



Presidenza del Consiglio dei Ministri

DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI REGIONALI E LE AUTONOMIE
UFFICIO II – UFFICIO PER LE AUTONOMIE SPECIALI PER L'ESAME
DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE DELLA LEGISLAZIONE REGIONALE
DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME

Emilia Romagna	Legge n° 17 del 28/12/2023	BUR n°364 del 28/12/2023
ID:ER23017	Esito: In corso d'esame	(Scadenza 26/02/2024)

Disposizioni collegate alla legge regionale di stabilità per il 2024.

Con riferimento alla legge regionale della Regione Emilia-Romagna n. 17/2023, recante “Disposizioni collegate alla legge regionale di stabilità per l’anno 2024”, l’art. 3 (rubricato “Modifica all’art. 10 della legge regionale n. 26/2004”) interviene nell’ambito delle concessioni di derivazione ad uso idroelettrico fino a 3000 kilowatt (c.d. piccole derivazioni), prevedendo l’adeguamento della durata di tali concessioni alla durata degli incentivi ottenuti dal concessionario per la produzione di energia elettrica connessi alla derivazione, ferma restando la durata massima trentennale prevista dall’art. 21 del Regio Decreto n. 1775/1933.

La materia delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica, così come per quelle di grande derivazione afferisce alla:

- potestà legislativa concorrente in materia di “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia” i cui principi fondamentali, per costante giurisprudenza costituzionale, non tollerano eccezioni sull’intero territorio nazionale (Cfr., da ultimo, Corte costituzionale, Sentenze nn. 14, 69 e 177 del 2018) e nel cui ambito i principi fondamentali sono dettati dal succitato Regio Decreto n. 1775/1933 (recante “Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici”), costituente, per quel che occupa, parametro statale interposto e, in specie, dagli artt. 21, 28 e 30;
- la potestà legislativa esclusiva in materia di “tutela della concorrenza” di cui all’art. 117 comma 2, lettera e), Cost., costituente, per pacifica giurisprudenza, materia trasversale, stante il carattere finalistico della medesima, con conseguente

possibilità di influire su altre materie attribuite alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni (Cfr., ex multis, Corte Costituzionale, Sentenze nn. 93 del 2017, 38 del 2013, 299 del 2012). Peraltro, la stessa Corte costituzionale ha chiarito in più occasioni (ex multis, Cfr. Corte Costituzionale, Sentenze nn. 45 del 2010 e 401 del 2007) che la nozione di "concorrenza" di cui al secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost. "[...] non può che riflettere quella operante in ambito comunitario".

Secondo quanto previsto dalla succitata normativa interposta statale, la competenza al rilascio dei rinnovi delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica è in capo alle Regioni o alle Province, ai sensi degli artt. 28 e 30 del Regio Decreto n. 1775/1933. In particolare, il suddetto art. 30 consente il rinnovo delle concessioni, per una durata che, di regola, in base all'art. 21 del medesimo Regio Decreto, è prevista "sino a trent'anni" e, al contempo, stabilisce che, in caso di mancato rinnovo, lo Stato ha il diritto di ritenere senza compenso le sole "[...] opere costruite nell'alveo, sulle sponde e sulle arginature del corso d'acqua, o di obbligare il concessionario a rimuoverle e ad eseguire a proprie spese i lavori necessari per il ripristino dell'alveo, delle sponde e delle arginature nelle condizioni richieste dal pubblico interesse". Pertanto, alla luce della vigente legislazione, tali rinnovi vengono rilasciati al concessionario uscente al persistere delle condizioni di pubblico interesse indicate dalla legge. Tale disposizione, al contempo, non regola tuttavia né la sorte delle opere realizzate dal concessionario uscente al di fuori dei siti sopra menzionati, né il profilo relativo all'eventuale indennizzo spettante al concessionario uscente in considerazione degli investimenti effettuati.

Differentemente dalla disciplina che regola le grandi derivazioni idroelettriche di cui all'art. 12 del decreto legislativo n. 79/1999 (recante "Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica"), la legislazione nazionale non prevede espressamente che i rinnovi per le concessioni di piccole derivazioni d'acqua siano soggetti all'espletamento di apposite gare ad evidenza pubblica. A riguardo, tuttavia, si evidenzia che l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. "Direttiva Bolkenstein"), prevede che "Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento" precisando, al paragrafo 2, che "l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né

accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami".

