

Sentenza: 5 aprile 2023, n. 102

Materia: energia, concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico

Parametri invocati: art. 117, comma primo, Cost in relazione all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, e comma secondo, lettera e), Cost., con riguardo alla materia "tutela della concorrenza".

Giudizio: in via principale

Ricorrenti: Presidente del Consiglio dei Ministri

Oggetto: legge della Regione Abruzzo 9 giugno 2022, n. 9, recante "Disciplina modalità di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche d'acqua a 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)", articolo 2.

Esito: illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Abruzzo 9 giugno 2022, n. 9, recante "Disciplina modalità di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche d'acqua a 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)".

Estensore nota: Anna Traniello Gradassi

Sintesi:

Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2022, per violazione dell'art. 117, commi primo, in relazione all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, nonché secondo, lettera e), Cost., con riguardo alla materia "tutela della concorrenza", in relazione all'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999.

L'art. 2, comma 1, primo periodo, della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2022 stabilisce che le disposizioni della medesima legge non si applicano "alle grandi concessioni di derivazione idroelettrica volte a soddisfare per almeno l'80 per cento il consumo energetico annuo del soggetto autoproduttore, come definito dall'articolo 2, comma 2, del d.lgs. 79/1999". Quest'ultimo inciso è stato così sostituito dall'art. 8, comma 1, lettera a), della legge reg. Abruzzo n. 37 del 2022, il quale ha previsto che "al comma 1 dell'articolo 2 le parole "secondo quanto disposto" sono sostituite con le seguenti: "come definito".

Il secondo periodo (sempre del comma 1) prescrive, inoltre, che "il mancato rispetto della percentuale di cui al presente comma per due annualità del triennio di riferimento comporta la decadenza dal diritto a derivare e a utilizzare l'acqua pubblica a fini idroelettrici per autoproduzione".

Di seguito, il comma 2 dell'articolo impugnato statuisce che, alle concessioni sottratte al campo di applicazione della legge ai sensi del comma 1, si applicano le disposizioni di cui al Regolamento emanato con decreto del Presidente della Giunta regionale 13 agosto 2007, n. 3/Reg. (Disciplina dei procedimenti di concessione di derivazione di acqua pubblica, di riutilizzo delle acque reflue e di ricerche di acque sotterranee) in materia di rilascio e/o rinnovo delle concessioni di derivazione d'acqua pubblica. L'art. 8, comma 1, lettera b), della citata legge reg. Abruzzo n. 37 del 2022 ha soppresso alla fine di quest'ultimo periodo la frase: "a scopo idroelettrico che, per le grandi derivazioni destinate all'autoproduzione, costituiscono l'attuazione di quanto delegato al legislatore regionale dall'articolo 12 del d.lgs. 79/1999".

Sempre l'art. 2, comma 2, della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2022 prosegue poi disponendo che, "nel caso in cui pervengano più domande concorrenti di derivazione d'acqua a scopo idroelettrico, a parità di condizioni è preferita quella volta a soddisfare il maggior fabbisogno

energetico utile all'esercizio delle attività produttive del soggetto richiedente con riferimento al fabbisogno già esistente alla data della richiesta di rilascio e/o rinnovo”.

Infine, il comma 3 della medesima previsione impugnata vieta all'autoproduttore, titolare della concessione, di trasferire l'utenza, salvo il caso di nulla osta al trasferimento dell'azienda o del ramo di azienda, e contempla la decadenza automatica dalla concessione in caso di cessazione definitiva dell'attività produttiva cui è asservita.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ritiene che l'articolo impugnato violi due parametri costituzionali.

In primo luogo, la disposizione impugnata si porrebbe in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, che, con riferimento alle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche, avrebbe trovato attuazione nell'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999.

Ad avviso dell'Avvocatura generale dello Stato, sia la previsione di cui alla direttiva europea sia quella nazionale di implementazione non riconoscerebbero, a favore all'autoproduttore, alcuna deroga al regime disposto per il rilascio delle concessioni.

In secondo luogo, l'art. 2 della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2022 violerebbe, secondo il ricorrente, la competenza legislativa statale esclusiva prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., nella materia “tutela della concorrenza”, in quanto escluderebbe l'autoproduttore dal rispetto delle procedure contemplate dall'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999 a difesa della concorrenza per il mercato.

La Corte ritiene fondata la questione.

Il legislatore statale, nell'esercizio della propria competenza esclusiva nella materia “tutela della concorrenza”, ha disciplinato la concessione delle grandi derivazioni idroelettriche all'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999, nella formulazione risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 11-quater, comma 1, lettera a), del d.l. n. 135 del 2018, come convertito, demandando alle regioni il compito di regolare la loro assegnazione nel rispetto di criteri puntualmente definiti dallo Stato.

