

Il Consiglio di Stato ha posto alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale se le norme e i principi europei consentano l'applicazione retroattiva dei criteri di determinazione dell'entità dei rimborsi spettanti agli *ex* concessionari della distribuzione del gas naturale con incidenza su pregressi rapporti negoziali.

Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza, 5 novembre 2018, n. 6227 – Pres. Santoro, Est. Lopilato

Contratti pubblici – Concessioni di pubblici servizi – Distribuzione gas naturale – Criteri di determinazione dell'entità dei rimborsi al gestore uscente – Applicazione retroattiva – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Deve essere rimessa alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale se i principi e le norme europee non consentano un'applicazione retroattiva dei criteri di determinazione dell'entità dei rimborsi spettanti agli ex concessionari della distribuzione del gas naturale con incidenza su pregressi rapporti negoziali ovvero se tale applicazione sia giustificata, anche alla luce del principio di proporzionalità, dall'esigenza di tutelare altri interessi pubblici, di rilevanza europea, afferenti all'esigenza di consentire una migliore tutelata dell'assetto concorrenziale del mercato di riferimento unitamente alla maggiore protezione degli utenti del servizio che potrebbero subire, indirettamente, gli effetti di un'eventuale maggiorazione delle somme spettanti agli ex concessionari (1).

(1) I. – Con la sentenza in rassegna, la sesta sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione interpretativa della compatibilità con il diritto europeo della normativa interna che consente di applicare in via retroattiva i criteri di determinazione dell'entità dei rimborsi spettanti agli *ex* concessionari del servizio di distribuzione del gas naturale con incidenza su pregressi rapporti negoziali. In particolare, il Collegio considera, da un lato, il principio della certezza del diritto, che ha per corollario quello della tutela del legittimo affidamento, e, dall'altro, l'esigenza di consentire una tutela dell'assetto concorrenziale del mercato di riferimento unitamente alla protezione degli utenti del servizio che potrebbero subire, indirettamente, gli effetti di un'eventuale maggiorazione delle somme spettanti agli *ex* concessionari.

II. – Le società ricorrenti, a partecipazione pubblica locale, derivanti anche dalla trasformazione di aziende speciali o consortili, sono titolari, prevalentemente, di affidamenti diretti del servizio di distribuzione del gas naturale. Per tutte la scadenza degli affidamenti è stata fissata per legge, al più tardi, nella data del 31 dicembre 2010.

Le ricorrenti hanno, tra l'altro, impugnato le linee guida adottate con d.m. 22 maggio 2014, n. 74951, sui criteri e sulle modalità applicative per la valutazione del valore di

rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale e, con motivi aggiunti, il decreto del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero per gli affari regionali e le autonomie 20 maggio 2015, n. 106. Tra i vari motivi oggetto del ricorso, il Collegio evidenzia il carattere pregiudiziale di quelli con cui si deduce l'illegittimità delle linee guida nella parte in cui prevedono che i criteri per la determinazione del valore del rimborso da esse previsto prevalga rispetto alla volontà delle parti quale fissata, in tempo anteriore, nel contratto, con conseguente violazione dei principi della certezza del diritto, tutela dell'affidamento e irretroattività degli atti amministrativi.

Il T.a.r. per il Lazio, con sentenza 17 ottobre 2016, n. 10341, dichiarava improcedibile il ricorso principale e respingeva il ricorso per motivi aggiunti.

III. – Il Collegio, dopo aver premesso che la questione sottoposta al suo esame attiene ai criteri per la determinazione del valore del rimborso spettante ai gestori del servizio di distribuzione del gas naturale le cui concessioni sono state dichiarate cessate in via anticipata *ex lege*, al fine di consentire il successivo affidamento con procedura di gara, e che analoga questione pregiudiziale è già stata sollevata dalla Sezione con la decisione del 5 dicembre 2017, n. 5736 (in *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 12, 90), ha osservato, con riferimento al quadro normativo di riferimento, che:

- a) il settore del gas è stato investito da ampi processi di liberalizzazione economica, c.d. concorrenza nel mercato:
 - a1) infatti, il diritto europeo impone che le attività economiche vengano svolte in modo da assicurare la libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali;
 - a2) le eccezioni a questa regola sono ammesse solo nel caso in cui l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza possa ostacolare l'adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 106 TFUE, consistente in un'attività economica conformata da obblighi di servizio che hanno lo scopo di indirizzare l'attività a tutela degli utenti che, in mancanza di un intervento pubblico regolatorio, non potrebbero usufruire, a prezzi accessibili e non discriminatori, di quella determinata prestazione;
 - a3) la regolazione economica di tali settori è dettata da norme imperative e da atti amministrativi dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il settore idrico, istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481;
 - a4) nella fase di scelta del soggetto gestore del servizio è necessario seguire le procedure di gara, nell'ottica della c.d. concorrenza per il mercato;

