

Numero 01076/2016 e data 03/05/2016 Spedizione



REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 7 aprile 2016

NUMERO AFFARE 00552/2016

OGGETTO:

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Schema di decreto recante la disciplina di affidamento in concessione di aree e banchine, comprese nell'ambito portuale, di cui all'art. 18, comma 1, legge 28 gennaio 1994, n. 84;

LA SEZIONE

Vista la relazione trasmessa con nota n. 12128 del 24 marzo 2016, con la quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Ufficio legislativo, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Gerardo Mastrandrea;

Premesso e considerato.

L'articolo 18 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, recante il riordino della legislazione in materia portuale, a cui, con lo schema di decreto in argomento, si

intende dare finalmente definitiva attuazione, prevede, in tema di concessione di aree e banchine, che l'Autorità portuale e, dove non istituita, l'organizzazione portuale o l'Autorità marittima danno in concessione le aree demaniali e le banchine comprese nell'ambito portuale alle imprese di cui all'articolo 16, comma 3, della legge, autorizzate all'espletamento delle operazioni portuali, fatta salva l'utilizzazione degli immobili da parte di amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di funzioni attinenti ad attività marittime e portuali. È, altresì, sottoposta a concessione da parte dell'Autorità portuale, e laddove non istituita dall'Autorità marittima, la realizzazione e la gestione di opere attinenti alle attività marittime e portuali collocate a mare nell'ambito degli specchi acquei esterni alle difese foranee, anch'essi da considerarsi a tal fine ambito portuale, purché interessati dal traffico portuale e dalla prestazione dei servizi portuali anche per la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo, come individuati ai sensi dell'articolo 4, comma 3, della legge.

Orbene, le concessioni sono affidate, previa determinazione dei relativi canoni, anche commisurati all'entità dei traffici portuali ivi svolti, sulla base di idonee forme di pubblicità, stabilite dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e finanze, con proprio decreto. Con il medesimo decreto sono altresì indicati:

- a) la durata della concessione, i poteri di vigilanza e controllo delle Autorità concedenti, le modalità di rinnovo della concessione ovvero di cessione degli impianti a nuovo concessionario;
- b) i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare.

Sono fatti salvi, fino alla scadenza del titolo concessorio, i canoni stabiliti dalle autorità portuali relativi a concessioni già assentite alla data di entrata in vigore del decreto in discussione.

Con il detto decreto debbono, altresì, essere indicati i criteri cui devono attenersi le Autorità portuali o marittime nel rilascio delle concessioni al fine di riservare nell'ambito portuale spazi operativi allo svolgimento delle operazioni portuali da parte di altre imprese non concessionarie.

Si prevede, ancora, espressamente che, con il menzionato decreto, il Ministro competente adegui la disciplina (nazionale) relativa alle concessioni di aree e banchine alle normative comunitarie.

Importante notare che, sulla base della legge, per le iniziative di maggiore rilevanza il Presidente dell'autorità portuale può concludere, previa delibera del Comitato portuale, accordi sostitutivi della concessione demaniale, ai sensi dell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Le concessioni o gli accordi procedurali sostitutivi possono comprendere anche la realizzazione di opere infrastrutturali.

Ai fini del rilascio della concessione, è richiesto che i destinatari dell'atto concessorio:

- a) presentino, all'atto della domanda, un programma di attività, assistito da idonee garanzie, anche di tipo fideiussorio, volto all'incremento dei traffici e alla produttività del porto;
- b) possiedano adeguate attrezzature tecniche ed organizzative, idonee anche dal punto di vista della sicurezza a soddisfare le esigenze di un ciclo produttivo ed operativo a carattere continuativo ed integrato per conto proprio e di terzi;
- c) prevedano un organico di lavoratori rapportato al programma di attività di cui alla lettera a).

