

10.480

Iniziativa parlamentare
Evitare inutile burocrazia nel settore delle reti elettriche
Rapporto della Commissione dell'ambiente, della pianificazione del territorio e dell'energia del Consiglio nazionale

del 21 febbraio 2011

Onorevoli colleghi,

con il presente rapporto vi sottoponiamo il progetto di modifica della legge sulle forze idriche e della legge sull'approvvigionamento elettrico, che trasmettiamo nel contempo per parere al Consiglio federale.

La Commissione vi propone di approvare il progetto di legge allegato.

21 febbraio 2011

In nome della Commissione:

Il presidente, Jacques Bourgeois

Compendio

Rifacendosi alla legge sul mercato interno, nella sua perizia del 22 febbraio 2010 la Commissione della concorrenza (COMCO) ha rilevato che per il rilascio di concessioni riguardanti la rete di distribuzione di energia elettrica vige l'obbligo di indire una gara pubblica. Nel comunicato relativo alla perizia essa ha inoltre indicato che l'obbligo di indire una gara pubblica si applica anche al rilascio a privati del diritto di utilizzare altri monopoli di fatto, segnatamente alla concessione per l'utilizzazione delle forze idriche. Il fatto che le concessioni rientrino effettivamente nell'obbligo di gara pubblica ai sensi del diritto sul mercato interno è discutibile. Per eliminare gli eventuali dubbi suscitati dalla perizia della COMCO, la Commissione dell'ambiente, della pianificazione del territorio e dell'energia del Consiglio nazionale (CAPTE-N) ha deciso di introdurre una normativa speciale: nell'ambito dell'iniziativa parlamentare «Evitare inutile burocrazia nel settore delle reti elettriche» (10.480) ha elaborato un progetto che stabilisce chiaramente che nell'ambito dell'utilizzazione del suolo pubblico per le reti elettriche nonché dell'utilizzazione delle forze idriche per le autorità concedenti non sussiste alcun obbligo di gara pubblica. Il progetto precisa inoltre che la procedura di rilascio delle concessioni deve essere trasparente e non discriminatoria.

Rapporto

1 Situazione iniziale

1.1 L'iniziativa della Commissione

Il 6 luglio 2010, la Commissione dell'ambiente, della pianificazione del territorio e dell'energia del Consiglio nazionale (CAPTE-N) ha deciso di elaborare l'iniziativa «Evitare inutile burocrazia nel settore delle reti elettriche» (10.480), il cui obiettivo è di modificare la legge del 23 marzo 2007 sull'approvvigionamento elettrico (LAEI; RS 734.7) specificando che l'articolo 2 capoverso 7 della legge del 6 ottobre 1995 sul mercato interno (LMI; RS 943.02) non si applica né alla rete nazionale di trasporto né alle reti di distribuzione di energia elettrica. L'articolo 2 capoverso 7 LMI prescrive una gara pubblica per il rilascio di monopoli cantonali o comunali a privati. L'iniziativa parlamentare fa seguito a una perizia della Commissione della concorrenza (COMCO), che difendeva un obbligo di gara pubblica in questo settore.

L'iniziativa della Commissione recepisce inoltre quanto richiesto dalla mozione Freitag «Concessioni per l'utilizzazione delle risorse idriche e per le reti di distribuzione dell'energia elettrica. Diritto di decisione da parte degli enti pubblici» (10.3469), accolta dal Consiglio degli Stati il 28 settembre 2010. La mozione Freitag chiede una deroga, sotto forma di legge speciale, all'obbligo di indire gare pubbliche sia per le concessioni riguardanti le reti di approvvigionamento elettrico che per quelle riguardanti l'utilizzazione delle forze idriche.

Il 6 settembre 2010, nell'ambito dell'esame preliminare ai sensi dell'articolo 109 della legge del 13 dicembre 2002 sul Parlamento (LParl; RS 171.10), la CAPTE del Consiglio degli Stati (CAPTE-S) ha approvato la decisione della commissione omologa.

Il fatto che le concessioni menzionate rientrino nell'obbligo di gara pubblica ai sensi del diritto sul mercato interno è discutibile. Esistono varie perizie in materia, in parte contrarie al parere della COMCO. La CAPTE-N ha pertanto deciso di fare rapidamente chiarezza per via legislativa. Nel corso dei suoi lavori la Commissione è stata sostenuta dal Dipartimento dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (DATEC).

La Commissione ha approvato il progetto di legge all'unanimità il 21 febbraio 2011.

