

## SAGGI

FRANCESCO STRADELLA

### LA PROCEDURA DI RILASCIO DELLA CONCESSIONE DI AREE E BANCHINE A SEGUITO DELLA PIENA ATTUAZIONE DELL'ART. 18 DELLA LEGGE N. 84/1994

*The article 18 of the port system law provides a ministerial decree for the regulation of port maritime concessions, which should have determined fundamental aspects, such as the procedure to choose the terminal operator, the amount of the fee to be paid for the concession and the controls of the Authority on the activity of the port enterprises. In 2022, with almost three decades of delay, the Ministry of transports issued the decree, introducing for the first time a complete regulation of the competitive procedure for the choice of the terminal operator, that filled the gap existing in the italian law.*



SOMMARIO: – 1. Introduzione. – 2. La concessione di aree e banchine tra codice della navigazione e l. n. 84/1994. – 3. L'operatore terminalista. – 4. Il ritardo nell'attuazione dell'art. 18. – 5. La procedura di selezione del concessionario. – 6. Considerazioni conclusive.

1 *Introduzione* – La regolazione delle concessioni di aree demaniali e di banchine per l'esercizio di operazioni portuali di cui all'art. 18 della legge n. 84/1994, apparsa per molto tempo lacunosa, nel corso del 2022 è stata oggetto di due importanti interventi normativi, che l'hanno finalmente completata ed attuata, definendone una serie di aspetti fondamentali, tra i quali il più significativo è la procedura per la scelta del concessionario.

In primo luogo, come si vedrà meglio in seguito, con la legge per la concorrenza e il mercato 2021 <sup>(1)</sup> è stato riformulato l'art. 18 della l. n. 84/1994, il cui primo comma nella versione attuale sancisce la necessità

---

<sup>(1)</sup> Art. 5 della l. 5 agosto 2022 n.118 «Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021».

che il rilascio della concessione sia preceduto da una procedura ad evidenza pubblica, descritta nei suoi passaggi essenziali. Contestualmente il legislatore è intervenuto sul contenuto del decreto ministeriale attuativo dell'art. 18, per coordinarlo al «nuovo» primo comma ed uniformare la disciplina della procedura di affidamento della concessione portuale. Sebbene previsto dalla legge di riforma dei porti sin dalla sua entrata in vigore, tale decreto fino ad allora non era stato adottato, e questa circostanza aveva creato incertezza tra le Autorità di Sistema Portuale e gli operatori circa le modalità di scelta del concessionario, anche in considerazione dei principi di concorrenza di derivazione europea.

Alla fine del 2022, anche grazie alla scelta di inserire la piena attuazione dell'art. 18 tra gli obiettivi di riforma legati al PNRR (2), si è giunti, con quasi trent'anni di ritardo, all'adozione del decreto ministeriale tanto atteso, al quale sono seguite qualche mese più tardi le Linee guida applicative (3).

Quest'importante risultato offre l'occasione per affrontare la questione della procedura di scelta del concessionario di aree e banchine per l'esercizio di operazioni portuali, tema di fondamentale rilievo tanto per il funzionamento efficiente degli scali quali snodi logistici, quanto per lo sviluppo del sistema portuale nel suo complesso, rispetto al quale fino a pochi mesi fa si registrava un'importante lacuna normativa.

2. *La concessione di aree e banchine tra codice della navigazione e l. n. 84/1994* – Il porto, quale bene del demanio marittimo (4), è assoggettato

---

(2) La componente 2 della Missione 3 prevedeva quale obiettivo di riforma 1.2. l'«Attuazione del regolamento che definisce l'aggiudicazione competitiva delle concessioni nelle aree portuali».

(3) Il decreto attuativo dell'art. 18 l. 84/1994 è stato adottato con il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze del 28 dicembre 2022 n. 202 «Regolamento recante disciplina per il rilascio di concessioni di aree demaniali e banchine comprese nell'ambito portuale». Con il successivo decreto del medesimo Ministero del 21 aprile 2023 n. 110 sono state approvate le «Linee guida sulle modalità di applicazione del Regolamento recante la disciplina per il rilascio di concessione di concessioni di aree e banchine approvato con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze del 28 dicembre 2022 n. 202».

(4) L'art. 28 c. nav. inserisce il porto tra i beni del demanio marittimo. Per una ricostruzione della figura del porto si veda G. DI GIANDOMENICO, *Porti e demanialità* in A. ANTONINI (a cura di), *Trattato breve di diritto marittimo*, I ed., Milano, 2007, 218. Un autore riconosce al porto una natura ibrida, che sintetizza con l'espressione «portualità allarga-

al corrispondente regime speciale dettato dal codice della navigazione e dal regolamento della navigazione marittima e, pertanto, l'uso e il godimento delle aree portuali in esclusiva può essere riconosciuto al privato nelle sole forme della concessione.

Alla disciplina del codice della navigazione, di carattere generale, si affiancano e sostituiscono, secondo il principio di specialità, le disposizioni dell'art. 18 della legge n. 84/1994, che regolano la fattispecie particolare della concessione di aree e banchine per l'esercizio da parte di un'impresa autorizzata delle operazioni portuali (5). La concessione dell'art. 18 presenta un vincolo di scopo, in quanto l'utilizzo in esclusiva del bene demaniale è circoscritto alla prestazione delle operazioni portuali, che il legislatore identifica con le attività concernenti «il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito, il movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale, svolti nell'ambito portuale» (6).

Normalmente all'interno dell'ambito portuale coesistono entrambe le tipologie di concessione, sia la fattispecie generale dell'art. 36 c. nav.,

---

ta», in quanto da considerarsi «non solo come bene demaniale, ma anche come complesso di beni pubblici e privati, funzionali al traffico marittimo ed agli usi pubblici del mare, a loro volta comprendenti interessi industriali e commerciali», sul punto cfr. G. TORELLI, *Le Autorità portuali e l'attuazione del principio di concorrenza*, in *www.federalismi.it*, 30 novembre 2016, 22.

(5) Per completezza, è opportuno precisare che l'art. 18 della l. 84/1994 contempla, oltre alla concessione di aree e banchine per l'esercizio di operazioni portuali, altre due ipotesi di concessione, su cui non ci si soffermerà in questa sede. Nello specifico, si tratta delle concessioni aventi ad oggetto la realizzazione e la gestione di opere attinenti ad attività marittime e portuali collocate a mare presso specchi d'acqua all'esterno delle dighe foranee, e le concessioni per l'impianto e l'esercizio di depositi e stabilimenti. In dottrina è stata proposta l'espressione «concessione portuale», ripresa dalle discipline economiche e dal diritto europeo, per racchiudere le diverse fattispecie dell'art. 18. cfr. P. BRAMBILLA, *La riforma delle concessioni portuali tra PNRR e DDL concorrenza 2021*, in *www.federalismi.it.*, 13 luglio 2022, 1.

(6) Di grande interesse la ricostruzione della categoria delle operazioni portuali fornita in C. INGRATOCI, *La concessione di aree e banchine in Dir. mar.* 2007, 991. Secondo l'autrice, infatti, le operazioni portuali, che definisce come «prestazioni di natura imprenditoriale rivolte alle merci o ad altri materiali ed erogate in ambito portuale», sono identificate secondo tre criteri, spaziale, economico e funzionale. Sulla base di questi parametri sono operazioni portuali quelle prestazioni di carattere commerciale, che comportano un movimento delle merci volto ad avviare o concludere un ciclo di trasporto e che presuppongono un contatto tra le merci e la banchina (o le sue attrezzature). Significativa, peraltro, la scelta del legislatore di impiegare l'espressione «carico» in luogo di «imbarco» in quanto consente di includere quelle attività funzionali al trasferimento della merce da una modalità di trasporto all'altra. cfr. S. BEVILACQUA, *Porti e automazione: spunti in materia di responsabilità delle imprese di sbarco*, in *Dir. trasp.*, *Atti dell'incontro di studi «L'automazione nei trasporti marittimi, aerei e terrestri»*, 2019, 565.

sia la concessione *ex art. 18 l. n. 84/1994*. Quanto alla scelta del regime normativo da applicare, il *discrimen* che differenzia la concessione di aree e banchine è rappresentato dalla destinazione funzionale di tali spazi alla portualità commerciale. Negli atti di pianificazione dello scalo, e in particolare nel piano regolatore portuale (PRP), affinché la concessione delle aree sia soggetta alla legge di riforma dei porti, tali spazi devono essere riservati allo svolgimento delle operazioni portuali, mentre in caso contrario, qualora nell'area sia prevista un'attività differente (industriale, turistica, diportistica *et cetera*), al relativo rapporto concessorio si applicherà il solo codice della navigazione (7).

La disciplina delle concessioni portuali dell'art. 18 si innesta nel quadro normativo disegnato dalla legge n. 84/1994, che, a seguito delle censure della Corte di giustizia CEE nella celebre sentenza sul porto di Genova del 1991 (8), ha «privatizzato» il mercato delle operazioni portuali in ossequio al principio della libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE). Rispetto a tali attività le attuali Autorità di Sistema sono titolari esclusivamente di funzioni di indirizzo, programmazione, coordinamento, regolazione e controllo (9), mentre l'effettivo svolgimento delle

---

(7) Cfr. C. INGRATOCI, *La concessione di aree e banchine*, cit., 986 che identifica l'ambito spaziale di applicazione dell'art. 18 della l. 84/1994 con l'«ambito operativo commerciale», riferendosi con tale espressione alle aree destinate da un atto generale di pianificazione ad attività rientranti nella portualità commerciale. Al di fuori di tale ambito troverà applicazione il codice della navigazione. In senso conforme M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e comunitario*, I ed., Torino, 2001, 80, che considera il regime dell'art. 18 eccezionale e pertanto circoscritto alle sole concessioni di terminal. Sul punto il Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, nel parere del 27 giugno 2016, n. 1505, precisa che l'art. 18 della l. 84/1994 si applica a «una porzione chiaramente delimitata all'interno della circoscrizione cui è preposta l'Autorità portuale, ovvero l'area demaniale o la sua banchina utilizzabile, per sua natura e destinazione, ai fini commerciali propri della navigazione».

(8) C. giust. CEE 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova S.p.A. c. siderurgica Gabrielli*. Per una disamina della citata sentenza si veda S. M. CARBONE - F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia: risultati e prospettive*, in *Dir. mar.* 1994, 7.

