

Prot. 006/23

Spett.le Autorità di Regolazione dei Trasporti
Via Nizza, 230
10126 Torino

Alla c.a. Responsabile del Procedimento
Ing. Roberto Piazza

A mezzo PEC: pec@pec.autorita-trasporti.it

Genova, 6 febbraio 2023

OGGETTO: DELIBERA ART N. 170/2022. CALL FOR INPUT AD OGGETTO LA REVISIONE DELLE PRIME MISURE DI REGOLAZIONE IN AMBITO PORTUALE ADOTTATE CON LA DELIBERA N. 57/2018. PARTECIPAZIONE ALLA CONSULTAZIONE ED OSSERVAZIONI DI ASSITERMINAL.

Gentili Signori,

in riscontro alla *Call for input* di cui all'oggetto, ci preghiamo di sottoporVi, come condiviso con Confindustria e Confetra, alcuni commenti ed osservazioni che si ritengono utili, al fine della corretta conclusione del procedimento di revisione della Delibera ART 57/2018.

Sommario

1.	Riferimenti normativi e Quadro di contesto	2
2.	CALL FOR INPUT 1 – “Modalità di rilascio delle autorizzazioni” ex art 16 L. 84/1994.....	9
3.	CALL FOR INPUT 2 – “Modalità di affidamento della concessione”	11
4.	CALL FOR INPUT 3 – “Durata della concessione”	15
5.	CALL FOR INPUT 4 – “Trattamento del fine concessione”	17
6.	CALL FOR INPUT 5 – “Criteri per la determinazione dei canoni concessori”	18
7.	CALL FOR INPUT 6 – “Obblighi/oneri a carico di concedente e concessionario”	19
8.	CALL FOR INPUT 7 – “Forme di controllo sulle concessioni e relativo apparato sanzionatorio” 20	
9.	CALL FOR INPUT 8 – “Integrazione verticale e concentrazione delle quote di mercato nel settore terminalistico”	22
10.	CALL FOR INPUT 9 – “Regolazione alle concessioni ex art. 36 cod. nav. per la movimentazione merci e i servizi passeggeri in ambito portuale ”	24
11.	CALL FOR INPUT 10 – “Infrastrutture essenziali” e CALL FOR INPUT 11 – “Accesso ai servizi ed alle infrastrutture portuali”	25

E
AUTORITA' DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI
Protocollo N. 0001787/2023 del 06/02/2023

CALL FOR INPUT 12 – “Criticità nell’accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture di primo e ultimo miglio a garanzia di tutti i richiedenti nell’ambito delle infrastrutture ferroviarie di interscambio modale in area portuale29

12. Passaggi salienti delle singole fattispecie di “call for input” ritenute di preminente rilevanza.30

1. Riferimenti normativi e Quadro di contesto

Occorre in primo luogo constatare che il quadro di contesto giuridico delineato da Codesta Autorità, di cui all’Allegato A alla delibera n. 170/2022, non appare completo.

L’Autorità, infatti, non include, nel quadro giuridico di riferimento, le norme di diritto primario dell’Unione europea, peraltro fornite di effetto diretto nell’ordinamento interno, ma si limita a richiamare le norme di diritto derivato (e nemmeno tutte).

Occorre, a tal fine, ricordare che il quadro giuridico che “sovrintende” alla regolazione, intesa come *funzione*, deve includere tutte le norme che sono in grado di costituire, in capo ai singoli, diritti e/o obblighi direttamente esercitabili, senza intermediazioni delle autorità pubbliche.

In particolare, pare quantomeno anomalo che le norme in materia di diritto della concorrenza e le norme in materia di mercato interno, contenute nel Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea, non siano state citate.

Risulta evidente che, da consolidata giurisprudenza, tanto le norme in materia di concorrenza (es. sentenza *Siderurgica Gabrielli*¹), quanto le norme in materia di mercato interno (es. sentenza *Ciola*²) siano state dichiarate, dai Giudici europei, direttamente applicabili al settore portuale.

Ed è proprio dalla diretta applicabilità della materia della concorrenza che discende il regime di tutela nei confronti dei due corpi normativi conseguenti:

- a) la concorrenza applicabile alle imprese, ossia
 - i) il divieto di intese restrittive della concorrenza, ex art. 101 TFUE;
 - ii) il divieto di abuso di posizione dominante oltre, ex art. 102 TFUE;
- b) la concorrenza applicabile agli stati, ossia
 - i) il divieto di aiuti di stato, ex art. 107 TFUE;

¹ Sentenza del 10.12.1991 - Causa C-179/90

² Sentenza del 29.04.1999 - Causa C-224/97

- ii) la proporzionalità nei Servizi di interesse Economico Generale, ex art. 106 TFUE.

In secondo luogo, la circostanza che norme del TFUE in materia di mercato interno, ossia la libera circolazione dei servizi, delle merci, dei capitali e dei lavoratori, siano redatte in termini precisi ed assoluti spiega perché le stesse siano considerate, nella loro generalità, come dotate di efficacia diretta³, ed in pratica fissano il generale divieto - salvi preminenti e motivati motivi imperativi di interesse pubblico - di restringere la libertà di circolazione ad opera delle pubbliche amministrazioni.

1.1 La rilevanza delle norme citate e il problema concettuale della loro mancanza nel quadro normativo indicato dall'ART.

La predetta lacuna risulta peraltro anomala, in ragione del fatto che la regolazione nasce per garantire un equilibrio tra - da un lato - l'esercizio del pieno diritto di competere delle imprese e - dall'altro - la prerogativa statale di "restringere" le libertà di mercato per perseguire interessi pubblicistici (o, anzi, esigenze imperative di carattere generale tutelate dal diritto dell'Unione europea).

Posto un generale diritto di competere liberamente, il limite individuato dal TFUE rispetto al potere pubblico è individuato dai due citati capi normativi in materia di *concorrenza applicabile agli stati e di mercato interno*: la proporzionalità.

Come sopra anticipato, le attività di gestione dei terminal portuali vengono esercitate in regime di libera concorrenza, ossia pienamente soggette e tutelate ai sensi degli art. 101 e 102 del TFUE. In altre parole, le imprese qui interessate non possono essere incise da intese concorrenziali sui prezzi poste in essere da terzi (art. 101 TFUE), né da comportamenti unilaterali di abuso di posizioni di forza (c.d. posizione dominante), sia in ragione delle quote di mercato, sia in ragione di diritti speciali e/o poteri pubblici, ancorché attribuiti dalla legge, art. 102 TFUE.

La tutela della concorrenza - ossia della libertà di competere liberamente rispetto a comportamenti e intese abusive - è, come noto, garantita dall'AGCM - Autorità Garante della

³ Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè, 2006, p. 46 et seq.

Concorrenza e del Mercato, nel quadro della legge n. 287/1990 o, direttamente, degli artt. 101 e 102 del TFUE.

Proprio per il fatto che le attività terminalistiche, qualificate come “servizi” ai sensi del diritto dell’Unione europea, sono pienamente soggette al diritto della concorrenza, esse godono anche, come noto, della tutela derivante dagli art. 56 e ss. del TFUE in materia di mercato interno.

Di conseguenza, lo Stato, attraverso amministrazioni pubbliche competenti, può porre limiti all’esercizio delle attività, ossia alla “prestazione dei servizi”, purché venga tenuta in considerazione e osservata la regola della *proporzionalità*.

In particolare, la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha in più occasioni specificato che la limitazione pubblica (es. l’imposizione di una tariffa, di uno standard tecnico o di qualità, etc.), ossia una misura che restringe l’accesso al mercato o la circolazione dei servizi, è legittima solo nella misura in cui:

- a) è funzionale ad un’esigenza imperativa di carattere generale tutelata dall’ordinamento dell’UE, e
- b) non va oltre quanto necessario per conseguire tale obiettivo.

Lo “spazio” della regolazione conseguente alla corretta applicazione della disciplina posta dall’ordinamento dell’Unione europea è, quindi, esattamente coincidente con la valutazione della proporzionalità tra l’*interesse pubblico* (che è “dato” dal “legislatore”) e la *libertà di accesso al mercato* attraverso le tradizionali forme di intervento.

Di conseguenza, la valutazione di proporzionalità passa per l’analisi delle diverse forme possibili di intervento, al fine di individuare il minor grado possibile di ingerenza del mercato, ossia l’assenza di misure alternative rispetto alla disciplina “ordinistica” dello Stato.

In altre parole, le misure che limitano la liberalizzazione delle attività economiche che venissero poste in ragione della necessità di perseguire interessi pubblici ulteriori, necessitano di una valutazione di equilibrio che sia equidistante tra lo Stato (che sceglie l’interesse pubblico con legge) e la libertà di concorrenza delle attività economiche (ossia il diritto di non

avere ingerenze esterne nello scambio di beni e servizi verso corrispettivo, come individuata fin dalla nota sentenza *Michelin* della Corte di giustizia).