La disposizione di cui all'art. 3 della legge regionale Emilia-Romagna n. 17/2023, per come formulata, delinea una specifica ipotesi di rinnovo tacito che esula dai principi concorrenziali soprarichiamati, consentendo a un concessionario uscente a cui, nel frattempo, è stato riconosciuto il diritto al percepimento di incentivi, di beneficiare di una proroga della concessione originaria, in quanto la durata della stessa verrebbe slegata dal suo originario termine contrattuale, in ragione del necessario allineamento al periodo di incentivazione; in buona sostanza, verrebbe così cristallizzato il riconoscimento implicito di un rinnovo, in evidente contrasto con i principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione previsti dalla normativa eurounitaria recata dall'art. 12 della direttiva Bolkenstein che, secondo la costante giurisprudenza (Cfr., sul punto, Cassazione, Sentenza n. 20 I del 2018; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Sentenze nn. 17 e 18 del 2021; Corte di Giustizia, Sentenza Promoimpresa e a. C-458/14 e C-67/15), costituisce norma self executing dell'ordinamento eurounitario, e, come tale, direttamente applicabile con conseguente necessità di disapplicazione della normativa interna contrastante con essa. In particolare, anche la Corte di giustizia ha chiarito che "una proroga ex lege della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico, che è escluso dai termini stessi dell'art. 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/ 123 [...]. Inoltre, la proroga automatica (...) non consente di organizzare una procedura di selezione [ai sensi dell'art. 12, paragrafo 1, della direttiva]" (sentenza 14 luglio 2016, causa C-458/14, Promoimpresa, punti 50 e 51).

A completamento del suesposto quadro normativo, si segnalano i seguenti pronunciamenti che hanno evidenziato la criticità afferente i rinnovi, sostanzialmente automatici, delle concessioni:

- sentenza del Tribunale superiore delle acque pubbliche del 13 dicembre 2018, n. 201, che ha disapplicato l'art. 30 del Regio Decreto n. 1775/1933, rilevando che tale disciplina "[...]" deve essere disapplicata nella parte in cui consente il rinnovo di un contratto di concessione, senza la previa indizione di una procedura trasparente e conoscibile[...]" . In particolare, l'art. 30 citato prevede che "qualora al termine della concessione persistano i fini della derivazione e non ostino superiori ragioni di pubblico interesse, al concessionario è rinnovata la concessione, con quelle modificazioni che, per le variate condizioni dei luoghi e del corso d'acqua si rendessero necessarie". Tuttavia, la necessità del ricorso a una procedura competitiva e, quindi, l'illegittimità di un rinnovo automatico delle concessioni alla loro scadenza, sono stati evidenziati, con specifico riferimento alle concessioni idroelettriche di cui al citato art. 30 del RD n. 1775 / 33, dal Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche che ha stabilito che tale

disposizione "deve essere disapplicata nella parte in cui consente il rinnovo di un contratto di concessione, senza la previa indizione di una procedura, trasparente e conoscibile, che consenta ai terzi che vi hanno interesse di formulare una proposta concorrente, sulla base dei principi di derivazione comunitaria per i quali, quando l'amministrazione attribuisce occasioni di vantaggio a privati in relazione a beni pubblici la cui disponibilità sia limitata, deve rispettare i principi di non discriminazione e pari trattamento, corollari di quello di concorrenza su cui si basa il Trattato UE" (Sentenza n. 201/ 2018 pubblicata il 13 dicembre 2018).- Corte di Cassazione (Sentenza n. 1082 del 16 settembre 2020) e la Corte costituzionale (Sentenza n. 10 del 29 gennaio 2021) sono intervenute nello stesso senso su questioni analoghe concernenti il rinnovo delle concessioni demaniali marittime. In particolare, la Corte di Cassazione, conformemente a quanto già disposto dal TSAP, ha disposto la disapplicazione della disciplina nazionale per contrasto con l'art. 12 della direttiva Bolkestein, in quanto norma self-executing dell'ordinamento eurounitario, precisando che "[...] è indubbio, dopo la pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 227 del 24 giugno 2010), che l'art. 12 della Direttiva Bolkestein è self-executing, cioè ha efficacia diretta nell'ordinamento degli Stati Membri".

- parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. S4219 in merito alla legge della Provincia Autonoma di Trento n. 6/2021, nel quale è stato evidenziato come anche il rilascio di piccole concessioni idroelettriche, al pari delle concessioni per impianti di maggiore potenza, debba avvenire in applicazione di una procedura selettiva tra i candidati potenziali. In particolare, riguardo alle concessioni c.d. mini-idro, tale parere ha sottolineato che anche il rilascio di piccole concessioni idroelettriche (con potenza nominale media dell'impianto fino a 3000 kW), al pari delle concessioni per impianti di maggiore potenza, deve avvenire in "applica[zione di] una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento", in quanto gli enti competenti rilasciano un titolo autorizzativo allo svolgimento di un'attività economica il cui accesso è limitato dalla scarsità della risorsa naturale necessaria al suo esercizio. L'assegnazione o riassegnazione delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica, in assenza di una procedura selettiva tra i vari richiedenti, organizzata nel rispetto degli inderogabili principi di trasparenza, pubblicità e parità di accesso, si pone infatti in contrasto con i principi euro-unitari e nazionali a tutela e promozione della concorrenza, la cui osservanza condiziona, comunque, la legittimità costituzionale dell'esercizio della competenza normativa delle Province autonome (e a maggiore anche quella delle Regioni a statuto ordinario).

