AS2032 - PROVINCIA DI BELLUNO - RINNOVO DELLE CONCESSIONI DEL PICCOLO IDROELETTRICO

Roma, 8 agosto 2024

Provincia di Belluno
Regione Veneto
Ministero delle Imprese e del Made in Italy

La Provincia di Belluno ha inviato a questa Autorità, per opportuna conoscenza, una comunicazione indirizzata alla Regione Veneto e al Ministero delle Imprese e del Made in Italy riguardante alcune prospettate difficoltà nell'indizione di procedure competitive per il rinnovo di concessioni a derivare acque pubbliche ad uso idroelettrico relative a impianti (centrali idroelettriche) di piccola derivazione (mini-idro).

In particolare, la Provincia lamenta l'assenza di una *"regolamentazione idonea a disciplinare i rinnovi delle concessioni del "piccolo idroelettrico", ossia degli impianti di potenza inferiore a 3 MW, secondo le modalità previste dalla direttiva Bolkestein"*. Tale circostanza non metterebbe la Provincia in condizione di poter espletare procedure di gara competitive per la riassegnazione delle concessioni mini-idro, soprattutto per la mancanza di una disciplina sull'affidamento degli impianti idroelettrici già esistenti, realizzati da concessionario *incumbent*.

L'ente locale fa notare che l'unico riferimento alla procedura di "concorrenza" per l'affidamento delle concessioni mini-idro nel Testo Unico delle Acque (RD n. 1775/1933) è quello dell'articolo 9, che riguarda le nuove istanze di concessione e non i rinnovi. Nell'ipotesi, invece, di rinnovo *"un impianto è già stato realizzato e risulta in esercizio, sulla base di una concessione e di una Autorizzazione Unica ex D. Lgs. 387/2003, già rilasciate in riferimento a quello specifico impianto: infatti, si rammenta, la costruzione e l'esercizio di un impianto idroelettrico, oltre ad aver bisogno della concessione a derivare ai sensi del RD 1775/1933, necessitano [sic] anche della autorizzazione unica citata"*.

La Provincia si chiede, pertanto, se la procedura competitiva alla scadenza della concessione, e in mancanza di rinnovo all'*incumbent*, si riferisca alla gestione della risorsa idrica, così come già determinata dalla concessione e dall'Autorizzazione Unica, rilasciate per quello specifico impianto idroelettrico, e quindi anche all'impianto stesso¹. In questo caso, a detta della Provincia di Belluno, *"si pone il problema del trasferimento della titolarità dell'impianto esistente dal concessionario uscente al nuovo, tenuto conto che la normativa sul regime delle proprietà è di competenza esclusiva dello Stato (articolo 42 Cost.) e che non esiste alcuna norma o elemento che consenta alla PA concedente di espropriare le opere afferenti all'impianto"*². In altri termini, senza una previsione legislativa relativa al passaggio delle opere di derivazione (stima dei beni e indennizzo) non sarebbe possibile svolgere un procedimento competitivo di rinnovo in quanto non vi sarebbe modo per l'Amministrazione di assegnare le opere dell'impianto a un soggetto diverso rispetto all'*incumbent*.

In alternativa, la Provincia ipotizza che oggetto della riassegnazione possa essere la sola concessione di derivazione d'acqua pubblica, senza includere altresì la centrale idroelettrica già costruita. Il nuovo concessionario dovrebbe, quindi, costruire *ex novo* il proprio impianto idroelettrico. Per quanto riguarda il destino dell'impianto esistente, tuttavia, la Provincia fa notare che non tutte le concessioni, in particolare le più datate, contengono il Piano di ripristino ambientale; inoltre, l'ente locale ritiene di non poter rivendicare alcun diritto sulle opere non insistenti su un'area del demanio idrico (anche a voler ritenere applicabile l'articolo 30 del Testo Unico delle Acque) e, in ogni caso, non ci sarebbero le condizioni per applicare tale norma. Infatti, nel caso di riassegnazione tramite gara, non si verificherebbe *"il mancato rinnovo della concessione"* di cui all'articolo 30 *cit.* perché la concessione continuerebbe a sussistere su quel corso d'acqua. In generale, poi, la soluzione di assegnare la sola concessione a derivare acqua, con costruzione di un nuovo impianto a ogni scadenza, risulterebbe particolarmente inefficiente, specie in ambiti come quelli fluviali e montani, che sono fragili e necessitano di tutela.