Non è, invece, ambito di competenza dell'attività di regolazione la scelta degli interessi pubblici da tutelare la quali ricade, giuridicamente, nelle prerogative del legislatore: questo in ragione del principio di *democraticità* e secondo la discrezionalità che è propria dei rappresentanti eletti.

1.2 La differenza tra fonti primarie, fonti secondarie e regolazione

In questo contesto, occorre ricordare che il catalogo delle fonti normative, ossia delle regole generali ed astratte, è tassativo, secondo la Costituzione. Come noto, le fonti primarie, ossia la legge ordinaria (adottata dal Parlamento o dal Governo, su delega del primo), è l'unica fonte in grado di creare diritti e obblighi in capo alle persone fisiche e giuridiche in modo generale - ossia rispetto ad un ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo determinato ma non individuale - in applicazione dell'inderogabile principio costituzionale di democraticità.

In secondo luogo, per aspetti applicativi, esecutivi o di mero dettaglio degli obblighi già previsti dalla legge, le fonti secondarie (in pratica, i regolamenti, anche con la forma di decreti e ordinanze), possono essere adottati esclusivamente dalle amministrazioni pubbliche che, sempre secondo legge, siano state dotate, dalla legge, della relativa competenza.

Tale attività, di produzione di fonti secondarie è denominata regolamentazione.

Ebbene, la scelta dell'interesse pubblico e della relativa misura di limitazione del mercato che, ai sensi dell'art. 56 TFUE può essere adottata, è riservata alle fonti normative primarie e, per gli aspetti esecutivi o di mero dettaglio, alle fonti secondarie, in ragione dei principi di competenza, sussidiarietà e adeguatezza, anch'essi di rango costituzionale.

Dalla regolamentazione si distingue, quindi, la regolazione, ossia l'applicazione puntuale delle regole decise dal legislatore e/o dall'amministrazione competente.

Per tali ragioni, la regolazione risulta essere un'attività indipendente, sia rispetto alle amministrazioni che adottano i regolamenti, sia rispetto al potere esecutivo.

Il principio di separazione tra attività di regolazione e attività legislativa nonché di amministrazione, costituisce uno dei cardini della c.d. *Costituzione economica*, ossia

dell'insieme di regole costituzionali ed europee che, secondo la dottrina consolidata, individua lo statuto economico entro il quale le imprese stabilite nello Stato fanno affidamento.

Lo statuto economico in materia portuale è dettagliato dalla legge n. 84 del 1994.

1.3 Il corretto inquadramento degli istituti della legge n. 84/1994: differenza con la fattispecie giuridica regolatoria

Seppur l'inquadramento di cui sopra possa sembrare elementare, pare necessario sottolineare che la delibera sottoposta a consultazione difetta di una serie di elementi di legittimità anche solo rispetto al sistema delle fonti, in quanto incorpora su di sé elementi di tipo generale ed astratto, in un settore rispetto al quale il legislatore non ha mai inserito forme di regolazione.

Tuttalpiù, il legislatore ha solamente attribuito all'Autorità una mera attività di tipo consultivo, mentre, come noto, il mercato delle operazioni portuali è pienamente liberalizzato.

In particolare, la legge n. 84/1994, che mira a riordinare la materia portuale, individua due strumenti pubblicistici che, una lettura affrettata potrebbe confondere con fattispecie di regolazione:

- a) l'art. 16, che disciplina il rilascio delle autorizzazioni ad esercitare operazioni portuali e
- b) l'art. 18 che, in combinato disposto con l'art. 36 cod. nav., disciplina il rilascio delle concessioni portuali aventi ad oggetto aree e banchine.

Entrambe le fattispecie non costituiscono, e peraltro non possono costituire, misure restrittive della libera circolazione e, di conseguenza, non sussiste per esse alcuna valutazione di proporzionalità, ossia nessuna fattispecie di regolazione.

Rispetto a tali due fattispecie, Codesta Autorità sembra incardinare la propria competenza in ragione della necessità di garantire l'equo e non discriminatorio accesso alle infrastrutture, come sancito dall'art. 37 del decreto-legge 201/2011.

Il legame tra le suddette norme e il diritto all'equo accesso alle infrastrutture verrebbe esplicitamente legato alla natura di infrastrutture essenziali dei terminal *“in considerazione del crescente fenomeno dell'integrazione verticale tra realtà armatoriali ed operatori portuali: al riguardo, appare fondamentale l'attività di vigilanza delle AdSP riguardo*

all'applicazione delle suddette tariffe ai sensi dell'art. 16, comma 2, della l. 84/1994". Tuttavia, ART omette completamente di riportare gli esiti dell'*analisi di essenzialità* (sempreché la stessa sia stata compiuta), richiesta dalla Commissione europea ai fini di valutare l'applicabilità dell'*essential facility doctrine*.

In secondo luogo, l'Autorità pare non considerare che la prassi decisionale della Commissione europea applica l'*essential facility doctrine* alla materia portuale esclusivamente sotto il profilo del *diritto della concorrenza*, proprio in quanto si tratta di attività in regime di mercato libero, e non già sotto il profilo della regolazione.

Del resto, l'una esclude l'altra, anche se la relativa distinzione tra i due corpi normativi – accesso al mercato e libera concorrenza – non sembrano essere ancora ben chiari all'ART.

Occorre infatti specificare che le norme che Codesta Autorità pone come base delle domande della *call for input* non hanno a che vedere con la regolazione, bensì con due diversi istituti:

- a) l'art. 16 della legge n. 84/1994, che disciplina le caratteristiche tecniche che un operatore economico deve possedere per erogare operazioni portuali. Esso però non pone alcuna limitazione alla libertà d'impresa, tale da implicare un'attività regolatoria conseguente;
- b) l'art. 18 della legge n. 84/1994, che disciplina le concessioni che hanno ad oggetto "il bene fisico-demaniale" e non già un servizio "esternalizzato" dallo Stato (come accade, ad esempio, per le autostrade), con la logica conseguenza che il rapporto con lo Stato è meramente *landlord - tenant*, come la principale dottrina sottolinea. Inoltre, non vi è – anche qui – alcuna fattispecie di limitazione della libertà d'impresa del terminalista portuale - in termini di qualità del servizio, continuità o tariffa - tale da lasciare spazio alla conseguente attività di regolazione.

Premesso quanto sopra, e quindi contestando la legittimità stessa della *Call for input*, in ragione del fatto che le domande (e le finalità) esorbitano vistosamente dalle competenze attribuite ex lege all'ART, di seguito si tenta comunque di fornire un contributo costruttivo, anche al fine di migliorare la chiarezza dell'assetto giuridico delle attività svolte nei porti, in ragione della fortissima sovrapposizione di competenze esercitate (spesso impropriamente) da diverse autorità, che porta, tra le altre cose, ad una frustrazione dell'affidamento che l'investitore fa rispetto al quadro normativo della Repubblica italiana.

1.4 La corretta individuazione del mercato portuale è assente dalle delibere proposte.

In primis, occorre, richiamare l'attenzione di codesta Autorità sull'importanza di individuare lo specifico mercato a cui essa si riferisce, proprio per il rispetto del principio di proporzionalità, che sovrintende all'art. 37 del d.l. 201/2011: un'attività è legittima solo ed in quanto incide nella misura minima possibile su un mercato determinato.

Copiosa giurisprudenza, unitamente alla prassi applicativa della Commissione europea e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁴, hanno ormai tracciato la tradizionale tripartizione dei mercati portuali: i terminalisti, le imprese portuali autorizzate e i fornitori di manodopera portuale.

Si tratta, in primo luogo, del mercato degli operatori terminalisti, ovvero i soggetti che svolgono le operazioni portuali avvalendosi dei terminali cui possono servirsi in via esclusiva ai sensi dell'art. 18 della legge n. 84/1994. In secondo luogo, il mercato dei servizi portuali resi a favore del terminalista (o dell'utente) portuale da parte di imprese portuali a ciò autorizzate. In terzo luogo, il mercato dell'avviamento temporaneo di manodopera portuale, integrativa delle maestranze delle imprese portuali, ovvero necessaria per rispondere ai c.d. picchi di domanda, che si verificano in occasione di punte di traffico (ad esempio con presenza di una o più navi in banchina, con il compito di completare le operazioni nel più breve tempo possibile).

Tra i servizi indicati, vanno distinti i *mercati delle operazioni portuali* - che hanno uno specifico assetto di mercato - dai *servizi portuali*. Come noto, l'art. 16 della legge 84/1994 individua, quali operazioni portuali, il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito, il movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale, svolti nell'ambito portuale. Da queste si differenziano i servizi portuali riferiti a prestazioni specialistiche, complementari e accessorie al ciclo delle operazioni portuali.