- a5) nel settore del gas naturale, questi principi hanno trovato uno sviluppo applicativo a livello di fonti derivate con l'adozione di varie direttive: 96/92/CE, recante *Norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*; 98/30/CE recante *Norme comuni per il mercato interno del gas naturale*; 2003/55/CE, recante *Norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE*;
- a6) la normativa interna di attuazione è contenuta nel d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164;
- b) in particolare, il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, prevede, tra l'altro, che:
 - b1) *“nei limiti delle disposizioni del presente decreto le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale, in qualunque sua forma e comunque utilizzato, sono libere”* (art. 1, comma 1); *“resta in vigore la disciplina vigente per le attività di coltivazione e di stoccaggio di gas naturale, salvo quanto disposto dal presente decreto”* (comma 2).
 - b2) l'attività di distribuzione è qualificata dall'art. 14 quale attività di servizio pubblico; il servizio è affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni; *“gli enti locali che affidano il servizio, anche in forma associata, svolgono attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo sulle attività di distribuzione, ed i loro rapporti con il gestore del servizio sono regolati da appositi contratti di servizio, sulla base di un contratto tipo predisposto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed approvato dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto”*;
 - b3) in base all'art. 15, comma 5, nella versione originaria: *“per l'attività di distribuzione del gas, gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché quelli alle società derivate dalla trasformazione delle attuali gestioni, proseguono fino alla scadenza stabilita”,* fissata in cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000 (ovvero sei o sette qualora ricorrono determinati presupposti previsti dal comma 7 dell'articolo in esame); *“gli affidamenti e le concessioni in essere per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio, proseguono fino al completamento del periodo transitorio stesso”*; *“in quest'ultimo caso, ai titolari degli affidamenti e delle concessioni in essere è riconosciuto un rimborso, a carico del nuovo gestore ai sensi del comma 8 dell'art. 14, calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti, con i*

criteri di cui alle lettere a) e b) dell'art. 24 del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578. Resta sempre esclusa la valutazione del mancato profitto derivante dalla conclusione anticipata del rapporto di gestione”;

- c) l'art. 24 del regio decreto n. 2578 del 1925 prevede i seguenti criteri:
- c1) *“valore industriale dell'impianto e del relativo materiale mobile ed immobile, tenuto conto del tempo trascorso dall'effettivo cominciamento dell'esercizio e dagli eventuali ripristini avvenuti nell'impianto o nel materiale ed inoltre considerate le clausole che nel contratto di concessione siano contenute circa la proprietà di detto materiale, allo spirare della concessione medesima”;*
 - c2) *“anticipazioni o sussidi dati dai comuni, nonché importo delle tasse proporzionali di registro anticipate dai concessionari e premi eventualmente pagati ai comuni concedenti, sempre tenuto conto degli elementi indicati nella lettera precedente”;*
- d) l'art. 16 bis del d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, ha previsto che, per garantire al settore della distribuzione di gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali, i Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, sentita la Conferenza unificata e su parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, individuano i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas, tenendo conto, oltre che delle condizioni economiche offerte e, in particolare, di quelle a vantaggio dei consumatori, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti;
- e) in attuazione dell'art. 16 bis del d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, è stato adottato il decreto ministeriale 12 novembre 2011, n. 226, il cui art. 5 prevede che:
- e1) *“il valore di rimborso ai titolari degli affidamenti e concessioni cessanti, per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine di scadenza naturale che supera la data di cessazione del servizio prevista nel bando di gara del nuovo affidamento, viene calcolato in base a quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti, conformemente a quanto previsto nell'articolo 15, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e sue modificazioni, in particolare per i casi di cessazione anticipata del contratto rispetto alla scadenza naturale”;*
 - e2) *“nel caso in cui la metodologia di calcolo del valore di rimborso ai titolari di cui al comma 2 non sia desumibile dai documenti contrattuali, incluso il caso in cui sia genericamente indicato che il valore di rimborso debba essere a prezzi di mercato, si applicano i criteri di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 24, comma 4, del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578, con le modalità specificate nei commi da 5 a 13, limitatamente alla porzione di impianto di proprietà del*

gestore, che, alla scadenza naturale dell'affidamento, non sia prevista essere trasferita in devoluzione gratuita all'Ente locale concedente";

