

## **AS1697 - DISCIPLINA IN MATERIA DI RILASCIO DELLE CONCESSIONI DI GRANDE DERIVAZIONE IDROELETTRICA**

Roma, 3 settembre 2020

Senato della Repubblica  
Camera dei Deputati  
Presidenza del Consiglio dei Ministri  
Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e Bolzano

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 1° settembre 2020, ha ritenuto di svolgere le seguenti osservazioni, ai sensi dell'articolo 22, legge n° 287/1990, in relazione alla devoluzione alle Regioni e alle Province Autonome di Trento e Bolzano della competenza legislativa in materia di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico.

Come noto, la legge n. 205/2017 (c.d. legge di Bilancio 2018<sup>1</sup>) ha trasferito alla competenza legislativa esclusiva delle Province Autonome la disciplina in esame, mentre il decreto legge n. 135/2018 (c.d. Decreto Semplificazioni<sup>2</sup>) ha attribuito la materia alla competenza legislativa concorrente delle Regioni, dettando una normativa di principio e rimettendo quella di dettaglio ad apposite leggi regionali da adottare entro il 31 marzo 2020, termine prorogato dal decreto legge n. 18/2020 (c.d. Decreto Cura Italia<sup>3</sup>) al 31 ottobre 2020 e di ulteriori sette mesi per le Regioni interessate dalle elezioni amministrative regionali<sup>4</sup>.

L'Autorità rileva, in primo luogo, che rientra nella materia della «tutela della concorrenza», attribuita alla competenza legislativa esclusiva statale, di cui all'articolo 117, comma 2, lett. e) Cost., l'intera disciplina delle procedure di gara, comprensiva della tempistica delle gare, della definizione del contenuto dei bandi, nonché dell'onerosità delle concessioni messe a gara nel settore idroelettrico, in quanto volta a garantire e promuovere la concorrenza in modo uniforme sull'intero territorio nazionale<sup>5</sup>. Infatti, la frammentazione normativa derivante dall'adozione di discipline regionali non omogenee, innalzando i costi di partecipazione alle gare, è idonea ad alterare il contesto concorrenziale, penalizzando in particolar modo gli operatori di minori dimensioni.

In secondo luogo, là dove venga mantenuto l'attuale assetto normativo, si osserva che la richiamata intervenuta modifica volta ad assegnare alle Regioni le competenze normative in materia di rilascio delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche rappresenta un'importante occasione per l'adozione di discipline indirizzate a rilanciare le attività di produzione idroelettrica, quale segmento di primaria importanza industriale nell'ambito della produzione energetica da fonte rinnovabile.

Il settore, ad oggi, non è riuscito a beneficiare dei positivi effetti derivanti dalla concreta attuazione dell'importante principio concorrenziale della temporaneità delle concessioni, introdotto dal decreto legislativo n. 79 del 1999 recante "Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica". Le relative misure di liberalizzazione che sono seguite, infatti, hanno imposto all'ex monopolista esclusivamente un obbligo di parziale dismissione della sua capacità di generazione elettrica (compresa quella da fonte idrica) confermandolo, di conseguenza, nella titolarità di oltre l'85% delle concessioni rilasciate sull'intero territorio nazionale la cui scadenza è stata fissata, *ope legis*, al 1° aprile 2029<sup>6</sup>, mentre per le altre concessioni tale scadenza era stata fissata

---

<sup>1</sup> [Cfr. art. 1, comma 833, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020".]

<sup>2</sup> [Art. 11-quater del decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante "Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione", convertito con modificazione dalla legge 11 febbraio 2019.]

<sup>3</sup> [Art. 125 bis del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27.]

<sup>4</sup> [Decorrenti dalla data di insediamento del Consiglio Regionale (art. 125-bis co. 2).]

<sup>5</sup> [Cfr., ex multis, Corte costituzionale, sentenza n. 28 del 2014.]

