

5 dicembre 2022

Spettabile
Autorità di Regolazione dei Trasporti
Via Nizza, 230
10126 – Torino
Alla c.a. del responsabile del procedimento, ing. Roberto Piazza
via pec: pec@pec.autorita-trasporti.it

Call for input sulla determinazione di metodologie e criteri regolatori per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali

Egregi Signori,

facciamo seguito e riferimento alla richiesta di osservazioni al documento accluso *sub* Allegato A alla delibera di codesta Autorità n. 170 del 6 ottobre 2022, recante «*Determinazione di metodologie e criteri regolatori per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali – Call for input*» (la «**Call for input**»).

Deloitte Legal («DL») è lo studio legale inserito nel *network* globale Deloitte e opera in Italia nelle otto sedi distribuite sul territorio nazionale. A partire dal 1° giugno 2021 DL ha istituito la *practice Ports, Shipping & Transport Law*, che coordina professionisti dotati di consolidata e pluriennale esperienza – in ambito sia professionale, sia accademico – in materia di diritto marittimo, portuale e dei trasporti.

Alla luce del costante e approfondito studio degli istituti giuridici presi in considerazione da codesta Autorità nell'ambito della Call for input, nonché dell'esperienza maturata dai professionisti di DL nel prestare consulenza giuridica sia a imprese private operanti nei principali porti italiani (terminalisti, operatori del comparto industriale, prestatori di servizi di interesse generale e non) sia alle Amministrazioni competenti (in particolare, le Autorità di Sistema Portuale), si intende qui di seguito fornire il nostro contributo istruttorio nell'ambito del procedimento finalizzato alla revisione delle «*prime misure di regolazione*» approvate dall'ART in ambito portuale con la delibera n. 57 del 30 maggio 2018.

I. Premessa

1. Prima di esaminare punto per punto i temi descritti nella Call for input riteniamo necessario premettere alcune considerazioni preliminari di carattere generale e sistematico, anche alla luce dell'inquadramento normativo operato da codesta Autorità nella parte introduttiva del documento in questione.
2. In particolare, come già le «*prime misure di regolazione*» adottate con delibera n. 57/2018, la Call for input si qualifica quale espressione della competenza di codesta Autorità «*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*», secondo quanto previsto all'art. 37, comma 2, lett. a) del d.l. n.

201/2011, convertito in l. n. 214/2011.

3. Si tratta di competenze *ex lege* che, in coerenza con criteri di leale collaborazione e semplificazione, necessitano di essere esercitate guardando anche alle prerogative e ai ruoli che l'ordinamento attribuisce, con specifico riferimento alle attività d'impresa svolte in ambito portuale, ad amministrazioni diverse dall'ART, *in primis* alle Autorità di Sistema Portuale («AdSP») istituite con la l. n. 84/1994 (successivamente integrata e modificata, anche in profondità, sia dal d.lgs. 169/2016, sia dal d.lgs. n. 232/2017, cd. "correttivo porti", sia – da ultimo – dalla l. n. 118/2022, menzionata nella stessa Call for input). Tra l'altro, si tratta di disposizioni di legge a loro volta finalizzate a recepire indicazioni e principi di derivazione euro-unitaria¹, che hanno radicalmente mutato il profilo e la natura dei previgenti enti portuali.
4. Proprio con riferimento alle regole di «*accesso alle infrastrutture portuali*», il legislatore ha previsto una compiuta disciplina alla l. n. 84/1994, attraverso la quale, come noto, sono affidati alle AdSP territorialmente competenti ampi compiti di natura pianificatoria (art. 5), nonché di promozione, sovrintendenza e di regolazione nei confronti di tutte le attività d'impresa operanti nel porto (art. 6). Tra tali prerogative sono espressamente ricompresi «*compiti di indirizzo, programmazione, coordinamento, promozione e controllo, anche mediante gli uffici territoriali portuali ... delle operazioni portuali e dei servizi portuali, delle attività autorizzatorie e concessorie di cui agli articoli 16, 17 e 18 e delle altre attività commerciali e industriali esercitate nei porti e nelle circoscrizioni territoriali*» (cfr. l'art. 6, comma 4, lett. a) della l. n. 84/1994), anche attraverso l'esercizio di autonomia regolamentare (v. l'art. 6, comma 5, della l. n. 84/1994), nonché la gestione del demanio portuale, che la l. n. 84/1994 disciplina attraverso un rinvio anche alle rilevanti norme del codice della navigazione (artt. 36 e ss.).
5. Non va poi dimenticato che, sempre a norma della l. n. 84/1994, alle AdSP è attribuito il potere di coordinamento di tutte le altre Amministrazioni aventi competenza nei porti (cfr. l'art. 6.4.d)), e che, per quel che riguarda l'amministrazione degli specchi acquei portuali e del mare antistante i porti, restano comunque salve le competenze dell'Autorità marittima. Tale amministrazione, in disparte dalle funzioni a essa attribuite dal codice della navigazione e dalle leggi speciali in materia di polizia e sicurezza dei porti e delle acque antistanti, svolge a sua volta il compito di ente regolatore di taluni servizi svolti in ambito portuale che il legislatore definisce espressamente come servizi di interesse generale (segnatamente i cd. servizi tecnico-nautici, di cui all'art. 14 della l. n. 84/1994).
6. Proprio sulla scorta di tali considerazioni, la giurisprudenza di legittimità ha da tempo riconosciuto la natura delle AdSP quali enti pubblici non economici dotati di funzioni

¹ Si vedano le celebri sentenze della Corte di Giustizia del 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, e 12 febbraio 1998, C-163/96, *Raso e a.*

regolatorie in ambito portuale².

7. Tali funzioni regolatorie paiono quindi ricomprendere tutte le attività svolte in porto (al netto di quelle marittime, di cui si è riferito sopra), ivi inclusa la fase di «*accesso*» alle operazioni e i servizi portuali, dettagliatamente disciplinata dagli articoli 16, 17 e 18 della l. 84/1994, secondo le competenze attribuite dalla stessa legge portuale al Presidente e al Comitato di Gestione delle AdSP (si vedano gli artt. 8 e 9 della l. n. 84/1994).
8. In ragione di principi trasversalmente applicabili nell'ordinamento, appare quindi necessario coordinare le competenze conferite all'ART da parte della propria legge istitutiva con le norme di legge appena richiamate.
9. Sul punto, occorre a nostro avviso tenere a mente
 - a) il rapporto di competenze speciali tra settore portuale e attività di regolazione dei trasporti in senso lato, in una situazione in cui i porti costituiscono non solo un "luogo" nel quale avviene attività economica, regolata ovvero in regime di concorrenza, ma rappresentano anche un *asset* fondamentale di tipo geostrategico soprattutto per un Paese come il nostro, e le attività economiche ivi svolte vanno considerate in un contesto non limitato alla loro mera regolazione (a protezione degli utenti), rilevando in modo significativo altri interessi, considerato che i porti sono il primo punto di ingresso del commercio internazionale e quello di uscita di gran parte delle esportazioni. Rilevano quindi anche profili di security, di accesso al territorio nazionale (ed europeo); ma rilevano altresì tutte le ricadute sul territorio che il porto può generare, la cui estensione è direttamente proporzionale all'importanza dei singoli porti, e relativamente alla quale diventano anche decisivi i rapporti con gli organi e i soggetti di governo locale, dalle città alle Regioni, ma anche a livello governativo e, non raramente, con Stati o soggetti pubblici stranieri. Questo è uno dei principali motivi per cui, nel modello dei cd. *landlord ports* prevalentemente vigente a livello globale, i porti tendono ad essere amministrati e gestiti da enti e amministrazioni *ad hoc* e terze rispetto alle altre agenzie di regolazione, e sono anche profondamente diversi da altre "infrastrutture" di trasporto;
 - b) la conseguente diversità degli ambiti regolatori in rilievo, legati alla particolare natura delle due Autorità in esame e ai potenziali profili di connessione (ma, riteniamo, non di sovrapposizione) di attribuzioni tra esse;
 - c) che l'accesso alle infrastrutture portuali è peculiare non già in quanto si tratta di "infrastrutture", bensì in quanto il bene-porto è demaniale, quindi necessariamente dello Stato, proprio per le valenze dei porti come sopra

