

Deliberazione n. 13 Adunanza del 8 febbraio 2012

Fascicolo n. 2455/2011 (ex VISF/10/51561/caso 965-10-MARK; ex VISF/11/32530)

Oggetto: Progetto - pilota sulla corretta attuazione del diritto dell'Unione europea - caso 965/10/MARK - concessioni idroelettriche nelle Province di Trento e di Bolzano

Riferimento normativo: D.Lgs. 16 marzo 1999 n.79 e s.m.i.; D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito in L. 30 luglio 2010 n.122; L. Provincia autonoma di Bolzano 20 luglio 2006 n.7; L. Provincia autonoma di Trento 6 marzo 1998 n.4 e s.m.i.

Il Consiglio

Vista la normativa richiamata;

Vista la Relazione dell'Ufficio Relazioni Internazionali e Comunitarie;

Vista la Relazione della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture;

Considerato in fatto

Nell'ambito del Progetto - pilota per il miglioramento della metodologia operativa nei rapporti tra i servizi della Commissione europea e gli Stati membri, il Dipartimento per il coordinamento delle Politiche europee, a seguito di una segnalazione pervenuta alla CE, ha inviato all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture la richiesta di chiarimenti rivolta allo Stato italiano, per lo svolgimento delle attività rientranti nell'ambito delle attribuzioni dell'Autorità. In particolare, la Commissione, sulla base della segnalazione, ha evidenziato possibili profili d'illegittimità nelle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico assentite dalle Province autonome di Trento e di Bolzano mediante proroga delle relative scadenze, al di fuori dunque dell'esperienza di una procedura di gara ad evidenza pubblica. Conseguentemente, la Commissione ha chiesto informazioni relativamente al sistema di assegnazione delle concessioni idroelettriche nelle Province autonome di Trento e di Bolzano, inerente il Caso 965/10/MARK. Taluni aspetti della legislazione della Provincia di Bolzano (L.P. 20 luglio 2006, n.7), potrebbero presentare problemi di conformità con il diritto dell'Unione europea e con le leggi nazionali in materia di pubblici affidamenti.

A. Sulla proroga delle concessioni nelle Province di Trento e Bolzano

L'Autorità ha avviato dunque un procedimento istruttorio, ai sensi dell'art. 4 del proprio Regolamento di vigilanza, volto ad accertare l'eventuale contrarietà rispetto alla normativa europea e nazionale, della disciplina delle Province autonome di Trento e di Bolzano, in materia di assegnazione di concessioni idroelettriche.

Considerazioni delle Province di Trento e di Bolzano

La Provincia Autonoma di Bolzano ha espresso la propria posizione con le note prot. n. 383458 del 24.06.2010, n. 496186 del 27.08.2010 e n. 518708 del 08.09.2010, mentre la Provincia autonoma di Trento ha rappresentato le proprie considerazioni con le note prot. n. 190519 del 15.07.2010, n. 254559 del 10.09.2010 e n. 261461 del 16.09.2010.

Entrambe le Province muovono dalla ricostruzione di un tormentato percorso istituzionale e normativo che con l'avvio del processo di liberalizzazione del mercato elettrico, ha visto impegnati a livello europeo, nazionale e provinciale, diversi soggetti istituzionali sul fronte dell'armonizzazione ai principi dettati dal Trattato UE di tutte le normative riguardanti la materia.

In particolare, le stesse hanno evidenziato come in ambito Provinciale, la legge della Provincia Autonoma di Trento del 6 marzo 1998 n. 4, art.1-bis, commi da 15-ter a 15-decies, così come modificato dalla Legge Provinciale 21 dicembre 2007 n. 23 e la Legge della Provincia Autonoma di Bolzano del 20 luglio 2006 n. 7, art.19 - recanti disposizioni in materia di concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico - hanno stabilito, a regime, il ricorso a gare, recependo i nuovi principi sanciti dal legislatore nazionale in tema di affidamento delle grandi concessioni a scopo idroelettrico, compreso il riferimento alle offerte di miglioramento e risanamento ambientale dei bacini idrografici di pertinenza. Tali norme hanno, tuttavia, fatto salvo un regime transitorio, ancorato alla precedente normativa abrogata ¹, in virtù del quale le concessioni in scadenza sono state prorogate al di fuori di procedure di gara ad evidenza pubblica.

Sulla base di tale regime, con deliberazione della Giunta provinciale di Bolzano n.2773 del 16.11.2009 sono state assentite n. 18 concessioni in scadenza al 31.12.2010 relative agli impianti di Sant'Antonio, Rio Pusteria, Lappago, Santa Valpurga, Bressanone, Ponte Gardena, Sarentino Molini, Cardano, Lana, San Pancrazio, Pracupola, San Floriano, Senales, Tell e Lasa, su domanda di 7 operatori: ENEL S.p.A., EDISON S.p.A., EISACKWERK s.r.l., AZIENDA ENERGETICA S.p.A., ASM-

Bressanone S.p.A., SEL S.p.A., VEK-Vinschgauer - Elektrizitätskonsortium - Genossenschaft. Dalle note inviate risulta, altresì, che le norme transitorie (art.12, commi 6, 7 e 8, L.P. 7/2006) disciplinano in concreto le modalità di assegnazione di tutte le concessioni assegnate a Enel Produzione S.p.A. e scadute il 31 dicembre 2010 - la cui procedura di rinnovo risultava avviata già nel 2005- e le modalità di assegnazione della concessione "Lasa/Martello", scaduta nel 2011.

Parimenti, nella Provincia autonoma di Trento sono state prorogate fino al 2020 n. 19 concessioni relative agli impianti di Castelpietra, Zivertaghe, Caoria, Val Schener e Moline, Predazzo, Malga Mare - Taio e S.Giustina, Cogolo1 e Cogolo2, Nembia-Santa Massenza 1 e 2 e Ponte Pià, Malga Boazzo, Cimego I e II e Storo, Riva e Ponale, Torbole, Avio e Pra da Stua, Ala, Bussolengo e Chievo, Val Noana, Carzano, Grigno e Costabrunella, S. Silvestro.