⁴ Ex multis, Commissione europea, Caso COMP/JV. 56-Hutchinson/RCOM/ECT, in *GUCE*, C39 del 7 febbraio 2001, p.7 ss.

2. CALL FOR INPUT 1 – “Modalità di rilascio delle autorizzazioni” ex art 16 L. 84/1994.

Si premette che, a mezzo del presente paragrafo, ci si propone di dare una risposta al seguente quesito: *è legittimo introdurre elementi di regolazione delle operazioni portuali di cui all’art. 16 della legge n. 84/1994?*

Ciò che sorprende, è l’inclusione, tra le “questioni in evidenza”, dell’art. 16 della legge n. 84/1994 quale norma-presupposto dell’attività di regolazione. A ben vedere, invece, l’art. 16 costituisce (piuttosto semplicemente) una disposizione che detta i requisiti tecnici e di idoneità necessari per svolgere un’attività, come peraltro accade per diverse attività che, per poter essere esercitate, occorre soddisfare specifici requisiti di legge.

La natura di “norma che prescrive requisiti tecnici”, esclude, con evidenza, la sua portata regolatoria - che è invece basata sul quadro normativo illustrato in premessa - e ciò può essere facilmente colto attraverso una (semplice) interpretazione della norma stessa. L’esercizio delle attività sopra individuate, espletate per conto proprio e/o di terzi, è soggetto ad un procedimento amministrativo condotto dalla (territorialmente competente) Autorità di Sistema Portuale teso ad accertare le qualità tecniche, strutturali e finanziarie dei richiedenti al cui esito si avrà il rilascio (o il diniego) di un’autorizzazione amministrativa.

È utile ribadirlo: l’art. 16 della legge 84/1994 individua analiticamente i requisiti di cui deve essere in possesso l’impresa al fine di ottenere l’autorizzazione. Rilevano, in primo luogo, quelli di carattere *personale*, ossia riferibili a qualità specifiche attinenti alla sfera disciplinare, amministrativa e giudiziaria (soprattutto in termini di onorabilità). Sono altrettanto importanti le caratteristiche *tecnico-organizzative* e quelle *professionali*, relative alle competenze acquisite dalla società, dai suoi amministratori e dagli altri componenti ivi comprese le modalità organizzative adottate sia con riferimento all’attività esterna che alla struttura interna. La stessa norma indica, altresì, la capacità finanziaria quale requisito essenziale per l’autorizzazione: si tratta, in questo caso, di una caratteristica oggettiva posta a garanzia delle obbligazioni assunte dagli operatori all’interno dell’ambito portuale e rispondente, quindi, alla necessità di mantenere un alto livello di efficienza del mercato portuale.

I presupposti per l'ottenimento del provvedimento vanno tutti riferiti ad un periodo di attività determinato, definito dalla legge "programma operativo", che deve dare atto, *inter alia*, dell'organico dei lavoratori di cui l'impresa richiedente intenda dotarsi per il suo compimento.

È altrettanto importante individuare, poi, la fattispecie dei servizi portuali, al fine di circoscrivere l'estensione delle competenze di vigilanza delle singole Autorità di Sistema Portuale la quale, ai sensi del comma 2 dell'art. 16 L. 84/1994, esercita un'azione di controllo delle operazioni portuali e dei servizi portuali, nonché delle tariffe praticate da ciascuna impresa.

In ragione di quanto sopra, non si comprende quale sia l'esigenza pubblica che lo Stato intende perseguire rispetto alla libertà d'impresa degli operatori: si badi bene che la *vigilanza sulle tariffe* è solo una fattispecie di controllo che non incide sulla libertà d'impresa, ma solo sulle fattispecie di discriminazione che, nel caso di integrazione verticale, sarebbero già sanzionabili dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato e/o dalla Commissione europea (come noto a partire dai casi decisi dalla Commissione europea, *Stenlink* e *Rodby*), ai sensi degli art. 3 della legge n. 287/1990 e art. 102 TFUE.

Non emerge, quindi, quale possa essere il residuale spazio di competenza della regolazione, posto che all'Autorità di Sistema Portuale competono le verifiche e all'AGCM competono gli interventi tesi ad arginare fattispecie di abuso.

Ciò che occorre invece segnalare, con riferimento al fenomeno dell'integrazione verticale, è la libertà alle imprese di navigazione di ricorrere alla c.d. autoproduzione delle operazioni portuali. È, infatti, consentito che i vettori nazionali ed internazionali richiedano l'autorizzazione ex art. 16 per l'esercizio di operazioni portuali, da effettuarsi all'arrivo o alla partenza di navi dotate di propri mezzi meccanici e di proprio personale adeguato alle operazioni da svolgere, nonché per la determinazione di un corrispettivo e di idonea cauzione, anche in questo caso, parametrati alla durata.

In questo contesto, tuttavia, le eventuali fattispecie di abuso che possano essere determinate dalla riserva di spazi del terminal portuale a vettori "collegati" configurerebbe una fattispecie evidentemente sanzionabile ai sensi della legge n. 287/1990 alternativamente sotto i due profili dell'abuso di posizione dominante o dell'intesa restrittiva della concorrenza.

Soprattutto nel più semplice caso di presenza di intesa restrittiva della concorrenza, conseguente all'integrazione verticale, si specifica che la normativa in materia di concorrenza istituisce un quadro giuridico chiaro e direttamente applicabile che lascia, semmai, esclusivamente un dovere di segnalazione all'AGCM, nel caso in cui l'ART, per ragioni diverse, si trovi ad avere informazioni relativamente a condotte specifiche di integrazione verticale con effetti (anche solo potenzialmente) anticoncorrenziali.

In sostanza, l'art. 2 legge n. 287/90 e l'art. 101 TFUE vietano esplicitamente sia le intese che hanno per *oggetto*, sia quelle che hanno per *effetto*, di falsare, impedire o restringere la concorrenza sul mercato. Si è, infatti, precisato che ai fini dell'accertamento dell'illiceità dell'intesa, da un lato, non è necessaria la prova del concreto raggiungimento dell'effetto anticoncorrenziale, vale a dire la sussistenza di un effettivo risultato negativo sulla libera concorrenza, e, dall'altro, è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. Così, dal momento che ha dimostrato l'oggetto anticoncorrenziale dell'accordo, la Commissione non è più tenuta a dimostrare che da tale accordo sono derivati effetti restrittivi della concorrenza all'interno del mercato comune.

Risulta, quindi, assai facile la prova dell'oggetto anticoncorrenziale dell'intesa. Né si può invocare, in senso derogatorio ai principi innanzi ricordati, la specialità della legge portuale rispetto alle norme comunitarie ed interne sulla concorrenza, secondo quanto ormai pacificamente affermato dalla giurisprudenza europea e nazionale. Questa soluzione, infatti, non sembra percorribile, in particolare, anche per quanto riguarda la disciplina europea che, in virtù del consolidato principio di *primauté*, provoca la disapplicazione di qualsiasi normativa statale con essa contrastante.

Per tali ragioni, di nuovo, non si comprende quale sia lo spazio della regolazione, nel senso giuridico previsto dall'ordinamento.

Non si rinvengono, infine, dati rilevanti in merito alla limitazione delle autorizzazioni da parte della Autorità di Sistema Portuale ai sensi dell'art. 16 comma 7 della legge n. 84/1994.

3. CALL FOR INPUT 2 – “Modalità di affidamento della concessione”

Desta particolare preoccupazione l'inciso che si legge nella *Call for input* che, riprendendo una sentenza del TAR Campania (cfr. pag. 13), fa propria una posizione che si riferisce

(addirittura) a norme non più in vigore, confondendo, con una evidenza preoccupante, la tutela della concorrenza dalla tutela dell'accesso al mercato (come descritto in premessa): *“Inoltre, pur non rientrando le concessioni in questione nell’ambito di applicazione della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull’aggiudicazione dei contratti di concessioni e del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici: di seguito Codice), si ritiene necessario, come anche chiarito da tempo dalla giurisprudenza, che “alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica (e, tra queste, specificamente ricomprese le concessioni demaniali marittime), poiché idonee a fornire un’occasione di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato, devono applicarsi i principi discendenti dall’art. 81 del Trattato UE e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti”.*

Ebbene, non pare possibile procedere a rispondere alle domande della *Call for input* senza specificare, compiutamente, rispetto a quale fattispecie giuridica siamo di fronte, ai sensi del combinato disposto dato dall’art. 18 legge n. 84/1994 e dall’art. 36 cod. nav: le concessioni portuali.

