

## N. 104 RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 24 dicembre 2020

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 24 dicembre 2020 (del Presidente del Consiglio dei ministri).

Energia - Norme della Provincia autonoma di Trento - Concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico - Modificazioni della legge provinciale n. 4 del 1998 - Procedimento per l'assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico - Bando di gara - Contenuti - Previsione che entro 180 giorni dall'aggiudicazione il concessionario si doti di una sede operativa nel territorio provinciale avente in dotazione risorse umane e strumentali idonee in relazione alle caratteristiche della concessione oggetto della procedura di gara.

Energia - Norme della Provincia autonoma di Trento - Concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico - Modificazioni della legge provinciale n. 4 del 1998 - Procedimento per l'assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico - Disciplina della valutazione delle offerte - Provvedimento unico di concessione di grande derivazione a scopo idroelettrico.

Energia - Norme della Provincia autonoma di Trento - Concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico - Modificazioni della legge provinciale n. 4 del 1998 - Procedimento per l'assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico - Operatori economici e requisiti di partecipazione - Previsione che i documenti di gara possono prevedere che l'operatore economico sia in possesso di uno o piu' specificati requisiti opzionali, se pertinenti con l'oggetto della concessione.

- Legge della Provincia autonoma di Trento 21 ottobre 2020, n. 9 ("Modificazioni della legge provinciale 6 marzo 1998, n. 4 (Disposizioni per l'attuazione del decreto del Presidente della Repubblica 26 marzo 1977, n. 235. Istituzione dell'azienda speciale provinciale per l'energia, disciplina dell'utilizzo dell'energia elettrica spettante alla Provincia ai sensi dell'articolo 13 dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, criteri per la redazione del piano della distribuzione e modificazioni alle leggi provinciali 15 dicembre 1980, n. 38 e 13 luglio 1995, n. 7), della legge provinciale sull'energia 2012, della legge provinciale sulle acque pubbliche 1976 e della legge provinciale sull'agricoltura 2003"), artt. 8, commi 9 e 14, 10 e 16, comma 3 (recte: 16, nella parte in cui introduce l'art. 1-bis 1.8, commi 3 e 4, della legge provinciale 6 marzo 1998, n. 4).

(GU n.3 del 20-1-2021 )

### AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO

Ricorso ex art. 127 della Costituzione per il Presidente del Consiglio dei ministri (codice fiscale 80188230587) rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato (codice fiscale 80224030587) ags\_m2@mailcert.avvocaturastato.it - fax 06/96514000 presso i cui uffici e' domiciliato in Roma alla via dei Portoghesi n. 12;

Contro la Provincia autonoma di Trento (codice fiscale 00337460224) in persona del presidente della giunta pro tempore;

Per la declaratoria di incostituzionalita' della legge della Provincia autonoma di Trento 21 ottobre 2020, n. 9 pubblicata in pari data sul B.U.R. del Trentino-Alto Adige n. 42 (numero straordinario 3) recante «Modificazioni della legge provinciale 6 marzo 1998, n. 4 (Disposizioni per l'attuazione del decreto del Presidente della

Repubblica 26 marzo 1977, n. 235. Istituzione dell'azienda speciale provinciale per l'energia, disciplina dell'utilizzo dell'energia elettrica spettante alla provincia ai sensi dell'art. 13 dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, criteri per la redazione del piano della distribuzione e modificazioni alle leggi provinciali 15 dicembre 1980, n. 38 e 13 luglio 1995, n. 7), della legge provinciale sull'energia 2012, della legge provinciale sulle acque pubbliche 1976 e della legge provinciale sull'agricoltura 2003», in relazione alle disposizioni di seguito indicate, per violazione dell'art. 117, primo e secondo comma, lettera e) della Costituzione, in relazione alla materia della «tutela della concorrenza», e dell'art. 13 dello statuto speciale di autonomia di cui alla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5, nonche' delle disposizioni vincolanti contenute nel decreto legislativo n. 79 del 1999.

La legge provinciale prevede modificazioni della legge provinciale 6 marzo 1998, n. 4, prevedendo modalita' e procedure di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, in attuazione dell'art. 13 dello statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige.

