

23 OTTOBRE 2024

I rinnovi delle concessioni di piccola
derivazione idroelettrica: tra
autoproduzione, scarsità della risorsa
idrica e strumentalità dell'uso
dell'acqua

di **Giorgio Capra**
Dottore di ricerca in Discipline giuridiche
Università degli Studi Roma Tre

I rinnovi delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica: tra autoproduzione, scarsità della risorsa idrica e strumentalità dell'uso dell'acqua*

di Giorgio Capra

Dottore di ricerca in Discipline giuridiche
Università degli Studi Roma Tre

Abstract [It]: L'articolo esamina il tema dei rinnovi delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica alla luce delle più recenti sentenze del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e degli altrettanto recenti interventi dell'AGCM. Partendo dallo studio dell'ipotesi in cui la piccola derivazione idroelettrica operi in regime di autoproduzione, si evidenziano le criticità legate all'impostazione che fa dipendere dalla mera scarsità della risorsa idrica l'applicabilità della Direttiva 123/2006/CE ai rinnovi delle concessioni di derivazione d'acqua generalmente intese.

Title: Renewals of small hydroelectric derivation concessions: between self-production, scarcity of water resources and instrumentality of water use

Abstract [En]: This paper examines the renewal of small hydroelectric concessions in light of the most recent rulings by the High Court of Public Waters and interventions by the Antitrust Authority. Focusing on the case where hydroelectric plants operate under a self-production regime, the work highlights the critical issues with the approach that affirms the applicability of 2006/123/EC Directive to water concession renewals based solely on the scarcity of water.

Parole chiave: concessioni idroelettriche, demanio idrico, rinnovi, concorrenza, autoproduzione

Keywords: hydroelectric concessions, public waters, renewals, competition, self-production

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Le criticità della normativa in merito al rinnovo delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica: la sentenza TSAP n. 201/2018 e gli interventi dell'AGCM del 2021. **3.** La sentenza n. 58/2024 del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e i pareri AS 1981 e 2032/2024 dell'AGCM. **4.** Il ruolo dell'autoproduzione nei rinnovi delle piccole concessioni idroelettriche. **4.1.** La definizione di 'autoproduttore' e la *ratio* alla base della sua introduzione nell'ordinamento. **4.2.** Autoproduzione e procedure di rinnovo delle piccole concessioni di derivazione ad uso idroelettrico. **5.** Considerazioni conclusive: tra scarsità della risorsa idrica e strumentalità dell'uso dell'acqua.

1. Introduzione

Quello dei rinnovi delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica¹ è un tema estremamente attuale, che di recente è stato oggetto di interesse tanto da parte della giurisprudenza che dell'AGCM.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In dottrina, da ultimo, con specifico riferimento alle concessioni idroelettriche, si segnalano: S.R. MASERA, *Concessioni idroelettriche. Evoluzioni e prospettive*, Edizioni ETS, Pisa, 2018; C. MAINARDIS, *Concessioni idroelettriche di piccola derivazione e procedure di rinnovo: tra precetti dell'UE, lacune normative ed interventi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4, 2021, pp. 140-156; E. PICOZZA, P. PINAMONTI, A. VON WALTHER (a cura di), *Il potenziale*

In particolare, si è posta la questione della (in)compatibilità² con il diritto dell'Unione Europea dell'art. 30 del t.u. delle disposizioni di legge sulle acque e sugli impianti elettrici approvato con r.d. n. 1775/1933 (e delle disposizioni regionali integrative), che, rinviando all'art. 28 del medesimo r.d., dispone che «qualora al termine della concessione persistano i fini della derivazione e non ostino superiori ragioni di pubblico interesse», tali concessioni sono rinnovate all'affidatario uscente, con le modificazioni necessarie per le variate condizioni dei luoghi e del corpo idrico³.

Il dibattito ha avuto origine dalla sentenza del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche⁴ n. 201 del 2018⁵, che, su ricorso di un controinteressato, ha annullato il provvedimento con il quale la Provincia competente aveva rinnovato una concessione di piccola derivazione all'affidatario uscente in applicazione del richiamato art. 30, ritenendolo in contrasto con il diritto dell'Unione e, quindi, disapplicandolo. Non molti anni dopo, l'AGCM ha pubblicato una segnalazione⁶ e un parere⁷ in cui ha ribadito il contrasto della procedura di rinnovo delle piccole derivazioni idroelettriche prevista dal testo unico del 1933 con l'art. 49 del TFUE e con la direttiva 2006/123/CE, invitando le Amministrazioni concedenti a disapplicare le relative disposizioni di legge.

Da ultimo, con sentenza 23 maggio 2024 n. 58, il TSAP è ritornato sulla questione e come l'AGCM, con il pareri n. AS1981⁸ e AS2032⁹ ha confermato l'incompatibilità della disciplina nazionale dei rinnovi delle

*del settore idroelettrico. Atti del Convegno di Bolzano Camera di Commercio, 29 aprile 2022, Giappichelli, Torino, 2023 e, in particolare, le relazioni ivi contenute di P. PINAMONTI e di E. QUADRI; G. BIASUTTI, *Le concessioni idroelettriche: il bene-acqua tra concorrenza e sostenibilità*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1, 2023, pp. 343-363; R. CAFARI PANICO, *L'assegnazione delle concessioni idroelettriche e i motivi imperativi d'interesse generale*, in *Eurojus*, n. x, 2024, pp. 57-107.*

² Il tema, con riguardo alle piccole derivazioni idroelettriche, è stato di recente analizzato da C. MAINARDIS, *Concessioni, op.cit...* Invece, più in generale, anche con riferimento alla nota questione delle proroghe *ex lege* delle c.d. 'concessioni balneari', si vedano: A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, 2018; M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2021; F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021 nonché il fascicolo speciale n. 3 del 2021 della rivista *Diritto e Società* dedicato a "La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria" con scritti di M.A. SANDULLI, F. FERRARO, G. MORBIDELLI, M. GOLA, R. DIPACE, M. CALABRÒ, E. LAMARQUE, R. ROLLI e D. SAMMARRO, E. ZAMPETTI, G. IACOVONE, M. RAGUSA e P. OTRANTO.

