

## DDL ASSEGNAZIONE DELLE GRANDI DERIVAZIONI AD USO IDROELETTRICO

### REGIONE EMILIA ROMAGNA

#### 1. Premessa

Con il DDL in esame la Regione Emilia Romagna intende dare attuazione all'art. 11 quater ("Art. 11 Quater") del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 ("D.L. Semplificazione") che incidendo sensibilmente sulla formulazione dell'art. 12 ("Art. 12") del D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 ("D.lgs. n. 79/1999"):

- non ha riprodotto espressamente il principio del trasferimento dell'onnicomprendività del ramo d'azienda relativo alla concessione;
- per le Opere di cui all'Art. 25, c. 1, ha previsto il trasferimento senza compenso alla Regione in stato di regolare funzionamento, fatto salvo il riconoscimento eventuale - limitatamente agli investimenti previsti dall'atto di concessione o comunque autorizzati dal concedente - di un indennizzo per la parte di bene non ammortizzato, pari al valore non ammortizzato;
- per le Opere di cui all'Art. 25, c. 2, ha richiamato l'applicazione della disciplina dell'art. 25, c. 2 e ss. RD 1775/1933 con corresponsione del prezzo da quantificare al netto dei beni ammortizzati, sulla base di criteri differenziati a seconda che si tratti di beni che il gestore entrante prevedrà di utilizzare o meno; solo nel primo caso sarà previsto un indennizzo sulla base dei criteri precisati dalla norma a seconda che si tratti di mobili o immobili e demandando alle singole leggi regionali la disciplina dell'utilizzo di tali beni.

Da quanto sopra consegue l'inevitabile violazione da parte dell'Art. 11-Quater e, conseguentemente del DDL in esame, come purtroppo di altre leggi regionali emanate e altri DDL regionali in valutazione, dei diritti di proprietà, libera iniziativa privata, certezza del diritto, legittimo affidamento ed uguaglianza tutelati dagli artt. 3, 41, 42 e 43 Cost. a meno che la Regione Emilia Romagna, come ogni altra Regione, non proceda a dare attuazione al DL semplificazione mediante una lettura conforme dello stesso ai principi comunitari e costituzionali.

#### **I profili di illegittimità costituzionale derivata del DDL ASSEGNAZIONE DELLE GRANDI DERIVAZIONI AD USO IDROELETTRICO della REGIONE EMILIA ROMAGNA**

##### 1. Individuazione e Valorizzazione opere

Preliminarmente il DDL in esame, in base ad un'applicazione **non costituzionalmente orientata** della legge statale, **non riconosce ai concessionari idroelettrici uscenti una congrua valorizzazione del complesso dei beni relativi all'esercizio della concessione**, adeguata alla luce del valore degli investimenti da essi realizzati, creando in primis un'indebita disparità di trattamento con i concessionari entranti, violando quindi le chiare indicazioni della giurisprudenza comunitaria. La Corte di Giustizia ha, infatti, inequivocabilmente chiarito che deve considerarsi discriminatoria e lesiva degli artt. 49 e 56 TFUE una disciplina nazionale in forza della quale un operatore entrante acquisisca la titolarità del complesso dei beni relativi all'esercizio della concessione senza corrispondere al precedente proprietario un equo compenso, commisurato ai costi di realizzazione dallo stesso sostenuti.

Inoltre, la necessità di riconoscere un **principio di omnicomprensività del complesso dei beni relativi all'esercizio della concessione** che deve essere oggetto di trasferimento al nuovo gestore è funzionale anche a garantire il rispetto dei principi comunitari in materia di libera iniziativa privata e diritto di

proprietà , certezza del diritto e legittimo affidamento degli attuali gestori , non discriminazione e libertà di stabilimento , evitando l'inevitabile attivazione di contenziosi a tutela delle relative posizioni giuridiche soggettive.

