



Decreto Dirigenziale n. 29 del 02/10/2013

A.G.C. 15 Lavori pubblici, opere pubbliche, attuazione, espropriazione

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

Oggetto dell'Atto:

L.R. N° 8/2008 S.M.I. ISTANZA DI RILASCIO DELLA CONCESSIONE PER LO SFRUTTAMENTO DI GIACIMENTO DI ACQUE TERMALI DA DENOMINARSI "DONN'ANNA TERME" IN COMUNE DI NAPOLI (NA). RIGETTO.

IL DIRIGENTE

PREMESSO:

- a. che con D.D. n° 154 del 29/12/2009 fu rilasciata alla società "Bagno Donn'Anna s.r.l."- codice fiscale *00422180638*, con sede legale in Napoli – Via Posillipo n° 19 (nel seguito: società) il permesso di ricerca di acque minerali denominato "Donn'Anna Terme " per la superficie di ettari 00.98.00;
- b. che il Ministero della Salute, con decreto del 24 Febbraio 2011, ha riconosciuto *«le proprietà terapeutiche dell'acqua minerale che sgorga dalla sorgente Donn'Anna nell'ambito del permesso di ricerca denominato "Donn'Anna Terme" sito in comune di Napoli, per la balneo-fangoterapia nel trattamento e nella riabilitazione di patologie artroreumatiche e nel trattamento di affezioni dermatologiche e ginecologiche»*;
- c. che con istanza del 20/05/2011, acquisita al prot. n. 445590 del 07/06/2011, la società ha chiesto il rilascio della, concessione di acque termali da denominarsi "Donn'Anna Terme" per una estensione di ettari 1,35, ricadente nel territorio del comune di Napoli (NA).

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 n° AS1063 – ex S1827 – prot. A.G.C.M. n° 3 3909 del 24/06/2013, rinvenibile sul bollettino A.G.C.M. n° 27 del 15/07/2013 pubblicato sul sito www.agcm.it), con cui, prendendo spunto dalla disposizione regionale di cui all'art. 1, co. 113, della 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 Ricerca e Valorizzazione di Cave, Torbiere, Acque Minerali e Termali (di seguito: 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 (rinvenibile in allegato alla deliberazione di G.R. n°671 del 06/12/2011- sul BURC n°7 del 30/01/2012), 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. 535860 del 23/07/2013 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, comunicando inoltre;

- a. che non avrebbe proceduto all'esame istruttorio della documentazione agli atti (allegata all'istanza) perché, stante quanto esposto, ciò avrebbe determinato un inutile aggravio del procedimento;
- b. che, entro il termine di 30 giorni, la società avrebbe potuto presentare osservazioni, eventualmente corredate da documenti.

RILEVATO:

- a. che la società, con nota assunta al prot. 590148 del 22/08/2013, ha esposto 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.
 - b.1. In primo luogo la società, all'interno della lettera "A" del proprio scritto, fa un'errata ricostruzione dell'operato del Settore, nella parte in cui sostiene che: *«I motivi ostativi si fondano segnatamente sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 235/2011, che ha dichiarato illegittimo l'articolo 2, L.R. Campania n. 11/2010, e sul relativo parere dell'Avvocatura regionale del settembre 2011, sulla scorta dei quali ai fini del rilascio della concessione richiesta sarebbe necessario indire una gara pubblica, di fatto disapplicando la disciplina regionale primaria e secondaria (la L.R. 8/2008 ed il regolamento di attuazione 10/2010). Nel preavviso in parola, si afferma che pure la Giunta regionale della Campania, con delibera n. 671/2011, avrebbe manifestato la volontà di affidare le concessioni demaniali con procedura ad evidenza pubblica»*. Con tali affermazioni la società fa riferimento ai motivi esposti dal Settore nella nota prot. 535860 del 23/07/2013, in parte richiamandoli in modo impreciso e in parte omettendoli e, soprattutto, attribuisce allo stesso Settore di aver disapplicato la legge regionale n.8/2008, peraltro senza neanche precisare quali articoli sarebbero stati disapplicati.

Al riguardo, va subito detto che tale affermazione è del tutto infondata. Non esiste alcuna disposizione della L.R. 8/2008 che obblighi il competente Ufficio ad assegnare una concessione di sfruttamento di una risorsa termominerale esclusivamente al soggetto già titolare del permesso di ricerca. Piuttosto, la L.R. 8/2008 riconosce, sì, un titolo preferenziale al ricercatore che risulti in possesso delle capacità tecniche ed economiche necessarie per lo sfruttamento del giacimento (si veda art.4, comma 6), ma non esclude affatto la possibilità che assegnatario della concessione risulti un soggetto diverso, tanto che, al successivo comma 7, prevede espressamente, per il ricercatore non sia risultato assegnatario della concessione, il diritto ad ottenere un'indennità, a carico del concessionario, rapportata all'importanza della scoperta e al valore delle opere utilizzabili.