<sup>6</sup> [Cfr. artt. 8, comma 1, e 12, comma 6, del Decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, recante "Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica" (c.d. Decreto Bersani). L'Autorità, già in sede di valutazione dello schema del D.lgs. n. 79/1999, aveva ritenuto ingiustificate "la diversa durata del rinnovo, fissata in un periodo di trent'anni per le

originariamente al 31 dicembre 2010, termine ripetutamente prorogato, da ultimo, al 31 luglio 2024<sup>7</sup> e, con riguardo al territorio del Trentino Alto Adige, al 31 dicembre 2023<sup>8</sup>. Gli altri principali operatori presenti sul territorio nazionale sono tipicamente operanti in aree geografiche circoscritte (a livello regionale o provinciale) e sono spesso espressione delle stesse amministrazioni locali che detengono direttamente o indirettamente quote del capitale sociale delle società concessionarie. La situazione rappresentata ha comportato un sostanziale e persistente rinvio delle procedure di assegnazione delle concessioni scadute o in scadenza<sup>9</sup>, con conseguente proroga di validità delle stesse.

Al fine, pertanto, di superare un assetto di mercato da lungo tempo ingessato è, anzitutto, prioritario il definitivo abbandono dell'istituto della proroga delle concessioni, come già più volte statuito dalla Corte costituzionale<sup>10</sup> nonché dalle ripetute procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea<sup>11</sup> e dai numerosi interventi di segnalazione dell'Autorità<sup>12</sup>.

Per lo stesso motivo è, altresì, necessario che le Regioni e le Province Autonome declinino con chiarezza nelle normative di attuazione i criteri economici (necessariamente legati all'effettivo recupero degli investimenti) e gli altri criteri eventualmente rilevanti e verificabili *ex ante*, sulla base dei quali i bandi definiranno l'esatta durata delle concessioni all'interno della cornice temporale stabilita dal Legislatore nazionale che appare, peraltro, fin troppo ampia, in quanto compresa tra venti e quarant'anni, ulteriormente estendibile di altri dieci<sup>13</sup>. Proprio l'ampiezza massima di durata delle concessioni impone l'individuazione *ex ante* di criteri chiari e precisi al ricorrere dei quali possa essere adeguatamente modulata la durata prevista nei bandi di gara per tenere conto delle circostanze dei singoli casi di specie.

Una adeguata durata delle concessioni costituisce, infatti, un presupposto necessario per un'effettiva concorrenza c.d. per il mercato, l'unica possibile in contesti economici caratterizzati dalla scarsità della risorsa oggetto di sfruttamento (articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE, c.d. Direttiva Servizi<sup>14</sup>).

In linea generale, l'Autorità ricorda che le Regioni e le Province Autonome, nell'esercizio della propria potestà legislativa, devono rispettare i principi a garanzia della concorrenza, in questo caso della c.d. *concorrenza per il mercato*, che l'articolo 117 della Costituzione riserva alla esclusiva competenza statale<sup>15</sup>.

In tal senso, l'Autorità confida, innanzitutto, nell'impegno delle Regioni e delle Province Autonome a conformare la loro azione legislativa ai principi di massima contendibilità delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche.

In questo contesto, appare altresì necessario, in applicazione del principio di leale collaborazione istituzionale, rendere omogenei, per quanto possibile e pur nel rispetto di giustificate differenziazioni, i rispettivi criteri di accesso alle procedure di assegnazione delle concessioni, evitando un'immotivata eccessiva frammentazione normativa cui consegue, oltre ad un innalzamento dei costi di partecipazione alle gare, a svantaggio degli operatori di minori dimensioni, anche una artificiale compartimentazione territoriale nella produzione energetica da fonte idroelettrica, che costituisce parte del più ampio mercato nazionale della generazione elettrica.