(9) Con riferimento alle funzioni dall'Autorità di Sistema Portuale relative alle operazioni portuali, si richiamano due disposizioni della l. n. 84/1994. L'art. 6, quarto comma, lett. a) prevede che le AdSP svolgano funzioni di «indirizzo, programmazione, coordinamento, regolazione, promozione e controllo [...] delle operazioni e dei servizi portuali, delle attività autorizzatorie e concessorie di cui agli articoli 16, 17 e 18», mentre il successivo comma 11 del medesimo articolo vieta alle Autorità di svolgere, direttamente o attraverso società partecipate, operazioni portuali e attività ad esse strettamente connesse.

attività portuali di cui all'art. 16 è riservato alle imprese che abbiano conseguito un'apposita autorizzazione.

Pertanto, nell'esercizio di tale funzione di programmazione l'Autorità provvede annualmente a determinare il numero massimo di imprese autorizzabili per le operazioni portuali in considerazione delle caratteristiche dello scalo, assicurando in ogni caso la massima concorrenza<sup>(10)</sup>. Il successivo rilascio delle autorizzazioni agli operatori è subordinato all'accertamento dei requisiti di capacità tecnica, professionale, economica e finanziaria e, qualora vi sia un numero di imprese interessate superiore alle autorizzazioni disponibili, l'Autorità di Sistema procederà a formare una graduatoria secondo criteri indicati dalla normativa<sup>(11)</sup>.

Quanto all'impresa portuale, invece, questa è tenuta a prestare le operazioni per le quali è autorizzata nel rispetto delle previsioni del programma operativo presentato in sede di istanza, a mantenere i requisiti di capacità per l'intera durata dell'autorizzazione, e ad astenersi dall'applicare per le prestazioni rese delle tariffe superiori a quelle comunicate all'Autorità e da quest'ultima rese pubbliche<sup>(12)</sup>.

L'elemento dell'autorizzazione a svolgere le operazioni portuali costituisce il *trait de union* tra le «semplici» imprese portuali autorizzate e l'operatore terminalista: questo emerge dalla previsione che, se di regola la durata dell'autorizzazione è annuale o, al massimo, viene definita sulla base del programma operativo presentato, qualora l'impresa do-

---

<sup>(10)</sup> Nel mercato dei traffici marittimi la competizione non coincide con il singolo porto ma spesso riguarda scali distanti anche centinaia di chilometri: pertanto non sarebbe leso il principio di concorrenza ove fosse deciso il rilascio, sulla scorta delle caratteristiche dell'ambito portuale, di un'unica autorizzazione per le operazioni portuali. Sul punto cfr. S. M. CARBONE - F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, I ed., Milano, 2006, 74; D. MARESCA, *Libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, in *Dir. mar.* 2012, 289.

<sup>(11)</sup> Cfr. art. 5, secondo comma, del d.m. del Ministro dei trasporti e della navigazione del 31 marzo 1995 n. 585, che privilegia le istanze che assicurano nell'ordine una crescita o qualificazione dei traffici, delle tariffe minori per l'utenza portuale o, infine, le istanze di rinnovo.

<sup>(12)</sup> A differenza del previgente art. 112 c. nav. l'amministrazione portuale è oggi sprovvista di qualsiasi potere di determinare o di autorizzare le tariffe per la prestazione delle operazioni e dei servizi portuali, la cui definizione compete esclusivamente all'impresa portuale. Si può pertanto ritenere che, in applicazione dei principi generali di diritto amministrativo, le clausole che eventualmente dovessero essere inserite nei provvedimenti autorizzativi sarebbero nulle per difetto assoluto di attribuzione.

vesse essere anche concessionaria la scadenza dell'autorizzazione sarà allineata al termine della concessione (13).

3. *L'operatore terminalista* – La figura dell'operatore terminalista (14) è caratterizzata dalla presenza di due distinti elementi, che l'impresa portuale deve possedere cumulativamente per essere qualificata come tale.

Il primo requisito è di carattere spaziale (15) e consiste nella disponibilità in forza di un provvedimento di concessione di aree demaniali o banchine sulle quali esercitare la propria attività d'impresa. Il secondo elemento, invece, è legato all'autorizzazione all'esercizio delle operazioni portuali e consiste nella capacità dell'impresa di assicurare con le attrezzature e l'organico di cui dispone un ciclo operativo (16) e produttivo completo, continuato ed integrato per conto proprio o di terzi.

Sebbene entrambi titolari di un'autorizzazione per le operazioni portuali, tra le imprese autorizzate di cui all'art. 16 della l. n. 84/1994 e l'operatore terminalista definito dall'art. 18 sussistono notevoli differenze, tanto sul piano delle prestazioni che offrono sul mercato, quanto rispetto agli obblighi che essi assumono nei confronti dell'Autorità di Sistema portuale (17).

---

(13) Art. 4, primo comma, del d.m. 31 marzo 1995 n. 585.

(14) La convenzione ONU «*on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade*», sottoscritta a Vienna il 17 gennaio 1991 e non ancora entrata in vigore, definisce all'art.1, lett. a), l'operatore terminalista come «il soggetto che professionalmente si obbliga a prendere in carico le merci in transito nell'ambito delle attività di trasporto internazionale al fine di svolgere o far svolgere rispetto a tali beni servizi collegati al trasporto nell'ambito di un'area posta sotto il suo controllo o rispetto alla quale egli gode di un diritto di accesso o utilizzo».

(15) Per una definizione di terminal portuale cfr. M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 72, che lo identifica con lo «spazio attrezzato, costituito da banchine, magazzini, pertinenze ecc., che consenta di svolgere un ciclo integrato di operazioni portuali ad opera di una o più imprese».

(16) Il ciclo operativo è definito all'art. 2 del d.m. 6 febbraio 2001 n. 132 come «l'insieme delle operazioni di carico, scarico, trasbordo, deposito, movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale, rese in ambito portuale dalle imprese, autorizzate ai sensi dell'articolo 16, comma 3, della legge ciascuna nella propria autonomia organizzativa, finalizzato al passaggio del carico o di parte di esso da una nave ad un'altra o ad altra modalità di trasporto e viceversa».

(17) Alcuni autori sostengono che le imprese terminaliste e le imprese autorizzate costituiscano due mercati distinti all'interno dello scalo portuale, si veda G. DUCA, *Impresa terminalista e affidamento a terzi dell'attività*, in *Dir. mar.* 2003, 499; S. M. CARBONE - F. MUNARI, *I porti italiani e l'Europa*, I ed., Milano, 2019, 174.

Innanzitutto, dalla lettura delle disposizioni richiamate traspare la maggior complessità dell'attività realizzata dall'impresa concessionaria delle aree portuali e delle banchine, tenuta a programmare, organizzare ed eseguire un intero ciclo di operazioni, per il quale è l'unico soggetto responsabile nei confronti dell'utenza portuale<sup>(18)</sup>. Il terminalista a fronte di un corrispettivo cura il coordinamento di tutti i mezzi e dei soggetti coinvolti nel ciclo operativo, assumendosene il relativo rischio, e offre alla clientela un servizio completo di movimentazione della merce dalla modalità di trasporto marittima al mezzo terrestre o viceversa.

Peraltro, il ruolo di coordinatore delle operazioni e dei servizi portuali è evidenziato dalla facoltà del terminalista di affidare col benestare dell'amministrazione alcuni segmenti del ciclo operativo ad altre imprese autorizzate, a condizione che questi non ne costituiscano la parte prevalente<sup>(19)</sup>. Ulteriore conferma, inoltre, è la previsione che i servizi portuali, trattandosi di attività specialistiche accessorie e complementari al ciclo operativo, debbano essere resi «su richiesta delle imprese autorizzate per le operazioni portuali»<sup>(20)</sup>. Al contrario, l'impresa por-

---

(18) In dottrina si sottolinea il ruolo chiave dell'operatore terminalista nell'efficiente funzionamento dello scalo portuale quale «anello forte di congiunzione e di integrazione tra i diversi tipi di trasporto» in porto, a cui spetterebbe organizzare un sistema di trasporto rispondente alle esigenze del trasporto intermodale (cfr. S. M. CARBONE, F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia: risultati e prospettive*, cit., 46). Altri autori, invece, lo definiscono come un «integratore inter-impreditoriale», sottolineandone l'attività di coordinamento dei soggetti coinvolti nelle attività portuali, per le quali l'operatore è l'unico soggetto responsabile, cfr. M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 72; G. DUCA, *Impresa terminalista e affidamento a terzi dell'attività*, cit., 499.

(19) Qualora la parte prevalente del ciclo operativo fosse affidata dal terminalista ad altre imprese si vanificherebbe il principio di fiducia tra concessionario e concedente, giacché l'autorità nell'affidare la concessione sceglie l'operatore terminalista in relazione alla sua capacità di assicurare un ciclo operativo completo e integrato. In tal senso, l'affidamento della parte prevalente del ciclo ad altre imprese costituirebbe un'illecita sostituzione del terminalista con un diverso operatore. In dottrina sul punto cfr: G. DUCA, *Impresa terminalista e affidamento a terzi dell'attività*, cit., 500; E. SANTORO, *I servizi e le operazioni portuali in Trattato breve di diritto marittimo*, cit., 259; M. CASANOVA - M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, II ed., Milano, 2011, 122; G. TORELLI, *Le Autorità portuali e l'attuazione del principio di concorrenza*, cit., 19; S.M. CARBONE, F. MUNARI, *I porti italiani e l'Europa*, cit., 208.

(20) I servizi portuali sono stata introdotti con l. 30 giugno 2000 n. 186, che li definisce come prestazioni specialistiche, complementari e accessorie al ciclo delle operazioni portuali, da rendersi su richiesta di soggetti autorizzati allo svolgimento anche in autoproduzione delle operazioni portuali». Per la nozione di specialità, complementarità e accessarietà si rinvia all'art. 2, comma terzo e quarto, del d.m. del Ministro dei trasporti e della navigazione del 6 febbraio 2001 n. 132.

tuale autorizzata *ex art. 16* si limita a prestare le singole operazioni indicate nell'atto autorizzatorio (ad esempio, carico o scarico delle merci), non assumendosi alcun obbligo di organizzare e coordinare gli altri segmenti di cui si compone il ciclo operativo

Questa maggior complessità dell'attività si riflette sui requisiti per l'affidamento in concessione degli spazi portuali, giacché all'aspirante terminalista è richiesto che disponga di attrezzature, di mezzi e di un organico adeguati ad assicurare la corretta esecuzione del ciclo di operazioni portuali, condizione ulteriore rispetto alla sola capacità tecnico-organizzativa prevista ai fini del rilascio dell'autorizzazione <sup>(21)</sup>.