- f) l'art. 1, comma 16, del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, ha modificato l'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164 del 2000, stabilendo che, per i profili non disciplinati convenzionalmente, i criteri non sono più quelli di cui al r.d. n. 2578 del 1925, ma quelli di cui alle linee guida su criteri e modalità operative per la valutazione del valore di rimborso di cui all'art. 4, comma 6, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69;
- g) il decreto ministeriale 22 maggio 2014, n. 74951, ha approvato le *"linee guida su criteri e modalità applicativa per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale"*;
- h) il decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, ha apportato una ulteriore modifica all'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164 del 2000, stabilendo che il rimborso è calcolato nel rispetto di quanto disposto nelle convenzioni e nei contratti, purché stipulati prima della data di entrata in vigore del d.m. n. 226 del 2011;
- i) il d.m. 20 maggio 2015, n. 106, ha modificato il d.m. n. 226 del 2011, stabilendo, tra l'altro, che:
 - i1) il criterio di determinazione convenzionale opera purché i documenti contrattuali siano stati stipulati prima dell'11 febbraio 2012 e contengano tutti gli elementi metodologici, quali le voci di prezzario delle diverse tipologie di cespiti da applicare allo stato di consistenza aggiornato e il trattamento del degrado fisico, incluse le durate utili per le diverse tipologie di cespiti, per il calcolo e per la verifica del valore di rimborso anche da parte dell'Autorità di settore;
 - i2) nel caso in cui la metodologia di calcolo del valore di rimborso *"non sia desumibile da documenti contrattuali stipulati prima dell'11 febbraio 2012, inclusi i casi in cui sia genericamente indicato che il valore di rimborso debba essere calcolato in base al regio decreto 15 ottobre 1925 n. 2578, senza precisare la metodologia, o debba essere valutato a prezzi di mercato"*, si applicano le modalità specificate nei commi da 5 a 13 dello stesso art. 5, *«limitatamente alla porzione di impianto di proprietà del gestore che, alla scadenza naturale dell'affidamento, non sia prevista essere trasferita in devoluzione gratuita all'Ente locale concedente, con le modalità operative specificate nelle linee guida su criteri e modalità operative per la valutazione del valore di rimborso"*;
 - i3) *"indipendentemente da quanto contenuto nei documenti contrattuali, vengono detratti i contributi privati relativi ai cespiti di località, relativi alla porzione di impianto di proprietà del gestore uscente che non sia ceduta all'ente locale*

concedente a devoluzione gratuita, valutati in base alla metodologia della regolazione tariffaria vigente, ed assumendo le vite utili dei cespiti”.

IV. – Il Collegio, con riferimento alla compatibilità della normativa interna con i principi europei di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento, ha poi osservato che:

- j) dalla normativa interna ed europea emerge l'esistenza di due contrapposte esigenze da tutelare, che il regime transitorio cerca di contemperare:
 - j1) da un lato, aprire il mercato alla concorrenza nella fase di scelta del gestore di distribuzione del gas;
 - j2) dall'altro, tenere in considerazione i rapporti già sorti e l'affidamento che ne è conseguito in capo agli operatori economici di settore;
- k) la giurisprudenza della Corte di giustizia UE ha costantemente affermato che:
 - k1) il principio della certezza del diritto, che ha per corollario quello della tutela del legittimo affidamento, esige che una normativa che comporta conseguenze svantaggiose per i privati sia chiara e precisa e che la sua applicazione sia prevedibile per gli amministrati e, in questa prospettiva, l'applicazione retroattiva di una disposizione nazionale, che sia priva di una ragionevole giustificazione, contrasta con il suddetto principio;
 - k2) per quanto concerne il regime transitorio, il principio di certezza del diritto esige che la risoluzione anticipata delle concessioni sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico sia dal punto di vista economico;
- l) le disposizioni normative che si sono succedute nel tempo hanno inciso sul criterio di determinazione dei rimborsi, in quanto:
 - l1) nell'impianto regolatorio iniziale, costituito dall'art. 15 del d.lgs. n. 164 del 2000 e dal d.m. n. 226 del 2011, nelle versioni originarie, i criteri di determinazione dei rimborsi erano stabiliti avendo riguardo alle determinazioni che le parti avevano contrattualmente assunto e, in mancanza di essi, al r.d. n. 2578 del 1925;
 - l2) le successive disposizioni di legge (d.l. nn. 69 e 145 del 2013 e d.l. n. 91 del 2014) e i relativi atti di attuazione (d.m. n. 74951 del 2014 e n. 106 del 2015) hanno previsto che: i criteri convenzionali di determinazione dei rimborsi operano se gli atti sono stati stipulati prima dell'11 febbraio 2012 e hanno un determinato contenuto in relazione ad alcuni elementi metodologici; per quanto riguarda i criteri suppletivi, si è

sostituito il riferimento a quelli contenuti nel r.d. n. 2578 del 1925 con quelli contenuti nelle linee guida;

m) in base a quanto esposto, il collegio ritiene necessario svolgere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE al fine di ottenere la corretta interpretazione dei principi e delle norme europee vigenti e, in particolare, per definire la compatibilità delle norme interne con i principi di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento.