In conclusione, la Provincia di Belluno, essendo imminente il termine del 31 luglio 2024 (termine ultimo per la continuazione dell'esercizio delle piccole concessioni idroelettriche già scadute a tale data ai sensi dell'articolo 4,

¹ [A supporto di questa ipotesi deporrebbe la stretta connessione tra concessione e autorizzazione unica che si ritrova nella DGRV n. 1628/2015 la quale "sospende" il rilascio della concessione fino ad avvenuta valutazione di impatto ambientale dell'impianto e, comunque, fino al rilascio dell'autorizzazione unica, ritenendo correttamente che, dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 387/2003 (Attuazione della direttiva n. 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità), la concessione abbia perso gran parte del valore assegnatole dal RD n. 1775/1933 non essendo sufficiente, da sola, alla produzione idroelettrica.]

² ["non esiste alcuna norma o elemento che consenta alla PA concedente di espropriare le opere afferenti all'impianto; si rammenta che la dichiarazione di pubblica utilità è riferita all'impianto, e non al suo gestore, ed è contenuta nella autorizzazione unica già rilasciata al concessionario uscente".]

comma 1, della Legge Regione Veneto n. 27/2020) e non avendo indicazioni in ordine all'oggetto della gara e alle problematiche esposte³, invita la Regione Veneto e il MIMIT "ad attivarsi, ciascuno per la propria parte, affinché si definiscano i criteri minimi atti a garantire la predisposizione di procedure di gara uniformi a livello nazionale" e informa di voler "procedere con proprio atto di Consiglio nell'ambito delle proprie competenze", dando atto "dell'impossibilità di bandire immediatamente o a breve le procedure di gara" e, quindi, per questa via procedendo a prorogare le concessioni esistenti in capo alle imprese *incumbent* sino all'adozione di una completa disciplina in materia.

Dal canto suo, la Regione Veneto ha sottolineato di non essere competente a provvedere in materia di concorrenza, diritto di proprietà e di interpretazione autentica del Testo Unico delle Acque.

Al riguardo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'adunanza del 6 agosto 2024, ha ritenuto di sottoporre alle istituzioni in indirizzo le valutazioni che seguono, ai sensi dell'articolo 22 della l. n. 287/1990.

Questa Autorità, come la Provincia di Belluno mostra di sapere, è intervenuta sul tema della riassegnazione di concessioni mini-idro scadute o in scadenza, dapprima con segnalazione AS1722 (*Rinnovi automatici di concessioni per piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico* del 3 marzo 2021) e, più di recente, con segnalazione AS1981 (*Provincia di Frosinone – concessione derivazioni idroelettriche* del 27 maggio 2024). In occasione del primo parere, l'Autorità aveva svolto una ricognizione delle procedure seguite sul territorio nazionale e aveva constatato che le amministrazioni disponevano i rinnovi di tali concessioni alle imprese *incumbent*, in alcuni casi in base al richiamo ad esplicite normative regionali e in altri in diretta attuazione degli articoli del Testo Unico delle Acque (articolo 28 e 30 cit.).

In tale circostanza, nel richiamare l'articolo 12 della Direttiva n. 2006/123/CE (c.d. Direttiva *Bolkenstein*)⁴, l'Autorità aveva sottolineato la necessità, anche nel caso di riassegnazione di concessioni per piccole derivazioni idroelettriche, di fare applicazione 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".

L'Autorità aveva sottolineato che il *corpus* normativo italiano non è conforme ai principi eurounitari in materia di attribuzione di titoli per l'esercizio di attività economiche i quali, in ragione della scarsità delle risorse che utilizzano, sono per definizione in numero limitato e, per tale motivo, richiedono l'adozione di modalità concorrenziali per la loro assegnazione, nonché per i loro rinnovi.