Si evidenzia, altresì, che dalle note inviate risulta che la Provincia autonoma di Trento partecipa in misura maggioritaria alla Hidro Dolomiti Enel s.r.l. e Dolomiti Edison Energy s.r.l., con cui vengono gestite 32 grandi centrali idroelettriche in territorio trentino e che la Provincia autonoma di Bolzano controlla la Società Elettrica Altoatesina S.p.A. (SEL) che insieme alla Edison S.p.A. ha costituito la società Hidros s.r.l., titolare della concessione relativa all'impianto Lasa/Martello.

Per completezza, si rappresenta che la Provincia autonoma di Bolzano, nella risposta del 27.08.2010, ha sottolineato che anche la legge nazionale 30 luglio 2010 n.122 ², oggetto di richiesta di chiarimenti da parte della Commissione europea, prevede ipotesi di proroga quinquennale o settennale delle concessioni idroelettriche. Infatti, l'art.15, comma 6-ter della citata legge, intervenendo a modifica del c.d. decreto Bersani, dispone: a) una proroga di cinque anni dei rapporti concessori in essere, al fine di "consentire il rispetto del termine per l'indizione delle gare e garantire un equo indennizzo degli operatori economici per gli investimenti effettuati; b) un'ulteriore proroga di sette anni (per complessivi dodici anni) per le concessioni in vigore al 31 dicembre 2010 ricadenti in tutto o in parte nei territori di alcune province del nord Italia ("province individuate mediante i criteri di cui all'art.1, comma 153, della legge 27 dicembre 2006, n.296 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)") qualora i concessionari uscenti conferiscano le proprie concessioni, anteriormente alla pubblicazione del relativo bando di gara, a società miste partecipate almeno al 30% e fino ad un massimo del 40% dalle stesse province o da società da esse controllate; c) la previsione di idonee misure di compensazione territoriale, quale criterio da considerare in sede di gara per il rinnovo delle concessioni in scadenza.

A seguito di una relazione sulle descritte risultanze istruttorie redatta dal competente Ufficio della ex Direzione VISF e dall'Ufficio Relazioni Internazionali, il Consiglio dell'Autorità nella seduta del 24 febbraio 2011 ha dato mandato alla Direzione competente di avviare un'indagine sulle procedure di affidamento delle centrali idroelettriche in Italia.

B. Sulle procedure di affidamento delle centrali idroelettriche in Italia

La competente Direzione, quindi, ha chiesto informazioni ai competenti Ministero dello Sviluppo Economico - Dipartimento per l'energia, e Ministero dell'Ambiente - Direzione Generale per la Tutela del Territorio e delle Risorse Idriche, sul regime delle concessioni idroelettriche alla luce delle innovazioni normative introdotte dall'art. 15, comma 6-ter, L. 122/2010 (c.d. manovra estiva) ³, recante la disciplina delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua per scopo idroelettrico.

L'Autorità, in particolare, ha chiesto di conoscere lo stato dell'iter procedimentale, ad essi demandato dalla citata normativa (previa intesa con la conferenza unificata ex art. 8, D.Lgs. 281/1997), volto alla determinazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi, dei parametri e termini concernenti la procedura di gara relativa alle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico. Ha chiesto, inoltre, una relazione illustrativa sulla consistenza degli impianti relativi alle concessioni stesse e la loro dislocazione sul territorio nazionale.

Considerazioni del Ministero dell'Ambiente

A riscontro della richiesta dell'Autorità, il Ministero dell'Ambiente ha comunicato che l'iter procedimentale ⁴ oggetto della richiesta informativa non era stato avviato. Ha comunicato, altresì, la propria incompetenza in materia di concessioni di "grandi" derivazioni di acque pubbliche per qualunque destinazione d'uso, poiché tale competenza era stata attribuita alle Regioni a statuto ordinario (con D.Lgs. 112/1998- art. 89, comma 1, lett. i) e alle Regioni a statuto speciale, alle Province autonome di Trento e Bolzano, alla Regione Siciliana (con D.Lgs. 153/2010), con la conseguente impossibilità di fornire una relazione illustrativa sulla consistenza degli impianti e loro dislocazione sul territorio nazionale, tenuto conto altresì che le Regioni hanno da tempo disciplinato e regolamentato la materia in argomento.

Considerazioni del Ministero dello Sviluppo Economico

Il Ministero dello Sviluppo Economico ha dato riscontro alla descritta richiesta di informazioni, con una nota acquisita al protocollo dell'Autorità n. 44113 del 20/04/2011.

Con tale nota il Ministero (al pari del Ministero dell'Ambiente) ha comunicato di non disporre di informazioni di dettaglio sui singoli atti concessori, inviando, a tal fine, le statistiche più aggiornate in suo possesso, contenute nel documento denominato "Idroelettrico - Rapporto Statistico 2009", che descrive "il quadro delle principali caratteristiche degli impianti idroelettrici in esercizio in Italia a fine 2009 e della loro distribuzione sul territorio nazionale" ⁵.

La carenza di tali informazioni è stata giustificata dal fatto che la competenza amministrativa per il rilascio delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico è stata attribuita alle Regioni e alle Province autonome (ai sensi dell'art. 11, comma 10, D.Lgs. n. 79/1999 ⁶), al pari della competenza al rilascio dell'autorizzazione unica alla costruzione ed esercizio degli impianti alimentati da fonte rinnovabile (tra cui è ascrivibile l'energia idroelettrica, ai sensi dell'art. 12, comma 3, D.Lgs. 387/2003 ⁷), salvo delega alle Province.

Il Ministero ha, altresì, chiarito che, pur avendo avviato da molto tempo l'iter procedimentale di cui sopra ⁸, il provvedimento non è stato ancora adottato a causa, da ultimo, dell'interruzione dei lavori seguita alla promulgazione della legge n. 122/2010. Tuttavia, già in passato l'iter approvativo aveva subito rallentamenti, inizialmente a causa delle difficoltà nel confronto con le Regioni, successivamente a causa dell'ampliamento dell'istruttoria che è stata estesa all'esame di un articolato generale sul regime giuridico delle concessioni idroelettriche ⁹. Ciononostante, il Ministero ha espresso la necessità di sottoporre al più presto la questione all'attenzione delle Amministrazioni statali e regionali.

Il Ministero, infine, ha presentato una relazione sul regime giuridico delle concessioni e ha illustrato sinteticamente il sofferto percorso normativo e il contenuto della normativa vigente.