³ Cfr. art. 28 del r.d. n. 1775/1933.

⁴ Sulla giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche sia consentito il rinvio a G. CAPRA, *La giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024.

⁵ Il testo della sentenza è reperibile in *Foro it.*, n. 2, 2020, III, pp. 77-89 con nota di A. TRAVI.

⁶ AGCM, segnalazione 3 marzo 2021 n. AS1722 "Rinnovi automatici di concessioni per piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico", pubblicato sul Bollettino n. 10 dell'8 marzo 2021.

⁷ AGCM, parere 25 giugno 2021 n. AS1780 "Città metropolitana di Torino – Rinnovo automatico delle concessioni di piccola derivazione d'acqua", pubblicato sul Bollettino n. 32 del 9 agosto 2021.

⁸ AGCM, parere 27 maggio 2024 n. AS1981 "Provincia di Frosinone – Concessione derivazioni idroelettriche", pubblicato nel Bollettino n. 23 del 10 giugno 2024.

⁹ AGCM, parere 8 agosto 2024 n. AS2032 "Provincia di Belluno – Rinnovo delle concessioni del piccolo idroelettrico", pubblicato nel Bollettino n. 34 del 26 agosto 2024.

piccole derivazioni idroelettriche con il diritto dell'Unione Europea e, in particolare, con la direttiva servizi.

Alla luce di tali recenti interventi, appare opportuno svolgere alcune ulteriori e più approfondite riflessioni sul tema, soprattutto con riferimento all'ipotesi in cui l'impianto di piccola derivazione operi in regime di autoproduzione – e, quindi, generi energia elettrica non per cederla direttamente sul mercato, ma per consumarla in un distinto e differente ciclo industriale – anche al fine di verificare se la concorrenzialità nel rinnovo delle concessioni di derivazione d'acqua generalmente intese più che alla scarsità della risorsa idrica dipenda dalla non strumentalità dell'uso dell'acqua ad un diverso ciclo produttivo.

2. Le criticità della normativa sul rinnovo delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica: la sentenza TSAP n. 201/2018 e gli interventi dell'AGCM del 2021

Prima di procedere ad analizzare le citate pronunce del Tribunale Superiore nonché la segnalazione e i pareri dell'AGCM è necessario procedere a una sintetica ricostruzione del quadro normativo vigente in punto di piccole derivazioni idroelettriche.

Si ricorda, innanzitutto, che la nozione di 'piccola' derivazione idroelettrica può essere ricavata – in via negativa – dall'art. 6 del regio decreto 1933 n. 1775, il quale dispone, al comma 2, che *«Sono considerate grandi derivazioni quelle che eccedono i seguenti limiti: a) per produzione di forza motrice: potenza nominale media annua kW 3.000»*.

In punto di rinnovo di tali concessioni, l'art. 30 del testo unico sulle acque dispone che esso avvenga alle medesime condizioni previste dall'art. 28 per il rinnovo di quelle di grande derivazione ad uso potabile, irriguo o di bonifica, ovvero che *«qualora al termine della concessione persistano i fini della derivazione e non ostino superiori ragioni di pubblico interesse, al concessionario è rinnovata la concessione, con quelle modificazioni che, per le variate condizioni dei luoghi e del corso d'acqua, si rendessero necessarie»*.

In buona sostanza, in base al regime previsto dal regio decreto del 1933, il concessionario uscente vedrà ragionevolmente rinnovata la propria concessione di piccola derivazione idroelettrica poiché, permanendo il fine della derivazione¹⁰, l'unica possibile ragione ostativa alla prosecuzione del rapporto concessorio è rappresentata dalla sopravvenienza di un interesse pubblico prevalente.

Ma l'art. 30 del r.d. n. 1775/1933 è rilevante ai fini delle procedure di rinnovo anche nella parte in cui disciplina la sorte dei beni funzionali allo sfruttamento energetico dell'acqua alla scadenza della concessione. In effetti, il regime proprietario delle opere funzionali allo sfruttamento idroelettrico è profilo non irrilevante ai fini del rinnovo delle relative concessioni di derivazione giacché un conto è

¹⁰ È ovvia considerazione quella per cui fare istanza di proroga avrebbe ben poco senso per il concessionario se non permanesse il fine della derivazione.

aggiudicarsi la possibilità di esercire un impianto di produzione di energia ‘finito’ e già in funzione; altro è conseguire unicamente la astratta facoltà di sfruttare ai fini energetici la risorsa idrica (ma dover, ad esempio, costruire l’impianto *ex novo*).

Ebbene, per il caso di mancato rinnovo delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica, il citato art. 30 attribuisce allo Stato (*recte*: all’Ente concedente) il diritto di ritenere senza compenso (o di obbligare il concessionario a rimuovere) solamente «*le opere costruite nell’alveo, sulle sponde e sulle arginature del corso d’acqua*»¹¹. Di tutt’altro tenore è, invece, la norma che disciplina la sorte delle opere alla scadenza della concessione di grande derivazione idroelettrica. L’art. 12 co. 1 del d.lgs. n. 79/1999 prevede, infatti, che alla scadenza di tali concessioni passano in proprietà alla Regione tutte le opere c.d. bagnate¹², ossia «*tutte le opere di raccolta, di regolazione e di derivazione, principali e accessorie, i canali adduttori dell’acqua, le condotte forzate ed i canali di scarico*». Per le opere c.d. asciutte è, invece, prevista la facoltà dell’Amministrazione di acquisirle, corrispondendo al concessionario uscente «*un prezzo uguale al valore di stima del materiale in opera, calcolato al momento dell’immissione in possesso*»¹³.

L’acquisizione senza indennizzo¹⁴ delle opere funzionali allo sfruttamento energetico dell’acqua opera in modo assai meno incisivo per le concessioni di piccola derivazione idroelettrica: alla scadenza di tali concessioni, infatti, tutte le opere (salvo quelle spondali o in alveo) restano nella titolarità del concessionario uscente.

