



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

LA LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO DEL GAS. VERSO LE GARE PER IL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE

Il Candidato
Francesco Salis

Il Relatore
Chiar.ma Prof.ssa Michela Passalacqua

A.A. 2014/2015

Indice

Introduzione	III
---------------------------	-----

CAPITOLO I

DA UN MERCATO CHIUSO A UN MERCATO APERTO

1. La creazione del mercato unico del gas: la direttiva 98/30/CE.....	1
2. Il Decreto Letta (d. lgs 164/2000): la scelta per l'accesso regolato.....	8
3. La liberalizzazione completa con la direttiva 2003/55/CE.....	14
4. L'ultima tappa: "il terzo pacchetto energia".....	20
5. Il d. lgs 93/2011: la scelta per l' <i>Independent Transmission Operator</i>	33
6. Analisi del modello dell' <i>unbundling</i>	39

CAPITOLO II

LA NATURA DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS

1. Il concetto di servizio pubblico locale	
1.1 Il servizio pubblico. Accenni.....	46
1.2 A livello europeo.....	50
1.3 I servizi pubblici locali.....	58
2. Il riparto delle competenze Stato-Autonomie locali.....	80
3. Il servizio di distribuzione del gas.....	86
4. La questione della proprietà delle reti.....	93

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA DELLE GARE D'AMBITO

1. Il periodo transitorio.....	99
2. Il regime concessorio e ambiti territoriali.....	110
3. Le condizioni di affidamento e modalità di gara.....	123
4. La disciplina del procedimento ad evidenza pubblica di selezione del distributore d'ambito	
4.1 L'individuazione della stazione appaltante.....	133
4.2 I requisiti di partecipazione.....	142
4.3 Gli obblighi informativi per i gestori.....	147
4.4 Il bando di gara.....	154
4.5 La commissione di gara.....	159
5. Il riscatto delle reti.....	161
6. I rimborsi agli operatori uscenti.....	170
Conclusioni	174
Bibliografia	180

Introduzione

Il settore dell'energia costituisce uno degli elementi fondamentali per lo sviluppo di ogni economia.

Produrre energia a costi economicamente e ambientalmente più bassi è una delle più grandi sfide del nostro tempo.

In questo contesto si inserisce l'intervento dell'Unione Europea nel settore. Il controllo delle fonti di energia e lo sviluppo di nuove fonti sono elementi imprescindibili per la sicurezza e la crescita economica dell'UE.

Pur nelle diversità di interessi che caratterizzano ciascun Stato membro, l'Unione Europea a partire dagli anni '80 del secolo scorso ha cercato di costruire una politica energetica comune che permettesse all'Europa di presentarsi agli altri Stati, esportatori di "energia", come un unico soggetto dotato di maggior "potere contrattuale".

Contestualmente alla difficile creazione di una politica energetica comune, che tutt'oggi è di faticosa

individuazione, le istituzioni europee si sono mosse sul versante della ricerca di nuove fonti di energia. È stata quindi incentivata la produzione di "fonti di energia rinnovabili" per raggiungere due scopi principali. Il primo quello di porre le basi per l'autosufficienza energetica. Il secondo quello di ridurre l'impatto ambientale delle fonti tradizionali. Molto vivo è il dibattito sui cambiamenti climatici dovuti alle azioni dell'uomo. Da ultimo, si ricorda il protocollo di Parigi del 2015 con il quale gli Stati aderenti hanno raggiunto un accordo per limitare il riscaldamento globale "ben al di sotto" dei 2°C. Un risultato difficile da raggiungere ma certamente auspicabile.

L'efficienza energetica è un'altra questione sulla quale l'UE si è concentrata con molta attenzione. Qui si inserisce la liberalizzazione dei mercati energetici.

Attraverso la rottura dei vecchi monopoli nazionali si è perseguito l'intento di rendere il mercato energetico maggiormente efficiente, per lo meno da un punto di vista

economico. L'apertura del mercato è funzionale alla creazione di un unico mercato europeo dell'energia, primo passo per una solida politica energetica comune.

In questo lavoro ci concentreremo esclusivamente sulla liberalizzazione del mercato del gas e in particolare sulla distribuzione del gas naturale.

In primo luogo, si analizzeranno le fasi della liberalizzazione del mercato del gas, distinguendo gli interventi del legislatore europeo da quelli del legislatore nazionale. Saranno descritti nei loro elementi essenziali gli strumenti e i modelli concorrenziali scelti dalle direttive europee per aprire il mercato a nuovi operatori economici e si darà conto di come tali scelte siano state recepite dall'ordinamento nazionale. Data la centralità dell'*unblinding* nel processo di liberalizzazione abbiamo ritenuto di dover chiarire con precisione in che cosa consistesse e quale fosse la sua importanza nella costruzione di un mercato aperto a più operatori.

Oggetto del secondo capitolo sarà la natura di

servizio pubblico dell'attività di distribuzione del gas affermatasi sin dai tempi pre-liberalizzazione. Prima di capire in quali termini, nel nuovo assetto normativo, conserva questo carattere, si cercherà di chiarire che cosa si intenda per servizio pubblico e segnatamente per servizio pubblico locale e quali sia il riparto delle competenze.

Infine, si tratterà della disciplina delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione. Proprio l'affidamento tramite gara rappresenta l'elemento caratterizzante del nuovo assetto dato dal decreto Letta. Risultando anti-economico e di insostenibile impatto ambientale procedere alla costruzione di nuove reti di distribuzione, la concorrenza viene garantita attraverso la scelta del distributore tramite un procedimento ad evidenza pubblica. Si darà dunque conto della disciplina di dettaglio contenuta in vari decreti ministeriali e di come l'introduzione degli ambiti territoriali minimi abbia limitato la competenza degli enti locali in materia.

CAPITOLO I
DA UN MERCATO CHIUSO A UN MERCATO
APERTO

**1. La creazione del mercato unico del gas: la
direttiva 98/30/CE**

La competenza dell'Unione Europea in materia di energia è di tipo concorrente, così come previsto dall'art. 4 TFUE. Questo significa che le istituzioni europee possono intervenire entro l'importante limite del principio di sussidiarietà: l'intervento sarà legittimo solo se l'azione dell'UE sarà più efficace di quella dei singoli Stati.

L'art. 194 TFUE meglio specifica questa competenza prevedendo come essa miri allo scopo ultimo della creazione di un mercato unico per il quale si rende necessario il perseguimento di quattro obiettivi: garantire il funzionamento del mercato dell'energia; garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione; promuovere il risparmio energetico, l'efficienza

energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili; promuovere l'interconnessione delle reti energetiche.

Si noti che il vecchio trattato CE non prevedeva alcuna competenza specifica in materia di energia. Ciò detto, il primo intervento in materia di funzionamento del mercato dell'energia è rappresentato dalla direttiva 96/92/CE per l'elettricità e dalla direttiva 98/30/CE per il gas.

In questo lavoro ci occuperemo soltanto del settore del gas.

Con la direttiva 98/30/CE le istituzioni europee posero le premesse per la liberalizzazione del mercato del gas tenendo conto delle peculiarità di questo settore. Gli elevati costi dell'estrazione infatti favoriscono un aumento della concentrazione degli operatori. Le stesse multinazionali, le uniche in grado di sostenere gli elevati costi dell'estrazione e del trasporto nonché il rischio di queste operazioni, tendono a costituire consorzi per ripartire il rischio¹.

1. P. RANCI, *Il mercato europeo liberalizzato del gas e la sicurezza degli approvvigionamenti*, in

Non va inoltre trascurata la sicurezza degli approvvigionamenti rispetto alla quale la questione della concorrenza passa decisamente in secondo piano.

La disciplina del settore del gas deve quindi tenere conto delle caratteristiche del mercato e della necessità di una "sicurezza energetica".

La soluzione alla concentrazione di questo settore è possibile solo se il mercato è abbastanza grande: ciò sarebbe impossibile a livello di singoli stati membri. Ecco qui spiegata la necessità primaria della creazione del mercato unico, come più volte chiarito dalla Commissione Europea. Il mercato unico come sola soluzione allo sviluppo della concorrenza in questo settore ma anche come elemento di rafforzamento della sicurezza energetica attraverso lo sviluppo di mercati all'ingrosso capaci di permettere alle imprese non verticalmente integrate² di difendere meglio la loro indipendenza e permettendo l'accesso al mercato di nuovi soggetti senza

Mercato concorrenza regole , XI, n. 3, 2009, p. 526.

2 Per «impresa verticalmente integrata» si intende un'impresa di gas naturale che svolge due o più delle seguenti funzioni: produzione, trasporto, distribuzione, fornitura o stoccaggio di gas naturale.

che questi debbano sopportare i costi della costruzione di un'intera rete di distribuzione.

Si impone l'obbligo alle imprese verticalmente integrate di separare l'attività di rete da altre attività della stessa impresa al fine di favorire l'accesso di nuovi operatori.

Per eliminare i vecchi monopoli e quindi permettere l'accesso di nuovi soggetti, la direttiva 98/30/CE ha previsto da un lato la separazione della contabilità³ e dall'altro la possibilità per gli stati membri di scegliere tra l'accesso negoziato o l'accesso regolamentato.

Il problema di regolazione più importante in un mercato caratterizzato dalla presenza di reti è quello del libero accesso a una tariffa equa, in quanto la disponibilità di un accesso alla rete e al sistema di stoccaggio è essenziale per operare nel settore⁴. Proprio l'accesso alla rete è uno dei temi maggiormente affrontati dalla direttiva 98/30/CE.

³ *Unblinding* contabile.

⁴ A. BIANCARDI, *Alcune considerazioni sul processo di liberalizzazione del settore del gas naturale in Italia*, in *L'Industria*, XXV, n. 3, 2004, p. 536.

Gli articoli 7 e 10 prevedono il divieto di operare discriminazioni tra gli utenti del sistema o le categorie di utenti del sistema a carico delle imprese di trasporto, stoccaggio e distribuzione.

La scelta per l'accesso negoziato prevista dall'articolo 14 risulta essere meno garantista della concorrenza rispetto all'accesso regolamentato. Questa opzione consiste nell'imposizione dell'obbligo a contrarre a carico delle imprese verticalmente integrate in favore degli altri operatori. A garanzia di questi ultimi è prevista soltanto la pubblicazione obbligatoria da parte delle imprese di gas naturale delle loro principali condizioni commerciali per l'utilizzo del sistema.

La seconda opzione, disciplinata dall'articolo 16, risulta essere più in linea con l'obiettivo di liberalizzare il mercato. In questo caso sussiste un obbligo a contrarre e le condizioni economiche sono stabilite attraverso tariffe regolamentate⁵.

⁵ R. GALLERINI, *Politiche energetiche e diritto dell'energia*, in M. GIUSTI – E. BANI, *Complementi di diritto dell'economia*, Padova, 2008, p. 75.

Sempre attinente all'accesso al sistema è la questione dei clienti idonei. Questi sono definiti dall'articolo 18 come quei clienti cui gli stati membri riconoscono il potere di stipulare contratti per il gas naturale o di acquistarlo a norma delle norme sull'accesso. L'apertura del mercato viene a essere regolata secondo dei criteri minimi progressivi in forza dei quali entro dieci anni dall'entrata in vigore della Direttiva il mercato deve interessare almeno il 33% dei clienti e per un minimo consumo annuo di 5 milioni di mc per cliente.

Per quanto riguarda il problema dell'operatività su più fasi della filiera delle imprese verticalmente integrate, la Direttiva ha previsto all'art 13.3 l'obbligo di separazione contabile. L'*unbundling* contabile rappresenta un timido passo per la partecipazione di più soggetti alla filiera del gas. La separazione contabile impone alle imprese verticalmente integrate l'obbligo di tenere conti separati per le loro attività di trasporto, distribuzione e stoccaggio

di gas naturale come sarebbero tenute a fare se tali attività fossero svolte da imprese separate. Lo stesso art. 13.3 precisa le ragioni della separazione contabile: evitare discriminazioni, sovvenzioni incrociate e distorsioni della concorrenza.

Data la natura di servizio pubblico dell'attività di erogazione del gas, la Direttiva giustifica l'imposizione di obblighi di servizio pubblico. Qui sta il fondamento dell'articolo 12 che riconosce agli stati membri o all'autorità competente da essi designata il diritto di accedere alla contabilità delle imprese di gas naturale la cui consultazione sia necessaria per lo svolgimento delle loro funzioni.

Dall'analisi della Direttiva si noti come in questa primissima fase di liberalizzazione del mercato non sia stato previsto l'obbligo per gli stati membri di istituire un'Autorità di regolazione, la quale svolgerà un ruolo fondamentale nel successivo sviluppo della disciplina. L'unica Autorità cui fa riferimento il testo legislativo è

quella prevista dall'articolo 21 con funzioni limitate alle controversie in materia di accesso.

2. Il Decreto Letta (d. lgs 164/200): la scelta per l'accesso regolato

Con il Decreto Letta l'ordinamento italiano recepisce la Direttiva 98/30/CE.

Sotto più di un aspetto la normativa di recepimento si dimostra più avanzata rispetto a quella comunitaria.

Se la disciplina europea si limitava a richiedere agli stati la separazione contabile, la disciplina nazionale va oltre stabilendo all'articolo 21 la separazione societaria tra le attività di trasporto, dispacciamento, distribuzione a decorrere dal 1 gennaio 2002. Una disciplina parzialmente differente è prevista per l'attività di stoccaggio. Questa è regolata con la separazione contabile e societaria dall'attività di trasporto e dispacciamento e con la separazione societaria da tutte le altre attività del settore del gas.

