, un altro soggetto ha proposto di integrare il testo al fine di includere espressamente le iniziative di miglioramento energetico ed ambientale fra i meccanismi di incentivazione riconosciuti nei canoni.

Un soggetto partecipante ha suggerito, anche in sede di audizione, di inserire esplicitamente, nella determinazione dei fattori che concorrono alla determinazione della componente fissa del canone, il grado di partecipazione alla realizzazione delle infrastrutture portuali.

E' stato altresì proposto di tenere in considerazione, nei canoni, i flussi economici derivanti dalla fornitura di servizi di interesse generale.

Un operatore ha proposto di tenere conto, nel testo del punto di cui trattasi, di una visione più ampia in relazione ai benefici che determinate tipologie di traffico sono in grado di apportare. In audizione è stata ricordata l'importanza del *project cargo* ("pezzi speciali" legati alla produzione di impiantistica) e la necessità di valutare l'entità dei traffici con strumenti più raffinati dei TEU o delle tonnellate di merce, ad esempio tramite l'utilizzo delle *freight tons*.

Un altro soggetto partecipante ha proposto di introdurre un riferimento specifico a principi di equità e di non discriminazione sia tra le singole realtà portuali che tra i sistemi portuali nazionali e quelli internazionali, di introdurre come fattore di valutazione la valenza dei pescaggi, di prevedere che la componente variabile abbia una incidenza rilevante, nonché di introdurre tra i parametri gli aspetti legati alla sicurezza.

Infine, un soggetto partecipante ha sostenuto che sarebbe impossibile prendere in considerazione gli elementi proposti per la componente incentivante, in virtù della circostanza che - ad esempio - il tempo di giacenza e la quota di merce indirizzata su ferrovia non sarebbero variabili direttamente controllabili dal terminalista. In sede di audizione, un altro partecipante ha osservato che l'utilizzo, quale parametro di valutazione, del tempo di giacenza dei contenitori va valutato con attenzione, dal momento che tale *performance* dipende anche da altri attori (spedizionieri, incaricati dei controlli, etc.).

#### **2.2.9.2 Valutazioni**

La modifica relativa alla possibilità di rivedere la componente fissa del canone in base ad eventuale mutazione dello stato di infrastrutturazione appare ammissibile, per tenere conto esplicitamente della esigenza di mantenere nel tempo la citata commisurazione del canone con i vincoli/vantaggi correlati al bene concesso. In merito alla valutazione dei risultati di traffico, si ritiene utile prendere in considerazione il principio di commisurazione all'andamento dello specifico mercato. Appare valido il richiamo esplicito agli aspetti energetici, mentre si ritiene che l'argomento delle emissioni possa essere ricondotto all'interno del citato concetto di efficienza ambientale.

La modifica riguardante l'inserimento, tra i fattori che concorrono alla determinazione della componente fissa del canone, del grado di partecipazione alla realizzazione delle infrastrutture portuali, può essere presa in considerazione, per meglio esprimere il principio di partecipazione dei concessionari agli investimenti.

Si ritiene ultronea e potenzialmente fuorviante l'ulteriore specificazione proposta in merito ai flussi economici derivanti dalla fornitura di servizi di interesse generale. Si ritiene infatti che la formulazione originaria, riferendosi in generale ai vantaggi derivanti dal bene concesso, possa ben contemplare i flussi economici pertinenti derivanti dalla fruizione dello stesso.

Si ritiene, invece, utile inserire nel testo del punto in esame, tra i parametri incentivanti, un riferimento alla quantità e tipologia delle merci movimentate, in luogo delle semplici tonnellate, allo scopo di ribadire il concetto di premialità nei confronti dell'uso proficuo del bene demaniale.

Si ritiene, altresì, che i principi di equità e di non discriminazione, seppur già ampiamente richiamati nel documento per la consultazione nella sua interezza, possano essere utilmente ribaditi nel testo in esame, pur non rilevandosi l'opportunità del riferimento ai sistemi portuali nazionali e internazionali. Resta inteso che la differenziazione del canone, prevista dal punto 2.10, debba essere in linea con le norme europee e nazionali in materia di aiuti di Stato.

