

*Quel che resta della concessione
nei servizi regolati*

Le concessioni idroelettriche

Gabriele Carlotti

*Giornate di studio degli Affari Giuridici
Milano, 11 luglio 2016*

Indice degli argomenti

- ▶ *La concessione idroelettrica come concessione di un bene pubblico particolare: l'acqua.*
- ▶ *Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione.*
- ▶ *La disciplina attuale delle riassegnazioni.*
- ▶ *Alcune questioni particolari.*
- ▶ *Conclusioni.*

La concessione idroelettrica come concessione di un bene pubblico particolare: l'acqua

- ▶ Tratti essenziali dello schema concessorio.
- ▶ Concessioni di servizi vs. concessioni di beni - consensualità vs. unilateralità - privatizzazione vs. pubblicizzazione.
- ▶ Acqua come oggetto di una pluralità di beni pubblici e di servizi pubblici.
- ▶ Acqua come bene comune e diritto fondamentale suscettibile di molteplici appartenenze.
- ▶ Concessione quale istituto compatibile con molteplici appartenenze.

Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione

- ▶ Vari usi dell'acqua.
- ▶ Rilevanza storica e attuale della produzione idroelettrica: verde, nazionale, programmabile.
- ▶ Le concessioni di grandi e di piccole derivazioni.
- ▶ Antecedenti storici del modello concessorio per le derivazioni d'acqua.

Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione

- ▶ La prima disposizione del Regno d'Italia: art. 134 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F (legge sui lavori pubblici).
- ▶ La stabilizzazione del modello concessorio: la L. 10 agosto 1884, n. 2644 (legge concernente le derivazioni di acque pubbliche):
 - a) provvedimento amministrativo per la concessione temporanea;
 - b) durata trentennale;
 - c) previsione di un diritto di insistenza;
 - d) obbligo del pagamento di un canone periodico;
 - e) possibilità di una valutazione comparativa in caso di più domande.

Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione

La svolta del Testo Unico dell'11 dicembre 1933, n. 1775 sulle acque e gli impianti elettrici recante

- ▶ una disciplina completa del procedimento di rilascio;
- ▶ la previsione della prevalenza dell'uso industriale della risorsa rispetto all'uso privato;
- ▶ la conferma della durata massima di 60 anni delle concessioni.

Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione

Il TU differenzia anche la disciplina delle grandi derivazioni da quella di piccole derivazioni e codifica la distinzione tra «opere bagnate» e «opere asciutte».

- ▶ Per le grandi derivazioni: si prevede la realizzazione delle centrali da opera dei privati e il successivo passaggio allo Stato al termine della concessione, almeno limitatamente alle «opere bagnate»;
- ▶ Per le piccole derivazioni: si contempla la possibilità di un rinnovo ai privati e lo stato si riserva solo una facoltà di subentro.

Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione

- ▶ La L. n. 1643/1962: la nazionalizzazione anche della produzione idroelettrica.
- ▶ Il subentro dell'ENEL nella maggioranza delle concessioni di grande derivazione, senza scadenza e non più oggetto di procedure competitive.
- ▶ L'attenzione nella legislazione successiva temi ambientali: la previsione del MDV; la preferenza per l'uso potabile e per quello irriguo; la correlazione tra le nuove derivazioni e il piano di bacino; l'inserimento nel procedimento concessorio delle autorità di bacino).

Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione

- ▶ L'incursione del diritto comunitario nel settore dell'energia elettrica e le spinte neoliberiste verso le liberalizzazioni conducono alla fine della nazionalizzazione.
- ▶ Il primo forte impulso alla creazione di un mercato interno dell'energia ispirato alla libera concorrenza: la direttiva 96/92/CE.
- ▶ Il coevo c.d. «federalismo amministrativo» con il trasferimento agli enti sub-statali delle funzioni in materia di demanio idrico (L. n. 59/1997 e art. 89 del D.Lgs. n. 112/1998).

Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione

Il recepimento della direttiva 96/92/CE con il D.Lgs. n. 79/1999 (c.d. "decreto Bersani") e la nuova svolta dell'art. 12. In particolare:

- ▶ il passaggio alle regioni e alle province autonome delle competenze amministrative in ordine al rilascio delle concessioni idroelettriche;
- ▶ il principio della temporaneità delle concessioni medesime;
- ▶ la disciplina articolata della riassegnazione, con la mancanza tuttavia di regole per il rilascio delle nuove concessioni;
- ▶ la previsione del diritto di preferenza a favore del concessionario uscente e l'attenzione della Commissione europea con l'avvio della procedura di infrazione.

Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione

Gli accordi con la Commissione e il conseguente l'art. 1, commi da 483 a 492, della L.F. 2006 (L. n. 266/2005):

- ▶ l'eliminazione del titolo preferenziale per il concessionario uscente;
- ▶ l'obbligo di una gara pubblica per la riassegnazione della concessione;
- ▶ la proroga decennale condizionata all'impegno degli operatori di realizzare un programma di potenziamento e di ammodernamento degli impianti.

Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione

La sentenza n. 1/2008 della Corte costituzionale che, su ricorso di alcune regioni, dichiarò incostituzionali i commi da 483 a 492 dell'art. 1 della L.F. 2006 (L. n. 266/2005) nella parte in cui:

- ▶ introducevano, in assenza di un'intesa forte con le regioni, una norma di dettaglio sui requisiti di partecipazione alle gare, stabiliti da un D.M. attività produttive;
- ▶ disponevano una proroga ritenuta contraria alla concorrenza.

Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione

L'art. 15, co. 6-ter, lett. b), del D.L. n. 78/2010 "Cresci Italia" e la novella dell'art. 12.

- ▶ Il tentativo di "compensare" le imprese per gli investimenti compiuti sulla base delle norme dichiarate incostituzionali mediante una proroga di 5 anni (elevata a 7 anni per le concessioni rilasciate a società miste);
- ▶ la procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea e la nuova dichiarazione di incostituzionalità (Corte cost. n. 205/2011), sostanzialmente per le medesime ragioni poste a fondamento della precedente sentenza n. 1/2008.

Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione

L'art. 37 del D.L. n. 83/2012 e l'ulteriore modifica dell'art 12 sotto due aspetti fondamentali:

- ▶ l'obbligo di prevedere una gara per la riassegnazione delle concessioni scadute o in scadenza entro il 31 dicembre 2017;
- ▶ l'obbligo del concessionario uscente di trasferire a quello subentrante il ramo d'azienda relativo all'esercizio della concessione.

L'incompletezza della disciplina incompleta e il rinvio ad un D.M. mai emanato per gli aspetti regolatori.

Ricostruzione storico-normativa della disciplina delle concessioni idroelettriche di grande derivazione

Il giudizio di costituzionalità dell'art. 37 e la sentenza di rigetto della Corte costituzionale n. 28/2014: il riconoscimento della potestà legislativa statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza.

L'avvio da parte della Commissione europea di una "strana" procedura di infrazione:

- ▶ sul presupposto della contrarietà della «proroga» alla libertà di stabilimento;
- ▶ sulla qualificazione dell'obbligo del subentrante di rilevare il ramo d'azienda del concessionario uscente come una misura a favore di quest'ultimo.