L'impresa terminalista si distingue altresì per gli obblighi che si assume nei confronti dell'amministrazione portuale, giustificati dalla circostanza che in forza dell'atto concessorio acquista la disponibilità in esclusiva degli spazi portuali. Considerato che lo scalo si colloca all'interno di un mercato fortemente concorrenziale come quello dei trasporti marittimi, la concessione del terminal impone all'impresa portuale di non limitarsi a una semplice gestione «conservativa» del bene, dovendo piuttosto concorrere attraverso la propria attività alla crescita dei traffici e allo sviluppo del porto.

In sede di domanda, dunque, l'operatore terminalista attraverso il programma di attività presenta un progetto imprenditoriale che deve necessariamente coniugare l'interesse del privato a disporre del bene per la prestazione delle operazioni portuali con l'interesse pubblico a che la posizione dello scalo nel confronto competitivo con gli altri porti si rafforzi, migliorando sul piano quantitativo e qualitativo l'offerta all'utenza portuale, progettando lo sviluppo delle dotazioni infrastrutturali e assicurando la creazione di nuove opportunità occupazionali. In questa direzione si pone la previsione dell'art. 18, che subordina la concessione alla presentazione di un programma di attività «assistito da idonee garanzie, anche di tipo fideiussorio, volto all'incremento dei traffici e alla produttività del porto».

---

<sup>(21)</sup> Dalla lettura delle disposizioni si osserva che se per il rilascio delle autorizzazioni l'art. 16 della l. n. 84/1994 e il d.m. 585/1995 prevedono requisiti legati all'idoneità professionale dell'operatore a svolgere le attività portuali, per la concessione di cui all'art. 18 i requisiti attengono alla capacità di assicurare l'incremento e lo sviluppo dei traffici, soddisfacendo gli obiettivi posti nell'interesse pubblico dall'autorità portuale. Cfr. G. ACQUARONE, *Le attività di promozione, programmazione e regolazione delle autorità portuali*, in *Dir. mar.* 2008, 742.

In tale documento l'imprenditore portuale fissa una serie di obiettivi, necessariamente coerenti con gli indirizzi espressi dall'ente portuale in sede di pianificazione, che possono consistere nel raggiungimento di determinati volumi o tipologie di traffico, nella realizzazione di opere portuali o, ancora, nella garanzia di un livello di occupazione. Gli impegni negoziali, enunciati nel programma di attività e recepiti poi dal successivo atto concessorio, costituiscono per il terminalista una vera e propria obbligazione di risultato<sup>(22)</sup>, che lo vincola alla loro realizzazione secondo le modalità e le scadenze indicate in sede di istanza.

Quanto all'impresa portuale di cui all'art. 16, a seguito del rilascio dell'autorizzazione questa non è gravata da alcun obbligo in termini di risultato nei confronti dell'ente gestore dello scalo.

Si può, quindi, ragionevolmente considerare l'operatore terminalista come lo «strumento» attraverso il quale l'autorità pubblica dà attuazione alle scelte operate nella pianificazione ai fini della crescita dello scalo. Con il rilascio della concessione l'impresa portuale diviene un *partner* dell'Autorità di Sistema nella realizzazione degli obiettivi di sviluppo indicati nei piani portuali<sup>(23)</sup>, seppur nel limite delle previsioni e

---

(22) Questo si evince dall'art. 3, comma 1, lett. f), del d.m. 1995 n. 585, che prevede che l'impresa interessata a conseguire l'autorizzazione debba presentare «un programma operativo non inferiore ad un anno con un piano di investimenti, eventualmente suddiviso per settori, di costi presumibili e di prospettive di traffici» in combinato disposto con l'art. 7, primo comma, lett. c) del medesimo decreto, in forza del quale è possibile la revoca dell'autorizzazione qualora il programma operativo «non possa essere più realizzato per carenze organizzative ed inefficienza dei servizi». Le imprese autorizzate sono pertanto tenute ad assicurare l'efficiente svolgimento delle operazioni senza dover presentare un progetto imprenditoriale che contribuisca allo sviluppo dei traffici e dello scalo.

(23) La pianificazione portuale, disciplinata dall'art. 5 della legge 84/1994 (come da ultimo modificato con l. 9 novembre 2021, n. 156), si articola in tre livelli: il documento di programmazione strategica di sistema (DPSS), i piani regolatori portuali (PRP) e i piani operativi triennali. Il DPSS, coordinandosi con gli orientamenti europei in materia di portualità e con il Piano strategico nazionale della portualità e della logistica, definisce gli obiettivi di sviluppo dell'Autorità di Sistema, i collegamenti ferroviari e stradali di ultimo miglio, nonché gli ambiti portuali degli scali, suddividendoli in aree portuali, retroportuali e di interazione porto-città. L'assetto e l'ambito degli spazi portuali e retroportuali indicati dal DPSS sono precisati dal PRP, che ne specifica le caratteristiche e le funzioni, individuando per ciascun porto i relativi elementi, obiettivi, previsioni, contenuti e strategie. Infine, i piani operativi triennali (POT), soggetti a revisione annuale, illustrano le strategie di sviluppo per le attività portuali e logistiche. Sul rapporto tra i PRP e i piani operativi triennali cfr. M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., 92, secondo cui la destinazione funzionale delle aree indicata nel piano regolatore portuale dovrebbe conformarsi alle strategie di sviluppo enunciate nel POT.

degli impegni assunti con il programma di attività. Questo ruolo attivo che l'impresa terminalista assume nell'efficiente funzionamento delle attività portuali e nell'evoluzione dello scalo, dal notevole peso specifico, impone all'amministrazione di prestare particolare attenzione tanto nella fase della selezione del concessionario, quanto nella successiva conduzione del rapporto concessorio.

Nello scegliere l'operatore a cui affidare gli spazi portuali, l'autorità è chiamata ad accertarsi che l'aspirante terminalista sia effettivamente in grado con i mezzi, le attrezzature e l'organico dichiarati di assicurare un efficiente e completo ciclo di operazioni portuali, e che disponga delle risorse che gli consentano una puntuale e corretta esecuzione degli impegni previsti nel programma di attività. Inoltre, in sede di selezione dovrà verificarsi la coerenza degli obiettivi di sviluppo posti dall'imprenditore con gli indirizzi contenuti nella pianificazione locale e in quella nazionale di settore.

Nella fase successiva, in costanza del rapporto concessorio, l'autorità concedente deve vigilare costantemente sull'esercizio dell'attività dell'impresa terminalista, sincerandosi che questa conservi i requisiti, presti in modo regolare il ciclo delle operazioni portuali, e realizzi tempestivamente e correttamente gli obiettivi e gli investimenti prefissati nel programma. Un controllo effettivo assicura che la gestione della concessione delle aree e banchine sia proficua, permettendo all'autorità pubblica, qualora rilevasse degli inadempimenti o dei ritardi da parte dell'operatore, di attivare i rimedi sanzionatori di cui dispone, tra cui, quale *extrema ratio*, la decadenza dalla concessione (24).

Da queste premesse si comprende facilmente quale importanza assuma la procedura di scelta del concessionario per l'Autorità di Sistema portuale, poiché questa costituisce il mezzo attraverso il quale si pongono a confronto i diversi progetti imprenditoriali, selezionando quel-

---

(24) Nel definire il rapporto concessorio il soggetto pubblico potrebbe prevedere un sistema di sanzioni intermedie, come ad esempio la previsione di penali, che consenta così di graduare la risposta dell'amministrazione all'inadempimento degli obblighi derivanti dalla concessione. Cfr. S. M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., 218. Si veda, inoltre, il parere dell'AGCM del 22 marzo 2021, AS 1730, rispetto alle proposte di riforma da inserire nella legge annuale per il mercato e la concorrenza, dove sosteneva la necessità di rafforzare lo strumento della revoca delle concessioni ove non fossero rispettate le condizioni convenute «al fine di stimolare l'efficienza dei concessionari e incrementare la contendibilità dei beni».

lo che appare maggiormente rispondente all'interesse pubblico all'efficienza e allo sviluppo del porto.

4. *Il ritardo nell'attuazione dell'art. 18* – Rispetto alla scelta del concessionario, l'art. 18 della l. n. 84/1994 nella sua formulazione originaria statuiva che l'affidamento delle concessioni di aree e banchine portuali sarebbe seguito ad «idonee forme di pubblicità». La concreta definizione di tale pubblicità era rimessa al già citato decreto ministeriale, che avrebbe dovuto altresì conformare la disciplina delle concessioni portuali al diritto comunitario, oltre a definirne ulteriori aspetti, quali la durata e i canoni concessori minimi.

Com'è noto, per quasi trent'anni il Ministero non vi ha provveduto, creando così una lacuna normativa rispetto alle modalità del rilascio delle concessioni di aree e banchine portuali. Apparentemente, l'incompleta attuazione dell'art. 18 avrebbe comportato, ai sensi dell'art. 20, quarto comma, della l. n. 84/1994 <sup>(25)</sup> la persistente applicazione alle concessioni portuali della disciplina generale del codice della navigazione, che delinea una procedura fondata su un'istanza di parte.

Tale procedimento prevede una primordiale forma di pubblicità, costituita dall'affissione dell'istanza sull'albo pretorio del Comune, funzionale a consentire agli interessati di presentare eventuali osservazioni o domande concorrenti (cosiddetto «avviso ad *opponendum*»), riservata alle iniziative ritenute più significative. Ove pervengano più domande concorrenti, l'art. 37 c. nav. delinea un criterio di selezione del concessionario, disponendo che sia preferito l'istante che abbia proposto l'uso più proficuo del bene, ritenuto maggiormente rispondente al pubblico interesse.

Tuttavia, la procedura appena descritta deve necessariamente confrontarsi con i principi di derivazione europea di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, che trovano applicazione anche alle concessioni portuali. Nella giurisprudenza europea, infatti, un'interpretazione ormai consolidata ha esteso la portata di tali principi, fondati sui Trattati, riconoscendone l'applicazione al di fuori dell'ambito delle direttive comunitarie sugli appalti e sulle concessioni. Questo ha spinto la Corte di giustizia a imporre il ricorso ad una procedura competi-

---

<sup>(25)</sup> «Fino all'entrata in vigore delle norme attuative della presente legge, continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti in materia».

va, ispirata ai principi di trasparenza e non discriminazione, anche per l'affidamento dei contratti esclusi dalla normativa europea, tra i quali rientrano le concessioni dei beni del demanio marittimo <sup>(26)</sup>.