1.2 La perizia della Commissione della concorrenza

Secondo la perizia della COMCO del 22 febbraio 2010, pubblicata il 16 aprile 2010, il rinnovo di una concessione di utilizzazione del suolo pubblico e l'approvvigionamento elettrico da parte di privati costituiscono fattispecie soggette all'obbligo di gara pubblica ai sensi del nuovo articolo 2 capoverso 7 LMI, introdotto con la revisione del 2006. La COMCO motiva tale posizione dicendo che la LAEI non contiene disposizioni che prevalgono sull'articolo 2 capoverso 7 LMI a mo' di legge speciale e la cui applicazione escluderebbe una distinzione tra

monopoli di diritto o di fatto in base alla formulazione dell'articolo 2 capoverso 7 LMI e ai materiali giuridici, in quanto ingiustificata, e l'obbligo di una procedura non discriminatoria e orientata alla concorrenza ai sensi dell'articolo 1 capoverso 1 LMI per il rilascio di una concessione di utilizzazione speciale. Con la procedura di gara pubblica sono prevedibili vantaggi ad esempio a livello di rapporto costi-benefici della gestione. La COMCO ammette tuttavia che questi vantaggi sono ridimensionati da fattori che limitano la concorrenza (entrate o corrispettivi per l'utilizzazione della rete sostanzialmente fissi, limitazione dell'obbligo di gara pubblica alle reti di «privati», escludendo le reti in mano pubblica) e che l'attuazione concreta susciterebbe notevoli difficoltà – enumerate a titolo di esemplificazione nella perizia.

Di conseguenza, conformemente all'articolo 8 LMI la COMCO raccomanda al Consiglio federale di stabilire le condizioni necessarie per una gara pubblica mediante l'elaborazione di una disposizione speciale nella LAEl.

La COMCO menziona il rilascio del diritto di utilizzare le forze idriche, le cosiddette concessioni per l'utilizzazione delle forze idriche, unicamente nel comunicato stampa concernente la perizia, spiegando che l'obbligo di gara pubblica si applica anche al rilascio a privati del diritto di utilizzare altri monopoli di fatto e quindi ad altre concessioni per l'uso speciale come ad esempio l'utilizzazione delle forze idriche. La COMCO attribuisce quindi alla perizia un'importanza che va al di là della fattispecie analizzata.

1.3 Concessioni

Con una concessione lo Stato rilascia a privati il diritto di esercitare un'attività economica che in origine gli era riservata (monopolio statale). I monopoli statali si fondano su una norma giuridica (monopolio di diritto) o su condizioni reali come ad esempio il dominio materiale sul suolo pubblico (monopolio di fatto). Il diritto di utilizzare in esclusiva una cosa pubblica è rilasciato mediante concessioni per l'uso speciale. Tra queste figurano le concessioni per l'utilizzazione delle forze idriche e il diritto di far passare linee elettriche sul suolo pubblico.

1.4 La situazione attuale

1.4.1 La legge sull'approvvigionamento elettrico

La LAEl disciplina solo taluni aspetti dell'approvvigionamento elettrico. Consente ad esempio – in due tappe di apertura, e cioè dapprima per i grandi clienti finali e successivamente per tutti – la libera scelta del fornitore di energia elettrica, il che presuppone un accesso non discriminatorio alla rete. Al contempo, la LAEl assicura però anche il servizio universale. Per quanto riguarda le reti disciplina i seguenti punti: il corrispettivo per l'utilizzazione della rete è regolamentato e sottostà alla vigilanza della Commissione federale dell'energia elettrica (ElCom). La rete di trasporto è affidata alla società nazionale di rete (swissgrid SA). Nell'ambito del servizio universale, i Cantoni devono assegnare dei comprensori, in modo da evitare l'esistenza di territori orfani. La LAEl non offre però alcuna base per le concessioni

di rete. Secondo il messaggio concernente la LAEl, la rete in quanto monopolio naturale non è soggetta a una concorrenza diretta (FF 2005 1456). Le autorizzazioni per la costruzione di linee sono disciplinate dalla legge del 24 giugno 1902 sugli impianti elettrici (LIE; RS 734.0).

1.4.2 La situazione nei Cantoni (reti e approvvigionamento elettrico)

Il settore dell'elettricità si è evoluto nel corso della storia, organizzandosi diversamente nei vari Cantoni e Comuni – nei limiti della loro sfera di competenza – anche dopo l'entrata in vigore della LAEl. Non esiste una panoramica attuale sulla situazione nei Cantoni.

