

Il TAR garantisce la libera concorrenza fra operatori



Riccardo Marletta, avvocato in Milano

Dai giudici amministrativi giunge un altro riscontro negativo alla pretesa di alcuni comuni italiani di scardinare il regime concorrenziale fra operatori che la legge prevede per la produzione di energia da fonti rinnovabili. L'ultima recentissima pronuncia in tal senso è del TAR Basilicata (sentenza Sezione I, 26 luglio 2013, n. 422), che ha provveduto all'annullamento degli atti con i quali un Comune aveva indetto una pubblica gara al fine di selezionare gli operatori cui affidare, in regime di esclusiva, l'attività di produzione di energia da fonti rinnovabili sul territorio comunale.

La motivazione addotta dal TAR Basilicata a sostegno della declaratoria di illegittimità richiama puntualmente i contenuti di altre precedenti pronunce riguardanti casi analoghi.

Il principale punto di riferimento sull'argomento è rappresentato dal parere della Terza Sezione del Consiglio di Stato 14 ottobre 2008, n. 2849, i cui principi erano poi stati ripresi in altre successive pronunce dei Tribunali Amministrativi Regionali (cfr. ad esempio TAR Sicilia, Palermo, Sezione II, 11 gennaio 2010 n. 273; TAR Abruzzo, Pescara, Sezione I, 13 maggio 2010, n. 416).

Tutte le situazioni che hanno originato le citate pronunce sono sostanzialmente riconducibili ad un medesimo schema.

IL CASO

I Comuni in questione avevano deciso di bandire una gara per individuare uno o più soggetti che, a fronte del pagamento di un canone periodico all'amministrazione comunale, avrebbero svolto in esclusiva sul territorio comunale attività di produzione di energia da fonti rinnovabili.

Alcuni operatori ai quali, per effetto di questi provvedimenti comunali, era preclusa la possibilità di svolgere tale attività hanno tuttavia impugnato i provvedimenti stessi.

Con le pronunce sopra richiamate è stata riconosciuta l'illegittimità degli atti con i quali erano state indette le selezioni in questione, sulla base di rilievi che meritano di essere attentamente considerati.

Nel sopra richiamato parere n. 2849/2008, il Consiglio di Stato ha evidenziato come il legislatore italiano, fin dal decreto legislativo n. 79/1999, abbia recepito i principi comunitari di liberalizzazione ed apertura del mercato dell'energia, optando "per il modello autorizzatorio puro in relazione all'attività di "produzione" di energia elettrica, ripudiando il sistema della gara d'appalto".

Lo stesso Consiglio di Stato ha poi rilevato che, se in via generale la produzione di energia elettrica è stata liberalizzata, ciò vale a maggior ragione per la produzione di energia mediante fonti rinnovabili, per la quale è stato previsto "uno snello regime autorizzatorio" accompagnato da un regime di incentivi volto a favorire la realizzazione di una pluralità di iniziative da parte dei privati.

IL PARERE DEL TAR

In particolare nel parere in esame è stato evidenziato che:

- la realizzazione e la gestione di impianti alimentati da fonti rinnovabili rientra tra le attività di impresa liberalizzate, non essendovi alcuna privativa in favore di enti pubblici o soggetti concessionari;
- la realizzazione e la gestione di tali impianti, a fini di semplificazione burocratica e in ossequio ai principi comunitari, è sottoposta ad una autorizzazione unica regionale (quando la potenza dell'impianto fotovoltaico eccede i 20 Kw);
- tale autorizzazione unica costituisce anche titolo per la costruzione dell'impianto, e dunque è sostituita anche del permesso di costruire;

I GIUDICI AMMINISTRATIVI HANNO IMPEDITO AD ALCUNI COMUNI ITALIANI DI BANDIRE GARE DI APPALTO PER LA PRODUZIONE DI ENERGIA CHE CREEREBBERO UN REGIME DI ESCLUSIVITÀ NON PREVISTO DA ALCUNA NORMA DI LEGGE