La previsione di un meccanismo di rinnovo della concessione ‘a richiesta’ del concessionario uscente, in assenza di confronto competitivo, è elemento che all’evidenza sembra contrastare con l’art. 12 della direttiva 2006/123/CE, il quale dispone che «*Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali [...] gli Stati membri applicano una procedura di selezioni tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e prevede, in particolare, un’adeguata pubblicità dell’avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*».

Proprio in ragione di tali criticità, il TSAP, con la richiamata sentenza n. 201 del 2018 ha annullato, a valle di un ricorso proposto da un terzo controinteressato, il provvedimento di rinnovo della concessione di piccola derivazione idroelettrica al concessionario uscente.

¹¹ Così l’art. 30 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775.

¹² Ossia le opere previste dall’art. 25 co. 1 del r.d. n. 1775/1933.

¹³ Così l’art. 25 co. 2 del r.d. n. 1775/1933 cui rinvia l’art. 12 co. 1 del d.lgs. n. 79/1999.

¹⁴ Sul punto, è significativo evidenziare che di recente la CGUE, con sentenza 11 luglio 2024, *Società Italiana Imprese Balneari s.r.l.*, in C-589/22, si è pronunciata nel senso della compatibilità con il diritto dell’Unione dell’analoga previsione dell’art. 49 co. 1 del Codice della navigazione che – per le concessioni c.d. balneari – dispone che «*Salvo che sia diversamente stabilito nell’atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell’autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato*».

Il TSAP, infatti, ha rilevato che la disposizione dell'art. 30 del r.d. n. 1775/1933 dovesse essere disapplicata per contrasto con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE sul rilievo che «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»¹⁵. Né, avrebbe potuto affermarsi il contrario in ragione del fatto che l'ordinamento prevede l'obbligo di evidenza pubblica esclusivamente per le concessioni di grande derivazione idroelettrica e non per le piccole: a fronte della considerazione che «le risorse naturali dotate di caratteristiche idonee alla produzione idroelettrica non [sono] illimitate»¹⁶, l'obbligo della gara discende direttamente dall'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE. Anche l'argomento del differente regime che caratterizza le concessioni di piccola derivazione idroelettrica in punto di proprietà delle opere al termine della concessione è stato ritenuto inidoneo ad escludere i relativi rinnovi dall'obbligo dell'evidenza pubblica. Secondo il TSAP, infatti, «trattasi di impedimenti che devono essere equamente regolati dall'amministrazione»¹⁷ nell'ambito del procedimento – necessariamente aperto e concorrenziale – di rinnovo delle concessioni.

Se la sentenza n. 201/2018 non appare granché innovativa nella soluzione adottata – il provvedimento di rinnovo di concessione viene, infatti, annullato per contrasto della disciplina legislativa nazionale con una disposizione ritenuta *self executing* di una direttiva scaduta nell'ambito di una 'situazione triangolare'¹⁸ – è viceversa rilevante sottolineare che gli 'impedimenti' che il TSAP impone all'Amministrazione di 'regolare equamente' nello stabilire il procedimento di rinnovo «riguardano un diritto, quello di proprietà, che è coperto da riserva di legge e che non ammette limitazioni da parte della P.A. in assenza di una base legale»¹⁹. Del resto, a ciò deve aggiungersi che – a rigore – le Regioni (quand'anche competenti a disporre il rinnovo delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica) non potrebbero comunque legiferare autonomamente in materia giacché il regime proprietario delle opere interessate dovrebbe essere disciplinato con legge dello Stato, trattandosi di materia riconducibile alle materie di legislazione esclusiva statale sia sotto il profilo della tutela della concorrenza sia, come sembra, sotto quello dell'ordinamento civile.

¹⁵ Così TSAP, 13 dicembre 2018, n. 201.

¹⁶ Così TSAP, 13 dicembre 2018, n. 201.

¹⁷ Così TSAP, 13 dicembre 2018, n. 201.

¹⁸ Come noto, le 'situazioni triangolari' sono caratterizzate dal fatto che il privato invoca le previsioni *self executing* di una direttiva scaduta rimasta inattuata nei confronti dello Stato e, in generale, della pubblica Amministrazione e l'effetto diretto delle previsioni della direttiva determina, indirettamente, effetti sfavorevoli per un soggetto terzo. La prima applicazione dell'effetto diretto di previsioni *self executing* di una direttiva inattuata e scaduta a situazioni c.d. triangolari si è avuta con CGUE, 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo S.p.A.*, in C-103/88. Si vedano anche, tra le tante: CGUE, 30 aprile 1996, *CLA Security International SA*, in C-194/94; 16 settembre 1999, *World Wildlife Fund (WWF) e altri*, in C-435/97; 26 settembre 2000, *Unilever Italia SpA*, in C-433/98. In dottrina, si rinvia a: A. IERMANO, *L'effetto diretto nelle situazioni triangolari e i relativi "limiti" nei rapporti orizzontali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2018, pp. 27-48.

¹⁹ C. MAINARDIS, *Concessioni*, *op.cit.*, p. 146.

Come accennato, il tema è stato preso in considerazione anche dall'AGCM che, in una segnalazione²⁰ e in un parere²¹, ha insistito sul contrasto della previsione di «*un automatico rinnovo al concessionario incumbent, su sua richiesta*»²² con i principi europei in materia di prestazione di servizi e, in particolare, con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

L'Autorità ha così, dapprima, invitato il Legislatore nazionale e le Regioni e Province Autonome a modificare in senso pro-concorrenziale le vigenti disposizioni di legge e regolamentari, auspicando l'introduzione di discipline «*conformi ai principi di massima contendibilità delle concessioni di piccole derivazioni idroelettriche al momento della loro scadenza*»²³ e, successivamente, esortando l'Amministrazione competente a «*dare immediata applicazione alle norme dell'Unione europea provviste di effetto diretto [nonché a] disapplicare le norme di diritto interno con esse incompatibili*»²⁴, mediante la previsione una procedura competitiva per il rinnovo delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica scadute e in scadenza. A tale ultimo riguardo, l'AGCM ha segnalato all'Amministrazione «*l'opportunità di estendere anche ai casi di rinnovo la procedura prevista [...] per l'ipotesi di rilascio delle concessioni mini-idro*»²⁵.

