



Decreto Dirigenziale n. 17 del 15/07/2013

A.G.C. 15 - Lavori Pubblici, Opere Pubbliche, Attuazione, Espropriazione

Settore: 12 - Ricerca e Valorizzazione di Cave, Torbiere, Acque Minerali e Termali

Oggetto:

L.R. n° 8/2008 s.m.i. Istanza di rilascio della concessione per lo sfruttamento di giacimento di acque termali da denominarsi "Pegea" in comune di Napoli. RIGETTO.

IL DIRIGENTE

PREMESSO:

- a. che decreto dirigenziale n. 65 del 04/12/2007 fu rilasciato il permesso di ricerca di acque termominerali da denominarsi "Pegea", di estensione pari a ettari 00.20.40 circa nel territorio del comune di Napoli, in favore di "società Enne Hotels s.r.l." – C.F. *05689421211* (di seguito: società) con sede in Napoli alla Via Orazio, 29 fino alla data del 03/12/2009;
- b. che con istanza del 07/07/2011, acquisita dal Settore Ricerca e Valorizzazione di Cave, Torbiere, Acque Minerali e Termali (di seguito: Settore) al protocollo n. 0566898 del 19/07/2011, e successiva integrazione del 04/08/2011 prot. 0619998 del 09/08/2011, la società ha chiesto il rilascio della concessione da denominarsi "Pegea", allegando parte della prescritta documentazione.

PRESO ATTO:

- a. che la Regione Campania, con l'articolo 2 della legge n. 11 del 25 ottobre 2010, disponeva:
«Le norme relative al rinnovo delle concessioni previste dalla legge regionale 29 luglio 2008, n.8 (Disciplina della ricerca ed utilizzazione delle acque minerali e termali, delle risorse geotermiche e delle acque di sorgente), e nel successivo regolamento attuativo n.10/2010 emanato con decreto del Presidente della Giunta regionale 9 aprile 2010, n.95 (Disciplina della ricerca ed utilizzazione delle acque minerali e termali, delle ricerche geotermiche e delle acque di sorgente), si interpretano nel senso che, alle stesse, non si applicano le disposizioni del decreto legislativo 26 marzo 2010, n.59 (Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno), in quanto afferenti ad attività sanitarie sottratte alla disciplina comunitaria sui Servizi ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera b), del medesimo decreto legislativo»;
- b. che la Corte Costituzionale, con sentenza n. 235/2011, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del richiamato articolo 2 argomentando, tra l'altro:
«... L'art. 2 della legge censurata, nel disporre che le concessioni demaniali idriche sono «afferenti alle attività sanitarie», sottrae le relative attività all'applicabilità delle disposizioni del decreto legislativo n. 59 del 2010. L'art. 7 di tale decreto, richiamato dalla norma impugnata, prevede, infatti, che le attività sanitarie siano sottratte all'applicabilità della direttiva 2006/123/CE, ma nulla stabilisce in materia di esclusione del demanio idrico. La disposizione censurata, pertanto, incide sulla disciplina relativa ai servizi nel mercato interno, che rientra nella competenza legislativa statale, in quanto è diretta a tutelare la concorrenza (art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.), assicurando il corretto e uniforme funzionamento del mercato. ...»;
- c. che, prendendo atto della sentenza testé citata, la Giunta regionale della Campania ha assunto la deliberazione n. 671 del 06/12/2011 (sul BURC n° 7 del 30/01/2012), con la quale ha stabilito le modalità e le condizioni alle quali questo Settore deve attenersi ai fini del rilascio ovvero del rinnovo delle concessioni idrotermominerali, nel rispetto della normativa vigente a tutela della concorrenza e dell'ambiente;
- d. che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha espresso il [*Parere, ai sensi dell'art. 22 della legge n° 287/90, in merito alle problematiche riguardanti la concorrenza derivanti dalla normativa della Regione Campania sulle modalità di rilascio delle concessioni di sfruttamento di giacimenti di acque minerali* (parere S1827 – prot. 33909 del 24/06/2013 che si allega alla presente quale parte integrante e sostanziale) con cui prendendo spunto dalla disposizione regionale di cui all'art. 1, co. 113, L.R. n°5/2013], ha, tra l'altro affermato:
«Nell'ottica di soddisfare la fondamentale esigenza di tutela dei principi di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese, l'Autorità ritiene che la predisposizione di un sistema di gare ispirate ai criteri di trasparenza consentirebbe di affidare le concessioni demaniali idriche ai soggetti che offrono le migliori garanzie al prezzo più conveniente».
- e. che dalla più recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale (TAR – Puglia – Lecce - Sez. I, sent. n. 721/2012 Reg. Prov. Coll. e correlato Consiglio di Stato – Sez. V, sent. n. 873 del 13/02/2013 - sentenza Corte Costituzionale n. 114/2012) discende chiaramente l'obbligo di assegnare le concessioni per lo sfruttamento di risorse termo-minerali esclusivamente a mezzo gara ad evidenza pubblica.

