

N.R.G. 216/2022



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche nelle persone dei Sigg.ri:

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

GIUDICI

RICORRENTE

Firmato Da: LAMORGESE ANTONIO PIETRO MA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 25597b8cba3feb466b4deab661fd549e
Firmato Da: ZARA SILVIA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 5395b2b46181df22
Firmato Da: FRATAMICO OFELIA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 5f6b94c3b4870d330f6b8dc2fac1126f



CONTRO

Visti gli atti di costituzione in giudizio

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella udienza collegiale del 20 dicembre 2023 il cons. Ofelia Fratamico;

FATTO E DIRITTO

1. Con il ricorso RG n. 216/22 la Elettroliri s.r.l. ha agito dinanzi al Tribunale Superiore delle acque pubbliche, in primo luogo, per l'accertamento dell'inadempimento da parte della Provincia di Frosinone dell'obbligo di provvedere sulle sue istanze di rinnovo della concessione di piccola derivazione d'acqua per uso idroelettrico per l'impianto sul fiume Fibreno di cui al prot. n. 13880/2014, n. 38094/2014 e n. 121964/2015 e successive integrazioni, per l'annullamento della nota n. 10468 del 24 marzo 2022 della Provincia stessa e per la condanna della suddetta Amministrazione ad adottare il richiesto provvedimento.



2. A sostegno delle sue domande la ricorrente ha dedotto:

- a) di essere titolare di una concessione di piccola derivazione di acqua pubblica per uso idroelettrico per la centrale Unificazione Fibreno sita in Sora, in località San Domenico;
- b) di aver presentato alla Provincia di Frosinone, in data 4 febbraio 2014, istanza di rinnovo di tale concessione;
- c) di aver adempiuto nel corso degli anni a tutte le richieste di integrazioni documentali rivolte dall'Amministrazione;
- d) di aver appreso dell'avvenuta acquisizione all'interno del procedimento del parere positivo dell'Autorità di bacino e del nulla osta finanziario della Regione Lazio;
- e) di aver in vano sollecitato, anche di fronte a tali rilevanti assensi, la Provincia di Frosinone a concludere l'*iter* procedimentale con l'adozione del provvedimento di rinnovo della concessione;
- f) di avere, invece, ricevuto, dopo oltre 7 anni dall'inizio della pratica, la nota del 24 marzo 2022 con cui la Provincia, evidenziando la cronica carenza di personale dei propri uffici, dichiarava di dover assegnare la relativa istruttoria a personale esterno e di avere in via di predisposizione un apposito bando.

3. Affermando che con tale atto la Provincia non avesse fatto altro che ammettere la propria colpevole inerzia nonostante l'insussistenza di motivi ostativi al rinnovo del titolo, la Elettroliri ha sostenuto di avere comunque diritto ad ottenere il provvedimento richiesto, poiché, anche in caso di applicabilità alle concessioni di piccola derivazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e della regola del confronto competitivo, nel corso del lungo procedimento svolto, le Amministrazioni coinvolte avevano provveduto alla pubblicazione degli avvisi concernenti la presentazione da parte sua dell'istanza di rinnovo senza che nessun'altra candidatura né alcun altro progetto fosse stato presentato da terzi per quella stessa derivazione.

4. Alla luce di tali circostanze, la società ricorrente ha, quindi, agito per la declaratoria



dell'inadempimento dell'Amministrazione regionale e per la condanna della stessa a concludere il procedimento con il rilascio del provvedimento di rinnovo.