La scelta per la separazione societaria, non imposta dalla Direttiva 98/30/CE, esprime l'intenzione del legislatore nazionale di andare più in là nel processo di liberalizzazione del mercato del gas rendendo, per lo meno sulla carta⁶, più agevole l'accesso di nuovi operatori. In forza dell'articolo 21 dunque le imprese del gas che operano su più fasi della filiera dovranno costituire società distinte per la gestione di ciascuna attività. Il limite della separazione societaria così come regolata dal Decreto è che non impedisce interventi dell'impresa principale sulle imprese controllate. Con la conseguenza che le prime ben potranno operare una politica restrittiva della concorrenza. Soltanto con la direttiva 2003/55/CE e la relativa normativa di recepimento sarà introdotta la separazione gestionale. Ma il vero salto di qualità si avrà soltanto con il "terzo pacchetto energia" attraverso la spinta per l'introduzione della separazione proprietaria in alternativa all'ISO e all'ITO.

⁶ Come si vedrà non risolve i problemi dell'accesso alla rete.

Per ciò che concerne l'accesso il legislatore nazionale ha optato per l'accesso regolamentato. La Direttiva 98/30/CE lasciava agli stati membri la possibilità di scegliere tra l'accesso negoziato e l'accesso regolamentato. Come già detto in precedenza, tra le due scelte quella maggiormente garantistica del libero mercato è senza dubbio la seconda. Tuttavia neanche l'accesso regolamentato è esente da critiche. Eni, infatti, prima dello scorporo da SNAM RETE GAS controllava la rete di trasporto e tutt'ora controlla alcune società che gestiscono, rispettivamente in territorio tunisino e austriaco, i gasdotti sui quali transita la gran parte de gas destinato all'Italia. Il riconoscimento del diritto d'accesso entro il territorio nazionale costituisce dunque un rimedio pro-concorrenziale nei fatti insufficiente rispetto all'intero quadro della filiera⁷. Se i nuovi operatori non riescono a portare le proprie scorte di gas all'interno della rete nazionale, non potranno operare nel mercato nazionale e

⁷ F. CINTOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 144.

di conseguenza il livello di concorrenza rimarrà basso⁸.

Oltre all'obbligo generale di dare accesso a condizioni non discriminatorie, l'articolo 23 del Decreto Letta prevede il potere dell'Autorità per l'energia elettrica il gas⁹, di determinare le tariffe per il trasporto e dispacciamento, per lo stoccaggio minerario, strategico e di modulazione, per l'utilizzo dei terminali di GNL e per la distribuzione. Il sistema dell'accesso regolamentato fa risalire ad una autorità terza il compito di dettare regole chiare, eque e non discriminatorie per le imprese utenti della rete¹⁰.

All'Autorità per l'energia il legislatore nazionale ha inoltre attribuito le competenze previste dall'articolo 21 della Direttiva 98/30/CE. Il legislatore europeo ha previsto l'obbligo per gli stati membri di designare un'autorità competente, indipendente dalle parti, per

8 La questione troverà soluzione con il “Terzo pacchetto energia”.

9 L'Autorità ha acquisito a seguito del decreto legge 201/11 ,il cosiddetto 'Salva-Italia, competenze anche in ordine al sistema idrico divenendo Autorità per l'energia elettrica il gas e per il servizio idrico.

10 F. POLETTINI, *L'introduzione della concorrenza nel settore energetico*, in *Dir. industriale*, IV, 2003, p. 331.

risolvere le controversie relative alle trattative sull'accesso. Ai sensi dell'articolo 27 del Decreto Letta l'Autorità verifica che nei casi in cui il rifiuto all'accesso derivi "da mancanza di capacità o di connessione o dall'impedimento ad assolvere ad obblighi di servizio pubblico, le opere necessarie per ovviare a tale mancanza o impedimento non risultino tecnicamente o economicamente fattibili in base agli articoli 8.2 e 16.2". Soltanto in questi casi il rifiuto è legittimo. Si noti come l'accesso non possa essere rifiutato ove il cliente sostenga il costo delle opere necessarie per ovviare alla mancanza di capacità o di connessione.

All'Autorità viene dunque riconosciuto un ruolo fondamentale per il funzionamento del mercato. Istituita già nel 1995 con la legge 481, con delibera 72/2000 ribadiva che " affinché il decreto legislativo raggiunga pienamente l'obiettivo della liberalizzazione occorre che gli interventi previsti procedano in modo coerente e rispondano ad un triplice ordine di esigenze, che si

possono riassumere così: effettiva coesistenza di una pluralità di fornitori, indipendenza ed accessibilità alla rete ed alle sue infrastrutture, possibilità di scelta del fornitore, con tutela dei diritti del consumatore....L'accesso e l'uso regolato del sistema del gas richiedono che la determinazione delle tariffe...per il trasporto e lo stoccaggio e per la distribuzione sia effettuata dall'Autorità.

Con il decreto Letta si riempiono di contenuto i poteri dell'Autorità in materia di tariffe di accesso già previsti dall'articolo 2 lett. d) della legge istitutiva il quale attribuisce all'Autorità di settore il potere di definire "le condizioni economico-giuridiche di accesso e di interconnessione alle reti ove previste dalle leggi vigenti".

Per quanto riguarda i termini per la liberalizzazione integrale del mercato, l'articolo 22 anticipa le scadenze comunitarie, procedendo all'apertura totale del mercato dal 1° gennaio 2003. Da questa data tutti gli utenti hanno potuto stipulare liberamente i contratti di fornitura tra i

diversi operatori del mercato.

Particolarmente carente è la disciplina sul potere di controllo del mercato¹¹. L'unica norma al riguardo è l'articolo 19 che introduce tetti *antitrust* previsti a carico dell'operatore dominante che non può superare quote di mercato predefinite nella sua attività di approvvigionamento e di vendita ai clienti finali¹².

3. La liberalizzazione completa con la Direttiva 2003/55/CE

La Direttiva 2003/55/CE sostituisce la precedente del 1998 prevedendo importanti modifiche volte a risolvere i problemi non affrontati con la disciplina previgente allo scopo di creare un mercato effettivamente concorrenziale.

La possibilità di concludere contratti viene a essere riconosciuta a tutti i clienti. L'articolo 23 prevede un *iter*

¹¹ A. BIANCARDI, *Alcune considerazioni sul processo di liberalizzazione del settore del gas naturale in Italia*, cit., p. 548.

¹² Per l'approvvigionamento la quota decresce dal 75 per cento dal gennaio 2002 fino al 61 per cento del dicembre 2010, con una diminuzione annua del 2 per cento. Nella vendita ai clienti finali la quota, introdotta dal 2003 a tutto il 2010, è pari al 50 per cento.

progressivo che avrebbe trasformato dal 1° luglio 2007 tutti i clienti in idonei. Si noti come il Decreto Letta avesse anticipato al 1° gennaio 2003 questo termine.

L'apertura totale del mercato è volta a rafforzare il processo di liberalizzazione dal lato della domanda. I clienti finali infatti acquistano la possibilità di concludere liberamente contratti di fornitura con una qualsiasi impresa fornitrice di gas. Per meglio tutelare gli utenti la normativa europea impone ora agli stati membri l'istituzione di una Autorità di garanzia per il mercato del gas. L'articolo 25 sottolinea la necessità che questo organismo sia pienamente indipendente dagli interessi dell'industria del gas. Le funzioni cui deve necessariamente assolvere consistono nel garantire la non discriminazione, l'effettiva concorrenza e l'efficace funzionamento del mercato. La disposizione in esame prosegue specificando le attività e i comportamenti su cui vigila l'Autorità.

L'altra grande novità è rappresentata dall'obbligo, e

non più soltanto della scelta, per gli stati membri di adottare il sistema dell'accesso regolamentato per le attività di trasmissione, distribuzione e impianti GNL¹³. La scelta tra sistema negoziato e regolato permane solo per l'attività di stoccaggio.

L'obbligo per il sistema regolato esprime l'intenzione da parte delle istituzioni europee, Commissione Europea per prima, di spingere per l'apertura del mercato. Se l'accesso al mercato passa attraverso le reti e queste sono di proprietà di imprese che operano su più fasi della filiera, l'affidamento a un'autorità terza della gestione dell'accesso, anche solo attraverso l'imposizione delle tariffe, costituisce uno strumento essenziale e fondamentale per la partecipazione al mercato di nuovi soggetti.

Per la stessa ragione la Direttiva ha previsto il

¹³ Definito dall'articolo 2 della Direttiva 2003/55/CE come un terminale utilizzato per le operazioni di liquefazione del gas naturale o l'importazione, o lo scarico e la rigassificazione di GNL, e comprendente servizi ausiliari e uno stoccaggio provvisorio necessari per il processo di rigassificazione e successiva consegna al sistema di trasporto ma non comprendente le parti dei terminali GNL utilizzati per lo stoccaggio.

passaggio dall'*unbundling* contabile a quello societario e gestionale. L'intervento è in linea con l'obbligo dell'accesso regolato. Le due scelte sono complementari tra loro. L'obiettivo perseguito è quello dell'indipendenza della rete. Per questa ragione da un lato si prevede che sull'accesso sorvegli un soggetto terzo e dall'altro si interviene sul proprietario della rete per limitarne il potere di mercato attraverso la creazione di più società nella filiera. Il punto debole dell'*unbundling* societario e gestionale è che non garantisce l'indipendenza dell'impresa controllata.

Analizzando la disciplina, per tutte le attività è prevista la figura del gestore di sistema¹⁴. Questo, qualora faccia parte di un'impresa verticalmente integrata, è indipendente, quantomeno sotto il profilo della forma giuridica, dell'organizzazione e del potere decisionale, dalle attività non connesse al suo campo di operatività.

Per rafforzare l'indipendenza del gestore di sistema sono previsti dei codici di comportamento che dovrebbero

¹⁴ Si rinvia agli articoli 7 e 12 della Direttiva 2003/55/CE.

riguardare almeno le regole di bilanciamento. Sono altresì previsti delle norme di incompatibilità in forza delle quali le persone responsabili dell'amministrazione del gestore del sistema non possono far parte di strutture societarie dell'impresa madre. Gli stati hanno poi l'obbligo di adottare le misure idonee ad assicurare che gli interessi professionali delle persone responsabili dell'amministrazione del gestore del sistema siano presi in considerazione in modo da consentire loro di agire in maniera indipendente.

Nel ribadire la "libertà economica" del gestore di sistema, la direttiva prevede un limite di non poco conto. L'impresa madre infatti approva il piano finanziario annuale e fissa i limiti globali ai livelli di indebitamento del gestore. Il piano finanziario costituisce allo stesso tempo sia uno strumento di tutela del gestore che un importante limite alla sua indipendenza. Da un lato ne tutela la attività perché dentro quel piano il gestore può operare in assoluta indipendenza; la società madre può intervenire

dando istruzioni solo per quelle attività che eccedono i termini del piano finanziario. Dall'altro il piano finanziario restringe l'operatività del gestore perché la sua attività è subordinata a quanto deciso dalla impresa da cui dipende.

La direttiva in esame entrata in vigore nel luglio del 2003 prevedeva come termine per l'attuazione il 1° luglio 2004.

L'ordinamento italiano già aveva previsto con il Decreto Letta alcune delle disposizioni della normativa europea del 2003. Tuttavia fino al 2007 non aveva ancora dato completa attuazione alla normativa comunitaria cosicché la Commissione Europea avviò due procedure di infrazione nei confronti dello stato italiano. La procedura per mancata attuazione della direttiva sul gas fu archiviata in seguito alla segnalazione¹⁵ da parte del governo dell'approvazione della delibera 18 gennaio 2007, n. 11 dell'Autorità per l'energia recante "Obblighi di separazione amministrativa e contabile per le imprese

¹⁵ P. CIRIELLI, *La completa liberalizzazione dei mercati energetici*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 3, p. 280.

operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas". Con il decreto legge 73 del 2007 l'ordinamento italiano recepisce le direttive 54 e 55 del 2003, rispettivamente dell'elettricità e del gas. Per ciò che concerne il settore del gas il decreto rimanda all'Autorità dell'energia l'adozione delle misure necessarie per rendere operativo l'*unbundling* gestionale e per garantire l'accesso tempestivo e non discriminatorio ai dati derivanti dai sistemi e dall'attività di misura, relativi ai consumi dei clienti connessi alla propria rete, strettamente necessari per la formulazione delle offerte commerciali e la gestione dei contratti di fornitura¹⁶. Lo scopo di quest'ultima disposizione è quello di limitare il vantaggio competitivo di cui godono, rispetto ai potenziali concorrenti, le società di vendita appartenenti a società integrate con la distribuzione.

4. L'ultima tappa: il "terzo pacchetto energia"

Per verificare il funzionamento della Direttiva

¹⁶ Si rinvia all'articolo 1 del decreto legge 73/2007.

2003/55/CE, nel giugno 2005 la direzione generale della concorrenza della Commissione Europea avviò una indagine settoriale sul funzionamento dei mercati europei del gas e dell'elettricità. Il rapporto finale della Commissione è stato pubblicato nel 2007 assieme a una comunicazione contenente proposte per una successiva legislazione¹⁷. La relazione costituisce il nucleo intorno al quale verrà a essere costruito il cosiddetto "terzo pacchetto energia" comprendente la Direttiva 2009/72/CE per l'elettricità e la Direttiva 2009/73/CE per il gas.

La comunicazione della Commissione analizza i risultati fin lì raggiunti dalla precedente disciplina per poi concentrarsi sui problemi del mercato dell'energia e sulle possibili soluzioni. Il documento indica che l'Europa era ancora lontana dalla costituzione di un mercato unico dell'energia. I problemi individuati dalla Commissione erano numerosi. Gli operatori tradizionali mantenevano infatti la loro posizione dominante in un contesto di

¹⁷ P. RANCI, *Il mercato europeo liberalizzato del gas e la sicurezza degli approvvigionamenti*, cit., p. 526.

concentrazione industriale e di potere di mercato: i mercati all'ingrosso del gas e dell'elettricità rimangono di portata nazionale, e in generale conservano l'elevato livello di concentrazione del periodo precedente la liberalizzazione. Ciò consente un margine per esercitare potere di mercato¹⁸. Gli operatori tradizionali controllando le importazioni di gas a monte e la produzione interna rallentano l'apertura del commercio all'ingrosso e quindi rendono difficili i nuovi ingressi sui mercati al dettaglio.