CONSIDERATO:

- a. che il Settore ha interpellato la competente Avvocatura Regionale, in ordine agli effetti della citata sentenza n. 235/2011 nell'applicazione della legge regionale 8/2008 e ss.mm.ii.;
- b. che l'Avvocatura Regionale ha espresso il proprio parere PP-151-15-12/2011 prot. 698221 del 15/9/2011 (già trasmesso alla società unitamente alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di rinnovo), al quale si rimanda quale parte integrante e sostanziale del presente provvedimento;
- c. che l'Avvocatura Regionale ha ravvisato, tra l'altro, che:
 - c.1. *« ... L'art. 16 del D. Lgs. in parola [NdR: D.Lgs.59/2010] specificamente dispone che: "1. Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi ...4. Nei casi di cui al co. 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo"...*»;
 - c.2. *« ... Tale sentenza [NdR: sentenza della Corte Costituzionale n. 235/2011] ha chiarito che le concessioni demaniali idriche (rectius minerarie) non rientrano fra le ipotesi escluse dal legislatore statale dall'ambito di operatività del D. Lgs. 59/2010. Nel caso di specie, pertanto, nelle more dell'auspicabile intervento di adeguamento del legislatore regionale, l'operato dell'Amministrazione competente dovrebbe essere improntato al rispetto delle fonti comunitarie e di derivazione comunitaria vincolanti, sia privilegiando l'interpretazione e l'applicazione della normativa regionale in guisa tale da assicurare comunque il rispetto dei superiori principi vincolanti del Trattato Ce, nonché delle disposizioni statali di recepimento della normativa comunitaria in materia di concorrenza nell'accesso e nell'esercizio di servizi nel mercato interno, sia disapplicando quelle norme regionali (fra cui i co. 13 e 14 dell' art. 4, L.R. 8/08) che appaiono in aperto contrasto con la suddetta disciplina di derivazione comunitaria...»;*
- d. che anche la Giunta Regionale, con la deliberazione n. 671 del 6/12/2011 (B.U.R.C. n° 7 del 30/01/2012) ha, tra l'altro:
 - d.1 considerato che *«per procedere al rilascio delle concessioni disciplinate dalla legge regionale 8/2008 s.m.i., devono applicarsi le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 59/2010 e ss.mm.ii., sulla scorta del piano di settore di cui agli articoli 38 e seguenti della legge regionale 8/2008 e ss.mm.ii., essendo ad esso demandata l'individuazione delle aree aventi potenzialità di coltivazione nonché le forme di tutela e utilizzazione delle risorse e la delimitazione delle aree in cui è vietata la ricerca e lo sfruttamento delle risorse stesse»*. Affermando ciò, la Giunta regionale, nell'incontestabile esercizio del proprio potere pianificatorio in materia di acque minerali e termali, ha tra l'altro, manifestato la volontà di disporre gli affidamenti in concessione di tali risorse, comprese quelle relative a concessioni già cessate (che appartengono tutte al proprio patrimonio indisponibile), con procedura di gara ad evidenza pubblica, e solo dopo l'approvazione del piano di settore di cui agli articoli 38 e ss., L.R. n°8/2008 e ss.mm.ii.;
 - d.2 preso atto che *«il competente Settore non può, allo stato attuale, dare seguito alle istanze di rilascio o di rinnovo delle concessioni disciplinate dalla legge regionale 8/2008 e ss.mm.ii. e delle concessioni di risorse geotermiche di cui al decreto legislativo 22/2010 e ss.mm.ii., né può dare avvio alle procedure di assegnazione di concessioni precedentemente cessate ...»;*
- e. che deve, pertanto, ritenersi necessario l'espletamento di procedure di gara ad evidenza pubblica ai fini del rilascio delle concessioni, tra cui quella in parola.