La citazione esplicita, tra i fattori per la determinazione del canone, della valenza dei pescaggi non appare strettamente necessaria, potendosi tale particolare parametro già valutarci tra i richiamati vincoli/vantaggi derivanti dalla ubicazione e infrastrutturazione delle aree. Analogamente, non si rileva l'opportunità di stabilire a priori la prevalente rilevanza di una delle componenti del canone. Infine, il riferimento agli aspetti di sicurezza è da considerarsi inopportuno ed estraneo agli scopi del provvedimento in corso di assunzione.

In materia di determinazione della componente incentivante dei canoni, in particolare rispetto alla ammissibilità del parametro rappresentato dalla quota di merce su ferrovia, giova richiamare il d.l. 50/2017, articolo 47, comma 11-quater, il quale prevede che, *"al fine di promuovere il traffico ferroviario delle merci in ambito portuale, ciascuna autorità di sistema portuale, relativamente a concessioni in essere per aree demaniali su cui insistono attività terminalistiche, può riconoscere, nel rispetto dei limiti minimi dei canoni di cui all'articolo 18 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, una progressiva diminuzione dei canoni di concessione in funzione del raggiungimento di specifici obiettivi di traffico ferroviario portuale generato da ciascuna area o comunque ad essa riconducibile [...]"*.

Si ritiene, infine, che - nell'ottica del perseguimento della migliore utilizzazione del bene demaniale - il tempo medio di giacenza rappresenti un parametro fondamentale per la misurazione dell'efficienza produttiva. Sebbene esso non dipenda unicamente dall'operato del concessionario, quest'ultimo può essere utilmente incentivato a perseguire l'efficientamento dei tempi, anche migliorando la collaborazione con gli altri attori della catena logistica.

Per effetto dell'inserimento, dopo il punto 2.8, di un punto specifico relativo alla pubblicità degli esiti delle procedure di affidamento, di cui al paragrafo 2.2.7.2, che assunto numerazione 2.9, il punto di cui trattasi al presente paragrafo ha assunto numerazione 2.11.

#### **2.2.10 Osservazioni generali**

In questo paragrafo si riportano contributi ed osservazioni pervenute in merito alle tematiche di cui alla misura 2 del documento per la consultazione, ma non associate né riconducibili univocamente a punti di testo specifici di detta misura.

##### **2.2.10.1 Sintesi delle osservazioni**

Un soggetto partecipante alla consultazione ha evidenziato che alcuni contenuti inseriti nel punto 2.9 ("penali e sanzioni") e nel punto 2.10 ("indicazioni sulla composizione dei canoni concessori") introdurrebbero elementi opinabili, non previsti dalla legge, che non spetterebbe all'Autorità stabilire.

##### **2.2.10.2 Valutazioni**

Al riguardo, relativamente al punto 2.9, si rileva che si ritiene necessario, per finalità di chiarezza e di trasparenza del rapporto intercorrente tra concedente e concessionario, che gli atti di concessione definiti dalle AdSP competenti individuino puntualmente le fattispecie che danno luogo all'applicazione delle penali e delle sanzioni, nei casi in cui il concessionario violi le disposizioni contenute negli stessi atti di concessione ovvero le pertinenti disposizioni di legge (ad es. in tema di mancato rispetto degli obblighi di qualità del servizio reso, di manutenzione ordinaria e straordinaria dei beni assentiti in concessione, di equo trattamento dei lavoratori).

In particolare, si ritiene che gli atti in questione debbano indicare l'ammontare di ciascuna penale applicabile nel caso di mancato rispetto delle disposizioni pertinenti al fine di ridurre i margini di discrezionalità dell'Autorità di Sistema Portuale; a tal fine sarebbe opportuno, ove possibile, che agli atti di concessione venga allegato un disciplinare contenente gli obblighi cui è tenuto il concessionario, all'inosservanza dei quali consegue l'applicazione delle sanzioni ovvero delle penali.

