

## **La segnalazione dell'AGCM sulla legge regionale in materia di concessioni idroelettriche: tutela della concorrenza o del mercato? (nota a Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, segnalazione del 26 luglio 2023, AS1907)**

Luca Geninatti Satè<sup>[1]</sup>

### **Sommario:**

**1. Premessa - 2. La legge regionale in materia di concessioni idroelettriche e le garanzie per la concorrenza - 3. Alcune errate assunzioni della segnalazione dell'AGCM: (a) potenziali lesioni alla concorrenza per effetto della mera dichiarazione di fattibilità delle iniziative del promotore nel *project finance* - (b) la messa a disposizione di informazioni rilevanti solo dopo l'indizione della procedura ad evidenza pubblica - 4. Conclusioni**

### **1. Premessa**

Con atto AS1907, del 26 luglio 2023, l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato ha inviato alla Regione Piemonte una segnalazione riguardante la l.r. 29 ottobre 2020, n. 26 (lievemente modificata dalla l.r. 27 luglio 2022, n. 11), che disciplina l'affidamento delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico; in questo atto, l'AGCM rileva l'opportunità *"che la Regione Piemonte modifichi la normativa regionale in modo tale da consentire la presentazione di proposte di project financing per l'affidamento di concessioni di grande derivazione idroelettrica anche da parte di soggetti diversi dal gestore uscente"*.

Per comprendere il significato della segnalazione è necessario ricostruire il contesto della normativa regionale in cui essa s'inserisce; questa ricostruzione conduce però a rilevare che quanto auspicato dall'AGCM è in realtà già previsto dalla legge piemontese (e dai suoi provvedimenti attuativi) e che, quindi, le conclusioni dell'Autorità appaiono l'esito di un'istruttoria non del tutto puntuale e di una lettura incompleta del quadro normativo.

L'effetto della segnalazione è tuttavia molto significativo rispetto al "mercato rilevante", perché la lettura delle sole conclusioni formulate dall'Autorità potrebbe indurre a ritenere che la legge regionale piemontese presenti profili potenzialmente lesivi della concorrenza, il che invece non appare ricomponendo il quadro in modo completo.

## 2. La legge regionale in materia di concessioni idroelettriche e le garanzie per la concorrenza

La l.r. n. 26/2020 è stata promulgata nel contesto di una complessiva revisione della disciplina sull'affidamento delle concessioni di grandi derivazioni ad uso idroelettrico, proprio con l'obiettivo di promuovere la concorrenza per il relativo mercato.

Il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (conv. nella l. 11 febbraio 2019, n. 12) ha infatti significativamente modificato le modalità di assegnazione di tali concessioni, novellando l'art. 12 del d.lg. 16 marzo 1999, n. 79; per effetto di tale modifica normativa, è stata attribuita alle regioni la potestà di assegnare le concessioni di grandi derivazioni a uso idroelettrico, disciplinando con legge le relative modalità e secondo questa triplice alternativa:

1. assegnazione ad operatori economici individuati mediante gare con procedure ad evidenza pubblica (art. 12, comma 1-bis, lett. a), d.lg. n. 79/1999);
2. assegnazione a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato è scelto attraverso gare con procedure ad evidenza pubblica (art. 12, comma 1-bis, lett. b), d.lg. n. 79/1999);
3. assegnazione mediante forme di partenariato ai sensi degli artt. 179 e seguenti del "Codice dei Contratti Pubblici", ossia del d.lg. n. 50/2016 (art. 12, comma 1-bis, lett. c), d.lg. n. 79/1999).

Nell'esercizio di tale potestà, la Regione Piemonte ha adottato la l.r. n. 26/2020, ai sensi della quale le concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico possono venire affidate (identicamente a quanto previsto dal legislatore statale):

1. ad operatori economici individuati attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica (art. 4, comma 1, lett. a), l.r. Piemonte n. 26/2020);
2. a società a capitale misto pubblico-privato, nelle quali il socio privato è scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica (art. 4, comma 1, lett. b), l.r. Piemonte n. 26/2020);
3. mediante forme di partenariato ai sensi degli artt. 179 e seguenti del d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 (art. 4, comma 1, lett. c), l.r. Piemonte n. 26/2020).