5. Con un secondo ricorso (RG n. 89/23) la Elettroliri s.r.l. ha chiesto al Tribunale Superiore di annullare anche le successive note prot. n. 911 del 10 gennaio 2023, n. 4816 del 9 febbraio 2023 e n. 5733 del 16 febbraio 2023 con le quali la Provincia di Frosinone, *"stante la necessità di proseguire l'iter ... con la pubblicazione dell'istanza acquisita al protocollo ... al n. 13880 del 4.02.2014...resta(va) in attesa di avere evidenza della regolare ottemperanza degli obblighi di cui al disciplinare di concessione del 2012, giusto art. 55 del r.d. 1775/1933 tra cui la trasmissione dei dati sulle portate registrate dal 2012, 2013, 2014 e 2015 (parte), prende(va) atto che i dati sulle portate relative all'anno 2020 e 2021...(erano) stati trasmessi solo a seguito di (sua) richiesta...e rimane(va) in attesa anche dell'invio delle portate nell'anno 2022"*. Con i medesimi atti, *"in considerazione del lungo tempo intercorso a seguito degli adempimenti di cui sopra"* la Provincia comunicava alla ricorrente che avrebbe provveduto *"ad inoltrare: - all'Autorità di Bacino richiesta di conferma del parere espresso nel 2015 volta ad indicare se lo stesso (fosse) tuttora valido ed efficace, ovvero acquisire eventuale aggiornamento in caso di variazioni anche normative medio tempore intervenute; - alla Regione Lazio richiesta di nulla osta finanziario relativo alla posizione aggiornata (della)... ditta agli obblighi di natura economica"*, ribadendo in ogni caso *"che, con riguardo alla derivazione di acqua ad uso idroelettrico di che trattasi (tuttora in atto) stante la normativa vigente in materia, non sussiste(va) un diritto al rilascio del rinnovo della concessione a derivare"*.

6. La ricorrente, lamentando l'illegittimità di tali atti, che avrebbero riaperto, ingiustamente a suo dire, il procedimento, a più di 8 anni dall'inoltro della sua originaria istanza e in assenza di qualsiasi elemento ostativo all'accoglimento di essa, ne ha, dunque, chiesto l'annullamento, insistendo per la riunione del ricorso RG n. 89/23 al precedente RG n. 216/22, per l'accertamento del suo diritto al rinnovo della concessione senza necessità di alcun ulteriore



parere né di qualsiasi diversa pubblicazione della sua richiesta e per la condanna della Provincia all'adozione dei conseguenti provvedimenti.

7. Si è costituita in entrambi i giudizi la Provincia di Frosinone, eccependo l'inammissibilità dei ricorsi, relativi all'impugnazione di meri atti endoprocedimentali e, in ogni caso, la loro infondatezza nel merito, contestando anche la richiesta di riunione al procedimento n. 89/23 del ricorso RG n. 216/22, vertente sul suo preteso silenzio, in ragione del fatto che il procedimento fosse tutt'ora in corso di svolgimento.

8. All'udienza pubblica del 20 dicembre 2023 le due cause, chiamate congiuntamente, sono state trattenute in decisione.

9. Deve essere preliminarmente disposta la riunione della causa RG n. 89/2023 al procedimento RG 216/2022, precedentemente instaurato dinanzi a questo Tribunale, stante la connessione tra i due giudizi sia sotto il profilo soggettivo che, in parte, sotto il profilo oggettivo.

10. Con la prima delle domande proposte, la Elettroliri ha agito, come anticipato, per l'accertamento dell'inadempimento da parte della Provincia di Frosinone dell'obbligo di provvedere sulla sua istanza di rinnovo della concessione di piccola derivazione d'acqua per uso idroelettrico dal fiume Fibreno, per la declaratoria del suo diritto al rinnovo di tale titolo e per la condanna dell'Amministrazione all'adozione dei conseguenti provvedimenti, chiedendo anche l'annullamento di una nota con la quale la Provincia aveva evidenziato le proprie difficoltà nello svolgimento della pratica dovute alla cronica mancanza di personale.

11. Con la seconda, la medesima società, oltre ad insistere per la declaratoria del dovere dell'Amministrazione di emettere il provvedimento richiesto, ha impugnato gli ulteriori atti con i quali la Provincia, visto il lungo tempo trascorso dall'avvio del procedimento, ha ritenuto di dover conseguire dalle autorità competenti l'aggiornamento dei pareri e nulla osta già espressi nel 2015 e di dover provvedere alla pubblicazione della sua richiesta di rinnovo ai fini del rispetto delle norme comunitarie in tema di concorrenza, escludendo, tra l'altro, la sussistenza



di un suo diritto al rinnovo *tout court* della concessione.

12. In base a tutti gli atti depositati, alle reiterate richieste di documenti e dati rivolte alla concessionaria, non sempre tempestivamente ottemperate dall'interessata, e alla oggettiva riattivazione del procedimento in esame, la domanda della Elettroliri s.r.l. di declaratoria dell'inadempimento della Provincia risulta improcedibile, non essendo, allo stato, configurabile, alla luce dei suddetti elementi e di tutte le circostanze del caso, alcuna colpevole inottemperanza da parte dell'Amministrazione ai suoi doveri procedimentali.

