

Consultazione sulla revisione delle prime misure di regolazione in ambito portuale adottate con la Delibera n. 57/2018

Premessa

Scopo della presente memoria è quello di fornire i commenti dell'Associazione a seguito dell'analisi degli effetti prodotti dalla regolazione introdotta con la Delibera n. 57/2018¹, nonché di quelli prevedibili a seguito della adozione delle misure di regolazione proposte nell'ambito della Vostra Delibera n. 69/2025 e s.m.i. ("**Delibera**") avente ad oggetto "*Procedimento avviato con delibera n. 170/2022. Revisione delle prime misure di regolazione in ambito portuale adottate con la delibera n. 57/2018*".

In estrema sintesi la scrivente desidera attirare l'attenzione di questa Autorità sul rischio di:

- a.** esporre l'attività amministrativa degli enti preposti alla gestione portuale e dei singoli operatori ad una ulteriore complessità burocratica andando a gravare, talvolta duplicandoli e comunque andando a sovrapporsi, sui poteri attribuiti dalla legge al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ("**MIT**");
- b.** produrre una sostanziale ripetizione (che, a parere di chi scrive, rischierebbe di essere fuorviante) dei contenuti del Regolamento concessioni (Cfr. D.M. n. 419/2022) e delle relative *Linee guida* del MIT (Cfr. D.M. n. 110/2023) che, ad oggi, rappresentano i principali atti di legislazione di secondo livello emanati dal superiore Dicastero nella sua qualità di amministrazione regolatrice e vigilante in materia portuale.

Inoltre, per completezza espositiva, chi scrive non può non rilevare come dall'esame dello schema regolatorio di cui alla Delibera emerga quanto segue.

- (i)** In primo luogo, un'estensione dei poteri dell'ART che potrebbe andare oltre a quelli attribuiti ad essa dalla legge. Il tutto a potenziale detrimento alle Autorità di Sistema Portuale (e quindi anche al futuro modello di S.p.A. pubblica secondo l'ipotizzanda riforma della legge portuale). A titolo esemplificativo, si pensi alla riduzione delle competenze discrezionali delle AdSP in materia di programmazione e di gestione del demanio in funzione dello sviluppo dei traffici la cui valutazione del *quomodo* (e non può essere diverso) dovrebbe rimanere alla AdSP e, in un'ottica di riforma, alla S.p.A. pubblica.

¹ Cfr. Delibera dell'Autorità n. 57/2018 del 30 maggio 2018, recante "*Metodologie e criteri per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali. Prime misure di regolazione*".

- (ii) In secondo luogo, come già anticipato, una duplicazione di una parte delle misure già contenute (in larga parte) sia nel sopracitato Regolamento concessioni che nelle relative *Linee guida* (vedasi, ad esempio, le misure 3.8., 3.9., 3.10., 3.11., 3.13., 3.14., 3.15., 3.16., 3.17., 3.19., 3.20., 5.5. e 15. dello schema in commento). Nella sostanza, si porrebbe un tema di compatibilità e di interpretazione tra lo schema di regolazione in commento e la legislazione di secondo livello del MIT già vigente in materia. Il risultato è che, così facendo, si rischierebbe di creare una sovrapposizione delle attività regolatorie (e quindi anche dei relativi poteri di controllo) già affidate per legge al MIT. Ciò nella misura in cui vi sarebbe, *de facto*, un'incorporazione dell'attività regolatoria del Ministero in quella dell'ART. Chi scrive non si oppone alla identificazione di un soggetto a cui deve essere affidato il compito di verifica e controllo delle attività portuali ovvero al rafforzamento di tali compiti e delle relative prerogative. Ciò che si vuole evitare è la sovrapposizione di poteri concorrenti.
- (iii) In terzo luogo, un incremento degli oneri procedurali (e quindi il concreto rischio di un appesantimento complessivo dei procedimenti amministrativi) ad esclusivo carico delle AdSP. Vedasi, per esempio, l'acquisizione di dati ed informazioni a favore di ART e a carico delle AdSP per la definizione di *benchmark* di settore (misure 4 e 15 dello schema regolatorio in commento). In altre parole, l'eventuale introduzione di misure regolatorie e/o prescrizioni (come quelle nei termini proposti) così rigide e dettagliate, e da ultimo la creazione di *benchmark* mal si attagliano al settore poiché limiterebbero di fatto la possibilità di assecondare le esigenze dei traffici che sono, per loro natura, instabili e non prevedibili. In sostanza, secondo lo schema regolatorio proposto, le AdSP rischierebbero di divenire mere attuatrici di regole, nella misura in cui di fatto si equiparano le attività del mercato-porto a quelle del segmento autostradale e ferroviario, senza tuttavia poter più tenere conto delle peculiarità dei traffici marittimi, il cui andamento è spesso dipendente da fattori esogeni e quindi da dinamiche non controllabili a monte dal mercato e/o dal regolatore.
- (iv) In quarto ed ultimo luogo, la proliferazione di contenziosi tra le parti private incise dalla inefficienza delle Autorità di Sistema Portuale e le medesime o lo Stato, qualora l'applicazione della proposta regolazione (con particolare riferimento alla definizione di *benchmark* e *KPI* a cui assoggettare il destino delle concessioni in essere) comportasse la decadenza della concessione ovvero il diniego del suo rinnovo o peggio portasse l'Amministrazione a promuovere a procedure di evidenza pubblica sulla base di condizioni economiche o di mercato irrealizzabili.