V. – Per completezza si segnala che:

n) analoga questione è stata sollevata da Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2017, n. 5736, cit.;

o) con riferimento al principio di certezza del diritto e alla tutela del legittimo affidamento:

o1) Corte di giustizia UE, sez. III, 12 dicembre 2013, C-362/12 (in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2013, 650, in *Appalti & Contratti*, 2014, fasc. 3, 83, e in *Bollettino trib.*, 2014, 1268, con nota di PEPE): *“in una situazione in cui i contribuenti, in conformità al diritto nazionale, hanno la scelta tra due mezzi di ricorso possibili in materia di ripetizione di un'imposta percepita in violazione del diritto dell'Unione, uno dei quali beneficia di un termine di prescrizione più lungo, i principi di effettività, di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento ostano a che una normativa nazionale riduca tale termine di prescrizione senza preavviso e in modo retroattivo”*; *“la circostanza che, nel momento in cui il contribuente ha presentato il suo ricorso, la possibilità di avvalersi del mezzo di ricorso che offre il termine di prescrizione più lungo sia stata riconosciuta soltanto recentemente da un organo giurisdizionale di grado inferiore e sia stata definitivamente confermata soltanto in un secondo momento dall'autorità giurisdizionale suprema non esplica alcuna incidenza sulla risposta fornita alla prima questione”*;

o2) Corte di giustizia CE, 17 luglio 2008, C-347/06 (in *Giur. it.*, 2008, 2601, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, 2009, con nota di VEDASCHI, e in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 1963), chiamata a pronunciarsi in ordine alla disciplina italiana (art. 23, d.l. n. 273 del 2005, convertito nella l. n. 51 del 2006) che ha disposto la proroga legale (ancorata al ricorso di determinati presupposti) del regime transitorio delle concessioni di servizi di distribuzione del gas naturale a suo tempo affidate senza procedura di evidenza pubblica (l'originario d.lgs. 164 del 2000, che nel liberalizzare il settore ha dettato un regime transitorio per le concessioni affidate senza gara) ha ritenuto che: *“la direttiva del*

parlamento europeo e del consiglio 26 giugno 2003, 2003/55/Ce, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la dir. 98/30/Ce, non osta a che una normativa di uno stato membro, come quella in questione nella causa principale, preveda il prolungamento, alle condizioni da essa fissate, della durata del periodo transitorio al termine del quale deve cessare anticipatamente una concessione di distribuzione del gas naturale come quella in questione nella causa principale; stanti tali premesse, si deve altresì ritenere che nemmeno l'art. 10 trattato Ce e il principio di proporzionalità ostino ad una normativa di questo tipo"; "gli art. 43, 49 e 86, n. 1, trattato Ce, non ostano a che una normativa di uno stato membro, come quella in questione nella causa principale, preveda il prolungamento, alle condizioni da essa fissate, della durata del periodo transitorio al termine del quale deve cessare anticipatamente una concessione di distribuzione del gas naturale come quella in questione nella causa principale, purché tale prolungamento possa essere considerato necessario al fine di permettere alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico";

p) sulla qualificazione dei gasdotti come infrastrutture strategiche e sulla loro localizzazione si vedano:

- p1) Corte cost., 27 ottobre 2017, n. 230 (in *Foro it.*, 2018, I, 48), secondo cui *"è inammissibile, per difetto dei requisiti di attualità ed originalità, il conflitto di attribuzione tra enti promosso dalla regione Puglia nei confronti del presidente del consiglio dei ministri, e per esso del ministero dello sviluppo economico, in relazione al silenzio da questo tenuto a seguito delle note del presidente della regione Puglia n. 2918/SP del 21 giugno 2016 e n. 4060/SP del 21 settembre 2016"*;
- p2) Corte cost. 20 maggio 2016, n. 110 (in *Foro it.*, 2018, I, 49), secondo cui, tra l'altro: *"è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 37, 1° comma, d.l. 12 settembre 2014 n. 133, conv., con modif., in l. 11 novembre 2014 n. 164, nella parte in cui prevede che i gasdotti di importazione di gas dall'estero, i terminali di rigassificazione di Gnl, gli stoccaggi di gas naturale e le infrastrutture della rete nazionale di trasporto del gas naturale, incluse le operazioni preparatorie necessarie alla redazione dei progetti e le relative opere connesse, rivestono carattere di interesse strategico e costituiscono una priorità a carattere nazionale e sono di pubblica utilità, in riferimento agli art. 117, 3° comma, e 118, 1° comma, cost."*; *"è inammissibile, in quanto il parametro costituzionale indicato nel ricorso non risultava dalla delibera della giunta regionale di autorizzazione al ricorso, la questione di legittimità costituzionale*

dell'art. 37, 1° comma, d.l. 12 settembre 2014 n. 133, conv., con modif., in l. 11 novembre 2014 n. 164, nella parte in cui prevede che i gasdotti di importazione di gas dall'estero, i terminali di rigassificazione di Gnl, gli stoccaggi di gas naturale e le infrastrutture della rete nazionale di trasporto del gas naturale, incluse le operazioni preparatorie necessarie alla redazione dei progetti e le relative opere connesse rivestono carattere di interesse strategico e costituiscono una priorità a carattere nazionale e sono di pubblica utilità, in riferimento all'art. 77, 2° comma, cost.”;