In ciascun porto l'impresa concessionaria di un'area demaniale deve esercitare direttamente l'attività per la quale ha ottenuto la concessione, e non può essere al tempo stesso concessionaria di altra area demaniale nello stesso porto, a meno che l'attività per la quale richiede una nuova concessione sia differente da quella di cui

alle concessioni già esistenti nella stessa area demaniale, e non può svolgere attività portuali in spazi diversi da quelli che le sono stati assegnati in concessione. Su motivata richiesta dell'impresa concessionaria, l'autorità concedente può autorizzare l'affidamento ad altre imprese portuali, autorizzate ai sensi dell'articolo 16, dell'esercizio di alcune attività comprese nel ciclo operativo.

L'Autorità portuale o, laddove non istituita, l'Autorità marittima sono tenute ad effettuare accertamenti con cadenza annuale al fine di verificare il permanere dei requisiti in possesso al momento del rilascio della concessione e l'attuazione degli investimenti previsti nel programma di attività di cui alla citata lettera a).

In caso di mancata osservanza degli obblighi assunti da parte del concessionario, nonché di mancato raggiungimento degli obiettivi indicati nel programma di attività, di cui alla predetta lettera a), senza giustificato motivo, l'Autorità portuale o, laddove non istituita, l'Autorità marittima revocano l'atto concessorio.

Il Consiglio di Stato ebbe a pronunciarsi, già nel febbraio 2001 (parere n. 20/2001 del 12 febbraio 2001, ma cfr. ancora prima il parere n. 95/98), con parere favorevole ed osservazioni, su un precedente schema di regolamento recante modalità e criteri per il rilascio delle concessioni demaniali marittime.

Il testo odierno sottoposto al parere si compone di 15 articoli e su di esso è stato acquisito il concerto del Ministero dell'economia e delle finanze, corredato da alcune osservazioni, anche a titolo collaborativo, formulate dall'Ufficio del coordinamento legislativo.

* * *

In tema, dunque, di procedure di rilascio delle concessioni, l'articolo 18 della legge n. 84 del 1994 rinvia, per una dettagliata disciplina sui contenuti della domanda per il rilascio della concessione, sugli obblighi del concessionario, sulle verifiche dell'Autorità portuale, all'emanando regolamento, imponendo comunque idonee forme di pubblicità per la scelta del concessionario, nonché il controllo sulla

realizzazione del programma di attività e la verifica della costante compatibilità dello stesso ai piani di sviluppo del porto.

Orbene, l'articolo 27, comma 4, della legge n. 84 del 1994 dispone che, sin dalla data di entrata in vigore della riforma, le Autorità portuali dovessero procedere alla revoca di autorizzazioni e concessioni assentite a soggetti che non avessero i requisiti di cui agli articoli 16 e 18, o la cui attività non fosse coerente con le linee programmatiche di sviluppo dei traffici nel porto. Ciò induce il Collegio alla interpretazione per cui, nonostante la perdurante mancata emanazione del previsto regolamento di attuazione dell'articolo 18, legge n. 84 del 1994, la norma era da intendersi come immediatamente applicabile limitatamente alle disposizioni sufficientemente dettagliate ed ai principi in essa contenuti, peraltro in analogia, come noto, con quanto previsto per le direttive comunitarie c.d. *self executing*.

A tale tesi sembra non ostare l'articolo 20, comma 4, della stessa legge n. 84 del 1994, ove è previsto che “fino all'entrata in vigore delle norme attuative della presente legge continueranno ad applicarsi le disposizioni previgenti in materia”, sembrando detta norma riferirsi esclusivamente alle disposizioni programmatiche, pertanto non di immediata applicabilità.

La posizione qui esposta imponeva, nondimeno, di verificare il possibile coordinamento – sino alla emanazione del regolamento ministeriale di cui in argomento – tra i principi dell'articolo 18 della legge n. 84 del 1994 e le disposizioni codicistiche di usuale applicazione nelle procedure di rilascio di concessioni demaniali, anche in prospettiva di una possibile integrazione, a regime, tra le due normative.

Orbene, sul piano procedurale, l'Autorità portuale (o marittima) era tenuta ad applicare le norme del vigente codice della navigazione nonché – in particolare – le disposizioni contenute nel capo I, Titolo II, del libro I del Regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione marittima, di cui al D.P.R. 328/1952.