Un ostacolo importante per i nuovi ingressi, nonché una minaccia alla sicurezza dell'approvvigionamento è individuato nell'insufficienza del livello di separazione fra attività di rete e attività di fornitura che produce ripercussioni negative sul funzionamento del mercato e sugli incentivi a investire nelle reti.

Sul versante del mercato unico in senso stretto sottolinea poi la comunicazione della Commissione come il livello delle vendite transfrontaliere non producesse alcuna pressione concorrenziale significativa per

¹⁸ Paragrafo 2.1 COM(2006) 851.

l'insufficiente o inesistente capacità di trasmissione transfrontaliera e le diverse strutture di mercato. L'accesso dei nuovi operatori è ostacolato da una ridotta capacità primaria sui gasdotti, controllati dagli operatori storici grazie a contratti risalenti all'epoca pre-liberalizzazione. In molti casi inoltre, i nuovi operatori non sono riusciti ad ottenere una quota sufficiente di capacità neanche in caso di ampliamento della capacità dei gasdotti di transito perché tali aumenti sono stati commisurati alle esigenze delle imprese di fornitura di proprietà degli stessi operatori storici¹⁹.

L'ultimo aspetto analizzato dalla comunicazione riguarda la questione fondamentale della trasparenza. A dire della Commissione è necessaria una maggiore trasparenza di informazioni sui dati della gestione della capacità di generazione e sullo stoccaggio del gas e sulla disponibilità della rete. La Commissione ha rilevato un'asimmetria informativa tra gli operatori storici integrati verticalmente e i loro concorrenti. È evidente come una

¹⁹ Paragrafo 2.3 COM(2006) 851.

maggior trasparenza sia necessaria per lo sviluppo concorrenziale del mercato, in particolare per l'accesso di nuovi soggetti.

Sul versante delle soluzioni, quelle prospettate dalla Commissione, saranno in linea di massima accolte dalle direttive del terzo pacchetto energia trovando l'accordo tra tutti gli stati membri.

Le misure più importanti sono certamente quelle sulla separazione delle reti, in particolare la normativa si concentra sulla separazione tra l'impresa verticalmente integrata e il sistema di trasporto. Sulla scelta del modello di *unbundling* è stata maggiore la distanza tra Commissione e alcuni stati membri. L'Autorità europea della concorrenza si era espressa decisamente a favore della separazione proprietaria affermando come la separazione proprietaria costituisse il mezzo più efficiente per garantire la libertà di scelta degli utenti e incoraggiare gli investimenti²⁰. La separazione proprietaria viene individuata come lo strumento più efficace per arginare il

²⁰ Paragrafo 3.2.1 COM(2006) 851.

fenomeno dei conflitti d'interesse tra gestori di sistema e impresa verticalmente integrata. Inoltre, continua la Commissione, a differenza del gestore indipendente, non richiede un regolamentazione eccessiva e oneri amministrativi sproporzionati.

Se questa è la posizione chiara e forte della Commissione, vediamo gli stati membri divisi in due blocchi: da un lato vi erano gli Stati che già avevano predisposto la separazione proprietaria, primo tra tutti il Regno Unito e dall'altro gli Stati che si opponevano a questo modello raggruppati intorno alla Francia e alla Germania.

Vista l'opposizione di due importanti Stati, la Direttiva anziché seguire le indicazioni della Commissione, adottò, di fianco al modello della separazione proprietaria, quello dell'*Independent System Operator* (d'ora in poi ISO) e la cosiddetta "terza via" dell'*Independent Transmission Operator* (d'ora in poi ITO). Su quest'ultimo modello spinsero gli stati contrari alla separazione proprietaria.

Nella struttura della Direttiva 2009/73/CE, sostitutiva della precedente del 2003 a decorrere dal 3 marzo 2011, individuiamo tre "piloni" su cui si sofferma²¹. Il primo è la necessità di pervenire a una generalizzata separazione verticale realmente efficace tra gestione delle reti e fasi a monte e a valle del trasporto di gas. Gli altri due consistono nell'importante introduzione dell'Agenzia per il coordinamento dei regolatori e soprattutto la Rete di *Transmission System Operator* (d'ora in poi TSO).

Come già discusso precedentemente, l'aspetto di maggior opposizione e di discussione tra gli Stati fu la questione dell'*unbundling*. Solo la separazione proprietaria risolve alla radice il conflitto d'interessi tra gestore della rete integrato e potenziali concorrenti nella fase di vendita senza la necessità di una puntuale e, probabilmente ingombrante, regolamentazione di dettaglio. La separazione proprietaria oltre a garantire un maggior livello di indipendenza degli operatori sui vari

²¹ S. COSTA, *Il mercato europeo del gas naturale: il Terzo pacchetto alla prova della mischia*, in *Economia dei Servizi*, I, 2010, p. 153.

livelli della filiera agevolerebbe inoltre il lavoro delle Autorità di controllo nazionali.

Sulla base di queste ragioni si registrano forti perplessità sull'introduzione dell'*Independent Transmission Operator*, previsto dagli articoli 17 e 23 della Direttiva. In base a questo modello di separazione, nel caso in cui il sistema di trasporto appartenesse a un'impresa verticalmente integrata, questa potrebbe mantenere non solo la proprietà della rete ma anche il controllo del gestore dell'attività di trasporto, purché ne garantisca l'indipendenza decisionale e funzionale²². L'operatore di rete dev'essere una società per azioni con amministratori separati dall'impresa proprietaria. Gli amministratori verranno nominati da un Consiglio di Vigilanza estraneo all'amministrazione. Oltre all'indipendenza gestionale, all'operatore di rete sono attribuite tutte le risorse necessarie a gestire autonomamente la rete. I limiti sono dati dal fatto che la

²² U. TOMBARI, *La separazione proprietaria e il nuovo ruolo dell'operatore di rete nel mercato nazionale del gas*, in G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2014*, Bologna, 2014, p. 118.

proprietà ha la facoltà di approvar il piano finanziario annuale dell'operatore e che i piani di investimento sono decisi congiuntamente dal gestore della rete e dalla proprietà, sotto la supervisione dell'Autorità di regolazione nazionale. Il ruolo dell'Autorità di settore è fondamentale in questo modello di separazione: essa ha il compito di vigilare sull'effettiva indipendenza del gestore di rete. Indipendenza perseguita con controlli regolatori molto complessi che quindi appesantiscono il lavoro del soggetto controllore. L'ITO non si dimostra idoneo neanche in funzione degli investimenti della rete e alla sicurezza delle forniture²³. Le imprese verticalmente integrate limitano infatti gli investimenti e indirettamente la sicurezza delle forniture nel momento in cui hanno un eccessivo potere di mercato che permette l'accesso di nuovi operatori solo alle loro condizioni. Ai fini di risolvere per lo meno questo problema, la Direttiva prevede l'estensione della incompatibilità tra al gestione della rete

23 S. COSTA, *Il mercato europeo del gas naturale: il Terzo pacchetto alla prova della mischia*, in *Economia dei Servizi*, cit., p. 154.

e le altre attività non solo all'interno di un solo Stato membro ma all'intera Unione Europea.

Sono dunque due le maggiori criticità di questo modello: la mancanza di garanzie sull'indipendenza finanziaria del gestore da un lato e il monitoraggio continuo da parte dell'Autorità di settore dall'altro.

L'alternativa all'ITO è l'*Independent System Operator* previsto dall'articolo 14. Esso consente agli operatori integrati di conservare la proprietà delle reti a condizione che le gestiscano attraverso una società giuridicamente e funzionalmente separata, che diviene completamente ed esclusivamente responsabile del funzionamento della rete. Il gestore indipendente dev'essere designato dallo stato membro su proposta del proprietario del sistema di trasporto e la designazione dev'essere approvata dalla Commissione. La Direttiva impone agli Stati che la adottano alcuni obblighi specifici: le stesse persone non possono essere autorizzate ad esercitare, direttamente o indirettamente, forme di controllo su una impresa

produttrice o fornitrice, sul gestore o sul sistema di trasporto; a nominare o ad essere membri del consiglio di vigilanza, del consiglio d'amministrazione o degli organi che rappresentano il gestore all'interno di imprese produttrici o fornitrici. Al Gestore è inoltre richiesto il possesso di adeguate risorse per lo sviluppo delle infrastrutture di stoccaggio.

Anche qui come nel caso dell'ITO è richiesto un importante ruolo dell'Autorità di settore. L'ISO infatti deve rispettare il piano d'investimento decennale proposto dall'autorità di regolazione nazionale e va sottoposto a una stretta regolazione.

Il regolamento (CE) n. 713/2009 istituisce l'Agazia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER). A tale Agenzia l'articolo 7 della Direttiva 2009/73/CE ha riconosciuto il compito di assicurare un adeguato grado di armonizzazione della regolazione a livello europeo attraverso la cooperazione con le autorità nazionali di regolamentazione e con i gestori dei sistemi

di trasporto. Si tratta di un soggetto che non si sostituisce ai regolatori nazionali ma si pone come garante della loro cooperazione e dell'integrazione tra i diversi quadri regolamentari. Una delle funzioni riconosciute all'Agenzia è quella della vigilanza sulla cooperazione tra i gestori in funzione della quale verifica statuti e regolamenti della Rete europea dei TSO, esaminandone i programmi d'investimento e contribuendo alla preparazione dei codici d'interconnessione.

L'operatività dell'Agenzia è supportata dalla Direttiva in esame la quale impone agli stati membri una maggiore indipendenza delle Autorità nazionali. La disciplina, contenuta nel capo VIII della direttiva, obbliga gli ordinamenti nazionali ad adottare i provvedimenti necessari per garantire l'indipendenza delle Autorità non solo da soggetti privati ma anche da soggetti pubblici²⁴. I soggetti garanti dovranno inoltre essere dotati di poteri sanzionatori, investigativi e decisorii. Da un lato la misura facilita la collaborazione con l'Agenzia europea di

²⁴ Articolo 41.4 Direttiva 2009/73/CE.

coordinamento sottraendo ai governi nazionali poteri di controllo del mercato; dall'altro lato il rafforzamento delle Autorità nazionali è un ulteriore passo avanti per l'affermarsi della libera concorrenza.

Infine, un breve accenno alla Rete europea dei TSO. Ai fini di limitare il rischio di congestioni nel trasporto transfrontaliero, è fondamentale avere un coordinamento degli investimenti in infrastrutture, un'adeguata circolazione delle informazioni e la compatibilità tra le regole di accesso²⁵. Per questa ragione è stata istituita la ENTSO-G, ossia la *European Network of TSOs-Gas*. La cooperazione tra TSO svolge la duplice funzione di promuovere una maggiore interconnessione sulla rete e di aumentare il potere di negoziazione degli operatori nei confronti dei produttori extra-UE, aiutando quindi anche nella soluzione del problema degli approvvigionamenti.

²⁵ S. COSTA, *Il mercato europeo del gas naturale: il Terzo pacchetto alla prova della mischia*, in *Economia dei Servizi*, cit., p. 140.

5. Il d. lgs 93/2011: la scelta per l'Independent System Operator

Il decreto legislativo 93 del 2011 recepisce le Direttive 72 e 73, il cosiddetto "terzo pacchetto energia". La normativa di recepimento è preceduta da una segnalazione al Governo e al Parlamento da parte dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas. L'organismo indipendente spiega come le Direttive prevedano nei casi di ISO e di ITO un complesso quadro di disposizioni finalizzate a garantire la gestione indipendente delle attività relative alle reti di trasporto. Allo stesso tempo l'Autorità nazionale di controllo pone in evidenza come quei modelli di *unbundling* le affidino un ruolo centrale e gravoso come promotore della concorrenza. *Ex ante* vigila a che le scelte sulla struttura organizzativa-gestionale e gli statuti societari assicurino l'indipendenza effettiva del Gestore del sistema di trasporto in assetto ISO o ITO; *ex post* vigila sull'operato del Gestore valutando inoltre l'indipendenza e la professionalità del personale con

incarichi di responsabilità²⁶. Secondo l'articolo 22, l'Autorità di regolamentazione ha il fondamentale compito di approvare, previa consultazione di tutti i pertinenti soggetti interessati, un piano decennale di sviluppo della rete basato sulla domanda e sull'offerta esistenti e previste. Il piano decennale dev'essere elaborato dal Gestore tenendo conto delle esigenze di sicurezza del sistema ma anche dei progetti di investimento nelle varie strutture della filiera.

Dalla segnalazione dell'Autorità emerge come questa sia contraria al recepimento dei modelli dell'ISO e dell'ITO. Di diverso avviso è il legislatore che, con il decreto legislativo 93 del 2011, stabilisce l'obbligo per il modello dell'ITO. Delle tre possibilità che la Direttiva lasciava agli Stati, l'ordinamento italiano ha scelto la separazione più debole pur prevedendo all'articolo 19 la possibilità della separazione proprietaria ma solo a discrezione delle imprese.

26 F. TESTA-C. STAGNARO, *Reti di trasporto nazionale e concorrenza nei mercati del gas: il caso Eni-Snam Rete Gas*, in *Sinergie* n. 86, 2011, p. 189.

L'articolo 10 del decreto legislativo 93 prevede l'applicazione dell'ITO entro il 3 marzo 2012. Bisogna però distinguere due casi. Il sistema dell'ITO è infatti obbligatorio per l'impresa maggiore²⁷ di trasporto, proprietaria della rete di trasporto nazionale e regionale del gas naturale: questa impresa si conforma alla disciplina del "gestore di trasporto indipendente" di cui al capo IV della Direttiva 2009/73/CE.