Tale soluzione risulta essere l'unica coerente anche con i principi fondamentali affermati nell'ordinamento italiano successivamente all'emanazione dell'ormai risalente R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775 ("R.D. n. 1775/1933") ed, in particolare, quelli sanciti:

- dalla Costituzione italiana che tutela la proprietà privata riconoscendo un equo indennizzo in caso di espropriazione, con ciò superando quindi la regola prevista da tale R.D. del trasferimento delle opere bagnate allo Stato senza compenso;
- dal Codice Civile che ha introdotto la nozione di azienda e quindi anche di specifici rami ad essa relativi, con ciò superando l'impostazione del R.D. n. 1775/1933 che faceva riferimento a singole opere
- dal combinato disposto delle due fonti normative ora citate, dalle quali discende che oggetto della concessione e del successivo trasferimento ad altro concessionario non possono essere i singoli beni classificabili come "asciutti" e "bagnati", bensì l'attività d'impresa, alla quale i beni sono finalizzati, e che va conseguentemente valutata, anche ai fini delle conseguenze patrimoniali del trasferimento, in maniera unitaria.

Inoltre si evidenzia che a livello di giurisprudenza comunitaria è riconosciuto il principio secondo cui deve ritenersi posta in essere una cessione di azienda o di un suo ramo anche quando dal trasferimento del complesso dei beni è escluso qualcuno di essi nella misura in cui permanga l'unità economica aziendale o comunque l'attitudine all'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo, sia pure con la successiva integrazione del cessionario. Orbene è indubbio che nel caso delle concessioni in questione i beni costituenti le opere bagnate e quelle asciutte costituiscono un'unità economica in grado di consentire lo svolgimento dell'attività di produzione di energia elettrica.

Ora il diritto ad un equo indennizzo in caso di espropriazione di beni o attività non può essere assicurato se si procede, come si propone nel DDL in discussione, con una valorizzazione parcellizzata dei beni costituenti quella che è un'unità produttiva inscindibile e funzionale.

I beni di cui all'art. 25 TU n.1775/33 sono di esclusiva proprietà del concessionario uscente, il quale, sulla congrua valorizzazione delle stesse vanta un consolidato e legittimo affidamento che è stato considerato nelle proprie strategie di investimento. Una diversa soluzione configura un'espropriazione senza indennizzo e si pone, quindi, in aperto contrasto con i principi relativi alla proprietà e alla libertà d'impresa, alla certezza del diritto ed al legittimo affidamento tutelati dall'ordinamento comunitario e da quello nazionale.

La rilevanza di tali principi è espressamente riconosciuta, oltre che dalla Carta costituzione (art. 42 e 43 Cost.) anche dalla normativa europea.

Né si possono poi tacere i dubbi circa la violazione della disciplina in materia di aiuti di Stato che la previsione di un meccanismo sostanzialmente espropriativo del complesso delle opere realizzate dal gestore uscente per l'esercizio della concessione idroelettrica e di trasferimento dello stesso in tutto o in parte al nuovo concessionario finisce con il sollevare, tenuto conto che: (i) indipendentemente dalle modalità concrete di assegnazione, il trasferimento coattivo dei beni realizzati dal gestore uscente all'operatore entrante consente a tale soggetto di corrispondere un indennizzo inferiore a quello che avrebbe dovuto versare sulla base della normativa fino ad oggi in vigore per acquisire il ramo d'azienda; (ii) l'operatore entrante otterrebbe l'uso di un ramo d'azienda già perfettamente avviato versando un

prezzo inferiore al suo valore, pari soltanto al mero valore contabile degli assets considerati singolarmente.

## 2. Canone concessorio e obbligo di cessione gratuita di energia

Altro aspetto da segnalare riguarda l'ambito di applicazione del nuovo canone di concessione e dell'obbligo di fornitura di energia gratuita, in quanto dalla lettura del DDL in esame (art. 33 e 34) non risulta con chiarezza che le previsioni in esso contenute, come previsto dall'art. 11 Quater del DL semplificazione, trovino applicazione per i nuovi concessionari.

Infatti l'art. 11 quater che ha novellato l'Art. 12 D.lgs. n. 79/1999 disciplina:

- ai co. da 1 a 1-quater il procedimento di assegnazione delle concessioni di GD idroelettriche scadute o oggetto di decadenza o rinuncia;

- al co. 1-quinquies il canone di concessione, nelle sue parti fissa, variabile e aggiuntiva.

