

AS1868 - CRITERI DI GESTIONE DELL’AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DELLE ACQUE MINERALI E DI DETERMINAZIONE DEI CANONI CONCESSORI

Roma, 29 novembre 2022

Presidente del Consiglio dei Ministri
Ministero dell’Ambiente e della Sicurezza Energetica
Ministero delle Imprese e del Made in Italy
Ministero dell’Economia e delle Finanze
Presidenti delle Regioni e Province Autonome
Conferenza Stato-Regioni

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell’ambito dei compiti ad essa assegnati dall’articolo 22 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, intende formulare le seguenti osservazioni di carattere generale in merito agli attuali criteri che regolano la gestione dell’affidamento in concessione delle acque minerali.

IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Il riparto costituzionale delle competenze

Il bene giuridico “acque minerali” è oggetto di una disciplina settoriale complessa, inserita all’interno di un sistema di fonti articolato tra diversi livelli di governo. Attualmente, nell’ordinamento interno, il bene appartiene al patrimonio minerale indisponibile delle singole Regioni e il riparto delle competenze legislative in materia dipende dalla distinzione tra “uso/fruizione”, da una parte, e “tutela ambientale” o conservazione del bene stesso, dall’altra.

In particolare, a seguito della revisione del Titolo V, Parte Seconda, della Carta Costituzionale avvenuta nel 2001, la disciplina dell’“uso/fruizione” del bene, nell’ambito della quale rientrano anche le modalità di definizione dei canoni concessori, è stata inserita nell’alveo delle competenze legislative *de residuo* (esclusive) delle Regioni, ex articolo 117, comma 4, Cost. Il tema della “tutela” del bene, al contrario, contempla necessariamente l’intervento statale, nella misura in cui su questa materia insistono interessi pubblici di rango superiore che necessitano di una tutela unitaria. Si tratta, in particolare, delle cosiddette materie trasversali - come la tutela dell’ambiente e della concorrenza, di competenza esclusiva statale ex articolo 117, comma 2, lett. e) e s) Cost., ovvero concorrenti ex articolo 117, comma 3, Cost., come la tutela della salute e l’alimentazione.

Dell’esercizio di tale competenza da parte dello Stato dà conferma l’articolo 97 del D.lgs. 152/2006, recante “*Norme in materia ambientale*”, secondo il quale: «*Le concessioni di utilizzazione delle acque minerali naturali e delle acque di sorgente sono rilasciate tenuto conto delle esigenze di approvvigionamento e distribuzione delle acque potabili e delle previsioni del Piano di tutela di cui all’articolo 121*». La competenza dello Stato è rinvenibile, altresì, nella disposizione di cui all’articolo 96, comma 8, del medesimo Decreto, con la quale viene sancito il principio generale della temporaneità di tutte le concessioni di derivazione delle acque, la cui durata, salvo casi specificamente individuati, è, al massimo, di trenta anni. In questo caso l’interesse pubblico sotteso, giustificativo dell’intervento normativo dello Stato, è rappresentato non solo dalla tutela dell’ambiente, ma anche dalla tutela della concorrenza.

La disciplina in materia di acque minerali e naturali

La norma primaria di riferimento in materia è rappresentata, tuttora, dal R.D. 29 luglio 1927, n. 1443 “*Norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere [nel Regno]*”, che include la *species* delle acque minerali nel più vasto *genus* delle miniere, stabilendo i principi in materia, come la sottoposizione della ricerca e della coltivazione delle miniere al rilascio, da parte dell’autorità competente, di un titolo abilitativo in capo al ricercatore e al concessionario, al quale è imputato un diritto di superficie proporzionale all’area concessa¹. Con riferimento a tale normativa l’analogia tra il settore delle miniere e quello delle acque minerali risulta priva di giustificazione: le differenze tra i due ambiti sono infatti particolarmente evidenti, prima fra tutte la circostanza che le miniere, per loro natura, sono destinate ad esaurimento, mentre le sorgenti di acque minerali (*rectius* i giacimenti) si rinnovano continuamente per effetto delle precipitazioni piovose e dello scioglimento di ghiacciai e nevai.

¹ [Ai sensi dell’art. 14 del R.D. n. 1445/1927, «le miniere possono essere coltivate soltanto da chi ne abbia avuto la concessione».]

Contengono, altresì, disposizioni in materia di acque minerali il già citato D.lgs. 152/2006, recante "Norme in materia ambientale"², e il D.lgs. 176/2011 "Attuazione della direttiva 2009/54/CE, sull'utilizzazione e la commercializzazione delle acque minerali naturali"³.