Distinzione tra reti e fornitura di energia elettrica

Occorre fare una distinzione tra *distribuzione di energia elettrica*, ossia le reti (infrastruttura), e *approvvigionamento elettrico*, e cioè la vera e propria fornitura di energia elettrica. La deroga all'obbligo di gara pubblica che si prevede di inserire nella LAEl riguarda unicamente la distribuzione di energia elettrica, ossia le reti. In merito all'approvvigionamento occorre tuttavia rilevare che finora i Cantoni che hanno delegato l'approvvigionamento elettrico a un'azienda elettrica (pubblica o privata; mediante una norma giuridica, una concessione, un contratto ecc.) hanno spesso disciplinato nell'ambito di questa delega anche gli aspetti legati alla rete (p. es. l'utilizzazione del suolo pubblico); in pratica finora non vi è stata alcuna separazione (tra distribuzione e approvvigionamento). Per quanto riguarda l'approvvigionamento elettrico, occorre inoltre precisare che dall'entrata in vigore della LAEl i Cantoni sono meno liberi di prima. Non possono ad esempio più rilasciare a un'azienda elettrica un diritto esclusivo di fornitura di energia elettrica su un determinato territorio (cfr. messaggio LAEl, FF 2005 1515), poiché ciò sarebbe contrario al diritto di scelta dei clienti finali che beneficiano dell'apertura del mercato dell'energia elettrica. Dal diritto federale scaturisce pertanto un nuovo aspetto essenziale dell'approvvigionamento, vale a dire l'obbligo del gestore della rete di garantire il servizio universale nel comprensorio attribuitogli (art. 5 LAEl), conformemente agli articoli 6 e 7 LAEl.

Eterogeneità delle concessioni cantonali

L'articolo 5 LAEl obbliga i Cantoni a designare e attribuire dei comprensori. Pur riguardando le reti (di distribuzione), questo processo non coincide con ciò che i Cantoni o i Comuni delegavano finora mediante concessioni di rete (o di approvvigionamento) o conferimenti simili. Per quanto riguarda la rete, con queste concessioni era rilasciato soprattutto il diritto di utilizzare il suolo pubblico. Talvolta era attribuito mediante concessioni anche il permesso di costruire e gestire linee elettriche. In ogni caso, la situazione nei Cantoni è o perlomeno era molto eterogenea. Se è la collettività stessa, ad esempio un ente cantonale o un'azienda comunale, ad assicurare l'approvvigionamento elettrico, non è necessaria alcuna concessione (in tal caso manca tra l'altro persino una delega a privati ai sensi dell'art. 2 cpv. 7 LMI). È chiaro che anche con la LAEl i Cantoni possono continuare a rilasciare il diritto di utilizzare il suolo pubblico mediante concessioni (messaggio LAEl, FF 2005 1515). L'ammissibilità delle concessioni cantonali per la

costruzione e la gestione di linee è invece contestata in varie perizie in materia (tra l'altro rimandando al regime di approvazione dei piani, disciplinato a livello federale e in modo definitivo nella LIE). È tuttavia sostanzialmente incontestato che un'eventuale monopolizzazione della costruzione e della gestione della rete dovrebbe tutt'al più scaturire dal diritto cantonale. La LAEI non può giustificare un monopolio del genere. Sarebbero quindi le concessioni di rete descritte sopra – fondate sul diritto cantonale e di conseguenza diversificati – a sottostare all'obbligo di gara pubblica in base alla perizia della COMCO; nei Cantoni senza concessioni non vi sarebbe alcuna gara pubblica.

Rapporto tra le concessioni cantonali e l'articolo 5 LAEI

Come già menzionato, l'attribuzione dei comprensori è prescritta dal diritto federale (art. 5 LAEI), ma è un compito cantonale. Eventuali diritti e doveri attribuiti finora mediante concessioni non vengono meno di per sé con l'attribuzione dei comprensori. Segnatamente l'utilizzazione del suolo pubblico (transito) è una forma di utilizzazione speciale – a cui non si applica l'articolo 5 LAEI – che i Cantoni possono continuare ad autorizzare mediante concessioni (FF 2005 1515). L'articolo 5 LAEI, e quindi il diritto federale, non attribuisce ai privati un diritto di utilizzazione del genere – a differenza ad esempio del diritto delle telecomunicazioni. È tuttavia prescritto che la procedura di attribuzione non deve essere discriminatoria. Dal messaggio si evince però anche che i rapporti di proprietà esistenti sulle reti devono essere mantenuti per quanto possibile (FF 2005 1481). Inoltre, nei Cantoni l'attribuzione dei comprensori avviene oggi in genere mediante semplici decisioni.

1.4.3 La legge sulle forze idriche

Sull'intero territorio svizzero, dal punto di vista economico le forze idriche sono la risorsa più facilmente ed efficacemente utilizzabile per produrre energia elettrica. Essendo disponibili in modo relativamente costante e in parte anche direttamente stoccabili, esse assumono inoltre grande importanza per garantire la sicurezza dell'approvvigionamento.

Per le concessioni per l'utilizzazione delle forze idriche, le disposizioni quadro vigenti, contenute nella legge del 22 dicembre 1916 sulle forze idriche (LUFİ; RS 721.80), non prevedono un obbligo di gara pubblica né lo escludono espressamente. L'articolo 41 LUFİ stabilisce unicamente a quale concorrente (nell'ambito della consueta procedura di concessione) va data la preferenza se più persone concorrono per l'aggiudicazione dello stesso diritto sulle forze idriche: la preferenza va al concorrente il cui progetto serve maggiormente all'utilità pubblica e – in caso di progetti equivalenti – a colui il cui progetto sfrutta le acque nel modo più economico.