- p3) Corte cost. 25 novembre 2016, n. 249 (in *Foro it.*, *Rep.*, 2016, voce *Regione*, n. 330), che ha dichiarato incostituzionale l'art. 1 l. reg. Abruzzo n. 13 del 2015, nella parte in cui introduceva l'art. 1.2, 1° comma, l. reg. Abruzzo 2/08, nella parte in cui consentiva la localizzazione, mediante intesa, delle centrali di spinta dei gas funzionali ai metanodotti nelle sole zone industriali dove l'impatto ambientale e il rischio sismico sono minori, in contrasto con i principi fondamentali che dettano le condizioni e i requisiti necessari allo scopo di non ostacolare la localizzazione e realizzazione di impianti di interesse nazionale relativi alla rete degli oleodotti e dei gasdotti, nonché dei connessi impianti di compressione a gas;
- p4) Corte cost. 9 maggio 2014, n. 119 (in *Foro it.*, 2014, I, 1649, con nota di richiami, commentata da CORTI, e in *Riv. giur. ambiente*, 2014, 733), che ha dichiarato incostituzionale l'art. 2 l. reg. Abruzzo 7 giugno 2013 n. 14, nella parte in cui stabiliva che la localizzazione e la realizzazione di centrali di compressione a gas fossero consentite soltanto al di fuori delle aree sismiche classificate di prima categoria, previo studio particolareggiato della risposta sismica locale attraverso specifiche indagini geofisiche, sismiche e litologiche di dettaglio;
- p5) Corte cost. 9 luglio 2013, n. 182 (in *Foro it.*, 2014, I, 1034), che ha dichiarato incostituzionale l'art. 3, 2° e 3° comma, l. reg. Abruzzo 19 giugno 2012 n. 28, nella parte in cui negava in modo automatico l'intesa in caso di localizzazione e realizzazione di impianti in contrasto con il piano regionale di tutela della qualità dell'aria, approvato con delibera del consiglio regionale n. 79/4 del 25 settembre 2007, imponendo il ricorso generalizzato e sistematico alla procedura aggravata, prevista dall'art. 52 *quinquies*, 6° comma, d.p.r. n. 327 del 2001;
- q) sul codice di rete per l'accesso al mercato del gas naturale:
- q1) T.a.r. per la Lombardia, Milano, sez. II, 8 aprile 2016, n. 660 (in *Foro it.*, 2016, III, 605), secondo cui “sono illegittime le delibere con cui l'autorità per

l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha approvato il codice di rete predisposto da un operatore del mercato del gas naturale, nella parte in cui prevede che l'utente della rete, a garanzia delle obbligazioni derivanti dal servizio di trasporto, possa attestare il possesso di un adeguato rating creditizio, purché fornito da alcuni organismi internazionali espressamente individuati, escludendo in tal modo altre imprese pienamente legittimate allo svolgimento dell'attività di rating";

- q2) la sentenza citata è stata parzialmente riformata da Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2017, n. 1266, nella parte in cui ha annullato il non inserimento di un'agenzia di *rating* nell'elenco delle agenzie di *rating* che possono fornire le garanzie finanziarie previste dal Codice di Rete, precisando che *"infatti, se e nella misura in cui il sistema complessivo cui è preposta, a finalità regolatorie, l'Autorità è incentrato su un CdR (aspetto non posto in contestazione nel caso di specie), se e nella misura in cui la struttura dei contenuti di tale CdR (altro aspetto non posto in contestazione nel caso di specie) è tale per cui il soggetto tenuto a rispettarlo (SRG, nella specie) deve poter accettare, a garanzia della affidabilità e solvibilità dei propri istituzionali contraenti nel segmento delle attività di trasporto del gas, anche meri giudizi di attendibilità sotto forma di rating ed ancora se e nella misura in cui (terzo aspetto non posto in contestazione nel caso di specie) è nella propria e diretta responsabilità di detto soggetto (SRG) vagliare e "pesare", di volta in volta, la bontà delle garanzie offerte, anche nella forma del rating, non è allora chi non veda che – diversamente impostando gli equilibri interni della struttura del CdR – qualora a tale soggetto venisse imposto di servirsi (anche) di un determinato fornitore di garanzie e dei suoi prodotti-garanzie allora, simmetricamente, la responsabilità dei relativi esiti (non affidabilità delle garanzie ricevute, per successiva dimostrazione della relativa non attendibilità) automaticamente sposterebbe il proprio baricentro dal predetto soggetto (SRG) a quello che tanto gli avesse imposto (ad esempio, l'Autorità). Non risulta plausibile invero – prima ancora che legittimo – un sistema che fosse basato sulla regola per cui il soggetto nei cui riguardi una garanzia deve operare non possa, in primo luogo, decidere se e quali garanzie accettare a copertura di propri rischi (rectius, decidere in ordine agli emittenti tali garanzie) e, al tempo stesso, debba poi comunque accollarsi le conseguenze dell'eventuale inaffidabilità ed ineffettività delle garanzie ricevute";*
- r) sul divieto di partecipazione alle gare per la distribuzione del gas degli operatori a suo tempo prescelti senza gara si veda Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272 (in *Foro it.*, 2015, III, 345), secondo cui:

- r1) *“qualora il secondo classificato in una gara di affidamento di un servizio pubblico ne contesti l’esito, deducendo nel ricorso principale la carenza dei requisiti morali e tecnici dell’aggiudicatario, e quest’ultimo proponga ricorso incidentale, facendo valere la violazione da parte del secondo classificato di un divieto legale di partecipazione alla gara, l’accoglimento del ricorso incidentale di natura escludente comporta l’inammissibilità del ricorso principale, anche relativamente ai motivi escludenti, non potendo ravvisarsi un’eccezionale situazione di simmetria invalidante, che ne imporrebbe l’esame”;*
- r2) *“l’art. 15, 10^o comma, d.leg. 23 maggio 2000 n. 164 consentiva che le imprese, le quali gestivano servizi pubblici locali, in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica, partecipassero alle gare per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas soltanto nel corso di una fase transitoria, trascorsa la quale si rendeva necessario disporre l’esclusione da dette gare dei gestori di tutti i servizi pubblici locali (incluso quello di distribuzione del gas) affidati con procedure non competitive”;*
- s) per quanto concerne i gestori del servizio di distribuzione del gas, con particolare riferimento alla determinazione della misura compensativa per il gestore uscente, si rappresenta che l’evoluzione normativa è stata orientata verso una progressiva liberalizzazione del settore:
- s1) il servizio di distribuzione del gas, nella prospettiva del d.lgs. n. 50 del 2016 rientra tra i settori speciali e la relativa definizione si riscontra agli artt. 115 – 121. La disciplina previgente era contenuta negli artt. 208 – 213 del d.lgs. n. 163 del 2006;
- s2) la disciplina europea dei settori speciali è diretta a garantire la tutela della concorrenza in relazione a procedure di affidamento di appalti da parte di enti operanti in settori sottratti in passato alla concorrenza e al diritto europeo dei pubblici appalti (c.d. settori esclusi, poi divenuti settori speciali). L’intervento del legislatore europeo è finalizzato ad attrarre alla disciplina di evidenza pubblica settori in precedenza ritenuti regolati dal diritto privato, mantenendo, tuttavia, inalterati alcuni connotati di specialità, mediante una disciplina più flessibile;
- s3) sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, si ritiene che i settori speciali, apportando deroghe alla disciplina ordinaria, abbiano carattere tassativo, con conseguente inapplicabilità della c.d. teoria del contagio (cfr. sul punto DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna 2017, 1778 ss.). In particolare, per quanto concerne il gas, le attività qualificabili come settori speciali sono la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio pubblico in

connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione del gas, nonché l'alimentazione delle stesse reti, da intendersi come comprensiva della generazione, produzione, vendita all'ingrosso e al dettaglio;

- s4) il processo di liberalizzazione del gas ha avuto inizio nell'ordinamento italiano con l'art. 14 del d.lgs. n. 164 del 2000, processo da realizzarsi gradualmente al fine di permettere all'industria di adeguarsi in modo flessibile e ordinato al nuovo ambiente. In particolare, il sistema previgente includeva il servizio di distribuzione del gas per gli utenti finali tra i servizi pubblici locali riservati dalla legge ai comuni e lasciava a questi il potere di scelta sui modelli di gestione (gestione del servizio in economia, concessione a terzi, azienda speciale, costituzione di apposita istituzione o di società). Con il d.lgs. n. 164 del 2000 l'attività di distribuzione del gas naturale è confermata quale attività di servizio pubblico, ma il servizio è affidato mediante gara per periodi non superiori a dodici anni;
- s5) in ogni caso, prima del codice del 2016 e delle direttive UE del 2014, si riteneva, sulla scorta dell'orientamento espresso sul punto dalla giurisprudenza europea, che l'affidamento al privato del servizio pubblico nel settore del gas potesse avvenire con concessione che non rientrava nell'ambito di applicazione né della direttiva 92/50/CEE, né della direttiva 93/38/CEE, con conseguente diretta applicabilità del Trattato costitutivo della comunità (sul punto si veda puntualmente Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2009, n. 5217). Pertanto, la disciplina del procedimento di gara era sostanzialmente rimessa alla discrezionalità dei singoli enti locali che potevano esercitarla solo nel rispetto dei principi generali in materia di confronto concorrenziale e dei singoli paletti posti dall'art. 14 d.lgs. n. 164 del 2000;
- s6) in questo senso, Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2832 (in *Appalti & Contratti*, 2008, fasc. 8, 75, con nota di MORETTI), ha ad esempio osservato che: la determinazione della base di asta di gara per la concessione di un servizio pubblico, salvo espresse disposizioni normative, rientra nella discrezionalità dell'ente affidante; *“la competenza comunale in materia di gara per l'affidamento del servizio, ai sensi dell'art. 14 d.leg. n. 164/2000, è attribuita alla giunta, in quanto la scelta di affidare il servizio in concessione è stata già operata dal legislatore”*; *“la concessione con cui si affida al privato un servizio pubblico non rientra nell'ambito di applicazione né della direttiva 18 giugno 1992, 92/50/Ce, né*

della direttiva 14 giugno 1993, 93/38/Ce; ad essa si applica direttamente, invece, il trattato costitutivo della Comunità (art. 43 e 49 Ce)";