Peraltro, la stessa Commissione europea <sup>(27)</sup> con una comunicazione dei primi anni duemila ha espressamente esteso anche alle concessioni portuali l'applicazione delle norme e dei principi dei Trattati, ponendo in capo alle amministrazioni un obbligo di trasparenza, che implica un'adeguata pubblicità dell'iniziativa, l'esperimento di una procedura equa e non discriminatoria e, infine, la possibilità per gli interessati di proporre un ricorso avverso il provvedimento finale. Si è chiarito così che anche per l'affidamento ad un privato di un'area portuale per la movimentazione delle merci è richiesta una procedura trasparente, che preveda un grado di pubblicità tale da garantire un'effettiva concorrenza e, al contempo, consenta un controllo dell'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

Nel 2017, inoltre, il legislatore europeo ha adottato un regolamento in materia di servizi portuali <sup>(28)</sup>, dove nelle premesse, pur lasciando

---

<sup>(26)</sup> C. giust. CE 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria*, che estende i principi fondamentali del Trattato anche ai contratti esclusi, con particolare riferimento al principio di non discriminazione in base alla nazionalità, a garanzia del quale grava per l'amministrazione un obbligo di trasparenza. In tema di concessioni aeroportuali si segnala la sentenza C. giust. UE 13 luglio 2017, causa C-701/15, *Malpensa logistica*, con la quale il giudice europeo ha sancito la necessità che l'affidamento degli spazi alle imprese avvenga «in base a norme e criteri pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori, senza che, tuttavia, per l'ente in parola sussista l'obbligo di procedere all'organizzazione di una previa procedura di gara». I dettami della Corte sono stati recepiti dal Consiglio di Stato, sez. VI, con la sentenza del 26 giugno 2009 n. 5765, che in applicazione dei principi comunitari ha affermato l'obbligo di esperire una procedura ad evidenza pubblica anche per la concessione di beni demaniali marittimi. Sul punto si veda anche la circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 4 febbraio 2010, che sulla base dei principi comunitari sosteneva che rispetto alla scelta del terminalista fosse «d'uopo esperire una ampia procedura ad evidenza pubblica per giungere all'individuazione del concessionario adeguatamente pubblicizzata». In dottrina cfr. G. ACQUARONE, *Le attività di promozione, programmazione e regolazione delle autorità portuali*, cit., 749 che riconosce un'efficacia *self executing* ai principi discendenti dal Trattato europeo.

<sup>(27)</sup> Comunicazione della Commissione Europea del 18 ottobre 2007 n. 616 «Comunicazione su una politica europea dei porti».

<sup>(28)</sup> Reg. 2017/235/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 febbraio 2017 «che istituisce un quadro normativo per la fornitura di servizi portuali e norme comuni in materia di trasparenza finanziaria dei porti». Da notare che la definizione di servizi portuali fornita dal legislatore europeo non corrisponde alla definizione del D.M. 132/2001, in quanto comprende al suo interno il rifornimento di carburante, la movimentazione merci, l'ormeggio, i servizi passeggeri, la raccolta dei rifiuti prodotti dalle navi e dei residui del

impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri, dispone che, qualora sia richiesta la conformità a requisiti minimi, il diritto a prestare i servizi portuali debba essere concesso all'esito di una procedura trasparente, obiettiva, proporzionata, oggetto di adeguata pubblicità e che consenta al prestatore di iniziare la fornitura di tali servizi nei tempi previsti.

Dall'applicazione dei citati principi comunitari sono emerse tre questioni con riferimento alla procedura delineata dal combinato disposto degli articoli 37 c. nav. e 18 reg. nav. mar.

Il primo elemento che si rileva, seguendo lo sviluppo cronologico della procedura, riguarda la possibilità che questa prenda avvio su istanza di parte, ossia che sia l'operatore, presentando un'istanza per il rilascio della concessione portuale, a dare l'impulso per l'apertura del confronto competitivo.

Su questo profilo si è soffermato il Consiglio di Stato nel 2016 nel parere sullo schema di regolamento ministeriale attuativo dell'art. 18, censurando la scelta del Ministero di ripercorrere la procedura dell'avviso *ad opponendum*, che consente ai terzi solamente di presentare osservazioni o domande concorrenti, in quanto ormai ritenuto uno schema superato, stante la necessità «pregnante ed ineludibile» di applicare i principi «di matrice europea di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità» (29).

Nella previsione dell'avvio della procedura su istanza del privato si ravvisava, peraltro, una sostanziale elusione del sistema di programma-

---

carico, il pilotaggio e i servizi di rimorchio. Anche la dottrina ha coniato una macro categoria di servizi portuali *lato sensu*, che racchiude le operazioni portuali, i servizi portuali in senso stretto, i servizi di interesse generale e i servizi tecnico-nautici. Cfr. A. GIARDINI, *I porti e i servizi portuali* in S. ZUNARELLI (a cura di), *Il diritto del mercato del trasporto*, I ed., Padova, 2008, 308; M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., 108.

(29) C. St., sezione consultiva per atti normativi, parere del 27 giugno 2016 n. 1505, che segue il parere interlocutorio del 7 aprile 2016, dove rispetto al regolamento ministeriale proposto si osservava «Si ripercorre, dunque, uno schema ormai obsoleto e risalente [...] ideato per altri scopi e finalità (legato com'era alla gestione del bene) e di certo non più confacente alle esigenze di mercato del settore e del mondo produttivo, quale appunto il c.d. avviso *ad opponendum*, ovvero una forma di pubblicità nata per innescare essenzialmente opposizioni, dunque per contrastare e contrapporsi ad istanze altrui e non per avanzare proposte sulla base di un programma strategico condiviso». In senso conforme il TAR del Friuli-Venezia Giulia, 5 luglio 2017 n. 235, in *Dir. mar.* 2017, 966. In dottrina M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., 121, pongono alla base dell'affidamento in concessione delle banchine un atto di programmatico di sviluppo del porto, dovendosi ritenere l'iniziativa sostanzialmente riservata all'Autorità portuale.

zione e pianificazione delineato dal d.lgs. 169/2016, in quanto in tale ipotesi la valutazione strategica della proposta imprenditoriale si sarebbe ridotta ad una verifica successiva di coerenza, per le sole concessioni di lunga durata, con il piano nazionale <sup>(30)</sup>. Pertanto, si affermava la necessità che si ponesse a monte dell'affidamento in concessione degli spazi portuali una valutazione strategica della singola realtà portuale rispetto alla pianificazione locale e nazionale di settore, che sarebbe poi dovuta sfociare nella pubblicazione di un bando, recante i criteri prefissati per individuare l'utilizzo più proficuo del bene, ed in una «seppur peculiare» procedura di gara ad evidenza pubblica, in applicazione dei principi comunitari.

L'interpretazione appena proposta è stata criticata dalla dottrina, che ha opportunamente sottolineato come anche nella procedura avviata su istanza di parte sussista una connessione tra l'interesse pubblico, individuato nella pianificazione strategica portuale, e il progetto imprenditoriale. Infatti, il piano a monte funge da guida per l'elaborazione delle iniziative dei privati, con la conseguenza che se da un lato le imprese aspiranti terminaliste potranno elaborare programmi che valorizzino gli indirizzi delle Autorità per le singole aree portuali, dall'altro sarà facoltà per queste ultime valutare la coerenza dell'istanza, potendo in caso di esito negativo dichiararla inammissibile <sup>(31)</sup>.

Significativo poi che lo stesso Consiglio di Stato con successive

---

<sup>(30)</sup> Si tratta del Piano strategico nazionale della portualità e della logistica, adottato con DPCM il 26 agosto 2015 in attuazione dell'art. 29, primo comma, della l. 11 novembre 2014 n. 164, di conversione del d.l. 11 settembre 2014 n. 133, e avente la funzione «di migliorare la competitività del sistema portuale e logistico, di agevolare la crescita dei traffici delle merci e delle persone e la promozione dell'intermodalità nel traffico merci, anche in relazione alla razionalizzazione, al riassetto e all'accorpamento delle Autorità Portuali esistenti».

<sup>(31)</sup> Difendono l'avvio della procedura su istanza di parte D. MARESCA, *Libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, cit., 305; F. MUNARI, *La scelta dei concessionari dei servizi e delle attività portuali alla luce di una sentenza «luci ed ombre» della Corte dei conti*, in *Dir. mar.* 2013, 627; M. GRIMALDI, *La adeguata pubblicizzazione della domanda di concessione di aree e banchine quale strumento funzionale alla valorizzazione dei piani regolatori di sistema portuale*, in *Dir. mar.* 2018, 967; S.M. CARBONE, F. MUNARI, *I porti italiani e l'Europa*, cit., 159; F. DE BARI, *L'istanza del privato nella concessione portuale: criticità concorrenziali e scelte di pianificazione portuale*, in <https://www.ildirittoamministrativo.it>, 23 dicembre 2020; A. BERGAMINO, *Il modello procedimentale a istanza di parte previsto ex lege per l'assentimento a privati di concessioni del demanio portuale e la sua compatibilità con i principi di trasparenza, imparzialità e non discriminazione di derivazione europea*, in *Dir. mar.* 2020, 239.

pronunce abbia rivisto la sua posizione, non riprendendo più quanto affermato nel parere del 2016. Il giudice amministrativo ha ritenuto, infatti, che fossero rispettati i principi comunitari in presenza di un efficace meccanismo pubblicitario delle concessioni in scadenza, volto stimolare un confronto concorrenziale, e della previsione in capo all'autorità concedente di un accresciuto onere istruttorio nel corso del procedimento e motivazionale nel provvedimento finale, da cui emergano le ragioni fondanti la scelta del concessionario. Si è così negato che il rispetto dei principi UE implicasse necessariamente il ricorso alle formalità proprie dell'evidenza pubblica, ossia ad una gara fondata sulla pubblicazione di un bando, allineandosi a quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria <sup>(32)</sup>.

La seconda questione attiene invece all'esigenza di una pubblicità effettiva dell'avvio della procedura di rilascio della concessione, che consenta ai potenziali concorrenti, italiani o esteri, di venirne a conoscenza e di valutare il proprio interesse a parteciparvi. L'art. 18 del reg. nav. mar., pur prevedendo una forma di pubblicazione per la domanda di rilascio della concessione demaniale, non soddisfa il principio di pubblicità.

Innanzitutto, la disposizione limita la pubblicazione alle sole «concessioni di particolare importanza per l'entità e lo scopo», subordinando così la pubblicità della procedura alla preventiva valutazione da parte dell'Autorità concedente, ampiamente discrezionale, circa l'importanza della concessione richiesta.