A seconda che si tratti di una concessione federale, cantonale o comunale, le disposizioni procedurali esaustive figurano nella LUFİ e nella normativa applicabile dei Cantoni e Comuni interessati.

In base a tali disposizioni, in sintesi oggi la procedura di concessione si presenta di norma come segue.

L'autorità competente per il rilascio è contattata da uno o più interessati (per i tratti di corsi d'acqua non ancora oggetto di concessioni) o dall'attuale concessionario e/o altri interessati (prima della scadenza della concessione). L'autorità può e deve pubblicare e depositare pubblicamente la domanda di concessione e la domanda di approvazione del progetto (cfr. art. 60 cpv. 2 e art. 62c LUFİ) solo dopo ampi e costosi lavori preliminari degli interessati (realizzazione di studi tecnici e di un rapporto sull'impatto ambientale, definizione delle misure di compensazione ambientale da adottare, elaborazione della domanda di concessione ecc.). La pubblicazione non offre solo la possibilità di far valere gli interessi e i diritti che si oppongono concretamente a un progetto (nella misura in cui non siano già stati presi in considerazione nell'ambito dei lavori preliminari). Altri interessati hanno infatti la possibilità di manifestare il loro interesse a una concessione corrispondente. Per le concessioni federali devono inoltre essere sentiti i Cantoni interessati (cfr. art. 6, 7, 52 e 62c LUFİ). Se per le concessioni federali dalla revisione del 1999 si applica una procedura concentrata a un solo livello, in cui con la concessione sono rilasciate anche tutte le autorizzazioni necessarie, il rilascio delle concessioni cantonali e comunali avviene di norma in una procedura a due o tre livelli: il rilascio della concessione e il rilascio delle autorizzazioni necessarie s'iscrivono infatti in procedure separate. Siccome le decisioni in materia di concessione in ultima istanza sottostanno anche al ricorso di diritto pubblico al Tribunale federale e le associazioni di protezione dell'ambiente e della natura sono legittimate a ricorrere ai sensi del diritto federale, di norma le decisioni sono pubblicate negli organi di pubblicazione dei Comuni e dei Cantoni interessati.

Questa procedura semplice e avviata dagli interessati tiene conto del fatto che nell'ambito dei principi di base del diritto amministrativo – e segnatamente il principio di legalità e i principi di uguaglianza giuridica, interesse pubblico, proporzionalità e buona fede – la collettività, cui compete la sovranità sulle acque, può decidere sostanzialmente in via discrezionale se, a chi e a quali condizioni intende delegare a terzi il proprio diritto di sfruttamento delle acque. In base alla dottrina e alla giurisprudenza non sussiste infatti alcun diritto al rilascio di una concessione anche quando l'utilizzazione delle forze idriche sarebbe sostanzialmente lecita in base alla situazione giuridica vigente. Se le disposizioni procedurali in materia di rilascio di diritti sulle acque prevedono una procedura democratica e non amministrativa, questo aspetto assume maggiore rilievo.

L'attuale procedura può essere definita non discriminatoria e orientata alla concorrenza in particolare anche perché l'UFE rende pubblicamente accessibili i dati tecnici e la durata delle concessioni delle centrali con una potenza a partire da 300 kW attraverso la statistica degli impianti idroelettrici in Svizzera (SIMI). Singoli Cantoni hanno inoltre designato espressamente e pubblicamente i tratti di corsi d'acqua per cui vi è (ancora) un potenziale di sfruttamento e la cui utilizzazione appare sostanzialmente utile e auspicabile. Le persone interessate all'utilizzazione delle forze idriche sono così al corrente di quando sono rinnovate quali concessioni e di quali nuove concessioni saranno presumibilmente rilasciate.

1.4.4 La situazione nei Cantoni (forze idriche)

Nell'ambito del diritto federale, i Cantoni hanno la competenza di emanare prescrizioni concernenti la procedura di rilascio di una concessione cantonale per l'utilizzazione delle forze idriche (cfr. art. 60 cpv. 1 LUFİ). Hanno quindi la possibilità di prevedere una procedura di gara pubblica in generale o in determinati casi. Finora, tuttavia, nessun Cantone ha introdotto e applica effettivamente una procedura di gara pubblica.

Singoli Cantoni hanno delegato la sovranità sulle acque ai Comuni o a corporazioni, nell'ambito delle loro disposizioni. Per quanto noto, però, finora anche questi ultimi non hanno mai indetto alcuna procedura di gara pubblica.