Pertanto, la disciplina del Testo Unico delle Acque risulta in contrasto sia con il diritto eurounitario in materia di prestazione di servizi, sia con il diritto eurounitario e/o nazionale in materia di concorrenza⁵ perché non prevede, in sede di richiesta di rinnovo delle concessioni per piccole derivazioni idroelettriche, la possibilità per i terzi di avanzare una domanda per lo sfruttamento del medesimo corso d'acqua con un progetto diverso e in concorrenza con quello esistente.

Si è quindi auspicato che il legislatore nazionale intervenga per modificare, in senso pro concorrenziale, le vigenti disposizioni di cui agli artt. 28 e 30 del Regio Decreto n. 1775/1933, invitando altresì i legislatori regionali e provinciali, competenti in materia di concessioni per piccole derivazioni idroelettriche, a modificare parimenti le loro disposizioni - laddove esistenti nei rispettivi ordinamenti - sul rinnovo automatico al concessionario *incumbent*. In particolare, l'Autorità ha invitato a sostituire le discipline vigenti con nuove discipline, che, pur tenendo eventualmente conto della possibilità di svolgere procedure semplificate nei casi di concessioni di potenza nominale media annua della concessione particolarmente ridotta, risultino comunque conformi ai principi di massima contendibilità delle concessioni di piccole derivazioni idroelettriche al momento della loro scadenza e, dunque, siano trasparenti, aperte e non discriminatorie, senza favorire il gestore uscente e garantendo la sterilizzazione di potenziali conflitti di interessi fra ente concedente e soggetto concessionario, che non infrequentemente si verificano in questo settore.

Con il secondo e più recente parere, questa Autorità è intervenuta nuovamente su questo tema, su richiesta della provincia di Frosinone. In particolare, l'Autorità ha preso in esame la questione relativa all'individuazione della procedura che l'Amministrazione è tenuta ad applicare, in assenza di una disciplina *ad hoc*⁶, in caso di riassegnazione

³ [Tali problematiche a giudizio della Provincia di Belluno "dovrebbero essere declinate a livello nazionale in modo da garantirne l'univocità che è alla base del principio della concorrenza (art. 117 Cost.). Non sarebbe infatti garantita la concorrenza nel momento in cui ciascuna PA concedente si autodeterminasse senza alcun coordinamento centrale atto a garantire l'uniformità dei criteri di selezione e dell'oggetto della gara".]

⁴ [Art. 12 della direttiva n. 123/2006/CE: "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. [...] Nei casi di cui al paragrafo 1 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".]

⁵ [L'Autorità ha rappresentato altresì che la necessità di un confronto competitivo equo, trasparente e non discriminatorio ad ogni scadenza della concessione, soddisfa oltre che l'interesse dei potenziali partecipanti anche quello della stessa amministrazione concedente, dal momento che le consente di scegliere, periodicamente, quello che tra più progetti presenta le migliori caratteristiche in termini di innovazione, efficienza e compatibilità ambientale.]

⁶ [Al riguardo il 25 giugno 2021 l'Autorità aveva rilasciato, altresì, il parere AS1780 alla città metropolitana di Torino (Città Metropolitana di Torino -CMT- Rinnovo Automatico delle concessioni di piccola derivazione d'acqua) in cui aveva fornito un parere

di una concessione mini-idro scaduta o in scadenza e, più nello specifico, la questione relativa alla possibilità di applicare una procedura in linea con quella che la Regione (nel caso di specie si trattava della Regione Lazio) ha individuato per l'assegnazione delle grandi concessioni idroelettriche. In tal caso l'Autorità ha indicato che la normativa regionale che disciplina le procedure applicabili ai rinnovi per le grandi concessioni idroelettriche⁷ può rappresentare senz'altro un utile riferimento. A tale procedura potranno, se del caso, essere apportate le modifiche che l'Amministrazione ritenga opportune per tenere conto della diversa potenza e complessità degli impianti messi a gara, nonché della durata della concessione che deve essere improntata a criteri economici (legati all'effettivo recupero degli investimenti e agli altri criteri eventualmente rilevanti e verificabili *ex ante*, sulla base dei quali i bandi di gara definiranno l'esatta durata delle concessioni), compatibilmente con i termini di durata massima previsti dal legislatore. Tale possibilità non esclude, tuttavia, che l'Amministrazione decida, proprio per l'assenza di una disciplina *ad hoc*, di seguire una procedura diversa rispetto a quella disposta per le grandi derivazioni idroelettriche, purché compatibile con i principi dell'articolo 12 della direttiva *Bolkenstein* e, cioè, che assicuri "garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento".