CONSIDERATO, ALTRESI', che con nota prot. 0609334 del 08/08/2012 il Settore ha conseguentemente provveduto, ai sensi dell'art.29 della L.R.1/2008 e dell'art.10-bis della L.241/1990 e ss.mm.ii., a comunicare alla società i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

RILEVATO:

- a. che la società ha esposto, con nota assunta al prot. 0676511 del 14/09/2012, le motivazioni per le quali ritiene non debba procedersi al rigetto dell'istanza in oggetto;
- b. che, all'esito delle attività istruttorie, tali motivazioni sono risultate non accoglibili, per le ragioni che si procede ad esporre.

La società ha, infatti, sostenuto che la sentenza C. Cost. n°235/2011 non avrebbe conseguenze ai fini del rilascio della concessione di interesse, trattandosi di prestazioni sanitarie per le quali esiste una specifica disciplina normativa, alla luce anche dell'art. 7 del D.Lgs. 59/2010 che non giustificerebbe quanto invece affermato dall'Avvocatura Regionale con il richiamato parere. Le argomentazioni addotte non sono condivisibili;

come si può agevolmente comprendere se si pone attenzione ai distinti profili di interesse per le acque termali. Se, infatti da una parte, l'utilizzo di tali acque può avvenire al fine di erogare prestazioni sanitarie, non necessariamente assistite dal S.S.N., tutt'altro è il regime concessorio (di concessione mineraria) che abilita il concessionario ad effettuare lo sfruttamento della risorsa termale (la quale – è bene ribadire – appartiene al patrimonio indisponibile della regione), emungendola dal sottosuolo.

Tale concessione è, ovviamente, presupposto per l'attività sanitaria che utilizzi acqua termale, ma è evidente che questo nesso causa – effetto non può giustificare in alcun modo la sottrazione delle concessioni termali dal libero regime di concorrenza, alla luce del D.Lgs. 59/2010 e della citata sentenza della Suprema Corte n.235/2011, nonché delle decisioni che, nell'esercizio del proprio potere pianificatorio e programmatico in materia, la Regione Campania ha assunto con la deliberazione n. 671/2011 (si noti che la Regione, con la richiamata deliberazione, ha chiaramente espresso la volontà che, dopo l'approvazione del piano di settore, le assegnazioni delle concessioni avvengano esclusivamente a mezzo gara pubblica alla quale, ovviamente, potrà partecipare anche la società istante, avvantaggiandosi del titolo di preferenza riconosciuto al ricercatore dall'art. 4, co. 6, della L.R. n° 8/2008 s.m.i.). Tali motivazioni, per altro, sono ulteriormente avvalorate da quanto riportato nel "preso atto" e nel "considerato" del presente provvedimento.