La disciplina attuale delle riassegnazioni

La disciplina attuale delle riassegnazioni è contenuta nell'art. 12, i cui contenuti principali sono i seguenti:

- ▶ viene ribadita l'attribuzione alle regioni e alle province autonome della competenza al rilascio delle concessioni di grande derivazione (previsto un D.Lgs. mai emanato);
- ▶ 5 anni prima della scadenza di una concessione, per le nuove concessioni e nei casi di decadenza, rinuncia o revoca deve essere indetta una gara a evidenza pubblica per la riassegnazione a titolo oneroso della concessione;
- ▶ nel bando di gara sono specificate le condizioni di esercizio della derivazione, in coerenza con la pianificazione idrica;

La disciplina attuale delle riassegnazioni

- ▶ la gara può essere non indetta in caso in cui sussista un interesse a un diverso uso delle acque;
- ▶ la durata delle concessioni è compresa tra i 20 e i 30 anni, in relazione all'entità degli interventi di risanamento, miglioramento, conservazione e compensazione ambientale e territoriale e di compensazione territoriale e, **PREVALENTEMENTE**, all'offerta economica per l'acquisizione e l'uso della risorsa idrica e all'aumento dell'energia prodotta o della potenza installata;

La disciplina attuale delle riassegnazioni

- ▶ vengono rimessi a un D.M. Mise - di concerto con il Minambiente e D'INTESA con la Conferenza unificata - che si sarebbe dovuto emanare entro il 30 aprile 2012:
 - 1) la determinazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi per partecipare alla gara;
 - 2) i criteri e i parametri per definire la durata della concessione, nonché,
 - 3) previo parere dell'AEEGSI, i parametri tecnico-economici per la determinazione del corrispettivo spettante al concessionario uscente.

La disciplina attuale delle riassegnazioni

- ▶ sono previste delle «proroghe»:
 - 1) una «di fatto», atteso che, per le concessioni in scadenza entro il 31 dicembre 2017, per le quali non sarebbe applicabile il termine dei 5 anni, viene stabilito l'obbligo di indire la gara entro 2 anni dall'emanazione del D.M.;
 - 2) l'altra vera e propria, posto che le concessioni rilasciate all'ENEL sono state prorogate fino al 2029 (ossia per 30 anni dopo l'entrata in vigore del decreto Bersani);

La disciplina attuale delle riassegnazioni

- ▶ rimangono soggette alla normativa dello Stato le concessioni disciplinate da accordi internazionali;
- ▶ è previsto un ordine gerarchico dei criteri di aggiudicazione:
 - 1) entità dell'offerta economica;
 - 2) aumento dell'energia prodotta e della potenza installata;
 - 3) consistenza dell'offerta in ordine agli interventi di risanamento, miglioramento, conservazione e compensazione ambientale e territoriale.

Alcune questioni particolari: le concessioni idroelettriche e il nuovo codice dei contratti

- ▶ Il D.Lgs. n. 50/2016 non si applica perché le concessioni idroelettriche sono concessioni di beni pubblici («Considerando» n. 15 della direttiva 2014/23/UE), fatti salvi i principi generali sulla concorrenza.
- ▶ In questo senso è anche l'art. 164 del D.Lgs. n. 50/2016.

Alcune questioni particolari: il trasferimento dell'azienda

Le due finalità del trasferimento dell'azienda:

a) garantire la continuità gestionale e un adeguato sfruttamento della risorsa idrica;

b) consentire al concessionario di recuperare i costi dell'investimento.

► Il corrispettivo deve essere predeterminato e concordato preventivamente tra il concessionario uscente e l'amministrazione indicente e deve essere reso noto nel bando di gara.

► Il metodo di calcolo del corrispettivo (per le opere bagnate) è quello del costo storico rivalutato, al netto dei contributi in conto capitale ricevuti dal concessionario (del pari rivalutati), diminuito nella misura dell'ordinario degrado.

Alcune questioni particolari: Il trasferimento dell'azienda

- ▶ Il corrispettivo, differenziato per le opere bagnate e quelle asciutte, riguarda però solo i “beni materiali” e non gli altri rapporti giuridici collegati alla concessione (la cui valutazione è riservata al concessionario uscente).
- ▶ L'Antitrust, nel parere AS1089 del 2013, reso su una bozza di D.M., ha ritenuto che l'obbligo del trasferimento del ramo d'azienda sia una previsione di favore per il concessionario uscente e che, pertanto, sul punto l'art. 37 dovrebbe essere modificato.