Il regolamento di esecuzione del codice della navigazione distingue tre procedure per il rilascio della concessione, agli articoli 8 (concessioni per licenza), 9 (concessioni di durata superiore al quadriennio o per atto formale) e 10 (concessioni provvisorie).

Nel dettaglio, ma sinteticamente, può rilevarsi che:

a) l'ipotesi prevista dall'articolo 8 del D.P.R. 328/1952, è quella del rinnovo al precedente concessionario. Le concessioni “possono essere rinnovate senza formalità di istruttoria”, purché si tratti di provvedimento di durata non superiore al quadriennio e non vi siano impianti di difficile rimozione. In presenza di questi presupposti, la *ratio* della norma è, evidentemente, quella di favorire la continuità del rapporto con il precedente concessionario;

b) la concessione definitiva, di durata superiore al quadriennio o che importi impianti di difficile rimozione (ex art. 9 del D.P.R. 328/1952) è provvedimento, invece, che determina modificazioni giuridiche di una certa rilevanza e stabilità, conferendo al privato l'uso esclusivo del bene pubblico per la realizzazione di determinate attività: in tal caso l'autorità dovrà avviare un formale procedimento istruttorio, con richiesta di pareri alle amministrazioni ed enti competenti (artt. 12 – 15 del D.P.R. 328/1952) e, qualora si tratti di concessioni di particolare importanza per l'entità e lo scopo, provvedere preliminarmente anche alla pubblicazione della domanda (art. 18 del D.P.R. 328/1952), per garantire opponibilità e partecipazione.

Ma, occorre rimarcare, il procedimento “ad evidenza pubblica” da ultimo descritto che, a prima vista, meglio risponde ai principi di trasparenza richiamati dalla riforma dei porti, non integra, in ogni caso, un procedimento di gara. Finalità dell'istruttoria ex art. 18 del D.P.R. 328/52, infatti, è verificare la compatibilità dell'utilizzo prospettato dal richiedente con il complesso degli interessi pubblici e privati che insistono sul bene. Esigenza – questa ultima – estranea alla concessione

ex articolo 18, legge n. 84 del 1994, ove la destinazione del bene è predeterminata dalla norma e consiste esclusivamente nell'esercizio di operazioni portuali;

c) la concessione provvisoria, infine, ex articolo 10 del D.P.R. 328/1952, risponde ad esigenze del tutto diverse e, pertanto, è rilasciata sulla base di presupposti e finalità connessi al carattere temporaneo della medesima. In questo caso, si richiede che il soggetto che ha inoltrato istanza per il rilascio di una concessione (definitiva) presenti in pari tempo una apposita istanza per concessione provvisoria. Con il relativo provvedimento, di norma emanato nelle more dell'espletamento di una istruttoria formale, l'amministrazione può garantire la funzionalità dell'uso del bene demaniale, ove convenga.

La concessione provvisoria è così assentita "senza formalità di istruttoria" (come testualmente recita l'articolo 10 D.P.R. 328/52), in quanto destinata a cessare i suoi effetti al momento del rilascio di una concessione definitiva.

Dette disposizioni andavano integrate con le, invero scarse, norme procedurali contenute nella legge n. 84 del 1994, per cui il rilascio delle concessioni di durata non superiore al quadriennio rientrava nelle competenze del Presidente dell'Autorità Portuale, richiedendosi soltanto il previo parere della Commissione Consultiva Locale e del Comitato Portuale, mentre per le concessioni di durata superiore era richiesta una delibera del Comitato Portuale.