Premesso tutto quanto sopra, la scrivente si pregia di riportare *infra* una disamina di maggior dettaglio delle singole misure regolatorie che presentano le maggiori criticità di cui si auspica l'adozione di idonei correttivi da parte di codesta Autorità.

MISURA 1 – OGGETTO E AMBITO DI APPLICAZIONE DELLE MISURE

La **misura 1.2.** prevede, tra le altre, la notifica all'ART – da parte delle AdSP – degli atti concessori o accordi sostitutivi, anche in caso di aggiornamenti o revisione degli stessi. Si attribuisce dunque ad ART una sorta di co-gestione delle procedure con l'AdSP non prevista da alcuna regola fondamentale né prassi seguita in altri comparti.

L'ART è un soggetto che, attraverso la regolazione, deve garantire *“condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali”*. Ciò non significa, tuttavia, che ad ART si debba affidare un ruolo che è attribuito per legge a soggetti distinti (vale a dire le AdSP e, in relazione alla vigilanza, alla Direzione Generale Porti). In altre parole, un conto è definire la regola, mentre diverso è gestire le attività regolate. Non a caso, nella misura si parla di notifica ad ART e non di mera comunicazione giusto a voler creare – di fatto – un nuovo procedimento novatore della Legge n. 84/94.

MISURA 2 – DEFINIZIONI

Manca qualsiasi riferimento al Regolamento (UE) n. 352/2017 che istituisce un quadro normativo per la fornitura di servizi portuali e norme comuni in materia di trasparenza finanziaria dei porti. Trattasi, infatti, della norma fondamentale che già regola, in ambito portuale, la materia che l'ART intende regolare nuovamente. Anche questo concorso tra la norma europea (un regolamento e di per sé direttamente applicabile ed invocabile) smarca l'esigenza di tornare sul diritto protetto ovvero *“l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali”* con un nuovo set di norme e procedure che mal si attagliano al settore e con la creazione di competenze concorrenti rispetto al vigente e collaudato assetto dato dalla legge portuale, dalla citata legge europea e dalla legislazione di secondo livello intervenuta medio tempore.

MISURA 3 – CONCESSIONE DI AREE E BANCHINE PORTUALI

La **misura 3.5.**, rinvia alla **misura 7.5.** (meglio dettagliata *infra*) la riserva di spazi operativi alle imprese non concessionarie. Va specificato che l'art. 2 comma 6 del D.M. 202/2022 (attuativo dell'art. 18 Legge n. 84/94) prevede che, di fatto esauendo *ex se* l'argomento, l'AdSP provveda a riservare tali spazi solo laddove *“tutte le aree portuali siano già affidate in concessione”* e non prevede alcuna competenza, a monte, dell'ART. Una diversa impostazione rispetto a quanto previsto dalla norma avrebbe l'effetto di ricondurre la discrezionalità di carattere strategico affidata alle AdSP ad un esercizio caratterizzato da elementi condizionanti tale discrezionalità che potrebbero alterare le migliori scelte per l'efficienza del porto e della sua logistica. ART ha senz'altro

il potere di garantire il rispetto del diritto di accesso ai sensi del richiamato Regolamento (UE) n. 352/2017 ed è in questo ambito che deve essere, a nostro avviso, esercitata la competenza di ART.

La **misura 3.6.** prevede, tra le altre, la possibilità per il concessionario di aggiornare le previsioni di domanda definite nell'atto di concessione ogni 5 anni purché le nuove stime non si discostino del +/- 15% rispetto a quelle originariamente formulate. Si può concordare su una misura di questo tipo ma, ancora una volta, non è ART che determina le politiche portuali attinenti la gestione del demanio. Non si conoscono le ragioni giuridiche ed economiche che inducono ad indicare un termine di 5 (cinque) anni e si comprende poco il rationale posto che il diritto / dovere della verifica annuale prevista dal Regolamento concessioni (*Cfr.* articolo 9, comma 1) prevede già un'attività di concreta verifica sull'attuazione del programma di investimenti e delle attività correlate del concessionario da parte delle AdSP con conseguente relazione al competente Dicastero.