La norma eccede dalle competenze riconosciute alla Provincia autonoma di Trento dallo statuto speciale di autonomia, presentando aspetti di illegittimita' costituzionale relativamente alle disposizioni contenute negli articoli 8, commi 9 e 14, 10 - in relazione al comma 4 del novellato art. 1-bis 1.2 della legge provinciale n. 4 del 1998 - e 16, comma 3.

Tali disposizioni, per le ragioni di seguito illustrate, eccedono dalle competenze statutarie riconosciute alla Provincia autonoma di Trento dall'art. 13 dello statuto speciale di autonomia della Regione Trentino-Alto Adige, e vanno a violare l'art. 117, primo comma e terzo comma della Costituzione.

In via preliminare va ricordato che l'art. 13 dello statuto, cosi' come sostituito dall'art. 1, comma 833 della legge 27 dicembre 2017, n. 205, riconosce alla Provincia autonoma di Trento una competenza legislativa primaria (da esercitare tuttavia «nel rispetto dell'ordinamento dell'Unione europea e degli accordi internazionali, nonche' dei principi fondamentali dell'ordinamento statale») prevedendo che con legge provinciale siano disciplinate «le modalita' e le procedure di assegnazione delle concessioni per grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, stabilendo in particolare norme procedurali per lo svolgimento delle gare, i termini di indizione delle stesse, i criteri di ammissione e di aggiudicazione, i requisiti finanziari, organizzativi e tecnici dei partecipanti. La legge provinciale disciplina inoltre la durata delle concessioni, i criteri per la determinazione dei canoni di concessione per l'utilizzo e la valorizzazione del demanio idrico e dei beni patrimoniali costituiti dagli impianti afferenti le grandi derivazioni idroelettriche, i parametri di sviluppo degli impianti nonche' le modalita' di valutazione degli aspetti paesaggistici e di impatto ambientale, determinando le conseguenti misure di compensazione ambientale e territoriale, anche a carattere finanziario.».

Dunque il parametro di riferimento per l'esercizio della competenza provinciale in materia di grandi derivazioni idroelettriche, oltre che dal necessario rispetto dell'ordinamento euro-unitario, e' costituito dal predetto articolo e, per quanto da esso non previsto, dalle norme di attuazione dello statuto speciale, in particolare dal decreto del Presidente della Repubblica n. 235 del 1977 (Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige in materia di energia) e dal decreto del Presidente della Repubblica n. 381 del 1974 (Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige in materia di urbanistica ed opere pubbliche), nonche' dalle disposizioni statali interposte che costituiscono limite all'esercizio della potesta' normativa provinciale in quanto riconducibili ai principi fondamentali dell'ordinamento statale.

Cio' premesso, si rilevano i seguenti profili di illegittimita' costituzionale:

1) La disposizione contenuta nell'art. 8, comma 9 della legge provinciale novella il comma 2 dell'art. 1-bis 1 della legge

provinciale n. 4 del 1998, disciplinando nel dettaglio i contenuti del bando di gara.

Alla lettera e) di detto comma 2 si prevede che l'aggiudicatario debba dotarsi «[...] entro centottanta giorni dall'aggiudicazione [...] di una sede operativa nel territorio provinciale avente in dotazione risorse umane e strumentali idonee in relazione alle caratteristiche della concessione oggetto della procedura di gara».

Il requisito in questione appare anzitutto incompatibile rispetto all'art. 49 del TFUE, in quanto produce una discriminazione di fatto, in danno degli operatori non stabiliti nel nostro Paese, che, per quanto giustificabile in funzione della necessita' che il concessionario abbia una struttura che gli permetta di gestire la concessione, va al di la' di quanto, per l'appunto, necessario, nella misura in cui la sede operativa in questione andrebbe ad aggiungersi alla sede gia' costituita dalla medesima infrastruttura energetica.