L'aspetto più critico, tuttavia, è rappresentato dalla modalità di pubblicazione, che l'articolo individua nell'affissione sull'albo pretorio del Comune dove si trova il bene demaniale e che appare inadeguata ad assicurare l'effettiva conoscenza dell'istanza da parte di quanti siano potenzialmente interessati, stante la dimensione territoriale ridotta. È incontrovertibile che la sola pubblicazione nell'albo pretorio comunale, volendo mutuare l'espressione utilizzata dal TAR Friuli-Venezia Giulia, rappresenti un mero «simulacro formale» di pubblicità, in quanto non consente l'effettiva conoscenza da parte degli operatori del settore dell'avvio della procedura di assegnazione del demanio portuale e, di conseguenza, preclude loro di prendervi parte, limitando di fatto la con-

---

<sup>(32)</sup> C. St., sez. V, 16 febbraio 2017 n. 688; C. St., sez. V, ord. 18 gennaio 2018 n. 147. In senso conforme anche TAR Toscana 12 novembre 2018, n.1475, in *Dir. mar.* 2020, 238.

correnza in sede rilascio della concessione <sup>(33)</sup>.

Ne derivava che, affinché fosse assicurata un'effettiva competizione, alla pubblicazione sull'albo pretorio avrebbero dovuto accompagnarsi quali correttivi delle ulteriori forme di pubblicità a livello nazionale e, quantomeno per le concessioni di maggior durata, a livello comunitario, che permettessero la conoscibilità dell'avvio della procedura alle imprese interessate.

Il terzo e ultimo profilo si riferisce all'attività di selezione e valutazione delle domande concorrenti di concessione. L'art. 37 c. nav., come già anticipato, fornisce un unico criterio di scelta del concessionario, in forza del quale è preferita la domanda che offre maggiori garanzie di un proficuo utilizzo della concessione e propone un uso del bene che, a giudizio dell'Amministrazione, appare più rispondente all'interesse pubblico.

Preliminarmente, ci si domanda se un simile criterio possa concretamente applicarsi alla fattispecie della concessione di aree e banchine, poiché lo stesso art. 18 della legge 84/1994 definisce l'uso di tali spazi, che sono destinati all'esercizio delle operazioni portuali dagli atti di pianificazione dello scalo: pertanto, un'eventuale domanda di concessione avente per oggetto un'attività diversa dalle operazioni portuali sarebbe pacificamente inammissibile <sup>(34)</sup>.

Quanto al contenuto della disposizione, la problematica consiste nell'estrema genericità del criterio proposto, la cui formulazione lascia un'ampissima discrezionalità <sup>(35)</sup> all'autorità concedente in sede di va-

---

<sup>(33)</sup> TAR Friuli-Venezia Giulia 2017 n. 235, *cit.* L'Autorità di Sistema Portuale di Trieste aveva pubblicato una domanda per il rilascio di una concessione della durata di sessant'anni solo sull'albo pretorio del piccolo comune di Muggia, che, trattandosi di uno spazio pubblicitario insolito per le concessioni demaniali, solo in apparenza rispettava il principio di pubblicità.

<sup>(34)</sup> Il criterio della maggior rispondenza all'interesse pubblico con riferimento allo sfruttamento del terminale si identifica nelle maggiori garanzie del proficuo utilizzo dello stesso in termini gestione efficiente e imparziale del terminal e di produzione di traffici. Si veda sul punto M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, *cit.*, 81; D. MARESCA, *Libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, *cit.*, 307. Quanto al proficuo utilizzo del bene, questo è stato individuato nel valore economico della concessione, da valutarsi con riferimento al beneficio economico per il privato dallo sfruttamento del bene e all'effettiva utilità da esso prodotta. Cfr. G. BALOCCO, *La concessione demaniale marittima tra diritto interno e principi comunitari* in *Giur. It.* 2011, 2, 450.

<sup>(35)</sup> C. INGRATOCCI, *La concessione di aree e banchine*, *cit.*, 1003 critica il ricorso all'avviso *ad opponendum* in quanto tale procedura «garantisce la pubblicità e visibilità dell'a-

lutazione e comparazione delle istanze, con il rischio di esporre il mercato delle operazioni a fenomeni corruttivi <sup>(36)</sup>.

Mancano, infatti, nel codice della navigazione dei criteri puntuali, di carattere tecnico e finanziario, che consentano di guidare e vincolare l'amministrazione nell'esame e nel confronto delle domande pervenute, assicurando così la trasparenza e l'imparzialità della valutazione ed eliminando il rischio di distorsioni della concorrenza. I criteri, inoltre, se pubblicati e resi noti *ex ante* alle imprese interessate, costituirebbero anche per i privati un ulteriore supporto nella predisposizione dei programmi di attività, poiché consentirebbero loro di individuare in modo ancora più puntuale i traffici, gli investimenti e, in generale, gli obiettivi da proporre all'Autorità di Sistema portuale che maggiormente soddisfano l'interesse pubblico <sup>(37)</sup>.

---

zione amministrativa ma non si limita minimamente la discrezionalità dell'ente pubblico, stante l'assenza di un bando e la mancata predeterminazione di criteri di selezione delle domande». Critico anche M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 81, che riteneva inadeguata la procedura del codice della navigazione e sosteneva la necessità di una procedura pubblica, dove la valutazione delle domande concorrenti sarebbe stata fondata su criteri predeterminati per designare l'operatore più idoneo a soddisfare le esigenze pubblicistiche. In giurisprudenza la mancata limitazione della discrezionalità dell'autorità concedente venne rilevata anche dal Consiglio di Stato nel già citato parere 26 giugno 2016 n.1505. Si esprime in senso opposto, invece, G. ACQUARONE, *Le attività di promozione, programmazione e regolazione delle autorità portuali*, cit., 744, che sostiene che il confronto comparativo tra i programmi operativi dovesse essere condotto «con ampia discrezionalità, non potendosi determinare a priori criteri di dettaglio, che cristallizzerebbero valutazioni per la loro natura connesse a quei contingenti indirizzi di sviluppo riservati all'Autorità portuale».

<sup>(36)</sup> L'ANAC all'interno dell'aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione del 2017, approvato con delibera n. 1208 del 22 novembre 2017, nell'esaminare le aree di rischio corruttivo legate alle Autorità di Sistema aveva rilevato quale criticità la mancata adozione del decreto, sostenendo che questa avrebbe potuto aggravare i rischi. Pertanto, riteneva necessaria l'integrazione della disciplina vigente coi principi di derivazione comunitaria (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica), auspicando, inoltre, che i dettami del codice dei contratti fossero assunti quali parametro dalle autorità portuali.

<sup>(37)</sup> L'AGCM in diverse occasioni aveva affermato che il criterio generale dell'art. 37 c. nav dovesse essere specificato rispetto al singolo caso concreto dall'Autorità concedente, tenuta «prima di avviare il procedimento di comparazione» a «stabilire e rendere noti i criteri tecnici ed economici (con indicazione del relativo punteggio) di aggiudicazione sulla cui base procedere alla valutazione ai sensi dell'art. 37 del Codice della Navigazione, assegnando alle parti un termine congruo per il deposito di tutta la documentazione ai sensi dell'art. 18 della legge n. 84/94» Parere S2809 del 24 novembre 2017 sul rilascio di una concessione marittima nel porto di Livorno per *Multipurpose*. In senso conforme si

Nell'attesa del decreto, per far fronte alla mancata definizione della procedura di cui all'art. 18, molte Autorità di Sistema hanno adottato dei regolamenti per le aree soggette alla loro amministrazione, mentre si sono registrati a livello nazionale alcuni interventi piuttosto infelici che, sebbene mossi dal lodevole intento di porre rimedio alla lacuna, hanno sortito l'effetto contrario, aumentando l'incertezza riguardo la disciplina da applicare <sup>(38)</sup>.

Nel 2018 è intervenuta l'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) nell'esercizio delle competenze attribuitele in materia con una delibera che definisce una serie di criteri volti ad assicurare l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali <sup>(39)</sup>.

Ai fini della scelta dell'operatore terminalista la regolazione ART descriveva una procedura di selezione a evidenza pubblica, che prendeva avvio anche su istanza di parte e prevedeva la pubblicazione di un avviso, di cui era definito il contenuto minimo, secondo modalità che garantissero un'effettiva e ampia conoscibilità dello stesso per gli operatori interessati. Quanto alla valutazione comparativa delle domande concorrenti, si sarebbero applicati appositi criteri di selezione, indicati nell'avviso, ciascuno con la relativa ponderazione, che valorizzassero il piano di investimenti, le tempistiche per la realizzazione degli investimenti, gli obiettivi da conseguire e la capacità di fornire un ciclo completo di operazioni.

Questo intervento, come osservato da parte della dottrina <sup>(40)</sup>, sem-

---

veda anche, *ex multis*, segnalazione AS1114 del 11 febbraio 2014 sul regime concessorio presente nel porto di Livorno; segnalazione AS1550 del 20 dicembre 2018 «Concessioni e criticità concorrenziali».

<sup>(38)</sup> È stato osservato, infatti, che i due provvedimenti parevano per alcuni aspetti in contraddizione: a titolo di esempio, se la circolare ministeriale si riferiva alla domanda tecnico progettuale di cui all'art. 18 e, quindi, alla procedura avviata su istanza di parte, la delibera ART ammetteva tanto l'iniziativa dell'operatore privato quando l'avvio d'ufficio del procedimento. Cfr. P. SPIRITO, *Concessioni demaniali, c'è un controllore di troppo*, *www.portnews.it*, 3 ottobre 2018.

<sup>(39)</sup> Allegato A «Metodologie e criteri per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali. Prime misure di regolazione» della Delibera ART del 30 maggio 2018 n. 57, adottata ai sensi dell'art. l'articolo 37, comma secondo, lett. a), del d.lg. 6 dicembre 2011 n. 201. Tali criteri secondo la delibera non avrebbero trovato applicazione alle concessioni che avessero previsto la realizzazione di infrastrutture portuali in quanto, costituendo concessioni di lavori, sarebbero state regolate dal Codice dei contratti pubblici.