La collocazione della disciplina del canone nel co. 1-quinquies è certamente significativa: posta a seguire la complessa disciplina di gestione della risorsa all'atto della scadenza delle attuali concessioni, la normativa sugli oneri concessori è certamente destinata ad applicarsi al nuovo concessionario, a seguito del nuovo affidamento della gestione della risorsa idrica. Fino alla scadenza delle attuali concessioni, invece, deve certamente applicarsi la disciplina previgente.

Tanto vale anche in particolare proprio per la fornitura gratuita ex co. 1-quinquies, ultimo periodo. Essa esibisce tratti così particolari (la diretta finalizzazione dell'energia prodotta all'uso da parte dell'ente pubblico concedente, con vantaggio per specifiche categorie di servizi pubblici) che la sua applicazione presuppone il rinnovo della concessione.

L'applicazione del nuovo canone e dell'obbligo di fornitura gratuita alle concessioni in corso, in assenza di corrispettivi definiti secondo logiche di proporzionalità ed economicità e prive di coordinamento con i canoni di diversa natura che i concessionari sono tenuti a corrispondere (i.e. BIM, rivieraschi), risultano eccessivamente penalizzanti per i concessionari, con effetti negativi sull'intero settore e, quindi, con possibile pregiudizio rispetto all'effettuazione di investimenti nel settore e la continuità operativa degli asset, strategici per la sicurezza della RTN, per la produzione FER e per la gestione del rischio idrogeologico dei territori.

L'entità dei nuovi oneri per gli operatori dovrà quindi essere valutata in modo complessivo, tenendo conto dell'onere relativo a tutti canoni che l'operatore è tenuto a versare, includendo quindi tutti gli altri oneri economici a carico del concessionario ( canoni rivieraschi, canoni BIM).

Una diversa interpretazione dell'art. 11 quater, introducendo nei rapporti concessori degli attuali gestori non scaduti un elemento imprevisto ed irragionevole di significativo squilibrio economico, senza che siano disciplinati possibili meccanismi per la rideterminazione delle condizioni di equilibrio (come ad esempio un'estensione della durata), comporta una indiscutibile violazione di diversi principi comunitari e nazionali (in tema di certezza del diritto e legittimo affidamento, irretroattività degli atti amministrativi, libertà d'iniziativa economica e di proprietà, non discriminazione, concessioni).

## 3. Disposizioni del DDL n.in esame che travalicano la delega conferita dal legislatore statale

L'art. 1 comma 3 del DDL in esame **accorpa le piccole derivazioni presenti su un'asta** in dipendenza funzionale in un' unica concessione di grande derivazione da mettere a gara e alla quale applicare il nuovo canone idroelettrico, in contrasto con le previsioni del Decreto Semplificazione e in violazione di diversi principi comunitari e nazionali (in tema di certezza del diritto e legittimo affidamento,

irretroattività degli atti amministrativi, libertà d'iniziativa economica e di proprietà, non discriminazione, concessioni).

Altra previsione da segnalare come violativa della legge statale è quella contenuta nell'art. 4 comma **1 lettera i** che, nell'ambito della ricognizione delle opere e dei beni, ricomprende gli **impianti di pompaggio** che non sono oggetto del rinnovo delle concessione di grandi derivazioni e quindi non sono oggetto del Decreto Semplificazioni.

Da ultimo ma non di minor importanza si segnala l'art. 36 "disposizione transitorie" che contiene una serie di previsioni che necessitano di apposita e attenta valutazione.

