

10 settembre 2025

*Spett.le Autorità di Regolazione dei Trasporti,*

in relazione alla consultazione prevista dal punto 2 della Delibera ART n. 118/2025,

le scriventi Associazioni intendono sottoporre alla Vostra attenzione le seguenti osservazioni.

Si richiede cortesemente la possibilità di un incontro volto ad approfondire i temi in argomento.

In attesa di un cortese riscontro, si porgono distinti saluti.

**Osservazioni alla Delibera ART n. 69/2025 avente ad oggetto “Revisione delle prime misure di regolazione in ambito portuale adottate con la Delibera n. 57/2018”**

**1. L’ambito di applicazione**

**1.1. Competenza esercitata**

La Delibera nella sezione “*oggetto e ambito di applicazione delle misure*” individua, più che altro, la sua base giuridica, ossia la competenza esercitata mentre non delimita l’ambito oggettivo della propria azione.

Con riferimento alla sua base specifica esplicitamente individua la seguente competenza: “*definisce principi e criteri volti a garantire l’accesso equo, trasparente e non discriminatorio alle infrastrutture portuali ed ai servizi forniti agli utenti portuali*”.

Si tratta di un richiamo letteralmente esplicito alla competenza di cui all’art. 37 comma 2 lett. a) del d.l. 201/2011 secondo cui l’Autorità di Regolazione dei Trasporti ha la seguente competenza: “*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*”.

L’obiettivo della competenza è quindi la garanzia di condizioni di accesso eque e non discriminatorie.

Per raggiungere il suddetto obiettivo l’Autorità può basarsi su “*metodologie che incentivano la concorrenza, l’efficienza (...) e il contenimento dei costi*”.

Occorre specificare che incentivare la concorrenza, in piena applicazione degli articoli 101 e ss. del TFUE, non significa incentivare il pluralismo concorrenziale o “l’atomismo” (che costituiscono, invece, una fattispecie di limitazione della concorrenza), ma la **libertà di concorrenza** (libertà nel senso di “assenza di limitazioni e regole) nel quadro del principio di proporzionalità: ossia dell’intervento regolatorio attraverso strumenti che incidano sulla libertà il “minimo possibile” rispetto all’obiettivo pubblico individuato.

A livello europeo, le norme sul mercato unico dei servizi hanno la finalità di evitare discriminazioni sulla base della nazionalità tra imprese e tra utenti.

Al fine di garantire l’esercizio delle competenze di ciascuno Stat membro, la Corte di Giustizia consente, comunque, alle pubbliche amministrazioni di adottare misure restrittive del mercato interno dei servizi purché queste siano proporzionate, ossia purché esse siano idonee a conseguire un obiettivo pubblico, che sia rilevante per il diritto dell’Unione, e purché non vadano oltre quanto necessario per conseguirlo.

La Corte di giustizia, prendendo spunto dall'ordinamento tedesco, ha, infatti, fatto esplicito riferimento al principio di proporzionalità sin dagli esordi della sua giurisprudenza (cfr. ad es. Corte Giust., 16.7.1956, in C-8/55, *Fédération Charbonnière*, in *Racc.*, 1955-56, 199 ss.; C. Giust., 14.12.1962, in cause riunite C-5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*, in *Racc.*, 1962, 917 ss.; Corte Giust., 19.3.1964, in C-18/63, *Schmitz*, in *Racc.*, 1964, 175 ss.) ed esso si è poi progressivamente affermato come essenziale strumento di sindacato giurisdizionale, applicato a quasi tutti i settori del diritto dell'Unione europea.

Secondo quanto espressamente affermato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, a tale principio spetta rango costituzionale, quale principio generale finalizzato a limitare le misure comunitarie restrittive, comprese quelle adottate dal legislatore (cfr. Corte Giust., 17.12.1970, in C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, 1125 ss.; Corte Giust., 24.10.1973, in C-5/73, *Balkan-Import-Export*, in *Racc.*, 1973, 1091 ss.).

In base al principio di proporzionalità, la Corte ha affermato che *«le norme nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal trattato devono soddisfare quattro condizioni: esse devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificate da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonee a garantire lo scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo»* (cfr. sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, *Racc.* pag. I-1663, punto 32, e 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, *Racc.* pag. I-4165, punto 37, Corte di giustizia, 09 marzo 1999, causa C-212/97 *Centros Ltd.*).

Nel valutare la proporzionalità, i giudici UE compiono un triplice sindacato circa l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto della misura oggetto di sindacato giurisdizionale.

Rispetto alle misure (normative o amministrative) adottate dagli Stati membri in esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, la Corte di Giustizia ha statuito, con costanza e sin dagli esordi della sua giurisprudenza, che, anche ove sussista un'esigenza legittima di limitare libertà o diritti previsti dal Trattato o da norme di diritto derivato al fine di perseguire "scopi d'interesse generale", queste limitazioni devono comunque superare il test di proporzionalità. La prima applicazione in questo contesto è nella nota e fondamentale pronuncia *Cassis de Dijon*. (Corte giust., sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78) che si concentra, in particolare, sul parametro dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo.

Il parametro della necessità implica che *«qualora si presenti una scelta tra più misure appropriate, è necessario ricorrere alla meno restrittiva»* (cfr. Corte giust., sentenza 16 ottobre 1991, in causa C-24/90, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas c. Werner Faust offene Handelsgesellschaft Kg*; Corte giust., sentenza 16 ottobre 1991, in causa C-25/90, *Wünsche*).

Per quel che concerne, invece, il parametro della proporzionalità in senso stretto, esso implica l'onere di operare una valutazione comparativa, in particolare tra l'interesse pubblico perseguito dall'autorità che agisce, da un lato, e le posizioni individuali giuridicamente protette e che si oppongono al suo perseguimento. Tale parametro è stato specificato in diverse pronunce della Corte di Giustizia, tra cui, in particolare, il caso *Groener* (Corte giust., sentenza 28 novembre 1989, in causa 379/87).