Atteso che tra le "forme di partenariato ai sensi degli artt. 179 e seguenti del d.lg. 18 aprile 2016, n. 50" rientra anche l'iniziativa del promotore disciplinata dall'art. 183, comma 15 del medesimo decreto (e ciò, oltre che per *sedes materiae*, anche perchè il successivo comma 16 esplicitamente chiarisce che tale iniziativa può riguardare "tutti i contratti di partenariato pubblico privato"), il concessionario uscente ha presentato due proposte per l'affidamento di alcune concessioni, conformemente alla disciplina nazionale e regionale vigente (e in particolare alla terza delle predette opzioni).

Ad esito di istruttoria, la Regione Piemonte, con la Deliberazione della Giunta Regionale Piemonte del 17 aprile 2023 n. 17/6747, ha valutato tali proposte "fattibili".

A tale Deliberazione non è però seguito alcun atto di indizione di procedura ad evidenza pubblica che assuma, a base di gara, i progetti contenuti nelle iniziative proposte.

Nel contempo, la Regione Piemonte, con D.D. 7 agosto 2023, n. 578, ha disposto la pubblicazione dei "rapporti di fine concessione" delle grandi derivazioni idroelettriche

scadute: ai sensi della l.r. n. 26/2020, infatti, tali rapporti sono prodromici all'avvio delle procedure per l'assegnazione delle concessioni ed essi contengono i dati e le informazioni relativi "ai beni, agli impianti, alle opere e ai rapporti giuridici afferenti all'esercizio della concessione".

### **3. Alcune errate assunzioni della segnalazione dell'AGCM:**

#### **(a) potenziali lesioni alla concorrenza per effetto della mera dichiarazione di fattibilità delle iniziative del promotore nel *project finance***

Una delle assunzioni sottese alle conclusioni dell'AGCM è che la menzionata valutazione di fattibilità dell'iniziativa proposta sarebbe lesiva della concorrenza perché attribuirebbe al proponente un vantaggio competitivo consistente nella prelazione che esso, nella gara per l'assegnazione delle concessioni, conserverebbe rispetto ad altri eventuali operatori.

Questa rappresentazione è però errata, perché - come si è notato - a seguito della dichiarazione di fattibilità la Regione Piemonte non ha indetto alcuna procedura per l'assegnazione delle concessioni, dal che deriva che nessun "diritto di prelazione" è sorto in capo all'operatore proponente, perché la Regione resta tuttora libera (i) di non indire alcuna gara, (ii) di assegnare le concessioni attraverso un'altra delle modalità ammesse dal d.lg. n. 79/1999 e dalla l.r. n. 26/2020, (iii) di dichiarare fattibile (anche) altre eventuali iniziative del promotore (e finanche di indire una gara che assuma a riferimento la proposta di un operatore diverso dal proponente, operatore che - in tal caso - diverrebbe, esso sì, titolare del "diritto di prelazione").

Merita ricordare, sull'argomento, che per consolidata giurisprudenza, l'atto che valuta la fattibilità di una iniziativa di *project finance* è meramente endoprocedimentale, inidoneo - in quanto tale - a generare qualsivoglia incidenza sulla situazione giuridica soggettiva degli operatori: infatti "la dichiarazione di pubblico interesse della proposta non obbliga affatto l'amministrazione né ad approvare il progetto né ad indire la gara per l'affidamento della relativa concessione"<sup>[2]</sup>, e "quand'anche fosse stato non solo individuato il promotore ma anche ritenuto di pubblico interesse il progetto dallo stesso presentato, l'Amministrazione non rimane vincolata a dare corso alla procedura di gara, essendo libera di scegliere, attraverso valutazioni attinenti al merito e non sindacabili in sede giurisdizionale se, per la tutela dell'interesse pubblico, sia più opportuno affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero rinviare la sua realizzazione, ovvero non procedere affatto"<sup>[3]</sup>.