Inoltre, si ritiene che introdurre l'obbligo di indicare i *mix* di traffico ammissibili con i relativi quantitativi movimentabili con gli eventuali gradi di sostituibilità tra una tipologia di traffico e l'altra rischi di essere ostativa all'interesse pubblico che sottende all'esercizio delle attività portuali che non sono fini a sé stesse ma che, al contrario, sono destinate a servire l'infrastruttura industriale che si serve del porto e che, pertanto, necessita di ogni adeguata flessibilità. Ciò in disparte alla oggettiva difficoltà per gli operatori portuali di predire lo sviluppo delle attività industriali servite nel bacino portuale di riferimento e la relativa geopolitica che regge il trasporto internazionale di merci.

Sotto altro profilo, invece, la **misura 3.7.** introduce l'obbligo per le AdSP di notificare all'ART ogni istanza di revisione o aggiornamento del PEF e del programma degli investimenti dei concessionari. Tuttavia, si ritiene che prevedere l'obbligo da parte delle AdSP di notificare l'istanza di revisione o aggiornamento delle concessioni significhi implicitamente coinvolgere l'ART nel procedimento di revisione delle stesse ammettendo, indirettamente, una competenza concorrente, quantomeno nella forma della vigilanza, attività che, al contrario, sembra essere affidata (solo) alla Direzione Generale Porti del MIT.

Inoltre, entrambe le misure parrebbero andare oltre le previsioni contenute nel Regolamento concessioni e nelle *Linee guida* che prevedono un'attività di verifica sul rispetto degli obblighi assunti dal concessionario sia su base annuale che quinquennale con l'obbligo di comunicarne gli esiti al solo Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e non anche all'ART (*Cfr.* art. 9, commi 1 e 2 Regolamento concessioni e art. 9 *Linee guida*).

Le uniche ipotesi in cui è prevista una notifica all'ART – da parte dell'AdSP – riguardano quella relativa ad un'eventuale estensione della durata della concessione in caso di affidamento di durata superiore ai 10 anni – notifica, in questo caso, obbligatoria – (*Cfr.* art. 12 *Linee guida*), nonché l'ipotesi di monitoraggio delle concessioni da parte dell'AdSP (sempre con durate superiori ai 10 anni) che deve limitarsi a comunicare gli esiti di tali verifiche a MIT ed ART (*Cfr.* 15 *Linee guida*). In questo contesto, da ultimo, rimane poi un'ipotesi residuale in cui l'ART può rilasciare pareri in merito alle procedure di affidamento e ai procedimenti di rilascio delle concessioni (su richiesta delle AdSP),

e proporre eventuali provvedimenti di sospensione, decadenza o revoca degli atti di concessione (Cfr. art. 7, comma 4 *Linee guida*).

Come già anticipato, non esiste un obbligo in capo all'AdSP di notificare qualsiasi istanza di revisione o aggiornamento delle concessioni all'ART (**misura 3.7.**) posto che le *Linee guida* limitano questa ipotesi ad istanze di estensione dei titoli concessori aventi ex se durata superiore ai 10 anni (Cfr. art. 12 *Linee guida*).

In conclusione, la proposta di regolazione di ART, stravolgerebbe – nei fatti – l'impianto previsto dalle *Linee guida* del MIT del 2023, attribuendo alla medesima Autorità poteri concorrenti di analisi e verifica che non esistono o, come nell'ipotesi del penultimo comma dell'articolo 15 delle citate *Linee guida*, sono puramente eventuali e comunque soggette alla decisione discrezionale del Ministero².

La **misura 3.8.** sembrerebbe essere una duplicazione di quanto contenuto all'art. 2 (rubricato "*Rilascio di concessione demaniale in ambito portuale*") del Regolamento concessioni. Il tutto oltre

² Cfr. articolo 15 *Linee guida*, rubricato "*Monitoraggio delle concessioni*" ai sensi del quale:

"Le AdSP devono svolgere la verifica annuale sulla permanenza dei requisiti posseduti dal concessionario al momento del rilascio della concessione e sulla concreta attuazione del programma degli investimenti e delle attività correlate.

Per le concessioni di durata superiore a dieci anni le AdSP verificano i risultati raggiunti sul piano dei traffici e dell'occupazione, rispetto all'andamento dello specifico mercato settoriale in cui opera il concessionario, alle condizioni di accesso al terminal portuale ed al livello di concorrenza tra operatori attivi sulle aree e banchine oggetto di concessione e, più in generale, nel porto interessato. A tal fine l'AdSP può svolgere specifiche attività di indagine consultando gli operatori maggiormente rappresentativi, attivi in ciascun segmento della filiera industriale interessata, al fine di individuare eventuali criticità di natura verticale e/o orizzontale riconducibili all'attività del concessionario.