L'art. 12 D.Lgs. 79/1999 ha subito varie modifiche, la prima è stata apportata con la L. 266/2005 (art. 1, commi da 483 a 492) a seguito della procedura di infrazione della Commissione europea aperta nel 2004. Successivamente, la citata norma è stata modificata con il D.L. 78/2010, convertito con modificazioni in Legge 10 luglio 2010 n. 122 (art. 15, commi da 6-ter a 6-quinqües), a seguito della sentenza della Corte Costituzionale del 2008 n. 1 ¹⁰ (di cui sopra) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di numerose disposizioni per violazione dell'autonomia legislativa regionale in materia di governo del territorio e di produzione, trasporto e distribuzione dell'energia elettrica.

Il Ministero ha illustrato, quindi, il contenuto dell'art. 15, commi da 6-ter a 6 quinqües, D.L. 78/2010 vigente, su cui tuttavia segnala essere già pendente un contenzioso dinanzi alla Corte Costituzionale promosso con due separati ricorsi dalla Regione Liguria e dalla Regione Emilia Romagna. La Regione Liguria ha impugnato l'art. 15, comma 6-ter, lett. b) e d) e comma 6-quater, D.L. 78/2010, contestandone la legittimità costituzionale per aver previsto proroghe di concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico, in quanto ritenute lesive sia della competenza legislativa concorrente attribuita alle regioni, sia delle competenze amministrative regionali. La seconda, invece, ha presentato ricorso avverso l'art. 15, comma 6-quater, per aver previsto la cedevolezza delle disposizioni statali all'adozione di diverse disposizioni logistiche da parte delle Regioni, in quanto si ritiene che nelle materie concorrenti lo Stato non possa adottare norme di dettaglio, neppure con carattere cedevole.

Il Ministero segnala, in proposito, che il Governo aveva deliberato di resistere in giudizio avverso detti ricorsi, la cui udienza era fissata per l'08.06.2011, e di impugnare, altresì, l'art. 14 della L.R. n. 19/2010 della Regione Liguria che disciplinava l'affidamento delle concessioni idroelettriche e degli impianti ad esse afferenti.

Rappresentava, altresì, il Ministero che la richiamata normativa era all'esame anche della Commissione europea che nel marzo 2011 aveva aperto la procedura d'infrazione n. 2011/2026, avuto riguardo all'applicazione dell'art. 15, comma 6-ter, D.L. 78/2010 (come modificato dalla L. 122/2010), in quanto ritenuta suscettibile di creare problemi di conformità con la libertà di stabilimento garantita dall'art. 49 ¹¹ del Trattato ¹².

Ritenuto in diritto

Con riferimento alla normativa nazionale, le derivazioni d'acqua pubblica per usi idroelettrici hanno ancor oggi il loro riferimento normativo nel Regio Decreto 11 dicembre 1933 n. 1775, recante "Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici", emanato per rispondere alle esigenze di regolamentazione dell'utilizzazione delle acque ai fini della produzione di energia elettrica, iniziata nei primi decenni del secolo scorso in occasione dello sviluppo della produzione industriale.

Il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (cosiddetto «decreto Bersani»), concernente attuazione della direttiva 96/92/CE, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, ha introdotto in Italia la liberalizzazione del mercato dell'energia - che fin dalla nazionalizzazione del 1962 era di fatto monopolistico - prevedendo, fra l'altro, all'articolo 12, una revisione delle scadenze delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico ed un nuovo metodo per

aggiudicare le utenze idriche al momento di tali scadenze, improntato ai principi della concorrenza. Il cosiddetto decreto Bersani ha fissato al 1° aprile 2029 la scadenza delle concessioni per le grandi derivazioni idroelettriche rilasciate a suo tempo a ENEL. Quelle rilasciate ad altri soggetti, scadute o in scadenza entro il 31 dicembre 2010 sono state prorogate di diritto a tale data. Per quelle posteriori al 31 dicembre 2010, i termini di scadenza sono quelli stabiliti dai relativi atti di concessione. Successivamente, la Commissione europea ha aperto una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, contestando la preferenza riservata al concessionario uscente, a parità di offerta, rispetto ad altri concorrenti in caso di rinnovo delle concessioni di produzione di energia idroelettrica, in virtù dell'articolo 12 del citato decreto legislativo n. 79 del 1999.

Aderendo alla tesi della Commissione europea, la legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006), ha eliminato la preferenza per il concessionario uscente prevista dal decreto legislativo n. 79 del 1999. Difatti, ha previsto all'articolo 1, comma 483 (che modifica il suddetto articolo 12 del decreto legislativo n. 79 del 1999), cinque anni prima dello scadere di una concessione di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico, l'indizione diretta da parte dell'amministrazione competente di una gara - nel rispetto della normativa vigente e dei principi fondamentali di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione - per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione per un periodo di durata trentennale. Mentre all'art. 1, comma 485, ha introdotto una sorta di misura compensativa al fine di limitare i danni al patrimonio delle imprese titolari delle concessioni, in deroga a quanto previsto dal decreto legislativo n. 79 del 1999, stabilendo una proroga di dieci anni dei termini di scadenza di tutte le concessioni delle derivazioni idroelettriche, condizionata alla effettuazione di «congrui interventi di ammodernamento degli impianti», come definiti dall'articolo 1, comma 487, della stessa legge n. 266 del 2005.

La procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, pertanto, a seguito dell'entrata in vigore della decritta Legge 23 dicembre 2005 n. 266 è stata archiviata.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 1 del 18 gennaio 2008, si è poi pronunciata in ordine ad una serie di questioni di legittimità costituzionale promosse dalle Regioni Toscana, Piemonte, Campania, Emilia-Romagna e Friuli-Venezia Giulia, avverso la disciplina delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico contenuta nell'articolo 1, commi 483 e ss. della legge finanziaria 2006, dichiarando la parziale illegittimità costituzionale delle modifiche di cui sopra. In particolare, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, comma 483, nella parte in cui non prevede un adeguato coinvolgimento delle Regioni nel procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento di determinazione dei requisiti e parametri per la procedura di gara, in quanto «norma di dettaglio» seppur nell'ambito della competenza concorrente, ex articolo 117 della Costituzione; e si è espressa nel senso dell'illegittimità dell'art. 1, comma 485, per la proroga ivi stabilita e dell'art. 1, comma 486, che prevede l'obbligo per il soggetto titolare della concessione di versare «entro il 28 febbraio per quattro anni, a decorrere del 2006, un canone aggiuntivo unico, riferito all'intera durata della concessione».