Nel caso di specie, l'obiettivo pubblico, come anticipato, è la garanzia di equo accesso alle infrastrutture.

Il documento di consultazione non effettua alcuna valutazione in merito alla proporzionalità dell'intervento.

In ogni caso, il documento di consultazione nel suo ambito di applicazione non rinvia né alle competenze esercitate ai sensi dell'art. 6 della legge n. 84/1994 né alle competenze di cui all'art. 18 della legge n. 84/1994-.

Del resto, tali rinvii non sarebbero stati legittimi:

a) la competenza di cui all'art. 6 non introduce nuovi poteri ma esclusivamente un dovere in capo ai presidenti delle AdSP di rispettare le Delibere dell'Autorità (Che, a loro volta) hanno esercitato una competenza già prevista dal d.l. 201/2011;

b) la competenza delegata dal Regolamento ex art. 202/2022 consente esclusivamente di **individuare uno schema di PEF** ex art. 18 l. 84/1994 nonché di fornire un parere consultivo per le **revisioni delle concessioni di durata maggiore ai dieci anni**.

Risulta piuttosto evidente che la bozza di Delibera, pur muovendo dalla competenza di cui all'art. 37 del d.l. 201/2011, in realtà, pare andare oltre attraverso l'esercizio di competenze di cui alla legge n. 84/1994 (e del suo DM attuativo 202/2022 – considerando che il DM 110/2023 non ha, per gerarchia delle fonti, la possibilità di attribuire poteri amministrativi). Tale asimmetria tra provvedimento ed esercizio del potere rischia di configurare la tradizionale figura giuridica dello sviamento di potere.

In particolare, la Corte costituzionale (sentenza n. 115 del 2011) ha precisato che è la legge a stabilire sia il fine di un potere che il contenuto e le sue modalità di esercizio in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa. Solo in questo modo può essere garantito il rispetto del principio fondamentale di legalità sostanziale che si può rinvenire sia a livello costituzionale (artt. artt. 95 c.3 e 97 c.1-2.) sia a livello di legislazione ordinaria (art. 1 c.1 della l. 241/1990 secondo cui l'amministrazione non può stabilire i fini da perseguire né può decidere autonomamente i mezzi, ma li trova già fissati dalla legge).

### ***1.2. Ambito di applicazione temporale***

Sotto il profilo temporale la delibera invece individua il seguente ambito di competenza, ossia, le concessioni nuove, le concessioni sottoposte a revisione e tutte le concessioni anche in essere limitatamente ad alcune misure (3.7, 3.13, 3.18, 3.19, 3.20, 4, 5 e 15).

Occorre verificare se tali misure che incidono sulle concessioni in essere siano compatibili con il principio di legittimo affidamento e certezza del diritto. Valutazione che non può che emergere a seguito di una valutazione "misura per misura".

In tema di principio del legittimo affidamento appare utile ricordare che l'affidamento consiste nell'aspettativa che coloro coi quali i viene a contatto si comportino secondo le regole di correttezza imposte dal principio di buona fede, tra cui quella di coerenza con i comportamenti precedenti: il principio di tutela del legittimo affidamento trova fondamento nell'ordinamento comunitario, quale corollario del generale principio di certezza del diritto nonché, secondo diversa ricostruzione, quale espressione del generale obbligo di comportarsi lealmente e secondo buona fede all'interno del rapporto giuridico.

La Corte di Giustizia (Sent. 11/07/2002 C-62/00) ha, infatti, stabilito che « *il principio della tutela del legittimo affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e deve essere rispettato dagli Stati membri allorché danno attuazione a normative comunitarie*», esso rappresenta un corollario del principio della certezza del diritto e si estende a chiunque ogni singolo che si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione ha fatto sorgere in lui fondate aspettative.

## 2. Definizioni

Nella sezione “**Definizioni**”, l’Autorità invece di riportare le definizioni previste dalle leggi individua un proprio catalogo autonomo prefigurando una terminologia indipendente rispetto all’ordinamento.

Tale metodologia rende complesso il coordinamento delle misure rispetto alla legge e, in ogni caso, si configura come non corretto rispetto all’obbligo di applicare la legge secondo il tenore letterale delle norme.

Non risultano avere alcuna base giuridica (ossia non sono previste da alcuna norma né da alcuna sentenza definitiva di generale applicazione) le seguenti definizioni:

- 2.1 (**Aggiornamento intermedio**): assente nella legge;
- 2.2 (**Analisi riguardo alla struttura del mercato dei servizi (ASM)**): assente nella legge
- 2.4 (**Bacino di servizio ferroviario**): assente nella legge. Peraltro si fa riferimento ad una ipotetica “**giurisdizione**” dell’Autorità di sistema portuale che denota una confusione terminologica e sostanziale rispetto alla nozione di competenza: lo Stato ha giurisdizione e non l’amministrazione pubblica);
- 2.5 (**Banchina pubblica**): assente nella legge;
- 2.8 (**Durata della concessione portuale**): vengono unificate le terminologie di “vigenza, validità ed efficacia” come se avessero lo stesso significato. È invece noto che una concessione può non essere vigente ma comunque valida, può non essere valida ma vigente, può non essere vigente ma efficace, può non essere efficace ma vigente così come efficace ma non valida e valida ma non efficace. L’unica durata che si può riscontrare nella legge è, invece, quella della concessione-contratto che coincide con la concessione-provvedimento come da art. 2 comma 3 lett. d) di cui al DM 202/2022. Se così è, la definizione denota una evidente illegittimità del documento (nelle parti in cui applica tale nozione). Se così non è, tale nozione va specificata;
- 2.10 (**Fornitore unico del servizio di manovra ferroviaria**): assente nella legge;
- 2.14 (**Piano di Impresa**): nozione non più presente e ormai sostituita dai documenti di cui al DM 202/2022;
- 2.17 (**Previsioni di domanda**): assente nella legge;
- 2.19 (**Relazione di affidamento del servizio di manovra ferroviaria (Rda)**): assente nella legge;
- 2.21 (**Utenti portuali**): sono definiti dalla Delibera come “*tutte le persone, fisiche e giuridiche, che utilizzano i servizi pubblici e/o privati offerti all’interno dell’area portuale di competenza di una AdSP*”. Nell’ordinamento, invece gli utenti si distinguono dai consumatori “semplici” in quanto destinatari di specifici diritti rafforzati in ragione della natura di “interesse economico generale” dei servizi resi (forse, da qui la probabile nozione generica di “servizio pubblico” usata dall’Autorità). In questo contesto l’Autorità pare applicare a tutti i destinatari dei servizi i presidi dei Servizi di interesse economico generale (modificando radicalmente il quadro giuridico come se fosse il legislatore). Se così è, la definizione denota una evidente illegittimità del documento (nelle parti in cui applica tale nozione). Se così non è, tale nozione va specificata.