²si vedano le pronunce rese dalle SS. UU. della Corte di Cassazione in data 24 luglio 2013, n. 17930 e 13 giugno 2016, n. 12085, ove si legge che «*[l]e autorità portuali sul piano funzionale e finanziario sono enti pubblici non economici e, come tali, sono amministrazioni pubbliche*» i cui compiti privilegiano «*la funzione di soggetto regolatore e non produttore di servizi portuali, sul piano non solo funzionale, ma anche finanziario*»; nella giurisprudenza amministrativa, si vedano *ex multis* Cons. Stato, 1° settembre 2000, n. 4656; 9 luglio 2002, n.1641 e 15 dicembre 2014, n. 6146.

sinteticamente accennate. In linea di principio, le attività economiche di gran lunga prevalenti sono svolte in un mercato concorrenziale, essendo rilevante dal punto di vista regolatorio non tanto il contenuto del servizio, quanto l'occupazione di una risorsa scarsa, quale il demanio, relativamente alla quale è compito precipuo e qualificante delle AdSP, secondo la legge, proprio quello della sua amministrazione e gestione;

- d) che, nella prospettiva sopra indicata, appare più proprio impostare il ragionamento sul principio ormai consolidato secondo cui il porto non è un mercato, ma un bene demaniale che viene utilizzato dalle imprese conformemente al criterio del più proficuo utilizzo del demanio, norma cardine del sistema scolpita nell'art. 37 cod.nav. e che si declina non necessariamente in senso puramente economico, ma anche sociale, ambientale, e come già evidenziato, geo-strategico. In questo contesto, nella misura in cui la missione istituzionale dell'ART è – per espressa previsione dell'art. 37, comma 2, del d.l. n. 201/2011 – quella di «*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*», ci pare si tratti di profili che non esauriscono gli interessi sottesi alla disciplina delle operazioni e dei servizi portuali ex art. 16 della l. n. 84/1994 e delle relative concessioni, e men che meno delle altre attività economiche svolte nei porti (es., quella industriale), rispetto alle quali, di contro, valgono i medesimi criteri e principi legati alla natura demaniale dei porti, tipici della “regolazione” delle AdSP e delle altre amministrazioni specificamente competenti nell'ambito portuale.
10. È quindi in questo contesto che va inquadrato l'art. 8, comma 3, lett. (n), della l. n. 84/1994, il quale prevede che l'esercizio dei poteri di gestione su autorizzazioni e concessioni per operazioni portuali da parte delle AdSP venga svolto «*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*».
11. Alla luce delle considerazioni appena esposte, ci parrebbe utile valorizzare quanto evidenziato anche dal Consiglio di Stato nell'ambito del parere n. 2199/2017 reso proprio sullo schema del menzionato “correttivo porti”³, e cioè che, nel settore di cui trattasi, tali aspetti di competenza siano da limitare alle prerogative riconosciute *ex lege* all'ART «*[n]ell'ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481*».
12. In tal senso, giova quindi delimitare le competenze di ART e delle AdSP in materia di «*accesso alle ... infrastrutture ... portuali*», nell'ottica privilegiata della proficua

³ In tale parere il Consiglio di Stato ha evidenziato che tale disposizione «*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*».

collaborazione, con l'accortezza di evitare fenomeni di *over-regulation* in quei casi in cui già le AdSP si siano dotate di strumenti regolatori flessibili (ad es. i locali regolamenti per l'esercizio delle operazioni e dei servizi portuali, nonché per l'assentimento di concessioni demaniali) e identicamente volti a garantire il rispetto dei principi di efficienza, imparzialità, trasparenza e non discriminazione tra operatori proprio nella fase di "accesso" alle attività di cui trattasi.

13. In quest'ottica ci proponiamo di offrire il nostro contributo rispetto ai contenuti della Call for input di codesta Autorità.

II. Sulla call for input n. 1: modalità di rilascio delle autorizzazioni ai sensi dell'art. 16 della l. n. 84/1994

14. Con riferimento alle modalità di rilascio delle autorizzazioni per lo svolgimento di operazioni e servizi portuali ai sensi dell'art. 16 della l. n. 84/1994, la Call for input richiede «osservazioni ed altri elementi utili in merito a possibili aggiornamenti ed integrazioni delle misure regolatorie in grado di garantire i principi di equità, trasparenza e non discriminazione nel rilascio» di dette autorizzazioni, anche al fine di limitare il «fenomeno della integrazione verticale» (v. pp. 7 e 8 della Call for input).
15. In via preliminare, occorre considerare che le indicazioni elaborate da codesta Autorità in merito ai profili di gestione e di vigilanza su tali attività (pubblicità delle tariffe, obbligo di motivazione riguardo ai casi di limitazione del numero massimo di autorizzazioni rilasciabili nei singoli porti ecc.) riguardano aspetti nella maggior parte dei casi già regolati dalle AdSP nell'ambito di regolamenti adottati a livello locale e in cui sono generalmente definite e disciplinate le tipologie di servizi portuali ammessi nel singolo porto, le relative limitazioni, i requisiti che le imprese devono possedere al fine di essere autorizzate all'esercizio di tali attività, nonché le rilevanti regole istruttorie e gli obblighi delle imprese autorizzate.
16. In tal senso, quindi, parrebbe più efficace procedere con una ricognizione delle singole prassi locali, così da poter evidenziare possibili criticità o elementi di incoerenza tra un porto e l'altro, lasciando tuttavia alle singole AdSP la possibilità di regolare i servizi autorizzabili nel singolo porto e di disciplinare le rilevanti istruttorie a seconda delle necessità, del contesto operativo e della dotazione di personale degli Uffici.
17. Quanto, invece, alla invocata necessità predeterminazione dei criteri per stabilire la durata delle autorizzazioni, nonché di quelli per valutare le richieste di rinnovo, si ritiene meglio aderente a principi di flessibilità, semplificazione e discrezionalità amministrativa la prassi per cui – fermo l'obbligo di soddisfare i requisiti previsti dalla legge⁴ e dai regolamenti locali per l'ottenimento delle autorizzazione di cui trattasi – le valutazioni su aspetti peculiari delle singole richieste (quali appunto la durata dell'autorizzazione e del suo rinnovo) non vengano rigidamente determinati *ex ante* in atti ad applicazione generalizzata, ma siano invece valutati caso per caso dalle AdSP alla luce delle loro prerogative *ex lege*, a patto ovviamente che di tali valutazioni sia data adeguata evidenza nella motivazione dei provvedimenti autorizzativi nonché negli atti istruttori ad essi prodromici.

⁴Si veda il d.m. n. 585/1995.

III. Sulla *call for input* n. 2: modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime ai sensi dell'art. 18 della l. n. 84/1994

18. Con riferimento alla sezione della Call for input espressamente dedicata alle concessioni portuali ai sensi dell'art. 18 della l. n. 84/1994, occorre in via preliminare ribadire che – come del resto sottolineato da codesta Autorità a pp. 9 e 10 del documento oggetto del presente contributo – l'ultima revisione di tale norma, operata dalla l. n. 118/2022, ha mantenuto la previsione per cui spetta al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, l'adozione di un decreto recante i «*criteri*» che regolano (i) l'assegnazione delle concessioni in questione; (ii) l'individuazione della loro durata; (iii) l'esercizio dei poteri di vigilanza e controllo da parte delle autorità concedenti; (iv) le modalità di rinnovo e le modalità di trasferimento degli impianti al nuovo concessionario al termine della concessione; (v) l'individuazione dei limiti dei canoni a carico dei concessionari; (vi) l'individuazione delle modalità volte a garantire il rispetto del principio di concorrenza nei porti di rilevanza economica internazionale e nazionale.
19. Alla luce della conferma di tale delega ministeriale, riteniamo che l'obiettivo di codesta Autorità di «*individuare tra l'altro specifiche metodologie attuative dei «principi» previsti dal citato art. 18 nonché dei criteri che ... dovranno essere definiti, per uniformare la disciplina per il rilascio delle concessioni*» non dovrebbe costituire *ex se* un atto di “regolazione”, essendo la materia destinata a essere altrimenti disciplinata da un decreto previsto per legge.
20. In tale prospettiva, l'ART potrebbe piuttosto analizzare le prassi in materia già seguite dalle AdSP nell'esercizio delle loro prerogative istituzionali e quindi fornire suggerimenti operativi, laddove proprio tali prassi fossero ritenute migliorabili sotto il profilo della «*concorrenza, [del]l'efficienza produttiva delle gestioni e [de]l contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori*».
21. Detto questo, le «*soluzioni procedurali*» a cui fa riferimento la Call for input riguardo alle modalità di affidamento di concessioni demaniali marittime ai sensi dell'art. 18 della l. n. 84/1994 non appaiono del tutto coerenti con il modello procedimentale “tipico” previsto dalla legge per i rilevanti procedimenti.
22. In particolare, i ripetuti riferimenti a «*bandi*», a tempistiche «*predeterminate*» per la presentazione di nuove istanze di assegnazione e a «*criteri predeterminati per la selezione delle domande*», sembrano guardare a un procedimento amministrativo identificabile con la gara pubblica avviata d'ufficio e non con quello a istanza di parte da sempre previsto dagli art. 36 e ss. cod.nav. e, da ultimo, contemplato direttamente – quale “regola generale” – anche dall'articolo 18 della l. n. 84/1994, a seguito della novella operata dalla l. n. 118/2022⁵.
23. Del resto, il condivisibile e necessario rispetto dei requisiti di pubblicità e trasparenza, di