Gli esiti di tali verifiche sono comunicati al MIT e ad ART corredati di tutte le informazioni acquisite e dell'eventuale proposta di modifica del programma e del piano di cui all'articolo 2, comma 3, lettera g), punti 1) e 2), del Regolamento, ritenute necessarie per il migliore perseguimento dell'interesse pubblico.

Sulla base delle comunicazioni delle AdSP il Ministero adotta un piano permanente di monitoraggio anche attraverso i dati presenti nel Sistema informativo del Demanio marittimo SID – il Portale del Mare che è adeguatamente implementato sulla base di quanto previsto dalla legge 28 gennaio 1994, n. 84 [...].

Il Ministero, inoltre, sulla base delle informazioni ottenute dalle attività di monitoraggio, produce una relazione annuale sulle concessioni in essere, che viene discussa e pubblicata sul sito istituzionale.

All'esito delle attività di monitoraggio, il Ministero può svolgere delle attività di analisi anche coinvolgendo ART al fine di valutare gli elementi caratterizzanti delle concessioni in atto. A tal fine, l'ART può richiedere al MIT ulteriori informazioni di dettaglio per lo svolgimento di attività di monitoraggio di propria competenza.

L'attività di monitoraggio e di verifica della performance del concessionario deve essere svolta tenendo in considerazione i benchmark di settore definiti dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti".

alla normativa vigente in materia di appalti. Discorso analogo vale per le **misure 3.9. e 3.10.** sull'invio dello schema di PEF all'ART con la conseguente possibilità (per ART) di esprimere un parere entro 60 giorni; prescrizione questa già contenuta all'articolo 7, comma 3, delle *Linee guida*. Ancora una volta, l'ART si limita ad introdurre nella propria regolazione quanto è già previsto nelle *Linee guida*, peraltro senza menzionare che la radice di tale regolazione è già stata sedimentata proprio nel documento elaborato ed approvato dal MIT nel 2023. Gli operatori si troverebbero pertanto davanti a due distinti provvedimenti, uno di matrice ministeriale e l'altro di matrice ART; circostanza questa che potrebbe indurre a legittimare una parificazione delle competenze che, tuttavia, non parrebbe allo stato essere prevista dal diritto. Ciò in quanto, la *mission* affidata all'Autorità dal legislatore sarebbe quella di garantire un accesso equo all'infrastruttura portuale senza tuttavia creare sovrapposizioni regolatorie di sorta in materia portuale³.

Anche la **misura 3.11.**, sui contenuti del bando di gara, sembrerebbe una duplicazione delle disposizioni contenute, segnatamente, nella legge sul procedimento amministrativo (Cfr. Legge n. 241/1990), nel Regolamento concessioni (artt. 2, 3 e 4 Regolamento concessioni e artt. 3, 4, 5 e 6 delle *Linee guida*) e nella Legge n. 84/94 (Cfr. art. 4-bis che prevede che la pianificazione del sistema portuale, e quindi anche i titoli concessori, devono rispettare i criteri di sostenibilità energetica ed ambientale).

Nella misura in cui tale misura va oltre i requisiti già previsti dalle disposizioni vigenti, rischierebbe di pregiudicare l'esercizio delle competenze da parte delle AdSP.

La **misura 3.13.** è, di nuovo, ripetitiva rispetto all'articolo 7 del Regolamento concessioni, ma in aggiunta prevede l'obbligo delle AdSP di notificare ad ART una non meglio specificata "*applicazione delle disposizioni di cui alla presente misura*" lasciando intendere che l'Autorità di Regolazione abbia dunque un potere di vigilanza che, tuttavia, è affidato al MIT ed in particolare alla Direzione Generale Porti e non certo all'ART⁴.

Con riguardo poi all'obbligo generico in capo al concessionario di fornire all'AdSP le informazioni su eventuali ed ulteriori situazioni di controllo (oltre ad una non ben precisata relazione anche di fatto) rispetto ad altri soggetti titolari di concessioni, il testo proposto parla di "*qualunque porto nazionale*". In questo senso, il riferimento a qualunque porto nazionale parrebbe essere errato

³ Circostanza quest'ultima ribadita anche dalla Corte Costituzionale (Cfr. *ex multis* Sent. Corte Cost. n. 41/2013, secondo cui le norme fondanti di ART: "[...] attribuiscono all'Autorità il compito di stabilire solo i criteri, mentre resta impregiudicata in capo ai soggetti competenti la determinazione in concreto dei corrispettivi per i servizi erogati. Analogamente, riguardo ai bandi di gara, l'Autorità è investita della competenza a definire gli schemi, senza sostituirsi alle amministrazioni competenti nell'elaborazione in dettaglio dei bandi, delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e delle concessioni [...]").