### 3. Concessioni

#### 3.1. Ambito di applicazione oggettivo

Al punto 3.1, la Delibera n. 69 individua, finalmente, l'ambito di applicazione oggettivo, ossia ***“le concessioni di aree e banchine portuali di cui all’articolo 18 della l. 84/1994, nonché, per quanto compatibili ed ove pertinenti, alle concessioni demaniali assentite ai sensi dell’art. 36 del Codice della Navigazione per la movimentazione di merci e per i servizi passeggeri”***.

È importante sottolineare che la Delibera specifica, correttamente, che le concessioni hanno ad oggetto ***“aree e banchine”***, ossia beni, e non ***“servizi”***.

#### 3.5 La riserva di spazi operativi alle imprese non concessionarie

Il punto 3.5 rinvia alla misura 7 per regolare la ***“riserva di spazi operativi alle imprese non concessionarie”***. Va specificato che l'art. 2 comma 6 del DM 202/2022 (attuativo dell'art. 18 l. 84/1994) prevede che l'AdSP provveda a riservare tali spazi solo laddove ***“tutte le aree portuali siano già affidate in concessione”*** e non prevede alcuna competenza dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

Pertanto, nell'analisi della misura 7, sarà specificato ulteriormente che si tratta di competenza dell'Autorità di sistema portuale e non dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti e che tale competenza, nel merito, è meramente residuale.

#### 3.6. Destinazione delle aree e merci movimentabili

Il punto 3.6 è contraddittorio al suo interno ed individua una forma di disciplina giuridica generalmente applicabile e non una forma di regolazione.

Si prevede quanto segue ***“Le AdSP assicurano che l’oggetto delle concessioni e il Programma degli Investimenti (di seguito: PI) unitamente al Piano Economico Finanziario (di seguito: PEF), a queste sottesi, siano coerenti con quanto previsto dagli strumenti di programmazione e, in particolare, dal Documento di Pianificazione Strategica di Sistema e dal Piano Regolatore Portuale. L’oggetto della concessione, il PI e il PEF consentono una chiara ed oggettiva determinazione delle attività ammesse, anche in termini di tipologie di traffico e relativi volumi. Negli atti di concessione sono espressamente indicati i mix di traffico ammissibili, con i relativi quantitativi movimentabili espressi nelle opportune unità di misura, e sono esplicitati gli eventuali gradi di sostituibilità tra una tipologia di traffico ed un’altra, dettagliando le modalità di calcolo. Le previsioni di domanda definite nell’Atto di concessione sono aggiornabili dal Concessionario ogni 5 anni, purché le nuove stime non si discostino complessivamente del +/-15% rispetto a quelle originariamente formulate. Sono altresì previste eventuali modalità di rinegoziabilità, predeterminando i criteri per verificare che le variazioni al mix di traffico ammissibile non modifichino in misura significativa l’oggetto e le attività per le quali la concessione è stata assentita e comunque siano conformi agli strumenti di pianificazione portuale vigenti”***.

Come noto è corretto osservare che le concessioni debbano essere coerenti con gli strumenti di pianificazione: l'Autorità utilizza la parola ***“programmazione”*** probabilmente facendo riferimento alla parola ***“pianificazione”*** poiché individua, poi, due strumenti di pianificazione e non di programmazione.

In secondo luogo, l'obbligo di prevedere tipologie di traffici, volumi con unità di misura e grado di sostituibilità è previsione alternativamente a) inutile o b) illegittima. Infatti se tale specificazione prevedesse qualcosa di diverso dagli strumenti di pianificazione, sarebbe illegittima (come dimostrato dalla recente sentenza del



Consiglio di Stato, Sez. V, 15/10/2024, n. 8263); se invece prevedono destinazioni e volumi identici a quelli degli strumenti di pianificazione non aggiungono né tolgono nulla rispetto a questi e sarebbe, quindi, inutile.

Viene poi prevista la necessità di effettuare previsioni di domanda da verificare ogni 5 anni con un'alea ammissibile del 15%. In primo luogo, specificare in modo così dettagliato le previsioni trasforma, di fatto, le concessioni di bene (come indicate nel paragrafo 3.1) in concessioni di servizi limitando, addirittura, l'alea del contratto. In secondo luogo tale determinazione (5 anni e +/- 15%) è completamente priva di motivazione in ordine all'esercizio della scienza economica (nonché alla qualità della regolazione conseguente) che conduce ad individuare tali parametri.