Nel rispetto di tali disposizioni, il Settore si è limitato ad applicare quanto disposto, altresì, dalla Giunta Regionale con la deliberazione n. 671/2011, che ha espressamente previsto di affidare le concessioni di cui alla L.R. 8/2008 con procedura di gara ad evidenza pubblica; procedura, questa, la cui indispensabilità discende, con tutta evidenza, anche dai principi di derivazione comunitaria richiamati nel parere dell'Avvocatura Regionale, che è allegato (come parte integrante) sia alla D.G.R. 671/2011 che alla nota prot. 535860 del 23/07/2013, dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale intervenuta e da quanto chiaramente esposto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che con il parere n°AS1063 – ex S1827 – prot. 535860 del 23/07/2013 (rinvenibile nel bollettino A.G.C.M. n° 27 del 15/07/2013 pubblicato sul sito www.agcm.it), anch'esso parte integrante e sostanziale della nota prot. 535846/2013, che 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». Quanto precede, risulta ampiamente argomentato nella predetta nota prot. 535860 del 23/07/2013 (punti da "a" a "f" e relativi atti richiamati quali parte integrante della stessa).

- b.2. Le ulteriori argomentazioni esposte dalla società all'interno della lettera "A" del proprio scritto si rivelano chiaramente prive di pregio, come è evidente se si considera che esse vorrebbero dimostrare, nelle intenzioni della società, l'illegittimità di una non meglio precisata disapplicazione della L.R. 8/2008; disapplicazione che, nel caso di specie, il Settore non ha assolutamente operato, come già detto al punto b.1. Inoltre, le singole argomentazioni si rivelano, esse stesse, immediatamente infondate, rispetto al chiaro tenore letterale della sentenza Corte Cost. 235/2011, delle norme richiamate dalla società e dei pareri dell'Avvocatura Regionale e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, alle quali la società attribuisce, apoditticamente, un comune «difetto di interpretazione della giurisprudenza costituzionale». Anche la risposta prot. IT P-002995/2012 del commissario europeo M. Barnier all'interrogazione parlamentare di A. Pallone è citata del tutto a sproposito dalla società, visto che detta risposta si riferisce esclusivamente alle concessioni di acque minerali da imbottigliamento, caso ben diverso da quello della concessione di acque termali a cui essa è interessata; ciò rende anche superfluo soffermarsi sull'esatto contenuto della richiamata risposta del commissario, di cui la società fornisce un'interpretazione quanto meno discutibile.
- b.3. Nella lettera "B" del proprio scritto la società lamenta di non aver avuto la possibilità di integrare la documentazione presentata. Al riguardo si ribadisce, come già comunicato al punto 1 della nota prot. 535860 del 23/07/2013, che il Settore ha ommesso di richiedere l'integrazione per non aggravare inutilmente il procedimento, viste le motivazioni precedentemente esposte.

RITENUTO per quanto sopra:

- a. che l'istanza di rilascio della concessione, presentata ai sensi dell'art. 4 della L.R. n°8/2008 s.m.i., non può essere accolta;
- b. che la società Bagno Donn'Anna s.r.l. è tenuta a consegnare all'amministrazione regionale il giacimento e le pertinenze minerarie, di cui al permesso di ricerca rilasciato con D.D. n°154/2009 e che, nelle more dell'eventuale espletamento della gara a evidenza pubblica per assegnare la concessione, il rappresentante legale della società debba continuare ad essere custode temporaneo delle pertinenze essendo tenuto, pertanto, a:
 - b.1. mantenere inaccessibile la sorgente, impedendo l'utilizzo dell'acqua e ponendo in atto 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;
 - b.2. vigilare e porre in atto ogni altra iniziativa connessa all'affidamento in custodia dei beni

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 206/123/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 L.R. n° 1/2012 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012 – 2014 della regione Campania (legge finanziaria regionale 2012)*);
- i. 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)*);
- j. il parere n° AS1063 – ex S1827 – prot. 33909 del 24/06/2013, rinvenibile sul bollettino A.G.C.M. n° 27 del 15/07/2013, reso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;
- k. la sentenza TAR – Puglia – Lecce - Sez. I n. 721/2012 Reg. Prov. Coll.;
- l. la sentenza del Consiglio di Stato – Sez. V, sent. n. 873 del 13/02/2013;
- m. la sentenza della Corte Costituzionale n. 114/2012.

Alla stregua dell'istruttoria compiuta dal responsabile della Posizione Organizzativa denominata "Concessioni acque termali" e delle risultanze degli atti tutti richiamati nel presente provvedimento, nonché dell'espressa dichiarazione di regolarità della stessa, resa dal Dirigente del Settore, nonché responsabile del procedimento 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 "Donn'Anna Terme", pervenuta dalla società Bagno Donn'Anna s.r.l., P. IVA *00422180638*, con sede in Napoli alla Via Posillipo, 19 con nota prot. n. 0445590 del 07/06/2011, è rigettata;
2. è fatto obbligo alla società Bagno Donn'Anna s.r.l. di consegnare all'amministrazione regionale il giacimento e le pertinenze minerarie, di cui al permesso di ricerca rilasciato con D.D. n° 154/2009; 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. rendere inaccessibile la sorgente impedendo ogni emungimento e porre in atto idonei accorgimenti al fine di evitare pericoli per la pubblica e privata incolumità, nonché preservarla 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 "Bagno Donn'Anna s.r.l.a" 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 Caiazza