⁴ Inoltre, la Legge n. 287/90, ulteriormente garantisce dalla commissione di eventuali abusi, per esempio attività escludenti, nel caso di monopoli od oligopoli nei contesti portuali rilevanti. In questo senso, pertanto, la fattispecie considerata è già opportunamente presidiata.

posto che la valutazione del caso, in capo all'AdSP e non anche all'ART, dovrebbe essere eventualmente fatta con riferimento al contesto del mercato rilevante (la c.d. "*catchment area*").

La **misura 3.14.** sui contenuti degli atti di concessione è una nuova misura di regolazione le cui caratteristiche, tuttavia, sono di fatto già presenti agli articoli 6, 7 e 13 delle *Linee guida*. Rimane tuttavia la problematica di fondo, anche su questa misura, per cui la presenza di prescrizioni eccessivamente precise e/o rigide rischiano di incidere in negativo sulla competitività delle AdSP (quali imprese votate al migliore risultato possibile) posto che la maggior produttività del porto si ottiene solo se si garantisce un adeguato potere discrezionale in capo alle AdSP per assecondare le esigenze dei traffici (vedasi ad esempio la *lett. e*) della misura 3.14. in commento che, tra le altre, è un'ipotesi già prevista anche dalla Legge n. 84/94). La legge è già abbastanza precisa per consentire di raggiungere gli obiettivi che il legislatore pone a carico delle AdSP.

La **misura 3.15.** afferma la necessaria commisurazione tra la durata delle concessioni e gli impegni in termini di volumi e la tipologia di investimenti contenuti, tra le altre, nel PEF, e la **misura 3.16** si sofferma sulle componenti dei canoni concessori. Sebbene queste specifiche tematiche siano ancora da approfondire, in linea generale rileviamo preliminarmente che gli articoli 7 e 10 delle *Linee guida* parrebbero già affrontare le questioni in commento in maniera esaustiva⁵. Questa circostanza, specie l'applicazione di appositi *KPI* ai fini della individuazione della parte variabile del canone di concessione, andrebbe oltre le previsioni normative vigenti (*Cfr. ex multis* Decreto interministeriale 19 luglio 1989, attuativo delle disposizioni della legge 5 maggio 1989, n. 160 e artt. 1 e 4 legge n. 494/1993 e *s.m.i.*) esponendo le AdSP a possibili contenziosi con i concessionari.

Sul punto, in sostanza, si osserva che – anche in materia di canoni – la Delibera n. 69 si ispira ad un contesto infrastrutturale non assimilabile alle concessioni portuali, sia in relazione al *pattern* dell'arena competitiva che alla estrema disomogeneità gestionale che caratterizza i concessionari portuali e ciò incide anche sulla definizione dei *benchmark* e dei *KPIs* di cui alla misura 3.16⁶.

Sotto altro profilo, poi, si osserva che le *Linee Guida* del MIT hanno previsto l'attribuzione di punteggi inferiori a PEF che eccedono la durata minima posta dalla condizione VAN=zero. Tale

⁵ 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.

⁶ L'attività terminalistica è fortemente variabile e modulare anche alla luce del fatto che la componente *multipurpose* è chiaramente prevalente nei nostri porti e l'attività si definisce a domanda c.d. "*derivata*", nel senso che è frutto delle scelte fatte dagli attori industriali, agli armatori (linee o *tramp operators*), all'andamento dei noli che possono determinare sia effetto *cascade* tra diversi *size* di nave, sia *shift* modale, od addirittura all'interno di diverse modalità marittime, a seconda dell'andamento di mercato dei noli tra diverse tipologie di navi.

condizione si verifica laddove il TIR calcolato in base ai *c.d. "FCO"* (Flussi di Cassa Operativi *Unlevered*) sia pari al WACC (*c.d. "Weighted Cost of Capital"*). In pratica il concorrente, per non essere penalizzato, potrebbe essere indotto ad intervenire sul PEF proponendo un piano conservativo, oppure agire sull'unica variabile del WACC a propria discrezione, ovvero sul rapporto di indebitamento e, quindi, ricorrendo al *moral hazard*, per ridurre la misura del WACC. Ciò, tra le altre, finirebbe per favorire i concorrenti che hanno maggiore facilità di accesso a fonti di finanziamento di debito, ponendo in una situazione di sfavore i concorrenti meno dimensionati ma altrettanto affidabili dal punto di vista delle capacità operative.