13. In parte inammissibile e, per il resto, improcedibile deve essere, poi, dichiarata la domanda di annullamento delle note emesse nelle more dalla Provincia stessa, in quanto missive prive di contenuto immediatamente e concretamente lesivo per le ragioni della ricorrente, come nel caso della nota del 24 marzo 22, volta semplicemente ad evidenziare alcune difficoltà organizzative dell'ente, o in quanto atti anch'essi meramente endoprocedimentali, superati, in ogni caso, dalla successiva evoluzione del procedimento, come le note prot. n. 911 del 10 gennaio 2023, n. 4816 del 9 febbraio 2023 e n. 5733 del 16 febbraio 2023, nel loro contenuto relativo all'intenzione dell'Amministrazione di acquisire la conferma dei pareri e del nulla osta dell'Autorità di bacino e della Regione Lazio, alla fine effettivamente conseguita, tra l'altro in senso favorevole all'accoglimento dell'istanza della ricorrente.

14. Non meritevoli di accoglimento risultano, invece, la domanda finalizzata all'annullamento dei suddetti atti nella parte in cui esprimono la doverosità della sottoposizione della richiesta della ricorrente alla pubblicità prevista a tutela della concorrenza nel settore e la domanda volta alla declaratoria del preteso diritto della Elettroliri s.r.l. al rinnovo della concessione, che avrebbe dovuto esserle accordato, a suo dire, senza alcun ulteriore adempimento.

15. Al riguardo deve richiamarsi la consolidata giurisprudenza di questo Tribunale che, a seguito di una completa ricostruzione del quadro normativo delle concessioni di derivazioni di acqua a scopo idroelettrico, è giunta a ritenere che la disciplina degli artt. 6, 28 e 30 del r.d. n.



1775 del 1933 che non contempla i principi della pubblicità e della gara in caso di rinnovo delle concessioni di piccola derivazione debba *“essere disapplicata nella parte in cui consente il rinnovo di un contratto di concessione senza la previa indizione di una procedura trasparente e conoscibile che consenta ai terzi che vi hanno interesse di formulare una proposta concorrente sulla base dei principi di derivazione comunitaria per i quali quando l'amministrazione attribuisce occasioni di vantaggio a privati in relazione a beni pubblici la cui disponibilità sia limitata, deve rispettare i principi di non discriminazione e pari trattamento corollari di quello di concorrenza su cui si basa il Trattato EU (cfr. Cass. civ. Sez. Unite 4/06/2018 n. 14232)”* (TSAP, 13 dicembre 2018 n. 201).

16. Non possono, in verità, essere condivise le argomentazioni della ricorrente secondo cui: a) la circostanza che l'ordinamento prescriva la gara solo per le grandi derivazioni (art. 12 d.lgs. n. 79 del 1999 e s.m.i.) giustificerebbe un trattamento differenziato per le piccole, secondo un'interpretazione che troverebbe conferma anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 265/2022; b) nel caso in questione, sarebbe di fatto *“già stata attivata una procedura competitiva quando è stata resa pubblica l'istanza di rinnovo della società Elettroliri che conteneva il progetto in variante”*. In quell'occasione *“le Amministrazioni coinvolte nel relativo procedimento -Regione, Autorità di bacino- (avrebbero) ...proceduto alla pubblicazione degli avvisi concernenti la presentazione di tale istanza da parte della società...ma nessun'altra candidatura né nessun altro progetto (sarebbe) ... stato presentato da terzi per quella derivazione”*.

17. Sul primo punto può replicarsi come già affermato da questo Tribunale nella sentenza citata *“che l'obbligo di rispetto del principio di trasparenza di concorrenza e di libero stabilimento deriva... dal Trattato UE e trova puntuale declinazione per le concessioni di beni demaniali nell'art. 12 della direttiva 2006/123 secondo cui << qualora il numero delle autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali*



o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento>>. Che nel concetto di autorizzazione, rilevante ai sensi dell'art. 12 possa farsi rientrare la concessione demaniale lo ha chiarito la Corte di Giustizia con sentenza 14 luglio 2016 C- 458/14 e C – 67/15. Non v'è del resto dubbio che le risorse naturali dotate di caratteristiche idonee alla produzione idroelettrica non siano illimitate e, in ogni caso, non può escludersi nel caso di specie che, ove fosse stata data adeguata pubblicità all'avvio della procedura, vi sarebbero potuti essere ulteriori candidati rispetto al concessionario aspirante al rinnovo”.