## **2.3 Misura n. 3 – Autorizzazioni allo svolgimento di servizi e operazioni portuali**

### **2.3.1 Punto 3.1 - Elenco delle attività soggette ad autorizzazione**

Con il testo di cui al punto 3.1 del documento posto in consultazione si prevede che, fatte salve le pertinenti disposizioni dettate dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ai sensi dell'art. 16, comma 1, della l. 84/1994, risulti necessaria la predeterminazione e pubblicazione, periodicamente aggiornata, sia dell'elenco delle attività soggette alle autorizzazioni di cui al citato art. 16, sia degli elementi necessari per poter dedurre, oggettivamente, quali tipologie di attività eventualmente non già ricomprese in detto elenco possano comunque rientrare tra quelle autorizzabili.

#### **2.3.1.1 Sintesi delle osservazioni**

Un soggetto ha osservato che il testo del punto in esame introduce pre-condizioni aggiuntive rispetto ai requisiti già stabiliti per poter entrare nel mercato, appesantendo burocraticamente il sistema.

Un altro soggetto ha proposto di indicare i criteri oggettivi per il rilascio delle autorizzazioni in autoproduzione con riferimento ai servizi di rizzaggio e derizzaggio a bordo. In sede di audizione, è stato ricordato come ogni porto adotti ad oggi regole diverse (talvolta anche all'interno della medesima AdSP): in alcuni casi tali operazioni sono considerate operazioni nautiche, in altri sono considerate operazioni portuali.

#### **2.3.1.2 Valutazioni**

Con riferimento all'osservazione relativa alla presunta introduzione di pre-condizioni aggiuntive rispetto ai requisiti già previsti, con rischi di appesantimento burocratico del sistema, si evidenzia quanto segue.

Si ritiene che la ratio del testo in esame risponda ad un'esigenza di trasparenza e di più ampia conoscibilità da parte del mercato dei potenziali soggetti interessati al rilascio delle autorizzazioni ex art. 16 della l. 84/1994, riguardanti sia le operazioni sia i servizi portuali.

La delimitazione di quali attività rientrino e quali non rientrino nella definizione di operazioni portuali è rilevante sia ai fini dell'assoggettamento alla procedura autorizzatoria, sia per individuare l'esatto ambito di applicazione di molte disposizioni della legge di settore che fanno riferimento a tale categoria di attività. Nonostante le numerose pronunce giurisprudenziali che hanno contribuito a chiarire alcuni aspetti attinenti alla definizione delle fattispecie in esame, permangono tuttora delle incertezze a livello applicativo che continuano ad essere motivo di contenzioso e potrebbero dare origine a disparità di trattamento nei confronti delle imprese. Ad esempio, con riferimento ai servizi portuali, il D.M. 132/2001 si limita, all'articolo 2, a introdurre delle definizioni utili a circoscrivere cosa si debba intendere per servizi portuali, e cosa distingue questi dalle operazioni portuali. Le singole AdSP hanno adottato classificazioni diverse dei servizi portuali, sia come criterio di classificazione (ad esempio funzionale, connesso al tipo di merce trattato, all'esercizio in conto terzi o per conto proprio), che come grado di dettaglio delle definizioni utilizzate, che non sempre appare sufficiente a stabilire con facilità se una determinata attività rientri tra quelle soggette ad autorizzazione.

Con riferimento ai servizi di rizzaggio e derizzaggio, ricordando che la determinazione dei criteri oggettivi per il rilascio delle autorizzazioni è in capo alle AdSP, in quanto titolari della amministrazione attiva di competenza, si rileva che il testo del punto in esame appare adeguato per fornire utili principi di predeterminazione e pubblicità delle attività soggette ad autorizzazione, anche laddove svolte in autoproduzione. Inoltre, i successivi punti 3.2 e 3.4 valorizzano i

principi di equità, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità nella valutazione dei requisiti e nella applicazione dei criteri per il rilascio delle autorizzazioni.

### **2.3.2 Punto 3.2 - Valutazione dei requisiti**

Con il testo di cui al punto 3.2 del documento posto in consultazione si è ritenuto di prevedere che, anche per assicurare il conseguimento di uno specifico e misurabile livello di qualità delle operazioni e dei servizi portuali, la valutazione dei requisiti necessari ai fini del rilascio delle autorizzazioni sia effettuata con particolare attenzione al rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità.