L'obbligo di mettere a disposizione nel territorio provinciale una sede operativa appare inoltre incompatibile con l'art. 14, rubricato «Requisiti vietati», paragrafo 1, numero 3) della direttiva 12 dicembre 2006, n. 123, relativa alla disciplina dei servizi nel mercato interno - direttiva servizi - ove si prevede che «[g]li Stati membri non subordinano l'accesso ad un'attivita' di servizi o il suo esercizio sul loro territorio al rispetto dei requisiti seguenti: [...] 3) restrizioni della liberta', per il prestatore, di scegliere tra essere stabilito a titolo principale o secondario, in particolare l'obbligo per il prestatore, di avere lo stabilimento principale sul loro territorio o restrizioni alla liberta' di scegliere tra essere stabilito in forma di rappresentanza, succursale o filiale».

Dalla violazione delle suddette norme europee ed in particolare del principio della liberta' di concorrenza «per» il mercato, discende che la norma provinciale eccede dalle competenze statutarie della Provincia di Trento, andando a violare l'art. 117, primo comma della Costituzione, che impone il rispetto del diritto europeo.

2) Con riferimento agli articoli 8, comma 14 e 16, comma 3 della legge provinciale, si rappresenta quanto segue.

L'art. 11-quater del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12 (innovando la disciplina di cui all'art. 12 del decreto legislativo n. 79 del 1999, di attuazione della direttiva 96/92/CE recante norma comuni per il mercato interno dell'energia elettrica) ha inciso sensibilmente sulla disciplina delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche, disponendo la regionalizzazione della proprieta' delle opere idroelettriche (di cui all'art. 25, primo comma del testo unico di cui al regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775), alla scadenza delle concessioni e nei casi di decadenza o rinuncia alle stesse, e conferendo alle regioni o province autonome, gia' titolari della funzione amministrativa di rilascio delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, la potesta' di legiferare sulle modalita' e sulle procedure di assegnazione delle medesime concessioni, seppure nel rispetto di principi e parametri indicati dalla legge statale.

L'art. 12, comma 1-ter del decreto legislativo n. 79 del 1999 stabilisce che, nel rispetto dell'ordinamento dell'Unione europea e degli accordi internazionali, nonche' dei principi fondamentali dell'ordinamento statale e delle disposizioni di cui al medesimo articolo, le regioni (e le province autonome) disciplinano con legge, le modalita' e le procedure di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, stabilendo il perimetro entro il quale e' demandato al legislatore regionale il compito di emanare tali disposizioni di rango legislativo.

Nel quadro del riconoscimento di prerogative in favore delle regioni e delle province autonome, il legislatore statale con la riforma di cui al decreto-legge n. 135 del 2018, ha introdotto una serie di previsioni volte a salvaguardare principi e valori ritenuti basilari, primi fra tutti quelli tesi a garantire la tutela della concorrenza e la tutela dell'ambiente e della pubblica incolumita', riconducibili ad ambiti di competenza statale esclusiva.

In tale contesto, la disciplina recata dall'art. 12, comma 1-ter, lettera m) del decreto legislativo n. 79 del 1999, includendo nell'ambito di un unico procedimento la selezione delle proposte

progettuali presentate, risponde all'esigenza di assicurare il coinvolgimento delle amministrazioni statali, a garanzia della controllabilita' della scelta effettuata in ordine al progetto migliore sul piano tecnico e ambientale, di una maggiore trasparenza del procedimento stesso e, in ultima analisi, a garanzia del rispetto di quegli stessi principi che la riforma legislativa in esame, come detto, ha inteso salvaguardare.

La procedura di assegnazione, solo delineata dalla legge provinciale in esame con una disciplina incompleta rispetto alle previsioni della legge nazionale, presenta profili di ambigua formulazione in rapporto all'esigenza di unicita' procedimentale e a quella della partecipazione delle amministrazioni dello Stato al procedimento valutativo.

In particolare, la legge provinciale in esame prevede:

all'art. 8, comma 14, la disciplina della valutazione delle offerte, stabilendo che la provincia si avvale di apposita commissione tecnica che «valuta le offerte dal punto di vista tecnico ed economico, ai sensi dell'art. 1-bis 1.4, valuta la loro congruita' ai sensi dell'art. 1-bis 1.5 e redige la graduatoria»;

all'art. 16, comma 3, prevede che «la struttura provinciale competente in materia di risorse idriche trasmette la domanda di provvedimento unico e la relativa documentazione alle strutture provinciali e alle amministrazioni interessate, che compiono l'istruttoria per i profili di rispettiva competenza secondo quanto previsto dalla normativa di settore. La struttura provinciale competente in materia di risorse idriche indice una conferenza di servizi, alla quale partecipano tutte le strutture e amministrazioni interessate per il rilascio dei titoli abilitativi compresi nel provvedimento unico».