3. La sentenza n. 58/2024 del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e i pareri AS 1981 e 2032/2024 dell'AGCM

Con la richiamata sentenza 23 maggio 2024 n. 58, il TSAP è tornato a pronunciarsi sulla questione in oggetto, ribadendo il contrasto della disciplina di cui agli artt. 6, 28 e 30 del r.d. n. 1775/1933 con il diritto dell'Unione Europea e la conseguente necessità della sua disapplicazione.

A differenza della vicenda che aveva caratterizzato la sentenza n. 201/2018, questa volta il TSAP non è stato adito dal terzo controinteressato (danneggiato dal rinnovo della concessione all'*incumbent*) ma dallo stesso concessionario uscente, che, a fronte dell'inerzia della competente Provincia sulla propria istanza di rinnovo della concessione, aveva proposto azione avverso il silenzio chiedendo altresì la condanna dell'Amministrazione al rilascio del provvedimento di rinnovo. Con ricorso per motivi aggiunti, inoltre, il concessionario *incumbent* aveva chiesto l'annullamento di alcune note con le quali la Provincia gli comunicava che avrebbe provveduto a inoltrare all'Autorità di Bacino e alla Regione richiesta di conferma dei pareri favorevoli al richiesto rinnovo, che avrebbero determinato una sostanziale 'riapertura' del relativo procedimento. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, il ricorrente lamentava che la Provincia

²⁰ Segnalazione 3 marzo 2021 n. AS1722 “*Rinnovi automatici di concessioni per piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico*”, cit..

²¹ Parere n. AS1780 “*Città metropolitana di Torino – Rinnovo automatico delle concessioni di piccola derivazione d'acqua*” cit..

²² Cfr. AGCM, segnalazione 3 marzo 2021 n. AS1722.

²³ Cfr. AGCM, segnalazione 3 marzo 2021 n. AS1722.

²⁴ Cfr. AGCM, parere 25 giugno 2021 n. AS1780.

²⁵ Cfr. AGCM, parere 25 giugno 2021 n. AS1780.

avrebbe dovuto disporre il rinnovo senza necessità di alcun ulteriore parere né di qualsiasi diversa pubblicazione della sua richiesta.

Il TSAP ha dichiarato l'improcedibilità dell'azione avverso il silenzio giacché, alla luce della «oggettiva riattivazione del procedimento in esame»²⁶ e del fatto che il ricorrente non avrebbe ottemperato alle richieste di integrazione documentale della Provincia, non sarebbe configurabile «alcuna colpevole inottemperanza da parte dell'Amministrazione ai suoi doveri procedurali»²⁷. La domanda di annullamento delle note provinciali di 'riapertura' del procedimento di rinnovo è stata, invece, rigettata in ragione della «consolidata giurisprudenza»²⁸ dello stesso Tribunale Superiore, che ha già rilevato la contrarietà della disciplina degli artt. 6, 28 e 30 del r.d. n. 1775/1933 con il diritto dell'Unione Europea e la conseguente necessità della sua disapplicazione.

La parte più interessante (e critica) della sentenza è, però, quella in cui il TSAP ha effettuato un'applicazione della direttiva servizi in termini di 'effetto verticale invertito'²⁹, che, a rigore, non sembra ammesso. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha invero ripetutamente evidenziato che la disapplicazione delle norme di legge contrastanti con le previsioni *self executing* di una direttiva scaduta si configura quale 'sanzione' a carico dello Stato membro inadempiente rispetto all'obbligo di recepire la direttiva e non può, invece, determinare direttamente delle conseguenze sfavorevoli in capo al privato³⁰.

Come anticipato, a valle della richiamata sentenza n. 58 del 2024, anche l'AGCM si è nuovamente espressa sul tema in oggetto. Con il parere AS1981³¹, pubblicato nel bollettino del 10 giugno 2024, l'Autorità ha infatti riscontrato la richiesta di parere formulata dalla medesima Provincia la cui inerzia ha portato alla sentenza n. 58/2024, in relazione a tre quesiti: 1) se l'*iter* istruttorio per il rinnovo delle concessioni *de quibus* debba avvenire mediante procedure anche semplificate di evidenza pubblica idonee ad assicurare trasparenza e concorrenzialità; 2) se il detto *iter* istruttorio possa essere assimilato e in che termini a quello

²⁶ Cfr. §12, TSAP, 23 maggio 2024, n. 58.

²⁷ Cfr. §12, TSAP, 23 maggio 2024, n. 58.

²⁸ Invero, il TSAP cita solamente la precedente sentenza n. 201/2018.

²⁹ Deve doverosamente evidenziarsi che, oltre al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 17 e 18 del 2021 in tema di proroga delle concessioni balneari sembra aver fatto applicazione della direttiva servizi in termini di 'effetto verticale invertito'. Sul punto si rinvia a: E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; nonché a M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria* e F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e società*, n. 3, 2021, spec. pp. 368-369.

³⁰ *Ex multis*, si vedano CGUE, 5 aprile 1979, *Tullio Ratti*, in C-148/78; 19 gennaio 1982, *Ursula Becker*, in C-8/81; 26 febbraio 1986, *M.H. Marshall*, in C-152/84; e, più di recente, 24 giugno 2019, *Daniel Adam Popławski*, in C-573/17 commentata da L. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, in www.giustiziainsieme.it, 3 febbraio 2021.

³¹ AGCM, parere 27 maggio 2024 n. AS1981 "Provincia di Frosinone – Concessione derivazioni idroelettriche", pubblicato nel Bollettino n. 23 del 10 giugno 2024.

stabilito per le grandi derivazioni idroelettriche; e, infine, 3) se tali principi debbano applicarsi anche ad istanze di rinnovo molto risalenti (ma comunque pervenute dopo il 2006) e non ancora concluse per carenza di personale.