L’analisi non può che partire dall’individuazione del mercato, elemento che l’Autorità sembra dare per scontato ma che, come nel caso dell’art. 16 della legge n. 84/1994, è completamente assente dalla Delibera in commento.

Il mercato dei servizi resi dai concessionari portuali è stato individuato, anzitutto (i) dalla copiosa giurisprudenza in materia, (ii) dalla Commissione europea e (iii) dall’AGCM.

Gli ambiti del mercato in cui operano i concessionari portuali devono essere determinati tenendo conto sia degli aspetti merceologici, sia di quelli geografici. E, se da un punto di vista merceologico si sono individuati i servizi strettamente terminalistici - consistenti nelle operazioni portuali come definite all’art. 16 legge n. 84/1994 - da un punto di vista geografico, la Commissione europea è andata oltre il tradizionale impiego dell’area geografica “finita e limitata all’ambito portuale”, chiarendo, ad esempio, che i porti del nord Europa formano un unico mercato geografico, all’interno del quale devono essere considerati anche i c.d. *hinterland markets*, e cioè i collegamenti ed i bacini di traffico retroportuali verso o dai quali muovono le merci transitanti per i porti interessati, grazie anche all’impiego dei servizi feeder (Decisione n. 94/210/CE della Commissione CE, in GUCE, L104 del 23 aprile 1994, p. 34

ss.; Caso COMP/JV. 56-Hutchinson/RCOM/ECT, in GUCE, C39 del 7 febbraio 2001, p.7 ss.; Caso COMP/JV. 56-Hutchinson/ECT, in GUCE, C293 del 19 ottobre 2001, p. 2).

Tale aspetto ha una specifica rilevanza nell'ambito dell'integrazione verticale e dei requisiti che dovrebbero essere previsti per aggiudicare le concessioni: tuttavia la conseguenza giuridica non è certo di tipo regolatorio ma, anche qui, di tipo concorrenziale.

Infatti, in tutti i casi citati e in quelli successivi analoghi, la conseguenza va analizzata sotto il profilo del rischio di abuso di posizione dominante o di intesa restrittiva della concorrenza. E, anche qui, persino l'Autorità di Sistema Portuale che rilascia una concessione senza garantire il citato presidio rispetto all'integrazione verticale, o comunque senza garantire la neutralità del terminal, è passibile di sanzione dell'AGCM, fin dal noto caso del *Provveditorato del Porto di Venezia* per arrivare alla nota Decisione della Commissione sulla natura giuridica delle Autorità portuali italiane⁵.

Ed anche le conseguenze pubblicistiche dell'applicazione del diritto della concorrenza seguono alla natura di attività economica della gestione delle concessioni, e non certo in ragione di un'applicazione analogica (come quella prospettata da Codesta Autorità citando, con sorpresa, una decisione del TAR Campania) del codice dei contratti pubblici, pur ammettendone, peraltro, la non applicabilità e, dunque, contraddicendo sé stessa.

Insomma, è noto che l'art. 107 TFUE vieta l'erogazione di aiuti di stato con effetti anti-competitivi ed è rispetto a tale *set* normativo che, anche il rilascio delle concessioni, deve essere valutato affinché non si verifichino fattispecie di "sovra-compensazione" (cioè di *eccessivo guadagno*) tanto del concedente, quanto del concessionario: ma si badi bene, anche in questo caso che se tratta di una specifica applicazione del diritto della concorrenza in ragione dell'equilibrio contrattuale tra due parti che va preservato e mantenuto (anche ai fini del sinallagma sotteso) e non già di una fattispecie di regolazione pubblicistica, peraltro non ben definita.

Ed è pertanto proprio alla luce delle norme in materia di concorrenza (ed in quest'ultima prospettiva, declinate negli aiuti di stato) che si formulano le successive osservazioni in

⁵ Decisione C(2020) 8498 *final* del 04.10.2020, reperibile al link: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202113/283144_2259916_107_2.pdf

materia di durata, canoni e investimenti, e non certo in ragione di prospettive di regolazione, la cui legittimità sarebbe sin d'ora contestata.

Ed in questo senso, semmai, di nuovo, Codesta Autorità, rispetto ai terminalisti portuali, è semplicemente (ed esclusivamente) chiamata a segnalare, tuttalpiù, all'AGCM eventuali fattispecie di tipo anticoncorrenziale in cui dovesse imbattersi nell'espletamento di altre competenze regolatorie.

3.1 Le modalità di affidamento di cui al recente Decreto MIT-MEF

Con riferimento alla modalità di affidamento delle concessioni, la scrivente Associazione osserva che in data 28.12.2022 è stato adottato il Decreto MIT-MEF n. 419 che disciplina il procedimento finalizzato al rilascio delle concessioni demaniali di cui all'articolo 18, comma 1, 84/1994, della definizione degli accordi di cui al medesimo articolo 18, co. 6, e infine, delle concessioni di cui all'articolo 18, commi 5 e 12, della medesima legge.

L'adozione di tale provvedimento da parte dell'Esecutivo, su "delega" dell'art. 18 L. 84/1994, conferma, qualora ve ne fosse il bisogno, l'impostazione giuridica di cui sopra: le modalità ed i criteri che gli Enti concedenti sono tenuti ad osservare per lo svolgimento del procedimento di affidamento di aree e banchine sono quelli stabiliti dalla legge e dai provvedimenti (normativi) che solo da essa possono essere stabiliti, in questo caso un decreto ministeriale.

Pertanto, esorbitano senza dubbio alcuno, dalle competenze riservate all'ART, tematiche di *regolamentazione*, quali ad esempio quelle indicate a pag.12 dell'Allegato "A" alla Delibera ART n. 170/2022, ossia:

- a) modalità di pubblicazione dei bandi;*
- b) predeterminazione delle tempistiche per la presentazione di nuove istanze di assegnazione (da parte sia del soggetto titolare della concessione sia di terzi) in vista della scadenza della concessione;*
- c) criteri predeterminati per la selezione delle domande;*
- d) requisiti di partecipazione;*
- e) in presenza di concessionario appartenente ad un gruppo armatoriale, indicazione nell'atto di concessione di una percentuale minima di operazioni portuali/capacità del terminal che lo stesso concessionario deve svolgere per conto/riservare a imprese*

terze, in considerazione del fenomeno della crescente integrazione verticale tra attività terminalistiche e armatoriali.

4. CALL FOR INPUT 3 – “Durata della concessione”

Ad avviso della scrivente Associazione, la durata della concessione in ambito portuale andrebbe parametrata al piano d’impresa presentato in sede di affidamento, ai sensi dell’art. 18 della legge n. 84/1994: in altre parole, la durata deve considerarne gli elementi economici finanziari tali da garantire una remunerazione di mercato per il concedente quanto una remunerazione di mercato per il concessionario, proprio al fine di conseguire un livello di redditività attrattivo, ma non eccessivo, per le imprese e, quindi, compatibile con l’art. 107 TFUE.

Sotto questo profilo, è bene osservare che l’assetto della durata (e della relativa ripartizione delle obbligazioni) deve partire da un assunto chiaro: l’Autorità di Sistema Portuale esercita la gestione in quanto Ente “proprietario” dell’area e ne percepisce i frutti (ossia il canone concessorio), mentre il terminalista ne ha il godimento e paga, per esso, un corrispettivo. Di conseguenza, qualora il concessionario sia “investito” del diritto/dovere di eseguire investimenti, al fine di garantire il più proficuo utilizzo del bene, come previsto dal codice della navigazione, è fondamentale che l’AdSP non tragga un doppio profitto (e questo aspetto sarà trattato in modo specifico con riferimento al canone) , così come è necessario che la durata della concessione sia commisurata all’ammortamento dei relativi investimenti, che siano infrastrutturali e/o sovrastrutturali.

Sotto questo profilo anche sulla base delle norme europee, può condividersi che la durata della concessione deve (e non solamente “può”) coincidere con il periodo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali.

È importante comprendere che la stima iniziale della durata va effettuata rispetto a *condizioni normali*, ma vi sono casi, peraltro già ammessi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia

dell'Unione europea (a partire dalla nota sentenza *Presstext*⁶) che consentono di estendere la durata, senza peraltro dover avviare una procedura competitiva, qualora vi siano investimenti supplementari necessari e/o modifiche non sostanziali imprevedibili per il concessionario.

In entrambi i casi di modifica ammessi - consentiti in quanto rientrerebbero nella tradizionale fattispecie degli "aiuti di stato compatibili" - la durata aggiuntiva andrebbe parametrata agli investimenti aggiuntivi in modo separato e sommata alla durata già assegnata, come accaduto in diverse concessioni modificate con autorizzazione della Commissione europea, ad esempio con la Decisione n. 2435/2018.