In sintesi, il combinato disposto delle norme in materia di grandi derivazioni ad uso idroelettrico di cui al citato decreto legislativo n. 79 del 1999, le modifiche introdotte dalla legge n. 266 del 2005 e la sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2008, hanno determinato una fase di incertezza normativa in merito alle modalità e tempi di gestione degli impianti idroelettrici.

Successivamente, con il Decreto legislativo 7 novembre 2006, n.289 (Nuova norma di attuazione dello statuto speciale della Regione autonoma Trentino-Alto Adige) è stata riconosciuta la potestà provinciale in materia di concessioni di grandi derivazioni idroelettriche e sono stati rimossi contestualmente i profili di incompatibilità con il Trattato. Ne è conseguita l'archiviazione delle procedure d'infrazione e la chiusura del contenzioso costituzionale.

Relativamente alle Province autonome di Trento e Bolzano, si evidenzia, innanzitutto, che la legge della Provincia autonoma di Bolzano, Legge Provinciale n. 7/2006, regolante le concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, conformemente alla legge finanziaria nazionale n.266/2005 - che introduce l'obbligo del ricorso a procedure di gara ad evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni a scopo idroelettrico- stabilisce all'art. 19, comma 2, il principio generale dell'affidamento mediante gara pubblica "nel rispetto dei principi fondamentali di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione". Tuttavia, i successivi commi 6, 7 e 8 dell'art. 19 della citata legge provinciale, prevedono un regime transitorio in forza del quale le richieste di rilascio, proroga e rinnovo, precedenti all'entrata in vigore della L 266/2005 (legge finanziaria 2006), restano disciplinate dalla precedente legge provinciale 11 aprile 2005 n.1 e vengono istruite, quindi, con una procedura di valutazione comparativa basata sui criteri aventi natura qualitativa, di cui all'art. 9 del R.D. 11 dicembre 1933, n.1775 e s.m.i., che lasciano un significativo margine di discrezionalità all'ente concedente (Giunta provinciale di Bolzano), il cui esito di fatto cristallizzerà il mercato fino al 2041. Restano, altresì disciplinate dalla medesima normativa, le procedure concorrenziali per il rilascio della concessione relativa all'impianto Lasa/Martello, scaduta nel 2011 - la cui titolarità è, allo stato, assegnata alla società Hidros s.r.l., impresa costituita tra la Società Elettrica Altoatesina S.p.A. (SEL), controllata dalla Provincia autonoma di Bolzano, e la società Edison S.p.A.- e le domande presentate successivamente all'entrata in vigore della legge finanziaria 2006 e pubblicate sulla GURI e sul BURL Trentino Alto-Adige, prima

dell'entrata in vigore della Legge Provinciale 7/2006. Si evidenzia, come già in precedenza segnalato, che tale regime disciplina, in concreto, le modalità di assegnazione di tutte le concessioni assegnate a Enel Produzione S.p.A. e scadute il 31 dicembre 2010, la cui procedura di rinnovo risultava avviata già nel 2005.

Per quanto riguarda la Provincia autonoma di Trento sussiste una situazione analoga, ancorata alla legge della Provincia Autonoma di Trento 6 marzo 1998, n.4 (così come modificata dalla legge provinciale 21 dicembre 2007 n.23), recante la disciplina a regime dei procedimenti di rilascio delle concessioni di grandi derivazioni di acque pubbliche a scopo idroelettrico, che sono assegnate all'esito di procedure di evidenza pubblica, salva l'applicazione di un regime transitorio che all'art.1 bis, commi da 15-ter a 15 -decies, prevede proroghe decennali per le concessioni in scadenza.

Pare, dunque, che nel descritto iter di adeguamento alla normativa europea e nazionale in materia di concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, le Province autonome di Trento e Bolzano abbiano legiferato aggirando, di fatto, l'obbligo di rendere effettivo il principio di concorrenzialità attraverso procedure di gara ad evidenza pubblica.

L'assenza di siffatte procedure di gara, ai fini dell'accesso all'attività di sfruttamento delle acque pubbliche a scopo di produzione idroelettrica e, pertanto, di una concorrenza tra i candidati potenzialmente interessati, in conformità con i principi di trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità, non è conforme all'art. 49 TFUE.

In tale contesto, il fenomeno delle proroghe concernenti le assegnazioni delle concessioni di grande derivazione d'acqua, ripropone il problema della persistente incompiutezza dei processi di c.d. liberalizzazione. A fronte dell'obbligo dell'apertura del mercato alla concorrenza si sono riscontrate, come in questo caso, resistenze da parte del legislatore e limitazioni al ricorso a procedure di selezione competitiva.

Il fenomeno può essere visto nell'ottica del contemperamento tra l'esigenza di parità di trattamento concorrenziale fra gli operatori e l'esigenza di disporre di un tempo adeguato per lo svolgimento delle gare da parte delle amministrazioni competenti.

Tutto questo anche per consentire alle società concessionarie che hanno eseguito interventi di ammodernamento delle strutture, in virtù della legge finanziaria 2006, e attuato notevoli investimenti per la ristrutturazione e l'adeguamento delle strutture stesse, di ammortizzare tali investimenti.

Rimane la preoccupazione del pericolo reale della sottrazione di fatto al mercato di un importante patrimonio industriale, prevedibilmente a favore delle società partecipate dalle amministrazioni locali che, determinando una "nazionalizzazione" degli impianti idroelettrici, si pone in contrasto con le logiche del mercato dell'elettricità liberalizzato.

Tant'è che l'applicazione, nel caso di specie, delle deroghe alle regole dell'evidenza pubblica ha portato, di fatto, a sottrarre al mercato, per un lasso di tempo anche considerevole, una consistente quota del settore dell'energia idroelettrica, sottrazione che desta preoccupazione anche per la partecipazione alla procedura, già altamente imperfetta, di imprese soggette a controllo esclusivo dell'ente concedente, in evidente conflitto di interessi tra l'ente chiamato a valutare i progetti concorrenti tra i quali quello dell'impresa controllata dallo stesso ente concedente.