<sup>(40)</sup> P. BRAMBILLA, *La riforma delle concessioni portuali tra PNRR e DDL concorrenza 2021*, in *www.federalismi.it*, 10, nega che l'ART potesse sostituirsi al Ministero nell'esercizio del potere regolatorio in materia di concessioni portuali, potendosi limitare solo a

bra aver travalicato i limiti delle competenze attribuite all'ART, circoscritte dal legislatore alla sola rilevazione di situazioni di abuso, non potendosi spingere fino a sostituirsi al Ministero. Inoltre, non avendo carattere cogente per le AdSP <sup>(41)</sup>, tale provvedimento risultava inadeguato a risolvere la problematica e a colmare la lacuna normativa.

Nello stesso anno intervenne sulle concessioni portuali una circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, dove si chiariva che l'art. 37 c. nav. costituisse un «criterio guida», il quale per poter essere applicato necessitava di ulteriori specificazioni in relazione alla fattispecie concreta. Sulla base di questa premessa, il Ministero forniva un elenco di criteri «oggettivi adeguati e puntuali da portare a conoscenza degli interessati prima della presentazione della domanda tecnico progettuale» prevista dall'art. 18 e che avrebbero dovuto guidare l'istruttoria delle domande concorrenti. L'attribuzione di un punteggio a ciascun criterio sarebbe stato poi compito dell'Autorità di Sistema <sup>(42)</sup>, che avrebbe potuto individuare ulteriori criteri, trattandosi di un'elen-

---

rilevare eventuali situazioni di abuso rispetto ai profili di sua competenza. Inoltre, se per alcuni aspetti l'autore considerava la delibera ridondante, per altri riteneva che le soluzioni proposte, ad esempio in tema di requisiti morali, avessero comportato un'usurpazione delle funzioni del Parlamento e del Ministero. L'iniziativa dell'ART fu invece salutata positivamente dall'AGCM, che nelle osservazioni del 19 marzo 2018 ritenne che le disposizioni procedurali introdotte avrebbero reso «le attività di concessione di aree e banchine portuali e di autorizzazione allo svolgimento delle operazioni e dei servizi portuali il più possibile trasparenti ed esenti da profili discriminatori».

<sup>(41)</sup> Cfr. S.M. CARBONE-F. MUNARI, *I porti italiani e l'Europa*, cit., 156. I criteri della delibera ART devono essere necessariamente intesi come flessibili, in quanto «sul demanio è il concessionario che sviluppa il proprio piano di impresa e progetto, in una logica *bottom up*, laddove qualsiasi criterio regolatorio *top down* rischia di ingessare ulteriormente la necessaria flessibilità imprenditoriale che deve caratterizzare un settore esposto alla concorrenza internazionale e a evoluzioni economiche».

<sup>(42)</sup> Circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 5 febbraio 2018, n. 3087. I criteri erano i seguenti: a) il grado di coerenza con le indicazioni del Piano strategico nazionale della portualità e della logistica ("PSNPL"), approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 26 agosto 2015, e degli altri strumenti di programmazione nazionale di settore vigenti; b) la capacità di assicurare le più ampie condizioni di accesso al terminal per gli utenti e gli operatori interessati; c.) la natura e la rilevanza degli investimenti infrastrutturali e sovrastrutturali; d.) gli obiettivi di traffico e di sviluppo; e.) il piano occupazionale; f.) la capacità di assicurare adeguata continuità operativa del porto; g.) la sostenibilità a livello ambientale del progetto proposto nonché il livello di innovazione tecnologica e partenariato industriale con università e centri di ricerca. Critico P. BRAMBILLA, *La riforma delle concessioni portuali tra PNRR e DDL concorrenza 2021*, cit., 12, che ne lamenta l'eccessiva genericità e sostiene che alcuni di essi sembrano sovrapporsi ai parametri forniti dall'art. 18 della l. n. 84/1994.

cazione esemplificativa.

Anche questo intervento, che ha il merito di aver riconosciuto l'eccessiva genericità del criterio dettato dall'art. 37 c. nav. e la conseguente necessità di una sua specificazione, si presta a delle critiche. Il Ministero, infatti, anziché procedere con l'adozione dell'atteso decreto ministeriale, scelse di tamponare la lacuna attraverso lo strumento della circolare, dalla scarsa portata cogente. Peraltro, la circolare si limitava a intervenire su un ambito circoscritto, ossia sui soli criteri da osservare in sede di comparazione delle domande concorrenti, con la conseguenza che tale intervento presentava una portata molto ridotta rispetto alla disciplina affidata al decreto ministeriale dell'art. 18.

In conclusione, prima degli interventi risolutivi del 2022 il quadro normativo relativo alla procedura di affidamento delle concessioni delle aree portuali appariva incerto a causa della perdurante mancata attuazione dell'art. 18 della l. n. 84/1994, della necessità di conformare lo schema del codice della navigazione ai principi comunitari e, da ultimo, degli infruttuosi interventi dell'ART e del Ministero.

5. *La procedura di selezione del concessionario* – Come anticipato nel primo paragrafo, nel 2022 si sono registrati due interventi a distanza di pochi mesi, grazie ai quali il vuoto normativo è stato finalmente colmato.

Procedendo secondo l'ordine, con la legge per la concorrenza e il mercato del 2021 si è mosso un passo fondamentale verso la soluzione della problematica, poiché con essa è stata delineata nei suoi tratti essenziali la procedura per il rilascio delle concessioni portuali, ridefinendo in modo coerente il contenuto del decreto ministeriale attuativo<sup>(43)</sup>. L'aspetto lessicale merita di essere sottolineato, con il passaggio dal generico riferimento ad «idonee forme di pubblicità» all'espressa previsione della necessità di individuare il concessionario attraverso «proce-

---

(43) Il nuovo art. 18 affida al decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (oggi Ministro delle infrastrutture e dei trasporti), da adottarsi di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, la definizione di criteri per «a) l'assegnazione delle concessioni; b) l'individuazione della durata delle concessioni; c) l'esercizio dei poteri di vigilanza e controllo da parte delle autorità concedenti; d) le modalità di rinnovo e le modalità di trasferimento degli impianti al nuovo concessionario al termine della concessione; e) l'individuazione dei limiti dei canoni a carico dei concessionari; f) l'individuazione delle modalità volte a garantire il rispetto del principio di concorrenza nei porti di rilevanza economica internazionale e nazionale, individuati ai sensi dell'articolo 4».

dure ad evidenza pubblica».

Il «nuovo» primo comma dell'art. 18 descrive sommariamente la procedura, avviata anche su istanza di parte, che vede quale passaggio obbligato, in attuazione del principio di pubblicità, la pubblicazione di un avviso recante l'indicazione dei requisiti soggettivi di partecipazione, dei criteri di selezione delle domande, della durata massima della concessione nonché delle informazioni relative al trattamento di fine concessione. Viene fissato, inoltre, per gli operatori interessati un termine non inferiore ai trenta giorni dall'avviso per la presentazione delle offerte.

Il legislatore già nel comma appena descritto ha compiuto una prima scelta significativa, riconoscendo la possibilità che la procedura prenda avvio anche su iniziativa del privato e, di conseguenza, superando così definitivamente l'infelice soluzione interpretativa che il Consiglio di Stato aveva proposto nel 2016, peraltro non più richiamata dallo stesso giudice amministrativo in sede di esame dello schema di regolamento (44).

Il tanto atteso decreto è stato infine adottato gli ultimi giorni del 2022, per essere poi precisato con le successive Linee guida. Le disposizioni che vengono in rilievo con riferimento all'oggetto della trattazione sono gli artt. 2, 3 e 4, che definiscono rispettivamente la procedura, i requisiti soggettivi e le modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi.

Dalla lettura degli articoli citati emerge una serie di elementi interessanti.

Il primo aspetto che si evidenzia è la stretta connessione tra il rilascio del provvedimento concessorio e l'attività di pianificazione strategica portuale tanto locale quanto nazionale. *Condicio sine qua non* per l'avvio della procedura su istanza di parte, infatti, è la coerenza del programma di attività presentato dall'aspirante con le previsioni del piano regolatore portuale e con la pianificazione strategica nazionale del set-

---

(44) Il Consiglio di Stato nel parere della sezione consultiva per gli atti normativi del 31 ottobre 2022 n.1740 sullo schema di regolamento, infatti, non ha censurato l'iniziativa di parte, limitandosi ad invitare il Ministero delle infrastrutture a chiarire che la mancata coerenza dell'istanza con la pianificazione locale e nazionale avrebbe impedito l'avvio della procedura selettiva. Sul punto le Linee guida prescrivono all'ente gestore del porto di rendere disponibili le informazioni circa le caratteristiche delle aree e i riferimenti ai documenti di programmazione strategica dell'area portuale per consentire agli operatori la stesura di un programma di investimenti e di attività coerente con tale programmazione.

tore (45). L'eventuale esito negativo dell'accertamento, affidato all'autorità concedente e, per le concessioni di durata maggiore, al Ministero delle Infrastrutture (46), rende l'istanza presentata inammissibile e impedisce il proseguimento dell'iter.

In ogni caso, onde assicurare la continuità dell'utilizzo degli spazi portuali, le procedure dovranno avere inizio almeno 12 mesi prima della naturale scadenza del rapporto concessorio, a prescindere dalla presentazione di istanze di rinnovo da parte del concessionario uscente.

L'avvio della procedura competitiva avviene con la pubblicazione di un avviso, ove sia pervenuta un'istanza di parte, o di un bando (47), qualora invece sia la stessa Amministrazione ad iniziare d'ufficio il procedimento, pubblicati nelle forme di cui all'art. 4 «ai sensi e agli effetti di cui all'articolo 18 del regolamento della navigazione marittima». L'inciso scelto sembra qualificare questa pubblicità come un «avviso *ad opponendum*», con il risultato che, almeno in astratto, si potrebbe ammettere che nel termine concesso pervengano, oltre a domande concorrenti, anche delle osservazioni sull'istanza presentata. Peraltro, desta perplessità la scelta di rinviare all'art. 18 del regolamento, che espresamente si riferisce alla presentazione di una domanda di parte, anche per la pubblicazione del bando, essendo in tal caso la procedura avviata su impulso della stessa AdSP.

Rispetto ai limiti palesati dall'art. 18 reg. nav. mar., il decreto introduce un nuovo sistema di pubblicità (48) che, prevedendo la pubblica-

---

(45) Allo stato attuale la pianificazione strategica nazionale del settore portuale è costituita dal Piano del mare, previsto dall'art. 12, comma terzo, del d.l. 11 novembre 2022 n. 173 e approvato dal Comitato interministeriale per le politiche del mare il 31 luglio 2023, che definisce gli indirizzi strategici per la valorizzazione delle vie del mare e lo sviluppo del sistema portuale e costituisce il riferimento per gli strumenti di pianificazione di settore, e dal già citato Piano strategico nazionale della portualità e della logistica del 2015.