Alcune questioni particolari: le concessioni di piccole derivazioni

Sono previste dal TU n. 1775/1933 che ne disciplina anche il procedimento di rilascio

Alcune questioni particolari: i sovracanon

- ▶ I sovracanon (rivierasco e BIM) si aggiungono al canone, ma non ne condividono la natura, trattandosi di forme di compensazione economica spettanti ai comuni nel cui territorio insistano impianti di produzione idroelettrica di potenza nominale annua superiore a 220 kW.
- ▶ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 533/2002, ha qualificato i sovracanon come prestazioni patrimoniali imposte con fini solidaristici.
- ▶ L'art. 1, comma 137, della L. n. 228/2012 (legge di stabilità 2013) ha stravolto la natura del sovracanon BIM riconoscendolo, in sostanza, anche ai comuni non montani, dando luogo a disparità di trattamento a sfavore dei comuni montani.

Alcune questioni particolari: il couso

- ▶ Il tema intercetta quelli connessi al SII;
- ▶ anche le derivazioni a scopo acquedottistico per uso potabile possono essere utilizzate per produrre energia elettrica, possibilità ammessa dall'art. 12-*bis* del TU del 1933;
- ▶ in questo caso è necessario che l'uso idroelettrico non pregiudichi la disponibilità e la qualità della risorsa (primato dell'uso potabile).
- ▶ Occorre comunque una concessione ed è previsto il pagamento di un canone.

Alcune questioni particolari: il deflusso minimo vitale

- ▶ Altro tema che intercetta la disciplina del SII è il DMV, previsto in via legislativa fin dal 1989;
- ▶ consiste in un limite, non indennizzabile, imposto al prelievo d'acqua per intuitive ragioni sociali, ecologiche, sanitarie ed economiche, onde non pregiudicare gli ecosistemi;
- ▶ il rispetto del DMV è condizione per il rilascio della concessione;
- ▶ un elevato DMV potrebbe pregiudicare l'appetibilità economica a ottenere il rilascio di una concessione;
- ▶ con la sentenza n. 86/2014 la Corte costituzionale ha stabilito che la disciplina del DMV spetta allo Stato rientrando nella materia dell'ambiente.

Alcune questioni particolari: il prevalente interesse pubblico.

- ▶ Residuo rilevante di discrezionalità amministrativa.
- ▶ Può giustificare la scelta di non riassegnare tramite gara la concessione.
- ▶ La selezione e la valutazione di tale interesse spetta alle autorità concedenti.
- ▶ Possono integrare tale interesse, purché adeguatamente motivato, sia le finalità sociali sia quelle di protezione ambientale.

Alcune questioni particolari: l'autorizzazione alla realizzazione dell'impianto

- ▶ La peculiarità dello sfruttamento idroelettrico è che esso è consentito sulla base di un titolo concessorio allo sfruttamento della risorsa che si innesta in un procedimento autorizzatorio allo svolgimento dell'attività produttiva.
- ▶ La concessione è il presupposto dell'autorizzazione, ma al momento della richiesta della seconda l'esistenza della prima è solo eventuale.
- ▶ Si è in presenza dunque di procedimenti complessi e interferenti.

Conclusioni

- ▶ Il settore della concessioni idroelettriche vive da oltre 16 anni una fase transitoria e precaria, non ancora conclusasi.
- ▶ Lo scopo perseguito dal Legislatore è di passare da un assetto oligopolistico a uno concorrenziale.
- ▶ A causa della mancata emanazione del D.M. i concessionari di concessioni scadute o prossime alla scadenza continuano a godere, nei fatti, di una rendita di posizione legata alla perdurante chiusura del settore alla concorrenza.
- ▶ Tale stallo si riverbera anche sulla tutela ambientale poiché la mancata messa a gara delle concessioni impedisce anche l'espletamento delle procedure di VIA.

Grazie per l'attenzione