- il Comune può far valere il proprio interesse ad una corretta localizzazione urbanistica dell'impianto e alla sua conformità edilizia nell'ambito della conferenza di servizi che precede il rilascio dell'autorizzazione unica;
- in sede di autorizzazione unica regionale, la competente Regione potrà valutare e regolamentare il caso di una pluralità di domande concorrenti, fissando criteri selettivi per il rilascio delle autorizzazioni ove il numero delle domande di rilascio sia eccedente rispetto a quelle rilasciabili compatibilmente con le esigenze di tutela ambientale e territoriale;
- in caso di pluralità di domande concorrenti per il medesimo Comune, si potrà tener conto, in sede di conferenza di servizi, delle valutazioni espresse dal Comune interessato.

A proposito di quest'ultimo aspetto, il Consiglio di Stato ha precisato che, in presenza di una pluralità di domande concorrenti, il criterio selettivo da utilizzarsi potrà essere quello della priorità cronologica o della comparazione discrezionale, ma che in ogni caso non potrà essere dato rilievo alla "convenienza economica" che il Comune potrebbe trarre dalla realizzazione dell'impianto. Viceversa nel caso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato "al Comune interessava trarre un vantaggio economico dallo svolgimento di attività di produzione di energia", mediante l'imposizione di un canone significativamente elevato, dato che si trattava di concedere in esclusiva al solo soggetto prescelto la possibilità di produrre energia da fonti rinnovabili su tutto il territorio comunale.

CONCLUSIONI

Così operando il Comune mirava a trasformare in regime di privativa un'attività libera, qualificando implicitamente (ed erroneamente) l'attività di produzione di energia da fonti rinnovabili alla stregua di un servizio pubblico da poter affidare in concessione contro il pagamento di un canone.

In considerazione di questo quadro normativo, deve ritenersi preclusa ai Comuni ogni possibilità di indire una gara per la selezione di proposte per la realizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili.

Pertanto nella misura in cui un Comune procedesse egualmente alla pubblicazione di simili bandi: - violerebbe il principio legale di libertà dell'attività

- di produzione di energia eolica;
 - si arrogerebbe una competenza autorizzatoria che non gli spetta;
 - invaderebbe la competenza autorizzatoria regionale;
 - creerebbe un regime di esclusiva non previsto da alcuna norma di legge;
 - imporrebbe misure di carattere economico non consentite dalle norme vigenti.
- Resta invece ferma per il Comune la possibilità di esprimere nell'ambito della Conferenza di Servizi propedeutica al rilascio dell'autorizzazione unica le proprie valutazioni circa la localizzazione dell'impianto oggetto di richiesta, nonché in merito alle misure di compensazione ambientale che si rendessero eventualmente necessarie.

Si consideri a tale proposito che l'articolo 1, comma 4, lettera f) della legge n. 239/2004, il quale stabiliva il divieto di prevedere misure compensative con riferimento alla realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili è stato dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con la sentenza 14 ottobre 2005, n. 383.

Premesso tutto quanto precede, resta da domandarsi se al Comune sia in ogni caso precluso l'affidamento ad un privato del servizio di produzione di energia elettrica.

Secondo quanto chiarito nel citato parere del Consiglio di Stato, il Comune può procedere a tale affidamento a due condizioni: da un canto che tale servizio sia espletato unicamente in favore del Comune medesimo e d'altro canto che lo stesso sia svolto in assenza di esclusiva e dunque "in concorrenza con l'attività di produzione di energia elettrica da parte di qualunque altro soggetto dell'ordinamento, debitamente autorizzato".

E' fuor di dubbio che le nostre Amministrazioni comunali siano sovente costrette ad escogitare soluzioni "creative" nel tentativo di far quadrare i conti di bilanci sempre più deficitari.

E' da auspicare tuttavia che, a fronte di pronunce giudiziarie tanto nette, tutti i Comuni comprendano che la richiesta ai privati di canoni per la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili non presenta alcun fondamento normativo.

Riccardo Marletta, avvocato in Milano
 riccardo.marletta@studiolegalebelvedere.com
 www.studiolegalebelvedere.com