Da non dimenticare, inoltre, la facoltà conferita dall'articolo 18, comma 4, della legge n. 84 del 1994, al Presidente dell'Autorità Portuale di concludere, per le iniziative di maggiore rilievo, previa delibera del Comitato Portuale, accordi sostitutivi della concessione demaniale ai sensi dell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Di qui, in definitiva, le evidenti lacune sul piano procedurale, presenti nel sistema originario della riforma portuale, dovute alla mancata emanazione del Regolamento in discussione, di attuazione dell'articolo 18, legge n. 84 del 1994. Ciò giustifica

appieno l'attuale, seppur tardivo, intervento normativo, essendo le citate lacune assai rilevanti in rapporto alla natura delle concessioni: atti, questi ultimi, di per sé idonei a circoscrivere gli ambiti di esercizio della libera attività di impresa in concorrenza, e per i quali è perciò necessario individuare – in adeguamento alle norme comunitarie – criteri di trasparenza nella scelta dei concessionari e meccanismi di contendibilità del mercato, eliminando sistemi preferenziali e diritti di insistenza.

Pertanto, nelle more dell'emanazione del Regolamento di attuazione dell'articolo 18, poteva quantomeno recarsi in dubbio la legittimità dell'utilizzo di una procedura di rinnovo senza istruttoria, quale quella ex art. 8 del D.P.R. 328/52.

La qualità di gestore uscente è, infatti, apprezzabile solo subordinatamente alla verifica delle capacità economico-gestionali di eventuali concorrenti; né può condurre a diverse conclusioni la, pur presente, esigenza di remunerazione degli investimenti normalmente realizzati dal terminalista nell'area oggetto di concessione. A tal proposito, giova ricordare che le disposizioni della legge n. 84 del 1994, collegando la durata della concessione anche al piano di attività dell'impresa, spingono il privato a pianificare i propri investimenti, ed i correlati margini di ammortamento, nell'ambito della vigenza di un unico atto concessorio.

A ciò deve aggiungersi che l'Autorità aggiudicatrice ha comunque la facoltà di inserire nella concessione una serie di clausole di salvaguardia, quali – ad esempio – indennità di ammortamento a carico del gestore entrante, cessione degli impianti al nuovo gestore, clausole sociali per l'assorbimento del personale, ed in genere tutti gli strumenti contrattuali che consentono di garantire investimenti privati in infrastrutture pubbliche, senza per tale ragione riconoscere o favorire gestioni sottratte ad un confronto concorrenziale.

Non sembra esservi questione, invece, circa la persistente applicabilità dell'articolo 10 del D.P.R. 328/52 (concessione provvisoria).

Ma, ritornando alle modalità di selezione del concessionario, non appare soddisfacente neppure la richiamata procedura ad evidenza pubblica, di attuale usuale utilizzo, disciplinata dall'articolo 18 del D.P.R. 328/1952, che pure continua ad essere richiamata nel testo sottoposto a parere, la cui distanza dal procedimento di gara è evidente: detta procedura (c.d. avviso *ad opponendum*) garantisce sì la pubblicità e visibilità dell'azione amministrativa, ma non limita minimamente la discrezionalità dell'ente pubblico, stante l'assenza di un bando e la mancata predeterminazione di criteri di selezione delle domande.

Peraltro, la comparazione tra più domande in concorrenza diviene ancor più complessa nel contesto degli elementi di valutazione indicati dall'art. 18, legge n. 84 del 1994, presentando caratteri di ampia discrezionalità, non sempre riconducibili al mero dato tecnico. Basti pensare al rilievo del "programma di attività" dell'impresa, documento ove è consacrato il ruolo del privato come partner operativo dell'amministrazione, per il conseguimento di quell'obiettivo di "sviluppo dei traffici nel porto" che è proprio dell'attività di indirizzo e promozione dell'Autorità Portuale: la ponderazione di elementi come "l'effetto delle strategie di impresa per la promozione dei traffici", il potenziale "riflesso dell'attività sull'economia portuale", l'effettiva capacità del richiedente di conseguire i "risultati previsti", sfuggono a prerequisiti di obiettività rigorosi. Un ruolo decisivo giocheranno, sul punto, i piani di investimento prospettati, il valore delle prestazioni rese, la capacità di fornire un ciclo completo di operazioni, relazionate alla complessiva affidabilità dell'impresa quale è desumibile dai requisiti personali e professionali.