Disciplina differente è prevista per le imprese proprietarie di reti di trasporto esistenti alla data del 3 settembre 2009. A questi soggetti è riconosciuta la possibilità di scegliere in alternativa il modello dell'ITO o dell'ISO, cioè il modello di sistema indipendente a norma dell'articolo 14 della Direttiva 73. L'articolo 10 non esclude, come sarebbe auspicabile, la possibilità che questo tipo di imprese indichino come gestore di sistema indipendente l'impresa maggiore di trasporto ma ne

²⁷ L'articolo 6.1 lettera kk-quinquies del d.lgs. 73/2011 definisce l'impresa maggiore di trasporto come quell'impresa che avendo la disponibilità della rete nazionale di gasdotti svolge l'attività di trasporto sulla maggior parte della medesima.

sottopone l'operato al rispetto delle condizioni stabilite dall'Autorità per l'energia.

Sul recepimento della disciplina europea merita di essere approfondito un punto.

Il decreto legge 239 del 2003, più noto come Decreto Marzano, prevedeva all'articolo 1.4 la separazione proprietaria, a decorrere dal 1° luglio 2007, per le società operative nel settore della produzione, importazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica e del gas naturale che detenessero, quote superiori al 20 per cento del capitale delle società che sono proprietarie e che gestiscono reti nazionali di trasporto di energia elettrica e di gas naturale. Già nel 2003 il legislatore, con termine il 2007, aveva dunque previsto l'adozione dell'*unblinding* proprietario. Nonostante ciò, la direttiva 2009/73/CE viene a essere attuata con un modello che prevede meno garanzie per il mercato, quale è quello dell'ITO. Proprio in tale meccanismo di recepimento sta l'eventuale problema²⁸: l'ordinamento comunitario ammette la scelta

28 F. TESTA -C. STAGNARO, *Reti di trasporto nazionale e concorrenza nei mercati del gas: il caso*

tra le tre opzioni solo qualora il grado di separazione al momento della sua entrata in vigore sia più debole. In caso contrario restano accessibili solo le opzioni restrittive. Ne deriva che la disciplina nazionale avrebbe potuto soltanto continuare sulla strada della separazione proprietaria, rappresentando l'ITO un passo indietro.

In tale contesto la scelta per l'ITO, anche alla luce del percorso delle liberalizzazioni del settore in Italia, avrebbe potuto rappresentare un importante rallentamento alla concorrenza nel mercato oltretutto rappresentare una possibilità di intervento della Commissione Europea.

Un apprezzabile passo indietro lo si ha nel 2012, con il decreto legge numero 1 meglio noto come "Decreto Liberalizzazioni", potendo considerare superata la questione relativa all'opportunità e legittimità dell'ITO. Il modello dell'ITO viene abbandonato in favore del più garantistico modello di *unblinding* proprietario. L'articolo 15 del decreto Liberalizzazioni, fa espresso riferimento

Eni-Snam Rete Gas, cit., p. 190.

all'articolo 19 del decreto legislativo 93 del 2011 il quale disciplina la separazione proprietaria per le imprese che liberamente decidano di optare per questo modello. Il meccanismo previsto dall'articolo 19 si basa su una serie di incompatibilità e divieti in riferimento ai rapporti fra impresa proprietaria del sistema di trasporto e il produttore/fornitore di gas²⁹.

La scelta per la separazione proprietaria demanda alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, l'emanazione di un decreto volto a disciplinare i criteri le condizioni e le modalità, cui si sarebbero dovute conformare ENI e SNAM³⁰ per adottare validamente tale modello di separazione. Il decreto, emanato il 25 maggio 2012, dispone la separazione proprietaria fra Eni e Snam mediante la cessione a favore della Cassa depositi e prestiti Spa di una partecipazione sociale pari quanto meno al 25,1 per cento delle azione di SNAM.

Attualmente Cassa depositi e prestiti detiene il 30,1 per

²⁹ U. TOMBARI, *La separazione proprietaria e il nuovo ruolo dell'operatore di rete nel mercato nazionale del gas*, op. cit., p. 122.

³⁰ ENI: impresa produttrice/importatrice; SNAM: impresa che gestisce la rete di trasporto di gas.

cento del capitale azionario di SNAM mentre ENI, che all'epoca dell'inizio del processo di separazione deteneva il 52,53 per cento, ne detiene solamente il 4,9 per cento³¹. Va segnalato che sebbene ENI non detenga più una partecipazione di controllo in SNAM, essa è controllata al 25,76 per cento da Cassa depositi e prestiti.

6. Analisi del modello dell'*unblinding*

Dall'analisi delle direttive europee e della disciplina nazionale di recepimento emerge l'importanza dell'*unblinding* quale strumento fondamentale per garantire la concorrenza nel mercato. In un settore, come quello energetico, che funziona attraverso lo sfruttamento di reti, l'accesso alle stesse è vitale per i nuovi operatori. Non si tratta solamente di permetterne l'accesso ma anche, e soprattutto, un utilizzo efficiente.

In questo paragrafo si esaminerà l'istituto della separazione delle reti al fine di spiegare i vantaggi nonché l'utilità nel processo di liberalizzazioni.

³¹ Fonte: il Sole 24 ore.

Innanzitutto che cosa si intende per *unblinding*. Si tratta di un "principio della disciplina della concorrenza in forza del quale si incide sulla struttura unitaria delle imprese verticalmente integrate, che esercitano contestualmente attività in condizioni di monopolio e di concorrenza, di modo da separare le une dalle altre, assoggettando così le attività non monopolistiche alle regole del mercato ovvero realizzando *ex novo* condizioni di concorrenza nell'esercizio di determinate attività di servizio pubblico"³².

Lo scopo dell'*unblinding* nel settore del gas è quello di impedire che il produttore di gas operante su più fasi della filiera possa sfruttare le utilità che produce l'attività in monopolio, per superare la concorrenza nell'esercizio delle altre attività della filiera o, nel peggiore dei casi, possa impedire l'accesso alla rete e chiudere quindi i mercati in cui opera. Vuole risolvere il problema del conflitto di interessi.

La centralità del settore energetico spiega la

³² P. PEZZATI, in *Reti, gestione e concorrenza nei pubblici servizi. La filiera del gas*, Italia, 2011, p. 25.

diffidenza di alcuni stati europei per la scelta dell'*ownership unblinding* (separazione proprietaria). Francia e Germania, come ricordato in precedenza, in sede di costruzione del "Terzo pacchetto energia" si opposero fermamente all'obbligatorietà di questo modello: la questione è la difesa di interessi nazionali primari quale è quello dell'approvvigionamento energetico.

Individuato il principio di separazione come strumento per accrescere la concorrenza del mercato si tratta di scegliere quale forma adottare.

La prima forma di separazione prevista dal processo di liberalizzazione è quella contabile. Questa consiste nella contabilizzazione delle attività d'impresa secondo l'imputazione di costi e ricavi alle diverse attività che li hanno generati come se si trattasse di attività gestite da aziende separate. Costituisce la premessa alla separazione societaria.

La separazione societaria impone la costituzione di

tante società quante sono le attività esercitate dall'impresa originaria. Se l'impresa è operativa sulla fase di produzione, trasporto e distribuzione, le ultime due fasi dovranno essere svolte da due nuove società, restando la fase primaria della produzione in capo all'impresa originaria. La separazione societaria è affiancata dalla separazione gestionale o funzionale realizzabile attraverso i due modelli dell'ISO e dell'ITO. Si ricorda brevemente che nell'ISO le imprese verticalmente integrate mantengono la proprietà delle reti e ne affidano la gestione ad un soggetto terzo, il cd. gestore indipendente mentre nell'ITO le imprese verticalmente integrate mantengono il controllo delle società che gestiscono l'attività di trasporto e che detengono la proprietà delle reti, purché garantiscano l'indipendenza decisionale e funzionale del gestore del trasporto.

Nel nostro ordinamento la disciplina della separazione funzionale per ciò che concerne il settore del gas³³ è stata

³³ Le prime regole di *unbundling* dell'Autorità sono contenute nella delibera 11 maggio 1996 attuative del decreto Bersani in materia di energia elettrica.

elaborata dall'Autorità per l'energia per la prima volta nel 2007 con la delibera numero 11, sostituita dal nuovo Testo integrato di *unbundling* funzionale, approvato con la deliberazione 296/2015/R/com. In forza dell'articolo 7 del nuovo Testo integrato, l'impresa verticalmente integrata conferisce autonomia decisionale ed organizzativa alle attività previste dall'articolo 4.1³⁴ separandole amministrativamente da tutte le altre attività. A tal fine viene istituito il Gestore indipendente cui attraverso un complesso apparato di norme sul conflitto di interessi è affidato il compito di gestire in piena autonomia l'attività scorporata dall'impresa verticalmente integrata.

Resta da esaminare la forma della separazione proprietaria. Essa consiste nel divieto di esercizio da parte dello stesso soggetto di due o più attività appartenenti alla medesima filiera produttiva. Come insegna l'esperienza, la separazione contabile e gestionale

34 “Gli obblighi di separazione funzionale di cui al presente Testo integrato si applicano all’impresa verticalmente integrata di diritto italiano o estero che opera, sul territorio italiano, in una o più tra le seguenti attività: a) distribuzione dell’energia elettrica; b) stoccaggio del gas naturale; c) rigassificazione del gas naturale liquefatto; d) trasporto regionale del gas naturale; e) distribuzione del gas naturale.”

appaiono poco incisive nel garantire l'indipendenza della rete. Per questa ragione la Commissione Europea si è più volte espressa a sostegno dell'*unblinding* proprietario ³⁵. Se da un lato garantisce l'indipendenza degli operatori delle varie fasi di produzione, in senso lato, dall'altro la separazione proprietaria risulta essere il modello di *unblinding* più complesso e costoso, per lo meno nel breve periodo.

L'industria del gas prima degli interventi del potere pubblico ha sempre teso all'integrazione verticale. Controllando l'intera filiera, l'impresa si trova in una posizione di più facile accesso alle informazioni; supporta costi di transazione minori. In un mercato "vergine"³⁶ potremmo quindi accontentarci di un unico soggetto. Ma la situazione attuale è ben diversa.

Verosimilmente, il peggior difetto della separazione proprietaria, che rende impossibile un accordo a livello europeo, è quello di aumentare la probabilità delle

35 P. PEZZATI, op. cit., p. 17.

36 F. TESTA-C. STAGNARO, *Reti di trasporto nazionale e concorrenza nei mercati del gas: il caso Eni-Snam Rete Gascit.*, p. 191.

acquisizioni dall'estero portando *asset* strategici in mani straniere laddove la disciplina nazionale non preveda misure difensive degli interessi nazionali.

Tra i difetti "minori" può esservi quello di creare problemi di informazione tra i venditori e i gestori delle reti in assenza di sistemi informativi più sofisticati; problema che può essere facilmente risolto attraverso l'intervento pubblico nella fase di transizione.

CAPITOLO II
LA NATURA DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE
DEL GAS

1. Il concetto di servizio pubblico locale

1.1 Il servizio pubblico. Accenni

Prima di poter offrire una definizione di servizio pubblico locale, si rende necessario soffermarsi sul concetto di servizio pubblico tenendo in debito conto le influenze del diritto comunitario sul tema.

Non è facile spiegare che cosa si intenda per servizio pubblico. È influenzato dalle discipline economiche e occupa una zona grigia tra diritto privato e diritto pubblico². Il diritto positivo non offre una definizione di servizio pubblico.

Quando lo Stato inizia a intervenire nell'economia svolgendo attività che fino ad allora erano state svolte da privati, inizia a porsi il problema di che cosa si intenda per servizio pubblico.

In dottrina si hanno avuto due concezioni

² F. CINTIOLI, in *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, p. 149.

contrapposte: da un lato la concezione soggettiva, dall'altro la concezione oggettiva³.

Secondo la concezione soggettiva, sono servizi pubblici tanto quelli esercitati da enti pubblici, quanto quelli esercitati da privati, per autorizzazione degli enti pubblici⁴: il servizio è pubblico perché è imputabile, direttamente o indirettamente, allo Stato. Tale concezione nasce sullo stimolo della municipalizzazione dei servizi a seguito della legge 29 marzo 1903 n. 103. Originariamente lo Stato sociale ha assunto la fisionomia di Stato dei servizi. Lo Stato, non solo garantisce la pace sociale e le libertà civili, ma anche la funzione sociale: esercita prestazioni dirette a consentire a ciascuno di raggiungere i fini della sua esistenza⁵. La concezione in esame iniziò a vacillare di fronte ai cosiddetti servizi pubblici impropri. Si tratta di attività regolate da una

3 E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Digesto Pubblico*, 2012, p. 5.

4 A. DE VALLES, *Servizi Pubblici* in *Trattato di diritto amministrativo italiano*, a cura di Orlando, VI, Milano, 1923.

5 P. PEZZATI, in *Reti, gestione e concorrenza nei pubblici servizi. La filiera del gas*, Italia, 2011, pp. 155 ss.

disciplina pubblicistica prive di un riconoscimento da parte della Pubblica amministrazione, e oggettivamente analoghe all'attività del servizio pubblico soggettivamente inteso, ma soggettivamente differenti perché esercitate da privati.

La teoria oggettiva nasce proprio tenendo conto di ciò. Ne deriva che il servizio è da considerarsi pubblico quando consiste in una attività intrinsecamente doverosa⁶.

Nemmeno la concezione oggettiva era però esente da critiche. Se la soggettiva non riusciva a distinguere il pubblico servizio dalle attività imprenditoriali pubbliche, l'oggettiva non permetteva di distinguere il pubblico servizio dalle attività imprenditoriali private.

La soluzione è stata quindi prospettata da parte della dottrina in una "posizione intermedia". Il servizio viene a essere rappresentato quale necessaria intersezione di una oggettiva doverosità e di un necessario risvolto soggettivo

⁶ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 5.

pubblico⁷. Si sottolinea l'importanza di attribuire il giusto peso sia alla gestione che alla titolarità del servizio. La gestione può essere privata mentre la titolarità necessariamente pubblica. I due profili, soggettivo e oggettivo, coesistono nel senso che tra tutti i pubblici servizi astrattamente esistenti, rilevano solo quelli che sono riconosciuti come tali dai pubblici poteri. Il titolare del servizio, anche laddove ne sia il gestore, è innanzitutto colui che istituisce il servizio e ne definisce le modalità di svolgimento.