In questo senso, "la posizione di vantaggio del soggetto privato acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solo all'interno della gara una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta"<sup>[4]</sup>, decisione che nel caso di specie la Regione Piemonte non ha adottato.

La mera valutazione di fattibilità lascia quindi del tutto impregiudicata la facoltà dell'Amministrazione di procedere o no all'indizione di una successiva procedura ad evidenza pubblica; per conseguenza, tale atto non attribuisce alcun vantaggio (pretensivo) al soggetto proponente, né fa sorgere alcun interesse (oppositivo) in capo ad altri operatori.

Dunque: nessun vantaggio è sorto in capo all'operatore proponente per effetto della valutazione di fattibilità, nemmeno quello relativo al c.d. "diritto di prelazione", perché "la

*dichiarazione di pubblico interesse della proposta di progetto di finanza pubblica [...] [dà] luogo al diritto di prelazione e ai correlati diritti patrimoniali ove il procedimento si sviluppi nella fase di indizione della gara per l'affidamento della concessione"<sup>[5]</sup>.*

L'art. 183, comma 15 del d.lg. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis* alla proposta presentata, sebbene analoghe conclusioni siano ricavabili dall'art. 193, comma 8 del d.lg. n. 36/2023, oggi vigente) fa sorgere il diritto di prelazione in capo al proponente solo se e quando sia stata indetta una procedura ad evidenza pubblica che ponga a base di gara il progetto proposto, evento che non si è verificato e che è tuttora incerto, attenendo alla sfera discrezionale dell'agire amministrativo.

### **(b) la messa a disposizione di informazioni rilevanti solo dopo l'indizione della procedura ad evidenza pubblica**

La seconda premessa errata da cui muove la segnalazione dell'AGCM è che *"la normativa regionale [...] preveda che il rapporto di fine concessione, sia reso pubblico solo con il bando di gara"*, con la (erroneamente ritenuta) conseguenza che *"il rapporto di fine concessione sarà reso pubblico solo dopo che il promotore avrà già maturato il diritto a esercitare la prelazione in sede di gara"*.

Di qui il potenziale effetto lesivo della concorrenza, perché - secondo l'Autorità - soltanto il concessionario uscente era nella condizione di conoscere gli elementi sui quali presentare una proposta di affidamento, mentre qualsiasi terzo potrebbe accedere a queste informazioni solo dopo l'indizione di una gara (il che vorrebbe dire che nessun altro operatore, diverso dal concessionario uscente, potrebbe presentare una proposta di *project finance*).

La lettura della norma regionale conduce a una conclusione diversa: ai sensi dell'art. 8 del Regolamento Regionale n. 8/R del 16 luglio 2021, il rapporto di fine concessione *"è reso pubblico e disponibile nell'ambito della procedura di assegnazione di cui all'articolo 7 della l.r. 26/2020"*, il che però non significa che tale rapporto sia pubblicato *"solo con il bando di gara"*, perché la dizione *"nell'ambito della procedura di assegnazione"* va letta nel senso che il rapporto di fine concessione è reso pubblico dalla Regione nel contesto (ossia: in occasione) della procedura di assegnazione (la quale - si ricorda - può tradursi in una delle varie forme ammesse dalla legislazione regionale), e non invece nel senso che esso non sia pubblicato se non dopo l'indizione della gara.

E infatti, a conferma della corretta esegesi della norma, la Regione Piemonte ha pubblicato il rapporto di fine concessione pur non avendo ancora indetto la procedura l'assegnazione delle concessioni (e dunque - come ampiamente chiarito - pur non avendo in alcun modo deciso di indire una gara ponendo a base la proposta formulata dall'operatore proponente).

Come detto, infatti, la Regione Piemonte, con D.D. 7 agosto 2023, n. 578, ha pubblicato i "rapporti di fine concessione" delle grandi derivazioni idroelettriche scadute, mentre - a tutt'oggi - non ha indetto alcuna procedura per l'affidamento delle concessioni.