(46) Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti entro venti giorni dal ricevimento della richiesta rilascia un parere attestante la coerenza delle istanze per il rilascio di concessioni di durata superiore ai quarant'anni con gli strumenti di pianificazione strategica di settore.

(47) Il bando e l'avviso contengono le stesse informazioni, come individuate dall'art. 2, terzo comma, del decreto. Nell'avviso, inoltre, l'Autorità di Sistema dovrà riportare l'avvenuta presentazione dell'istanza per il rilascio della concessione.

(48) I bandi e gli avvisi sono pubblicati sui siti internet dell'autorità concedente e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, nell'albo del Comune dove si trovano i beni demaniali e, qualora si tratti di concessioni ultradecennali, nella Gazzetta Ufficiale

zione anche a livello comunitario dei bandi e avvisi per l'affidamento delle concessioni di maggior durata, assicura un'effettiva conoscenza della procedura da parte delle imprese potenzialmente interessate.

La partecipazione alla procedura è consentita agli operatori che siano titolari dell'autorizzazione a prestare operazioni portuali all'interno dello scalo o, in alternativa, che abbiano contestualmente richiesto il rilascio del provvedimento autorizzativo <sup>(49)</sup>. L'impresa istante deve soddisfare i requisiti di capacità tecnica, professionale, organizzativa ed economico-finanziaria «attinenti e proporzionati all'oggetto della concessione», indicati nel bando o nell'avviso: si conferma così che per l'aspirante terminalista non è sufficiente possedere i soli requisiti per il rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 16, dovendo questi risultare adeguatamente qualificato per lo svolgimento dell'intero ciclo operativo e per la realizzazione degli impegni che s'assume col programma di attività.

Quanto alla qualificazione delle imprese concorrenti, degna di nota è la scelta del decreto ministeriale di rinviare a due disposizioni del Codice dei contratti pubblici allora vigente, che disciplinavano le cause di esclusione e i requisiti di partecipazione alle procedure di gara. Si tratta di un'impostazione che le Linee Guida, successive all'introduzione del d.lgs. 36/2023, hanno confermato, richiamando ai fini della verifica dei requisiti, per quanto compatibile, la corrispondente disciplina contenuta agli art. 94, 95 e 100 del nuovo Codice dei contratti.

Le concessioni di aree e banchine previste dall'art. 18 della l. n. 84/1994 costituiscono un'ipotesi di concessione in godimento di un bene pubblico per lo svolgimento delle attività portuali e non rientrano nella categoria delle concessioni di lavori o servizi come definita dal diritto comunitario e nazionale dei contratti pubblici <sup>(50)</sup>. Pertanto, è

---

dell'Unione europea. Le Autorità di Sistema hanno comunque facoltà, secondo il decreto, di adottare ulteriori forme di pubblicità.

<sup>(49)</sup> In dottrina si era osservato che avrebbe costituito un trattamento discriminatorio l'imposizione del preventivo conseguimento dell'autorizzazione ai fini della partecipazione alle procedure per l'affidamento in concessione degli spazi portuali. Cfr. D. MARESCA, *Libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, cit., 308.

<sup>(50)</sup> La Commissione europea ha riconosciuto l'estraneità delle concessioni portuali alla disciplina europea degli appalti e delle concessioni (in particolare alla dir. 2014/24/UE sulle concessioni) nella procedura di precontenzioso EU Pilot 7019/2014/MARK, all'esito della quale non rilevava alcuna violazione del diritto comunitario da parte dell'Autorità portuale di Trieste di rilascio di alcune concessioni demaniali, avvenuta secondo le dispo-

interessante osservare come il decreto attuativo e le Linee guida rinviino spesso alle disposizioni del Codice dei contratti: una simile scelta, infatti, se per un verso assicura il rispetto dei principi di concorrenza di derivazione europea, per l'altro, inevitabilmente, ha l'effetto di avvicinare le discipline delle due fattispecie<sup>(51)</sup>.

In tal senso, il rinvio alle disposizioni del Codice sui requisiti di partecipazione induce ad interrogarsi se, come accade per i contratti pubblici, l'aspirante terminalista li possa soddisfare attraverso il ricorso all'istituto dell'avvalimento, beneficiando del «prestito» da parte di un diverso operatore. Si tratta di un istituto pro-concorrenziale, che consente anche ad imprese sprovviste dei requisiti di partecipazione richiesti di accedere alle procedure di evidenza pubblica e di vedersi aggiudicato il contratto.

Sul punto è certamente significativo che il Codice dei contratti riconosca anche al concessionario di lavori e servizi la possibilità di ricorrere all'avvalimento per soddisfare le condizioni di partecipazione, purché dimostri che disporrà delle risorse necessarie per l'intera durata della concessione<sup>(52)</sup>. Di contro, il mancato rinvio all'art. 104 del Codice da parte del regolamento ministeriale non è determinante per escludere l'avvalimento per le concessioni portuali. Invero, la giurisprudenza sul presupposto che tale istituto costituisse un'espressione del principio di concorrenza, ne ha riconosciuto una generale applicabilità alle procedure ad evidenza pubblica, tra cui anche ai procedimenti per il rilascio delle concessioni demaniali marittime<sup>(53)</sup>.

---

sizioni del codice della navigazione.

<sup>(51)</sup> P. BRAMBILLA, *Problemi e prospettive nella disciplina delle concessioni portuali. Riflessioni a margine della sentenza del TAR Friuli, 5 luglio 2017, n.235*, in *Dir. mar.* 2017, 240, rispetto al vuoto normativo rappresentato dall'assenza di una disciplina attuativa dell'art. 18 aveva paventato il rischio che le AdSP si rifugiassero nella normativa del Codice dei contratti, con la «cannibalizzazione» da parte del Codice della normativa delle concessioni demaniali portuali.

<sup>(52)</sup> Cfr. art. 183, comma nono, d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36.

<sup>(53)</sup> Da ultimo si segnala TAR Campania Salerno del 7 dicembre 2023 n. 2882, che in relazione alla procedura di rilascio di una concessione demaniale marittima a finalità turistico ricreativa ha chiarito che, anche in assenza di qualsiasi rinvio della *lex specialis* al Codice dei contratti pubblici, l'impresa ricorrente avrebbe potuto impiegare l'avvalimento per qualificarsi e conseguentemente partecipare alla procedura ad evidenza pubblica. Sulla portata generale dell'istituto dell'avvalimento si veda C. giust. UE 10 ottobre 2013, causa C-94/12; C. St., sez. III, 13 ottobre 2014, n. 5057. In dottrina è stata ammessa la possibilità di ricorrere all'avvalimento per sopperire alla mancanza di esperienza pre-

Sulla scorta di queste considerazioni, dunque, sembra potersi ammettere la possibilità anche per l'aspirante operatore terminalista di soddisfare i requisiti di capacità richiesti nel bando o avviso attraverso l'avvalimento, a condizione che garantisca la disponibilità degli stessi per l'intera durata del rapporto concessorio. Spetterà poi all'Autorità concedente verificare tale circostanza attraverso un costante monitoraggio periodico.

Come rilevato anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva, il rinvio alle disposizioni del Codice dei contratti pone inoltre la questione dell'ammissibilità della partecipazione alla procedura delle imprese in forma associata. Il regolamento richiama l'art. 83, comma ottavo<sup>(54)</sup>, del vecchio d.lgs. 50/2016, che a sua volta menzionava alcune forme di partecipazione associata tra imprese: stante l'incerta portata di tale richiamo, il Consiglio di Stato nel suo parere aveva invitato il Ministero a chiarirlo.

Il rinvio nel decreto all'art. 83, ottavo comma, è rimasto invariato, sebbene oggi si debba intendere riferito, come evidenziato anche dalle Linee guida, al corrispondente articolo del nuovo Codice dei contratti, art. 100, che non disciplina in modo diretto la qualificazione degli operatori in forma associata, rinviando a un successivo regolamento. Tuttavia, nella prospettiva della massima apertura alla concorrenza si potrebbe ammettere la partecipazione delle imprese quantomeno sotto forma di raggruppamento temporaneo, facoltà peraltro riconosciuta già dallo stesso Consiglio di Stato in un'ormai risalente pronuncia<sup>(55)</sup>.

Quanto alla documentazione richiesta, l'impresa aspirante terminalista deve trasmettere un programma di attività finalizzato all'incremento dei traffici e della produttività del porto e alla valorizzazione dell'area

---

gressa nel settore delle operazioni portuali, cfr. F. MUNARI, S.M. CARBONE, *I porti italiani e l'Europa*, cit. 170.

<sup>(54)</sup> L'art. 83, ottavo comma, del d.lgs. 2016 n.50 prevedeva «Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti». Si trattava dei raggruppamenti temporanei tra imprese, dei consorzi ordinari tra imprese, delle imprese riunite nel contratto di rete e degli operatori riuniti nel contratto di gruppo di interesse economico europeo.

<sup>(55)</sup> Cfr. C. St. sez. VI, 10 gennaio 2011 n. 51, in *Dir. mar.* 2011, 915, che riconosceva la legittimità della scelta dell'autorità portuale di affidare in concessione tramite gara un compendio di grandi dimensioni stante la facoltà per gli operatori di piccole dimensioni di parteciparvi in raggruppamenti.

da affidare in concessione, un programma di investimenti, qualora li preveda, e un piano economico finanziario asseverato che attesti la capacità dell'operatore di realizzare le attività e gli investimenti descritti (56).

Nella valutazione delle domande concorrenti l'Autorità concedente limita la propria discrezionalità definendo, secondo i parametri indicati (57), i criteri da applicare per l'esame degli elementi tecnici ed economici delle offerte pervenute, con i relativi pesi e punteggi. I criteri individuati, come già previsto dalla delibera ART del 2018, devono valorizzare i piani d'investimento, i tempi di realizzazione degli interventi, gli obiettivi prefissati nel programma di attività e la capacità dell'operatore fornire un ciclo operativo completo e, nel rispetto del principio di pubblicità, saranno portati a conoscenza dei potenziali interessati contestualmente al bando e all'avviso che aprono la procedura comparativa.

All'esito della valutazione delle domande concorrenti l'Autorità concedente individua il concessionario, comunica tale risultato ai partecipanti alla procedura e ne dà pubblicità nelle stesse forme previste per i bandi e gli avvisi.