Occorre, quindi, specificare che la durata della concessione è un elemento di tipo matematico e non discrezionale che, quindi, non può nemmeno essere incluso tra gli elementi competitivi di un bando né tra gli elementi di valutazione della proporzionalità di una estensione in corso di validità.

In altre parole, è il calcolo econometrico complessivo degli elementi finanziari che "guida" la valutazione di legittimità della durata della concessione tanto all'inizio quanto alla fine della stessa.

In *primis*, il valore iniziale della concessione da determinare al momento dell'aggiudicazione, che diventa parametro di validità delle modifiche, affinché sia compatibile con l'art. 107 TFUE, va calcolato sulla base di un tasso di sconto che conduce a calcolare il c.d. valore attuale netto (VAN), attraverso la somma prospettica dei flussi di cassa attesi.

In secondo luogo, in caso di lavori supplementari, la durata deve garantire un *cash flow* sufficiente per compensare il costo dei lavori oltre ad un utile ragionevole sulla base di criteri medi di mercato, con applicazione di un nuovo IRR aggiuntivo e tale valore non deve superare il 50% del valore iniziale della concessione (limite non previsto per le concessioni portuali ma applicato dalla prassi della Commissione europea anche in fattispecie non disciplinate dalla direttiva 23/2014/UE).

In terzo luogo, in caso di calo di traffico causato da eventi imprevedibili (es. la recente pandemia), la durata deve garantire un *cash flow* sufficiente per compensare la differenza di

⁶ Corte di Giustizia, sentenza del 5 ottobre 2000, *Commissione c. Francia*, causa C-337/98, in *Racc.* 2000, p. 8377 ss.

introiti ipotetici determinata sottraendo dalla stima dei ricavi iniziali i ricavi effettivi, al netto di una percentuale di normale alea di settore (un'ipotetica equity beta), oltre ad un utile ragionevole sulla base di criteri di mercato (con un nuovo IRR da abbinare a quello già vigente, c.d. blended IRR).

Dai criteri sopra menzionati emerge, quindi, che la durata della concessione, per essere compatibile con l'art. 107 TFUE (e non dare luogo ad un aiuto di stato) deve essere determinata secondo le regole tecniche specificamente richiamate dalle diverse norme che circoscrivono il potere di intervento dello Stato in materia di concessioni, che possono essere sintetizzate nel rispetto dell'IRR medio di mercato ossia nell'equilibrio economico finanziario sufficiente per garantire l'attrattività tale da valorizzare il bene dello Stato.

Con tutta evidenza, il criterio dell'IRR non può essere considerato sufficiente per le concessioni che hanno una scarsa necessità di investimenti ed un conseguente minor impiego di capitali con la conseguenza che il criterio di determinazione della durata non può essere concentrato sulla congrua remunerazione del capitale (proprio perché marginale) ma su di un *benchmarking* di mercato relativo alla durata media delle concessioni nel settore merceologico individuato.

In conclusione, il “guadagno” che viene prodotto dalle concessioni nelle descritte fattispecie - ossia la determinazione del valore iniziale, il calcolo dei lavori supplementari, le modifiche non sostanziali e il valore residuo in caso di estinzione - è interamente guidato e parametrato dalla formula di calcolo del rendimento atteso.

5. CALL FOR INPUT 4 – “Trattamento del fine concessione”

Lo stesso quadro normativo in materia di tutela della concorrenza, in particolare l'art. 107 TFUE, impone che l'AdSP, quale Ente concedente, non possa “arricchirsi sulle spalle del terminalista” e, quindi, non possa incamerare beni sostanzialmente “pagati” da un terzo senza che il terzo (nel nostro caso, il terminalista concessionario) sia stato indennizzato con criteri che siano coerenti con l'art. 1 prot. 1 della CEDU, ossia secondo una *valutazione di mercato*.

Nel caso di specie, è usuale dare una valutazione di mercato al valore contabile a libro dei cespiti, con la conseguenza che il trattamento di fine concessione può essere fatto coincidere con la quota di beni non ammortizzati dal concessionario e che sarebbero acquisiti, per incameramento, dallo Stato – qui inteso *Autorità di Sistema Portuale*.

In altre parole, in caso di estinzione del rapporto, il valore residuo da corrispondere al concessionario deve garantire un indennizzo pari al valore degli assets non ancora ammortizzati, oltre ad un flusso di cassa sufficiente per ammortizzarli, in base a due diversi tassi di rendimento, uno per gli assets e uno per i flussi di cassa.

6. CALL FOR INPUT 5 – “Criteri per la determinazione dei canoni concessori”

Il calcolo del canone concessorio deve necessariamente basarsi su un coerente approccio econometrico che, dati gli altri parametri economici (investimenti, durata e ricavi stimati) consenta al concessionario di conseguire un rendimento di mercato pari alla media di settore.

Differentemente da altri tipi di concessione, quelle portuali non hanno ad oggetto il servizio, ma esclusivamente il *bene*: di conseguenza, non vi è alcun controllo regolato della tariffa di erogazione delle operazioni portuali e dei conseguenti ricavi. Tale assunto è particolarmente rilevante, in ragione del fatto che la determinazione del canone, differentemente dalle concessioni con tariffa regolata, deve necessariamente conseguire ad una formula di tipo flessibile che presuppone una parte fissa ed una parte variabile, sia in aumento che in diminuzione.

Detto in altre parole, la variabilità in aumento può conseguire ad un eccesso di ricavi che possa portare il rendimento atteso troppo distante (in eccesso) rispetto alla media di mercato. Se è vero che l’attrattività di un investimento deve consentire all’impresa di “rincorrere” una *over-performance*, è anche ragionevole prevedere che in caso di incremento di ricavi molto superiore all’alea contrattuale normale di settore (sempre riferibile, ad esempio, all’*equity beta*), il canone aumenti in modo da evitare che il concessionario consegua ricavi sproporzionati attraverso la disponibilità di un bene pubblico.

Ovviamente, la flessibilità deve essere prevista anche in diminuzione: ossia un calo di ricavi superiore all’alea normale (*equity beta*) dovrebbe far conseguire una proporzionale riduzione della misura del canone al fine di evitare che l’ente concedente consegua un corrispettivo sproporzionato dalla messa a disposizione del bene, contenendo così il rischio di incompatibilità con l’art. 107 TFUE.

Si ritiene, pertanto, superfluo un “cruscotto di indicatori di performance”, in ragione del fatto che le vigenti norme dell’ordinamento, se fossero bene applicate dalle AdSP sarebbero già sufficienti a garantire flessibilità, attrattività e responsabilizzazione dei concessionari, servendosi semplicemente del metodo econometrico di calcolo.

Analogamente, la valorizzazione delle opere infrastrutturali da parte del concessionario (che sarebbero oggetto di incameramento a fine concessione) deve necessariamente essere tenuta in considerazione nella valutazione economico-finanziaria della concessione, in ragione dell’arricchimento patrimoniale del concedente e del tasso di rendimento che ne consegue per il concessionario. In sostanza, la realizzazione di lavori straordinari o strutturali deve necessariamente essere tenuta in considerazione tanto ai fini della durata della concessione quanto ai fini dell’eventuale sconto del canone demaniale.

A tal fine si sottolinea che le norme che prevedono un limite allo sconto del canone fino ad un massimo del 50% del suo ammontare, costituiscono misure che, da un lato limitano la circolazione dei servizi e dei capitali (in ragione dell’effetto disincentivante degli investimenti) e, dall’altro, pongono l’AdSP nelle condizioni di ottenere una doppia remunerazione per l’attività di messa a disposizione delle aree (in ragione del fatto che il concessionario versa un canone pieno e contemporaneamente paga un investimento per un bene che sarà incamerato dal concedente, ergo patrimonializzato), conseguendo, così, un aiuto di stato ai sensi dell’art. 107 TFUE. Anche in questo caso, come spiegato, il diritto della concorrenza esplica una diretta applicabilità, peraltro non discrezionale per lo Stato, non lasciando spazio a forme di regolazione del mercato.

7. CALL FOR INPUT 6 – “Obblighi/oneri a carico di concedente e concessionario”

È di fondamentale importanza una corretta e diretta applicazione dell’art. 5 legge n. 84/1994 e in particolare dell’iter di approvazione del Piano Regolatore. Tuttavia non può essere sottaciuto il fatto che il relativo strumento è assolutamente inefficiente al fine di garantire certezza del diritto e/o legittimo affidamento alle imprese in quanto i tempi di approvazione sono rimasti lunghissimi (talvolta ben oltre i 10 anni) in presenza di cicli di attività che si attestano ad una durata media di 3 anni.

Di conseguenza, occorrerebbe un intervento normativo al fine di consentire alle AdSP di concludere la pianificazione in tempi ragionevoli e tali da garantire un assetto competitivo di partenza stabile e su cui i concessionari possono fare affidamento.