⁵ Si veda l'attuale comma 1 dell'art. 18 della l. n. 84/1994, ove è riportato espressamente che «*[l]e concessioni sono affidate, previa determinazione dei relativi canoni, anche commisurati all'entità dei traffici portuali ivi svolti, sulla base di procedure ad evidenza pubblica, avviate anche a istanza di parte, con pubblicazione di un avviso, nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e proporzionalità, garantendo condizioni di concorrenza effettiva*».

derivazione euro-unitaria, non implica che la selezione tra aspiranti concessionari debba necessariamente svolgersi tramite gara pubblica e sulla base di “bandi” originati dalla P.A. Anzi, il procedimento a istanza di parte *ex artt.* 36 ss. cod.nav. e 18 della l. n. 84/1994, se correttamente applicato e aggiornato anche alla normativa sulla trasparenza amministrativa, garantisce alle AdSP adeguate forme di trasparenza, imparzialità e soprattutto efficienza, grazie al meccanismo pubblicitario previsto dall’art. 18 reg.nav.mar.

24. Quanto ai criteri fondamentali per la comparazione delle offerte, il “criterio-guida” per le AdSP è già esplicitato dall’art. 37 cod.nav., che lo individua nella proficua utilizzazione del demanio e nell’utilizzo di quest’ultimo rispondente a un più rilevante interesse pubblico. Inoltre, si tenga a mente che, in sede di PRP, l’AdSP pianifica le specifiche attività o destinazioni del demanio, con ciò qualificando ulteriormente i requisiti di legge, fermo poi che – trattandosi come detto di concessioni di beni e non di servizi o di opere – appare meglio posizionato l’operatore imprenditoriale rispetto alla P.A. nell’identificazione delle proposte di iniziative per lo sviluppo dell’area portuale di cui trattasi secondo la sua destinazione come definita dall’AdSP.
25. In questo contesto, è quindi centrale il contenuto delle istanze degli imprenditori interessati e pubblicate *ex art.* 18 reg.nav.mar.: è infatti sui dati e sulle previsioni indicate dagli aspiranti concessionari nel proprio piano d’impresa che ha luogo il confronto comparativo, in coerenza con criteri di flessibilità e proporzionalità e attraverso un’istruttoria completa e conclusa con un provvedimento finale motivato dell’AdSP.
26. Non sempre, quindi, appare pertinente il riferimento a “bandi di gara” o a “criteri predeterminati” in materia di concessioni demaniali marittime, trattandosi di settore in cui non si tratta di descrivere le condizioni di un’opera o di un servizio, bensì di recepire progetti imprenditoriali di coloro che si trovano sul mercato e ne conoscono le esigenze.
27. Diverso (e sicuramente rispondente al “regime di diritto comune” trasversalmente applicabile a tutte le concessioni demaniali marittime) è, invece, il caso in cui l’AdSP declini i criteri di valutazione delle istanze (anche concorrenti) di concessione sulla base della proposta ricevuta e dei generali principi e interessi pubblici alla base di un proficuo e virtuoso sfruttamento del demanio portuale da parte degli aspiranti concessionari (sostenibilità ambientale, compatibilità con gli strumenti pianificatori, incremento delle prospettive imprenditoriali e di occupazione ecc.), nell’ottica comunque di mantenere una discrezionalità amministrativa che risulta essenziale alla luce delle prerogative *ex lege* in capo alle AdSP, fermo l’obbligo di motivazione riguardo alla scelta del concessionario e delle ragioni di interesse pubblico alla sua base. In un settore cangiante e molto dinamico come quello di cui trattasi, può essere pregiudizievole per lo stesso sviluppo di un porto la fissazione di criteri rigidi *ex ante*, che limitano la discrezionalità e il “governo” del porto, o meglio del territorio demaniale al quale si vuole dare l’accesso.
28. Peraltro, il modello *ex parte* meglio si adatta all’attuale scenario concessorio e alle esigenze dei suoi attori: si consideri che la sostanziale totalità delle concessioni portuali è oggi rilasciata su istanza di parte, essendo piuttosto rare le fattispecie di nuovi porti o porzioni di porto realizzate *ex novo* e per le quali si avviano manifestazioni di interesse ad opera delle AdSP, ovvero di abbandono o rilascio (anche per decadenza) di aree portuali in

precedenza occupate da privati concessionari. Piuttosto, nella misura in cui anche nei porti il contributo di capitali privati può essere valorizzato per la realizzazione di nuove infrastrutture, lo strumento del PPP di cui all'art. 180 e ss. del d.lgs. n. 50/2016 appare certamente applicabile, e costituisce un'utile alternativa pienamente inserita nelle norme di diritto comune.

29. Questo risultato è parimenti del tutto coerente con la circostanza secondo cui la richiesta di uso del demanio per operazioni portuali (e in generale per l'attività di impresa) origina dalle imprese che si propongono di offrire servizi agli utenti portuali in condizioni di concorrenza con altri operatori, sulla scorta di un'analisi della domanda esistente nel mercato. Assai meno frequente, ove mai, è il caso in cui sia lo Stato a "ipotizzare" in astratto una tale offerta di servizio, che anzi in passato si è rivelata controproducente, nella misura in cui, quasi sempre, tale iniziativa è stata preceduta dalla realizzazione di infrastrutture in assenza di adeguate analisi della domanda (i dei costi-benefici, in una situazione in cui diventa sempre più importante anche il tema dei collegamenti *inland* e delle relative infrastrutture).
30. Sicché, se muoviamo dall'idea imprenditoriale dell'*incumbent* che, in funzione di assecondare un progetto imprenditoriale in porto, presenta all'AdSP tale progetto per ottenere una concessione e chiede a istanza di parte l'attivazione della procedura pubblica, è logico dedurre che i criteri di selezione contenuti nell'avviso ripetano largamente le indicazioni del soggetto istante e che quindi su quel progetto si possa innestare la selezione.
31. Si badi, anche in questi casi, l'AdSP deve preliminarmente ritenere meritevole di istruttoria l'istanza, e deve quindi *prima facie* non solo valutarne l'ammissibilità rispetto alla pianificazione portuale e- ove necessario – all'esistenza di adeguati collegamenti o *facilities* retroportuali, ma anche dividerne i contenuti e l'idea imprenditoriale che ne è alla base (ad esempio, rispetto ai progetti di sviluppo del porto, sia come traffici, marittimi e *inland*, sia sotto altri profili quali la sostenibilità, la transizione ecologica/energetica, ecc.). Una volta definita questa importante di fase pre-istruttoria, l'istanza potrà essere pubblicata (anche per estratto, in doveroso ossequio al principio di proporzionalità) e nell'avviso quindi l'AdSP dovrà "ripetere" sostanzialmente i punti caratterizzanti l'istanza e dar conto dei criteri che essa intende valutare in sede di eventuale selezione tra più concorrenti, nel perseguimento dell'invalso principio-cardine del «*più proficuo sfruttamento del demanio portuale*» sancito al già menzionato art. 37 cod.nav.
32. È quindi auspicabile che, quando si tratta di predeterminare criteri svincolati dal caso concreto (*i.e.* dall'istanza che arriva all'AdSP per essere istruita), essi siano o molto ampi (professionalità, capacità finanziaria, capacità tecnica), ovvero siano di fatto immanenti nell'ordinamento o *ex lege* già previsti (sostenibilità ambientale, efficienza energetica, ecc.), così da poter essere se del caso integrati a seconda delle specificità del singolo caso.
33. Del resto, la legittimità del modello procedimentale sopra sintetizzato e la sua conformità ai principi di imparzialità, trasparenza e non discriminazione sono state più volte sancite dalla giurisprudenza sia europea sia nazionale. In particolare,

