

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

Livorno, 6 febbraio 2023

La società Lorenzini & C. S.r.l., P.IVA 00438050494, con sede legale in Livorno, Porto Industriale, via Labrone n. 19, in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Enio Lorenzini, presenta le proprie osservazioni, aventi ad oggetto la "Determinazione di metodologie e criteri regolatori per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali – Call for input" (allegato A alla delibera ART n. 170/2022).

CALL FOR INPUT 2

A nostro avviso, le AdSP dovrebbero garantire il rispetto delle norme, delle proprie decisioni programmatiche, del principio di buona amministrazione, nonché dei limiti di non discriminazione che discendono dalla loro posizione dominante al fine di assicurare lo svolgimento dell'attività terminalistica in conformità alla normativa sulla concorrenza. Conseguentemente, risulta necessario che le AdSP si impegnino a rendere facilmente accessibili le informazioni e le modalità di partecipazione dei bandi di gara (ivi inclusi i requisiti di partecipazione e tutta la documentazione tecnica ed economica rilevante) a tutti i soggetti potenzialmente interessati (anche attraverso un miglioramento ed implementazione dei sistemi di digitalizzazione in dotazione alla pubblica amministrazione stessa). Non dimentichiamo, infatti, che l'attività di concessione di aree a fronte di corrispettivo viene esercitata dall'AdSP in regime di monopolio legale (vale a dire, il monopolio nel mercato della messa a disposizione delle infrastrutture portuali presenti nella circoscrizione territoriale di esclusiva competenza). La concessione di tale diritto esclusivo crea una posizione dominante dell'AdSP nel mercato rilevante rappresentato dalla messa a disposizione di infrastrutture portuali (il mercato del prodotto) nella circoscrizione territoriale (il mercato geografico) di competenza. Pertanto, proprio perché le AdSP sono tenute a garantire la concorrenza effettiva e non alterata nel mercato, l'attività regolatoria dovrebbe individuare tutti gli indici idonei ad individuare i soggetti che offrono maggiori garanzie di rendere il servizio migliore in termini di efficienza in un determinato porto di riferimento. A quest'ultimo riguardo, con riferimento anche alla Call for Input 3, intendiamo qui richiamare l'attenzione sulla necessità di un'attività di regolazione che preveda un'applicazione omogenea dei principi di determinazione della durata delle concessioni in funzione degli investimenti prospettati nel piano di impresa dal singolo concessionario (sia in termini di investimenti infrastrutturali sia in termini di personale e dotazioni).

Sotto altro punto di vista, per quanto attiene alla procedura di affidamento delle concessioni, vorremmo segnalare le possibili criticità allorché il compendio su cui si intenda svolgere l'attività terminalistica non sia un bene demaniale, bensì oggetto di un diritto di proprietà privata: come noto, infatti, la conformazione di alcuni porti italiani (vedasi ad esempio, Livorno e Ravenna) prevede la compresenza di aree private e di aree demaniali all'interno del medesimo ambito portuale.

Ovviamente ciò può determinare delle discriminazioni concorrenziali laddove due soggetti esercitino entrambi l'attività terminalistica, ma dove il primo lo faccia utilizzando un bene di proprietà (privata) e il secondo, invece, utilizzando un bene (pubblico) demaniale.

Prima di analizzare dette discriminazioni e le possibili soluzioni per superarle, ci preghiamo riassumere qui di seguito gli aspetti sostanziali che contribuiscono in modo fondamentale a delineare il regime giuridico dei beni e delle infrastrutture portuali amministrati dalle AdSP.

- È principio pacifico quello secondo cui il porto costituisca bene demaniale:
 - (i) ex art. 822 cod. civ.: "Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti [...]";
 - (ii) ex art. 28 cod. nav.: "Fanno parte del demanio marittimo: il lido, la spiaggia, i porti, le rade; [...]";

e sia – in quanto tale – inalienabile:

- (i) ex art. 823 cod. civ.: "I beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano".

- Le stesse AdSP nel noto ricorso ex art. 263(4) TFUE, presentato davanti al Tribunale dell'Unione Europea, in data 29 marzo 2021, avente ad oggetto la "Tassazione dei Porti Italiani" (nel prosieguo il "**Ricorso**"), precisano al considerando (15) che "nell'ordinamento italiano, [...], i porti appartengono necessariamente allo Stato e fanno parte del c.d. demanio pubblico inalienabile, al pari di altri beni la cui amministrazione è pertanto riservata dalla legge alla Pubblica Amministrazione"¹.