Si condivide, quanto sostenuto da Codesta Autorità in merito alla necessità di considerare l'impatto che hanno sulle concessioni in essere le nuove infrastrutture oggetto di realizzazione da parte di terzi e non previste al momento del rilascio della concessione, che possono generare notevoli benefici nei confronti di alcuni concessionari, a scapito di altri, all'interno del porto.

Tuttavia, anche in questo caso, non si rinviene alcuna norma che possa dare luogo ad un'attività di regolazione del mercato conseguente. Tuttalpiù la tutela che ha il concessionario nei confronti dell'Autorità di sistema portuale - allorquando concede aree in concorrenza con le concessioni già affidate causandone una frustrazione del piano d'impresa - è fondata sulle norme in materia di concorrenza applicabile alle imprese, con conseguente meccanismo di tutela diretto presso l'AGCM.

8. *CALL FOR INPUT 7 – “Forme di controllo sulle concessioni e relativo apparato sanzionatorio”*

Nella fase di esecuzione della concessione occorre individuare, come prima circostanza tale da conseguire una modifica dell'atto concessorio stesso, la necessità di realizzare i lavori supplementari essenziali per l'esercizio dell'infrastruttura. Sotto il profilo dei limiti alla relativa ammissibilità, la prassi della Commissione europea e della Corte di giustizia (a partire dai noti casi del *Frejus*) rinviano a specifiche valutazioni tecniche che acquistano, così, uno specifico valore giuridico in ragione del precetto che sono chiamate ad integrare.

Se il requisito della convenienza economica indica la valutazione necessaria per decidere se, ed entro quali limiti, vada effettuata una nuova procedura comparativa, a valle di tale analisi occorrerà verificare la compatibilità con il tetto quantitativo ammesso dal diritto europeo, ossia il 50% del valore della concessione.

Proprio nella determinazione di quest'ultimo valore, seguendo i criteri determinati dalla Commissione europea - anche per i casi che esulano dall'ambito di applicazione della direttiva 23/2014/UE, come i porti - il criterio di legittimità fa un rinvio ad una norma tecnica di natura finanziaria, ossia alle regole di calcolo del tasso di sconto per l'attualizzazione dei ricavi futuri

aggiuntivi (e separati), rispetto ai flussi di cassa stimati per remunerare le prestazioni già previste.

Sempre con riferimento alla fase di esecuzione delle concessioni, occorre sviscerare il tema delle modifiche alla durata delle concessioni, in ragione di un “evento imprevedibile” o di una “modifica meramente non sostanziale”. Esse sono pacificamente ammesse nella misura in cui sono non sostanziali rispetto all’equilibrio economico finanziario del piano economico allegato alla concessione stessa.

Sempre in base all’esperienza della giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle decisioni della Commissione europea, si deduce che la verifica dell’invarianza economica dev’essere accertata alla luce della composizione del tasso di rendimento c.d. *blended*, ossia composto dalle diverse componenti: l’*IRR* originario ponderato con il tasso di sconto dei ricavi futuri attualizzati in modo che arrivi ad un *IRR* analogo a quello inizialmente previsto.

8.1 Controllo delle performance e dei servizi dei concessionari

Le osservazioni dell’ART, relativamente al tema descritto, sembrano confondere – ancora una volta - le concessioni di servizi (es. quelle autostradali) con le concessioni portuali che, invece, hanno ad oggetto un bene.

La differenza è sostanziale: un conto è disciplinare l’erogazione di un servizio “esternalizzato dallo Stato”, come la gestione di un’autostrada ad una tariffa sostenibile per l’utenza; un altro è concedere l’uso di un bene pubblico affinché il titolare possa esercitare l’attività economica in regime di libertà concorrenziale.

Con riferimento all’allocazione dei rischi e alla presenza clausole di performance in relazione agli impegni/*target* previsti nel piano di impresa/*business plan*/PEF, pare piuttosto evidente che il rischio d’impresa è oggi interamente gravante sul concessionario, in ragione del fatto che non vi è alcuna “assistenza” derivante da una tariffa regolata (o minima) che garantisca flussi di cassa al concessionario.

Di conseguenza, non vi è alcuna fattispecie regolatoria che possa tutelare concedente e/o concessionario dalle fluttuazioni di mercato con conseguente ripartizione del rischio in modo “naturale” ossia senza alcuna ingerenza esterna alla dinamica di mercato. Non pare, inoltre,

possibile che l’Autorità individui forme di ripartizione del rischio diverse, senza un quadro normativo che lo preveda e consenta.

Suscita ancora più sorpresa l’introduzione di un sistema di *Service Level Agreements* (“SLA”) per identificare standard predefiniti di servizio nei confronti degli user portuali (armatori, autotrasportatori, etc.), ai quali il concessionario si deve attenere: si rammenta che gli unici casi in cui lo Stato può indicare livelli minimi di servizio coincidono con i SIEG - Servizi di Interesse Generale, ai sensi degli artt. 14 e 106 del TFUE e nello stretto rigore imposto dalla proporzionalità tra interesse pubblico e libertà di concorrenza.

Si rammenta, ancora una volta, che solo il legislatore può prevedere la natura di *interesse generale* di un servizio, mentre, dal canto suo all’Autorità è precluso individuare o disciplinare un SIEG. In questo contesto, le operazioni portuali erogate dai terminalisti non sono mai stati individuati dallo Stato come SIEG: di conseguenza ogni introduzione di SLA sarebbe meramente illegittima, anche in ragione della doppia natura pubblicistica ed economica dell’Autorità di Sistema Portuale.

Sempre gli artt. 14 e 106 TFUE, da leggersi in combinato disposto con la mancanza di una individuazione nazionale del SIEG terminalistico, vietano l’introduzione di meccanismi che consentano agli operatori concessionari di perseguire percorsi di progressivo efficientamento gestionale nonché il rispetto di standard qualitativi di base a beneficio degli utenti, salvo che tali standard non siano specificamente imposti da una fonte giuridica a legittimazione democratica (una fonte primaria o secondaria). Sarebbe, semmai, compito di codesta Autorità verificare l’equilibrio, ossia regolare, tra i livelli di servizio desiderati dallo Stato e quelli prestati secondo le concessioni: tuttavia tali livelli di servizio non sono presenti in alcuna disposizione di legge.

9. CALL FOR INPUT 8 – “Integrazione verticale e concentrazione delle quote di mercato nel settore terminalistico”

Sotto il profilo dell’integrazione verticale, occorre rammentare che la valutazione di legittimità è rimessa all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e alla Commissione europea, ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE nonché 2 e 3 della legge n. 287/1990.

In particolare, occorre verificare che cambiamenti nella compagine societaria non comportino il rischio di posizione dominante in un determinato mercato merceologico e geografico, nonché il rischio di intese anticoncorrenziali.

In questo contesto, risulta fondamentale che la valutazione sulla legittimità dell'integrazione verticale parta da un'analisi di mercato (correttamente eseguita) che segmenti il mercato geografico e il mercato del prodotto sulla base di una reale analisi economica secondo i criteri elaborati dalla Corte di giustizia e dalla Commissione europea.

Ciò che rende, di fatto, omogeneo un ambito portuale e retroportuale (o sistema portuale), sono le caratteristiche oggettive delle attività esercitate all'interno delle aree. L'estensione geografica del mercato portuale, in applicazione della normativa europea sulla concorrenza, è, infatti, indipendente dalla delimitazione dell'ambito portuale. Essa, infatti, deve essere riferita all'intera zona geografica in cui più prodotti o servizi sono considerati sostituibili dai rispettivi utenti. È del tutto evidente che la delimitazione del suddetto mercato sia variabile a seconda della specifica attività che è presa in considerazione e del momento in cui deve essere effettuata l'azione di regolazione.

Affinché due imprese possano considerarsi in concorrenza tra loro occorre, infatti, che operino sul medesimo mercato geografico rilevante e sul medesimo mercato merceologico.

La Corte di giustizia ha elaborato alcuni parametri sulla base dei quali individuare i suddetti mercati. Il mercato geografico rilevante è l'area in cui le imprese interessate forniscono, o acquisiscono, prodotti o servizi ed in cui le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e tali da distinguerle dalle aree geografiche contigue, in ragione di condizioni di concorrenza sostanzialmente diverse (cfr. Comunicazione della Commissione europea sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, in GUCE C372 del 09 dicembre 1997 p. 5.).