Per quanto concerne la posizione espressa dalla Provincia di Belluno, oggetto di esame, l'Amministrazione si chiede se oggetto della gara per il rinnovo della concessione debba essere solo la concessione a derivare (con i problemi di inefficienza di ripristino dell'area ad ogni rinnovo) o la concessione e l'impianto. In tale ultimo caso, la gara non potrebbe essere bandita per l'assenza di una disciplina specifica sulle modalità di trasferimento dell'impianto dall'incumbent all'aggiudicatario della gara, nuovo concessionario.

Riguardo a tali profili di criticità, questa Autorità ritiene che al momento della riassegnazione di una concessione mini-idro scaduta o in scadenza, per la quale non sussistano motivi di interesse generale a un utilizzo diverso delle acque ("persistano i fini della derivazione e non ostino superiori ragioni di pubblico interesse", articolo 28 del Testo Unico delle Acque), la gara che l'Amministrazione è tenuta ad esperire riguardi sia la concessione a derivare acqua, sia il relativo impianto già esistente. La diversa soluzione, che implica la realizzazione *ex novo* di un impianto ad ogni rinnovo della concessione, appare, infatti, contrastare con criteri di ragionevolezza ancor prima che di efficienza.

Quanto al regime delle opere costruite dal concessionario *incumbent* su terreno pubblico, appare trovare applicazione l'articolo 30 del Testo Unico delle Acque, la cui *ratio* è di disciplinare la gestione di opere costruite da un'impresa destinata a non proseguire l'attività economica alla scadenza della concessione. In tal caso quindi "[...] lo Stato ha il diritto o di ritenere senza compenso le 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".

Quanto alle opere eventualmente costruite su terreno privato, l'Amministrazione, caso per caso, ne verificherà la rilevanza per l'esercizio dell'attività di derivazione d'acqua, valutando l'eventuale utilizzo di strumenti espropriativi o negoziali.

Non appare, infine, condivisibile la posizione della Provincia di Belluno relativa al presunto legittimo affidamento dei concessionari *incumbent* alla luce di quanto previsto agli artt. 28 e 30 del Testo Unico delle Acque, in quanto le procedure di assegnazione (o di rinnovo) di concessioni per derivazioni idroelettriche, che devono ancora essere espletate, devono rispondere ai principi applicabili al momento della loro assegnazione o riassegnazione. Al riguardo, a partire dall'adozione della direttiva *Bolkenstein* (2006), vi è sempre stato un obbligo di confronto competitivo tra potenziali interessati ed è stato, correlativamente, vietato alle amministrazioni il rinnovo automatico qualora si trattasse, come nel caso in esame, di un numero limitato di autorizzazioni disponibili per via della scarsità di risorse naturali. Per tale ragione, non pare potersi configurare alcun legittimo affidamento in capo alle imprese *incumbent*⁸.

negativo alla decisione della CMT di interrompere i termini delle procedure di rinnovo automatico delle concessioni mini-idro "in attesa di un diverso quadro normativo" appoggiandosi alle considerazioni avanzate dalla stessa amministrazione istante che aveva sottolineato "che tale soluzione produrrebbe l'effetto indesiderato di avvantaggiare il concessionario uscente, al quale permarrebbe la titolarità della concessione mini-idro per tutto il tempo necessario all'adozione di una nuova disciplina normativa (conforme al diritto euro-unitario) e allo svolgimento delle relative procedure competitive". In tal caso l'Autorità aveva rimarcato la sua adesione all'orientamento secondo cui non solo il giudice nazionale ma anche l'Amministrazione pubblica ha il dovere di dare immediata applicazione alle norme dell'Unione europea provviste di effetto diretto, quale corollario proprio del principio della primazia del diritto europeo (il c.d. administrative direct effect) e, per tale ragione, di disapplicare le norme di diritto interno con esse incompatibili concludendo che la CMT debba garantire piena effettività alla primaria normativa europea, al fine di consentirle di raggiungere l'obiettivo da essa prefissato, disponendo, dunque, una procedura competitiva per il rinnovo delle concessioni mini-idro scadute e in scadenza, rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità e parità di trattamento e per una durata adeguata, così come previsto dall'articolo 12 della c.d. Direttiva servizi.]