In generale si può affermare che il servizio pubblico nasca per supplire alle mancanze del mercato. Laddove gli imprenditori non reputino conveniente fornire beni o servizi interviene lo Stato affinché tutti i membri della comunità possano avere la possibilità di fruirne. In questo senso il servizio pubblico è espressione tipica dello Stato sociale e in particolare del principio di uguaglianza sostanziale.

La giurisprudenza amministrativa individua il servizio

⁷ Ibidem, p. 5.

pubblico in ragione di tre elementi: il beneficiario del servizio, la sussistenza o meno di un interesse generale e la remunerazione.

L'attività gestita dal privato dev'essere rivolta ad una utenza indiscriminata. Lo scopo è quello di soddisfare esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica. Questo spiega perché la remunerazione presenti la forma della tariffa e non si ponga dunque come corrispettivo del rapporto contrattuale tra gestore e titolare del servizio.

L'interesse generale, viene a essere individuato in relazione all'idoneità dell'attività svolta a soddisfare i bisogni della collettività in modo da poter definire il servizio come "pubblico".

1.2 A Livello europeo

Lo sviluppo del concetto di servizio pubblico ha risentito nell'ultimo ventennio dell'influenza del diritto comunitario.

È a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta che il legislatore europeo inizia a interessarsene. La disciplina della concorrenza, pilastro dell'integrazione europea, inizia ora a scontrarsi con i servizi pubblici. I processi di privatizzazione e liberalizzazione aprono il mercato ai privati e il pubblico interviene solo nei casi di inidoneità del mercato a soddisfare certi interessi.

Inizialmente si interviene per limitare o escludere del tutto i diritti speciali ed esclusivi in settori chiave del mercato quali quello dell'energia, delle poste, dei trasporti e delle telecomunicazioni. Successivamente, si interviene con un'azione ad ampio raggio volta a realizzare un diritto comune europeo dei "servizi di interesse economico generale"⁸. È questo il corrispondente nel diritto europeo del nostro concetto di servizio pubblico. Il servizio di interesse economico generale è una creazione delle istituzioni comunitarie finalizzata a superare, con la creazione di una nuova figura, i diversi concetti di servizio pubblico dei vari Paesi membri.

⁸ P. PEZZATI, op. cit, p. 159.

Un passo fondamentale nella limitazione del servizio pubblico lo sia ha con il Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato CE, introducendo l'articolo 16⁹. Questa disposizione prevede che ai servizi di interesse economico generale si applichino le norme sulla concorrenza¹⁰. Dall'applicazione delle norme sulla concorrenza ne deriva l'esigenza di adottare nuove forme di gestione dei servizi oltre a quella di razionalizzare l'erogazione delle prestazioni, riducendone gli sprechi.

Il concetto di servizio di interesse economico generale, discende dal servizio di interesse generale. I servizi di interesse generale si distinguono infatti in servizi di interesse economico generale e in servizi privi di rilevanza economica¹¹. Questi ultimi sono estranei al processo di privatizzazione e liberalizzazione.

Le istituzioni europee si sono concentrate quasi esclusivamente sui servizi di interesse generale a contenuto economico. Per la loro definizione torna utile la

9 Attuale articolo 14 TFUE.

10 Articoli 73, 86, 87 TCE.

11 E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 7.

giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo la quale dev'essere considerata attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato da parte di un'impresa, a prescindere dallo status giuridico di detta entità, dallo scopo lucrativo e dalle modalità di finanziamento¹².

Si noti come la Corte ragioni utilizzando criteri di natura sostanziale che prescindono dalla qualificazione formale dell'atto o dell'ente e guardano alla sostanza del fenomeno. Per la Corte anche la nozione d'impresa prescinde dalla qualificazione giuridica della stessa. L'attività di impresa è determinata dalla fungibilità delle prestazioni sul piano economico¹³. L'impresa che rileva per l'attività di servizio di interesse generale è soltanto quella cui sia stato affidato l'incarico tramite un atto del potere pubblico. Aspetto tanto importante in relazione alla compensazione degli oneri di servizio pubblico di cui diremo più avanti.

¹² Corte Giust. CE, cause C-180/98 e C-184/98.

¹³ F. CINTIOLI, op. cit. p. 156.

La distinzione tra servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica pone il problema dei criteri da utilizzare. La Commissione ha affermato come i servizi sociali non siano da considerarsi automaticamente servizi privi di rilevanza economica. Le due categorie presentano quindi dei confini mobili rispetto ai quali l'interprete deve chiedersi se utilizzare un criterio oggettivo o un criterio soggettivo. Se si adotta un criterio oggettivo si fa riferimento alle astratte potenzialità economiche di un dato settore; se si adotta un criterio soggettivo si fa riferimento all'assetto dato nei singoli casi concreti. Il criterio oggettivo eliminerebbe la categoria del servizio privo di rilevanza economica potendo ritenere ogni attività "potenzialmente" un mercato. La giurisprudenza della Corte di Giustizia non è coerente sul punto: talvolta ha deciso seguendo il criterio oggettivo, talaltra seguendo il criterio soggettivo. Più chiara è invece la nostra giurisprudenza amministrativa la quale procede adottando il criterio soggettivo: si ha servizio privo di

interesse economico solo se, in considerazione delle sue concrete modalità di svolgimento, il servizio non consente margini di lucratività ma solo la copertura dei costi¹⁴.

I servizi di interesse generale a contenuto economico, come già detto, sottostanno alla disciplina della concorrenza. Una deroga alla disciplina *antitrust* è ammessa dall'articolo 106.2 TFUE laddove i vincoli imposti per salvaguardare la concorrenza ostacolano "la specifica missione" del servizio. Sulla base di questa deroga si chiarisce come tra servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica non sussistano differenze ontologiche: in entrambi i casi il servizio è volto a soddisfare esigenze sociali meritevoli di tutela. La maggior tutela per i servizi privi di rilevanza economica è giustificata da scelte politiche volte a dare prevalenza alle istanze sociali rispetto a quelle economiche¹⁵.

Il contenuto del concetto di servizio di interesse generale è dato da quello di servizio universale e di

14 E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 8.

15 *Ibidem*, cit.

obblighi di servizio pubblico.

Gli obblighi di servizio pubblico hanno ad oggetto prestazioni che l'impresa non svolgerebbe sulla base di un calcolo economico e che tuttavia si rendono necessari per l'adempimento della "missione" e per il soddisfacimento di interessi della collettività¹⁶. Trattandosi dunque di attività che l'impresa non svolgerebbe mai nel libero mercato trovano giustificazione le compensazioni per gli oneri di servizio pubblico. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, della prassi della Commissione e della legislazione europea, è andata verso una specificazione delle compensazioni al fine di distinguerle dagli aiuti di stato. Nella sentenza *Ferring* la Corte afferma che la distinzione tra compensazione e aiuto di stato risiede nel vantaggio economico. Tratto caratteristico dell'aiuto di stato è il vantaggio economico. La compensazione non garantisce alcun vantaggio economico ma solo riconosce all'impresa una remunerazione adeguata per i servizi prestati e comunque limitata ai costi sostenuti

¹⁶ F. CINTIOLI, op. cit, p.157.

dall'impresa. Si ha l'applicazione del criterio della contropartita. Se la compensazione eccede questi limiti, è da considerarsi aiuto di stato con la conseguenza che si applicherà la disciplina in materia¹⁷.

Il servizio universale rappresenta invece l'elemento più vicino al tradizionale concetto di servizio pubblico. Esso risponde ad un'esigenza minima ed insopprimibile di garanzia del singolo e di salvaguardia del gruppo sociale nel suo insieme¹⁸. Tutta la collettività può usufruire di un servizio base che risponde ad una missione sociale e solidaristica individuata come tale dalle istituzioni competenti mediante uno specifico atto di incarico che ne specifica l'attività. Anche in sede europea notiamo un approccio insieme oggettivo e soggettivo: l'attività è d'interesse pubblico perché le istituzioni la individuano come tale. La differenza con il "servizio pubblico tradizionale" sta nell'apertura alla concorrenza¹⁹. La

17 Sul punto si veda la sentenza "Altmark" del 24/07/2003; il regolamento 360/2012; la decisione n.21/2012 della Commissione.

18 F. CINTIOLI op. cit., p. 157.

19 E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit. p. 6.

concezione europea nasce nel libero mercato e con il libero mercato deve fare i conti. Risulta quindi essere più ristretta rispetto a quella tradizionale. Il servizio di interesse generale non riguarda interi settori ma solo gli ambiti toccati dalla necessità di prevedere obblighi di servizio pubblico o universale per la soddisfazione dei bisogni d'interesse generale dei cittadini. Ma la chiusura del servizio universale trova un'apertura nella sue stesse finalità: promozione della coesione sociale e territoriale. Sulla diversità dell'esigenza da soddisfare si potranno avere diversi livelli di regolazione tutti diretti a salvaguardare esigenze generali tenendo quale fattore di discriminazione, la possibilità di individuare prestazioni garantite al cittadino secondo principi di continuità, uguaglianza e universalità.

1.3 I servizi pubblici locali

La norma di partenza è l'articolo 112.1 del Testo unico degli enti locali. Esso stabilisce che "gli enti locali,

nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". Dalla lettura della norma si evince come non vengano individuati a priori i servizi pubblici di competenza degli enti locali. Il perché di una tale genericità è spiegato con la circostanza che gli enti locali sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria²⁰. Ancor prima della legge ordinaria, l'autonomia ordinamentale e organizzativa trova un fondamento nell'articolo 114.2 della Costituzione. L'ente locale decide autonomamente, nei limiti del diritto comunitario e del diritto nazionale, quali servizi erogare in favore dei membri della comunità. Servizi che per essere pubblici dovranno soddisfare esigenze essenziali o diffuse di una determinata collettività locale.

Nel riparto delle competenze con lo Stato e le

²⁰ Art. 3.4 TUEL.

Regioni, i Comuni esercitano le loro funzioni amministrative "salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza". Questo è quanto stabilisce l'articolo 118.1 Costituzione.

La questione del riparto delle competenze tra Comuni e altri soggetti istituzionali sarà meglio approfondita nel paragrafo dedicato. Preme ora individuare la disciplina dei servizi pubblici locali.

Fino ad ora possiamo individuare tre fasi nell'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali²¹.

Lo Stato detta una disciplina *ad hoc* per la prima volta nel 1903 con la legge 103, la cosiddetta legge Giolitti. La legge venne anche definita di "municipalizzazione" perché riconduceva al pubblico la gestione di servizi che fino ad allora erano in concessione a privati. Gli enti locali diventano operatori di mercato nel ruolo di gestori o nel ruolo di controllori. Lo scopo del

²¹ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 11.

Comune nel mercato è quello di soddisfare i bisogni essenziali della collettività al di fuori della logica del profitto caratteristica del mercato. Un tale interventismo necessita di essere inquadrato nel contesto storico nel quale si sviluppa. Siamo nei primi anni del '900. L'Italia ha avviato il processo di industrializzazione e il soggetto che meglio di altri è in grado di supportare la modernizzazione del Paese, è lo Stato. L'esigenza di industrializzazione e quella di garantire i servizi essenziali anche ai non abbienti sono gli scopi della riforma del 1903²².

I servizi pubblici locali sono istituiti dal Consiglio comunale tra quelli indicati all'articolo 1 della Legge e vengono a essere gestiti attraverso una nuova forma giuridica di gestione diretta, cioè l'azienda speciale²³. Questo modello di intervento del pubblico nell'economia è stato meglio disciplinato dal testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle

22 L'elenco in questione non è stato tuttavia mai interpretato in modo tassativo.

23 E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 11.

province, il regio decreto 2578 del 1925. Il testo unico riunisce e coordina le norme già introdotte in materia nel 1903²⁴. Esso prevede due modalità alternative di gestione dei servizi pubblici locali. La prima, prevista dall'articolo 1, consiste nell'assunzione diretta in capo agli enti locali dei servizi pubblici destinati alle comunità locali. La seconda, prevista dall'articolo 24, si pone come alternativa all'assunzione diretta e consiste nella concessione all'industria privata.

La gestione diretta poteva svolgersi "in economia" o con la costituzione di "aziende speciali". La gestione in economia si poneva come eventuale rispetto a quella mediante azienda speciale. L'articolo 15 disciplinava infatti i casi in cui l'ente locale poteva gestire il servizio in economia: ciò era previsto per alcuni dei servizi espressamente contemplati all'art. 1 ovvero per altri di tenue importanza in rapporto a quella del comune. La gestione in economia era inoltre preferibile rispetto alla

²⁴ S. FERLA, in *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale*, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 35.

costituzione di un'azienda speciale per quei servizi che non avevano carattere prevalentemente industriale.

L'azienda speciale era dunque il modello generale di gestione dei pubblici servizi. Essa si pone come azienda-organo dell'ente locale: è l'azienda dell'ente locale. Ha la capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del suo fine e di stare in giudizio per le azioni che ne conseguono. L'articolo 2 dispone che essa è soggetta alla vigilanza del consiglio comunale, che può sempre esaminarne l'andamento.

L'ente locale dunque esercita sull'azienda speciale un controllo totale. Non soltanto la istituisce ma ne controlla l'attività. Il consiglio d'amministrazione è infatti nominato dal Consiglio comunale. I bilanci e le deliberazioni relative alle spese sono soggette al controllo del Consiglio comunale e del comitato regionale di controllo che poteva inoltre annullare le deliberazioni illegittime.

Il testo unico del 1925 ha rappresentato la principale fonte in materia sino all'approvazione del d.p.r. 902 del

1986 e della legge 142 del 1990 che ha riscritto il regime dei servizi pubblici locali.

Il d.p.r. 902 ha meglio specificato le modalità d'assunzione diretta del servizio da parte dell'ente locale andando a specificare l'alternativa tra la gestione in economia e quella mediante azienda speciale, la cui organizzazione è stata puntualmente disciplinata.