2 Punti essenziali del progetto

2.1 In generale

Una deroga all'obbligo di gara pubblica ai sensi dell'articolo 2 capoverso 7 LMI può risultare da un'esclusione implicita sotto forma di legge speciale, ad esempio dallo scopo della legge. Per motivi di chiarezza è tuttavia opportuno stabilire espressamente nelle leggi speciali applicabili (LAEI e LUFİ) che per i settori delle reti elettriche e dell'utilizzazione delle forze idriche non sussiste alcun obbligo di gara pubblica. Il progetto con le disposizioni della LUFİ e della LAEI è concepito quale atto mantello.

La perizia della COMCO e l'iniziativa parlamentare hanno preso spunto dalle concessioni relative alla rete elettrica. Per questo motivo, il presente rapporto tratta dapprima la problematica della LAEI e successivamente quella della LUFİ, benché nella raccolta sistematica del diritto federale l'ordine delle due leggi sia invertito.

2.2 Consultazione

Le disposizioni della LAEI e della LUFİ riprendono la prassi consueta che ha dato buone prove. Il progetto istituisce la base legale univoca necessaria affinché la prassi usuale possa essere mantenuta. Non si procede a una modifica di legge materiale. Sulla base di tali considerazioni, la Commissione ha deciso di rinunciare a una procedura di consultazione relativa a questo oggetto. In tal modo sono date anche le premesse per un'attuazione in tempi brevi.

2.3 La legge sull'approvvigionamento elettrico

Presentando i loro interventi, la CAPTE-N e il consigliere agli Stati Freitag hanno già enumerato vari motivi che si oppongono a un obbligo di gara pubblica per le reti elettriche. Tra di essi figurano in particolare i seguenti:

- nella LAEI, la gestione della rete non è lasciata alla libera concorrenza (sicurezza dell'approvvigionamento);
- la concorrenza nel settore della rete non ha senso;

- l'obbligo di gara pubblica comporterebbe trafile burocratiche e un inutile aumento dei costi, il tutto per un eventuale beneficio modesto;
- lo svolgimento di gare pubbliche (obbligatorie) comporterebbe difficoltà di attuazione.

Altri motivi sono i seguenti:

- l'obbligo di gara pubblica comprometterebbe la sicurezza della pianificazione e la disponibilità a investire (incentivo sbagliato);
- la nuova concessione e la proprietà della rete non coinciderebbero più: sarebbero necessarie espropriazioni;
- i bandi di gara non sarebbero unitari a causa dell'eterogeneità delle concessioni nei Cantoni.

L'obiettivo principale della LAEl è di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento. La gestione della rete è quindi stata volutamente regolamentata invece di essere lasciata alla libera concorrenza; il messaggio precisa espressamente che la rete in quanto monopolio naturale non è soggetta a una concorrenza diretta (FF 2005 1456). Anche e soprattutto a causa della regolamentazione, e segnatamente delle disposizioni sul corrispettivo per l'utilizzazione della rete e sul suo controllo da parte della ElCom, è discutibile se una concorrenza supplementare, come quella che comporterebbe una gara pubblica, porterebbe grandi vantaggi a livello di efficienza (ed economicità). La COMCO stessa ammette che i vantaggi non sarebbero presumibilmente molto grandi. Come già menzionato, con la LAEl non si mirava a una *concorrenza per le reti*, bensì a una *concorrenza nella rete*. È pertanto importante che l'infrastruttura funzioni in modo affidabile e possa essere utilizzata senza discriminazioni da chi vuole farlo. La LAEl tiene già conto di tale esigenza. Le reti di distribuzione di energia elettrica sono inoltre infrastrutture longeve, con tempi di ammortamento fino a 50 anni. Di conseguenza, la sicurezza della pianificazione potrebbe risentirne se fossero previsti ammortamenti. La tendenza dei proprietari e dei gestori a investire nelle reti (potenziamenti, manutenzione ecc.) potrebbe indebolirsi, con possibili ripercussioni negative sullo stato delle reti e sulla sicurezza dell'approvvigionamento. Un altro problema sorge inoltre quando una concessione è rilasciata a un nuovo titolare (e questa possibilità è proprio l'obiettivo delle gare pubbliche), che però non sarà proprietario della rete in questione (né avente diritto su di essa). Le linee appartengono infatti all'azienda elettrica che le ha costruite o acquistate (art. 15a LIE; cfr. anche art. 676 del Codice civile, CC; RS 210). Con la concessione non viene assegnata anche la proprietà, bensì ad esempio unicamente il diritto di utilizzare il suolo pubblico. Spesso, tale scollamento tra concessione e proprietà della rete potrebbe essere risolto solo mediante un'espropriazione, tanto più che in questi casi gli accordi bonali sarebbero probabilmente rari. Un obbligo di gara pubblica limiterebbe inoltre notevolmente l'autonomia dei Cantoni. Non bisogna poi dimenticare che, mediante le concessioni, i Cantoni attribuiscono diritti in parte completamente diversi; potrebbe addirittura non esservi spazio per nessuna concessione (cfr. n. 1.4.2). Di conseguenza, i bandi di gara avrebbero un contenuto differente – a seconda del Cantone – sempre che una gara pubblica sia necessaria. Tale eterogeneità, da evitare, non cambierebbe di una virgola neanche se nella LAEl fossero disciplinate le condizioni e la procedura di gara pubblica, come suggerisce la