Con riferimento al primo quesito, richiamando i propri precedenti interventi del 2021, l'AGCM ha confermato che gli Enti concedenti devono *«correttamente espletare, in sede di rinnovo di concessioni idroelettriche scadute o in scadenza, una procedura equa, trasparente e non discriminatoria che consenta a tutti i potenziali operatori concorrenti di partecipare a parità di condizioni, corrispondentemente disapplicando le norme del Testo Unico sulle Acque che dispongono il rinnovo automatico»*³². Al secondo quesito, evidentemente volto a richiedere un ausilio dell'Autorità nello stabilire le modalità della procedura ad evidenza pubblica in assenza di disposizioni di legge sul punto, l'AGCM ha fornito una risposta – giustamente – vaga, limitandosi ad osservare che la legge regionale in tema di rinnovo delle concessioni di grande derivazione idroelettrica *«sia senz'altro un utile riferimento per l'indizione di una procedura equa, trasparente e competitiva»*³³. Tuttavia, proprio in ragione dell'assenza di una specifica normativa, l'Ente concedente ben potrebbe *«seguire una procedura diversa rispetto a quella disposta per le grandi derivazioni idroelettriche [...] purché compatibile con i principi dell'articolo 12 della direttiva Bolkenstein e, cioè, assicuri “garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”*»³⁴. Infine, riscontrando il terzo quesito, l'Autorità ha osservato che le procedure di rinnovo di tutte le concessioni di piccola derivazione idroelettrica, a prescindere dalla data di presentazione dell'istanza, debbano rispettare il quadro normativo attualmente vigente, con la conseguente necessità di applicare i principi di trasparenza, concorrenzialità e di evidenza pubblica.

A testimonianza dell'assoluta rilevanza della questione e delle difficoltà delle Amministrazioni nel prevedere procedure competitive in assenza di una disciplina legislativa e stante il fatto che in caso di mancato rinnovo l'Ente concedente ha facoltà di ritenere senza compenso solamente *«le opere costruite nell'alveo, sulle sponde e sulle arginature del corso d'acqua»*, in data 8 agosto 2024, l'AGCM è nuovamente tornata in argomento. Con il parere AS2032³⁵, l'Autorità ha infatti precisato che la gara di riassegnazione della concessione *«che l'Amministrazione è tenuta ad esperire riguarda sia la concessione a derivare acqua, sia il relativo impianto esistente»*³⁶ e che *«Quanto alle opere eventualmente costruite su terreno privato, l'Amministrazione, caso per caso,*

³² Cfr. AGCM, parere 27 maggio 2024 n. AS1981.

³³ Cfr. AGCM, parere 27 maggio 2024 n. AS1981.

³⁴ Cfr. AGCM, parere 27 maggio 2024 n. AS1981.

³⁵ AGCM, parere 8 agosto 2024 n. AS2032 *“Provincia di Belluno – Rinnovo delle concessioni del piccolo idroelettrico”*, pubblicato nel Bollettino n. 34 del 26 agosto 2024.

³⁶ Cfr. AGCM, parere 8 agosto 2024 n. AS2032.

ne verificherà la rilevanza per l'esercizio dell'attività di derivazione d'acqua, valutando l'utilizzo di strumenti espropriativi o negoziali³⁷.

4. Il ruolo dell'autoproduzione nei rinnovi delle piccole concessioni idroelettriche

Alla luce di quanto sinteticamente sopra osservato, è evidente che il TSAP e l'AGCM sono assolutamente concordi nel ritenere che i rinnovi delle piccole derivazioni idroelettriche debbano essere assoggettati a procedure di evidenza pubblica. E ciò nonostante che, a quadro normativo attualmente vigente, la concorrenzialità nelle suddette procedure rischia alternativamente di dipendere dalla volontà del concessionario uscente o, comunque, di divenire un mero esercizio di stile³⁸. Se, infatti, si dovesse accogliere la prospettiva dell'AGCM secondo cui a gara non andrebbe la concessione ma direttamente l'impianto³⁹, in assenza di norme che consentono all'Ente concedente di ritenere o espropriare le relative opere, la possibilità di procedere a procedure competitive verrebbe a dipendere dall'adesione dell'*incumbent* alla proposta 'negoziale' dell'Amministrazione. Se, viceversa, e come sembra più corretto ritenere, la procedura competitiva potrebbe avere ad oggetto unicamente la possibilità di sfruttare la risorsa idrica, la concorrenzialità sarebbe solamente virtuale giacché difficilmente un soggetto diverso dal concessionario uscente, proprietario di tutte le opere salvo quelle spondali o in alveo, potrebbe proporre un'offerta migliore sotto il profilo economico⁴⁰ o ambientale⁴¹.

In disparte tali considerazioni, occorre a questo punto verificare se l'evidenza pubblica si imponga anche nell'ipotesi in cui il rinnovo abbia ad oggetto una piccola derivazione idroelettrica operante in regime di autoproduzione.

4.1. La definizione di 'autoproduttore' e la *ratio* alla base della sua introduzione nell'ordinamento

Al fine di inquadrare correttamente la questione è necessario dipartire dalla nozione di 'autoproduttore' e dalla *ratio* alla base della sua introduzione all'interno del nostro ordinamento.

Da un punto di vista temporale, il primo riferimento al concetto di 'autoproduttore' è contenuto nella legge di istituzione dell'ENEL n. 1643 del 1962⁴².

³⁷ Cfr. AGCM, parere 8 agosto 2024 n. AS2032.

³⁸ Sulle difficoltà relative alle eventuali procedure aperte di riassegnazione delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica si è soffermato anche C. MAINARDIS, *Concessioni*, *op.cit.*, pp. 142-145.

³⁹ Sulla falsariga di quanto previsto dal d.lgs. n. 79/1999 per le grandi derivazioni idroelettriche.

⁴⁰ Il concessionario uscente non dovendo sopportare costi di costruzione in quanto già proprietario di tutte le opere è – normalmente – in grado di offrire un canone maggiore rispetto agli altri concorrenti.