Quattro anni più tardi si arriva alla legge 142 del 1990 rubricata come "Ordinamento delle autonomie locali". Per quel che qui ci riguarda, la norma più interessante è l'articolo 22. Esso stabilisce nuove modalità di gestione di fianco alle due "tradizionali". Si prevede che gli enti locali possano gestire i servizi pubblici in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed

imprenditoriale; a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.

L'azienda speciale viene confermata come centrale. Prova ne sia il fatto che le è attribuita personalità giuridica e che viene trasformata in ente strumentale dell'ente locale.

Tuttavia, già negli anni precedenti, era andata crescendo di importanza la società per azioni. Gli enti locali hanno preferito cioè gli strumenti del diritto privato a quelli del diritto pubblico. Le ragioni di una tale scelta si rintracciano nella maggiore agilità della forma societaria ma soprattutto nelle possibilità di cooperazione col privato offerte dalla s.p.a. È per questi motivi che si diffusero le società miste a partecipazione pubblica maggioritaria e poi anche minoritaria, senza intaccare il nucleo dei servizi

pubblici locali e il suo legame con l'ente locale²⁵.

Il problema delle partecipate era la scelta del socio. Si trattava da un lato di individuare concretamente il socio per la costituzione della s.p.a. dall'altro ci si chiedeva se occorresse una seconda gara per l'affidamento in concreto del servizio²⁶.

Per ciò che concerne la scelta del socio ai fini della costituzione della s.p.a, l'articolo 22 della 142, non disponeva niente in merito al sistema di selezione del socio in minoranza. Fu quindi approvata una legge ²⁷ che delegava il governo ad adottare un decreto legislativo che disciplinasse non solo il capitale minimo detenibile dall'ente locale²⁸ ma anche i criteri di scelta dei possibili soci mediante procedimento di confronto concorrenziale, in coerenza ai principi della normativa comunitaria con particolare riguardo alle capacità tecniche e finanziarie dei

²⁵ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 12.

²⁶ G. PELLIGIANO, *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Vallo della Lucania, giugno 2009.

²⁷ Articolo 12 legge 498/1992.

²⁸ La legge delega permetteva anche la partecipazione minoritaria dell'ente locale.

soggetti stessi.

La questione dell'eventuale gara per l'affidamento del servizio una volta scelto sempre mediante gara il socio, risulta essere più spinosa. Fino al 2001 la normativa prevedeva che la s.p.a potesse ottenere la gestione del servizio pubblico prescindendo dalla procedura di gara. Secondo la giurisprudenza non si rendeva necessaria una seconda gara perché sarebbe stata contraria con il principio di ragionevolezza e di economicità l'istituzione di una società per azioni da parte dell'ente locale, senza alcuna certezza sul fatto che la medesima società avrebbe effettivamente gestito il servizio pubblico. Il fondamento normativo di questo orientamento era l'articolo 113. Esso veniva interpretato nel senso che poneva come alternative tra loro le due forme di gestione della concessione e della s.p.a a partecipazione pubblica. Entrambe prevedevano la procedura concorsuale: la prima per la scelta dell'impresa erogatrice, la seconda per la scelta del socio. Niente prevedeva la norma su una

seconda gara per l'affidamento del servizio nel caso della gestione per s.p.a a partecipazione pubblica che quindi, veniva a porsi semplicemente come modello alternativo alla concessione in tutto e per tutto²⁹.

Di diverso avviso è stata la Commissione Europea che procedette ad aprire una procedura d'infrazione per incompatibilità dell'articolo 22 nella parte in cui permetteva l'affidamento diretto al socio privato e le direttive CE 92/50 e 93/30³⁰ in relazione al mancato rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità.

Il governo italiano giustificò la normativa italiana sostenendo come le due direttive non trovassero applicazione nel caso della s.p.a. a partecipazione pubblica perché non era lì rinvenibile un vero e proprio rapporto contrattuale tra ente locale e socio minoritario. La procedura ad evidenza pubblica era dunque limitata alla scelta del socio e al caso dell'eventuale subappalto da

29 G. PELLIGIANO, cit.

30 Le direttive disciplinano le procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi pubblici.

parte della s.p.a. a terzi.

Nel 2000 viene approvato il decreto legislativo 267³¹, La nuova legge aprirà la possibilità al pubblico di partecipare all'impresa come socio minoritario. In questo modo l'ente locale potrà partecipare alla gestione con un minor impegno finanziario.

Un cambiamento nell'essenza dei servizi pubblici locali lo si ha con l'introduzione dei principi della concorrenza su spinta del legislatore europeo negli anni Novanta. Si hanno le prime privatizzazioni cui seguirono le prime liberalizzazioni. L'articolo 35.12 della legge 448 del 2001 risulta a tal proposito fondamentale.

Ciò che caratterizza la nuova disciplina è la scomposizione del servizio pubblico locale in diversi segmenti sottoposti a distinti regimi giuridici.

Le reti sono state distinte dai servizi e i servizi sono stati distinti in servizi di carattere industriale e non industriale. La gestione è stata poi distinta dalle funzioni di programmazione, regolazione e controllo.

³¹ Il d. lgs. 267/2000, note come TUEL, ha assorbito la disciplina precedente in materia.

Le scelte sulla proprietà delle reti sono sembrate funzionali alla liberalizzazione del mercato al fine di permettere l'accesso a nuovi soggetti economici in un regime di uguaglianza e imparzialità. L'affermazione pubblica delle reti vede inoltre come protagonisti gli enti locali, i quali sono i soggetti deputati alle modalità di gestione delle reti in questione. Agli enti locali sono rimesse tre scelte alternative: affidamento a soggetti privati scelti in gara; s.p.a a totale o prevalente partecipazione pubblica.

Per quanto riguarda i servizi, la distinzione tra servizi di rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale coincide con quella tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica. La disciplina sulla concorrenza si applicherà pienamente soltanto ai servizi di rilevanza economica³².

La gestione del servizio diviene cosa distinta dalla sua programmazione e della sua regolazione. L'ente locale assume una funzione primaria nel garantire l'erogazione

³² Nei limiti del diritto europeo già richiamato.

dei servizi ai cittadini attraverso il programma di servizio, la scelta delle modalità organizzative, il controllo sull'attività del gestore e l'organizzazione di strumenti di tutela per i cittadini³³.

La concorrenza diviene centrale nella disciplina dettata dall'articolo 35 della legge 448/2001. L'ottavo comma prevede che: "Gli enti locali, entro il 30 giugno 2003, trasformano le aziende speciali e i consorzi di cui all'articolo 31, comma 8, del citato testo unico che gestiscono i servizi di cui al comma 1 del presente articolo, in società di capitali, ai sensi dell'articolo 115 del citato testo unico". L'articolo 35 elimina il modello gestionale che da sempre caratterizzava il nostro sistema di servizi pubblici locali, ovvero l'azienda speciale. Soppressa l'azienda speciale, l'unica strumento è quello dell'affidamento in gara a società di capitali. Nonostante la chiarezza della disposizione, la riforma non ha mai funzionato poiché non sono stati adottati i decreti attuativi.

³³ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 13.

Sulla sua attuazione hanno pesato i diversi ricorsi che le regioni hanno presentato alla Corte costituzionale per lesione della potestà legislativa regionale. La Corte con la sentenza 325/2010 ha ritenuto la questione di legittimità infondata. I servizi pubblici locali non sono stati infatti ritenuti una "materia" ma una qualificazione che di volta in volta è attribuita ad attività di rilevante interesse per la collettività locale. La competenza legislativa, a dire della Corte, dev'essere individuata sulla base del settore cui l'attività definita di servizio pubblico inerisce e quindi alla materia cui il settore appartiene. Dato che il settore dei servizi pubblici rientra nella materia della concorrenza, lo Stato ha competenza esclusiva³⁴.

Anche la Commissione Europea ebbe modo di criticare la riforma ritenendo illegittima l'esclusione del modello di gestione *in house*, cioè della gestione del servizio da parte dell'ente locale. Il legislatore nazionale tornò quindi sulla disciplina per porre dei limiti all'eccessiva privatizzazione dei servizi pubblici locali

³⁴ G. PELLIGIANO, cit.

prevedendo l'*in house providing* ma solo in ipotesi eccezionali, in deroga alle modalità di affidamento ordinario.

Qualche parola sul modello del c.d. *in house*. Si tratta di un istituto di creazione giurisprudenziale che appare per la prima volta nei testi ufficiali dell'UE nel 1998³⁵ e che viene ad essere compiutamente delineato, nei suoi requisiti essenziali nella sentenza *Teckal* del 1999. Solo recentemente, con le direttive in materia di appalti del 2014, il legislatore europeo ha per la prima volta dettato una disciplina espressa in materia.

La Corte di Giustizia, nella costruzione dell'istituto, ha affermato che è possibile escludere lo svolgimento di una procedura competitiva quando l'affidatario non rappresenti un soggetto terzo rispetto all'amministrazione appaltante. Anche laddove sia dotato di personalità giuridica, se è dotato di caratteri tali da consentire un'equiparazione con l'ente pubblico può aver luogo la

³⁵ COM (98) 143 in materia di appalti pubblici nell'UE.

gestione interna del servizio³⁶.

Questo rapporto sussiste quando sono rispettati due requisiti.

Il primo requisito concerne il "controllo analogo". L'ente locale deve esercitare sull'affidatario un controllo analogo a quello cui sono sottoposti i propri organi interni. Questo requisito è integrato quando l'ente locale detiene la totalità della partecipazione e congiuntamente è capace ad influire sulle decisioni strategiche dell'affidatario.

Il secondo requisito è rappresentato dalle altre attività esercitate dall'affidatario. È necessario che questo svolga la parte più importante della propria attività con l'amministrazione affidante. La "diversa" attività dev'essere residuale ed accessoria, in termini quantitativi e qualitativi.

Come anticipato, sulla questione sono intervenute le direttive appalti del 2014, nello specifico la dir.

³⁶ L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, in *Giornale dir. Amm.*, 2015, 6, p. 787.

2014/23/UE. La direttiva sostanzialmente recepisce gli orientamenti giurisprudenziali ribadendo come lo strumento dell'*in house* sia un'eccezione all'ordinaria disciplina che prevede lo svolgimento di una gara pubblica³⁷. Un'innovazione si nota nel rapporto tra affidatario e privati. Infatti se la giurisprudenza richiedeva che l'ente detenesse la totalità del capitale dell'affidatario, il legislatore europeo ha ritenuto di aprire alla partecipazione privata a condizione che il privato non abbia alcun potere di veto o di controllo e che non possono influenzare in modo determinante la persona giuridica controllata. Agli stati membri è richiesto di adottar disposizioni legislative idonee ad garantire questi due requisiti.

Infine la direttiva interviene sul requisito delle "altre attività" stabilendo che l'affidatario debba svolgere per l'ente almeno l'80% della sua attività.

Tornando a trattare delle norme nazionali, tra le norme limitative della gestione diretta da parte degli enti

³⁷ L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, cit., p. 787.

locali vi è poi l'articolo 23-bis del decreto legge 112 del 2008 abrogativo dell'articolo 113 TUEL nelle parti incompatibili. La norma in esame ammetteva il ricorso all'*in house* solo "per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato". Nel sistema dell'articolo 23-bis la gestione *in house* veniva relegata ad una ipotesi di eccezionalità rispetto a situazioni che per l'appunto non permettevano un efficiente ricorso al mercato. Laddove l'ente decidesse di gestire direttamente il servizio, e quindi ritenesse sussistenti i requisiti del 23-bis, l'affidamento doveva essere sottoposto ad una procedura di valutazione obbligatoria, ancorché non vincolante, da parte dell'AGCM. Tutto ciò non faceva che confermare il concetto di stretta residualità in cui l'*in house* era relegato³⁸.

38 G. BASSI e F. MORETTI, *L'assetto dei servizi pubblici locali dopo i referendum abrogativi. Una ricostruzione del quadro ordinamentale*, in *Azienditalia*, 2011, 8.

Sulla legittimità di questa disciplina ebbe modo di pronunciarsi anche la Corte costituzionale³⁹ la quale la ritenne costituzionalmente legittima. A dire della Corte la disciplina europea non costituiva che un minimo inderogabile per gli Stati membri potendo questi ultimi introdurre regole concorrenziali più rigorose.

Nel 2011 si arriva al referendum il cui intento del referendum è quello di "escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'articolo 23-bis, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e in particolare la gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica"⁴⁰. L'esito del referendum ha portato all'abrogazione dell'articolo 23-bis.

Successivi interventi legislativi hanno riproposto la norma abrogata con previsioni ancor più limitative, rafforzate da misure di coazione dirette e indirette, quali poteri sostitutivi e misure premiali e anche dalla

39 Corte Cost., sent. 325/210.

40 Corte Costituzionale n. 24/2011 nel giudizio sull'ammissibilità del referendum.

prospettiva della rottura dei monopoli⁴¹. Tutti questi interventi sono stati dichiarati incostituzionali per contrasto con l'esito referendario con sentenza numero 199 del 2012.

Sono attualmente in fase di approvazione due testi unici che riguardano la materia in esame. Si tratta del "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" e del "Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale". Entrambi i testi legislativi sono rivolti a porre dei limiti all'intervento della Pubblica Amministrazione nell'economia.

Innanzitutto l'articolo 4 del testo unico sulle partecipate prevede che la P.A. possa costituire società solo se la produzione di beni o di servizi si rende "strettamente necessaria". A garanzia del rispetto di tale principio, prevede poi l'articolo 5 che la costituzione della società debba essere analiticamente motivata, nel rispetto inoltre dei limiti imposti dalle norme sulla finanza pubblica. La *ratio* della disposizione in esame può

⁴¹ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 13.

certamente ritrovarsi nell'esigenza di razionalizzazione di del sistema delle partecipate pubbliche.