Inoltre, come si è visto *supra*, la materia delle acque minerali e naturali, per quanto concerne la disciplina dell'uso/fruizione del bene, rientra nelle competenze esclusive regionali, ai sensi dell'articolo 117, comma 4, della Costituzione. Pertanto, quasi tutte le Regioni (con l'eccezione di Sardegna, Molise e Friuli Venezia Giulia), alle quali lo Stato nel 1970 ha trasferito la proprietà del bene, dispongono di una legge regionale che disciplina i vari aspetti delle concessioni, tra i quali le modalità di affidamento e di definizione del canone.

La disciplina in materia di affidamento delle concessioni

Le modalità di scelta del concessionario per lo sfruttamento economico di un bene pubblico, come le acque minerali, rappresenta un aspetto di particolare rilievo, soprattutto con riferimento all'alternativa tra l'affidamento diretto e quello tramite una procedura competitiva ad evidenza pubblica. È noto, infatti, come l'impianto normativo comunitario e, conseguentemente, quello nazionale siano oramai decisamente improntati ad affermare, in ossequio ai principi del mercato comune di cui al Trattato UE⁴, la necessità del ricorso alle procedure ad evidenza pubblica quale regola per la prestazione di servizi nel mercato interno⁵, nonché per l'approvvigionamento di beni, servizi e lavori e per l'affidamento di concessioni di servizi e lavori pubblici da parte delle Amministrazioni⁶. Per ciò che concerne la concessione per l'estrazione e lo sfruttamento delle acque minerali non si rinviene una norma, comunitaria o nazionale, che disponga, in maniera espressa, l'obbligo del ricorso a procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione del concessionario da parte dell'Amministrazione.

Tuttavia, alla luce dei principi comunitari sul mercato comune sopra richiamati, l'Autorità, nell'esercizio della propria attività di *advocacy*, con riferimento alle concessioni demaniali idriche per l'imbottigliamento di acque minerali, ha già evidenziato come la scelta del concessionario debba comunque avvenire tramite procedure ad evidenza pubblica, tali da garantire trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, non discriminazione, pubblicità, proporzionalità, economicità ed efficacia⁷.

Anche secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'affidamento di concessioni amministrative aventi ad oggetto l'uso di beni pubblici (siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni) è assoggettato al generale obbligo delle Amministrazioni di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini dell'individuazione del soggetto contraente, che siano trasparenti, non discriminatorie e tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti⁸.

Sulla materia si è espressa, più volte, anche la Corte Costituzionale, affermando che "l'attività di sfruttamento delle acque minerali [...] ricade nel campo applicativo della direttiva 2006/123/CE, attuata con il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 [...] Al fine di garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura del mercato a una concorrenza non falsata e più ampia possibile negli Stati membri, l'articolo 12 della direttiva da ultimo richiamata prevede l'obbligo per gli stessi di adottare «una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e

² [Il Decreto pur ribadendo che le acque termali e minerali sono disciplinate da norme specifiche, nel rispetto del riparto delle competenze costituzionalmente determinato (art. 144, comma 5), stabilisce che le concessioni di utilizzazione delle acque minerali naturali e delle acque di sorgente sono rilasciate tenuto conto delle esigenze di approvvigionamento e distribuzione delle acque potabili e delle previsioni del Piano di tutela delle acque disposto dall'Autorità di bacino (art. 97, comma 1).]

³ [Cfr. Decreto legislativo 8 ottobre 2011, n. 176. Il Decreto definisce, tra l'altro, il procedimento amministrativo per la richiesta del riconoscimento della mineralità, le modalità di rilascio dell'autorizzazione alla utilizzazione, le operazioni fisiche e chimiche consentite sulle acque, le caratteristiche microbiologiche richieste, la denominazione delle acque, le modalità di utilizzo.]

⁴ [Tra questi, oltre alla libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, anche i principi di par condicio, imparzialità e trasparenza.]

⁵ [Direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, cd. Direttiva Bolkestein, e D.lgs. n. 59 del 26 marzo 2010, Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno.]

⁶ [Direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 2014/24/UE, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; Direttiva 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE; D.lgs. n. 50/2016, Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, cd. Codice dei contratti pubblici.]

⁷ [Cfr. AS1661, Regione Umbria - Concessione Mineraria alla ditta di acque minerali Rocchetta, in Boll. 21/20, AS1063 e Regione Campania - modalità di rilascio delle concessioni di sfruttamento di giacimenti di acque minerali, in Boll. n. 27/2013. Cfr., *inter alia*, AS1151, Provincia autonoma di Trento - Affidamento di concessioni per grandi derivazioni di acqua pubblica ad uso idroelettrico, AS1116, Regione Liguria - Organizzazione dei servizi di trasporto pubblico in ambito regionale e locale, AS1114, Regime concessorio presente nel porto di Livorno, AS135, Proroghe delle concessioni autostradali e AS152, Misure di revisione e costituzione di concessioni amministrative.]