- a) la Corte di Giustizia ha precisato che in materia di concessioni demaniali l'unico obbligo per gli Stati membri che «*intendano assegnare una concessione che non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive relative alle diverse categorie di appalti pubblici*»⁶ è costituita dal «*rispett[ò del]le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione*»⁷;
- b) il Consiglio di Stato ha in più occasioni evidenziato che «*non sussiste un obbligo di legge di procedere all'affidamento della concessione nelle forme tipiche delle procedura ad evidenza pubblica previste per i contratti d'appalto della pubblica amministrazione, con previa definizione dei criteri di valutazione delle offerte [...] l'assenza di un obbligo per l'amministrazione di indire una procedura ad evidenza pubblica risiede nella fondamentale circostanza che nell'ipotesi prevista dall'art. 37 [cod.nav.] la domanda perviene dal mercato privato, al contrario dell'ipotesi tipica dei contratti pubblici, in cui è invece l'amministrazione a rivolgersi a quest'ultima. In altri termini, la concomitanza di domande di concessione prevista dall'art. 37 determina già di per sé una situazione concorrenziale che preesiste alla volontà dell'amministrazione di stipulare un contratto e che pertanto non richiede le formalità proprie dell'evidenza pubblica*»⁸
34. Tutto quanto precede vale anche per le domande di rinnovo delle concessioni in scadenza.
35. Anche in tale contesto, infatti, «*gli obblighi di trasparenza, imparzialità e rispetto della par condicio imposti all'amministrazione, anche a livello europeo, sono soddisfatti da un efficace ed effettivo meccanismo pubblicitario preventivo sulle concessioni in scadenza, in vista del loro rinnovo in favore del miglior offerente, e ciò all'evidente fine di stimolare il confronto concorrenziale tra più aspiranti; e da un accresciuto onere istruttorio in ambito procedimentale, nonché motivazionale in sede di provvedimento finale, da parte delle amministrazioni concedenti, rivelatore degli incombeni adempiuti dalla amministrazione ai fini di rendere effettivo il confronto delle istanze in comparazione (e quindi anche sul piano degli adempimenti pubblicitari preventivi), e da cui emergano in modo chiaro, alla luce delle emergenze istruttorie, le ragioni ultime della opzione operata in favore del concessionario prescelto, in applicazione del criterio-guida della più proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse*»⁹.
36. Tanto che, ancor più di recente, il Consiglio di Stato ha reso un nuovo parere sulla più

⁶Quali le concessioni di beni, ai sensi del considerando n. 15 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione («*taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva*»).

⁷ Cfr. Sentenze 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, § 64, e 13 luglio 2017, C-701/15, *Malpensa Logistica Europa*, §§ 31 e 33.

⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2017, n. 688, § 21; in termini, si vedano Cons. Stato, 16 giugno 2009, n. 5765; TAR Liguria, 29 luglio 2016, n. 907 e TAR Toscana, 12 novembre 2018, n. 1475.

⁹ Cfr. la già menzionata sentenza del Cons. Stato n. 688/2017, § 23.

recente bozza di decreto interministeriale attuativo dell'art. 18 della l. n. 84/1994, nell'ambito del quale ha avuto modo di superare alcune conclusioni contenute nel precedente parere n. 1505/2016 (menzionato a p. 10 della Call for input), i cui contenuti costituiscono in effetti un riferimento del tutto isolato.

37. In particolare, valorizzando anche i contributi negli anni forniti dall'AGCM e da codesta Autorità, il parere del Consiglio di Stato n. 1740/2022 ha positivamente valutato il modello regolamentare proposto dal Governo italiano in quanto *«avviato, anche su istanza di parte, mediante pubblicazione di avviso pubblico, e improntato al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica»*, essendo caratterizzato da criteri di valutazione flessibili e adattabili al singolo caso di specie da parte delle AdSP, anche in ossequio al principio di semplificazione amministrativa.
38. In tale contesto, il Consiglio di Stato ha inoltre evidenziato che (i) *«la chiara individuazione delle regole che disciplinano l'iter delle procedure ad evidenza pubblica, avviate d'ufficio o su istanza di parte, per il rilascio di tale tipologia di concessioni, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, è già di per sé stessa una forma di semplificazione amministrativa che può facilitare l'ingresso di nuovi operatori nel mercato, con conseguenti effetti positivi sulla concorrenza»* (cfr. p. 14 del parere in questione); (ii) *«le procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni in ambito portuale possono essere avviate sia d'ufficio che ad istanza di parte»* (p. 15).
39. Ci paiono spunti meritevoli di apprezzamento e attenzione anche nell'ambito delle valutazioni istruttorie sottese alla Call for input.

IV. Sulla call for input n. 3: durata della concessione

40. Con riferimento alla durata delle concessioni demaniali in ambito portuale, si condivide l'impostazione per cui essa debba essere determinata dall'AdSP sulla base di valutazioni istruttorie collegate alla tipologia delle attività del concessionario e degli investimenti illustrati nel piano d'impresa/programma di attività del soggetto aggiudicatario, nonché alle prospettive articolate da quest'ultimo in sede di piano economico finanziario.
41. Si tratta, infatti, di valutazioni essenziali ai fini di garantire la sostenibilità del programma di sfruttamento del demanio marittimo prospettate da parte del soggetto privato interessato, a vantaggio non solo degli interessi di quest'ultimo ma anche dell'interesse pubblico a un proficuo sfruttamento del demanio portuale.
42. Quanto precede determina, a nostro avviso, due corollari.
43. In primo luogo, non pare consigliabile prevedere un limite "predeterminato" e generale di durata massima delle concessioni da rilasciare in ambito portuale, posto che i piani d'impresa possono variare gli uni rispetto agli altri e, quindi, prevedere tempi differenti di ammortamento degli investimenti e di sviluppo dell'attività di un concessionario in un determinato contesto rispetto ad altro concessionario in altro contesto. In una situazione

in cui, quindi, la valutazione della durata della concessione è il frutto di un'analisi attenta dell'AdSP sulla conformità del piano d'impresa presentato dall'aspirante concessionario con gli obiettivi strategici di sviluppo del porto, sulla sostenibilità del PEF ad esso collegato e sulla conseguente congruità del periodo concessorio richiesto dall'istante, sussistono dubbi sul fatto che la durata possa essere predeterminata *ex ante* in atti di generali di regolazione adottati a livello centrale o locale.

44. In secondo luogo, occorre consolidare il principio secondo cui i piani d'impresa dei concessionari demaniali portuali sono strumenti flessibili e in continuo divenire¹⁰, proprio per la necessità di un loro costante adeguamento all'evoluzione della domanda, e cioè dei mercati dei trasporti (marittimi e non solo) cui essi sono serventi. In tali contesti, infatti, un operatore serio, che vuole sfruttare in modo proficuo il demanio, è costretto ad assecondare costantemente (e se possibile anticipare) il mercato; così, è difficile pensare che, in sede di rilascio del titolo, il concessionario scriva il piano di impresa con capacità previsionali pluridecennali, cioè corrispondenti alla durata di una concessione demaniale portuale di rilievo non minimale.
45. Quanto precede implica che, spesso, i concessionari si trovano a dover adeguare, modificare e incrementare i propri investimenti sul demanio e, quindi, gli assunti e il piano di impresa su cui la concessione è stata rilasciata, con necessità di riequilibrare regolarmente il proprio PEF, confrontandosi quindi con l'AdSP per gestirne le ricadute sul piano delle modifiche rispetto agli assunti iniziali del rapporto concessorio e le conseguenze che al riguardo ne scaturiscono sulla concessione.
46. Tali necessità possono quindi sfociare in richieste di variazione del contenuto della concessione ai sensi dell'art. 24 reg.nav.mar., le quali – se convincono l'AdSP a cui sono rivolte – devono essere pubblicate per doverosa applicazione dei principi di imparzialità e trasparenza già menzionati, con conseguente sollecitazione di eventuali contributi esterni da parte di terzi.

V. Sulla *call for input* n. 4: trattamento di fine concessione

47. Al tema appena evidenziato sono indissolubilmente legate alcune considerazioni in tema di "trattamento di fine concessione" e, in particolare, quelle legate ai «*criteri di calcolo dell'eventuale indennizzo a favore del concessionario uscente*».
48. Si tratta di istituto che – a ben vedere, e secondo la prassi invalsa nel comparto – non pare rilevare tanto in casi di «*scadenza della concessione*», nei quali il concessionario uscente abbia già attuato il proprio piano di impresa e abbia quindi goduto del titolo per l'intera durata del periodo concessorio, quanto piuttosto in ipotesi di cessazione anticipata del rapporto per ragioni di pubblico interesse oppure proprio in quei casi in cui l'*incumbent* richieda in anticipo un rinnovo del titolo concessorio, sottoponendo all'AdSP un nuovo programma di investimenti e avviando così una possibile procedura selettiva, all'esito della quale potrà porsi, ove del caso, un tema di revoca anticipata e conseguente indennizzo.