Anche dall'esame del testo unico sui servizi pubblici emergono dei limiti alla possibilità di gestione di queste attività da parte degli enti locali. Innanzitutto l'articolo 3 ne stabilisce il campo di applicazione. Il testo unico si applicherà a tutti i servizi pubblici locali di interesse economico generale. La nozione di servizio pubblico che aveva fin qui caratterizzato la disciplina nazionale, lascia dunque il posto a una terminologia di evidente derivazione europea. Lo stesso testo unico definisce che cosa si intende per servizio di interesse generale richiamando direttamente il diritto europeo. I limiti all'esercizio di queste attività sono contenuti nell'articolo 5. Perché un ente locale possa erogare, direttamente o indirettamente, servizi pubblici è necessario verificare che il servizio non sia già erogato da altre imprese nel mercato o non possa essere fornito da imprese operanti secondo le normali regole di mercato in modo

soddisfacente e a condizioni coerenti con il pubblico interesse come definito dall'ente locale.

2. Il riparto delle competenze

Come noto, i servizi pubblici locali rientrano nell'ambito dell'autonomia degli enti locali. Ma l'ente locale non è totalmente libero nella loro regolamentazione. Concorrono infatti discipline di origine sovranazionale, statale, regionale e talvolta norme di dettate dall'Autorità di settore.

Come già ricordato in precedenza l'Unione europea ha potuto intervenire sui servizi di interesse generale in forza della competenza in materia di mercato interno. Lo scopo iniziale, era quello di applicare la disciplina della concorrenza anche in questo settore. Con le modifiche al trattato CE del 1997, l'Unione acquista competenza concorrente con gli Stati membri in materia di servizi di interesse generale. A questa tipologia di attività viene riconosciuta una funzione nella promozione della coesione

sociale e territoriale. I rapporti tra UE, Stato, enti locali vengono a essere disciplinati dai criteri di sussidiarietà e di differenziazione. In forza del principio di sussidiarietà l'erogazione di questi servizi è affidata alla competenza dell'ente locale se questo è capace di erogarlo efficientemente, altrimenti la competenza viene assorbita dal soggetto di governo sovraordinato. In forza del principio di differenziazione invece, si riconosce la legittimità di diversi modelli di gestione e erogazione del servizio dato il riconoscimento delle diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse⁴².

Dunque l'Unione è legittimata a intervenire in materia solo se emergono interessi generali europei. Interessi europei si rintracciano per esempio nel settore dell'energia.

A livello nazionale operano gli stessi criteri di

⁴² Protocollo n. 26 Trattati UE.

ripartizione. La norma di riferimento per stabilire quale sia il soggetto competente in materia è l'articolo 117 della Costituzione. La norma in esame distingue le varie materie a seconda che siano di esclusiva competenza dello Stato o che siano di competenza concorrente. Se la materia non rientra né in un elenco né nell'altro è da considerarsi di competenza regionale in forza del criterio residuale che preferisce la Regione allo Stato. L'articolo 117 non nomina i servizi pubblici locali che quindi devono intendersi ricompresi nella competenza legislativa regionale residuale. Tuttavia lo Stato può intervenire sui servizi pubblici locali in forza delle sue competenze esclusive. Esso è infatti competente in via esclusiva nella "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", qualora già a livello statale siano individuate prestazioni essenziali in favore di tutti i cittadini, da erogarsi con tratti di uniformità, se pur a livello locale⁴³.

⁴³ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 9.

Una giustificazione all'intervento statale in materia è rinvenibile anche sulla base dell'articolo 117.1 lettera e), che tra le altre cose, fa riferimento alla concorrenza. È lo Stato che disciplina dunque il rapporto tra servizio pubblico locale e concorrenza. Lo Stato ha il potere di dettare le regole per il "mercato" dei servizi pubblici locali e il potere di intervenire per favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato.

Non va nemmeno dimenticata la competenza esclusiva statale in materia ambientale. Questa, soprattutto per ciò che concerne il servizio idrico o la gestione dei rifiuti, vincola i Comuni nell'erogazione dei servizi pubblici locali.

La competenza esclusiva dello Stato fa dunque da cornice, ponendosi come disciplina di principio, alla disciplina regionale e infine a quella degli enti locali. L'ente locale si muove dentro una disciplina che ha la sua origine o nello Stato o nella Regione. In questo contesto di competenze divise su diversi livelli fino a scendere al

livello comunale, il Comune trova tutela nell'autonomia ordinamentale e organizzativa riconosciuta dal già richiamato articolo 114 Costituzione.

La Costituzione regola anche i rapporti tra ente locale e privati. L'articolo 118 sancisce al quarto comma il principio di sussidiarietà orizzontale. Fino ad ora si è parlato solo del principio di sussidiarietà verticale che cerca di affidare la gestione dei servizi al più basso livello di governo ed è quindi un criterio, per così dire, interno agli organi di governo. Il principio di sussidiarietà orizzontale riguarda invece i rapporti organi di governo-cittadino. Il soggetto pubblico eroga un servizio nel momento in cui il privato cittadino o la comunità tutta, non sono in grado di erogarlo. Il pubblico assume quindi un ruolo di supplenza dell'autonoma iniziativa dei cittadini, ammissibile esclusivamente nelle ipotesi di sua carenza o inadeguatezza⁴⁴. Sul punto il diritto europeo esprime una posizione neutra: vale il principio di indifferenza per gli assetti proprietari.

⁴⁴ Ibidem, p. 10.

Il principio di sussidiarietà può essere interpretato inoltre, non solo come un "criterio di ripartizione" delle competenze Pubblico-Privato, ma anche come uno strumento di democrazia partecipativa. Lo Stato, inteso in senso lato, può anche essere l'unico soggetto in grado di erogare un servizio ma questo non dovrebbe automaticamente escludere il cittadino. Tra l'erogazione del servizio da parte del pubblico e l'erogazione del servizio da parte del privato non è detto che debba esserci un'alternativa. Le due forme di gestione possono convivere attraverso l'inserimento di modelli organizzativi che permettano l'accesso degli utenti e delle comunità locali all'amministrazione dei servizi pubblici locali. Una norma che va in questo senso è l'articolo 11 del decreto legislativo 286 del 1999 il quale prevede la partecipazione degli utenti alle procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi.

Nella ricostruzione dei rapporti tra enti locali e Stato bisogna considerare anche la disciplina di dettaglio di

regolazione delle gare del servizio di distribuzione. Il d.lgs. 93/2011 ha stabilito l'obbligatorietà delle gare d'Atem non lasciando agli enti locali la scelta tra aderire o meno alle gare "aggregate". Successivamente il d.m. 221/2011 ha disciplinato nel dettaglio lo svolgimento delle gare. Dall'analisi delle due discipline i poteri degli enti locali nella gestione del servizio di distribuzione ne risultano ridimensionati. Emerge un'evidente compressione dell'autonomia di questi enti, i quali si vedono privati di numerose competenze in favore di un soggetto delegato, la stazione appaltante, che opera come interlocutore unico⁴⁵.

3. Il servizio di distribuzione del gas

Fino al Decreto Letta, il servizio di distribuzione del gas, come servizio pubblico, veniva esercitato in esclusiva nel territorio comunale dal gestore individuato dall'ente locale titolare del servizio. Con il recepimento della Direttiva 98/30/CE il servizio di distribuzione del gas si

⁴⁵ A. ROMANO, *Le gare per la distribuzione del gas*, in G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2014*, Bologna, 2014, p. 206.

apre al mercato. L'articolo 14 del Decreto citato impone la regola dell'affidamento con gara sancendo formalmente l'apertura del settore alla concorrenza mentre l'articolo 15 introduce un'apposita disciplina transitoria per gli affidamenti e le concessioni già in essere al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo 164 del 2000. Gli articoli 14 e 15 costituiscono le norme più importanti per ciò che concerne la qualifica di servizio pubblico locale riconosciuta al servizio di distribuzione del gas.

Prima di esaminare la disciplina di dettaglio, si ritiene utile stabilire qual è il rapporto con la disciplina generale dei servizi pubblici locali.

L'articolo 16 del Decreto Letta stabilisce che "per quanto non espressamente previsto dal presente decreto in materia di distribuzione di applicano le norme vigenti in materia di servizi pubblici locali". Nel 2001 entra in vigore la prima riforma organica dei servizi pubblici locali, contenuta nell'articolo 113 del Testo unico degli Enti Locali. L'articolo 113 prevedeva nella versione iniziale del

2001, a seguito delle modifiche operate dall'articolo 35 della legge 448/2001, che il suo campo di applicazione non si estendesse alle disposizioni previste per i singoli settori e quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie. Veniva dunque confermata la specialità del servizio di distribuzione del gas. Il 113 venne nuovamente modificato nel 2003 dal decreto legge 269. La novella prevedeva ora espressamente l'esclusione dal campo di applicazione del 113 i settori dell'elettricità e del gas così come disciplinati dalla normativa di recepimento delle direttive comunitarie.

Un cambiamento importante si ha con l'articolo 23-bis del decreto legge 112/2008 la cui storia è piuttosto travagliata. Esso stabiliva infatti che la disciplina generale prevalesse sulla disciplina speciale; successivamente la legge 99 del 2009 stabiliva, al contrario, che le disposizioni settoriali dovevano prevalere sulle norme generali incompatibili.

L'articolo 23-bis, si ricorderà, aveva abrogato

l'articolo 113 nelle parti incompatibili. Nel 2011 il 23-bis viene a sua volta abrogato dal referendum. In conseguenza dell'abrogazione referendaria l'articolo 113 tornava dunque a esistere ma non nelle parti abrogate dal 23-bis. Per ciò che ci riguarda, tornava in vigore il 113.1 che escludeva il settore della distribuzione del gas dal campo di applicazione dello stesso articolo 113. Tale assetto veniva poi confermato dal decreto legge 138/2011 di rilegificazione della materia dei servizi pubblici locali il cui articolo 4.35 prevedeva l'esclusione della distribuzione del gas dall'ambito di operatività dello stesso articolo 4. Ma l'articolo 4 sarebbe stato dichiarato incostituzionale dalla sentenza 199/2012 perché in contrasto con l'esito referendario del 2011. Attualmente dunque, dopo innumerevoli modifiche, la disciplina contenuta nel Decreto Letta prevale su quella generale⁴⁶.

Nella stessa direzione va il "Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale" in sede di approvazione in questi mesi. Il testo, adottato in

⁴⁶ S. FERLA, op. cit. p. 64.

attuazione degli articoli 16 e 19 della legge 124 del 2015 di riforma della pubblica amministrazione, fa salvo dalla sua applicazione all'articolo 3, il servizio di distribuzione del gas oltreché quello dell'elettricità.

Visti i rapporti tra disciplina speciale e disciplina generale andiamo a esaminare nel dettaglio il servizio di distribuzione del gas.

Il Decreto Letta, già esaminato nel Capitolo I di questo elaborato, prevede all'articolo 1 che tutte le attività di cui si compone la filiera del gas sono libere nei limiti stabiliti dallo stesso decreto. Le attività cui la norma di settore riconosce una importanza pubblica sono quella di trasporto e dispacciamento e quella di distribuzione. Le prime due sono definite "attività di interesse pubblico"; l'ultima è definita attività di "servizio pubblico". La rilevanza pubblica di queste attività giustifica i maggiori limiti imposti al loro svolgimento.

L'attività di distribuzione è regolata da un meccanismo di concorrenza per il mercato. Gli enti locali

hanno l'obbligo di affidare il servizio attraverso gara per periodi non superiori a dodici anni sulla base di un contratto di servizio che regola i rapporti con il gestore ed il cui schema-tipo è predisposto dall'Autorità di settore ed approvato dal Ministero dello Sviluppo Economico⁴⁷.

La distribuzione del gas prevede dunque la titolarità del servizio in capo all'ente locale e la gestione in capo ad un soggetto terzo per la cui individuazione l'ente locale deve necessariamente procedere a bandire una gara. La normativa in esame pertanto si è presentata come fortemente innovatrice. Fino alla sua entrata in vigore l'attività di distribuzione del gas è stata generalmente ritenuta servizio di pubblica utilità sulla base del Testo unico 2578 del 1925, e pertanto, attribuita in esclusiva agli enti locali, a loro volta arbitri della concreta forma di gestione, che poteva essere secondo le modalità previste dalla legge 142 del 1990 di cui si è già detto. Sotto un profilo costituzionale il Decreto Letta segna la generale

⁴⁷ M. MONTEDURO, *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale nella riforma operata dal d.lg. n. 164 del 2000: profili sostanziali e procedimentali*, in Foro amm. TAR, fasc.2, 2002, p. 591.

scomparsa dal settore del gas naturale, anche nel segmento della distribuzione, sia della "riserva d'impresa" a pubblici poteri, fondata sull'articolo 43 Costituzione, sia quella di "proprietà", basata sull'articolo 42⁴⁸. La liberalizzazione del settore è comunque bilanciata dagli obblighi di servizio pubblico, richiesti tanto dalla disciplina nazionale quanto dalla disciplina europea.

Tuttavia l'esclusione a chiare lettere per la gestione diretta del servizio di distribuzione da parte degli enti locali potrebbe non essere esente da eccezioni. Ragionando sui principi della concorrenza, potrebbe aprirsi la strada per la partecipazione dell'ente locale alla gestione del servizio.

La Pubblica Amministrazione potrebbe infatti derogare alle norme sulla concorrenza laddove ritenesse che entrando nel mercato, tutelerebbe l'interesse pubblico meglio di quanto presuma possa fare la concorrenza fra soggetti privati o comunque partecipati

48 E. CORALI, *Il "servizio pubblico" nella norma comune europea per il mercato interno del gas naturale*, in *Amministrare*/ a. XXXI, n. 1, aprile 2001.

da una P.A. diversa da quella che è titolare del servizio. Questo il principio generale. Si tratta ora di verificare se questo meccanismo possa operare anche nel caso della distribuzione del gas alla luce dell'obbligo di affidare il servizio esclusivamente mediante gara. In ogni caso permane il divieto di gestione *in house* stante l'incompatibilità con la gara pubblica.

La strada percorribile dall'ente locale sarebbe quella di affidare il servizio a società a capitale misto, individuato mediante gara il socio privato. In questo modo l'ente locale si ritrova in una posizione privilegiata nella tutela dell'interesse pubblico affidato alla sua cura⁴⁹.