- parere della medesima AGCM del 31 gennaio 2024 Rif. n. S4867,

proprio in merito alla legge regionale di cui trattasi, che ha ritenuto il relativo art. 3 potenzialmente incostituzionale per violazione dei principi dell'ordinamento euro-unitario in materia di assegnazione delle concessioni di derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico (art. 117, comma 1, Cost.) e per violazione della competenza statale esclusiva in materia di "concorrenza" (art. 117, comma 2, lettera e) Cost).

- segnalazione AS17223 con cui la medesima AGCM ha, altresì, evidenziato il contrasto con i principi a tutela e promozione della concorrenza e di libertà di stabilimento, nonché con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, delle normative regionali facenti rinvio al procedimento di rinnovo automatico delle concessioni in scadenza, di cui al combinato disposto degli artt. 28 e 30 del regio decreto n. 1775/1933. L'Autorità ha costantemente ritenuto che, alla scadenza, ogni proroga, che non sia meramente funzionale all'espletamento dei processi competitivi di selezione del nuovo concessionario, contrasti con la disciplina eurounitaria e con i principi di apertura concorrenziale del mercato, traducendosi in un ingiustificato favor per il gestore uscente.

- infine, segnalazione AS1730 del 22 marzo 2021 contenente "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza - anno 2021", culminata nell'adozione da parte del Parlamento della legge n. 118/2022. Tale segnalazione ha auspicato una procedura equa, non discriminatoria e trasparente come modalità ordinaria di assegnazione delle concessioni, con garanzia di massima partecipazione e di parità di condizioni. Ha, inoltre, evidenziato il problema legato al possibile conflitto di interessi in considerazione della frequente coincidenza, in capo a Regione o Provincia Autonoma, dei ruoli di legislatore, stazione appaltante e gestore uscente.

Peraltro, il sacrificio alla disciplina della concorrenza operato dal legislatore regionale, che mira ad allineare la durata della concessione al periodo di incentivazione degli impianti, non appare nemmeno controbilanciato dalla tutela di rilevanti interessi pubblici quali, ad esempio, la promozione di interventi di risanamento ambientale, di investimenti funzionali a una migliore conservazione degli invasi (anche per far fronte a eventi siccitosi) nonché la garanzia della salvaguardia dei livelli occupazionali. Sul punto, si evidenzia che l'esigenza di promuovere investimenti nel settore nel suo complesso è stata debitamente considerata dalla Commissione europea in sede di archiviazione della procedura di infrazione n. 2011/20162 (in tema di mancata messa a gara delle concessioni idroelettriche scadute), che, seppur relativa a concessioni di grande derivazione idroelettrica, appare estensibile anche al caso delle "piccole" concessioni.

Ancora, il regime incentivante, accordato per un tempo eccedente la durata della concessione in essere, è riconducibile all'impianto e non al concessionario in quanto tale (tanto che la stessa

normativa fa riferimento agli incentivi “connessi alla derivazione”) e, dunque, costituisce elemento della gara bandita per la riassegnazione della concessione, senza che si giustifichi il regime di favore nei confronti dell’operatore incumbent.

Tutto ciò premesso, l’art. 3 della legge regionale di cui trattasi è idoneo a produrre effetti restrittivi della concorrenza nella parte in cui allinea la durata dei contratti di concessione al periodo “incentivante di riconoscimento degli incentivi” che il concessionario abbia ottenuto per la produzione di energia elettrica connessa alla derivazione. Così facendo, infatti, la legge regionale dispone, di fatto, una proroga delle concessioni esistenti, in violazione dei principi di parità di trattamento, concorrenza e non discriminazione. Pertanto, tale art. 3 va impugnato ex art. 127 Cost. per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost. (che impone alle Regioni di esercitare la potestà legislativa anche nel rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento eurounitario, nella fattispecie con la direttiva 2006/123 relativa ai servizi nel mercato interno, con particolare riferimento all’art. 12, paragrafi 1 e 2), nonché dell’art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., per violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, in quanto suscettibili di pregiudicare i principi di proporzionalità, di parità di trattamento, di massima partecipazione e trasparenza che devono governare anche le procedure di selezione dei concessionari di derivazioni d’acqua a uso idroelettrico (Cfr. Corte Costituzionale sentenza del 24 febbraio 2014, n. 28).