COMCO nella sua raccomandazione. Nel complesso, quindi, sono prevedibili un aumento della burocrazia, scontri complicati e procedure lunghe (che potrebbero trascinarsi fin davanti al Tribunale federale). In generale, poi, le gare pubbliche comportano ingenti spese di transazione: tra gli aspetti complessi figura ad esempio la valutazione dell'infrastruttura esistente (trasformatori, strumenti di misurazione, tralicci, linee ecc.). A conti fatti, la messa al bando delle concessioni rischia quindi di far aumentare i costi dell'approvvigionamento elettrico – con un guadagno a livello di efficienza (ed economicità) modesto.

Per questi motivi è opportuno precisare nella LAEl che i Cantoni non devono indire gare pubbliche per rilasciare concessioni nel settore delle reti elettriche.

Nell'ambito della LAEl, la deroga all'obbligo di gara pubblica deve limitarsi alle reti. Tale limitazione potrebbe indurre ad argomentare a contrario che sussiste un obbligo di gara pubblica se la concessione disciplina aspetti dell'approvvigionamento. Tale argomento a contrario non è tuttavia ammissibile di per sé, perlomeno se l'aspetto dell'approvvigionamento è secondario o strettamente legato al servizio universale. Se una collettività attribuisce mediante concessione ad esempio l'illuminazione delle strade pubbliche non deve essere indetta una gara pubblica, il che non significa che una gara pubblica non possa essere opportuna. In generale, in virtù dell'argomento a contrario sussisterebbe un obbligo di gara pubblica solo se una gara pubblica è necessaria in virtù dell'articolo 2 capoverso 7 LMI (non lo è p. es. quando una concessione non è rilasciata a «privati») e se l'articolo 5 LAEl lascia ancora spazio a una concessione.

Parallelamente alla deroga all'obbligo di gara pubblica è tuttavia opportuno precisare espressamente che la procedura non deve essere discriminatoria e deve essere trasparente. Si tratta di principi generali, legali e moderni, che scaturiscono dalla Costituzione federale. In generale, anche e soprattutto in caso di aggiudicazioni nell'ambito delle quali per natura può essere scelto un unico concorrente, lo Stato deve garantire condizioni di concorrenza il più possibile eque e comportarsi senza influenzare la concorrenza. Trattandosi di principi generali, le autorità concedenti dovevano rispettarli già in passato. Tale precisazione non comporta quindi alcuna vera modifica materiale, ma si limita a precisare formalmente tali principi.

2.4 La legge sulle forze idriche

All'obbligo di indire una procedura di gara pubblica per il rilascio di concessioni per l'utilizzazione delle forze idriche si oppongono i seguenti argomenti, già enumerati in parte dal Consigliere agli Stati Freitag per motivare la sua mozione:

- la discrezionalità decisionale della collettività cui compete la sovranità sulle acque sarebbe limitata inutilmente se l'aggiudicazione dovesse avvenire necessariamente in base a criteri definiti in precedenza anche se un altro concorrente soddisfa meglio i bisogni e le disposizioni vigenti al momento dell'aggiudicazione;
- l'autorità concedente dovrebbe svolgere gli ampi, costosi e lunghi lavori di elaborazione del bando di gara a proprie spese e a proprio rischio;
- il dialogo tra l'autorità concedente, il o i concorrenti ed eventualmente rappresentanti di altri interessi di utilizzazione e protezione, che in genere ha

della rete fino alla fine del 2013, per via di spinose questioni di delimitazione e perché la rete di trasporto comprende anche impianti accessori come ad esempio i trasformatori o gli impianti di distribuzione. Anche le eventuali concessioni necessarie per tali impianti accessori – l'articolo 2 capoverso 2 dell'ordinanza del 14 marzo 2008 sull'approvvigionamento elettrico (OAEI; RS 734.71) li include nella rete di trasporto – non devono essere oggetto di una gara pubblica. Come illustrato al numero 1.4.2, l'attribuzione dei compensatori ai sensi dell'articolo 5 LAEI (effettuata mediante semplice decisione) non coincide con quanto i Cantoni attribuiscono mediante concessione, anche se probabilmente vi sono sovrapposizioni. Se in futuro tale attribuzione dovesse essere interpretata come un monopolio cantonale o comunale ai sensi dell'articolo 2 capoverso 7 LMI, la deroga all'obbligo di gara pubblica varrebbe anche per questa fattispecie, come scaturisce chiaramente dall'inserimento sistematico dell'articolo 3a nelle disposizioni generali.