Così come sottolineato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel 2009, "Il fenomeno è altrettanto evidente nel caso di imprese a partecipazione mista, che potrebbero ridurre gli incentivi dell'ente concedente ad adottare criteri imparziali nella scelta dei nuovi aggiudicatari. In altri termini, l'impresa comune risulta suscettibile di tradursi in una riedizione del favor nei confronti del concessionario uscente e delle aziende controllate dagli enti locali, che la procedura di infrazione comunitaria aveva chiesto di eliminare"¹³ e che si era dunque tradotta in una modifica normativa in tal senso.

Né può sottacersi la disparità di trattamento che è venuta a crearsi tra le Province autonome ed altre Regioni e la necessità che vengano garantite a livello di Unione Europea le prerogative di reciprocità rispetto ad altri paesi della UE.

In base ai dettami europei, inoltre, onde evitare misure discriminatorie, la concessione rilasciata non dovrebbe avere una durata eccessiva, non dovrebbe essere rinnovata automaticamente o conferire vantaggi al prestatore uscente, a meno che ciò non sia giustificato da una ragione di interesse generale prevista dal Trattato e proporzionato all'obiettivo perseguito.

Il Decreto Legge 31 maggio 2010 n. 78, "recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica", convertito con modificazioni in legge 30 luglio 2010 n.122, ha apportato da ultimo modifiche alla disciplina vigente in materia, prevedendo ipotesi di proroga quinquennale o settennale delle concessioni idroelettriche.

In particolare, le concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico sono regolate dall'art. 12 del D.Lgs. 16.03.1999 n. 79 - "Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica"- nel testo modificato dal D.L. 31.05.2010 n. 78, art. 15, commi da 6-ter a 6 quinquies, convertito in Legge n. 122 del 30.07.2010 ¹⁴, che in estrema sintesi stabiliva:

- comma 6-ter, lett. b)

una proroga di cinque anni dei rapporti concessori in essere, al fine di "consentire il rispetto del termine, per l'indizione delle gare e garantire un equo indennizzo agli operatori economici per gli investimenti effettuati";

- comma 6-ter, lett d)

un'ulteriore proroga di sette anni (per complessivi dodici anni) per le concessioni in vigore al 31 dicembre 2010 ¹⁵, ricadenti in tutto o in parte nei territori di alcune province del nord Italia ¹⁶, qualora i concessionari uscenti conferiscano le proprie concessioni, anteriormente alla pubblicazione del relativo bando di gara, a società per azioni a composizione mista pubblico-privata secondo determinate soglie, fermo in tal caso l'obbligo di individuare gli eventuali soci delle società a controllo provinciale mediante procedure competitive ¹⁷;

- comma 6-ter, lett. c)

un provvedimento del MiSE, di concerto con il MATTM, previa intesa con la Conferenza unificata, da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, avente ad oggetto la definizione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri e i termini concernenti la procedura di gara, tenendo conto dell'interesse strategico degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e del contributo degli impianti idroelettrici alla copertura della domanda e dei picchi di consumo;

- comma 6-ter, lett e)

qualora alla data di scadenza di una concessione non sia ancora concluso il procedimento per l'individuazione del nuovo concessionario, la permanenza della concessione in capo al gestore uscente fino al subentro dell'aggiudicatario della gara, alle stesse condizioni contrattuali stabilite dalle normative e dal disciplinare di concessione vigenti;

- comma 6-quater

la validità delle disposizioni sopra riportate fino all'adozione di diverse disposizioni legislative da parte delle Regioni;

- comma 6-quiquies

le somme incassate dai comuni e dallo Stato, a titolo di versamento dei canoni aggiuntivi unici, sono definitivamente trattenute dagli stessi Comuni e dallo Stato.

La rappresentata normativa prevede ancora alcune forme di preferenza nei confronti del concessionario uscente, che appaiono incompatibili con l'obbligo imposto dalla normativa generale, di attivare procedure di selezione competitiva. Di fatto, con la previsione della facoltà di proroga di tutte le concessioni in essere, traspare l'intento del legislatore nazionale di contemperare l'esigenza di parità di trattamento concorrenziale fra gli operatori, con l'esigenza di consentire alle amministrazioni competenti di adeguarsi al nuovo assetto secondo tempi appropriati, al fine di facilitare la transizione al nuovo assetto concorrenziale senza peraltro sacrificare altri e diversi importanti interessi pubblici.

Tuttavia, e proprio in virtù di ciò, la proroga avrebbe dovuto essere circoscritta unicamente alle concessioni in scadenza che non avessero a disposizione un lasso temporale congruo rispetto all'esigenza di rispettare i termini imposti dal decreto Bersani per l'effettuazione delle gare. In tale prospettiva, la proroga quinquennale avrebbe dovuto valere unicamente ed esclusivamente per le concessioni scadute al 31 dicembre 2010. Solo per queste, infatti, essa appariva utile allo svolgimento delle gare e proporzionata, almeno in linea di principio, alle effettive esigenze di recupero degli investimenti. Nella medesima prospettiva, le concessioni scadute e in scadenza dal 2011 al 2015, avrebbero dovuto essere prorogate non oltre il 2015, così da garantire un lasso di tempo idoneo all'organizzazione delle procedure di gara secondo quanto previsto dal decreto Bersani. In tal senso, si era espressa anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in fase di conversione in legge del citato decreto ¹⁸, ritenendo ingiustificata l'estensione di una proroga oltre i suddetti limiti, considerata l'esistenza di un lasso temporale più che congruo sia per l'organizzazione della gara, sia per il recupero degli investimenti che, qualora residuassero, potrebbero essere posti a base d'asta nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del nuovo concessionario.