18. Senza contare che lo svolgimento di un confronto competitivo equo, trasparente e non discriminatorio ad ogni scadenza della concessione soddisfa non solo l'interesse dei potenziali partecipanti, ma anche quello dell'Amministrazione concedente che viene così a porsi nelle condizioni di poter scegliere, periodicamente il progetto con le migliori caratteristiche in termini di innovazione, efficienza e compatibilità ambientale.

19. La medesima prospettiva è stata fatta propria anche dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, nelle osservazioni e nei pareri al riguardo, (cfr. osservazione AS 1722 del 3 marzo 2021 resa ai sensi dell'art. 21 della l.n. 287 del 1990 e parere AS 1780 – Città Metropolitana di Torino – rinnovo automatico delle concessioni di piccola derivazione d'acqua del 25 giugno 2021) in relazione ai “*rinnovi automatici di concessioni per piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico*”, ha riconosciuto che il quadro normativo nazionale e regionale vigente - che non prevede espressamente, in caso di richiesta di rinnovo delle piccole derivazioni idroelettriche, la possibilità per i terzi di avanzare autonome e diverse domande di sfruttamento del medesimo corso d'acqua in concorrenza con quello esistente- contrasta con il diritto eurounitario sia in materia di prestazione di servizi che in materia di concorrenza.



20. Per tale motivo l'Autorità ha, dunque, esortato i legislatori regionali a modificare le disposizioni preesistenti che, pur potendo contemplare procedure semplificate nei casi di concessioni di potenza nominale media annua particolarmente ridotta, devono comunque rendere il settore contendibile e aperto, nel rispetto delle regole fondamentali di trasparenza e di non discriminazione.

21. Alla luce di tali considerazioni può, quindi, concludersi che la carenza di una normativa statale e regionale sulla necessità di sottoporre a gara il rinnovo delle piccole derivazioni non comporta né la possibilità, né tantomeno l'obbligo per la Provincia di Frosinone di rinnovare automaticamente la concessione *de qua* che, come illustrato dalla difesa dell'Amministrazione, risulta *“attiva da oltre 39 anni senza alcuna forma di pubblicità o di competizione in palese contrasto con la direttiva Bolkenstein n. 2006/123/CE self executing”*.

22. Quanto alla sentenza n. 265/2022 della Corte costituzionale citata dalla Elettroliri a sostegno della sua tesi, occorre, poi, sottolineare che essa ha dichiarato inammissibile il ricorso della Presidenza del Consiglio per numerose intrinseche criticità e riguardava una legislazione di una Regione a Statuto speciale che prevede il rinnovo senza competizione nel caso di concessioni di potenza nominale inferiore a 220kW, di impianto idroelettrico posizionato su condotte di acquedotto, di concessionario costituito da una cooperativa di autoconsumo o da un'amministrazione pubblica e dunque una fattispecie molto più limitata e particolare rispetto a quella in esame.

23. Né sotto il secondo punto di vista la ricorrente ha in alcun modo dimostrato la piena sufficienza ed idoneità delle asserite “pubblicazioni” della sua istanza che sarebbero già state poste in essere nel corso del procedimento da parte delle varie autorità coinvolte a raggiungere il livello di pubblicità e trasparenza richiesto dalla normativa comunitaria, in grado di mettere i potenziali concorrenti a conoscenza della scadenza della concessione e della possibilità di partecipare con loro progetti ad una eventuale gara per il suo rinnovo o nuova assegnazione.



24. In conclusione, le varie azioni esercitate dalla ricorrente con i ricorsi riuniti sono in parte inammissibili e in parte improcedibili e per il resto devono essere rigettate, in quanto infondate.

25. Per la complessità delle questioni affrontate sussistono, in ogni caso, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche dispone la riunione della causa RG n. 89/2023 al giudizio RG. n. 216/2022.

Dichiara il ricorso in parte inammissibile, in parte improcedibile, ai sensi di cui in motivazione e per il resto lo rigetta.

Compensa le spese.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del Tribunale Superiore delle acque pubbliche, in data 20 dicembre 2023.

IL RELATORE

dr.ssa Ofelia Fratamico

IL PRESIDENTE

dr. Antonio Pietro Maria Lamorgese

