

ELETTRICITA' FUTURA

Osservazioni ai commenti del MATTM allo schema di Decreto ministeriale 2018
per l'incentivazione delle FER

19 aprile 2018

La proposta del MiSE

Lo schema di decreto per l'incentivazione delle fonti rinnovabili per il triennio 2018-2020, prevede, tra i **requisiti di partecipazione** ai meccanismi di registro ed asta, che gli impianti **idroelettrici**:

- **rispettino specifiche caratteristiche costruttive** (siano realizzati su canali artificiali o condotte esistenti senza incremento di portata, utilizzino acque di scarico, salti su briglie o traverse esistenti, parte del rilascio del deflusso minimo vitale, ecc..) dimostrate mediante specifica attestazione dell'ente o esplicitate nel disciplinare di concessione
- **oppure**, se sono impianti con caratteristiche **diverse**, che:
 - per le concessioni di derivazione esistenti, dispongano di un'**attestazione ambientale** che dimostri che l'impianto non pregiudica la qualità del corso d'acqua
 - per le concessioni di derivazione nuove, che dispongano di un'**attestazione** che la concessione di derivazione è stata rilasciata nel rispetto delle **Linee Guida** per la valutazione ex-ante delle derivazioni (es: Modello ERA **Direttiva Derivazioni** AdB Po) e delle Linee Guida per l'aggiornamento del DMV (**direttive Deflusso Ecologico**).

Il rispetto delle caratteristiche costruttive citate, è poi considerato **criterio preferenziale nella formazione delle graduatorie** per l'accesso ai registri.

Tale impostazione si rintraccia in particolare nei seguenti articoli (per i riferimenti alla normativa preesistente, cfr. Allegato):

Art. 3, comma 5 (Schema di decreto MiSE)

5. Oltre ai requisiti specifici per la partecipazione alle procedure di asta stabiliti al Titolo III, sono necessari i seguenti requisiti generali per la partecipazione alle procedure di asta e registro:

a) (...)

b) (...)

c) impianti idroelettrici di nuova costruzione: ricorre almeno uno dei seguenti requisiti:

- 1. Rispettano una delle caratteristiche costruttive di cui all'articolo 4, comma 3, lettera b), punti i., ii., iii. e iv. del decreto 23 giugno 2016, da dimostrare mediante specifica attestazione rilasciata dall'ente preposto alla rilascio della concessione di derivazione ove non già esplicitate nel titolo concessorio o nel relativo disciplinare;*
- 2. sono impianti che producono sulla base di una concessione di derivazione da un corpo idrico, diversi da quelli di cui ai precedenti, muniti dell'attestazione di cui al comma 9 dell'articolo 4 del decreto 23 giugno 2016 ovvero, per le nuove concessioni cui risultano applicabili le Linee Guida per le valutazioni ambientali ex ante delle derivazioni idriche (approvate con Decreto del Direttore della Direzione Generale per la Salvaguardia del Territorio e delle Acque del*

MATTM n.29/STA del 13 febbraio 2017) e le Linee Guida per l'aggiornamento dei metodi di determinazione del deflusso minimo vitale (approvate con Decreto del Direttore della Direzione Generale per la Salvaguardia del Territorio e delle Acque del MATTM n.30/STA del 13 febbraio 2017), sono assistiti da analoga attestazione che l'impianto produce in virtù di una concessione di derivazione rilasciata in conformità a quanto previsto dalle predette Linee Guida

Art. 9, comma 2 (Schema di decreto MiSE)

2. Il GSE forma e pubblica la graduatoria sul suo sito, secondo i seguenti criteri di priorità, da applicare in ordine gerarchico a ciascuno dei gruppi:

a) (...)

b) Per il gruppo B:

i. Impianti idroelettrici impianti che rispettano le caratteristiche costruttive di cui all'articolo 4, comma 3, lettera b), punti i., ii., iii. e iv. del Decreto 23 giugno 2016

La posizione del MATTM

In sintesi, il MATTM pone la condizione che gli impianti idroelettrici **possano accedere agli incentivi solo se** aventi una delle **caratteristiche costruttive** menzionate nel decreto (ovvero se siano realizzati su canali artificiali o condotte esistenti senza incremento di portata derivata, utilizzino acque di restituzioni o di scarico di utenze esistenti, utilizzino salti su briglie o traverse esistenti, siano su DMV ecc...) dimostrate mediante specifica attestazione dell'ente o esplicitate nel disciplinare di concessione.