La proroga ulteriore di sette anni, di cui all'art.15, comma 6-ter, lett. d) del D.L. n.78/2010, operando

sul nuovo termine di scadenza delle concessioni, come determinato a seguito dell'applicazione della proroga quinquennale di cui al comma 1-bis dell'art.12 del d.lgs. n.79/1999, accorderebbe agli operatori interessati una proroga complessiva di 12 anni, non trovando alcuna giustificazione in ragioni di interesse generale. Essa, peraltro, andrebbe ad esclusivo beneficio di operatori localizzati in alcune province del Nord, operando discriminazioni tra operatori situati in diversi ambiti geografici. In più, la prevista costituzione di società miste tra concessionario uscente e gli enti locali e/o società di enti locali, si tradurrebbe in una reintroduzione del favor riconosciuto al concessionario uscente, già oggetto di procedure di infrazione europeo, con la conseguente necessità di modifiche normative tese all'eliminazione di tale preferenza.

Tale normativa e con esse le proroghe in commento, sono state superate in esito al contenzioso instauratosi dinanzi la Corte Costituzionale ¹⁹, conclusosi con la sentenza n. 205 del 13 luglio 2011.

Con tale sentenza la Corte si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalle Regioni Liguria ed Emilia Romagna, in relazione all'art. 15, comma 6-ter, lett. b) e d), e comma 6-quater del D.L. 78/2010, lasciando "riservata a separate pronunce la decisione sulle impugnazioni delle altre disposizioni contenute nel suddetto decreto-legge n. 78 del 2010".

La Suprema Corte ha, dunque, dichiarato fondate le questioni sollevate dalla Regione Liguria, dichiarando così l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 6-ter, lettere b) e d) nonché dell'art. 15, comma 6-quater del D.L. 78/2010 "nella parte in cui prevede che le disposizioni del comma 6-ter, lettere b) e d), si applicano fino all'adozione di diverse disposizioni legislative da parte delle Regioni, per quanto di loro competenza".

Afferma la Suprema Corte che le disposizioni di cui al citato art. 15, comma 6-ter, lett. b) e d), D.L. 78/2010, attengono alla durata e alla programmazione delle concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico e conseguentemente sono ascrivibili alla materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", attribuita alla competenza legislativa concorrente ex art. 117, comma 3, Cost. e si configurano come norme di dettaglio poiché pongono "un precetto specifico e puntuale". Con ciò, la Corte ha ribadito le conclusioni cui era pervenuta con la già richiamata sentenza n. 1 del 2008 ²⁰, per disposizioni analoghe a quelle in esame, affermando espressamente che a nulla vale (a garantire la legittimità costituzionale) l'aver previsto la "cedevolezza" della normativa in esame, rendendola applicabile sino all'adozione di diverse disposizioni legislative da parte delle Regioni, per quanto di loro competenza (ex art. 15, comma 6-quater, D.L. 78/2010), posto che la Suprema Corte ritiene che non sussista in concreto, nelle more dell'adozione della normativa regionale, l'esigenza (invocata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri) di colmare il vuoto legislativo nell'applicazione di principi fondamentali statali.

Ritiene, inoltre, la Corte Costituzionale che le norme impugnate siano incoerenti con i principi generali di temporaneità delle concessioni e apertura della concorrenza stabiliti dalla legislazione statale e appaiono in contrasto con i principi europei in quanto "seppure per un periodo temporaneamente limitato, **esse impediscono l'accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori**" (in tal senso, si richiamano anche precedenti sentenze della Corte nn. 340, 233 e 180 del 2010).

In conclusione, la Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittime le proroghe di cinque anni dei rapporti concessori in essere, disposte al fine di "consentire il rispetto del termine, per l'indizione delle gare e garantire un equo indennizzo agli operatori economici per gli investimenti effettuati" (art. 15, comma 6-ter, lett. b) D.L. 78/2010) e quelle di ulteriori sette anni per le concessioni in vigore al 31 dicembre 2010 ²¹, ricadenti in tutto o in parte nei territori di alcune province del nord Italia, alle condizioni tutte ivi previste, in attuazione dell'art. 44 Cost. e allo scopo di sperimentare forme di compartecipazione territoriale nella gestione della risorsa (art. 15, comma 6-ter, lett. d), D.L. 78/2010).

Per quanto concerne la problematica relativa all'affidamento a società miste o partecipate, essa non può essere vista che nell'ambito di una disciplina de iure condendo. Nel momento in cui il mercato sarà regolato, a regime, da norme settoriali pienamente conformi ai principi dell'evidenza pubblica, il ruolo dell'ente pubblico come operatore nel settore potrà diversamente atteggiarsi a seconda della funzione che l'ente intenderà svolgere, quale gestore di un servizio pubblico o quale soggetto operante come soggetto privato sulla base del generale riconoscimento in capo all'ente della capacità negoziale di diritto privato, atteso che l'attività di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili si inquadra nella disciplina generale della produzione di energia elettrica ed è attività libera, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico, ai sensi dell'art.1 del d.lgs. n.79 del 1999, cui si accede in condizioni di uguaglianza, senza discriminazioni nelle modalità, condizioni e termini per il suo esercizio.

Così come chiarito nelle Linee Guida MSE ²² per le fonti rinnovabili, approvate in sede di Conferenza unificata l'8 luglio 2010 ed emanate con D.M. 10/09/2010, "Ai sensi dell'ordinamento comunitario e nazionale, non possono essere indette procedure pubblicistiche di natura concessoria aventi ad oggetto l'attività di produzione di energia elettrica, che è attività economica non riservata agli enti

pubblici e non soggetta a regime di privativa. Restano ferme le procedure concorrenziali per l'attribuzione delle concessioni di derivazione d'acqua e per l'utilizzo dei fluidi geotermici" (articolo 1, 1.3 delle Linee Guida), mentre "le sole Regioni possono porre limitazioni e divieti in atti di tipo programmatico o pianificatorio"(articolo 1, 1.2 delle Linee Guida) ²³ .

Particolarmente indicate, pertanto, sono da ritenere le forme di partenariato pubblico-privato, formula con la quale si fa riferimento nel diritto europeo alle "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio".

A livello normativo nazionale, la legge 24 dicembre 2007, n.244 (legge finanziaria 2008), all'art.3, comma 27, successivamente modificato dalla legge n.69 del 2009, ha previsto, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, che le amministrazioni di cui all'art.1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, non possono costituire società aventi per oggetto produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie al perseguimento dei propri fini istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E' sempre ammessa, invece, la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.