⁴¹ Il nuovo concessionario dovrebbe, infatti, nel caso di mancato accordo sulla cessione dell'impianto con il concessionario uscente, costruire *ex novo* un distinto impianto.

⁴² Su cui si v. C. LAVAGNA, *Il trasferimento all'ENEL delle imprese elettriche*, Giuffrè, Milano, 1966; nonché G. CAIA e N. AICARDI, *La struttura organizzativa dell'ENEL e il regime giuridico della sua attività*, in G. ZANETTI (a cura di), *Storia dell'industria elettrica in Italia. Gli sviluppi dell'ENEL: 1963-1990*, Laterza, Roma, 1994.

Come noto, con tale legge le imprese attive nell'ambito della produzione di energia elettrica venivano trasferite al neoistituito Ente Nazionale per l'energia elettrica, monopolista dell'attività di produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia. Tuttavia, l'art. 4, co. 1, n. 6), della legge n. 1643/1962 escludeva dal trasferimento all'ENEL *«a) le imprese che producono energia elettrica destinata a soddisfare i fabbisogni inerenti ad altri processi produttivi esplicitati dalle imprese stesse o da imprese che risultino consorziate o consociate alla data del 31 dicembre 1961, purché il fabbisogno superi il 70 per cento dell'energia prodotta mediamente nel triennio 1959-1961»*. La ragione di tale esclusione era da imputare al fatto che per gli 'autoproduttori' l'attività di produzione di energia elettrica aveva carattere prettamente servente al consumo 'interno' di un ciclo produttivo e non rappresentava in via diretta e immediata l'oggetto dell'attività di impresa che il Legislatore aveva inteso riservare all'ENEL.

Il successivo riferimento all'"autoproduttore" è contenuto nella legge n. 529/1982 recante *“Regolamentazione dei rapporti tra l'ENEL, le imprese elettriche degli enti locali e le imprese autoproduttrici di energia elettrica, in materia di concessioni di grandi derivazioni idroelettriche”*. In particolare, l'art. 2 co. 3 prevede che *«Alla scadenza delle concessioni di grande derivazione idroelettrica delle imprese autoproduttrici, l'ENEL rinuncerà ad avvalersi della facoltà [di ritenere senza compenso tutte le opere c.d. bagnate ai sensi dell'art. 25 co. 1 del r.d. n. 1775/1933, n.d.r.] in relazione agli impianti suscettibili di interventi atti a conseguire un aumento della producibilità di energia e/o potenza ed a condizione che le imprese autoproduttrici si obbligano ad eseguire i necessari lavori di potenziamento o di ristrutturazione»*. Peraltro, l'art. 2 co. 7 prevede espressamente che *«La maggiore produzione di energia elettrica ottenuta mediante le opere di potenziamento e di ristrutturazione di cui al precedente terzo comma non è calcolata ai fini dell'applicazione dell'articolo 4, numero 6, della legge 6 dicembre 1962, n. 1643»*.

Dunque, sempre nell'ottica di tutelare i soggetti 'autoproduttori' di energia elettrica, la legge del 1982 ha previsto la possibilità per tali soggetti di mantenere la titolarità della concessione di grande derivazione idroelettrica a patto che realizzassero interventi di potenziamento degli impianti. Peraltro, la *ratio* di favor emerge con ancor più evidenza se si considera che l'incremento della potenza, ottenuto a valle degli interventi di potenziamento, non avrebbe rilevato ai fini del rispetto della percentuale del 70% di energia consumata nell'ambito del ciclo produttivo cui l'impianto risultava servente.

Infine, l'"autoproduttore" – in continuità con la nozione ricavabile dalla legge n. 1643/1962 – è definito dall'art. 2 co. 2 del d.lgs. n. 79/1999 come *«la persona fisica o giuridica che produce energia elettrica e la utilizza in misura non inferiore al 70% annuo per uso proprio ovvero per uso delle società controllate, della società controllante e delle società controllate dalla medesima controllante, nonché per uso dei soci delle società cooperative di produzione e distribuzione dell'energia elettrica di cui all'articolo 4, numero 8, della legge 6 dicembre 1962»*.

Invero, la posizione dell'"autoproduttore" era specificamente contemplata dalla direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, di cui il surrichiamato d.lgs. n. 79/1999

costituiva attuazione.

Come noto, l'obiettivo della direttiva era quello di procedere all'apertura del mercato della produzione di energia⁴³ attraverso due sistemi alternativi tra loro: il sistema di autorizzazione e la procedura d'appalto, entrambi operanti secondo criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori. Nel perseguimento di tale fine, la direttiva espressamente prevedeva – al considerato n. 24 – che «è necessario, in tale contesto, prendere in considerazione la situazione degli autoproduttori e dei produttori indipendenti». Perciò, definito l'«autoproduttore» come «la persona fisica o giuridica che produce energia elettrica essenzialmente per uso proprio», il suo art. 6 §6 disponeva – in ottica di evidente *favor* per il medesimo – che anche laddove gli Stati membri avessero optato per la procedura di appalto, dovesse comunque essere consentito agli autoproduttori di ottenere un'autorizzazione.

Nel disegno pro-concorrenziale della direttiva 96/92/CE, il soggetto 'autoproduttore' aveva, così, il significativo vantaggio per cui – anche laddove lo Stato membro avesse ritenuto di procedere all'apertura del mercato della produzione di energia con il sistema della procedura d'appalto – non avrebbe avuto l'onere di partecipare alla procedura ad evidenza pubblica, ma avrebbe comunque potuto realizzare il proprio impianto ottenendo un'autorizzazione *ad hoc*. A ben vedere, anche questa deroga trovava la propria *ratio* nel fatto che non si sarebbe verificata alcuna lesione al principio di *par condicio* tra i soggetti interessati ad accedere al mercato liberalizzato della produzione e vendita di energia elettrica. L'«autoproduttore», infatti, non è interessato ad entrare nel mercato della produzione e della vendita dell'energia elettrica, ma – unicamente – a garantirsi una fonte di energia da asservire ad un proprio ciclo industriale.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, la *ratio* alla base dell'introduzione (e del mantenimento) della categoria può essere ragionevolmente identificata nell'esigenza di offrire un regime di favore al soggetto che utilizzi l'energia elettrica generata nell'ambito di un ciclo produttivo⁴⁴. Poiché non ritenuto attivo nel campo della produzione e vendita dell'energia elettrica, l'«autoproduttore» è stato dapprima escluso dalla nazionalizzazione delle imprese elettriche e, poi, tutelato mediante la possibilità di ottenere un'autorizzazione *ad hoc* anche ove il sistema di liberalizzazione del mercato elettrico prescelto fosse stato quello della c.d. procedura d'appalto.