- s7) attualmente la disciplina delle procedure di aggiudicazione nel settore in esame, interessata da una complessa evoluzione normativa (sulla quale si veda nitidamente DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 2086 ss.), è contenuta sia negli artt. 14 e 15 del d.lgs. n. 164 del 2000 che nel d.lgs. n. 50 del 2016. In base alla direttiva 2014/23/UE non vi è un obbligo di esternalizzazione dei servizi pubblici, ma la relativa scelta è rimessa ai legislatori nazionali. Il legislatore interno ha optato per l'obbligo di esternalizzazione e gli enti locali che affidano il servizio, anche in forma associata, svolgono attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e controllo sulle attività di distribuzione; i loro rapporti con il gestore del servizio sono regolati da appositi contratti di servizio, sulla base di un contratto tipo predisposto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed approvato dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato;
- s8) per quanto concerne l'indizione delle gare, l'art. 15 d.lgs. n. 164 del 2000 ha stabilito un articolato regime transitorio, fissando la durata massima delle concessioni del gas già in essere, operando una distinzione a seconda che siano state affidate con o senza gara, con la precisazione che quelle affidate con gara possono proseguire fino alla loro scadenza, ma comunque non oltre il 31 dicembre 2012. La disciplina della proroga è stata poi interessata da numerosi interventi diretti a rinviare la scadenza del termine fissato agli enti locali per la pubblicazione dei bandi (sui quali si veda ancora DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 2091 ss.);
- t) per quanto concerne le spettanze al concessionario uscente:
 - t1) il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, ha previsto, all'art. 15, comma 5, nella versione originaria che: *"gli affidamenti e le concessioni in essere per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio, proseguono fino al completamento del periodo transitorio stesso"; "in quest'ultimo caso, ai titolari degli affidamenti e delle concessioni in essere è riconosciuto un rimborso, a carico del nuovo gestore ai sensi del comma 8 dell'art. 14, calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti, con i criteri di cui alle lettere a) e b) dell'art. 24 del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578. Resta sempre esclusa la valutazione del mancato profitto derivante dalla conclusione anticipata del rapporto di gestione";*

- t2) l'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164 del 2000 ha previsto che il nuovo gestore, con riferimento agli investimenti realizzati secondo il piano di investimenti oggetto del precedente affidamento o concessione, è tenuto a subentrare nelle garanzie e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere queste ultime e a corrispondere una somma al distributore uscente in misura pari all'eventuale valore residuo degli ammortamenti di detti investimenti risultanti dai bilanci del gestore uscente. Secondo Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2008, n. 6744: la disposizione qualifica come meramente eventuale la sussistenza di un valore residuo degli ammortamenti riferiti agli investimenti effettuati dal distributore uscente che determina la consolidazione del relativo onere economico a carico del nuovo gestore; il legislatore non ha quindi posto una regola puntuale, preferendo rimettere ogni apprezzamento sul punto nell'ambito delle autonome scelte imprenditoriali del concessionario ma anche nella sfera di esercizio della potestà di indirizzo e di regolazione dell'ente concedente; *“la norma, in definitiva, individua i criteri per la corretta commisurazione dell'indennizzo spettante al distributore uscente, consentendo che l'ammontare degli investimenti sia perimetrato per relationem in base all'offerta presentata in sede di gara alla stregua delle vincolanti prescrizioni di gara”*, la norma non vieta all'ente locale di introdurre prescrizioni sui contenuti dell'offerta relativi all'ammortamento e consente agli offerenti di modulare l'ammortamento degli investimenti secondo le proprie strategie tecnico-economiche;
- t3) l'art. 24 del r.d. n. 2578 del 1925 prevedeva, pertanto, i criteri da utilizzare per il rimborso in mancanza di diversa volontà delle parti facendo, tra l'altro, riferimento al valore industriale dell'impianto e del relativo materiale mobile ed immobile, alle anticipazioni o ai sussidi dati dai comuni, all'importo delle tasse proporzionali di registro anticipate dai concessionari e ai premi eventualmente pagati ai comuni concedenti;
- t4) l'art. 16 bis del d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, ha previsto che i Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, sentita la Conferenza unificata e su parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, individuano i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas, tenendo conto, oltre che delle condizioni economiche offerte e, in

particolare, di quelle a vantaggio dei consumatori, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti;