¹⁰ Si veda TAR Liguria, 24 maggio 2012, n. 747.

49. Ad oggi, nell'ambito delle disposizioni applicabili alle concessioni demaniali marittime, l'unica norma contenente regole per la quantificazione di indennizzi in capo al concessionario – seppur nella specifica fattispecie di revoca della concessione per ragioni di sopravvenuto pubblico interesse – è l'art. 42 cod.nav.¹¹, i cui criteri sono tuttavia figli di un'altra epoca e necessitano di essere adattati a un contesto in cui, come anticipato, alla concessione di aree demaniali è legato un programma di attività definito e basato su determinate prospettive di sostenibilità economica sul lungo periodo.
50. In questi casi, è auspicabile che le indicazioni da recepire nei rilevanti atti regolatori da parte delle AdSP e/o dei Ministeri competenti alla redazione del decreto attuativo dell'art. 18 della l. n. 84/1994 consentano una adeguata valorizzazione degli investimenti sostenuti e non ancora ammortizzati da parte del concessionario "uscente", anche ai fini di garantire una reale "contendibilità" sul demanio in ipotesi quali quelle dianzi menzionate.
51. In tal senso, occorre poi identificare il soggetto tenuto a pagare l'indennizzo al concessionario uscente, se sia cioè l'Amministrazione ovvero il terzo che ha presentato istanza concorrente rispetto a quella dell'*incumbent*.
52. La soluzione preferibile potrebbe essere proprio quest'ultima, anche al fine di bilanciare gli interessi in gioco e le posizioni in sede di valutazione comparativa tra (i) un concessionario *incumbent* che ha performato il proprio piano di impresa ed è intenzionato a sviluppare ulteriormente la propria attività ma che, verosimilmente, non ha ancora completamente ammortizzato gli investimenti sino ad allora sostenuti e (ii) un soggetto terzo che – nel caso in cui presentasse una proposta ritenuta "migliore" da parte dell'Amministrazione – si troverebbe ad "accedere" al demanio prima della sua naturale scadenza per "sostituire" il precedente concessionario in un'attività già avviata.
53. Al tempo stesso, appare quanto meno opportuno che nei requisiti per la partecipazione alla procedura di valutazione comparativa si identifichino parametri idonei a garantire che le *past performances* dell'*incumbent* e le prospettive di sviluppo dell'attività collegate ai nuovi investimenti siano adeguatamente valorizzate.
54. Quanto sopra non pare dar corpo a surrettizi "vantaggi competitivi" per il concessionario *incumbent*, ma può anzi configurare un elemento di serietà dell'offerta comparativa (in un'ottica non diversa da quella che, *mutatis mutandis*, avviene per le OPA nel diritto dei mercati finanziari) e costituire quindi anche una sorta di garanzia per l'Amministrazione quanto alla serietà del *newcomer* e quindi rispetto all'obiettivo primario che il demanio sarà sfruttato compatibilmente con prospettive che già avevano convinto l'AdSP ad avviare il procedimento in questione, nell'ottica cioè del continuo più proficuo utilizzo del territorio portuale.
55. Del resto, in questo modo risulterebbero soddisfatti (i) i parametri di imparzialità, parità di

¹¹ Segnatamente, a norma dell'art. 42 cod.nav., «Nelle concessioni che hanno dato luogo a una costruzione di opere stabili l'amministrazione marittima, salvo che non sia diversamente stabilito, è tenuta a corrispondere un indennizzo pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato. In ogni caso l'indennizzo non può essere superiore al valore delle opere al momento della revoca, detratto l'ammontare degli effettuati ammortamenti».

trattamento¹² e proporzionalità, che costituiscono principi imprescindibili ai fini dell'affidamento di concessioni demaniali marittime (v. art. 37 cod.nav., come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa menzionata alla nota n. 10) e, al tempo stesso, (ii) i «*principi di concorrenza e ... di garanzia dell'esercizio dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti ... che, anche in forza dell'orientamento giurisprudenziale assunto dalla giustizia amministrativa, conformano ab imis l'affidamento delle aree portuali*» nonché, come detto, la gestione complessiva del rapporto concessorio (cfr. la già menzionata sentenza del TAR Liguria n. 747/2012).

VI. Sulla call for input n. 5: criteri per la determinazione dei canoni demaniali

56. Con riferimento ai criteri per la determinazione dei canoni demaniali, occorre evidenziare preliminarmente che eventuali alterazioni dei meccanismi e dei coefficienti oggi vigenti in materia dovranno coordinarsi con quelli stabiliti, a livello ministeriale, per le specifiche tipologie di concessione e di beni demaniali oggetto di concessione, nella misura da ultimo indicata dal Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili con D.M. 13 dicembre 2021¹³. E dovranno altresì prendere in considerazione la circostanza secondo cui – in coerenza con la funzione non esclusivamente economica del demanio – la misura del canone non necessariamente è correlata al “valore” del sedime concesso, soprattutto nei porti. Va in tal senso scongiurata l'ipotesi di qualificare il canone come un “corrispettivo” per il “godimento di un bene”, alla stregua cioè di un fatto economico, non solo per le ricadute di ordine sistematico che ciò avrebbe dal punto di vista del diritto UE, ma anche perché l'interesse pubblico non si identifica nella specie con la massimizzazione dei ricavi da canoni demaniali, bensì come detto col più proficuo sfruttamento del demanio, nell'accezione poliseno più volte accennata.
57. Ciò posto, l'idea di potenziali “sconti” su una parte variabile di canone concessorio quale “premio” al concessionario in caso di *performance* concessorie positive potrebbe essere uno strumento coerente non solo con la necessità delle AdSP di incentivare un proficuo sfruttamento del demanio portuale, ma anche con norme e prassi già oggi applicate nei porti italiani, che consentono ai concessionari di ottenere detrazioni fino al 50% del canone demaniale quale riconoscimento di investimenti infrastrutturali e/o manutenzioni straordinarie sostenute sul demanio portuale¹⁴.

VII. Sulla call for input n. 6: obblighi/oneri a carico di concedente e concessionario

58. Con riferimento al prospettato inserimento nelle concessioni di clausole idonee a (i) determinare nella maniera più chiara possibile la destinazione d'uso delle aree/banchine

¹² Tale principio, in particolare, postula non solo che situazioni di partenza analoghe tra concorrenti debbano essere disciplinate in maniera non differente tra loro, ma anche (e per quanto rileva nel nostro caso) che «*situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale*» (cfr. TAR Lazio Latina, 23 gennaio 2017, n. 34).

¹³ Aggiornamenti, relativi all'anno 2022, delle misure unitarie delle concessioni demaniali marittime, in G.U. 10 febbraio 2022, n. 34, p. 93.

¹⁴ Si vedano l'art. 2, comma 2, del d.m. 19 luglio 1989 e le declinazioni di tale norma nei regolamenti adottati a livello locale dalle AdSP per regolare la materia.

in concessione all'operatore privato, anche in coerenza con gli strumenti pianificatori adottati dalle AdS; (ii) disciplinare eventuali interferenze con terminalisti confinanti sia a livello di spazi operativi che di priorità accosti alle banchine; (iii) regolare ipotesi di realizzazione di nuovi investimenti da parte del concessionario in corso di concessione e (iv) contemplare circostanze al verificarsi delle quali sia necessario procedere alla revisione degli atti concessori, si suggerisce di regolare tali specifici aspetti nell'ambito dei singoli titoli concessori, attraverso clausole quanto più flessibili e calibrate sulla specifica fattispecie, evitando quindi prassi di "standardizzazione" dei contenuti degli atti di concessione.