Il rispetto delle caratteristiche costruttive citate, non è un criterio preferenziale. Gli impianti diversi non sono ammessi all'incentivo.

Quindi sullo schema di DM FER sottoposto per il concerto, il MATTM propone, in particolare, che (per i riferimenti alla normativa preesistente, cfr. Allegato):

All'articolo 3, comma 5 dello schema di decreto, la lettera c) sia sostituita con

c) impianti idroelettrici di nuova costruzione: è rispettata una delle caratteristiche costruttive di cui all'articolo 4, comma 3, lettera b), punti i., ii., iii. e iv. del decreto 23 giugno 2016, da dimostrare mediante specifica attestazione rilasciata dall'ente preposto al rilascio della concessione di derivazione ove non già esplicitate nel titolo concessorio o nel relativo disciplinare.

Considerazioni sulla proposta MATTM

Il MATTM, come noto, persegue la tutela degli interessi ambientali. In questo senso si può ipotizzare che la motivazione sottesa a questa condizione è che il Ministro ritenga che gli impianti cui intende concedere l'incentivazione abbiano impatto ambientale "nullo".

Al di là del fatto che ogni **valutazione** circa l'**impatto** ambientale di un qualsiasi progetto di impianto deve essere effettuata in concreto (e non a priori) **in seno ai vari procedimenti ambientali** previsti dal D.Lgs. n. 152/2016 e ss.mm.ii., occorre esaminare quali conseguenze la richiesta di modifica del MATTM abbia sulla disciplina incentivante.

La bozza di decreto sottoposta al MATTM prevedeva, alternativamente al requisito di accesso sopra indicato, anche un altro requisito, ovverosia, indipendentemente dalle caratteristiche costruttive, il possesso dell'attestazione ambientale già prevista dal DM 23 giugno 2016 ovvero, per gli impianti più nuovi, il possesso dell'attestazione che l'impianto produce in virtù di una concessione di

derivazione rilasciata in conformità a particolari Linee Guida approvate con Decreti direttoriali del MATTM.

L'eliminazione di tale ulteriore requisito produce l'effetto di restringere irragionevolmente e arbitrariamente l'accesso agli incentivi, riservandolo ai soli impianti idroelettrici dotati delle caratteristiche costruttive elencate sopra, in ragione di una astratta e anticipata valutazione ambientale favorevole per tali iniziative e di segno negativo per tutte le altre tipologie di impianti.

Ciò, se da un lato, senz'altro sviscerisce le **funzioni ambientali degli enti preposti** alla valutazione delle iniziative idroelettriche, dall'altro, non sembrerebbe neppure essere esente da **vizi di legittimità**.

Infatti, sebbene la giurisprudenza amministrativa abbia giudicato legittima l'introduzione di criteri di preferenza per alcune tipologie di progetto, da utilizzare nella formazione delle graduatorie delle iniziative da incentivare (ad esempio, la preferenza per gli impianti FV di piccola dimensione di cui al IV CE, così TAR Lazio, III ter, 4 febbraio 2013, n. 1176) o anche l'introduzione di nuove e diverse regole per l'accesso agli incentivi, anche se peggiorative rispetto al regime precedente (ad esempio, le regole per l'accesso diretto di cui al DM 23 giugno 2016, così TAR Lazio, III ter, 27 luglio 2017, n. 8997), perché non escludevano a priori dall'accesso agli incentivi determinate categorie di impianti, è opportuno segnalare che è stata recentemente ritenuta illegittima a disposizione DM 23 giugno 2016 che escludeva qualsiasi incentivazione per gli impianti idroelettrici di potenza nominale superiore ai 5 MW (TAR Lazio, III ter, 27 luglio 2017, n. 8997).

Il Giudice, infatti, ha ritenuto che secondo l'articolo 24, comma 5, del D.Lgs. 28/2011 il Ministero avrebbe potuto individuare, a seconda delle specifiche caratteristiche delle diverse tipologie di impianto, "il valore minimo di potenza", ossia una determinata soglia differenziatrice atta a tracciare il confine tra incentivazione "a registro" (per gli impianti con potenza al di sotto della soglia) ed incentivazione "ad aste" (per gli impianti con potenza al di sopra di detta soglia), ma il Ministero non avrebbe potuto anche, come invece è stato fatto, individuare una soglia oltre la quale l'incentivo risulta essere del tutto escluso per una determinata fonte di energia rinnovabile.

Detto in altri termini, non pare che il D.Lgs. 28/2011 assegni il potere di escludere tout court una determinata categoria di impianti dall'accesso agli incentivi.