Occorre inoltre precisare che l'articolo 3a proposto parla di gara pubblica in generale e non fa riferimento in particolare all'articolo 2 capoverso 7 LMI. Di conseguenza, non si può intravedere un obbligo di gara pubblica neanche in virtù di altre norme (oltre all'art. 2 cpv. 7 LMI) o di altri principi. Sono fatti salvi eventuali impegni internazionali della Svizzera che prevedono obbligatoriamente una gara pubblica.

Per finire, l'articolo 3a stabilisce che la procedura deve essere non discriminatoria e trasparente.

Art. 5 cpv. 1

Il fatto che la procedura debba essere trasparente e non discriminatoria va ribadito anche nell'articolo 5, che riguarda l'attribuzione dei compensatori. La disposizione è semplicemente completata con il requisito della trasparenza; il fatto che l'attribuzione non deve essere discriminatoria figura già oggi nella legge.

3.2 Modifica della LUF1

Art. 60 cpv. 3bis (nuovo) e 62 cpv. 2bis (nuovo)

Come già rilevato nell'introduzione al numero 3, l'autorità concedente continuerà ad avere la possibilità, nell'ambito delle disposizioni procedurali applicabili al caso concreto, di indire una gara pubblica. Potrà così promuovere l'utilizzazione delle forze idriche in particolare anche dove nessun produttore di energia manifesta un interesse a sfruttare le forze idriche.

Per evitare malintesi, il nuovo capoverso va inserito non solo dopo il sottotitolo «I. Corsi d'acqua cantonali», bensì anche dopo il sottotitolo «III. Concessioni federali». Ciò consente di precisare espressamente che la deroga si applica anche alle cosiddette procedure di concessione federale, nell'ambito delle quali, benché formalmente il rilascio della concessione sia di competenza della Confederazione, la sovranità sulle acque resta di competenza dei Cantoni o dei Comuni (cfr. le sentenze del Tribunale federale 2A.179/2000 e 2A.183/2000 del 4 dicembre 2000, consid. 2a).

Come già rilevato in merito alle reti elettriche (cfr. n. 2.3), il periodo in cui si afferma che la procedura di rilascio della concessione per l'utilizzazione delle forze idriche non deve essere discriminatoria e deve essere trasparente non rappresenta una modifica dal punto di vista materiale.

4 Ripercussioni

Il progetto mira a consentire il mantenimento dell'attuale prassi di rilascio delle concessioni sia per le reti elettriche che per l'utilizzazione delle forze idriche. Si precisa espressamente che la procedura di rilascio delle concessioni deve essere trasparente e non discriminatoria. Siccome però tali principi figurano già oggi tra i principi dello Stato di diritto e in parte sono addirittura sanciti dalla Costituzione e di conseguenza devono già essere rispettati dalle autorità concedenti, non sono prevedibili particolari ripercussioni finanziarie o sull'effettivo del personale, né particolari problemi di esecuzione.

Anche l'eventuale argomento a contrario descritto al numero 2.3 non dovrebbe avere particolari ripercussioni per la rete elettrica.

5 Rapporto con il diritto europeo

5.1 In generale

Al rapporto con il diritto europeo va prestata particolare attenzione dal momento che la Svizzera sta negoziando un accordo energetico con l'UE. Siccome in tale contesto sono discusse anche le divergenze tra le norme dell'UE e l'attuale diritto svizzero, bisogna evitare, nei limiti del possibile, che la Svizzera emani nuove disposizioni non compatibili o compatibili solo a certe condizioni con il diritto dell'UE.

Già in virtù dei trattati fondamentali dell'UE, per principio le procedure di rilascio di concessioni devono essere trasparenti e non discriminatorie. La direttiva 2009/72/CE del 13 luglio 2009, che ha sostituito la direttiva 2003/54/CE del 26 giugno 2003, mira a un'apertura dei mercati dell'energia elettrica ancora più completa, ma come la direttiva precedente non contiene alcun obbligo generale di gara pubblica. Anche ai sensi dell'articolo 8 della nuova direttiva, la procedura di gara o una «procedura equivalente in termini di trasparenza e non discriminazione» si applica obbligatoriamente solo se le capacità di generazione create o le misure di efficienza energetica o di gestione della domanda adottate in base alla normale procedura di autorizzazione non sono sufficienti a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento. Gli Stati membri devono attuare le nuove norme entro il 3 marzo 2011. In questo contesto, finora gli Stati membri hanno deciso di garantire la concorrenza sul mercato della generazione dell'energia elettrica attraverso una procedura di autorizzazione trasparente e non attraverso una procedura di gara pubblica obbligatoria.

Come già rilevato, anche in Svizzera la procedura deve essere trasparente e non discriminatoria già oggi. I requisiti della procedura svizzera sono quindi paragonabili a quelli della procedura di autorizzazione degli Stati membri dell'UE.