Come si evince dal noto caso *Michelin*⁷, per determinare il rapporto di concorrenza tra imprese non ci si deve limitare a considerare le caratteristiche obbiettive dei prodotti, ma va verificata l'effettiva struttura della domanda e dell'offerta del mercato (ossia la sostituibilità tra i prodotti in termini empirici). Secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea, infatti, "ai fini della

⁷ Corte Giust. sentenza del 9 novembre 1983, causa 322/81, N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee

valutazione della posizione, eventualmente dominante, di un'impresa su un mercato determinato, le possibilità di concorrenza vanno valutate nell'ambito del mercato comprendente tutti i prodotti che, in ragione delle loro caratteristiche, sono particolarmente idonei a soddisfare esigenze costanti e non sono facilmente intercambiabili con altri prodotti. Bisogna tuttavia osservare che la determinazione del mercato di cui trattasi serve a valutare se l'impresa interessata abbia la possibilità di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva e di comportarsi, in misura rilevante, in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori. Pertanto non ci si può a tale scopo limitare all'esame delle sole caratteristiche obiettive dei prodotti di cui trattasi, ma bisogna anche prendere in considerazione la situazione della concorrenza e la struttura della domanda e dell'offerta sul mercato. Anche se l'esistenza di un rapporto di concorrenza tra due prodotti non presuppone l'assoluta intercambiabilità per un uso determinato, l'accertamento di una posizione dominante per un prodotto non richiede l'assenza totale di concorrenza di altri prodotti parzialmente intercambiabili, quando questa concorrenza non comprometta il potere dell'impresa d'influenzare in misura notevole il modo in cui questa concorrenza si svilupperà e, comunque di comportarsi in ampia misura senza dover tenerne conto e senza che tale atteggiamento le rechi danno”.

In questo contesto, è stata dirimente la decisione della Commissione europea relativa a comportamenti costituenti un'integrazione verticale (vettore-terminalista) relativa al porto di Rødby (DK): *“costituisce abuso ai sensi dell'articolo 86 il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi, senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria che potrebbe essere svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa”* (Decisione della Commissione europea del 21 dicembre 1993, IV/34689, 94/19/CE, in GUCE L15 del 18 gennaio 1994, p. 8 ss.).

10. CALL FOR INPUT 9 – “Regolazione alle concessioni ex art. 36 cod. nav. per la movimentazione merci e i servizi passeggeri in ambito portuale ”

Le concessioni ex art. 36 cod. nav., relative al traffico passeggeri, sono sottoposte ad una disciplina parzialmente diversa dalle concessioni ex art. 18 della legge n. 84/1994.

Di conseguenza, le diverse attività ivi svolte possono essere suddivise in due categorie, che spesso cumulano le funzioni: attività di servizi alla crocieristica e attività di servizi ai traghetti.

In questo contesto, le valutazioni relative alla durata, al canone, all'estinzione della concessione, nonché le considerazioni generali di tipo giuridico contenute nelle presenti osservazioni possono essere estese alle concessioni al servizio di passeggeri.

11. CALL FOR INPUT 10 – “Infrastrutture essenziali” e CALL FOR INPUT 11 – “Accesso ai servizi ed alle infrastrutture portuali”

Con riferimento alle infrastrutture essenziali, si rammenta che la relativa rilevanza va inquadrata, sempre secondo la citata prassi della Commissione europea (casi Rødby, Sealink, ecc.), nella fattispecie del rischio di abuso di posizione dominante.

Tuttavia, l'essenzialità di un'infrastruttura non deriva dalla scelta pubblicistica discrezionale bensì dall'analisi economica di mercato, da cui scaturisca l'impossibilità di replicare la medesima infrastruttura a costi che siano sostenibili in un arco temporale medio di mercato.

Tale aspetto si lega con il quesito relativo all'integrazione verticale in quanto costituisce una specificazione del diritto della concorrenza (e non già una fattispecie di regolazione del mercato).

Quanto accennato è documentato dalla prassi della Commissione europea in materia, che applica in modo specifico l'art. 102 del TFUE (ovvero le precedenti numerazioni della medesima norma): *“un'impresa che possenga o gestisca ed utilizzi essa stessa un'installazione essenziale, vale a dire un'installazione o un'infrastruttura senza la quale i suoi concorrenti non possono offrire servizi ai loro clienti e che rifiuti loro l'accesso a detta installazione, commette abuso di posizione dominante”*. E, più in particolare, *“un'impresa che possenga o gestisca un'installazione portuale essenziale - ovvero sia un terminale - a partire dalla quale fornisca un servizio di trasporto marittimo, non può (...) rifiutare senza giustificazione obiettiva - c.d. valid economic reason – l'accesso a detta installazione ad un armatore che desideri operare un servizio sullo stesso collegamento marittimo”*.

In materia di terminali portuali, merita una particolare attenzione il caso *Sea Containers/Stenalink*⁸ in occasione del quale la Commissione europea ha circostanziato e precisato ulteriormente la portata dell'obbligo di contrarre, estendendone l'ambito di

⁸ Decisione della Commissione europea del 21 dicembre 1993, IV/34689, 94/19/CE, in *GUCE* L15 del 18 gennaio 1994, p. 8 ss.

operatività alla statuizione di alcune clausole contrattuali o, quantomeno, delle condizioni minime che devono regolare il rapporto⁹.

La decisione trae origine da una denuncia presentata da *Sea Containers* contro *Stena Sealink Line* e *Stena Sealink Ports* (di seguito *Sealink*). Secondo *Sea Container*, la *Sealink* avrebbe posto in atto un comportamento illecito, abusando della propria posizione dominante, in qualità di titolare e gestore del porto di *Holyhead*, in violazione dell'articolo 102 del TFUE, dal momento che aveva negato, alla denunciante, l'accesso a condizioni ragionevoli ad alcune risorse essenziali, avvalendosi dei propri diritti di esclusiva per proteggere detta posizione dominante, senza addurre una motivazione oggettiva.

Nella decisione si legge che *Sealink* “*gode di una posizione dominante nel mercato della fornitura di servizi traghetto per passeggeri e auto sulla rotta «corridoio centrale» tra Regno Unito e Irlanda cosicché trarrebbe vantaggio da ogni protezione nei confronti di nuovi concorrenti intenzionati ad accedere al mercato*”. L'accusa mossa da *Sea Containers* si basa, invero, sul fatto che la *Sealink* non abbia adeguatamente separato il proprio ruolo di gestore del porto da quello di esercente di traghetti.

Le condizioni contrattuali imposte da *Sealink*, infatti, comportavano le seguenti criticità: “*a) non consentivano coincidenze ferroviarie adeguate; b) l'ora di partenza dalla costa irlandese sarebbe risultata troppo mattutina; c) l'orario di partenza da Holyhead avrebbe escluso il traffico particolarmente ambito in provenienza dalle principali città britanniche; d) le condizioni di ormeggio previste non lasciavano margini in caso di difficoltà dovute a maltempo; e) l'impiego dell'ormeggio Station avrebbe consentito a Sealink di esercitare un controllo troppo esteso sulle operazioni di Sea Containers*”. Inoltre, le condizioni contrattuali imposte da *Sealink* non consentivano, di fatto, a *Sea Containers* di vedere soddisfatte le proprie esigenze tecniche, consistenti in: una rampa di accesso, una passerella passeggeri, un'area di attesa per almeno 150 auto, un terminale passeggeri, possibilità adeguate di accesso e uscita dei passeggeri e un numero limitato di uffici amministrativi.

Anche in questo caso la Commissione ha effettuato una dettagliata analisi del mercato, andando ad identificare le possibili alternative che consentissero il collegamento del Porto di

⁹ Riferiscono sinteticamente dei casi sopra citati BERTI J., *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, cit., e SIRAGUSA M., *Le essential facilities nel diritto comunitario della concorrenza*, in RAFFAELLI A. (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, cit.

Holyhead con il Porto di *Dun Laoghaire*, così giungendo ad individuare come unica alternativa possibile il passaggio da *Liverpool*, che avrebbe comportato il sostanziale raddoppio dei tempi di navigazione. Continuando, la Commissione afferma che “*stando così le cose, Sea Containers non potrebbe introdurre un servizio di traghetti sulla rotta del corridoio centrale se non aumentando sostanzialmente la durata della traversata o costruendo essa stessa un nuovo porto. Quest’ultima opzione non sarebbe realistica sotto il profilo economico o materiale*”.

Una volta individuato il mercato rilevante, la Commissione non ha avuto difficoltà a qualificare come dominante la posizione detenuta dalla *Sealink*, soprattutto in ragione del fatto che detiene il monopolio della gestione del Porto di *Holyhead* ed è massicciamente presente nel mercato del trasporto via traghetti marittimi: “*Sealink nella sua veste di Autorità portuale detiene una posizione dominante sul mercato della fornitura di infrastrutture portuali per i servizi traghetto auto e passeggeri sulla rotta del corridoio centrale tra Regno Unito e Irlanda*”.