Tale confusione tra concessione di bene e di servizi viene confermata successivamente laddove si prevede la possibilità di modificare il mix di traffico in "misura significativa". Va specificato che la modifica è, semmai, "sostanziale" o "non sostanziale" secondo quanto previsto dal diritto dell'Unione europea (in applicazione dell'art. 56 TFUE e diritto derivato, ivi incluso il Regolamento n. 352/2017). In ogni caso la modifica in ordine all'oggetto delle attività deve essere quella semmai risultante dalla modifica degli strumenti di pianificazione vigenti (es. Adeguamento tecnico funzionale) da cui consegue la variazione delle concessioni e non certo da ciò che è "contrattualmente" inserito nell'oggetto del contratto di concessione (anche qui il recente orientamento del Consiglio di Stato è molto chiaro). Di conseguenza questa previsione, "invade" il campo di competenze dell'Autorità di sistema portuale incidendo sul rapporto tra oggetto della concessione e pianificazione delle Autorità stesse.

### ***3.7 Revisione o aggiornamento PEF***

Al punto 3.7 si prevede, di nuovo, un obbligo per le AdSP, anche di tipo procedimentale che non trova riscontro nella legge. In particolare si prevede che *"Le AdSP vigilano sul rispetto delle concessioni e dei correlati PI e PEF da parte dei concessionari, notificando all'Autorità ogni istanza di revisione o aggiornamento"*.

L'unico riferimento ad una competenza dell'Autorità in materia di revisione / aggiornamento delle concessioni è contenuto nel par. 12 delle Linee Guida contenute nel DM 110/2023, laddove si prevede che ART possa esprimere un parere esclusivamente nei casi in cui la proroga richiesta riguardi una concessione di durata superiore a 10 anni.

Pertanto, la previsione di cui al punto 3.7 sembra configurare una competenza non prevista dall'ordinamento, posto che anche la previsione di cui al par. 12 delle citate Linee Guida non ha alcuna base giuridica prevista dalla legge e, quindi, non è da considerarsi vincolante (oppure non è da considerarsi legittima se la si interpreta come vincolante).

### ***3.9 Parere ART sullo schema di PEF***

Il Par. 3.9 prevede che ART debba rendere un parere sullo schema di PEF di ogni concessione prima dell'avvio della procedura. In ogni caso, lo schema di PEF di cui all'allegato I pare prevedere alcuni contenuti econometrici diversi ed ulteriori rispetto a quelli di cui all'Allegato I. Ma sotto questo profilo si rinvia all'analisi economica.

In realtà, il par. 7 delle linee guida di cui al DM 110/2023, la cui base giuridica (anche in questo caso) non pare completamente chiara, non prevede alcun dettaglio di contenuti obbligatori. Invece la suddetta misura introduce alcuni contenuti che sembrano confermare la confusione terminologica e sostanziale tra la tipologia

concessoria (concessione di beni vs. concessione di servizi) e di oggetto (servizi a mercato vs. servizi di interesse economico generale). Si prevede, infatti, quanto segue: *“sono trasmessi all’Autorità in formato editabile e sono corredati di una relazione accompagnatoria, sottoscritta dal legale rappresentante della società, che illustri i contenuti, la metodologia e le scelte adottate; tale relazione dovrà contenere almeno le seguenti informazioni:*

*i) descrizione delle ipotesi alla base delle previsioni di domanda;*

*ii) descrizione delle ipotesi alla base delle aliquote di ammortamento utilizzate per i singoli cespiti presenti nel “piano di ammortamento”;*

*iii) dettagliata descrizione delle metodologie adottate di contabilità, dei criteri di valorizzazione, dei criteri di allocazione, dei driver di attribuzione utilizzati, in relazione a ognuna delle componenti economiche e patrimoniali specificate negli schemi contabili;*

*iv) descrizione delle ipotesi alla base delle previsioni sul fabbisogno finanziario;*

*v) descrizione delle modalità di calcolo degli indicatori previsti dal punto 6 al punto 9 dello “Schema2 – Piano finanziario previsionale”.*

Si tratta di alcuni obblighi di tipo sostanziale non previsti nel DM 202/2022 né nel DM 110/2023. Infatti, l’ipotesi di previsione della domanda di cui alla lettera i), trattandosi di servizi che non sono di pubblica utilità e la cui tariffa non è orientata al costo, non si capisce su quale base giuridica sia considerata rilevante e, quindi, da verificare da parte di ART poiché inerisce, semmai, ad una valutazione di tipo pianificatorio che è riservata alla verisimiglianza dell’attrazione del traffico che è rimessa all’Autorità di sistema portuale. Si configura, quindi anche in questo caso, una sostanziale erosione delle competenze dell’Autorità di sistema portuale.

In secondo luogo, il contenuto di cui alla lettera v) non è prevista da alcuna disposizione dell’ordinamento.

### **3.11 Contenuti dell’avviso/bando di gara**

Stupisce la previsione di cui al par. 3.11 in quanto, sempre generale ed astratto come se fosse una norma emanata da un legislatore (tema che, di per sé è indice di illegittimità costituzionale ed europea) ha un ambito di applicazione totalmente coincidente con i contenuti di cui all’art. 2 comma 3 del DM 202/2022 e, nella misura in cui va oltre tali requisiti, pregiudica l’esercizio delle conseguenti competenze da parte delle Autorità di sistema portuale

Ne deriva, peraltro, un quadro giuridico anche dei criteri di scelta già previsti dal DM 110/2023 introducendo, di fatto, un quarto livello regolamentare (considerando anche i Regolamenti demaniali delle AdSP) che rende l’ordinamento completamente incerto e di difficilissima comprensione.

### **3.13 Compagine societaria dei concessionari**

La misura 3.13 si interseca parzialmente con quanto già previsto dall’articolo 7 del Regolamento concessioni, che disciplina le modificazioni della compagine societaria del concessionario e prevede l’obbligo, in questi casi, per l’AdSP di valutare l’impatto sul Programma degli Investimenti e sul PEF. Tuttavia, l’art. 7 si limita a una valutazione tecnica interna dell’AdSP, senza prevedere un coinvolgimento dell’ART, né

estendere l'analisi a relazioni societarie con altri operatori attivi in porti diversi da quello della competente AdSP e diverso dal contesto del mercato rilevante (la c.d. “catchment area”).