A questo punto, le Autorità di Sistema possono rilasciare il provvedimento concessorio o, in alternativa, avvalersi della facoltà di cui all'art. 18, sesto comma, della l. n. 84/1994 e stipulare con l'operatore scelto un accordo sostitutivo (58), fermo restando il rispetto dei principi

---

(56) Con riferimento alla documentazione trasmessa, ove vi fossero omissioni, irregolarità e inesattezze, stante il rinvio delle Linee guida ministeriali all'art. 101 del Codice dei contratti, l'autorità concedente è legittimata ad attivare il soccorso istruttorio, richiedendo all'operatore la correzione e l'integrazione dei documenti. Analogamente a quanto previsto per le procedure di affidamento dei contratti pubblici, deve escludersi la possibilità di modificare attraverso il soccorso il contenuto del programma di attività, del programma di investimenti e del piano economico finanziario, in quanto questi costituiscono l'oggetto della valutazione comparativa e, in caso contrario, si produrrebbe una lesione della *par condicio* tra gli aspiranti terminalisti.

(57) I criteri di riferimento sostanzialmente ripropongono i parametri di valutazione già contenuti nella circolare ministeriale del 5 febbraio 2018 n. 3087. Nelle Linee guida l'autorità concedente nella definizione dei criteri e dei punteggi è invitata a valorizzare il livello di innovazione tecnologica del progetto, il grado di sostenibilità ambientale e di efficienza energetica, il grado di partecipazione del capitale privato nella realizzazione di opere programmate e il miglioramento degli standard di salute e sicurezza previsti dalla normativa vigente.

(58) Le Linee guida ministeriali suggeriscono di ricorrere all'accordo sostitutivo qualora lo schema di concessione preveda una serie di diritti ed obblighi in capo alla parte pubblica e a quella privata, la cui disciplina può essere definita in modo più flessibile e

di trasparenza, imparzialità e non discriminazione. Per evitare che di fatto sia eluso il principio di concorrenza le Linee guida ministeriali escludono che le pattuizioni possano apportare delle modifiche sostanziali al rapporto concessorio rispetto alle informazioni contenute nei bandi e negli avvisi, portando così al rilascio di una concessione differente da quella oggetto della procedura competitiva.

Infine, il decreto ministeriale chiarisce che il rilascio della concessione portuale non pregiudica l'attività delle imprese già autorizzate a prestare operazioni portuali nello scalo, alle quali l'autorità concedente in sede di pianificazione deve riservare congrui spazi di banchina «pubblica» secondo le caratteristiche del porto. Qualora tutte le aree portuali risultassero assentite in concessione, tale riserva è comunque assicurata mediante l'inserimento di apposite clausole all'interno degli atti di concessione che impongano al nuovo terminalista di permettere, se necessario, alle imprese autorizzate di operare su adeguati spazi operativi all'interno del terminal.

Una simile previsione non può certamente giustificare l'applicazione in capo all'impresa concessionaria di limitazioni sproporzionate o che possano pregiudicare il regolare ed efficiente svolgimento del ciclo operativo <sup>(59)</sup>. Pertanto, nell'inserire le clausole nell'atto concessorio l'Autorità è chiamata ad un'attenta ponderazione tra gli interessi delle imprese autorizzate a disporre di spazi operativi per prestare le operazioni da un lato, e dall'altro la posizione del terminalista, interessato a poter disporre liberamente dell'area in concessione per organizzare la propria attività operativa prevista nell'atto di concessione, per il cui rilascio si è impegnato a sostenere importanti investimenti.

6. *Considerazioni conclusive* – Il quadro normativo delle concessioni portuali dopo quasi tre decenni d'attesa oggi è finalmente completo, con una disciplina che definisce in modo puntuale l'ammontare del canone, le modifiche ammesse alla concessione durante il rapporto concessorio, i controlli in capo all'autorità concedente e, soprattutto, la procedura selettiva per la scelta dell'operatore terminalista.

Il procedimento così delineato deve complessivamente valutarsi

---

articolato con lo strumento contrattuale.

<sup>(59)</sup> Cfr. S. M. CARBONE - F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., 244.

positivamente, giacché supera le precedenti questioni rilevate rispetto all'applicazione dei principi comunitari di pubblicità, imparzialità e non discriminazione<sup>(60)</sup>. Innanzitutto, è finalmente previsto un sistema di pubblicazioni a livello nazionale ed europeo adeguato e idoneo ad assicurare la conoscibilità dell'avvio della procedura ai potenziali interessati, sistema che peraltro gli enti portuali potranno, ove ritenuto opportuno, ulteriormente implementare.

In secondo luogo, si prescrive che l'uso più proficuo del bene maggiormente rispondente all'interesse pubblico di cui all'art. 37 c. nav. sia declinato dall'autorità concedente rispetto alla singola procedura comparativa attraverso la definizione di criteri obiettivi di valutazione delle domande concorrenti, con i relativi punteggi e ponderazioni, da pubblicarsi contestualmente all'avviso e al bando. A differenza del codice della navigazione, che con riferimento all'interesse pubblico privilegia il profilo tecnico dell'offerta, i criteri generali indicati dal regolamento valorizzano tanto l'elemento economico<sup>(61)</sup> quanto l'elemento tecnico relativi alla proposta progettuale presentata dall'operatore portuale. La disciplina ministeriale si conforma così al Codice dei contratti pubblici, ferma restando la possibilità per l'autorità concedente di ponderare i due elementi, tecnico ed economico, in sede di definizione dei pesi e dei punteggi.

Rispetto alla scelta del Ministero di allineare, in parte, la disciplina delle concessioni portuali al Codice dei contratti pubblici si può osservare che se da un lato tale soluzione è certamente garanzia di legalità, dall'altro l'eccessivo ricorso alle disposizioni codicistiche rischia di appesantire inutilmente il procedimento per il rilascio del provvedimento concessorio e non risponde alle indicazioni della giurisprudenza europea, che si limita a richiedere solamente l'osservanza dei principi di trasparenza, imparzialità e concorrenza.

Appare pertanto auspicabile che l'estensione del Codice dei contrat-

---

<sup>(60)</sup> L'importanza dell'intervento normativo in un'ottica pro-concorrenziale è stata felicemente riassunta dal Consiglio di Stato nel parere del 31 ottobre 2022, dove osserva che «la chiara individuazione delle regole che disciplinano l'iter delle procedure ad evidenza pubblica, avviate d'ufficio o su istanza di parte, per il rilascio di tale tipologia di concessioni, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento [...] è già di per se stessa una forma di semplificazione amministrativa che può facilitare l'ingresso di nuovi operatori nel mercato, con conseguenti effetti positivi sulla concorrenza».

<sup>(61)</sup> Si pensi, per esempio, all'art. 2, comma quarto, lett. h, del decreto ministeriale, che prende in considerazione la variazione in aumento del canone offerto.

ti pubblici alle concessioni portuali sia limitata alle sole disposizioni richiamate dal decreto ministeriale, continuando ad applicare invece, per quanto non previsto dal regolamento, il codice della navigazione <sup>(62)</sup>.

L'aspetto più importante, infine, è costituito dalla disciplina che il decreto detta per l'avvio su istanza di parte della procedura di affidamento. Nel confermare il superamento del parere del 2016, il regolamento ministeriale esalta la funzione programmatrice e pianificatoria delle Autorità di Sistema, le quali attraverso le proprie scelte in sede di definizione del piano regolatore portuale possono indirizzare e guidare i progetti imprenditoriali degli aspiranti terminalisti.

La rispondenza alle indicazioni dei piani dello scalo e di settore avviene, infatti, condizione essenziale affinché l'iniziativa per il rilascio della concessione possa sfociare in una procedura competitiva. Se ne deduce che l'attività di pianificazione costituisce il primo momento in cui l'ente gestore del porto può operare una selezione delle iniziative imprenditoriali più meritevoli, sulla base delle quali avvierà poi il confronto competitivo con le eventuali offerte concorrenti.

Le Autorità di Sistema portuale nell'esercizio delle loro funzioni pianificatorie saranno quindi tenute a definire rispetto ai singoli ambiti dello scalo la tipologia di operazioni e di traffici ai quali prevedono di destinare tali aree <sup>(63)</sup>, riservando ove possibile degli spazi di banchina «libera» per le imprese autorizzate. Una corretta e puntuale pianificazione creerà una sorta di cornice programmatica, nella quale poi si innesteranno i progetti imprenditoriali degli aspiranti terminalisti, che

---

<sup>(62)</sup> Lo stesso regolamento ministeriale all'art. 10, quarto comma, dispone che si applichino, per quanto non previsto dal decreto «le disposizioni di cui agli articoli da 36 a 49 e 54 del Codice della navigazione, nonché le disposizioni di cui agli articoli da 5 a 35 del regolamento della navigazione marittima».

<sup>(63)</sup> F. DE BARI, *L'istanza del privato nella concessione portuale: criticità concorrenziali e scelte di pianificazione portuale*, cit., utilizza l'espressione «zonizzazione funzionale» per indicare la definizione in sede di pianificazione delle funzioni caratterizzanti le singole aree del porto, denominate ambiti, attraverso scelte strategiche che individuano con maggior dettaglio la funzione del porto (industriale, hub, passeggeri), gli investimenti per le opere di grande infrastrutturazione e le connessioni logistiche, nonché gli spazi da lasciare pubblici per le imprese autorizzate. In senso conforme A. BERGAMINO, *Il modello procedimentale ad istanza di parte previsto ex lege per l'assentimento a privati di concessioni del demanio portuale e la sua compatibilità coi principi di trasparenza, imparzialità e non discriminazione di derivazione europea*, cit., che ritiene preferibile che, una volta compiute le scelte programmatiche, siano i privati a presentare proposte progettuali, che dovranno assicurare la proficua realizzazione degli obiettivi fissati negli atti di pianificazione per le singole aree portuali.

saranno oggetto di una valutazione obiettiva e imparziale fondata sui criteri scelti e resi pubblici.

Peraltro, come rilevato anche dal Consiglio di Stato nel proprio parere sul regolamento <sup>(64)</sup>, la pianificazione verrà necessariamente in rilievo anche nella successiva fase della valutazione comparativa delle domande, concorrendo così, sotto forma di criterio di selezione, nella scelta dell'operatore terminalista.

---

<sup>(64)</sup> Il Consiglio di Stato nel parere del 31 ottobre 2022 ha invitato il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a chiarire che, una volta avviata la procedura comparativa, la coerenza con la pianificazione nazionale e dello scalo costituisce un parametro di selezione e, pertanto, oggetto di attribuzione di un punteggio.