Giova sottolineare che la Commissione, rifacendosi alla copiosa giurisprudenza sulla nozione comunitaria d’impresa¹⁰, ha considerato *Sealink Ports* e *Sealink Line* - operanti rispettivamente nella gestione del Porto e nei servizi di trasporto marittimo - come un’unica impresa, ovverosia una medesima entità economica, a nulla valendo la formale separazione giuridica. Secondo la Commissione, *Sealink Ports* e *Sealink Line* “*sono in pratica una sola unità in termini economici in quanto hanno in comune segretariato e amministratori; inoltre SSL - Sealink Line - esercita un forte controllo sulle attività commerciali di SSP - Sealink Ports. I loro dipendenti non sempre distinguono un’impresa dall’altra e spesso le confondono. Nella presente decisione si farà pertanto riferimento genericamente a Sealink, a meno che non si presenti la necessità di distinguere fra le due entità*”.

La valutazione della condotta si è posta in linea di continuità con i casi già decisi relativi a condotte ostative dell’utilizzo di risorse essenziali giungendo alla qualificazione certa dell’abuso. L’abuso ai sensi dell’art. 102 del TFUE deve essere valutato in ordine alla soddisfazione di tutte le condizioni previste dalla norma come elaborate dalla giurisprudenza. Il fatto che “*un’impresa in posizione dominante in relazione ad un’infrastruttura essenziale*

¹⁰ *ex multis* si veda Corte giust. sentenza del 23 aprile 1991, in causa 41/90, *Klaus Hoefner e Fritz Elser - Macrotron GmbH*, cit.

utilizzi essa stessa tale infrastruttura (p. es.: un'attrezzatura o infrastruttura alla quale devono avere accesso i concorrenti per poter fornire i propri servizi ai clienti) e ne rifiuti l'accesso ad altre imprese senza ragioni oggettive o lo conceda solo a condizioni meno favorevoli di quelle praticate per i propri servizi” costituisce una condotta illecita sanzionabile ai sensi della norma citata.

Il principio cardine di questa decisione è, senza dubbio, quello di *non discriminazione*, inteso come divieto, posto in capo al titolare di una risorsa essenziale, di favorire proprie attività in un mercato vicino. L'avvalersi del potere detenuto su un mercato, in ragione della titolarità esclusiva di una determinata infrastruttura indispensabile, per proteggere o rafforzare la propria posizione in un mercato contiguo, rifiutando o concedendo l'accesso a un concorrente a condizioni meno favorevoli di quelle praticate per i propri servizi, ed imponendogli pertanto uno svantaggio in termini di competitività, deve essere considerato un abuso di posizione dominante.

Infatti, “Sealink ha costantemente ritardato, sollevando difficoltà, l'eventuale uso da parte di SC delle attrezzature esistenti sul lato ovest del porto, ed ha altresì rifiutato fino al 21 giugno 1993 di permettere a SC di costruire, a sue spese, strutture temporanee sul lato est del porto. Dagli elementi disponibili risulta che Sealink non ha offerto a Sea Containers l'accesso al porto di Holyhead su base equa e non discriminatoria, per i motivi indicati in appresso. La Commissione rileva che Sealink non ha condotto le trattative con Sea Containers proponendo o cercando soluzioni ai problemi sollevati e considera che il rifiuto opposto a tutte le proposte di SC senza controfferte o tentativi di negoziare non sia compatibile con gli obblighi gravanti su un'impresa che occupa una posizione dominante in relazione ad un'infrastruttura essenziale. Sealink non ha neppure tenuto un comportamento conforme a quello che ci si attenderebbe da un'Autorità portuale indipendente. Ciò è convalidato dal fatto che la stessa Sealink ha concesso in breve tempo l'autorizzazione al suo proprio servizio di traghetto veloce. In conclusione, SSP ha trattato la richiesta di SC in modo discriminatorio rispetto a quella di SSL”.

Va specificato che il rischio di abuso di posizione dominante non può essere inteso solo nel rapporto tra terminalista ed armatore, ma persino tra Autorità di Sistema Portuale e terminalista, il quale si trova, spesso, ad adattarsi a regolamenti pubblicistici che, in realtà, hanno funzione commerciale (ad es. la contrattazione del canone demaniale).

Questo aspetto è stato chiarito da tempo dalla prassi della Commissione europea. Emblematico, per i terminal portuali, è il citato caso *Rødby* dove la Commissione europea non soltanto si è soffermata sulla natura giuridica degli spazi portuali, ma non ha neppure dato rilevanza al fatto che i comportamenti illeciti fossero imputabili non ad una semplice impresa ma bensì ad una Autorità portuale.

Si tratta, con tutta evidenza, di un approccio sostanziale, che non ha considerato la funzione pubblicistica di *DSB*, in quanto *“la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva che riguarda il comportamento della impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”*¹¹.

In altre parole, anche il comportamento arbitrario delle AdSP, nelle sole fattispecie di gestione delle concessioni, implica la necessità di un comportamento neutrale, non tanto sulla base di una regolazione di tipo pubblicistico, piuttosto in ragione delle conseguenze concorrenziali che ne conseguono, ossia di corretta applicazione di quanto previsto agli art. 101 e 102 TFUE.

CALL FOR INPUT 12 – “Criticità nell’accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture di primo e ultimo miglio a garanzia di tutti i richiedenti nell’ambito delle infrastrutture ferroviarie di interscambio modale in area portuale” e CALL FOR INPUT 13 – “Messa a disposizione delle informazioni necessarie all’accesso alle infrastrutture”

In relazione alle Call for input 12 e 13, si ritiene che per le stesse sono comunque desumibili i concetti ed i commenti esposti in precedenza.

12. Passaggi salienti delle singole fattispecie di “call for input” ritenute di preminente rilevanza

12.1 Riferimenti normativi.

¹¹ Corte Giustizia UE, sentenza del 13 febbraio 1979, *Hoffmann - La Roche*, in causa 85/76, in *Racc.*, p. 461 ss.

Si rappresenta la necessità di un approccio rigoroso al tema della regolazione, sotto i profili giuridici. In particolare, ci si riferisce alla necessità dell'applicazione diretta alle norme del TFUE poste in materia di concorrenza e mercato interno.

12.2 CALL FOR INPUT 1 – “Modalità di rilascio delle autorizzazioni” ex art. 16 L.84/94.

Si rappresenta che la disciplina di cui all'art. 16 L.84/94 attiene una fattispecie non regolatoria, bensì un'autorizzazione - susseguente alle verifiche dell'idoneità tecnico-economica – all'esercizio di un'attività, in ambito portuale, soggetta a completa liberalizzazione. Pertanto, essa non può essere soggetta a misure di regolazione, salvo diverso avviso del legislatore.

12.3 CALL FOR INPUT 2 – “Modalità di affidamento della concessione”

Si rappresenta che, sulle modalità di affidamento, trattasi di procedure che non hanno ad oggetto l'esternalizzazione di un servizio da parte dello Stato (ossia una concessione di servizi), bensì trattasi di concessioni ad oggetto l'utilizzo del bene demaniale, naturalmente inteso come “spazio fisico” portuale. Di conseguenza, l'interazione tra le attività ivi svolte ed il “mercato esterno” sono pienamente soggette alle norme in materia di concorrenza. Pertanto anche i risvolti sulle *essential facility* ed alla integrazione verticale hanno conseguenze esclusivamente con riferimenti agli artt. 101 e 102 TFUE ed agli artt. 2 e 3 L. 287/1990 e non possono, invece, avere un rilievo di tipo regolatorio giuridicamente inteso.


12.4 CALL FOR INPUT 3 – “Durata della concessione”, CALL FOR INPUT 4 – “Trattamento del fine concessione”, CALL FOR INPUT 5 – “Criteri per la determinazione dei canoni concessori”

Gli elementi tipicamente “economici” della concessione - i.e. durata, canone, valore di subentro, in ragione dell'applicazione diretta delle norme poste in materia di concorrenza (ivi incluso l'art. 107 TFUE in materia di aiuti di stato), scontano un'applicazione non discrezionale, bensì da determinare sulla base di una valutazione tecnico-economica sindacabile esclusivamente dalle Autorità competenti in materia di concorrenza (i.e. AGCM e DG COMP della Commissione europea).

12.5 CALL FOR INPUT 7 – “Forme di controllo sulle concessioni e relativo apparato sanzionatorio”

I *Service Level Agreements* sono applicabili esclusivamente laddove vi sia una norma di legge che istituisca un SIEG ai sensi dell'art. 106 TFUE, fattispecie che non si verifica nel settore inteso dalla Delibera 170/2022.

Restando a disposizione di eventuali chiarimenti, porgiamo i nostri migliori saluti.



Luca Becce
Presidente
Assiterminal