59. Infatti, la prassi evidenzia grandi differenze da concessione a concessione, dipendenti (i) dalla tipologia dei traffici (e dalla conseguente diversità in termini di redditività degli stessi, condizioni competitive del comparto, e quindi del singolo terminal); (ii) dal contesto geografico e infrastrutturale relativo a ciascun terminal e a ciascun porto; (iii) dalla situazione infrastrutturale di partenza rispetto a modifiche pianificate dal porto o a proposte dallo stesso concessionario. Così, stante la natura di "concessione-contratto" che caratterizza il rapporto tra AdSP e concessionario demaniale, occorre che tale rapporto sia quanto più possibile disciplinato sulla base delle reali esigenze delle parti nel singolo caso, onde costituire uno strumento utile per regolare le eventuali esigenze che dovessero sopravvenire in corso di rapporto, sulla scorta dei principi di efficienza, semplificazione e buona fede tra ente concedente e privato concessionario.
60. In questo senso, una soluzione efficace potrebbe essere quella di prevedere modelli concessori che affianchino a clausole necessariamente "standard" in quanto attuative di disposizioni di legge (revoca per pubblico interesse, cause di decadenza, garanzie fideiussorie, necessità di *compliance* con gli standard ambientali ecc.), altre clausole più calibrate sulle caratteristiche del concessionario, del suo piano di impresa e delle condizioni alle quali quest'ultimo dovrà essere sviluppato negli anni, assicurando *ex ante* la necessaria flessibilità per quei casi in cui, in corso di concessione, dovessero verificarsi circostanze idonee a richiedere modifiche più o meno invasive del rapporto concessorio. Quanto precede, ovviamente, facendo salva l'applicazione dei principi di pubblicità e trasparenza amministrativa laddove alcune di queste circostanze dovessero determinare effetti sulla titolarità della concessione (ad esempio, in ipotesi di subingresso) oppure sulla durata del titolo concessorio (ad esempio, in caso di variazioni del PEF/piano d'impresa che determinino la necessità di presentare istanze di estensione dell'orizzonte temporale originariamente trsguardato dalla concessione).

VIII. Sulla *call for input* n. 7: forme di controllo sulle concessioni e relativo apparato sanzionatorio

61. Quanto alla proposta di inserire negli atti di concessione clausole volte a sanzionare il concessionario, in maniera progressiva, rispetto a ipotesi di cattiva *performance* nello sviluppo del programma di attività, si tratta di prassi già consolidata in alcuni porti italiani e che può essere utile a creare consapevolezza nei concessionari circa la portata degli impegni assunti con la stipula della concessione.

62. Al tempo stesso, osserviamo però che la possibilità per l'AdSP di vigilare sul rispetto degli impegni concessori e, quindi, di sanzionare gli operatori meno virtuosi rientri già nelle prerogative riconosciute all'Amministrazione dalle rilevanti disposizioni di legge; quindi, rientra nella discrezionalità degli enti adottare di volta in volta i provvedimenti ritenuti opportuni per sanzionare o, semplicemente, per richiamare il concessionario a ri-allinearsi ai programmi concessori.
63. Ciò posto, una più puntuale disciplina in merito a *standard* richiesti ai concessionari e alla gradazione delle conseguenze sanzionatorie in caso di *non-performance* potrebbe rientrare in atti di regolazione adottandi da parte delle AdSP (ad esempio, all'interno dei locali regolamenti disciplinanti le concessioni demaniali marittime in ambito portuale), senza "ingessare" o comunque "iper-regolamentare" il testo delle singole "concessioni-contratto".

IX. Sulla *call for input* n. 8: integrazione verticale e concentrazione delle quote di mercato nel settore terminalistico

64. Con riferimento alla richiesta di osservazioni e altri elementi utili riguardo alla tematica «*delle posizioni dominanti e di dipendenza economica nel settore terminalistico*», osserviamo in via preliminare che, con la riforma dell'art. 18 della l. n. 84/1994 operata per mezzo della l. n. 118/2022, il legislatore ha fornito alcune importanti indicazioni riguardo alla competenza delle AdSP sulla valutazione delle condizioni concorrenziali sottese al rilascio di concessioni demaniali marittime, seppur con riferimento all'ipotesi di "cumulo" di concessioni in capo a uno stesso operatore nello stesso porto.
65. Sul punto, infatti, la l. n. 118/2022 ha superato lo "storico" (ma obsoleto) divieto in precedenza sancito dal precedente art. 18, comma 7, della l. n. 84/1994 con riferimento ai «*porti di rilevanza economica internazionale e nazionale*», evidenziando al tempo stesso che «*nei porti nei quali non vige il divieto di cumulo la valutazione in ordine alla richiesta di ulteriori concessioni è rimessa all'Autorità di sistema portuale, che tiene conto dell'impatto sulle condizioni di concorrenza*» (cfr. l'attuale comma 9 dell'art. 18 della l. n. 84/1994).
66. Se quindi all'AdSP è espressamente riconosciuto un potere di valutare il tasso di concorrenza in un porto per le menzionate ipotesi di "cumulo" di concessione, pare ragionevole assumere che questo potere possa essere esercitato anche in ipotesi di rilascio di "prima" concessione in capo a un determinato aspirante concessionario.
67. Anche in questi casi è quindi possibile immaginare che, tra i menzionati "criteri" coi quali, ove del caso, operare una selezione tra più concessionari – ovvero istruire un'istanza di concessione – possa, e invero debba, essere considerato da parte dell'Amministrazione portuale anche quello relativo all'impatto della richiesta concessione sulle condizioni di concorrenza.
68. In questo senso il *warning* sollevato da codesta Autorità riguardo a fenomeni di integrazione verticale e la concentrazione di quote di mercato sull'intera catena logistica appare centrale e di grande attualità, stante la crescita costante di casi in cui i terminal portuali sono controllati da linee di navigazione.

69. Si tratta di fattispecie che richiedono grande attenzione da parte del regolatore, specialmente in quei settori – quali i traffici di linea – dove la concentrazione dei mercati è già di per sé fortissima. Si tratta di ipotesi nelle quali, ai fini dell’adozione delle determinazioni rilevanti, è auspicabile l’AdSP interloquisca anche con l’AGCM o con codesta Autorità sui temi relativi alla concorrenza nel rilascio di concessioni demaniali marittimi, fermi in ogni caso i poteri di *advocacy* riconosciuti alla stessa AGCM dagli articoli 21 e ss. della l. n. 287/1990.

X. Sulla *call for input* n. 9: regolazione delle concessioni ex art. 36 cod.nav. per la movimentazione merci e i servizi passeggeri in ambito portuale

70. Riguardo alla richiesta di osservazioni circa la prospettata necessità di codesta Autorità (i) di sviluppare specifici criteri di individuazione delle singole tipologie di concessione rilasciate dalle AdSP in forza delle proprie prerogative gestorie del demanio e (ii) di adottare, per le concessioni rilasciate ai sensi dell’art. 36 cod.nav. attinenti alla movimentazione di merci e a servizi passeggeri in ambito portuale, misure di regolazione analoghe a quelle relative alle concessioni ex art. 18 della l. n. 84/1994, richiamiamo tutte le considerazioni già illustrate in precedenza – e soprattutto nell’*incipit* del presente contributo – riguardo a tali tipologie di concessioni, che ci paiono a maggior ragione applicabili anche alle concessioni ex art. 36 cod.nav., le quali non rientrano nemmeno nell’ambito di applicazione del menzionato art. 8, comma 3, lett. n) della l. n. 84/1994.

71. Invero, le concessioni rilasciate ex art. 36 cod.nav. riguardano attività industriale resa nei porti (prevalentemente cantieri, ivi compresa la riparazione e trasformazione navale, settore oggi molto importante in Italia), attività diportistiche, stazioni marittime destinate al traffico soprattutto dei crocieristi, ma anche – per motivi puramente spaziali – concessioni turistico-balneari. Queste ultime esulano dall’analisi, e riteniamo anche dalla *Call for input*. Su di esse, peraltro, il dibattito è ampio, si colloca in sedi diverse e le AdSP ne sono coinvolte in modo marginale.

72. Per tutte le altre concessioni, appare quanto meno dubbia la competenza di ART, salvo non ritenere che le crociere siano trasporto passeggeri e non esperienza turistica. Detto questo, com’è noto, la circolare prot. n. 10251 adottata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in data 17 aprile 2018 (e cioè successivamente all’abrogazione del decreto ministeriale del 14 novembre 1994¹⁵, il cui art. 1 lett. e) ricomprendeva espressamente la gestione di stazioni marittime tra i servizi di interesse generale resi in porto) individua tra le facoltà delle AdSP quella di qualificare la stazione marittima come servizio economico generale, affidandolo in concessione mediante procedura a evidenza pubblica, ai sensi dell’art. 6, commi 4 lett. c) e 10, della l. n. 84/94. In tale situazione, ci pare possano valere *mutatis mutandis* le considerazioni già espresse in precedenza, fermo tuttavia che, di prassi, sempre più spesso i gestori di stazioni marittime sono soggetti controllati dalle principali compagnie crocieristiche attive nel mercato nazionale, con profili di integrazione

¹⁵Decreto dell’allora Ministero dei trasporti e della navigazione, recante «*Identificazione dei servizi di interesse generale nei porti da fornire a titolo oneroso all’utenza portuale*», abrogato dall’art. 15, comma 12, del menzionato d.lgs. n. 232/2017 (cd. “correttivo porti”).

verticale particolarmente forti.