Con riguardo più specificamente alle concrete scelte legislative da assumere per definire le modalità di assegnazione delle concessioni, l'Autorità auspica che vengano preferite le opzioni che prediligono la procedura a evidenza pubblica come modalità ordinaria di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche, rispetto al ricorso alle

---

*concessioni rilasciate a Enel e fino al 31 dicembre 2010 per le imprese private" (cfr. AS154 - Schema di Decreto Legislativo recante la prima attuazione della Direttiva 96/92/CE, del 5 novembre 1998, in Bollettino n. 44/1998).]*

<sup>7</sup> [Cfr. art. 125-bis, cit..]

<sup>8</sup> [Cfr. art. 1, comma 77, legge 27 dicembre 2019, n° 160 recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022" (c.d. Legge di Bilancio 2020).]

<sup>9</sup> [Le uniche procedure di assegnazione che dall'entrata in vigore del cd. Decreto Bersani hanno visto la luce sono quelle venute a scadenza in Provincia di Bolzano svolte, tuttavia, con una procedura che l'Autorità aveva al tempo ampiamente criticato per l'eccessiva discrezionalità riconosciuta alla Stazione appaltante e che sono state altresì inficiate da irregolarità, con risvolti anche di natura penale (cfr. AS650 - Gestione della produzione di energia idroelettrica in Provincia di Bolzano, del 30 dicembre 2009 (in Bollettino n. 51/2009) e provvedimento n. 25550 del 15 luglio 2015 di autorizzazione con condizioni della concentrazione C11990 - SEL - Società Elettrica Altoatesina/Azienda Energetica (in Bollettino n. 26/2015).]

<sup>10</sup> [In particolare, cfr. sentenze della Corte Cost. n. 1 del 18 gennaio 2008 e n. 205 del 13 luglio 2011.]

<sup>11</sup> [Cfr. procedure di infrazione comunitaria n. 1999/4902, n. 2002/2282 e n. 2011/2026 (ancora in corso).]

<sup>12</sup> [Cfr. AS730 - Rinnovo di concessioni di grande derivazione d'acqua a scopo idroelettrico, del 23 luglio 2010, in Bollettino n. 27/2010, AS1151 - Provincia Autonoma di Trento - Affidamento di concessioni per grandi derivazioni di acqua pubblica a uso idroelettrico dell'8 ottobre 2014, in Bollettino n. 39/2014; AS1340 - Provincia di Bolzano - Modifiche di leggi provinciali, del 29 novembre 2016, in Bollettino n. 1/2017; AS1550 Concessioni e Criticità Concorrenziali, del 20 dicembre 2018 in Bollettino n. 48/2018 e da ultimo e in termini generali AS1684 Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel Decreto Rilancio, del 1° luglio 2020, in Bollettino n. 28/2020.]

<sup>13</sup> [In merito, si ricorda che l'Autorità, già in sede di valutazione dello schema del D.lgs. n. 79/1999, aveva ritenuto ingiustificata la durata allora fissata in trent'anni delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche (cfr. AS154 - Schema di Decreto Legislativo recante la prima attuazione della Direttiva 96/92/CE, cit.).]

<sup>14</sup> [Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno.]

<sup>15</sup> [5 Ed infatti, con riguardo ad esempio alla provincia Autonoma di Trento, in materia di procedure di assegnazione delle concessioni per grandi derivazioni idroelettriche, essa deve comunque legiferare "nel rispetto dell'ordinamento dell'Unione europea e degli accordi internazionali, nonché dei principi fondamentali dell'ordinamento statale" (art. 13, comma 1, D.P.R. n. 670/1972) - Statuto del Trentino - Alto Adige)]

modalità alternative, della gara a doppio oggetto o di altre forme di partenariato pubblico/privato, ex articolo 179 del D.lgs. n. 50/2016<sup>16</sup>.

In secondo luogo, la garanzia di massima partecipazione e di parità di condizioni tra partecipanti richiede, altresì, un attento vaglio da parte dei Legislatori locali dei criteri per un'adeguata quantificazione dei canoni concessori<sup>17</sup> e di quelli per l'ammissione alla procedura di assegnazione, affinché non risultino ingiustificatamente gravosi in termini di requisiti sia tecnici, sia economici, elevando barriere all'accesso non necessarie né proporzionate alla selezione di un operatore qualificato<sup>18</sup>.