VISTO:

- a. la legge regionale 29 luglio 2008 n.8 (*Disciplina della ricerca ed utilizzazione delle acque minerali e termali, delle risorse geotermiche e delle acque di sorgente*) e ss.mm.ii.
- b. la legge regionale 22 luglio 2009 n.8 (*Modifica alla legge regionale 29 luglio 2008 n.8 - Disciplina della ricerca ed utilizzazione delle acque minerali e termali, delle risorse geotermiche e delle acque di sorgente*)
- c. il regolamento regionale n. 10/2010 di attuazione della legge regionale 8/2008, emanato con decreto del Presidente della Giunta Regionale n. 95 del 9 aprile 2010;
- d. il decreto legislativo 26 marzo 2010, n°59 (*Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*) s.m.i.;
- e. la sentenza della Corte Costituzionale n. 235 del 19-22 luglio 2011;
- f. il parere PP-151-15-12/2011 prot.698221 del 15/9/2011, reso dal Settore Consulenza Legale e Documentazione dell'Avvocatura Regionale;
- g. la deliberazione della Giunta Regionale n° 671 del 06/12/2011, resa esecutiva il 27/1/2012 e pubblicata sul B.U.R.C. n°7 del 30/01/2012;
- h. la legge regionale n. 5 del 6 maggio 2013 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2013 e pluriennale 2013 – 2015 della Regione Campania (legge finanziaria regionale 2013)*);
- i. il parere (*S1827 – prot. 33909 del 24/06/2013*) reso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Alla stregua dell'istruttoria compiuta dal responsabile del procedimento nella persona del responsabile della Posizione Organizzativa del Servizio 02 Acque Minerali e Termali e delle risultanze degli atti tutti richiamati nel presente provvedimento, nonché dell'espressa dichiarazione di regolarità della stessa, resa dal dirigente del Settore mediante la sottoscrizione del presente provvedimento;

DECRETA

per i motivi espressi in narrativa che qui si intendono integralmente riportati e confermati:

1. La richiesta di rilascio della concessione mineraria da denominarsi "Pegea", pervenuta dalla società Enne Hotels s.r.l., C.F. *05689421211* con sede in Napoli alla Via Orazio, 29 con nota prot. n. 0566898 del 07/07/2011, è rigettata;
2. è fatto obbligo alla società Enne Hotels srl consegnare all'amministrazione regionale la miniera e le sue pertinenze; nelle more dell'eventuale espletamento della gara a evidenza pubblica per assegnare la concessione, il rappresentante legale della società resta custode temporaneo delle pertinenze ed è tenuto, pertanto, a:
 - 2.1. chiudere il pozzo impedendo ogni emungimento e porre in atto idonei accorgimenti al fine di evitare pericoli per la pubblica e privata incolumità, nonché preservarlo da eventuali inquinamenti con idonei accorgimenti (sigillature e quant'altro); dell'avvenuta effettuazione di tali adempimenti dovrà dare notizia trasmettendo a questo Settore, entro 30 gg. dalla notifica del presente atto, specifico processo verbale;
 - 2.2. vigilare e porre in atto ogni altra iniziativa connessa all'affidamento in custodia dei beni;
3. avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale entro 60 giorni, ovvero al Presidente della Repubblica entro 120 giorni;
4. il presente decreto sarà notificato alla società "Enne Hotels srl" e in copia trasmesso:
 - 4.1. all'Assessore Regionale con delega alle Acque Minerali e Termali;
 - 4.2. al Coordinatore dell'Area Generale di Coordinamento 15;
 - 4.3. al Settore 01 Demanio e Patrimonio dell'Area Generale di Coordinamento 10, essendo i giacimenti e le pertinenze minerarie parte del patrimonio indisponibile regionale;
 - 4.4. al B.U.R.C. per la pubblicazione;
 - 4.5. al Settore Attività di Assistenza alle sedute di Giunta, Comitati Dipartimentali;
 - 4.6. al comune competente per territorio, per gli eventuali provvedimenti consequenziali di competenza;
 - 4.7. all'ASL competente per territorio, ai fini dell'esercizio delle funzioni di polizia e vigilanza conferite con l'art.37, comma 9, della L.R. n. 8/2008 e ss.mm.ii.;
 - 4.8. al Ministero della Salute Direzione Generale Prevenzione Sanitaria- Roma.