In estrema sintesi, la competenza a rilasciare concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico è attribuita alle Regioni e alle Province autonome (ai sensi dell'art. 12, comma 10, D.Lgs. 79/1999), rinviandosi ad un successivo decreto legislativo la relativa disciplina attuativa ²⁴ . A decorrere dal 1° gennaio 2006, per le amministrazioni competenti, vige l'obbligo di indire una gara ad evidenza pubblica per l'attribuzione a titolo oneroso delle concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico di durata trentennale, 5 anni prima della scadenza e/o decadenza, rinuncia, revoca delle stesse (ai sensi dell'art. 12, comma 1, D.Lgs. 79/1999); qualora alla data di scadenza di una concessione non si sia ancora concluso il procedimento per l'individuazione del nuovo concessionario, è consentito al concessionario uscente di proseguire nella gestione della derivazione fino al subentro dell'aggiudicatario della gara, alle stesse condizioni stabilite dalle normative e dal disciplinare di concessione vigenti (secondo il novellato art. 12, comma 8-bis, D.Lgs. 79/1999).

Permane, pertanto, in capo al Ministero dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del mare, previa intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali e Conferenza unificata (ai sensi del novellato art. 12, comma 2, D.Lgs. 79/1999, in quanto non modificato dalla sentenza costituzionale di cui ampiamente sopra), l'obbligo di determinare con proprio provvedimento "i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri ed i termini concernenti la procedura di gara, tenendo conto dell'interesse strategico degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e del contributo degli impianti idroelettrici alla copertura della domanda e dei picchi di consumo", entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della disposizione; quindi entro il 1° gennaio 2011.

Infine, ai sensi dell'art. 12, comma 6, D.Lgs. 79/1999, le concessioni rilasciate ad ENEL S.p.A. scadono nel 2029 mentre per le concessioni rilasciate ad altri operatori, scadute alla data del 01/04/1999 o alla data del 31 dicembre 2010, la proroga ex lege è scaduta il 31/12/2010 (ai sensi dell'art. 12, comma 7, D.Lgs. 79/1999, sin dalla stesura originaria) ed esse non sono più prorogabili per effetto della citata sentenza della Corte Costituzionale.

Tali proroghe risultano, infatti, contrarie ai principi di economicità, trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione e sottraggono la gestione delle grandi derivazioni de quo al confronto concorrenziale.

Occorre, dunque, da un lato prendere atto del frammentario quadro normativo vigente e della difforme regolamentazione di procedure autorizzatorie sin qui attuata da parte delle Regioni, che consentono tempi di proroga eccessivamente dilatati, aventi ricadute negative sulla effettiva concorrenzialità del mercato dell'energia idroelettrica. Dall'altro è opportuna l'attuazione da parte dei Ministeri competenti del provvedimento volto alla determinazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi, dei parametri e termini concernenti la procedura di gara relativa alle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico.

Ciò in considerazione del fatto che i termini imposti dalla legge per l'adozione del predetto provvedimento sono scaduti e che lo stesso è di rilevante importanza per l'indizione delle gare d'appalto; il relativo iter procedimentale pur essendo stato avviato non è stato, infatti, portato a conclusione. Al fine della ricostruzione dello stato attuale delle concessioni in esame occorre, inoltre,

tenere in considerazione il fatto che sebbene le concessioni scadute non siano prorogabili, la legge prevede che se alla data di scadenza della concessione “non sia ancora concluso il procedimento per l’individuazione del nuovo gestore” (ex art. 15, comma 6-ter, lett.e), D.L. 78/2010), al concessionario uscente è consentito proseguire nella gestione della derivazione fino al subentro dell’aggiudicatario della gara. Si ritiene, pertanto, che alle stazioni appaltanti, in assenza del descritto provvedimento, manchino gli elementi previsti dal citato art. 15, comma 6 ter, lett. e del D.L. n. 78/2010 per procedere all’indizione di gare d’appalto; la mancata adozione dello stesso da parte dei citati Ministeri avrebbe effetti fortemente limitativi della concorrenza su tutto il mercato, nazionale e europeo.

Giova da ultimo ricordare che la gestione di grandi derivazioni d’acqua a scopo idroelettrico, si pone quale fonte energetica rinnovabile e che in tale contesto “La promozione di energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili (FER) figura tra le priorità dell’Unione europea per motivi di sicurezza e di diversificazione dell’approvvigionamento energetico, di protezione ambientale, nonché per ragioni legate alla coesione economica e sociale, come da ultimo ribadito con l’adozione della direttiva 2009/28/CE del 23 aprile 2009 sulla “Promozione dell’uso di energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle Direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE”, come sottolineato dall’Autorità nella propria relazione annuale 2010 al Parlamento.

Il Consiglio

In base a quanto sopra considerato, sulla base delle valutazioni sopra riferite:

- invita le Province autonome di Trento e di Bolzano a rivisitare il sistema concessorio in atto concernente le grandi derivazioni ad uso idroelettrico che è in palese contrasto con i principi di cui all'art. 2 del codice dei contratti pubblici ed in particolare della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, nonché dell’economicità; tale rivisitazione può essere attuata anche attraverso una modifica delle disposizioni normative, nel senso di contenere le proroghe delle concessioni scadute e in scadenza, valutate nei singoli casi alla luce dei diversi interessi coinvolti, entro limiti di durata ristretti, onde consentire una graduale ma rapida transizione al nuovo assetto concorrenziale, garantendo tempi congrui all’organizzazione delle procedure di gara ad evidenza pubblica, secondo quanto previsto dal Decreto Bersani, rilevando inoltre la contrarietà ai principi europei delle ulteriori proroghe quinquennale e settennale di cui all’art. 15, comma 6-ter, lett. b) e d), del D.L. n. 78/2010, così come convertito dalla legge 30 luglio 2010 n. 122, che complessivamente porta a 12 anni la proroga per gli operatori di alcune provincie del Nord;
- invita le Province autonome di Trento e di Bolzano a rendere edotta l’Autorità delle iniziative che saranno adottate in attuazione della presente deliberazione, entro trenta giorni dalla ricezione della stessa ai sensi dell’art. 6 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;
- auspica che il Ministero dello Sviluppo economico, di concerto con il Ministero dell’Ambiente e previa intesa con la Conferenza unificata Stato-Regioni, proceda alla sollecita adozione del provvedimento ex art. 12, comma 2, D.Lgs. 79/1999, volto a determinare i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri e i termini concernenti la procedura di gara relativa alle concessioni di grandi derivazioni d’acqua a scopo idroelettrico.
- dispone di inviare la presente deliberazione all’Ufficio Relazioni Internazionali e Comunitarie affinché la trasmetta al Dipartimento per il Coordinamento delle Politiche europee presso cui è pendente il caso n. 965/10/MARK del Progetto Pilota per la corretta applicazione del diritto europeo, per il relativo inoltro alla Commissione Europea.