Occorre infine tener presente che negli ultimi anni anche il diritto europeo in materia di aiuti, che s'iscrive nel diritto europeo della concorrenza, è evoluto e cresciuto parecchio. Il regime di aiuti della Commissione europea si è quindi chinato a più riprese anche sul settore energetico. In caso di adozione delle nuove disposizioni di legge bisognerebbe quindi spiegare attivamente all'UE che, considerando le disposizioni procedurali già applicabili oggi e miranti a una procedura di aggiudicazione aperta e non discriminatoria, non si tratta di un aiuto vietato ai sensi del diritto europeo.

5.2 Reti elettriche

Siccome la disposizione derogatoria proposta si limita alle reti elettriche, l'articolo 3a LAEl non comporta alcuna contraddizione con il diritto dell'UE. Ai sensi della direttiva 2009/72/CE menzionata e dello stato attuale del diritto dell'UE, di norma per le aggiudicazioni concernenti le reti non è necessaria una gara pubblica.

5.3 Utilizzazione delle forze idriche

Nella sua sentenza dottrinale del 10 settembre 2009 (C-206/08), la Corte europea di giustizia (CEG) ha chiarito che le concessioni di utilizzazione delle acque devono essere considerate concessioni di servizi e non appalti pubblici di servizi se l'«aggiudicatario» si assume, integralmente o almeno ampiamente, il rischio economico del «committente» pubblico. La CEG ha così anche deciso che la direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali non è applicabile alle concessioni per l'utilizzazione delle forze idriche e di conseguenza non sussiste alcun obbligo formale di gara pubblica.

In merito all'utilizzazione delle forze idriche nell'ambito delle disposizioni menzionate al numero 5.1 e delle disposizioni della Repubblica federale tedesca, il Land del Baden-Württemberg, con cui devono essere armonizzate tutte le concessioni lungo l'Alto Reno, ha emanato proprie disposizioni paragonabili a quelle svizzere. Ai sensi del diritto del Land del Baden-Württemberg, in presenza di più domande di rilascio di un permesso o autorizzazione inconciliabili tra di loro bisogna dare la preferenza al progetto che prospetta il maggior beneficio per la collettività. In secondo luogo bisogna dare la preferenza all'impresa già presente. Per finire sono citati quali fattori determinanti il maggior legame di un'impresa con un determinato luogo, il minor fastidio per gli altri nonché la maggior sicurezza offerta dalle condizioni umane ed economiche del richiedente per l'esecuzione e l'esistenza dell'impresa. E tutto ciò benché – a differenza della Svizzera – in virtù delle disposizioni della Repubblica federale tedesca il Land del Baden-Württemberg sia tenuto a gestire le acque direttamente, nell'interesse della collettività. Anche nel Land del Baden-Württemberg non sussiste però alcun diritto al rilascio di un'autorizzazione a utilizzare le forze idriche: in altre parole, anche l'autorità concedente del Land del Baden-Württemberg dispone della dovuta discrezionalità nel rilasciare i permessi o autorizzazioni.

Finora anche le disposizioni nazionali della Francia erano paragonabili a quelle svizzere. Le concessioni esistenti hanno tuttavia dovuto essere rilasciate senza eccezioni al concessionario precedente in virtù di una disposizione di legge esplicita: in altre parole, al momento del rinnovo della concessione non era ammessa alcuna concorrenza. Dopo che con un'azione del 30 luglio 2008 la Commissione europea ha chiesto alla CEG di constatare che la concessione di un privilegio al concessionario uscente infrange il divieto di discriminazione, la Repubblica francese si è piegata alla domanda. Stando al comunicato stampa del Ministero dell'energia del 22 aprile 2010, la Francia intende pertanto pubblicare un bando di gara per il rinnovo di dieci concessioni concernenti i diritti sulle acque.

6 Basi legali

6.1 Costituzionalità e legalità

Per quanto riguarda le reti elettriche e le corrispondenti concessioni, la procedura e la sua regolamentazione – ad eccezione del permesso di costruzione ai sensi della LIE – sono di competenza dei Cantoni. Se però la Confederazione interviene nelle procedure cantonali (e comunali) in virtù dell'articolo 2 capoverso 7 LMI, prescrivendo una gara pubblica, deve anche essere autorizzata ad allentare nuovamente questi requisiti e a prevedere una deroga (all'obbligo di gara pubblica) o una procedura trasparente e non discriminatoria sotto forma di legge speciale.

In linea di principio, ciò vale anche per le concessioni per l'utilizzazione delle forze idriche. In questo settore, tuttavia, la Costituzione attribuisce alla Confederazione anche un'estesa competenza in materia di principi e legislazione quadro (cfr. art. 76 cpv. 2 Cost.).

6.2 Forma dell'atto, delega di competenze legislative

Trattandosi di modifiche minime in due leggi, senza che una prevalga sull'altra, è scelta la forma dell'atto mantello.

Non vi è alcuna delega di competenze legislative.