Per quanto concerne il "*Limite Superiore*" di durata, la misura 3.15. fa riferimento ad un eterogeneo criterio di vita economica utile per un insieme di singoli beni (*i.e.* 30 anni per infrastrutture ed opere civili, 15 anni per le attrezzature portuali, *etc.*). Non si comprende, pertanto, come possa essere individuato un indicatore unico per la durata massima. Molto più coerentemente con la definizione del "*Limite inferiore*", nelle *Linee Guida* del MIT si faceva riferimento all'Ammortamento "*finanziario*" dei beni oggetto di investimento contenuto nel PEF.

In ogni caso, l'elemento che desta maggiore incertezza è il criterio adottato per il calcolo del WACC. A tal riguardo si afferma che il WACC viene comunicato entro il novembre di ogni anno (*vds.* misura 3.15.). Si presume, dunque, che i criteri siano i medesimi contenuti nelle *Linee Guida* e già più volte commentati in altre sedi evidenziandone incertezze interpretative ed errori concettuali nella definizione. In particolare:

- non è definita in modo chiaro la determinazione del premio a rischio sul debito dell'impresa richiedente (*c.d. "Indicatore β ERP"*), quale componente del WACC, il cui valore (inferiore/superiore) può dare luogo ad effetti premianti/penalizzanti ai fini del giudizio da parte dell'Ente concedente. Identico dubbio sorge sulle modalità di calcolo della struttura finanziaria (debito vs. equity). Aggiungasi che, ad eccezione delle rare ipotesi di aziende a larga capitalizzazione che emettono strumenti di debito (bond) quotati in mercati liquidi, non è mai disponibile l'indicatore β ERP;
- la determinazione del *c.d. "Costo del Capitale di Rischio"* (o β *Unlevered*), altra componente del WACC, non contiene l'effetto correttivo determinato dal grado di leva finanziaria prescelto dall'azienda (si presume che un'azienda più indebitata abbia più possibilità di fallire e, quindi caratterizzata da un premio per il rischio più elevato). Tale fattore rappresenta un elemento molto importante che tende a premiare progetti con maggiore "*azzardo morale*" in quanto caratterizzati da una struttura finanziaria maggiormente sbilanciata sulla leva. Il β *Unlevered* andrebbe corretto in base alla seguente formula: $\beta \text{ Unlevered} * (1 + g/(1-g) (1 - t))^7$;

⁷ Giusto per fornire un caso esemplificativo dell'impatto derivante da tale correzione supponiamo di adottare il β *Unlevered* suggerito dalle Linee guida nella misura di 0,9 e per entrambi i casi rappresentati un tasso per investimenti privi di rischio r_f pari al 4%; supponiamo, inoltre, un "*Premio per il Rischio*" (ERP) pari al 6%, ed un'aliquota fiscale del 24%; ed un rapporto di indebitamento pari a 4 volte (80% debito, 20% equity) ipotizziamo due casi applicando le relative

- nella formula del WACC si fa riferimento all'aliquota fiscale media che, tuttavia, tiene è influenzata dalla componente IRAP che è applicata su un imponibile che non è influenzato dal grado di leva finanziaria e che quindi non dà luogo alla deducibilità di interessi passivi; questa circostanza, rende quindi ai fini errato il calcolo del WACC determinandone una sottostima.

Analogo ragionamento vale per la **misura 3.17.**

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 unionale 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 sarebbe una novità non coerente con l'impianto a 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 Regolamento concessioni 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 parti⁸.

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*

formule. Se applicassimo la formula suggerita dalle linee guida si otterrebbe un WACC pari a 4,1% mentre, applicando la formula corretta, si otterrebbe un WACC pari a 6,8%.

⁸ In sostanza, risulta mancante la base giuridica per attribuire ad ART tali poteri in materia di penali. 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.**

*gli aiuti alle infrastrutture portuali e aeroportuali*⁹, 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, purché soddisfino specifiche condizioni¹⁰. Non v'è pertanto alcun bisogno di regolare la materia a livello nazionale.

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*.

La **misura 3.20** prevede l'obbligo di notificare ad ART le istanze di estensione della concessione che, a sua volta, deve esprimere un parere vincolante entro il termine di 30 giorni. Sul punto, posto che valgono le considerazioni fatte per la **misura 3.7. supra** si osserva come, ancora una volta, non si comprenda l'attribuzione ad ART di un potere di co-gestione insieme alle AdSP per ciò che riguarda l'ipotesi di modifica di un atto concessorio in questo caso, addirittura, prevedendo un parere vincolante che non esiste in diritto e che sarebbe un precedente e estremamente pericoloso, poiché introdurrebbe *de facto* un ulteriore soggetto gestore del demanio marittimo portuale.