Nello stesso senso, massima deve essere l'attenzione a evitare l'introduzione di misure che possano impropriamente avvantaggiare il gestore uscente, in particolare all'atto del trasferimento del ramo d'azienda idroelettrico in favore dell'eventuale nuovo entrante. In merito, infatti, è importante non vanificare lo sforzo compiuto dal Legislatore nazionale per eliminare squilibri in favore dell'incumbent in sede di valorizzazione economica di tali assets; circostanza che, in passato, è stata censurata sia dalla Commissione europea, sia dall'Autorità<sup>19</sup> ed è risultata, quantomeno, concausa del perdurante ritardo nell'indizione delle procedure di assegnazione delle concessioni scadute e in scadenza, nonché all'origine delle stesse modifiche normative introdotte con la legge di Bilancio 2018 e con il Decreto Semplificazioni relativamente al diverso regime tra le opere bagnate e le opere asciutte<sup>20</sup>.

Non può sottacersi, da ultimo, che la problematica della garanzia della massima partecipazione e della parità tra concorrenti si intreccia, inevitabilmente, con quella della gestione del conflitto di interessi che, nel settore in esame, è particolarmente presente, in considerazione della frequente coincidenza tra il Legislatore (Regione o Provincia Autonoma), la Stazione appaltante (Regione o Provincia Autonoma) e il gestore uscente (sovente società partecipata direttamente o indirettamente dalla Regione o dalla Provincia Autonoma o da altri Enti locali): le Province Autonome e le Regioni devono, pertanto, evitare l'introduzione, anche surrettizia, di misure di protezione e/o agevolazione delle società dalle stesse partecipate, a maggior ragione se si tratta di gestori *incumbent*<sup>21</sup>.

L'Autorità, in conclusione, auspica che codesta Conferenza costituisca opportuna sede di coordinamento e definizione di comuni principi generali affinché le Regioni e le Province Autonome esercitino le rispettive competenze normative in materia di rilascio delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, in piena conformità ai criteri quadro individuati, per le Regioni, dal c.d. Decreto Semplificazione, e, per tutti, dalla Costituzione, dai vincoli derivanti dall'ordinamento euro-comunitario e, quindi, nel rispetto dei principi di tutela e promozione della concorrenza.

---

<sup>16</sup> [Cfr. in tal senso l'art. 7, comma 3, della legge Regione Lombardia n. 5/2020 dell'8 aprile 2020, recante: "Disciplina delle modalità e delle procedure di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche in Lombardia e determinazione del canone in attuazione dell'articolo 12 del Decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, come modificato dall'articolo 11 quater del Decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12"). Diversamente il Disegno di Legge 49/XVI del 17 febbraio 2020 di iniziativa giuntale della Provincia Autonoma di Trento avente a oggetto "Disposizioni urgenti in materia di concessioni di grandi derivazioni di acque pubbliche a scopo idroelettrico, modificative dell'articolo 1 bis 1 della legge provinciale 6 marzo 1998, n. 4", limita le modalità di assegnazione delle concessioni in oggetto alla procedura di gara ristretta, con possibilità di ridurre ulteriormente i partecipanti "se lo richiede la difficoltà o la complessità della concessione", e alla gara a c.d. doppio oggetto.]

<sup>17</sup> [Da ultimo, sul tema dei canoni concessori relativi alle grandi concessioni idroelettriche si veda la sentenza della Corte Costituzionale n.155 del 21 luglio 2020 che ha dichiarato incostituzionali le modifiche dell'art. 12, co. 1 quinquies e septies, del D.lgs. n. 79/99 (introdotte con D.L. n. 135/2018 convertito in legge n. 12/2019) di devoluzione del canone, nella misura di almeno il 60%, alle province e alle città metropolitane il cui territorio è interessato dalle derivazioni.]