Suscita sorpresa la previsione secondo cui, addirittura, l'Autorità possa prevedere “l'adozione nei contratti di concessione di opportune condizioni volte all'individuazione di quote minime di capacità di movimentazione merci da garantirsi ad imprese armatoriali non collegate al concessionario”. Si tratta di una previsione di portata pianificatoria e politica e non certo dell'attività che esegue un'Autorità di Regolazione. La volontà dello Stato di fare alleanze di traffico o meno con armatori o gruppi terminalistici internazionali non può certo essere condizionata dalla previsione di terzo-quarto livello che, nella forma di una misura regolatoria, prevede invece una vera e propria disposizione generale ed astratta che vincola lo Stato e le Autorità di sistema portuale. Con ciò, non si intende prendere posizione nel merito della bontà o meno della presenza di integrazione verticale o orizzontale ma si discute esclusivamente della non correttezza tecnica dello strumento regolatorio per sindacare tale fattispecie in via generale (essendo più corretto quello legislativo o di vigilanza e pianificatorio).

### **3.14 Contenuto del contratto di concessione**

Tale fattispecie, ancora una volta, include una norma “generale ed astratta” introducendo una sorta di contenuto vincolato del contratto di concessione esattamente come fa il codice civile con i contratti tipici. Tale formula (a prescindere dal merito) è errata nel metodo in quanto solo il legislatore ha il potere di individuare fattispecie tipiche contrattuali e i relativi contenuti. Si ravvisa l'ennesima, riduzione della discrezionalità (anche tecnica) delle Autorità di sistema portuale e del Ministero Vigilante laddove l'Autorità, nel “decidere” quali sono i contenuti che “le interessano”, di fatto, esercita un potere politico sostitutivo del potere esecutivo (Ministeri competenti e Autorità di sistema portuale). In particolare, le lettere b), c) e d) producono tale evidente sovrapposizione laddove danno per scontato che sia legittimo prevedere il mix di merci movimentato così come la disciplina del co-uso (che sarebbe già disciplinata dal codice civile senza necessità di ulteriori sovra-strutture).

### **3.15 Durata della concessione**

La misura è sostanzialmente coincidente come ambito di applicazione con l'art. 2 comma 3 del DM 202/2022 e con l'art.7 del DM 110/2023.

In realtà, rispetto al DM 202/2022 (l'unico atto tra quelli citati che ha copertura legislativa), introduce una quantità ingente di contenuti novativi che non pare abbiano una copertura legislativa. Tuttavia, volendo comunque leggerlo a sistema con l'art. 7 del DM 110/2023 le fattispecie di erosione sostanziale delle competenze amministrative del Ministero e delle Autorità di sistema portuale sono molte. Riservandoci comunque un'analisi più approfondita, ne analizziamo alcune.

Non ha alcuna copertura legislativa la previsione secondo cui la durata delle concessioni deve essere inclusa tra due limiti, uno Superiore e uno Inferiore. La misura include un limite superiore facendolo coincidere con un *benchmark* di mercato: invece, è noto che secondo il diritto dell'Unione europea la durata di una concessione deve consentire di remunerare a condizioni di mercato le opere e i servizi resi: nel caso in cui lo Stato decida di realizzare un'opera molto costosa, l'applicazione di benchmark di mercato al limite superiore pregiudicherebbe, in sostanza, la possibilità di realizzare un'opera pubblica. Ancora una volta, questa misura ha l'effetto di attrarre sull'Autorità poteri e competenze tipiche del potere esecutivo, ossia del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e l'Autorità di sistema portuale.



Particolarmente arbitrario e immotivato (e quindi di dubbia legittimità), poi, è il limite superiore temporaneo individuato nelle more di un'ipotetica attività di benchmarking (misura 15) facendolo coincidere con gli anni di ammortamento fiscale dei beni che sono oggetto della concessione suggerendo una ennesima confusione tra ammortamento fiscale e durata della concessione. Tale misura arbitraria è completamente priva di motivazione.

Altrettanto fuori luogo è l'introduzione di un limite inferiore pari al numero di anni necessario affinché il valore attuale netto della concessione diventi zero. In questo contesto l'Autorità sta effettuando una vera e propria scelta di economia dei trasporti privilegiando esclusivamente concessionari che usano il bene oggetto di concessione in modo totalmente scollegato rispetto ad altre componenti della catena logistica come se tale asset fosse soggetto all'obbligo di separazione alla stregua di un servizio di interesse economico generale. Anche in questo caso si assiste ad una vera e propria scelta politica (condivisibile o meno) certamente non corretta sotto il profilo della relativa inclusione in uno strumento regolatorio. Il conseguente margine di apprezzamento dello Stato, del Ministero Vigilante e delle Autorità di sistema portuale risulta sostanzialmente compromesso.

### ***3.16 e 3.17 Canone concessorio***

In questo quadro l'art. 5 comma 2 del DM 202/2022 prevede già con dettaglio i criteri di calcolo del canone demaniale e la misura 3.16 pare sostanzialmente riassumerli. Analogamente la il DM 110/2023 al punto 10 si occupa esclusivamente della determinazione della componente variabile. È vero che il suddetto punto 10 fa rinvio ai criteri generali della previgente Delibera dell'Autorità n. 57/2017 e, in conseguenza di tale delibera, l'Autorità sembra esercitare una sorta di "supporto tecnico" ad integrazione del suddetto DM 110/2023. Tuttavia l'Autorità pare travalicare le competenze laddove introduce percentuali di variazione massima e laddove include un allegato che riporta una metodologia di calcolo che sembrerebbe sempre applicabile così comprimendo di fatto la libertà di apprezzamento del Ministero e delle Autorità di sistema portuale nel posizionamento di mercato (ricordiamo che le AdSP sono imprese soggette al diritto della concorrenza).