La corretta ricostruzione del contesto normativo conduce quindi a rilevare che quanto auspicato dall'Autorità nella segnalazione risulta già attuato dalla scansione procedimentale seguita dalla Regione Piemonte: l'AGCM rileva l'opportunità di *"consentire la presentazione*

di proposte di *project financing* per l'affidamento di concessioni di grande derivazione idroelettrica anche da parte di soggetti diversi dal gestore uscente” e tale opportunità è già garantita, dal momento che, avvenuta (ormai da alcuni mesi) la pubblicazione dei rapporti di fine concessioni, e non essendo invece tuttora stata indetta alcuna procedura di affidamento, resta integralmente possibile per qualsiasi operatore presentare una o più proposte di *project financing*, le quali ben potranno essere dichiarate fattibili e - finanche - poste a base di una indicenda procedura di gara, attribuendo così il “diritto di prelazione” al rispettivo proponente.

#### 4. Conclusioni

Come si vede, la ricostruzione del quadro normativo consente di rilevare che le indicazioni dell'AGCM, di certo corrette in astratto, sono in concreto già state recepite dalla legislazione regionale.

Questo fatto potrebbe da un lato rendere la segnalazione semplicemente “superflua”, dovendosi del resto ascrivere questa categoria di atti al novero delle funzioni meramente consultive<sup>[6]</sup>, spettando in ogni caso ai soggetti titolari di potere normativo la scelta - discrezionale - in ordine alle azioni eventualmente da compiere a seguito di una segnalazione.

Tuttavia, la pubblicazione di un provvedimento di segnalazione dell'AGCM non può essere considerata un evento irrilevante per il mercato, perché nel contesto dell'apertura alla concorrenza del settore delle concessioni idroelettriche (contesto nel quale s'inserisce la legislazione regionale, così come le eventuali procedure ad evidenza pubblica che la Regione Piemonte riterrà di indire) l'indicazione dell'Autorità Garante potrebbe essere interpretata come un rilievo sul fatto che la legislazione regionale non disciplini una procedura di assegnazione delle concessioni “secondo parametri competitivi, equi e trasparenti” (il che, almeno rispetto ai temi sollevati dall'AGCM, obiettivamente non è), e non si può escludere che questa interpretazione possa avere un effetto perturbativo sulla partecipazione alle eventuali procedure di assegnazione e quindi, in definitiva, sul mercato.

La segnalazione dell'AGCM induce quindi ad almeno due conclusioni: la prima (che riguarda l'esercizio dei poteri amministrativi) è che un'istruttoria completa e corretta è sempre una condizione necessaria quando si tratti di adottare un provvedimento che è suscettibile di avere effetti sul mercato; la seconda (che ha invece natura euristica, perché può suggerire direzioni di ricerca) è che anche i provvedimenti dell'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato possono avere, essi medesimi, l'effetto (non sempre sorvegliato) di incidere sul contesto competitivo, e potrebbe quindi essere utile approfondire le conseguenze critiche che possono derivare dai casi nei quali questo effetto s'indirizza (soprattutto) verso la tutela della concorrenza ma può rischiare di trascurare (o anche di compromettere) la tutela del mercato.

1. Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università del Piemonte Orientale. [↑](#)
2. Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2017, n. 1139. [↑](#)
3. Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2020, n. 4015; 4 febbraio 2019, n. 820. [↑](#)
4. Id., 24 agosto 2023, n. 7930. [↑](#)
5. *Ibidem.* [↑](#)
6. In argomento, *ex multis*, P.L. Parcu, *Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità Antitrust: contenuti, efficacia e prospettive*, in “Temi e problemi”, n. 4/1996, 10 ss.; G. Tesaro, M.

Todino M., voce "Autorità garante della concorrenza e del mercato", in *Enc. Dir., Aggiornamento VI*, 2002; M. Clarich, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le decisioni del processo politico-parlamentare?*, in "Dir. Amm.", 1997, pp. 85 ss.. [↑](#)