#### **2.3.2.1 *Sintesi delle osservazioni***

Un soggetto ha suggerito di riformulare il testo relativo alla valutazione dei requisiti per il rilascio delle autorizzazioni, escludendo la possibilità di subappaltare ad altre imprese parti del ciclo operativo che non si è in grado di svolgere in proprio, proponendosi surrettiziamente sul mercato quale *competitor* delle imprese terminaliste.

#### **2.3.2.2 *Valutazioni***

Si rileva che viene richiesta una riformulazione relativa alla valutazione dei requisiti, senza una specifica proposta di contenuto testuale e tesa ad introdurre nel punto in esame una disposizione applicabile ad un caso specifico. Restando impregiudicata la disciplina normativamente prevista in materia, non si ravvede la necessità di una modifica nel senso proposto, che risulterebbe estranea alla *ratio* della misura.

### **2.3.3 Osservazioni generali**

In questo paragrafo si riportano contributi ed osservazioni in merito alle tematiche di cui alla misura 3 del documento di consultazione, ma non associate né riconducibili univocamente a punti di testo specifici di detta misura.

#### **2.3.3.1 *Sintesi delle osservazioni***

Un soggetto ritiene che l'introduzione, nella disposizione riguardante i requisiti di cui all'art. 16 comma 4 lett. a) della l. 84/1994, del riferimento ad uno specifico e misurabile livello di qualità ed a indicatori qualitativi e quantitativi ai fini del rilascio delle autorizzazioni, apporti "incostituzionalmente" una componente a carico dei privati, ulteriore rispetto a quelle già previste ai sensi del suddetto articolo 16 e del decreto ministeriale n. 585/1995. Con riferimento a quanto enunciato nei punti 3.3 e 3.4 del documento per la consultazione, si mette in dubbio la competenza dell'Autorità, dal momento che i Decreti Ministeriali in materia già indicherebbero dei criteri da seguire.

#### **2.3.3.2 *Valutazione***

Con il riferimento a uno "specifico e misurabile livello di qualità delle operazioni e dei servizi portuali" nel testo del punto 3.2 posto in consultazione, non si intende introdurre ulteriori requisiti rispetto a quelli previsti dall'art. 16 comma 4 della l. 84/1994 o dai decreti emanati in attuazione di tale articolo (D.M. n. 585/1995, recante il "Regolamento disciplinante il rilascio, la sospensione e la revoca delle autorizzazioni per l'esercizio delle attività portuali" e D.M. n. 132/2001, recante il "Regolamento concernente la determinazione dei criteri vincolanti per la regolamentazione da parte delle autorità portuali e marittime dei servizi portuali").

L'obiettivo del punto 3.2 è far sì che i requisiti per l'autorizzazione allo svolgimento delle operazioni e dei servizi portuali siano adeguati alle attività da espletare ed abbiano un contenuto per quanto possibile specifico, in modo che l'impresa che intende richiedere l'autorizzazione sia in grado di valutare anche preventivamente se possiede i requisiti, o comunque di fare previsioni affidabili sull'esito degli accertamenti di competenza della AdSP. Il punto in questione è coerente sia con l'art. 16 della l. 84/1994, che attribuisce alle Autorità di sistema portuale la competenza in ordine al rilascio dei provvedimenti autorizzatori, alla vigilanza ed alla disciplina sull'espletamento dei servizi e delle operazioni portuali, sia con le disposizioni del D.M. 6 febbraio 2001, n. 132, in particolare con l'art. 4.1 del citato Regolamento, il quale demanda all'autorità competente il compito di determinare i requisiti di carattere tecnico e organizzativo necessari allo svolgimento dei servizi portuali, da rendere pubblici prima della data di scadenza per la presentazione delle domande di autorizzazione. Esso è coerente anche con l'art. 3 del D.M. 585/1995, che stabilisce i requisiti per l'esercizio delle operazioni portuali, in alcuni casi in modo puntuale (ad es. assolvimento dell'obbligo scolastico da parte



del titolare dell'impresa), ma nella maggior parte dei casi con delle formulazioni che necessitano di essere integrate e precisate da parte delle AdSP (ad esempio: "capacità organizzativa idonea ad acquisire innovazioni tecnologiche e metodologiche operative nuove per una migliore efficienza e qualità dei servizi").