### ***3.18 Impegni e monitoraggio***

La misura 3.18., sulla vigilanza circa il mantenimento degli impegni assunti dai concessionari, fa riferimento a specifiche metodologie di cui all'Annesso 2 della Delibera n. 69 (che, a titolo esemplificativo, prevedono l'applicazione di penali da calcolarsi a valere sul canone concessorio). In tale contesto, al netto delle considerazioni che possono farsi sulla congruità di tali penali così come proposte da ART, v'è da affermare la competenza del legislatore laddove si determinino gli strumenti volti a conseguire il rispetto delle obbligazioni che i concessionari assumono nei confronti dello Stato. Non è, infatti, un'Autorità indipendente che vigila sul rispetto delle norme a dover determinare le condizioni attraverso le quali lo Stato si assicura il rispetto dei contratti di concessione. ART è inoltre l'autorità competente ai sensi del citato Regolamento (UE) n. 352/2017 e quindi interviene a posteriori in caso di reclamo. Il legislatore europeo ha pertanto confermato la separazione tra il legislatore che fa le regole e il titolare del potere di decidere sui reclami circa la violazione delle stesse. La sovrapposizione dei ruoli introduce un doppio livello di regolazione non coerente con la tutela dell'accesso al mercato portuale come definito dal legislatore europeo. Sul tema della congruità della proposta si osserva che il mercato portuale è molto variegato e pertanto è quasi impossibile stabilire una regola uniforme. Per tale motivo il DM 202/2022 ha affidato alle singole Autorità di Sistema Portuale la discrezionalità nella determinazione del regime delle penali, che non può certo essere ricondotto ad una regola generale che rischia,

appunto, di non cogliere nel segno e anzi colpire alcuni settori che sono magari più soggetti a variazioni di traffico indotte da elementi geopolitici che sfuggono al controllo delle parti.

### ***3.19. Investimenti e fondi pubblici***

Quanto poi alla misura 3.19., occorre precisare che le prescrizioni *ivi* contenute sono in parte già contenute sia nella normativa europea sia nella disciplina regolatoria nazionale di secondo livello. Infatti, *in primis*, si osserva che le attività di “[...] *promozione di programmi di investimento infrastrutturali che prevedano contributi dello Stato o di soggetti pubblici [...]*” sono già regolate dal Regolamento (UE) n. 1084/2017 *che modifica il regolamento (UE) n. 651/2014 per quanto riguarda gli aiuti alle infrastrutture portuali e aeroportuali*”, il cui articolo 56-ter prevede che gli aiuti marittimi a favore dei porti sono compatibili con il mercato interno ai sensi dell’articolo 107, paragrafo 3 del TFUE e sono esentati dall’obbligo di notifica di cui all’articolo 108, paragrafo 3 del TFUE, purchè soddisfino specifiche condizioni. Non v’è pertanto alcun bisogno di regolare la materia a livello nazionale in quanto si produce una chiara fattispecie di *gold plating* che andrebbe segnalata alla Commissione europea.

Sotto altro aspetto, poi, l’obbligo dell’AdSP di fornire un’adeguata comunicazione all’ART ai fini di una possibile revoca dell’atto di concessione, nell’ipotesi di una revisione dell’atto concessorio che rischi di alterare l’equilibrio concorrenziale dei traffici, così come formulato nella presente misura, rappresenterebbe una duplicazione ed un superamento di quanto già contenuto all’articolo 15, commi 2 e 3 delle *Linee guida* e introduce una competenza non coperta da alcuna previsione legislativa. Di nuovo, l’Autorità sembra voler intervenire nella pianificazione e finanziamento delle opere da parte dello Stato andando ben oltre i compiti regolatori in senso tecnico.

### ***3.20 Notifica istanze di estensione della concessione***

Infine, la misura 3.20 prevede un obbligo a carico delle AdSP di notificare ad ART tutte le istanze di estensione della durata di concessione, la quale poi deve rendere un parere entro 30 giorni. Tale misura appare, ancora una volta, in contrasto con la vigente normativa: non esiste, infatti, un obbligo in capo all’AdSP di notificare qualsiasi istanza di revisione o aggiornamento delle concessioni all’ART ma esclusivamente le istanze che comportano una variazione di durata e nel caso in cui la concessione sia di durata maggiore di 10 anni (*Cfr.* art. 12 *Linee guida*).

## **4. Contabilità regolatoria dei concessionari di aree e banchine portuali**

Il meccanismo di contabilità regolatorio previsto dalla Misura n. 4 non ha alcuna base giuridica. È finalizzata a consentire all’Adsp controlli e monitoraggi rispetto ai quali sono già previste competenze e strumenti tanto dal codice della navigazione quanto nella legge n. 84/1994 e nel suo Regolamento attuativo (DM 202/202 e Linee guida DM 110/2023)

In particolare occorre rammentare che il principio di separazione, che nasce dalla nota sentenza della Corte di giustizia *Regie de Telegraphes* (sentenza del 13 dicembre 1991, caso C-18/88), può essere imposta esclusivamente su fattispecie di servizi di interesse economico generale e, a tal fine, l’ordinamento nazionale già prevede tale forma di contabilità e separazione attraverso l’art 8 comma 2 ter della legge n. 287/1990.

Al netto della considerazione di cui sopra, non risulta chiaro se tali attività di separazione contabile si traducano in una ulteriore attività di controllo in capo ad ART. Nella sostanza, occorre scongiurare la presenza di qualsivoglia misura che attribuisca, anche solo *de facto*, ad ART un potere di controllo contabile sull'operato delle AdSP in quanto configura l'ennesima "erosione" del potere legislativo ed esecutivo ad opera dell'esercizio della regolazione indipendente.