⁴³ Su cui si v. M. COLLEVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario. Alla ricerca di un giusto bilanciamento tra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Cacucci, Bari, 2000 e F. VETRÒ (a cura di), *Il mercato dell'energia elettrica a venti anni dalla liberalizzazione*, Marsilio, Venezia, 2021.

⁴⁴ L'autoproduzione è elemento espressamente attenzionato nella [Part B](#) “*In-depth analysis and recommendations*” del report di M. DRAGHI, *The future of European competitiveness*, p. 36; pubblicato il 9 settembre 2024, e ritenuto necessario a garantire la competitività degli utenti energivori.

4.2. Autoproduzione e procedure di rinnovo delle piccole concessioni di derivazione ad uso idroelettrico

Tanto chiarito, occorre ora verificare se la qualifica di soggetto ‘autoproduttore’⁴⁵ possa legittimare il rinnovo della concessione di piccola derivazione idroelettrica in conformità al combinato disposto degli artt. 28 e 30 del r.d. n. 1775/1933 da ultimo ritenuti – sia dal TSAP che dall’AGCM – contrastanti con i principi di trasparenza e concorrenzialità di cui all’art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

Si è visto che l’argomento sulla cui base si impunta l’affermazione della necessità di disapplicazione degli artt. 28 e 30 del r.d. n. 1775/1933 è quello relativo alla contrarietà di tali disposizioni con i principi sottesi alla direttiva Bolkenstein e, in particolare, con l’articolo 12 di tale direttiva. A sua volta, la direttiva 2006/123/CE si applica alle attività qualificabili quale ‘servizio’, normativamente definite all’art. 4, § 1, n. 1 della direttiva in termini di «*qualsiasi attività economica non salariata di cui all’articolo 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione*».

Se non vi sono ostacoli nel ritenere che l’attività di produzione e vendita di energia elettrica possa essere qualificata quale ‘servizio’⁴⁶ e determinare, di conseguenza, l’applicazione della direttiva 2006/123/CE è, viceversa, più complicato e meno scontato ritenere che l’attività di generazione di energia elettrica funzionale non già a essere valorizzata sul mercato ma a essere consumata nell’ambito di un ciclo industriale del medesimo soggetto possa essere inquadrata quale «*attività economica non salariata [...] fornita normalmente dietro retribuzione*».

⁴⁵ Affine al concetto di ‘autoproduttore’, v’è la nozione recentemente introdotta dall’art. 30 del d.lgs. n. 199/2021 di ‘autoconsumatore di energia rinnovabile’.

A mente di tale disposizione, un cliente finale che diviene autoconsumatore di energia rinnovabile «*produce e accumula energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo*» realizzando un impianto di produzione di energia rinnovabile che sia o direttamente interconnesso all’utenza ovvero ubicato in siti diversi rispetto all’unità di consumo. In quest’ultimo caso, l’energia può essere autoconsumata anche mediante la rete di distribuzione e non è strettamente necessaria una linea diretta di collegamento tra l’impianto e l’unità di consumo.

Nonostante una loro indubbia affinità, le due figure dell’‘autoconsumatore’ e dell’‘autoproduttore’ non possono dirsi pienamente sovrapponibili in quanto differiscono sotto (almeno) un duplice profilo.

In primo luogo, mentre l’art. 2 co. 2 del d.lgs. n. 79/1999 chiarisce che l’‘autoproduttore’ «*produce energia elettrica e la utilizza in misura non inferiore al 70% annuo per uso proprio*»; un simile limite percentuale non è espressamente previsto per essere qualificato quale ‘autoconsumatore’. Ma, soprattutto, a differenza dell’ ‘autoproduttore’ che deve *utilizzare* l’energia prodotta, il soggetto ‘autoconsumatore’ – soprattutto se con utenza non direttamente interconnessa all’impianto – potrebbe ben vendere tutta l’energia generata e ciò perché l’art. 30, co. 1, lett. b) del d.lgs. n. 199/2021 espressamente prevede che tale soggetto può «*vende[re] l’energia elettrica rinnovabile autoprodotta*».

La differenza tra le due figure si spiega se si considerano le diverse finalità per cui sono state introdotte: mentre la qualità di soggetto ‘autoproduttore’ rileva ai fini del rapporto concessorio, quella di ‘autoconsumatore’ trova la propria *ratio* giustificatrice nell’ottica di favorire la diffusione delle energie rinnovabili mediante la possibilità di ottenere un incentivo sull’energia generata effettivamente autoconsumata e un risparmio sulla tariffa di trasmissione mediante la corresponsione di «*contributo per la valorizzazione dell’energia elettrica autoconsumata*», quest’ultimo regolato dal TIAD approvato da ARERA con deliberazione 727/2022/R/eel.

⁴⁶ Sul punto si v. F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L’esempio paradigmatico dell’energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005; e E. PICOZZA, S.M. SAMBRI (a cura di), *Il diritto dell’energia*, CEDAM, Padova, 2015.

Infatti, pur consistendo in un'attività 'economica' – in quanto, comunque, viene prodotto il 'bene' energia di certa rilevanza economica – l'attività del soggetto 'autoproduttore' non può dirsi normalmente fornita dietro retribuzione. L' 'autoproduttore' non intende essere retribuito per la produzione del 'bene' energia, ma unicamente utilizzare tale 'bene' nell'ambito di un successivo ciclo industriale, questo sì, pienamente inquadrabile quale attività di prestazione di servizi.