⁸ [Cfr., *ex multis*, con specifico riferimento alle concessioni di acque minerali: Consiglio di Stato 15 marzo 2019 n. 1704 (concessione di acqua minerale), TAR Umbria del 21 novembre 2017 n. 50 (concessione di acqua minerale) Consiglio di Stato 13 febbraio 2013 n. 873 (concessione di acque termali); con riferimento alle concessioni di altri beni demaniali: Consiglio di Stato 17 maggio 2011, n. 3250; Consiglio di Stato, sez. VI, 22 marzo 2011, n. 1747; Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2013, n. 873; Consiglio di Stato 25 settembre 2009 n. 5765. Cfr. altresì delibera ANAC n. 219 del 2 marzo 2016; delibera ANAC 25 del 17 gennaio 2019 e Parere ANAC sulla normativa del 15 febbraio 2013.]

di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento»⁹.

LE CONCRETE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DA PARTE DELLE REGIONI

Dalle indagini condotte dall'Autorità con riferimento alle previsioni normative regionali e alla prassi concretamente utilizzate dalle singole amministrazioni regionali relativamente alle modalità di affidamento delle concessioni, è emerso un panorama estremamente disomogeneo sia con riferimento al ricorso o meno a procedure ad evidenza pubblica che ai criteri di aggiudicazione o selezione utilizzati, oltre che in relazione alla durata delle assegnazioni.

In particolare, soltanto in 7 regioni (Abruzzo, Campania, Calabria, Sicilia, Toscana, Umbria e Veneto¹⁰), oltre che nella Provincia Autonoma di Trento, la normativa regionale prevede esplicitamente la necessità del ricorso a procedure di evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni e, con la sola eccezione della Toscana, anche per l'eventuale rinnovo. Anche nell'ambito di tali regioni, peraltro, si riscontra una marcata variabilità in relazione alla specifica tipologia di procedura prevista, alle condizioni per la sua attivazione e ai criteri di aggiudicazione. Come si è visto, peraltro, tre Regioni (Sardegna, Molise e Friuli Venezia Giulia) non hanno addirittura una normativa regionale di riferimento.

In assenza di disposizioni normative al riguardo, alcune Regioni (tra queste, il Friuli Venezia Giulia, la Liguria, la Puglia e il Lazio¹¹) hanno comunque utilizzato, nella prassi concretamente seguita negli ultimi anni, procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni.

Le procedure ad evidenza pubblica concretamente adottate consistono, in alcuni casi, in vere e proprie procedure di gara (ad es. Abruzzo e Campania) e, in altri casi, in procedure "ristrette" (Puglia) o caratterizzate da una mera valutazione comparativa delle domande, preceduta da una qualche forma di avviso pubblico per la presentazione delle stesse (ad es. Friuli Venezia Giulia e Veneto).

Tuttavia, in ben 8 regioni (Basilicata, Emilia Romagna, Lombardia, Marche, Molise, Piemonte, Sardegna e Valle D'Aosta) e nella Provincia Autonoma di Bolzano, il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica nell'assegnazione delle concessioni non è ancora né previsto dalla normativa regionale, né comunque adottato nella concreta prassi applicativa.

Infine, vale evidenziare come anche la durata massima prevista delle concessioni, generalmente fissata in 30 anni, sia stata in alcuni casi ridotta a 25 o 20 anni (rispettivamente, Umbria e Piemonte), mentre in due regioni si riscontrano addirittura alcuni casi di vigenza di concessioni perpetue (Lombardia e Valle d'Aosta).

LE PROBLEMATICHE CONCORRENZIALI

Nel contesto descritto, l'Autorità ritiene che la totale assenza di criteri comuni che guidino le scelte regionali in materia di modalità dell'affidamento delle concessioni, con particolare riferimento all'insufficiente e disomogeneo utilizzo delle procedure ad evidenza pubblica, possa determinare un *vulnus* di efficienza nel sistema, in grado di ripercuotersi sulle dinamiche concorrenziali tra i diversi produttori/imbottiglieri.

In particolare, la perdurante opacità dei meccanismi di assegnazione delle concessioni, sia nella fase di primo affidamento che di rinnovo delle stesse, indebolisce - quando non elimina del tutto - la dinamica concorrenziale che dovrebbe caratterizzare la fase a monte della competizione "per il mercato", riducendo la contendibilità dell'accesso alle fonti di approvvigionamento da parte dei diversi produttori.

Inoltre, un corretto utilizzo delle procedure ad evidenza pubblica consentirebbe di basare il confronto competitivo anche sull'importo del canone che i partecipanti sono disposti a versare per ottenere le concessioni stesse, parametrando automaticamente l'importo del canone al loro effettivo "valore", rappresentato dalla potenzialità di generare reddito.