XI. Sulla *call for input* n. 10: infrastrutture essenziali

73. Sul punto, la Call for input richiede osservazioni e altri elementi utili in merito all'individuazione e alla regolamentazione delle infrastrutture essenziali in ambito «portuale /peri-portuale (autoparchi, parchi ferroviari, ultimo miglio ferroviario verso le direttrici TEN-T)».
74. Sul punto, pare innanzitutto necessario precisare quanto segue riguardo alla stessa nozione d'infrastruttura essenziale ai sensi del diritto della concorrenza.
75. Nel diritto antitrust, eurounitario e nazionale, sono definite infrastrutture essenziali i beni non duplicabili, in quanto la loro duplicazione o è fisicamente impossibile oppure sarebbe del tutto antieconomica: nel primo caso rientrano ipotesi di privative industriali¹⁶; nel secondo caso rientrano beni la cui realizzazione è proibitiva, ad esempio perché si tratta di un monopolio naturale (caso tipico sono le reti delle grandi infrastrutture, come la ferrovia, le poste, la rete di trasmissione dell'energia)¹⁷.
76. Ferma tale definizione, occorre ormai indagare tali requisiti in un'ottica ampia, che guardi (i) a una definizione di mercato rilevante quale non più limitata al singolo porto¹⁸; (ii) in ogni caso, alla possibilità per gli utenti di sostituire tali infrastrutture con altre, anche alla luce dell'avanzamento tecnologico; (iii) all'effettiva sussistenza di ragioni di non duplicabilità fisica di un bene nel mercato rilevante, che è esclusa in quei casi in cui esiste un'alternativa, sia pur più costosa.
77. Ciò posto, nel caso in cui ci si trovi realmente di fronte a un'infrastruttura essenziale come sopra definita, occorre affrontare la delicata questione relativa a una regolazione di tali infrastrutture facendo particolare attenzione al preliminare tema relativo alla precisa definizione delle competenze istituzionale tra enti (ART, AGCM, AdSP), onde non creare conflitti di attribuzioni tra essi e possibili inefficienze regolatorie.
78. Detto questo, ancora una volta, senz'altro ci pare che le più importanti "infrastrutture

¹⁶ Si vedano i casi *Guide TV*, Corte di Giustizia, 6 aprile 1995, casi C-241/91 P e C-242/91; *IMS Health*, 29 aprile 2004, caso C-418-01; *Microsoft c. Commissione*, 17 settembre 2007, caso T-201/04.

¹⁷ Al riguardo, nel caso *Oscar Bronner* (Corte di Giustizia, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner c. Mediaprint*) generalmente ritenuta la sentenza che ha introdotto nell'ordinamento antitrust europeo la nozione di infrastruttura essenziale, è stata negata tale natura all'unica rete di distribuzione dei quotidiani su scala nazionale predisposta dall'editore largamente dominante, che aveva rifiutato a un concorrente l'accesso alla rete suddetta ai fini della consegna dei propri quotidiani.

¹⁸ Si veda la relazione dell'AGCM a Presidente del Consiglio dei Ministri, recante «*Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*» (prot. AS1730, pubblicata sul bollettino n. 13/2021), nell'ambito della quale si legge che «[l]a continua evoluzione del settore portuale ha mutato – in particolare per alcune attività che si svolgono negli scali di maggiore dimensione, come ad esempio i servizi di terminal container – il perimetro competitivo in cui si confrontano gli operatori portuali, che devono essere sempre più efficienti e adeguati alle caratteristiche della domanda rappresentata, lato mare, dai grandi gruppi armatoriali globali e, lato terra, dagli spedizionieri, dalle agenzie marittime e dagli operatori di logistica su terra. Nell'attività consistente nell'intercettare i grandi flussi del commercio globale possono essere tra loro sostituibili porti situati anche a distanze notevoli, superiori ai 200-300 km».

essenziali” in ambito portuale possano essere quelle relative alla manovra ferroviaria in porto (o nel plesso che conduce dal porto alle stazioni gestite da RFI). A questo riguardo, i prestatori di tali servizi sono nuovamente di prassi identificati come gestori di servizi di interesse generale sulla scorta del citato art. 6, comma 4, lett. c), della l. n. 84/1994, e quindi titolari di concessione con annessi diritti esclusivi. Inoltre, a differenza delle stazioni marittime, essi risultano sovente controllati o fortemente partecipati dalle stesse AdSP. Si realizza, in tal caso, una terzietà dell’operatore ferroviario rispetto ai clienti e agli *stakeholders* interessati al servizio (nonché ai vettori ferroviari coi quali poi la merce viaggia fino a destinazione finale ovvero dalla presa in carico su vagoni fino al porto di imbarco), che ci pare abbia comunque un impatto positivo sul piano regolatorio, fatti salvi ovviamente gli altri profili rilevanti di regolazione (qualità del servizio, tariffe, ecc.). Per contro, la limitazione degli spazi in porto per l’infrastruttura ferroviaria e per l’ingresso di treni nei singoli terminal rende impraticabile la presenza di più operatori in competizione tra loro, ciò che qualifica la manovra ferroviaria e le relative infrastrutture senz’altro come una *essential facility*.

XII. Sulla *call for input* n. 11: accesso ai servizi e alle infrastrutture portuali

79. Analoghe considerazioni possono svolgersi riguardo alla prospettata necessità di regolazione delle modalità di «*accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali (banchina, anche pubblica, gate dei camion, impianti di servizio ferroviario, infrastrutture essenziali)*», nonché «*ai servizi portuali di interesse generale*».
80. Si tratta di materie che, a nostro avviso, rientrano nell’esclusiva competenza delle AdSP e per cui, quindi, valgono le considerazioni già sviluppate in premessa.
81. Ciò vale, a maggior ragione, per i «*servizi portuali di interesse generale*», posto che, come già ricordato *supra* al § 72, a seguito dell’abrogazione del D.M. 14 novembre 1994 ad opera del cd. “correttivo porti”¹⁹, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha espressamente riconosciuto la massima discrezionalità in capo alle singole AdSP sul regime da riservare a tali servizi²⁰, ferma la disciplina e la regolazione *ad hoc* prevista per i servizi tecnico-nautici, che come accennato sono regolati dall’Autorità marittima, peraltro pienamente legittimata in questo dal regolamento UE n. 352/2017.
82. Quanto, infine, alle «*limitazioni alla possibilità per gli armatori di svolgere le operazioni portuali in regime di autoproduzione*» attualmente previste all’art. 16, comma 4-bis, della l. n. 84/1994, la Call for input si pone l’obiettivo di verificare «*l’ipotesi di altre misure capaci di assicurare la sicurezza nei porti nel rispetto dei principi fondamentali di tutela della concorrenza, libera prestazione di servizi e libertà dell’iniziativa economica*».
83. Sul punto, e fermi restando i rilievi preliminari sopra articolati in merito alla corretta individuazione dell’ente competente *ex lege* a regolare la materia, evidenziamo la necessità di considerare attentamente i seguenti elementi:
 - a) in tema sono centrali, a nostro avviso, il mantenimento e la garanzia di livelli di

¹⁹ Cfr. l’art. 15, comma 12, del d.lgs. n. 232/2017, già menzionato alla nota n. 17.