Se, quindi, l'attività di generazione di energia elettrica svolta dal soggetto 'autoproduttore', non rivolgendosi direttamente al mercato, non può essere direttamente qualificata quale attività di prestazione di servizi, ne dovrebbe ragionevolmente derivare che alla stessa non sia applicabile l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Sicché, situandosi al di fuori del perimetro applicativo della direttiva servizi, il rinnovo delle concessioni di piccola derivazione d'acqua ad uso energetico operanti in regime di autoproduzione dovrebbe legittimamente avvenire (escludendone la disapplicazione) in conformità al disposto degli articoli 28 e 30 del r.d. n. 1775/1933.

5. Considerazioni conclusive: tra scarsità della risorsa idrica e strumentalità dell'uso dell'acqua

La conclusione cui si è giunti in punto di concessioni di piccola derivazione idroelettrica operanti in regime di autoproduzione merita di essere ulteriormente sviluppata.

Si è visto come il TSAP e l'AGCM concordino nel ritenere che le disposizioni regolanti il rinnovo delle piccole concessioni idroelettriche debbano essere disapplicate per contrasto con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE sul rilievo che ogniqualevolta attribuisce a privati la possibilità di utilizzare la risorsa idrica (per sua natura limitata) per svolgere attività economica, l'Amministrazione deve rispettare i principi di imparzialità e parità di trattamento e, quindi, selezionare il concessionario a mezzo di procedure competitive⁴⁷.

Il ragionamento sembra, però, invertire l'ordine logico imposto dalla direttiva servizi.

A rigore, infatti, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE può trovare applicazione solamente laddove l'attività da esercitare con il bene demaniale sia qualificabile in termini di 'servizio' e non già esclusivamente in ragione della scarsità della risorsa idrica.

Del resto, se fosse *ex se* il concetto di 'scarsità' della risorsa idrica – e non già la qualificazione in termini di 'servizio' dell'attività svolta con il bene demaniale – a fondare *de plano* l'applicabilità della direttiva Bolkestein alle procedure di rinnovo delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica, non si vede per quale ragione tale principio non possa (*recte*: debba) essere esteso alle concessioni di derivazione generalmente intese, a prescindere dall'uso che si intende fare dell'acqua.

⁴⁷ Si veda il già segnalato passaggio della sentenza TSAP, 13 dicembre 2018, n. 201 in cui si legge: «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».

A voler così ritenere, però, si verificherebbero conseguenze manifestamente assurde.

Stante il carattere per definizione scarso della risorsa idrica, il rinnovo di ogni derivazione d'acqua – anche se a uso industriale o irriguo – dovrebbe essere assoggettato a procedure di evidenza pubblica, con l'inaccettabile possibilità di avere campi incolti perché privi di acqua con i quali essere irrigati o, ancora, impianti industriali impossibilitati a funzionare per la mancanza di un fondamentale elemento del loro ciclo produttivo.

Tali paradossali conseguenze non si verificherebbero se, invece, si rispetta il coerente ordine logico imposto dalla direttiva servizi: il principio di concorrenzialità trova applicazione ai rinnovi di concessione di derivazione ogniqualvolta l'attività svolta con la risorsa idrica (che è finita per sua natura) risulti inquadrabile in termini di *«attività economica non salariata [...] fornita normalmente dietro retribuzione»*.

Anche alla luce di quanto sopra evidenziato, sembra più coerente affermare che dirimente ai fini dell'applicazione dei principi di concorrenzialità ed evidenza pubblica ai rinnovi delle concessioni di derivazione sia non tanto la 'scarsità' della risorsa idrica ma il diverso concetto di 'non strumentalità' dell'uso dell'acqua ai fini di un distinto ciclo produttivo.

Se la risorsa idrica viene sfruttata ai fini della produzione di energia da collocare direttamente sul mercato, l'uso dell'acqua non è strumentale ad alcun distinto ciclo produttivo e, pertanto, l'attività è direttamente qualificabile quale 'servizio', con la conseguenza che non vi sono ragioni per escludere le relative procedure di rinnovo dal principio di concorrenzialità. Viceversa, come nel caso delle piccole concessioni idroelettriche in regime di autoproduzione e salvo espresse scelte legislative in senso contrario⁴⁸, dove sussiste tale vincolo di strumentalità ad un successivo e distinto ciclo produttivo (industriale o anche agricolo), l'attività svolta con l'acqua non è qualificabile in termini di prestazione di servizi, in quanto, pur potendosi talvolta qualificare come 'economica', non sarebbe comunque *«fornita normalmente dietro retribuzione»*. In presenza di tale vincolo di strumentalità viene, pertanto, a mancare il presupposto di applicazione della direttiva 2006/123/CE e, correlativamente, la necessità di procedere alla disapplicazione delle disposizioni di legge regolanti il rinnovo delle relative concessioni.

La riferita impostazione sembra preferibile non solo perché circoscrive la *vis expansiva* dell'evidenza pubblica a situazioni in cui obiettivamente viene in rilievo un problema di concorrenza nel mercato delle attività di 'servizio' ma soprattutto perché consentirebbe di evitare conseguenze illogiche e dannose, come la disapplicazione delle disposizioni che regolano il rinnovo delle concessioni essenziali per attività

⁴⁸ Per le grandi derivazioni idroelettriche, nonostante non siano mancate pronunce in senso contrario del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche – cfr. TSAP, 1° febbraio 2016, n. 48 – è la legge e, in particolare l'art. 12 del d.lgs. n. 79/1999, che prescrive direttamente ed espressamente che tutte le grandi derivazioni idroelettriche – a prescindere dal fatto che siano esercitate in regime di autoproduzione o meno – siano, alla loro scadenza, riassegnate secondo procedure ad evidenza pubblica.



industriali o agricole, assicurando al contempo il rispetto dei principi di diritto europeo dove effettivamente applicabili.