In particolare l'art. 36 del DDL in esame stabilisce che:

- *entro 6 mesi dall'entrata in vigore della nuova legge regionale, il concessionario di opere rientranti nel campo d'applicazione dell'art. 1, co. 1, del D.L. 507/1994 conv. in Legge dalla L. 584/1994, deve trasmettere alla Regione il Programma di lavori contenente:*
  - i. *l'elenco degli interventi necessari a restituire alla Regione, alla scadenza della concessione in essere, le opere in stato di regolare funzionamento;*
  - ii. *l'elenco degli interventi previsti nel progetto di gestione di cui all'art. 114 D.Lgs. 152/2006;*
  - iii. *l'elenco degli interventi necessari ai fini della sicurezza disposti dall'Amministrazione competente a vigilare sulla stessa.*
- *il Programma deve essere corredato dal cronoprogramma di attuazione degli interventi che devono essere realizzati entro la scadenza della concessione, nonché della stima dei relativi costi;*
- *la Regione si pronuncia sull'idoneità del Programma entro 4 mesi dalla presentazione dello stesso, ferma restando la competenza delle amministrazioni statali in materia.*
- *le successive variazioni del Programma in relazione ai punti i) ed ii) devono essere comunicate alla Regione per la presa d'atto;*
- *dal 2021 deve inoltre essere predisposto uno specifico Programma annuale di visite periodiche di controllo sullo stato di efficienza e conservazione delle opere e del loro funzionamento, di cui dovrà essere redatto apposito rapporto.*

Tale previsione rappresenta un unicum rispetto a quanto previsto dalle altre leggi regionali già emanate o in corso di approvazione da parte delle altre Regioni.

La norma, lungi dal contenere disposizioni meramente transitorie, pone a carico dei concessionari una serie di gravosi adempimenti che non trovano copertura nella norma di rango primario rappresentata dall'art. 11 quater D.L. n. 135/2018 ("Art. 11 Quater") a cui la legge regionale intende dare attuazione e che, anzi, si pongono in evidente conflitto con il quadro statale di riferimento in materia di progetti di gestione degli invasi.

**Sotto il primo profilo** – coerenza con il disposto dell'Art. 11 Quater - basti considerare che la norma statale di riferimento si limita al riguardo a prevedere che le opere bagnate devono essere restituite all'Amministrazione concedente in stato di "regolare funzionamento".

Nessun obbligo di ripristino della capacità di invaso è contemplato nella norma statale (come neppure dall'art. 25 del R.D. n. 1775/1933), che neppure delega alle leggi regionali la disciplina di tale profilo, considerata la sua evidente attinenza con la materia ambientale, riservata alla competenza esclusiva dello Stato.

Al contrario, l'Art. 11 Quater considera i miglioramenti in termini di producibilità degli impianti e di impatto ambientale come profili di valutazione delle proposte che saranno presentate dai concorrenti ai fini dell'assegnazione delle nuove concessioni.

**Sotto il secondo profilo**, relativo alla compatibilità con la disciplina statale in materia di gestione degli invasi, l'art. 36 del DDL si pone in evidente contrasto con la disciplina dettata in materia di progetti di gestione degli invasi dall'art. 114 del D.lgs. n. 152/2006, che prevede la presentazione da parte del gestore della diga di tale progetto al "fine di assicurare il mantenimento della capacità di invaso", sulla base dei criteri fissati da un decreto interministeriale, allo stato non ancora emanato (nelle more del quale si applica transitoriamente il precedente DM 30.6.2004). Tale disciplina statale prevede, infatti, che il progetto di gestione sia approvato dalla Regione, anche mediante un meccanismo di silenzio assenso, e che sia periodicamente aggiornato dal gestore anche su richiesta dell'Amministrazione competente a vigilare sulla sicurezza dell'invaso nonché sulla base delle nuove conoscenze acquisite in materia.

L'art. 36 del DDL in esame si pone in evidente contrasto con tali previsioni in quanto impone ai gestori un onere di aggiornamento "straordinario" del progetto di gestione, peraltro da attuarsi entro tempistiche stringentissime, che non è previsto dalla norma statale, la quale, come visto, si limita a ricollegare la possibilità di aggiornamenti del progetto di gestione in casi particolari (come ad es. attuazione di un progresso scientifico ovvero ad esigenze di sicurezza dell'invaso).