- t5) in attuazione dell'art. 16 *bis* del d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, è stato adottato il decreto ministeriale 12 novembre 2011, n. 226, che, all'art. 5 prevedeva, tra l'altro, che il valore del rimborso ai titolari degli affidamenti e delle concessioni cessanti deve essere determinato in base a quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti, conformemente a quanto previsto all'art. 15, comma 5, d.lgs. n. 164 del 2000. In mancanza di una previsione contrattuale si prevedeva il rinvio ai criteri di cui al r.d. n. 2578 del 1925;
- t6) l'art. 1, comma 16, del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, ha modificato l'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164 del 2000, prevedendo che, per i profili non disciplinati convenzionalmente, i criteri non sono più quelli di cui al r.d. n. 2578 del 1925, ma quelli di cui alle linee guida su criteri e modalità operative per la valutazione del valore di rimborso di cui all'articolo 4, comma 6, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, ed ha altresì stabilito che nella determinazione del valore di rimborso al gestore uscente siano detratti anche i contributi privati;
- t7) il decreto ministeriale 22 maggio 2014, n. 74951, ha approvato le *"linee guida su criteri e modalità applicativa per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale"*;
- t8) il decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, ha apportato una ulteriore modifica all'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164 del 2000, stabilendo che nella determinazione del valore di rimborso al gestore uscente si debba seguire la metodologia specificata nei contratti se stipulati prima dell'11 febbraio 2012, data di entrata in vigore del d.m. n. 226 del 2011, altrimenti si deve fare riferimento alle linee guida di cui al d.m. 22 maggio 2014, n. 74951;
- t9) il d.m. 20 maggio 2015, n. 106, ha modificato il d.m. n. 226 del 2011, stabilendo, tra l'altro, più puntuali condizioni per l'applicabilità del criterio di determinazione convenzionale del rimborso;
- u) per la giurisprudenza del Consiglio di Stato sui gestori di servizi di distribuzione del gas e, in particolare, sul rapporto tra affidamento del contraente e tutela del mercato, si vedano, tra le altre:
 - u1) Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272 (cit.), secondo cui: *"l'art. 15, 10° comma, d.leg. 23 maggio 2000 n. 164 consentiva che le imprese, le quali*

gestivano servizi pubblici locali, in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica, partecipassero alle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas soltanto nel corso di una fase transitoria, trascorsa la quale si rendeva necessario disporre l'esclusione da dette gare dei gestori di tutti i servizi pubblici locali (incluso quello di distribuzione del gas) affidati con procedure non competitive";

- u2) Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6256 (in *Foro it.*, 2014, III, 162);
- u3) Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2552 (in *Appalti & Contratti*, 2012, fasc. 5, 83);
- u4) Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2009, n. 5217, cit., secondo cui: le direttive 1998/30/CE e 2003/55/CE non vietano l'esercizio della facoltà di riscatto anticipato in favore del concedente, limitandosi a raccomandare che il mercato interno del gas naturale sia instaurato gradualmente e senza che le imprese di settore subiscano discriminazioni; la giurisprudenza comunitaria ha precisato che *"una normativa nazionale che preveda un periodo transitorio per la risoluzione anticipata delle concessioni in essere del servizio di distribuzione del gas naturale e ne disponga il prolungamento può costituire, in relazione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, una discriminazione indiretta; essa può tuttavia giustificarsi sulla base del principio della certezza del diritto, quando la durata del periodo transitorio sia rispettosa del limite della proporzionalità"*; il principio della certezza del diritto consente che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico e spetta al giudice del rinvio valutare se il prolungamento della durata del periodo transitorio possa essere considerato necessario ai fini del rispetto del citato principio di certezza del diritto; le discipline nazionali che introducono proroghe in favore degli ex monopolisti e limiti alla facoltà di riscatto devono essere interpretate con prudenza e rigore nell'ottica dei principi comunitari di tutela della concorrenza e della libertà di impresa e di prestazione dei servizi;
- u5) Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2008, n. 6744, con riferimento all'art. 23, comma 1, del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modificazioni nella l. 23 febbraio 2006, n. 51, ha osservato che: la norma statuisce che il termine del periodo transitorio previsto dall'art. 15, comma 5 del d.lgs. n. 164 del 2000 è prorogato al 31 dicembre 2007 e

l'art. 15, comma 5, cui rinvia la norma, dispone che gli affidamenti e le concessioni proseguono fino alla scadenza stabilita se compresa entro i termini previsti per il periodo transitorio; le norme citate sortiscono l'effetto di sancire la cessazione anticipata di quei rapporti che proiettano la loro durata oltre il termine legale, ossia per gli affidamenti e le concessioni in essere per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio; ne consegue che il differimento in oggetto non si applica a quei rapporti che si collocano al di fuori di questo ambito in quanto interessati da una cessazione antecedente, per scadenza naturale o riscatto anticipato, e che incontrino nelle pattuizioni intervenute tra le parti la propria compiuta disciplina; tale soluzione risulta d'altro canto armonica con la ratio della normativa nazionale e comunitaria, data dalla promozione della liberalizzazione del mercato del gas naturale, in modo da escludere la procrastinazione, senza effettive ragioni giustificatrici, di situazioni di monopolio derivanti da rapporti affidati senza il previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica;

- u6) Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2008, n. 563 (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 468), con riferimento al rapporto tra tutela dell'affidamento e decadenza della società pubblica di gestione del gas.