Il Consigliere Relatore Luciano Berarducci

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 aprile 2012

Il Segretario Maria Esposito

1 Legge della Provincia autonoma di Bolzano 11 aprile 2005, n.1 che consentiva il rinnovo delle concessioni al di fuori di procedure di gara ad evidenza pubblica.

2 Recante “misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”; in tale normativa sono previste, infatti, ipotesi di proroga quinquennale o settennale delle concessioni idroelettriche.

3 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica (pubblicata nella Gazz. Uff. 30 luglio 2010, n. 176, S.O.).

4 Relativo alla “determinazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri ed i termini concernenti la procedura di gara” previsto dall’art.15, comma 6-ter, D.L. 78/2010, convertito con modificazioni in L. 122/2010 (che ha modificato l’art. 12, comma 2, D.Lgs. 79/1999).

5 Il documento è stato redatto dall'Unità Statistiche del GSE - Gestore Servizi Energetici.

6 Il Decreto legislativo n. 79 del 1999, Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

7 Il decreto legislativo n. 387/2003, Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità.

8 L'iter procedimentale è finalizzato all'adozione del provvedimento per la determinazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri e i termini concernenti le procedure di gara per l'attribuzione delle concessioni idroelettriche, in attuazione dell'art. 12, comma 2, del d.lgs. n.79/1999.

9 Il Ministero dello Sviluppo economico precisa che l'articolato è stato predisposto dal coordinamento regionale e discusso in alcune riunioni presso la Conferenza Unificata a fine anno 2009.

10 Riferisce il Ministero dello Sviluppo Economico che la Corte Costituzionale con tale sentenza si è pronunciata a seguito dell'impugnazione della legge 266/2005 da parte di talune Regioni, per violazione dei principi in tema di riparto della potestà legislativa ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di numerose disposizioni per violazione dell'autonomia legislativa regionale in materia di governo del territorio e di produzione, trasporto e distribuzione dell'energia elettrica.

11 Trattato "Sul funzionamento dell'Unione europea" pubblicato nella G.U.U.E. 9 maggio 2008 n. C 115 (versione in vigore dal 1° dicembre 2009), che contiene la versione consolidata del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, così come modificato dal Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 a Lisbona, che ha così ridenominato il trattato che istituisce la Comunità europea del 25.03.1957.

12 Riferisce, altresì, il Ministero dello Sviluppo Economico che la stessa norma era stata già oggetto di esame da parte della Commissione europea, nell'ambito del progetto pilota, che aveva aperto il caso 1365/10/MARK e a richiedere informazioni, proprio al fine di evitare l'avvio della procedura di infrazione, oggi aperta.

13 Parere AS 650 del 30 dicembre 2009.

14 Tale norma non riguarda le concessioni di piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, il cui rilascio è stato attribuito alla competenza delle Regioni e delle Province autonome, dall'art. 13 D.P.R. n. 8 del 1972. In tal senso, Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza n. 2523 del 04/02/2008. Per una più ampia disamina cfr. Samuel Cornella, "La proroga delle concessioni di grande derivazione e apertura al mercato del comparto idroelettrico", in Giornale Dir. Amm., 2011, 7, 795.

15 Anche se già in regime di *prorogatio* ai sensi dell'art. 12, comma 7, del D.Lgs. 79/1999 (cfr. nota del Ministero dello Sviluppo Economico).

16 Il Ministero dello Sviluppo Economico specifica essere le province di Como, Sondrio, Brescia, Verbania, Belluno.

17 Il Ministero dello Sviluppo Economico segnala, altresì, che tale misura è prevista in attuazione dell'art. 44 Cost. (provvedimenti a favore delle zone montane) e allo scopo di sperimentare forme di compartecipazione territoriale nella gestione della risorsa.

18 Parere AS 730 del 23.07.2010, reso in sede di conversione del D.L. n.78/2010.

19 Il contenzioso è stato illustrato dal Ministero dello Sviluppo Economico, che pure aveva comunicato la fissazione dell'udienza di discussione per la data dell'8 giugno 2011.

20 L'art. 1, commi 483 e ss., L. 266/2005.

21 La proroga in questi casi potrà essere, quindi, di complessivi dodici anni.

22 D.M. 10/09/2010 del Ministero per lo Sviluppo Economico, pubblicato in G.U. del 18/09/2010 n. 219 "Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili". Cfr. anche AVCP, Determinazione n. 6 del 26/10/2011 " *Linee guida per l'affidamento della realizzazione di impianti fotovoltaici ed eolici* " che pone tra i riferimenti normativi entrambi i decreti attuativi della normativa comunitaria, il D.Lgs. 287/2003 e il D.Lgs. 28/2011.

23 La Corte costituzionale, con sentenza 17-21 ottobre 2011, n. 275 (Gazz. Uff. 26 ottobre 2011, n. 45 - Prima serie speciale), ha dichiarato che non spettava allo Stato imporre alle Province autonome di Trento e di Bolzano di conformarsi alle disposizioni di cui al punto 1.2. delle Linee Guida MSE e per l'effetto ha annullato il punto citato, limitatamente alle parole «e le Province autonome».

24 Alle Regioni e agli enti locali competenti per territorio spettavano, ex artt. 86 e 89 D.Lgs.

112/1998, la gestione dei beni del demanio idrico e le funzioni relative alla gestione del demanio idrico, ivi comprese tutte le funzioni amministrative relative alle derivazioni di acqua pubblica. Cfr. in tal senso, Cass. Civ., Sez. Un., sentenza n. 4550 del 25.02.2010.