## **5. Efficienza delle gestioni e nella redistribuzione del sistema di offerta**

Le Misure 5.1., 5.2., 5.3. e 5.4. prevedono un obbligo annuale in capo all'AdSP di effettuare un'analisi sulla struttura dei mercati dei servizi relativi alle concessioni di aree e banchine portuali (*Cfr.* Misura 3) tenendo conto sia dei PEF e dei programmi degli investimenti sia dei valori di *benchmark* di efficienza gestionale relativi a ciascun segmento di mercato di riferimento (*i.e.* container, project cargo, rinfuse secche e liquide, rotabili *etc.*). In questo senso, poi, la misura 5.5. prevede che se da tale analisi emerge un inefficiente grado di gestione / distribuzione dell'offerta, l'ART possa proporre la sospensione, la decadenza o la revoca della concessione.

Qualora l'analisi di struttura evidenziasse criticità (inefficienze o potere di mercato eccessivo), in base alla misura 5.5, l'ART può proporre alla AdSP la sospensione, decadenza o revoca delle concessioni, e intervenire per assicurare condizioni eque di accesso, coinvolgendo eventualmente altre autorità competenti. Tale potere, tuttavia, è estraneo alle competenze che sono state attribuiti ad ART dall'art. 37 d.l. n. 201/2011 e si configura, pertanto come norma generale ed astratta addirittura istitutiva di un procedimento amministrativo che, come noto, devono essere tassativamente previsti dalla legge.

## **6. Autorizzazioni allo svolgimento delle operazioni e dei servizi portuali**

Mentre sotto il profilo contenutistico non si ravvisano problematiche particolari, salta agli occhi una limitazione della discrezionalità (nel senso amministrativo ma anche tecnico) dell'Autorità di sistema portuale che deve considerare gli indicatori previsti nell'Annesso 4 alla Delibera n. 69. In particolare, tale documento prevede benchmark di mercato da applicare per la componente variabile del canone di concessione e per la valutazione del monitoraggio delle concessioni (tant'è vero che sono presenti numerosi indicatori di tipo "immobiliare").

Pertanto, anche in questo caso emerge una sovrapposizione dell'Autorità rispetto al potere dell'Autorità di sistema portuale, sotto vigilanza del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rispetto all'individuazione degli indicatori rilevanti per il rilascio di autorizzazioni che sono, evidentemente, diversi porto per porto.

## **7. Accesso alle banchine per lo svolgimento di operazioni portuali da parte di imprese non concessionarie**

La Misura 7 prevede che le AdSP redigano e pubblicino un regolamento contenente le modalità di accesso alle banchine pubbliche per imprese autorizzate, ma prive di un titolo concessorio. Tale regolamento deve definire criteri e tempi per le richieste di accesso, con priorità in caso di conflitti, coordinandosi con l'Autorità marittima.

Non si può non rilevare che l'art. 18 legge n. 84/1994 prevede che le Autorità di sistema portuale “danno in concessione le banchine” e non prevede alcuna possibilità di esercizio di una banchina da parte delle autorità pubbliche essendo quindi difficile ipotizzare l'esistenza stessa di una banchina pubblica (nozione, peraltro, non esistente nell'ordinamento).

In ogni caso, consapevoli del fatto che tale contrasto emerge comunque già nel DM n. 202/2022, occorre osservare che tale riserva pare condurre ad una situazione già censurata dalla Corte di giustizia (C-179/90) con la nota sentenza Porto di Genova: in questo caso la Corte aveva affermato che *“il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti esclusivi, ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato – oggi art. 106 TFUE –, non è di per sé incompatibile con l'art. 86 – oggi art. 102 TFUE. Tuttavia la Corte ha avuto modo di dichiarare al riguardo che uno Stato membro contravviene ai divieti posti da queste due disposizioni quando l'impresa di cui trattasi è indotta, col mero esercizio dei diritti esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante o quando questi diritti sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere”*.

## **8. Infrastrutture essenziali**

La Misura 8 stabilisce che le infrastrutture essenziali debbano essere individuate *“previa acquisizione di eventuali pareri da parte delle Autorità competenti”*: tale previsione pone un onere a carico di altre Autorità.

In realtà, soltanto la legge, sempre sulla base del principio di separazione dei poteri, può attribuire ulteriori competenze alle Autorità. Inoltre, rimane ancora poco chiaro quali siano le Autorità preposte a fornire tali eventuali pareri (potrebbe trattarsi forse di AGCM, MIT, ...).

Non può non rilevarsi, nel merito, che le prescrizioni generali della Delibera (soprattutto quelle di cui alla misura 3) discendono da un'applicazione specifica che postula che tutti i terminali sono “infrastrutture essenziali” ed in quanto tali sembrerebbero trasformati in servizi di interesse economico generale (solo così spiega la logica regolatoria, tendente alla *RAB*). Tale configurazione configura una vera e propria scelta di politica dei trasporti e industriale che non emerge dall'ordinamento vigente.

## **9. Fornitura di servizi agli utenti portuali**

La misura 9 precisa che i servizi di interesse generale (SIEG) sono affidati mediante procedure ad evidenza pubblica. In primo luogo occorre precisare che le Autorità di sistema portuale ben potrebbero esercitare i suddetti servizi senza ricorrere ad affidamenti esterni, nel rispetto delle norme europee *sull'in house providing*. Inoltre, in applicazione dell'art. 106 TFUE i servizi di interesse economico generale non obbligano l'amministrazione AdSP ad un modello di concorrenza per il mercato. Infatti, alla luce del principio di proporzionalità l'incidenza della concorrenza deve essere quella minore possibile rispetto alla missione pubblica affidata.