MISURA 4 – CONTABILITÀ REGOLATORIA DEI CONCESSIONARI DI AREE E BANCHINE PORTUALI

Il regime finalizzato a consentire all'AdSP controlli e monitoraggi è previsto tanto dal Codice della Navigazione quanto nella Legge n. 84/94 e nei suoi regolamenti attuativi (D.M. n. 202/202 e *Linee Guida* D.M. n. 110/2023). Occorre poi rammentare che il principio di separazione, che nasce dalla nota sentenza della Corte di Giustizia *Regie de Tepgraphes*, può essere imposta esclusivamente su fattispecie di servizi di interesse economico generale e, a tal fine, l'ordinamento nazionale già

⁹ Cfr. Regolamento (UE) 2017/1084 della Commissione del 14 giugno 2017 “che modifica il regolamento (UE) n. 651/2014 per quanto riguarda gli aiuti alle infrastrutture portuali e aeroportuali [...]” che, all'articolo 56-ter, Sezione 15, rubricato “Aiuti a favore dei porti” dispone 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, purché soddisfino determinate condizioni. In questo senso, la norma prevede siano ammissibili i costi (*ivi* incluse le spese di programmazione) per: (i) investimenti per la costruzione, la sostituzione o l'ammodernamento delle infrastrutture portuali; (ii) investimenti per la costruzione, la sostituzione o l'ammodernamento delle infrastrutture di accesso; (iii) il dragaggio. Il tutto a condizione che: (a) l'intensità di aiuto per gli investimenti non superi determinate soglie % riferite ai costi considerati ammissibili e suddivisi per tipologia di intervento; (b) qualsiasi concessione, o altro atto di conferimento, a favore di un terzo per la costruzione, l'ammodernamento, la gestione o la locazione di un'infrastruttura portuale sovvenzionata sia assegnata in maniera competitiva, trasparente, non discriminatoria e non soggetta a condizioni; (c) le infrastrutture portuali sovvenzionate siano messe a disposizione degli utenti interessati su base paritaria e non discriminatoria alle condizioni di mercato.

¹⁰ Cfr. nota 9 *supra*.

prevede tale forma di contabilità e separazione attraverso l'art 8 comma 2-ter della Legge n. 287/1990.

Fermo quanto sopra, al netto dell'opportunità di prevedere l'obbligo in capo al concessionario di presentare alle AdSP una contabilità separata, non risulta chiaro se tali attività si traducano o meno 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 configurerebbe l'ennesima "erosione" del potere gestorio ad opera della regolazione indipendente.

MISURA 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 *supra*) 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. Questa circostanza, come già evidenziato in precedenza (*Vds. ex multis* il commento alla misura 3.7. *supra*) svuoterebbe, in sostanza, il potere discrezionale ed altamente specializzato delle AdSP e della Direzione Generale Porti vigilante sull'operato di dette Autorità che, peraltro, esercitano anch'esse un'attività a carattere economico come accertato dalla recente e nota sentenza del Tribunale dell'Unione europea T-166/21¹¹.

MISURA 6 – AUTORIZZAZIONI ALLO SVOLGIMENTO DELLE OPERAZIONI E DEI SERVIZI PORTUALI

Sul punto, da una prima lettura, non si ravvisano misure di particolare rilievo da segnalare.

MISURA 7 – ACCESSO ALLE BANCHINE PER LO SVOLGIMENTO DI OPERAZIONI PORTUALI DA PARTE DI IMPRESE NON CONCESSIONARIE

La **misura 7.5.** che prevede l'obbligo per i concessionari nei porti in cui non vi sono sufficienti / adeguate banchine pubbliche di garantire l'accesso ad altre imprese portuali autorizzate ai sensi dell'articolo 16 Legge n. 84/94, si pone in contrasto con la normativa vigente (*in primis* la legge portuale) e introduce un obbligo che potrebbe essere previsto solo per legge (nella sostanza re-

¹¹ Cfr. Sent. causa T-166/21 Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale e.a. / Commissione: "Aiuti di Stato – Tassazione dei porti in Italia – Esenzione dall'imposta sulle società".

introdurrebbe la previsione di cui all'art. 110 Cod. Nav., oggi abrogato, sulla riserva di lavoro portuale) peraltro già cassato dalla nota sentenza della CGUE del 10 dicembre 1991 – *Causa C-179/90* (Sentenza Porto di Genova).