Il testo del punto in argomento è dunque coerente coi citati D.M. 585/1995 e D.M. 132/2001, ma opera su un piano differente rispetto agli stessi.

Infatti, il D.M. 585/1995 contiene un generico riferimento al tema dell'efficienza e della qualità dei servizi all'art. 3, comma 1, lett. d), da prendersi in considerazione nella fase di valutazione delle domande di autorizzazione, nell'ambito della capacità organizzativa che deve essere posseduta dal richiedente. Le domande delle imprese richiedenti l'autorizzazione allo svolgimento delle operazioni portuali sono infatti valutate sulla base di una serie di requisiti, tra i quali rientra anche la dimostrazione del possesso di un'adeguata capacità organizzativa idonea ad acquisire innovazioni tecnologiche e metodologiche operative nuove per una migliore efficienza e qualità dei servizi.

Con analogica generica previsione, l'art. 4, del D.M. 132/2001, in tema di requisiti di carattere tecnico ed organizzativi necessari allo svolgimento dei servizi portuali, demanda alla AdSP competente la loro preventiva determinazione prevedendo che gli stessi siano parametrati "[...] al livello ed alla qualità dei traffici portuali [...]".

Il testo del punto in esame predisposto dall'Autorità è finalizzato ad introdurre un elemento innovativo nella fase di valutazione dei requisiti di cui all'art. 16, comma 4, lett. a), della l.84/1994 tendente a quantificare (valorizzare) apprezzabili livelli di qualità delle operazioni e dei servizi portuali, cui le Autorità di sistema portuale dovrebbero fare riferimento nelle pertinenti attività istruttorie.

Si è ad ogni modo modificato il testo del punto 3.2 per renderne più chiaro il contenuto ed evitare possibili fraintendimenti, come quello all'origine dell'osservazione sopra sintetizzata.

E' stato inoltre riformulato il testo del punto 3.4 per chiarire che oggetto della predeterminazione, da parte delle AdSP, sono indicatori quantitativi e qualitativi, correlati ai criteri stabiliti dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della l. 84/1994, con particolare riferimento a quelli necessari per la determinazione delle graduatorie nelle ipotesi in cui le domande di autorizzazione siano superiori al numero di quelle che risulta possibile rilasciare.

## **2.4 Misura n. 4 – Vigilanza sulle tariffe delle operazioni e dei servizi portuali**

### **2.4.1 Punto 4.1 - Vigilanza sulle tariffe delle operazioni e dei servizi portuali**

Con il testo di cui al punto 4.1 del documento posto in consultazione, si prevede che, in sede di vigilanza sull'applicazione delle tariffe per le operazioni ed i servizi portuali, particolare attenzione venga riservata a quelle che presuppongono l'utilizzo di una infrastruttura essenziale.

#### **2.4.1.1 Sintesi delle osservazioni**

Un soggetto partecipante alla consultazione ha osservato che dal testo non risulterebbe molto chiaro l'ambito di applicazione dello stesso e non si evincerebbe se il riferimento sia solo alle infrastrutture materiali o anche ai servizi che implicano l'impiego di infrastrutture essenziali (anche immateriali, come un *port community system*); per tali ragioni, suggerisce di fornire qualche esempio concreto. Un altro soggetto ritiene che il testo in esame risulti confuso e non applicabile al contesto.

E' stato altresì proposto l'inserimento nel testo di un riferimento alla fornitura dei servizi di interesse generale, nonché una riformulazione, contenente alcune integrazioni, della definizione di infrastruttura essenziale.

Un ulteriore contributo prevede di esplicitare che, nell'ambito della funzione di vigilanza sull'applicazione delle tariffe portuali, sono compresi i servizi tecnico-nautici.