Infatti, occorre precisare che ad oggi tali servizi ben potrebbero essere svolti anche secondo altre modalità consentite dalla legge (*i.e.* art. 68 Cod. Nav.) e non necessariamente mediante il rilascio di un titolo concessorio e/o la preventiva pubblicazione di un bando di gara. Ciò in linea, peraltro, con quanto contenuto nella Circolare del MIT, Prot. n. 10251/2018 avente ad oggetto proprio i servizi di interesse generale in ambito

portuale (ai sensi cioè della Legge n. 84/94) e di quanto riportato dalla Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse generale 2012/C 8/02.

Comunque, affinché la qualifica di SIEG sia attribuita legittimamente, devono sussistere cumulativamente le quattro condizioni che sono state fissate dalla Corte di giustizia in occasione della nota sentenza Altmark (del 24 luglio 2003, C-280/00), ai sensi della quale:

- 1) l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro;
- 2) i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente;
- 3) la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole;
- 4) quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non viene effettuata nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media gestita in modo efficiente avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento.

#### **10. Criteri di contabilità regolatoria per l'esercizio di infrastrutture essenziali e per la fornitura di servizi non esposti ad un'effettiva concorrenza**

Per le criticità di tale Misura 10 (che prevede un'indicazione puntuale di tutti i criteri per la redazione degli schemi di contabilità regolatoria) si veda quanto già detto per la Misura 4 (che prevede istituisce appunto il meccanismo di contabilità regolatorio).

Si aggiunga che la costruzione della contabilità regolatoria indicata è chiaramente sovrapposta con le contabilità regolatorie tipiche dei servizi di interesse economico generale che prescrivono un orientamento al costo della tariffa all'utente. Caratteristica che non è affatto presente nel mondo terminalistico e che presupporrebbe una ristrutturazione del mercato molto profonda. Tale scelta, che non si rinviene in alcuna fonte di rango legislativo, è molto più politica che tecnica, e parrebbe riservata al legislatore e non certo all'Autorità tecnica.

#### **11. Tasse e diritti portuali**

Su tale misura non vi sono osservazioni, al momento.



## **12. Messa a disposizione delle informazioni necessarie all'accesso alle infrastrutture**

La Misura 12.5 pone a carico delle AdSP l'onere di pubblicare un "*Prospetto informativo della rete ferroviaria portuale*" nei porti interessati dalla presenza di infrastrutture ferroviarie: tale obbligo introdotto dalla misura sembrerebbe "appiattire" tutti gli impianti collocati nei porti come "impianto di servizio" secondo la normativa dell'Unione europea. Tale configurazione sembra semplicistica e da valutare caso per caso in ragione delle caratteristiche giuridiche, economiche e di viabilità di ciascun porto. Pertanto, tale obbligo, introdotto in modo così "piatto" parrebbe condurre ad una incompatibilità con le norme europee in materia di liberalizzazione ferroviaria.

## **13. Manovra ferroviaria**

La Misura 13.7, riguardante l'affidamento del servizio di manovra ferroviaria in porto, prevede un controllo preliminare, rispetto alla pubblicazione del bando di gara, in capo ad ART, attribuendo, quindi, ad ART un compito di vigilanza nell'affidamento del servizio ferroviario portuale. Tale misura appare del tutto estranea alle competenze (soltanto regolatorie) di ART stabilite dall'art. 37 d.l. 201/2011.

La competenza che l'Autorità può svolgere in tale mercato è solo a valle della scelta del Ministero e/o dell'Autorità di sistema portuale di configurare il relativo servizio come servizio di interesse economico generale e, a valle di questa scelta, effettuare la normale attività di regolazione coerente con l'art. 106 TFUE.

La misura, invece, introduce alcuni obblighi nuovi (tra cui il rispetto dei modelli allegati alla Delibera) che non trovano fondamento nella legge e, anche in questo caso, postula che le modalità di affidamento ed erogazione del servizio di manovra sia sempre lo stesso in ogni porto, cosa che è notoriamente non vera.

## **14. Gestione dei reclami e apparato sanzionatorio**

La Misura 14 individua l'ART quale autorità competente, in generale, alla gestione dei reclami. Tale attribuzione, che trova una formulazione troppo generica, non trova una base normativa: l'ART è competente nella gestione dei reclami relativamente agli specifici settori del trasporto passeggeri e della movimentazione delle merci ma non lo è in ambito portuale, ossia di art. 16 e 18 legge n. 84/1994 (la cui competenza spetta quindi al MIT).

## **15. Acquisizione di dati ed informazioni e definizione di benchmark di settore**

La misura 15 prevede una serie di obblighi informativi articolati:

- a) l'obbligo per i concessionari di fornire alle AdSP tutti i documenti, dati e informazioni relativi ai titoli concessori, che a loro volta devono trasmetterli all'ART;
- b) l'obbligo per le AdSP di fornire annualmente all'ART specifici dati per ogni concessione, compresa la manovra ferroviaria;

- c) l'elaborazione da parte dell'ART di valori benchmark di settore da utilizzare, tra l'altro, in sede di definizione dei canoni concessori o per il monitoraggio del rispetto degli impegni concessori.

Tale misura, ancora una volta, duplica e supera gli obblighi informativi già previsti dalla regolazione di secondo livello del MIT (cfr. art. 15 delle Linee guida), imponendo nuovi obblighi di comunicazione alle AdSP nei confronti dell'ART non previsti dalla normativa vigente. Inoltre, non risulta previsto dalla normativa vigente che i *benchmark* predisposti dall'ART siano vincolanti per tutti i profili concessori: secondo l'art. 15 delle Linee guida, i benchmark possono riguardare esclusivamente le attività di monitoraggio e verifica della *performance* del concessionario.

A completa disposizione.

**Assiterminal**

**Ancip**