Tale previsione è di fatto poco realizzabile poiché – nel contesto di un terminal portuale organizzato, dove esiste senz'altro la necessità di utilizzare ogni metro quadrato del sedime o della banchina per l'esercizio delle attività portuali concesse – imporre l'astensione da tali attività per consentire l'esercizio delle medesime (attività) da parte di un soggetto terzo, peraltro in concorrenza con il terminalista gravato da quest'obbligo, è un non senso economico, giuridico e concorrenziale. Se l'impresa è autorizzata ai sensi dell'articolo 16 delle Legge n. 84/94 e intende dotarsi di un'area o una banchina, ne fa istanza ed è per questo che diventa concessionario terminalista. In un mercato dove le aree portuali sono limitate, infatti, esistono i procedimenti di affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica che consentono l'individuazione del soggetto più titolato per l'esercizio delle attività portuali. Infrangere questo principio di distinzione tra il lavoro portuale puro e l'esercizio dell'attività organizzata quale quella del terminalista appare ingenuo e tradisce una scarsa conoscenza del settore.

MISURA 8 – INFRASTRUTTURE ESSENZIALI

La misura 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.

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 scenario configura una vera e propria scelta di politica dei trasporti e industriale che non emerge dall'ordinamento vigente.

MISURA 9 – FORNITURA DI SERVIZI AGLI UTENTI PORTUALI

La **misura 9.3.** precisa che i servizi di interesse generale (SIEG) sono affidati mediante procedure ad evidenza pubblica. Sul punto, tuttavia, sarebbe opportuno 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. Ancora una volta, il Regolamento (UE) n. 352/2017 soccorre alla bisogna.

MISURA 10 – CRITERI DI CONTABILITÀ REGOLATORIA PER L'ESERCIZIO DI INFRASTRUTTURE ESSENZIALI E PER LA FORNITURA DI SERVIZI NON ESPOSTI AD UN'EFFETTIVA CONCORRENZA

Sul punto, valgano le considerazioni formulate con riferimento alla misura 4 *supra*. 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.

MISURA 11 – TASSE E DIRITTI PORTUALI

Sul punto, da una prima lettura, non si ravvisano misure di particolare rilievo da segnalare.

MISURA 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.

MISURA 13 – MANOVRA FERROVIARIA

La **misura 13.7** – con riferimento all'affidamento del servizio di manovra ferroviaria in porto – prevede un'attività preliminare di controllo, rispetto alla pubblicazione del bando di gara, in capo ad ART introducendo nella sostanza un'attività di vigilanza di ART sulle procedure di affidamento del servizio ferroviario. Tale misura, tuttavia, parrebbe andare oltre – anche in questa ipotesi – rispetto

ai poteri affidati dalla legge ad ART posto che anche in materia ferroviaria l'attività di vigilanza spetta al MIT.

MISURA 14 – GESTIONE DEI RECLAMI E APPARATO SANZIONATORIO

La **misura 14** individua l'ART quale autorità competente, in generale, alla gestione dei reclami. Tale misura, tuttavia, seppur con una formulazione abbastanza generica, appare errata in diritto posto che, da un lato, 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 con riferimento ai servizi tecnico-nautici la cui competenza dei relativi reclami è stata appositamente affidata al MIT (con D.M. 10 agosto 2021).

MISURA 15 – ACQUISIZIONE DI DATI ED INFORMAZIONI E DEFINIZIONE DI *BENCHMARK* DI SETTORE

La **misura 15** – nel rispetto di specifiche scadenze già individuate nello schema di atto di regolazione nel corso dell'anno di riferimento – prevede: *(i)* l'obbligo per i concessionari di fornire tutti i documenti, i dati e le informazioni relative ai propri titoli concessori alle AdSP che, a loro volta, devono mettere a disposizione dell'ART (**misura 15.1.**); *(ii)* l'obbligo per le AdSP di fornire specifici dati per ogni concessione, secondo apposite scadenze annuali, all'ART, anche con riferimento alla manovra ferroviaria (**misura 15.2.** e **misura 15.3.**); *(iii)* che i dati forniti all'ART di cui ai punti che precedono, debbano consentire all'ART di elaborare valori *benchmark* di settore da prendere a riferimento, tra le altre, dalle AdSP in sede di definizione dei canoni concessori o in sede di monitoraggio e vigilanza sul rispetto degli impegni assunti negli atti di concessione (**misura 15.5.**).

In sostanza, la misura in commento duplica e va oltre gli obblighi informativi previsti dalla regolazione di secondo livello del MIT (Cfr. art. 15 *Linee guida*) introducendo nuovi obblighi di comunicazione in capo alle AdSP nei confronti di ART non previsti dalla legge; così come non risulterebbe previsto dalla normativa vigente l'imposizione di un *benchmark* predisposto da ART valevole e vincolante per tutti i profili concessori.

MISURA 16 – DISPOSIZIONI TRANSITORIE E FINALI

Sul punto, da una prima lettura, non si ravvisano misure di particolare rilievo da segnalare.