In particolare, l'art. 12, comma 1-bis, del d.lgs. n. 79 del 1999 dispone che le regioni, ove non ravvisino un prevalente interesse pubblico a un diverso uso delle acque, incompatibile con il mantenimento dell'utilizzo a fine idroelettrico, possano assegnare le concessioni di grandi derivazioni idroelettriche: i) a operatori economici individuati attraverso l'espletamento di gare con procedure a evidenza pubblica; ii) a società a capitale misto pubblico privato, nelle quali il socio privato venga scelto sempre attraverso l'espletamento di gare con procedure a evidenza pubblica; iii) a operatori economici selezionati tramite le procedure di cui agli artt. 179 e seguenti del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) in materia di partenariato pubblico privato.

Al comma 1-ter, anch'esso frutto dell'interpolazione operata dal d.l. n. 135 del 2018, come convertito, il medesimo art. 12 prevede che le regioni disciplinino a) le modalità per lo svolgimento delle procedure di assegnazione di cui al comma 1-bis; b) i termini di avvio delle procedure di cui al comma 1-bis; c) i criteri di ammissione e di assegnazione; d) la previsione che l'eventuale indennizzo è posto a carico del concessionario subentrante; e) i requisiti di capacità finanziaria, organizzativa e tecnica adeguata all'oggetto della concessione richiesti ai partecipanti e i criteri di valutazione delle proposte progettuali, prescrivendo il rispetto dell'ordinamento dell'Unione europea e degli accordi internazionali, nonché dei principi fondamentali dell'ordinamento statale e delle disposizioni di cui al presente articolo.

L'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999, come modificato e integrato, è certamente ascrivibile all'ambito materiale [...] della concorrenza “per il mercato” (sentenza n. 259 del 2022), in quanto è volto a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (ex plurimis, sentenze n. 44 del 2023, n. 112 e n. 4 del 2022, n. 56 del 2020 e n. 137 del 2018; nello stesso senso, sentenza n. 259 del 2022).

La sua disciplina, caratterizzata dall'individuazione di procedure tipiche di assegnazione, dall'indicazione di dettagliati criteri-guida e dalla fissazione di stringenti termini di attuazione, decorsi i quali interviene in sostituzione lo Stato conferma che l'attribuzione alle regioni di poteri

regolatori opera solo entro i ristretti limiti definiti dalla legge statale. La fase dell'assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche, che afferisce alla materia tutela della concorrenza, resta, dunque, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. (sentenza n. 259 del 2022).

Un simile approdo interpretativo è ulteriormente confermato da quanto era stato già puntualizzato dalla Corte con la sentenza n. 117 del 2022. La Corte, infatti, aveva precisato che, in sede di assegnazione delle concessioni, “permangono inalterate, almeno a livello di principio, le ragioni in favore di una regolazione uniforme degli aspetti più rilevanti della materia. Esse riguardano, certamente, il rispetto dei vincoli europei quanto all'affidamento (anche) a privati di beni e servizi pubblici, perché la tutela effettiva della concorrenza e della trasparenza rappresenta un interesse primario dell'Unione europea, come dimostrato dalla specifica legislazione comunitaria nella materia della produzione di energia elettrica” (sentenza n. 117 del 2022).

Va, dunque, senza dubbio ribadita la linea interpretativa rinvenibile nelle pronunce della Corte, la quale ha sempre ricondotto la disciplina dei procedimenti di selezione del concessionario all'ambito della “tutela della concorrenza”, senza trovare ostacolo nel loro inerire allo specifico settore energetico (ancora sentenza n. 259 del 2022; in senso analogo, sentenze n. 117 del 2022, n. 28 del 2014, n. 339 del 2011 e n. 1 del 2008).

In questa cornice normativa e giurisprudenziale di riferimento, la Corte evidenzia il contrasto dell'art. 2 della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2022 con il parametro costituzionale attributivo della competenza legislativa statale esclusiva nella materia “tutela della concorrenza”.

In particolare, la disposizione impugnata esclude dal raggio applicativo della legge regionale, che disciplina le “modalità di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche”, in attuazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999, le concessioni che soddisfino per almeno l'ottanta per cento il consumo energetico annuo dell'autoproduttore.

Senonché, nell'ambito della legislazione statale, l'autoproduzione non consente di derogare al rispetto delle procedure finalizzate a garantire la concorrenza per il mercato.

L'autoproduttore, definito dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 79 del 1999, è oggetto di una disciplina (artt. 2, comma 6, e 14, comma 2, del citato decreto legislativo) che risponde alla mera esigenza di individuare un possibile “cliente idoneo”, vale a dire, ai sensi del richiamato art. 2, comma 6, un soggetto ascrivibile a coloro che hanno la capacità di stipulare contratti di fornitura con qualsiasi produttore, distributore o grossista, sia in Italia sia all'estero.