La disciplina dettata dalla legge provinciale, quindi, sembra sottrarre al procedimento unico, cui partecipano tutte le amministrazioni interessate, la fase di selezione delle domande di concessione presentate in aperto contrasto con la ratio sottesa alla previsione statale, volta a salvaguardare il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali e della tutela ambientale, in un'ottica di valorizzazione della produzione idroelettrica nazionale e di tutela e conservazione del bene acqua.

Per le ragioni esposte, le citate norme della legge provinciale in esame eccedono dalle competenze riconosciute alla provincia autonoma dall'art. 13 dello Statuto speciale di autonomia, in quanto si pongono in contrasto con la disposizione statale dettata dall'art. 12, comma 1-ter, lettera m) decreto legislativo n. 79 del 1999 e, piu' in generale, con il nuovo assetto regolatorio della materia, per come delineato dalla novella legislativa recata dall'art. 11-quater del decreto-legge n. 135 del 2018 che costituisce norma interposta, determinando la violazione della competenza statale in materia di tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e) della Costituzione.

3) Come gia' rappresentato, l'art. 13 dello statuto del Trentino-Alto Adige, afferma che la competenza legislativa provinciale in materia di rilascio delle concessioni di grande derivazione idroelettrica deve essere esercitata nel rispetto dell'ordinamento euro-unitario (ex art. 117, primo comma della Costituzione) e dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale tra cui la tutela della concorrenza (materia di competenza statale esclusiva ex art. 117, secondo comma, lettera e).

Il rispetto dei richiamati parametri di legittimita', richiede, quindi, che la norma provinciale definisca procedure di selezione per l'individuazione dei concessionari improntate ai principi di massima partecipazione, parita' di trattamento, trasparenza e proporzionalita'.

L'art. 10 della legge provinciale introduce l'art. 1-bis 1.2 nella legge provinciale 6 marzo 1998, n. 4.

Detta disposizione reca, tra le altre cose, la disciplina dei requisiti che gli, operatori economici devono possedere per partecipare alle procedure di gara per l'assegnazione delle concessioni, di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, requisiti che appaiono eccessivamente restrittivi e idonei, quindi, a restringere la piu' ampia partecipazione alle future gare.

In particolare il comma 4 dell'art. 1-bis 1.2 con le lettere da a) a g) e j), prescrive una serie requisiti ulteriori opzionali, facoltativi, solo a patto che siano pertinenti all'oggetto della concessione di natura tecnico-organizzativa.

Orbene anche a volere ammettere la «necessita'» dei requisiti in questione, per usare l'espressione di cui all'art. 15, paragrafo 3, lettera b), della direttiva servizi n. 123 del 2006 e la loro idoneita' a realizzare l'obiettivo perseguito, i medesimi sembrano violare il principio di proporzionalita' che la stessa direttiva servizi impone, ai sensi dell'art. 10 paragrafo 2, lettera e), e 15, paragrafo 3, lettera e), seconda e terza frase.

I requisiti di partecipazione alle gare devono infatti essere commisurati all'obiettivo di interesse generale perseguito, e cumulativamente, non devono introdurre prescrizioni ulteriori rispetto a quanto necessario per conseguirlo.

Possono essere infine introdotti solo ove non sia possibile sostituirli con misure meno restrittive ma ugualmente efficaci.

Si tratta dunque di valutare la ragionevolezza di tali requisiti, avuto riguardo all'obiettivo ipotizzato, di sicuro, efficiente e continuo funzionamento del servizio di produzione di energia.

In particolare, si ritiene che la valutazione dovrebbe avere ad oggetto, per quanto riguarda i requisiti tecnici, il diverso numero di anni di pregressa esperienza nel settore - e, in taluni casi, anche la sua continuativita' - rispetto alle singole esigenze per cui il numero di anni viene richiesto.