#### **2.4.1.2 Valutazione**

Si ritiene la formulazione del testo in esame atta a contemplare l'ambito di significativo interesse costituito in particolare dall'accesso alle infrastrutture essenziali. Non si reputa opportuno l'inserimento di esempi che potrebbero apparire riduttivi della portata generale della disposizione.

Si ritiene che il riferimento ai servizi di interesse generale vada oltre le finalità del testo di cui trattasi, e che non risulti strettamente necessario integrare come indicato la definizione di infrastruttura essenziale.

Come già riportato nel paragrafo 2.1.1.2, si evidenzia che il tema dei servizi tecnico-nautici non viene affrontato dal provvedimento in corso di assunzione da parte dell'Autorità, che si limita alla definizione di prime misure di regolazione.

### **2.5 Misura n. 5 – Procedure di verifica sui meccanismi incentivanti correlati ai canoni concessori e criteri di contabilità regolatoria per la verifica delle tariffe di operazioni e servizi portuali che presuppongono l'utilizzo di infrastrutture essenziali**

#### **2.5.1 Punto 5.2 - Ammissibilità dei costi**

Con il testo di cui al punto 5.2 del documento posto in consultazione si prevede che l'ammissibilità dei costi operativi e di capitale, ai fini della determinazione delle tariffe di operazioni e servizi portuali che presuppongono l'utilizzo di infrastrutture essenziali, sia subordinata al rispetto di una serie di criteri generali.

##### **2.5.1.1 Sintesi delle osservazioni**

Un soggetto partecipante alla consultazione ha proposto di estendere l'applicabilità del punto in esame alla fornitura dei servizi di interesse generale.

##### **2.5.1.2 Valutazione**

Si ritiene che il riferimento ai servizi di interesse generale vada oltre le finalità del testo in esame. Si vedano in merito anche le valutazioni sull'ambito di applicazione di cui al paragrafo 2.1.1.2.

#### **2.5.2 Punto 5.4 – Contabilità regolatoria**

Con il testo di cui al punto 5.4 del documento posto in consultazione, l'Autorità intende intervenire con prime specificazioni di come la contabilità regolatoria debba evidenziare la separata allocazione delle componenti economiche e patrimoniali riferite alle singole attività soggette alle procedure di verifica di cui alla misura n. 5, e debba consentire la piena riconciliazione di dette componenti con i bilanci ufficiali di esercizio, tenendo conto dell'esistenza di eventuali attività non regolate, al fine di consentire sia la verifica dei meccanismi incentivanti previsti al punto 2.10, sia la verifica del rispetto dei principi e criteri indicati ai punti 5.1, 5.2 e 5.3.

##### **2.5.2.1 Sintesi delle osservazioni**

Un soggetto partecipante alla consultazione ha proposto l'inserimento di un raccordo con gli obblighi di separazione proprietaria di cui all'art. 8, comma 2-bis, della l. 287/1990.

##### **2.5.2.2 Valutazione**

Si rileva che il citato articolo di legge prevede l'obbligo di separazione societaria per quelle imprese che, esercitando per disposizioni di legge la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operando in regime di monopolio sul mercato, intendano altresì svolgere attività in mercati diversi<sup>24</sup>. Non si ritiene opportuno l'inserimento del raccordo richiesto nel testo in esame, rivolto allo specifico ambito della contabilità regolatoria asservita alla verifica delle tariffe di operazioni e servizi portuali che presuppongono l'utilizzo di infrastrutture essenziali, non apparendo peraltro necessario ricordare il rispetto delle norme vigenti.

---

<sup>24</sup> In proposito, va rilevato che, con la decisione n. 01307/2010 REG. DEC., il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha chiarito come la separazione societaria, obbligo disposto dal citato art. 8, comma 2-bis, della l. 287/1990, debba in realtà essere stabilito dall'AGCM sulla base di un'istruttoria, caso per caso, che ne valuti effettivamente l'offensività per il mercato interessato.