In tale quadro, la procedura, in corso, finalmente, di definizione, per la selezione del concessionario dovrebbe tendere ad una normalizzazione dei margini di discrezionalità, acquisendo le caratteristiche effettive della "procedura di gara", ove la più proficua utilizzazione del bene è definita sulla base di criteri obiettivi, mentre

le valutazioni legate al programma di attività potranno essere parametrize ad indici di ottimizzazione dello sviluppo dei traffici nel porto, rimanendo comunque elemento chiave del giudizio comparativo.

* * *

Condivise, dunque, anche per quanto sopra detto, le linee generali di intervento attuativo da parte dell'Amministrazione, che vanno comunque valutate, ed in ogni caso "collaudate", alla luce delle osservazioni sopra riportate, rinvenibili anche nella dottrina e nella giurisprudenza di settore più aggiornate, e della natura di norme procedurali pro-concorrenziali propria delle disposizioni che si vanno ad introdurre, debbono essere preliminarmente acquisiti dall'Amministrazione richiedente alcuni elementi chiarificatori ed eventualmente confermativi, da fornire in tempi rapidi, tali da consentire alla Sezione di completare, con la massima sollecitudine, il vaglio del provvedimento sottoposto al parere obbligatorio.

Con l'obiettivo di favorire l'adozione più rapida possibile del provvedimento attuativo, volto evidentemente a fornire una definitiva e chiara risposta ai non pochi quesiti procedurali sorti in siffatta materia nel lungo perdurare della lacuna normativa, si esprimono fin da subito, alcune prime osservazioni in merito a determinate disposizioni, impregiudicata, ovviamente, la valutazione finale che potrà essere resa, si auspica a breve, in sede di parere definitivo.

Anzitutto, l'Amministrazione è invitata a confermare che lo schema di decreto inviato non presenta problema alcuno di distonia, e comunque è con esso coordinato, con il decreto legislativo recante la riorganizzazione e la razionalizzazione della disciplina concernente le Autorità portuali, di cui alla legge n. 84 del 1994, anch'esso in via di definizione e che, come è noto, reca, seppur sotto il profilo essenzialmente organizzativo, importanti novità che evidentemente interferiscono con la materia *de qua*, come le norme in materia di competenze delle nuove Autorità di sistema portuale e degli Uffici territoriali portuali, e le relative

attribuzioni degli Organi di vertice e gestionali, tenendosi conto, altresì, della nuova visione strategica della politica portuale nazionale che, come può vedersi dal testo proposto, va a permeare anche la materia delle concessioni di cui al vigente articolo 18 della legge 84.

Si chiede, in altri termini, una verifica complessiva di tenuta del testo in relazione alla contestuale riforma della *governance* e delle competenze delle Autorità portuali, e agli interventi in materia di logistica nonché, non da ultimo, di piani regolatori e pianificazione di settore (oggetto tutti di richiamo nel testo in discussione ai fini della verifica di compatibilità delle concessioni).

Analoga conferma l'Amministrazione è invitata a fornire in ordine alla preventiva compatibilità dell'assetto delineato con le previsioni della proposta di Regolamento europeo che istituisce un quadro normativo per l'accesso al mercato dei servizi portuali e la trasparenza finanziaria dei porti (non richiamata nelle premesse del presente decreto), presentata dalla Commissione Europea fin dal maggio 2013 (COM/2013/296).

Del resto, non può trascurarsi che, in base alla legge stessa, con il decreto in argomento il competente Ministro è espressamente tenuto ad adeguare “la disciplina relativa alle concessioni di aree e banchine alle normative comunitarie” (art. 18, comma 3, legge n. 84 del 1994).

In tale ottica, è necessario, altresì, adeguare e comunque coordinare il testo con la normativa del codice dei contratti pubblici, recentissimamente riformata per dare seguito alle ben note direttive comunitarie in materia (si veda, a puro titolo di esempio, oltre alle premesse, il richiamo, rinvenibile all'articolo 3, comma 2, dello schema, dei requisiti di ordine generale, di cui al previgente art. 38 del d.lg. n. 163 del 2006, che devono possedere le imprese ammesse a presentare la domanda di concessione).