Per converso, la qualifica di autoproduttore non riveste alcun significato rispetto alla possibile acquisizione del ruolo di concessionario e, pertanto, non giustifica la deroga al rispetto delle procedure indicate dall'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999, a tutela della concorrenza.

Da ultimo, sotto il profilo del ruolo che l'autoproduttore riveste sul mercato, occorre evidenziare che la disposizione regionale riferisce l'autoconsumo al fabbisogno energetico utile all'esercizio delle attività produttive del soggetto richiedente, avendo, pertanto, riguardo a un operatore economico che destina l'energia idroelettrica a sue attività produttive di beni o servizi finalizzati al mercato. A ciò si aggiunga che la stessa energia prodotta in eccedenza rispetto all'autoconsumo è parimenti destinata al mercato.

Se, dunque, l'utilizzazione per la propria attività d'impresa dell'energia autoprodotta non giustifica l'assegnazione della concessione senza il rispetto delle procedure attuative dell'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999, analogamente non riveste alcun rilievo, al fine di confutare la lesione della competenza legislativa statale esclusiva nella materia “tutela della concorrenza”, la circostanza che l'art. 2, comma 2, della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2022 stabilisca che si applichi alla citata fattispecie il regolamento emanato con il decreto del Presidente della Giunta regionale n. 3 del 2007.

Tale fonte secondaria prevede, infatti, una procedura selettiva profondamente diversa da quelle indicate dall'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999, tant'è che il medesimo regolamento, all'art. 45, esclude espressamente che la sua disciplina possa trovare applicazione alle grandi derivazioni idroelettriche, per le quali stabilisce che debba operare il disposto del citato art. 12. Ne discende un'incongruenza di sistema, che vede la disposizione impugnata riferire alle concessioni di grandi

derivazioni idroelettriche, destinate per l'ottanta per cento al consumo dell'autoproduttore, la disciplina del regolamento regionale, laddove quest'ultimo esclude dal suo raggio applicativo proprio le concessioni di grandi derivazioni idroelettriche.

In ogni caso, anche a prescindere dall'intrinseca incoerenza che si ravvisa nel raccordo fra la disposizione impugnata e il regolamento regionale, una volta ricondotta l'assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche alla competenza legislativa statale esclusiva nella materia "tutela della concorrenza", con le ricordate implicazioni che ne derivano in termini di uniforme regolazione su tutto il territorio nazionale, è dirimente constatare che l'art. 2 della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2022 adotta una disciplina espressamente ed effettivamente contrastante con quella dettata dall'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999.

Le previsioni regolamentari, cui fa rinvio la norma regionale, disegnano una procedura che prende avvio con la domanda dell'interessato e con la successiva pubblicazione dell'ordinanza di istruttoria nel Bollettino Ufficiale della Regione Abruzzo (art. 14 del regolamento), cui segue la possibile presentazione di domande concorrenti (artt. 15 e seguenti del regolamento). Quanto ai criteri di assegnazione della concessione, lo stesso art. 2, comma 2, della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2022 stabilisce, sul generico presupposto della parità di condizioni, che la preferenza vada accordata alla domanda volta a soddisfare il maggior fabbisogno energetico utile all'esercizio delle attività produttive del soggetto richiedente con riferimento al fabbisogno già esistente alla data della richiesta di rilascio e/o rinnovo.

Per converso, il legislatore statale, all'art. 12, comma 1-ter, lettera a), del d.lgs. n. 79 del 1999, assegna alle regioni il compito di regolare le modalità per lo svolgimento delle procedure di assegnazione, riferendosi a quelle di cui al comma 1-bis. E quest'ultimo contempla esclusivamente le procedure a evidenza pubblica, volte a individuare o direttamente il concessionario o il socio privato della società a capitale misto pubblico privato concessionaria, oppure quelle di cui agli artt. 179 e seguenti cod. contratti pubblici, in materia di partenariato pubblico privato.

In definitiva, la peculiare procedura delineata dalla disciplina regionale, che, fra l'altro, posticipa la pubblicità relativa al suo avvio e adotta un criterio preferenziale a vantaggio di chi destina l'energia prevalentemente al fabbisogno della propria attività produttiva, non trova alcuna corrispondenza nelle procedure indicate dal legislatore statale all'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999 e, pertanto, si colloca al di fuori del perimetro definito dal legislatore statale.

Di conseguenza, la disposizione impugnata, non priva di elementi di intrinseca contraddittorietà nel raccordo con il regolamento regionale cui la stessa fa rinvio, si pone in contrasto con il parametro costituzionale attributivo della competenza legislativa statale esclusiva nella materia "tutela della concorrenza".

L'art. 2 della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2022, che disciplina in tutti i suoi commi la fattispecie della prevalente autoproduzione, volta a escludere le grandi concessioni di derivazione idroelettrica dall'applicazione della normativa attuativa dell'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999, è dunque costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.