Così disponendo, la norma regionale interviene in un ambito – quello ambientale – riservato al legislatore statale, rimettendo in discussione l'approvazione del Progetto di gestione degli invasi già operata dalla Regione e attribuendo alla stessa un nuovo potere "unilaterale" di pronunciarsi sull'idoneità di detto Progetto, individuando eventuali interventi da mettere in atto, senza, peraltro, la previsione di alcun contraddittorio con il gestore.

Sotto un diverso ma connesso profilo la disciplina dettata dalla legge regionale risulta anche contraddittoria.

Infatti, con la disciplina esaminata, l'art. 36 del DDL in esame si pone in evidente contrasto con le previsioni dell'art. 4 del medesimo DDL sul rapporto di fine concessione che deve essere predisposto almeno 5 anni prima della scadenza della concessione (e quindi per ENEL entro il 31.3.2024) e contenere, tra l'altro, proprio il progetto di gestione dell'invaso di cui all'art. 114 D.lgs. n. 152/2006 ed una relazione analitica contenente anche informazioni aggiornate in merito allo stato di interrimento degli invasi e delle opere a servizio della derivazione.

La norma regionale appare quindi anche chiaramente contraddittoria in quanto, se da una parte, si prevede che il piano di gestione debba essere presentato entro il ragionevole termine dei 5 anni anteriori alla scadenza della concessione e nell'ambito del rapporto di fine concessione (in linea peraltro con quanto stabilito dalle altre leggi regionali in materia), dall'altra, in maniera del tutto incomprensibile, si anticipa tale onere di diversi anni, con ciò comportando peraltro il rischio che i contenuti del Progetto presentato ai sensi dell'art. 36 debbano comunque essere rivisti negli anni successivi per tenere conto dell'evoluzione del contesto.

A quanto sopra evidenziato, si aggiunge un ulteriore profilo di legittimità della disciplina regionale in questione laddove qualifica espressamente il mancato rispetto degli obblighi sopra indicati quale causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di assegnazione delle nuove concessioni.

Così statuendo la norma regionale detta una previsione inerente a una materia di competenza legislativa statale, che solleva profili di criticità alla luce della posizione espressa dalla giurisprudenza e dalla prassi ANAC in relazione al principio generale, affermato dall'art. 83, comma 8, Codice dei Contratti, di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche. Tale principio è stato, infatti,

ritenuto come posto a tutela della concorrenza e della libertà di circolazione e di stabilimento, nonché tra le norme fondamentali delle riforme economico-sociali, e come tale è destinato a prevalere sulle normative regionali difformi (Cfr. Corte Costituzionale, sentenze n. 45/2010 e n. 114/2011; ANAC, Parere n.20 del 23.2.2012).

I molteplici profili di criticità sopra evidenziati potrebbero essere fatti valere sia dallo Stato in via principale che dagli operatori impugnando i provvedimenti regionali attuativi delle norme in commento.

Infine, sotto un diverso profilo, si ritiene che, essendo l'obbligo di mantenimento della capacità d'invaso stato introdotto solo dall'art. 114 D.lgs. n. 152/2006 – facendo la disciplina del R.D. n. 1775/1933 riferimento solo ad un generale principio di "regolare funzionamento" delle opere bagnate - per individuare il parametro di capacità da mantenere si debba fare riferimento non al dato originario, tenuto anche conto del carattere molto risalente nel tempo di molte delle concessioni idroelettriche assentite, ma a quello misurato nel 2006, anno di entrata in vigore dell'art. 114 D.lgs. n. 152/2006.

Occorre, infine, evidenziare la necessità di rispettare un principio di proporzionalità e di adeguatezza negli interventi che l'Amministrazione può richiedere di effettuare, e che devono necessariamente essere valutati caso per caso, tenuto conto della ridotta portata dei fiumi rispetto a quella originaria nonché dei rischi ambientali che le operazioni di sfangamento/sghiaimento potrebbero determinare, ad esempio, con riguardo alla gestione del materiale sedimentato nel serbatoio una volta che viene rimosso dall'invaso o all'inevitabile distruzione degli ecosistemi formati in diversi serbatoi artificiali.