Molto utile, al riguardo, sarebbe anche l'implementazione dei tipici strumenti di analisi dell'impatto della regolamentazione e di analisi tecnico-normativa (A.I.R. e A.T.N.) che accompagnano lo schema di provvedimento.

Effettuate le suddette, necessarie, ulteriori verifiche di compatibilità, l'Amministrazione può, da subito, verificare, interpellando - se del caso - anche l'Associazione di categoria, se, per quanto concerne la domanda di rilascio della concessione in ambito portuale (articolo 2 dello schema) l'asseverazione del piano economico-finanziario possa essere demandata ad “*un istituto di credito*”, anche se non specializzato o dotato di requisiti minimi.

Andrebbe meglio chiarito, inoltre, all'articolo 3, in che senso ed in quali termini i requisiti del richiedente la concessione debbano essere “*commisurati alla domanda di concessione presentata*”.

All'articolo 6, il richiamo circa l'indizione di “*apposita conferenza di servizi*” va coordinato con le tipologie e i connotati dell'istituto come emergono dalla riforma parimenti recentissimamente varata.

Al medesimo articolo, ritiene la Sezione che la necessità della (impegnativa) verifica della coerenza della singola concessione con il Piano strategico nazionale della portualità, anche nell'ottica dell'efficienza delle procedure, non possa essere ricondotta solo all'elemento cronologico della durata (superiore a venticinque anni), ma debba essere limitata alle concessioni effettivamente più rilevanti, anche per dimensione qualitativa e quantitativa.

Si manifestano, fin da subito, non poche perplessità, per quanto riguarda l'articolo 8 dello schema, sulla scelta di non indicare già nel decreto in argomento i criteri per il calcolo dei canoni demaniali minimi, in relazione alle diverse tipologie di beni oggetto di

concessione, come sembra invece imporre la legge (cfr. articolo 18, comma 1, lettera b).

E' evidente, infatti, che una mancata completa e contestuale attuazione delle prescrizioni legislative, e l'adozione dunque di un testo non completo sul punto, rischiano di far ulteriormente procrastinare il perfezionamento dell'opera di attuazione meritevolmente avviata e quindi l'introduzione degli effettivi elementi di novità nelle procedure concessorie (pur tenendosi conto della clausola di salvezza dei canoni esistenti di cui al citato articolo 18, comma 1-*bis*).

Merita di essere meglio dettagliata, altresì, la procedura di "riavvio" dell'evidenza pubblica in caso di mutamenti sostanziali dei contenuti della concessione, di cui all'articolo 9, comma 2.

Deve essere necessariamente rivisto l'articolo 13, in tema di attività di verifica dell'autorità concedente, nel cui ambito, in disparte la questione dell'eventuale aggiornamento "in maniera condivisa" del programma degli investimenti presentato dal concessionario, non ben chiara risulta la previsione del comma 2, in tema di presupposti per l'avvio della procedura di decadenza della concessione, che resta peraltro distinta dalla revoca ex art. 42 c.nav., ed in cui si fa riferimento a concetti di scarsa attinenza giuridica come il "*sottoutilizzo per negligenza o scarsa capacità imprenditoriale del bene affidato in concessione*", il tutto "*pur in presenza di futuri fattori esogeni trainanti e di dinamiche di mercato complessivamente positive*".

Da ultimo, per quanto riguarda la norma transitoria (articolo 14), valuti l'Amministrazione se, compatibilmente con i principi giuridici in materia di assetti di mercato regolati, solo le disposizioni di cui agli articoli 9 e seguenti possano trovare applicazione anche alle concessioni (o agli accordi sostitutivi) esistenti.

Alla stregua di tutto fin qui osservato, ed ai fini della chiarezza ed intellegibilità delle norme introdotte, andrebbe operato, quanto al comma 3, un migliore e maggiormente dettagliato intervento di raccordo con le disposizioni vigenti contenute nel codice della navigazione e nel regolamento per la navigazione marittima.

P.Q.M.

Nei termini esposti è il parere interlocutorio della Sezione.

L'ESTENSORE
Gerardo Mastrandrea

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO
Maria Luisa Salvini