### **2.5.3 Osservazioni generali**

In questo paragrafo si riportano contributi ed osservazioni in merito alle tematiche di cui alla misura n. 5 del documento di consultazione, ma non associate né riconducibili univocamente a punti di testo specifici di detta misura.

#### **2.5.3.1 Sintesi delle osservazioni**

Un soggetto partecipante alla consultazione ha osservato che i criteri per l'ammissibilità dei costi sarebbero inadeguati e non applicabili nel settore, in quanto concorrenziale.

#### **2.5.3.2 Valutazione**

Si ritiene che le tariffe per l'utilizzo di infrastrutture essenziali non possano risultare non correlate a costi pertinenti ed efficienti. Analogamente si ritengono necessari i principi di ammissibilità degli investimenti. Essenziali, per le finalità di cui ai punti 2.10, 5.1, 5.2 e 5.3, appaiono gli strumenti di contabilità regolatoria.

## **2.6 Misura n.6 – Disposizione finale**

### **2.6.1 Punto 6.1 - Disposizione finale**

Con il testo di cui al punto 6.1 del documento posto in consultazione si prevede che le misure di cui al provvedimento in oggetto entrino in vigore all'atto della pubblicazione sul sito web istituzionale dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

#### **2.6.1.1 Sintesi delle osservazioni**

Un soggetto partecipante ha contestato le competenze dell'Autorità in materia di autorizzazioni ex art. 16 e concessioni ex art. 18 della L. n. 84/1994 e s.m.i..

Un altro soggetto ha proposto di prevedere un tempo di 3/6 mesi per l'entrata in vigore del provvedimento, con particolare riferimento ai casi di fornitura di servizi di interesse generale e gestione di infrastrutture essenziali, e di disporre la facoltà degli enti concedenti di applicare le misure alle concessioni già in essere.

#### **2.6.1.2 Valutazione**

In merito alle competenze dell'Autorità nel settore, si rimanda, tra l'altro, a quanto già espresso nel paragrafo 2.1.1.2.

Per quanto attiene all'ambito di applicazione delle misure di cui trattasi alle concessioni già in essere, si ritiene di non includere alcuna specificazione nella misura n. 6, richiamando al riguardo le funzioni di amministrazione attiva delle AdSP. Il riferimento esplicito proposto, nella stessa misura n. 6, ai casi di fornitura di servizi di interesse generale, appare estraneo all'oggetto del provvedimento, mentre quello inerente alle infrastrutture essenziali appare già rientrante nella previsione generale della misura in discussione.

Quanto alla previsione di un periodo temporale intercorrente tra la pubblicazione delle misure e la loro applicazione, ricordando che ai sensi dell'articolo 11 del regolamento per lo svolgimento in prima attuazione dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità e per la partecipazione dei portatori di interessi i provvedimenti dell'ART sono efficaci dal giorno della loro pubblicazione, non si ritiene opportuno differire l'entrata in vigore dell'atto di regolazione in oggetto.

In merito al regime temporale degli effetti sulle concessioni e gli accordi sostitutivi in essere, come anche evidenziato da ANAC nel citato parere, l'atto regolatorio non può disattendere il generale principio di irretroattività degli atti amministrativi e dei regolamenti.

Si evidenzia, d'altro canto, che appare da condividersi quanto asserito dalla citata Autorità circa il richiamo agli orientamenti giurisprudenziali che intravedono nell'art. 18 della legge 84/1994 una norma sostanzialmente *self executing*, almeno in quelle parti in cui impone il ricorso ad una procedura competitiva (cfr. parere Consiglio di Stato n.1076/2016).

Gli enti concedenti sono tenuti pertanto a dare corso a procedure pienamente aperte, trasparenti e imparziali, che assicurino in modo sostanziale (e non solo formale) le esigenze di adeguata pubblicità della selezione.

**Conclusioni** Nei termini sopra esposti è definita l'istruttoria condotta dall'Ufficio Accesso alle infrastrutture, con la collaborazione degli Uffici Affari economici ed Affari legali e contenzioso, nonché degli Esperti dell'Autorità.

Torino, 28 maggio 2018

Il Responsabile del procedimento

f.to Ing. Roberto Piazza