Considerati la numerosita', il significativo frazionamento, l'onerosita' e il tecnicismo dei requisiti richiesti dalla norma provinciale, gli stessi non possono sottrarsi ad un'attenta valutazione di proporzionalita', non potendosi escludere - *prima facie* e quantomeno con riguardo al frazionamento e all'onerosita' di alcuni di essi - la ricorrenza della violazione del principio di proporzionalita' previsto dalle citate disposizioni della direttiva - e, per l'effetto, del principio di massima partecipazione concorrenziale - nella misura in cui non risulta evidente che, nel complesso o in parte, tali requisiti siano effettivamente finalizzati a richiedere cio' che e' realmente necessario al perseguitamento dell'obiettivo di interesse generale ovvero che non possano essere sostituiti da misure meno restrittive.

Preme ricordare che le disposizioni della direttiva servizi da ritenersi, in questa sede, parametri di compatibilita' dei requisiti esaminati, sono ricompresi nel capo III «Liberta' di stabilimento del prestatore», il quale e' applicabile anche a situazioni cosiddette «puramente interne», ossia che non presentano alcuna rilevanza transfrontaliera.

Di conseguenza dette disposizioni, funzionano quali, parametri di compatibilita' anche con riferimento a concessioni di interesse esclusivamente nazionale.

Come statuito dalla Corte di giustizia, infatti l'interpretazione in base alla quale le disposizioni del capo III della direttiva 2006/133 si applicano non solo al prestatore che intende stabilirsi in un altro Stato membro, ma anche a quello che intende stabilirsi nel proprio Stato membro e' conforme agli scopi perseguiti dalla suddetta direttiva.

Per le ragioni e nei termini sussinti, l'art. 10 della legge della Provincia autonoma di Trento in esame, nella parte in cui introduce l'art. 1-bis 1.2, comma 4, lettere da a) a g) e j), nella legge provinciale n. 4 del 1998 e' censurabile rispetto agli articoli 10, paragrafo 2, lettera e) e 15, paragrafo 3, lettera e) della citata direttiva servizi, quali parametri interposti dell'art. 117, comma 1 della Costituzione, nella parte in cui vincola la potesta' legislativa regionale e provinciale al rispetto degli obblighi discendenti dall'ordinamento unionale.

P. Q. M.

Voglia codesta Ecc.ma Corte dichiarare l'illegittimita' costituzionale degli articoli 8 (commi 9 e 14), 10, e 16, comma 3 della legge della Provincia autonoma di Trento 21 ottobre 2020, n. 9,

pubblicata in pari data sul B.U.R. del Trentino-Alto Adige n. 42 (numero straordinario 3), recante «Modificazioni della legge provinciale 6 marzo 1998, n. 4 (Disposizioni per l'attuazione del decreto del Presidente della Repubblica 26 marzo 1977, n. 235. Istituzione dell'azienda speciale provinciale per l'energia, disciplina dell'utilizzo dell'energia elettrica spettante alla Provincia ai sensi dell'art. 13 dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, criteri per la redazione del piano della distribuzione e modificazioni alle leggi provinciali 15 dicembre 1980, n. 38 e 13 luglio 1995, n. 7), della legge provinciale sull'energia 2012, della legge provinciale sulle acque pubbliche 1976 e della legge provinciale sull'agricoltura 2003», in relazione alle disposizioni di seguito indicate, per violazione dell'art. 117, primo e secondo comma, lettera e) della Costituzione, in relazione alla materia della «tutela della concorrenza», e dell'art. 13 dello statuto speciale di autonomia di cui alla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5, nonche' delle disposizioni vincolanti contenute nel decreto legislativo n. 79 del 1999.

Con l'originale notificato del ricorso si depositeranno:

- 1) estratto della delibera del Consiglio dei ministri 18 dicembre 2020;
- 2) copia della legge provinciale impugnata;
- 3) rapporto del Dipartimento degli affari regionali.

Con ogni salvezza.

Roma, 19 dicembre 2020

L'avvocato dello Stato: Aiello