Approfondimento sul pre-contenzioso comunitario

Altro aspetto degno di nota è costituito dal riferimento nella motivazione del MATTM al pre-contenzioso comunitario relativo all'EU PILOT 6011/2014/ENVI.

Tale riferimento appare quantomeno pretestuoso.

La Commissione Europea, nel caso EU PILOT 6011/14/ENVI, ha infatti chiesto di conoscere le modalità istruttorie dei procedimenti autorizzativi su nuove concessioni di derivazione, in particolare per l'uso idroelettrico, con riferimento alla necessità di assicurare il raggiungimento degli **obiettivi di qualità per esse fissati dalla Direttiva Quadro Acque**.

Proprio in risposta ai rilievi mossi della Commissione, ed in esito ad un incontro bilaterale con la DG ENV tenutosi nel febbraio 2016, il MATTM ha elaborato un Action Plan, che illustra in 10 task modalità e tempistiche con cui verrà data attuazione alle azioni di recupero sui vari temi inerenti l'applicazione della Direttiva 2000/60/CE, con particolare riferimento agli elementi di cui al caso EU PILOT 7304/15/ENVI ed al caso EU PILOT 6011/14/ENVI.

In particolare l'ultimo task, unico relativo al caso EU PILOT 6011/14/ENVI, contiene l'impegno a predisporre **linee guida nazionali sui deflussi ecologici e per la valutazione ambientale delle derivazioni**. Si tratta proprio delle Linee Guida approvate con Decreti Direttoriali del MATTM n.29/STA e 30/STA del 13 febbraio 2017, cui fa riferimento il testo della bozza di decreto sottoposta a parere nel punto che proprio lo stesso Ministero dell'Ambiente suggerisce implicitamente di stralciare.

Inoltre, è opportuno ricordare come l'**attestazione ambientale** richiesta per impianti *diversi da quelli di cui ai precedenti*, (ossia da quelli con le caratteristiche costruttive di cui all'articolo 4, comma 3, lettera b, punti i., ii., iii. e iv. del decreto 23 giugno 2016), e non legati a nuove concessioni di derivazione (per le quali lo schema di decreto richiede la conformità alle Linee Guida, proprio nel rispetto delle indicazioni della Commissione e dei principi della Direttiva Quadro Acque sopra menzionati), sia la **medesima prevista dal DM 23 giugno 2016**, al citato comma 9 dell'art. 4.

Sembrerebbe pertanto ragionevole considerare che il dubbio sulla compatibilità di questi impianti a cui è richiesta l'attestazione ambientale con la situazione di pre-contenzioso citata dal MATTM, sia di fatto già stato **superato** all'epoca dell'analisi dello schema di decreto incentivante 2016 (poi approvato come DM 23 giugno), posto che le Procedure PILOT erano a quell'epoca già attive.

Allegato - Normativa preesistente di riferimento

Gli articoli di riferimento citati nelle due proposte (MiSE e MATTM sono i seguenti):

Art. 4, comma 3 (DM 23 giugno 2016)

3. Possono accedere direttamente ai meccanismi di incentivazione di cui al presente decreto:

a) gli impianti idroelettrici di potenza nominale di concessione fino a 250 kW che rientrano in una delle seguenti casistiche:

- i. realizzati su canali artificiali o condotte esistenti, senza incremento ne' di portata derivata dal corpo idrico naturale, ne' del periodo in cui ha luogo il prelievo;*
- ii. che utilizzano acque di restituzioni o di scarico di utenze esistenti senza modificare il punto di restituzione o di scarico;*
- iii. che utilizzano salti su briglie o traverse esistenti senza sottensione di alveo naturale o sottrazione di risorsa;*
- iv. che utilizzano parte del rilascio del deflusso minimo vitale al netto della quota destinata alla scala di risalita, senza sottensione di alveo naturale;*

Art. 4, comma 9 (DM 23 giugno 2016)

9. Per gli impianti idroelettrici che producono sulla base di una concessione di derivazione da un corpo idrico, ai fini dell'ammissione all'incentivo il produttore allega un'attestazione rilasciata dalla autorità competente che accerti o che confermi che il provvedimento di concessione non pregiudica il mantenimento o il raggiungimento degli obiettivi di qualità definiti per il corso d'acqua interessato, tenuto conto dell'art. 12-bis, comma 1, lettera a) del regio decreto n. 1775/1933, come sostituito dall'art. 96, comma 3, del decreto legislativo n. 152 del 2006.