<sup>18</sup> [In proposito, si segnala che il Governo ha impugnato in via principale dinanzi alla Corte costituzionale la legge già approvata dalla Regione Lombardia in materia di rilascio delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche (n. 5/2020) anche in relazione alla previsione di aver rimesso a una successiva delibera di Giunta la possibilità di introdurre "ulteriori requisiti di capacità tecnica, organizzativa; patrimoniale e finanziaria" per i partecipanti alla procedura di assegnazione delle concessioni, senza che a monte la legge regionale abbia disciplinato i criteri e i limiti di questa facoltà, determinando la concreta possibilità della violazione del principio di libera e paritaria concorrenza, costituzionalmente tutelato. In senso restrittivo potrebbe in effetti altresì interpretarsi, nell'ambito della richiamata iniziativa legislativa della Provincia di Trento, l'introduzione di criteri di partecipazione tecnica generali e aggiuntivi che risultano ampiamente pleonastici in quanto impongono, in sostanza, una pregressa e continuativa esperienza nell'esercizio di ogni singola infrastruttura che compone l'impianto di generazione idroelettrica - e quella del previsto meccanismo di aggregazione o disaggregazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche esistenti, suscettibili di accrescere le barriere all'ingresso sia in caso di aggregazione ma anche in caso di disaggregazione rispetto a operatori già operanti concessioni idroelettriche di piccola e media dimensione.]

<sup>19</sup> [Cfr. procedure di infrazione comunitarie n. 1999/4902 e n. 2002/2282 e AS1089 - D.M in materia di gare per l'attribuzione di concessioni idroelettriche, del 17 ottobre 2013, in Bollettino n. 42/2013.]

<sup>20</sup> [Non conformi a tale impostazione appaiono, a titolo di esempio, le previsioni del richiamato Disegno di legge della Provincia Autonoma di Trento che consentono solo nel caso di acquisto delle opere cd. asciutte da parte della Provincia (e non anche dell'eventuale concessionario privato subentrante) l'immissione immediata nel possesso anche in caso di pendenza della vertenza arbitrale per la determinazione del prezzo da corrispondere. Riguardo alla valorizzazione delle opere idroelettriche al termine della concessione, si rileva, altresì, che il Governo ha impugnato in via diretta alla Corte costituzionale la recente legge della Regione Lombardia n. 5/2020 per aver erroneamente (e in violazione dei principi quadro stabiliti dal c.d. Decreto Semplificazioni) subordinato al regime di acquisizione gratuita, proprio delle c.d. opere bagnate, anche assets che appartengono alla diversa categoria delle c.d. opere asciutte per le quali è previsto un regime di valorizzazione diverso, ex art. 12, comma 1 -ter, lett. n), D.lgs. n. 79/1999.]

<sup>21</sup> [Il problema del potenziale favor per i concessionari partecipati dagli Enti pubblici e del conflitto di interessi delle Regioni e delle Province Autonome è già stato stigmatizzato, con riferimento a pregressi assetti normativi, nei precedenti interventi di segnalazione dell'Autorità: AS233 - Concessioni per lo sfruttamento di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, del 21 marzo 2002, in Bollettino n. 11/2002 e AS650 - Gestione della produzione di energia idroelettrica in Provincia di Bolzano, cit., e poi ancora nel provvedimento relativo al caso C11990 - SEL-Società Elettrica Altoatesina/Azienda Energetica, cit..]

Questi ultimi infatti, oltre che costituire, come da costante giurisprudenza costituzionale, materia di competenza statale esclusiva, la cui violazione pregiudicherebbe la legittimità costituzionale delle norme regionali o provinciali contrastanti, definiscono il miglior quadro di riferimento per un'azione normativa regionale correttamente finalizzata ad un pieno sviluppo del settore economico in oggetto.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/1990

IL PRESIDENTE  
*Roberto Rustichelli*