- Ration per cui, chiariscono le stesse AdSP al considerando (15) del Ricorso, "la proprietà dei porti è riservata in via assoluta e inderogabile allo Stato (c.d. demanio indisponibile) mentre altri beni (quelli indicati dall'art. 822, comma 2, cod. civ.) sono soggetti al regime demaniale solo se appartengono allo Stato o ad Enti territoriali".

- Quanto sopra è confermato anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, come rilevato dalle stesse AdSP al considerando (16) del Ricorso, secondo cui "[d]alla lettura degli articoli 822 e 824 c.c. si desume che i beni demaniali possono essere necessari o eventuali (o accidentali). I primi, per le loro qualità intrinseche, sono sottratti

¹ <https://www.themeditegraph.com/it/transport/ports/2021/03/31/news/tassazione-delle-attivita-portuali-ecco-il-ricorso-italiano-contro-bruxelles-download-1.40095170>

in assoluto alla proprietà privata e possono appartenere soltanto allo Stato o alle Regioni: si tratta del demanio marittimo, idrico e militare”².

- Da tenere in debita considerazione è anche l'interpretazione giurisprudenziale consolidata tale per cui, ai fini della qualificazione demaniale di un bene, debba essere rilevato anche il duplice aspetto “finalistico e funzionale” del medesimo. Tale interpretazione è tratta, tra le altre, da un passaggio della sentenza 18 febbraio 2011, n. 3937, della Cass. Civ., Sez. Unite, secondo cui “al fine di riconoscere se, in concreto, il particolare bene di cui si discute fa parte della realtà materiale che la norma, denominandola, inserisce nel demanio, si deve tener conto in modo specifico del duplice aspetto finalistico e funzionale che connota la categoria dei beni in questione”.
- A quest'ultimo riguardo, partendo sia dalla concezione di “bene demaniale marittimo” quale bene destinato al pubblico uso del mare, sia dal presupposto che il concetto di demanio debba essere inteso in un'ottica funzionale e finalistica rispetto alla soddisfazione di interessi di natura collettiva, intendendosi, peraltro, la nozione di “pubblico uso” come estensivamente interpretabile³, è palese non si possa intendere la sola banchina quale unico elemento rientrante in tale categorizzazione.
- Va considerato, altresì, come, ai sensi della citata sentenza 18 febbraio 2011, n. 3937, della Cass. Civ., Sez. Unite, “non rilevano, trattandosi di beni comunque dello Stato, eventuali atti privatistici di trasferimento di detti beni, risultando nulli per impossibilità giuridica dell'oggetto degli atti stessi, come pure eventuali comportamenti “concludenti” che vengano realizzati dalla pubblica amministrazione mediante suoi funzionari, in quanto illeciti perché ovviamente contra legem”.
- Medesimo orientamento è stato confermato nella sentenza 3 maggio 2018, della Cass. Civ., Sez. II, n.10489, ove si afferma che, con riguardo alla “natura demaniale dell'arenile - ovvero quel tratto di terraferma che residua al naturale ritirarsi delle acque, restando idoneo ai pubblici usi del mare, anche se in via soltanto potenziale e non attuale -, [essa] deriva dalla corrispondenza con uno dei beni normativamente definiti negli articoli 822 del Codice civile e 28 del Codice della Navigazione e permane anche qualora una parte di esso sia stata utilizzata per realizzare una strada pubblica, non implicando tale evento la sua sdemanializzazione, così come l'esercizio di un potere di fatto da parte di un privato che vi abbia realizzato abusivamente opere e manufatti, non fa venir meno l'attitudine del bene a realizzare i pubblici usi del mare”.

Da queste preliminari considerazioni ne consegue che tutto ciò che sta all'interno dell'area soggetta alla giurisdizione amministrativa delle AdSP, come del resto più volte confermato dalle stesse AdSP nel Ricorso, deve essere qualificato come bene demaniale.

In tale suesposto contesto, è opinione della scrivente che laddove non si ritenga di voler modificare il regime di proprietà delle aree private nei porti italiani (ovviamente si discute di quelle funzionali agli interesse del mare e ai traffici marittimi), si debba nondimeno tenere presente che anche dette aree dovrebbero essere sottoposte alla procedure e alle discipline previste per i concessionari pubblici: ad esempio, prevedendo che laddove un

² Consiglio di Stato, 16/6/2016, n. 2667.