Ing. Sergio Caiazzo



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

BOLLETTINO UFFICIALE
della REGIONE CAMPANIA

PARERE n. 41 del 29 Luglio 2013

PARTE I

ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90

in merito alle problematiche riguardanti la concorrenza derivanti dalla
normativa della Regione Campania sulle modalità di rilascio delle
concessioni di sfruttamento di giacimenti di acque minerali

inviato a:

Giunta Regionale della Campania

Consiglio Regionale della Campania

rinnovare le concessioni demaniali idriche per l'imbottigliamento delle acque minerali senza vincolare l'esecutivo regionale all'obbligo di indire una procedura competitiva. Occorre tuttavia rammentare che la Corte Costituzionale si è già pronunciata sull'incostituzionalità di una disposizione analoga a quella odiernamente considerata, avendo censurato l'art. 2 della L.R. n. 11/2010⁴.

Quest'ultima disposizione escludeva che il decreto legislativo n. 59/2010⁵, adottato in attuazione della "direttiva servizi", potesse applicarsi al rinnovo delle concessioni demaniali idriche "in quanto afferente ad attività sottratte alla disciplina comunitaria sui servizi ai sensi dell'art. 7, comma 1, lettera b) del medesimo decreto legislativo". Pertanto, in vigore di tale previsione, la competente Amministrazione Regionale risultava legittimata a rinnovare le concessioni demaniali idriche per l'imbottigliamento delle acque minerali senza essere gravata dall'obbligo di indire una procedura competitiva.

La norma in discussione è stata considerata costituzionalmente illegittima in quanto, escludendo espressamente i servizi demaniali idrici dall'ambito di applicazione del d.lgs. 59/2010, violava la ripartizione di competenze legislative operata *ratione materiae* dall'art. 117 della Costituzione.

Ora, appare possibile estendere alla nuova legge le valutazioni *illo tempore* effettuate dalla Consulta. Ed infatti, sembrerebbe che l'art. 1, co. 113, della L.R. Campania n. 5/13 disattenda la pronuncia della Corte, essendo idoneo ad incidere sulla disciplina relativa ai servizi nel mercato interno in misura analoga al provvedimento precedentemente dichiarato incostituzionale.

Il descritto quadro normativo, oltre a porre un problema di ottemperanza al giudicato costituzionale, dà luogo ad un potenziale pregiudizio per il confronto concorrenziale tra le imprese e per le esigenze di trasparenza e di efficienza proprie di un settore economico che implica l'impiego di beni demaniali. Giova a tal proposito ricordare come l'Avvocatura distrettuale dello Stato, su espressa richiesta della Giunta della Regione Campania, abbia già reso un parere sulla problematica in discussione, sottolineando l'esistenza di un obbligo di assegnazione delle

Autore: Comitato della Regione Campania

concessioni demaniali tramite l'indizione di procedure di gara ad evidenza pubblica al fine di garantire l'attuazione dei principi sottesi alla direttiva servizi e, in particolare, del principio per cui "la concessione di una utilitas pubblica, quale l'utilizzo di un bene demaniale (...), per di più per la prestazione di servizi da offrire sul mercato, deve essere preceduta da una procedura di gara"⁶.

Siffatto parere risulta tuttavia contraddetto dalla normativa di recente adottata dal legislatore regionale.

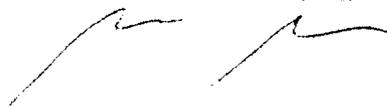
BOLLETTINO UFFICIALE
della REGIONE CAMPANIA

Ai fini di un più efficace svolgimento dei meccanismi concorrenziali nell'imbottigliamento e della commercializzazione delle acque minerali, l'Autorità auspica la riforma dell'art. 1, comma 113, della legge della Regione Campania n. 5/13 e, nelle more, una immediata disapplicazione di tale disposizione nella parte in cui consente il rinnovo automatico in favore del precedente concessionario del demanio idrico.

Nell'ottica di soddisfare la fondamentale esigenza di tutela dei principi di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese, l'Autorità ritiene che la predisposizione di un sistema di gare ispirate a criteri di trasparenza consentirebbe di affidare le concessioni demaniali idriche ai soggetti che offrono le migliori garanzie al prezzo più conveniente per un efficiente svolgimento dell'attività di imbottigliamento.

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella



PARTE I