⁷ [Nel caso in esame sarebbe la Legge Regionale del Veneto n. 24 del 4 novembre 2022 "Disposizioni concernenti le concessioni di grandi derivazioni d'acqua ad uso idroelettrico in attuazione dell'articolo 12 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 "Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica", in particolare artt. 6 e ss.]

⁸ [Cfr. in tal senso il parere AS1981 Provincia di Frosinone – concessione derivazioni idroelettriche del 27 maggio 2024, cit. in cui si legge: "l'Autorità ritiene che i principi applicabili alle procedure di assegnazione (o di rinnovo) di concessioni per derivazioni idroelettriche che devono ancora essere espletate, debbano seguire i principi attualmente vigenti. Al riguardo si fa presente che, a partire dall'adozione della direttiva *Bolkenstein*, vi è sempre stato un obbligo di confronto competitivo tra potenziali interessati ed è stato, correlativamente, vietato il rinnovo automatico laddove si trattasse, come nel caso in esame, di un numero limitato di autorizzazioni disponibili per via della scarsità di risorse naturali. Per tale ragione non pare potersi configurare alcun legittimo affidamento in capo alle imprese *incumbent*, neanche alla luce della normativa vigente al momento della presentazione delle più risalenti tra le domande di rinnovo prospettate da codesta amministrazione".]

In conclusione, si ritiene che la posizione assunta dalla Provincia di Belluno, con l'avallo della Regione Veneto, sia in contrasto con la normativa nazionale ed eurounitaria in materia di concorrenza. In primo luogo, infatti, in presenza di una normativa eurounitaria direttamente applicabile (nella specie, la direttiva *Bolkenstein*) le amministrazioni pubbliche sono tenute ad adottare atti conformi a tale normativa e, al tempo stesso, devono applicare le leggi statali e/o regionali in modo conforme alla medesima disciplina ovvero disapplicare le leggi statali e/o regionali che siano incompatibili con questa⁹; in secondo luogo, il rinnovo al concessionario *incumbent* priva i concorrenti e la stessa Amministrazione della possibilità di scegliere, periodicamente, quello che tra più progetti presenta le migliori caratteristiche in termini di innovazione, efficienza e compatibilità ambientale.

L'Autorità auspica, pertanto, che la Provincia di Belluno, nel dare seguito alle indicazioni sopra fornite, proceda celermente a predisporre procedure competitive coerenti con quanto richiesto dall'articolo 12 della Direttiva n. 2006/123/CE per la riassegnazione delle concessioni mini-idro scadute o in scadenza e si riserva di intervenire ai sensi dell'articolo 21bis nei confronti di eventuali atti amministrativi di contenuto non conforme.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

⁹ *[Come già sottolineato nella segnalazione AS1722 cit. la necessità del ricorso a una procedura competitiva e, quindi, l'illegittimità di un rinnovo automatico delle concessioni alla loro scadenza, sono stati evidenziati, proprio con specifico riferimento alle concessioni idroelettriche di cui all'articolo 30 del richiamato R.D. n. 1775/33, dal Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche (anche TSAP) [Sentenza n. 201/2018 pubblicata il 13 dicembre 2018.] che ha stabilito che tale disposizione "... deve essere disapplicata nella parte in cui consente il rinnovo di un contratto di concessione, senza la previa indicazione 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". Inoltre, più di recente, anche la 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'articolo 12 della direttiva Bolkenstein, 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'articolo 12 della Direttiva Bolkenstein è self-executing, cioè ha efficacia diretta nell'ordinamento degli Stati Membri". Cfr. altresì in tal senso il parere AS1780 alla città metropolitana di Torino (Città Metropolitana di Torino - Rinnovo Automatico delle concessioni di piccola derivazione d'acqua) cit. del 25 giugno 2021.]*