²⁰ Si veda ancora la Circolare prot. n. 10251 del 17 aprile 2018.

professionalità adeguati alle attività d'impresa svolte in ambito portuale, per il bene del porto e della sua complessiva efficienza, oggi assicurati dai lavoratori portuali (dipendenti delle imprese e del *pool ex art. 17 della l. n. 84/94*) in misura, a quanto consta, più che soddisfacente. In questo contesto, recentissimi studi presentati ancora pochi giorni fa dimostrano una forte crescita della produttività del lavoro portuale²¹, a conferma di una situazione non problematica dal punto di vista dell'efficienza;

- b) a differenza di uno scadimento qualitativo e dei diritti sociali della manodopera che si è verificato in molti comparti del trasporto e della logistica, con ricadute sistemiche generalmente negative (si pensi alle problematiche registratesi in taluni interporti o centri logistici *inland*, o alle situazioni di sfruttamento degli autisti dei veicoli pesanti determinata dall'ingresso nel mercato di personale proveniente da Paesi dell'est Europa, con conseguente scadimento del lavoro e oggi carenze di autisti qualificati), nei porti lo strumento del CCNL unico di categoria, che ha mantenuto omogenei i costi per tutti i lavoratori portuali, ha evitato non solo forme di dumping sociale, ma ha anche mantenuto elevate le qualificazioni di professioni molto cangianti nel tempo, sempre a causa della rapida evoluzione dei traffici²²;
- c) non va comunque mai dimenticata la prospettiva internazionale che caratterizza l'attività dei porti e che quindi coinvolge anche il lavoro, in una situazione in cui la disciplina del lavoro marittimo è davvero "altra" rispetto a quella degli altri lavoratori: un'eventuale autoproduzione in ambito portuale di servizi ad alto contenuto di manodopera resa da membri dell'equipaggio delle navi (i.e. lavoratori marittimi) implicherebbe una serie di conseguenze di non poco momento, a partire dalla circostanza secondo cui, il lavoro a bordo è regolato dalla legge della bandiera della nave (con significative differenze e aperture anche all'interno delle stesse bandiere UE), in un contesto generale in cui le nazionalità dei marittimi sono le più disparate, e le verifiche quanto alla formazione e alla sussistenza di un unico "*level playing field*" sarebbero connotate da soverchie difficoltà. In altri termini, al di là di situazioni specifiche che sono state portate all'attenzione dei media e che hanno prodotto una disposizione di legge durante la scorsa legislatura (e sulle quali si è interrogata, oltreché l'ART, anche l'AGCM), la tematica di consentire lavoro portuale (o anche lavoro nautico su navi attraccate nei porti) da parte di equipaggi assume valenze più ampie e merita riflessioni non confinate a tematiche puramente "concorrenziali";
- d) da ultimo, appare opportuna una riflessione anche sul dovere di mantenere e garantire la sicurezza del lavoro nei porti in un contesto in cui, nonostante purtroppo il verificarsi di incidenti non di rado fatali, il livello complessivo di

²¹ V. ad esempio i dati presentati da A. APPETECCHIA, *Evoluzione recente del lavoro portuale in Italia tra esigenze di flessibilità e dinamiche competitive*, in occasione del Convegno organizzato da Shipmag "Osservatorio sulla Portualità. I porti tra nuove identità e vecchi orizzonti", Roma 28 novembre 2022, <https://www.shipmag.it/osservatorio-sulla-portualita/>.

²² Al riguardo, sia consentito per alcuni spunti il rinvio a F. MUNARI, *Lavoro nei porti, programmi per il futuro*, in *Guida al Lavoro/Il Sole 24 Ore*, n. 25/11 giugno 2021, p. 60 ss.

sicurezza (del lavoro) nei porti appare complessivamente buono, e comparativamente migliore rispetto a molti altri comparti, anche grazie all'esistenza di un sistema "chiuso" e stabilmente presente in porto, dal punto di vista dei datori di lavoro, dei lavoratori, e delle amministrazioni competenti. In questo scenario, i controlli e l'interazione relativi all'attività dei lavoratori risultano certamente più efficaci, tanto più se si considera che, in tutti i porti italiani, vi è un'unica impresa di lavoro interinale che fornisce i lavoratori temporanei alle imprese e agenzie di somministrazione del lavoro, partecipata dall'associazione delle ex compagnie portuali, con effetti di "fidelizzazione" ma anche di conoscenza e condivisione del contesto.

84. Si aggiunga che, sul piano dell'organizzazione del lavoro, l'autoproduzione di prestazioni lavorative da parte dei vettori accentua la distanza tra disponibilità di manodopera e uso effettivo della stessa. Le duplicazioni di risorse che così vengono a crearsi tendono a produrre esternalità negative, in un contesto in cui non è ancora chiaro chi dovrebbe farsene carico, e dove i costi (a carico dello Stato) della cd. IMA (indennità di mancato avviamento, e cioè il pagamento di quote salariali a favore di lavoratori chiamati troppo poche giornate al mese), risultano già piuttosto consistenti in alcune realtà portuali, in particolare quelle che più di altre stanno subendo significative variazioni dei traffici dovute ai cambiamenti strutturali dei mercati (determinati ad esempio da gigantismo navale, razionalizzazione dell'offerta di traffici marittimi su un numero minore di scali, ecc.).
85. Si tratta, in definitiva, di equilibri complessi sui quali occorre una riflessione più rotonda.

XIII. Sulla *call for input* n. 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

86. Su questo specifico punto si richiamano, per ragioni di sinteticità, le considerazioni espresse in premessa, nonché riguardo ai punti 10 e 11 della Call for input.

XIV. Sulla *call for input* n. 13: messa a disposizione delle informazioni necessarie all'accesso alle infrastrutture

87. Su questo ultimo tema, si pone l'accento sulla necessità di bilanciare le esigenze di trasparenza descritte nella Call for input con quelle di riservatezza di dati sensibili, sotto il profilo industriale e commerciale, dei concessionari di infrastrutture e aree demaniali portuali, onde non creare pregiudizi a interessi legittimi di questi ultimi che sono tutelati sia dalle disposizioni della l. n. 241/1990 in materia di accesso agli atti, sia dallo stesso d.lgs. n. 33/2013 menzionato da codesta Autorità nella Call for input.

* * *

Si resta naturalmente a disposizione per qualsiasi chiarimento o approfondimento ritenuto necessario o opportuno da parte di codesta Autorità, se del caso anche nell'ambito di un'audizione in occasione della quale dare luogo a un proficuo confronto sui temi sopra illustrati.

Con i migliori saluti.

Prof. Avv. Francesco Munari

Avv. Andrea Bergamino

NOTE SUGLI AUTORI

Francesco Munari è professore ordinario di diritto dell'Unione europea all'Università di Genova, dove insegna anche diritto della navigazione e diritto transnazionale dell'ambiente.

È presidente/componente dei direttivi di numerosi *think-tanks* che si occupano di diritto e regolazione dei trasporti (tra essi, la Società italiana di politica dei trasporti – Sipotra, il Centro Italiano di Eccellenza sulla Logistica, i Trasporti e le Infrastrutture e l'Associazione Italiana di Diritto Marittimo) e membro del Comitato di redazione di riviste specialistiche (tra esse, *Il Diritto Marittimo*). In tali materie è autore di numerose monografie e saggi, nonché di articoli e contributi sulle principali riviste giuridiche italiane (una lista aggiornata delle pubblicazioni è reperibile al link <https://giurisprudenza.unige.it/node/1699>).

Nel 2022 è stato nominato componente del Comitato Scientifico di supporto all'allora Ministro delle Infrastrutture e Mobilità Sostenibili per la redazione del Piano strategico sulla logistica e la mobilità.

Nella sua attività professionale vanta una pluriennale esperienza nei settori delle infrastrutture, dei trasporti e dei relativi investimenti, del diritto antitrust e della regolazione dei mercati, nonché del diritto societario e commerciale. Presta attività consulenza e patrocinio a numerose aziende attive, in particolare, nel settore dei trasporti e infrastrutture, dei porti, degli aeroporti e dei relativi servizi, nonché della cantieristica e mecatronica, ma anche a pubbliche amministrazioni. Ha inoltre una solida esperienza come arbitro in arbitrati commerciali nazionali e internazionali, anche in materia di diritto marittimo e dei trasporti.

È entrato in Deloitte Legal in data 1° giugno 2021 come *Partner* e responsabile delle aree del Diritto dei Porti, Marittimo e dei Trasporti e del Diritto internazionale ed europeo.

Andrea Bergamino è avvocato dal 2016 e ha una consolidata esperienza nel prestare consulenza giuridica stragiudiziale e patrocinio giudiziale a imprese e pubbliche amministrazioni, in particolare nei settori delle concessioni demaniali marittime, della logistica, delle infrastrutture, dei trasporti e dei relativi investimenti, nonché in ambito di contratti pubblici e di procedure di partenariato pubblico privato.

È entrato in Deloitte Legal in data 1° giugno 2021 ed è oggi *Senior associate* nell'area del diritto dei Porti, Marittimo e dei Trasporti, nonché in quella del Diritto Amministrativo.

Nel 2017 ha acquisito il titolo di *Master of Laws (LL.M)* in *International Business Law* presso il *King's College London* e nel 2022 quello di dottore di ricerca (*Ph.D*) presso il Centro Italiano di Eccellenza sulla Logistica, i Trasporti e le Infrastrutture istituito presso l'Università di Genova.

Nelle materie sopra indicate è autore di numerosi articoli su riviste giuridiche italiane e internazionali.