³ In tal senso si veda, *ex multis*, Corte appello Genova, sez. II, 31/01/2018, (ud. 24/01/2017, dep. 31/01/2018), n.160; Tribunale Catanzaro, sez. II, 17/06/2009; Consiglio di Stato, sez. VI, 22/11/2010, n.8119; Cassazione Civile, sez. I, 30/07/2009, n.17737; Cassazione Penale, sez. III, 18 gennaio 2006, n. 9644.

imprenditore intenda utilizzare un'area privata per eseguire attività terminalistica in un determinato porto, allora dovrebbe essere estesa anche a tali aree l'applicazione delle consuete norme applicabili, tra cui le precedenti misure oggetto della Delibera ART n. 57/2018, del codice della navigazione, della legge 84/94, del decreto 28 dicembre 2022, n. 202 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che contiene il "*Regolamento recante disciplina per il rilascio di concessioni di aree e banchine*", ovviamente con i correttivi del caso dovuti al fatto che la proprietà permarrebbe in capo ad un soggetto privato (per cui, ad esempio, nel caso vicesse un terzo diverso dal proprietario, il canone per l'utilizzo del compendio dovrebbe essere corrisposto al soggetto proprietario e non all'AdSP).

Ma, al di là di quella che potrà essere la decisione in merito al regime pubblico o privato delle aree in questione, è certo che se si dovesse lasciare immutata la situazione, permarrebbero evidenti distorsioni concorrenziali tra soggetti che esercitano la stessa attività in un medesimo mercato, laddove, da una parte, in base al combinato disposto dagli artt. 16 e 18 della legge 84/94 e delle rilevanti norme del codice della navigazione, il terminalista (che utilizza un bene demaniale) deve, per fare alcuni esempi: **(a)** soddisfare tutti i requisiti previsti dalla legge per poter ambire ad ottenere l'autorizzazione a svolgere operazioni portuali e per poter ottenere l'utilizzo in esclusiva di un determinato compendio, **(b)** impegnarsi ad effettuare investimenti ed assunzioni di personale nonché a raggiungere determinati target di traffici portuali, **(c)** prestare altresì garanzia fideiussorie, depositi cauzionali (pari al doppio del canone demaniale annuale), **(d)** essere sottoposto a stringenti regole (ad es. l'ISPS Code) nonché all'applicazione del CCNL dei lavoratori dei porti, **(e)** essere autorizzato per ogni variazione oggettiva e/o soggettiva del titolo concessorio (ai sensi degli artt. 45 bis e 46 cod. nav. nonché dell'art. 24 reg.nav.mar.), **(f)** essere autorizzato dall'autorità concedente per realizzare qualsivoglia intervento infrastrutturale nel compendio in concessione (affrontando spesso lunghi iter burocratici), **(h)** subire la revoca o la decadenza della concessione demaniale nei casi previsti dalla legge 84/94 e dal codice della navigazione, incontrando così, in definitiva tutta una serie di limiti, che, dall'altra parte, il terminalistica (che utilizza un bene di proprietà "privata") semplicemente non deve soddisfare.

Tale aspetto, evidentemente, non consente una concorrenza ad armi pari tra i due *competitor*.

CALL FOR INPUT 5

A nostro avviso i canoni demaniali dovrebbero (a) sia assumere caratteri di uniformità a livello nazionale così da garantire un'equa concorrenza (b) sia valorizzare una migliore efficienza produttiva e miglioramento del livello di servizi che il concessionario è stato in grado di porre in essere in un determinato periodo e contesto di riferimento (questo, attraverso l'adozione di omogenei meccanismi incentivanti da applicare a livello nazionale).

CALL FOR INPUT 7

Sul punto si ritiene che l'apparato sanzionatorio adottato dalle singole AdSP per il mancato raggiungimento degli obiettivi di cui ai rispettivi piani di impresa debba essere reso uniforme a livello nazionale. Il potere di verifica e di vigilanza in capo alle singole AdSP nel demanio portuale di propria competenza dovrebbe rappresentare, invero, un presidio volto a garantire una sana concorrenza.

CALL FOR INPUT 11

L'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture essenziali risulta garantito – a nostro avviso – laddove le singole AdSP, ad esempio, vadano a (i) svolgere prontamente i lavori di manutenzione straordinaria (sia con riferimento ai piazzali/banchine, sia con riferimento ai dragaggi); (ii) svolgere i lavori necessari per garantire una migliore razionalizzazione della viabilità portuale ed efficientamento delle modalità di accesso ai singoli terminal portuali; (iii) favorire l'implementazione della viabilità portuale via ferro attraverso una mirata ed attenta progettualità volta anche a contenere i costi della manovra ferroviaria in ambito portuale; nonché (iv) implementare un progetto relativo alla realizzazione, gestione e manutenzione degli impianti di *Cold-Ironing* all'interno del porto in questione senza discriminare i diversi terminal.

CALL FOR INPUT 12

* * * * *

Si porgono cordiali saluti

Lorenzini & C. S.r.l.