Ciò consentirebbe di realizzare anche una migliore valorizzazione del patrimonio pubblico indisponibile, traducendosi, con ogni probabilità, in un incremento dell'incidenza complessiva dei canoni sui costi di produzione complessivi e sui

⁹ [Cfr. sentenza C. Cost. n. 233 del 21 ottobre 2020, che si colloca in scia alle sentenze nn. 1/2010, 235/2011, 114/2012 e 28/2013 e 117/2015, nelle quali la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, con riferimento ai parametri dell'art. 117, primo e secondo comma, lett. e) della Cost., di normative regionali che prevedevano una proroga automatica delle concessioni per lo sfruttamento di acque minerali in essere in quanto "in contrasto con la direttiva 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE, c.d. "Direttiva Bolkestein", attuata con decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, volta a favorire l'ingresso nel mercato di altri operatori economici, eliminando le barriere che alterano la concorrenza tra imprenditori, e la cui efficacia non può venire paralizzata neppure transitoriamente, se non per il periodo strettamente necessario ai fini della definizione della gara pubblica".]

¹⁰ [In due di tali regioni, Umbria e Campania, l'adeguamento normativo è stato effettuato a seguito di specifiche segnalazioni ricevute dall'Autorità (cfr. AS1661, Regione Umbria - Concessione Mineraria alla ditta di acque minerali Rocchetta, in Boll. 21/20, AS1063 e Regione Campania - modalità di rilascio delle concessioni di sfruttamento di giacimenti di acque minerali, in Boll. n. 27/2013).]

¹¹ [Tale ultima Regione, in particolare, nelle more di una revisione normativa, ha richiesto uno specifico parere all'Avvocatura regionale, sulla base del quale ha deciso di utilizzare procedure ad evidenza pubblica per aggiudicare, negli ultimi 5 anni, sia le nuove concessioni che i rinnovi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.]

fatturati delle società di imbottigliamento, in linea con gli obiettivi che le stesse Amministrazioni concedenti si sono prefisse e hanno condiviso con la sottoscrizione del proprio documento di indirizzo, approvato nel 2006¹².

LE PROPOSTE DELL'AUTORITÀ

Nel contesto descritto, e con il precipuo intento di ridurre o, quanto meno, attenuare le problematiche concorrenziali sopra esposte, l'Autorità ritiene opportuno un intervento del legislatore nazionale, nell'esercizio della propria potestà legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza e dell'ambiente, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lett. e) e s), della Costituzione. Tale intervento dovrebbe consistere, ad avviso dell'Autorità, in un atto legislativo nazionale che superi il R.D. 1443/1927 e che sia volto a dotare le Regioni italiane, pur nel rispetto della loro autonomia in materia, di criteri coerenti e uniformi – oltre che improntati a principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento – in materia di modalità di affidamento e/o rinnovo delle concessioni.

In particolare, l'Autorità evidenzia come, conformemente alla giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale, nonché ai propri precedenti in materia, sopra sinteticamente richiamati, l'affidamento delle concessioni di beni pubblici – quali sono le acque minerali – debba avvenire nel rispetto dei fondamentali principi di diritto comunitario rinvenibili direttamente nel Trattato UE (libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, nonché di *par condicio*, imparzialità e trasparenza). Si ritiene, infatti, che solo l'utilizzo di procedure ad evidenza pubblica per la selezione del concessionario, sia in fase di primo affidamento che in fase di rinnovo della concessione, possa garantire, pur in presenza della necessaria esclusività della concessione, quanto meno un confronto concorrenziale periodico per l'affidamento¹³.

In questo senso, il legislatore nazionale dovrebbe prevedere che, ai fini dell'affidamento/rinnovo delle concessioni, sia necessario il ricorso a procedure ad evidenza pubblica, in grado di assicurare trasparenza, assenza di discriminazione e parità di trattamento a tutti gli operatori potenzialmente interessati.

Il ricorso a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento e il rinnovo delle concessioni consentirebbe, altresì, alle amministrazioni locali di realizzare una più adeguata valorizzazione dei beni pubblici affidati in gestione.

L'Autorità auspica che le osservazioni sopra svolte possano essere tenute in considerazione da parte degli Enti destinatari.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità ai sensi dell'articolo 26 della legge n. 287/1990.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

¹² [Cfr il "Documento di indirizzo delle Regioni italiane in materia di acque minerali naturali e di sorgente", approvato nel 2006, disponibile sul sito: <http://www.regioni.it/conferenze/2005/11/17/doc-approvato-acque-minerali-documento-di-indirizzo-105332/>.]

¹³ [Così anche nella segnalazione AS988, "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza – anno 2013", del 28 settembre 2012, in Boll. n. 38/12.]