4. La questione della proprietà delle reti

La norma di partenza è ancora una volta l'articolo 113 del Testo unico degli Enti Locali. Il quinto comma prevede infatti che "gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma

⁴⁹ P. PEZZATI, op. cit. p 219.

1, salvo quanto stabilito dal comma 13.” Le reti sono quindi di proprietà degli enti locali.

In tal caso questi beni o fanno parte del demanio accidentale o del patrimonio indisponibile se destinati a pubblico servizio⁵⁰. I beni demaniali sono inalienabili mentre quelli indisponibili non possono essere sottratti alla loro destinazione.

Le modifiche al regime proprietario possono dunque avvenire o per espressa previsione legislativa oppure secondo il meccanismo previsto dal 113 del Testo unico degli Enti Locali. In quest'ultimo caso, la proprietà resta sempre dell'ente locale ma formalmente viene a essere trasferita alla cosiddetta società patrimoniale delle reti. La proprietà della rete passa dunque sotto il comune regime dell'articolo 832 del Codice civile. Tuttavia sottostà a degli importanti limiti di natura pubblica che ne individuano i fini consistenti nel porre le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei soggetti incaricati

⁵⁰ I beni del demanio accidentale sono quelli indicati dall'articolo 822.2 C.C. o individuati espressamente quali demaniali da altre specifiche disposizioni di legge; i beni indisponibili sono disciplinati dall'articolo 826 C.C.

della gestione.

L'articolo 113.13 era però stato abrogato, nelle parti incompatibili, dall'articolo 23-bis del decreto legge 112 del 2008. L'abrogazione implicita dell'articolo 113.13 è stata affermata dalla Corte Costituzionale nella pronuncia 320/2011 che ha ritenuto incompatibile il 113.13 con il 23-bis in quanto incompatibile con il quinto comma del 23-bis che stabiliva, a dire della Corte, il principio secondo cui le reti sono di proprietà pubblica. La disciplina delle società patrimoniali delle reti non impedisce infatti il trasferimento dei beni di cui è proprietaria ma soltanto il capitale della stessa.

La Consulta quindi ha posto radicalmente in discussione il modello di società previsto dall'articolo 113.13. La Corte ha adottato una nozione più forte di proprietà pubblica intendendola come sinonimo di proprietà delle reti in capo agli enti locali e di conseguenza di regime proprietario diverso da quello della proprietà di diritto comune.

A un risultato diverso si sarebbe potuti arrivare interpretando l'articolo 23-bis come portatore di un diverso principio rispetto a quello della proprietà pubblica delle reti e cioè del divieto per la società patrimoniale di cedere a terzi, a qualunque titolo, i beni in questione⁵¹. In questo modo si sarebbe salvato questo modello associativo.

Un altro aspetto della proprietà, riguarda il caso in cui il gestore del servizio sia proprietario delle relative infrastrutture. Qui, il gestore è sì proprietario delle infrastrutture da lui costruite ma il suo diritto di proprietà non è pieno in quanto limitato dal diritto concessorio o dall'atto di affidamento e dai relativi contratti di servizio. È un diritto di proprietà temporaneo correlato alla durata e all'efficacia del titolo concessorio o dell'atto di affidamento. Il gestore è tenuto inoltre a mantenere la destinazione a pubblico servizio delle infrastrutture di cui è temporaneamente proprietario. Alla scadenza della concessione i beni tornano nella disponibilità dell'ente

⁵¹ S. FERLA, op. cit. p. 102.

locale che provvederà a trasferirli, con i limiti descritti, al nuovo gestore. Il gestore avrà comunque diritto ai rimborsi per le infrastrutture costruite.

La disciplina fin qui esposta è prevista in generale per i servizi pubblici locali. In forza della specificità del settore del gas l'articolo 113 non trova qui una applicazione diretta. Bisogna partire dalla disciplina di settore. L'articolo 14.4 del Decreto Letta stabilisce che "alla scadenza del periodo di affidamento del servizio, le reti, nonché gli impianti e le dotazioni dichiarati reversibili, rientrano nella piena disponibilità dell'ente locale." La disposizione in esame sembrerebbe dunque orientare verso la proprietà pubblica dell'infrastruttura. Non si può comunque escludere l'alienabilità delle reti degli Enti locali⁵². Tuttavia trattandosi di beni del patrimonio indisponibile dell'Ente locale esistono dei limiti al loro trasferimento. Consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione ritiene che il trasferimento non sia possibile laddove ne consegua la sottrazione del bene al vincolo di

⁵² S. FERLA, op. cit. p 109.

destinazione al pubblico servizio⁵³.

Nel settore della distribuzione del gas, le reti potrebbero essere legittimamente trasferite anche alla società patrimoniale dato che la disciplina generale contenuta nell'articolo 23-bis del decreto legge 112/2008, le cui sorti sono già state descritte, non trovava applicazione nel settore del gas.

In definitiva, oltre alla società patrimoniale delle reti, la proprietà potrebbe essere trasferita anche al concessionario o al gestore nei limiti del vincolo della destinazione ad uso pubblico. Questo è quanto stabilisce l'articolo 14, commi 4,8,9.

Il soggetto concessionario può detenere i beni che lo stesso ha realizzato nel corso della durata del contratto in quanto e sino a quando è titolare della concessione del servizio; alla scadenza i beni debbono ritornare nella disponibilità dell'Ente locale. Sarà compito dell'ente locale procedere al trasferimento della rete in favore del nuovo

⁵³ Cass. Civ, sez III, n.1385/2011. Sulla base della destinazione a pubblico servizio ex art. 828 C.C. deduce l'impignorabilità dei beni degli Enti pubblici territoriali. Il pignoramento vanificherebbe evidentemente la destinazione a pubblico servizio.

gestore subentrante.

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA DELLE GARE D'AMBITO

1. Il periodo transitorio

L'articolo 14 del Decreto Letta prevede l'affidamento del servizio a terzi quale unica forma di gestione ammessa. Rispetto agli altri servizi pubblici locali, per i quali come si è visto sono previsti più modelli di gestione, il servizio di distribuzione del gas può essere gestito soltanto attraverso questa modalità.¹

Prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, il servizio era gestito dagli enti locali attraverso le modalità di gestione previste per l'erogazione dei servizi pubblici locali. La normativa di settore per questa ragione ha previsto un regime transitorio in modo tale da permettere il passaggio alla nuova forma di gestione unica.

L'articolo 15 del d. lgs. n. 164/2000 obbligava gli enti

¹ S. FERLA, in *Il servizio pubblico di distribuzione del gas*, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 69.

locali entro il primo gennaio 2003 all'adozione delle misure necessarie per adeguarsi alla nuova disciplina sulla distribuzione del gas naturale, precisando che tale adeguamento avviene mediante l'indizione di gare per l'affidamento del servizio ovvero attraverso la trasformazione delle gestioni² in società di capitali o in società cooperative a responsabilità limitata, anche tra dipendenti³. La trasformazione in forma societaria può anche comportare il frazionamento societario: la disposizione va letta congiuntamente con l'articolo 21 del medesimo Decreto che impone la separazione societaria alle imprese verticalmente integrate. Per ciò che concerne invece la trasformazione delle aziende speciali e consortili gestori del servizio, l'articolo 15 rinvia al modello di trasformazione societaria previsto dalla legge n. 127/1997, escludendo dunque il ricorso alla procedura di liquidazione delle aziende degli enti locali disciplinata dal

2 Le gestioni cui si riferisce la norma sono quelle in economia o mediante azienda speciale o consortile.

3 M. MONTINI, *Il nuovo modello di gestione del servizio di distribuzione del gas naturale*, in *Giornale dir. amm.*, 4, 2002, p. 452.

d.p.r. 4 ottobre 1986 n. 902⁴.

Il Decreto ha poi disciplinato la durata delle concessioni già esistenti prevedendo che quelle affidate con gara debbano scadere secondo la naturale scadenza ma entro i limiti di durata imposti dalla disciplina alle nuove gare, e cioè dodici anni. Per le concessioni affidate mediante altri sistemi di gestione ha invece previsto un periodo transitorio di natura quinquennale a decorrere dal 31 dicembre del 2000⁵.

Il comma 10 dell'articolo 15 consente, infine, in deroga a quanto previsto dall'articolo 14.5, ai soggetti titolari degli affidamenti o delle concessioni in essere al momento della sua entrata in vigore di partecipare alle gare indette per l'attribuzione del servizio di distribuzione del gas senza limitazioni.

Le criticità di questa disciplina, che è stata comunque modificata negli anni successivi, stanno nella eccessiva "mediazione" che caratterizza il regime transitorio. Allo

4 Ibidem, p. 454.

5 G. F. LICATA, *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas naturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, fasc. 2, 2011, p. 524.

scopo di non "scontentare" troppo le società miste che gestivano i servizi pubblici locali si spiegano le disposizioni che consentivano⁶ di raddoppiare la durata del periodo transitorio sulla base di mere operazioni di ristrutturazione societaria e le disposizioni che attribuivano alle società a capitale misto affidatarie dirette di servizi pubblici la possibilità di poter partecipare, per tutta la durata del periodo transitorio, alle gare che saranno indette per l'attribuzione del servizio di distribuzione⁷.

Successivamente al decreto Letta è intervenuta la legge 239 del 2004, la c.d. legge Marzano, la quale ha da un lato esteso il periodo transitorio fino al 31 dicembre 2007⁸, e dall'altro ha però abrogato l'articolo 15.8 del decreto Letta che prevedeva la possibilità di cumulo degli incrementi al periodo transitorio, individuati dal comma 7

6 Si tratta dell'articolo 15, comma 8 abrogato dalla legge 239/2004 (c.d legge Marzano).

7 M. MONTINI, *Il nuovo modello di gestione del servizio di distribuzione del gas naturale*, in *Giornale dir. amm*, cit., p. 454.

8 Il periodo transitorio è stato esteso ma è stata "fatta salva la facoltà per l'ente locale affidante o concedente di prorogare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, per un anno la durata del periodo transitorio, qualora vengano ravvisate motivazioni di pubblico interesse."

dello stesso articolo⁹.

L'intervento della legge Marzano ha complicato il quadro applicativo del periodo di transazione generando un ampio dibattito in ordine alla durata del periodo transitorio e alla natura delle proroghe previste dall'articolo 15.7. del decreto Letta.

I problemi applicativi concernevano principalmente la rilevanza del termine di cui al 31 dicembre 2007. Possiamo individuare tre filoni interpretativi al riguardo.

Secondo la prima interpretazione, più restrittiva, la scadenza del periodo transitorio permane quella del 31 dicembre 2005. Il 31 dicembre 2007 costituisce il termine massimo di durata del suddetto periodo, nel caso venga concessa una delle proroghe di cui all'articolo 15.7, stante il divieto del cumulo di proroghe in forza dell'abolizione del comma 8¹⁰. Secondo questa prima interpretazione la

9 G. F. LICATA, *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas naturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, cit., p. 524.

10 E. COSTA, *Servizio di distribuzione del gas naturale: è compatibile con il diritto comunitario la proroga del periodo transitorio?*, in *Corriere Merito*, 2007, p. 2.

proroga non è quindi generalizzabile, ma va riferita solamente ai casi previsti dal decreto Letta; tutto ciò nello spirito di avviare quanto prima le gare per l'affidamento del servizio¹¹.

La seconda interpretazione, diffusa invece in dottrina, individua nella nuova norma una proroga generalizzata di tutti gli affidamenti al 31 dicembre 2007 con possibilità di un ulteriore proroga di un anno per decisione discrezionale dell'amministrazione comunale ove questa ravvisi un interesse pubblico¹².

Infine, la terza interpretazione, è quella più favorevole alle aziende all'epoca titolari di concessioni. Essa prevedeva per tutte le aziende il 31 dicembre 2007 come termine ordinario delle concessioni, incrementabile di un anno per la valutazione discrezionale del Comune in merito all'esistenza di un interesse pubblico; di due, quattro o cinque anni, ricorrendo le condizioni di cui al

11 G. NICOLETTI, *La liberalizzazione del servizio di distribuzione del gas. Periodo transitorio, proroghe e riscatti*, in *Azienditalia*, 2005, p. 12.

12 *Ibidem*, p. 13.

comma 7¹³, dunque con una estensione del termine ben al di là del 2007¹⁴.

Anche sulla natura delle proroghe vi erano varie posizioni.

Da un lato la V sezione del Consiglio di Stato e il TAR Brescia¹⁵, interpretando restrittivamente l'articolo 15.7, affermarono che la concessione delle proroghe lì prevista è frutto di una potestà amministrativa, e quindi, di una decisione discrezionale della P.A. Se così è, l'affidatario è dunque titolare di un interesse legittimo e l'amministrazione dovrà applicare le norme sul procedimento amministrativo¹⁶.

13 Così stabilisce l'articolo 15.7 “...Tale periodo può' essere incrementato, alle condizioni sotto indicate, in misura non superiore a: a) un anno nel caso in cui, almeno un anno prima dello scadere dei cinque anni, si realizzi una fusione societaria che consenta di servire un'utenza complessivamente non inferiore a due volte quella originariamente servita dalla maggiore delle società oggetto di fusione; b) due anni nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), l'utenza servita risulti superiore a centomila clienti finali, o il gas naturale distribuito superi i cento milioni di metri cubi all'anno, ovvero l'impresa operi in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale; c) due anni nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), il capitale privato costituisca almeno il 40% del capitale sociale.”

14 G. NICOLETTI, *La liberalizzazione del servizio di distribuzione del gas. Periodo transitorio, proroghe e riscatti*, cit., p. 13.

15 Consiglio di Stato, sez. V, 19 luglio 2005, n. 3815; TAR Brescia, ord. 24 giugno 2005, n. 792/05.

16 E. COSTA, *Servizio di distribuzione del gas naturale: è compatibile con il diritto comunitario la*

Dall'altro lato invece la VI sezione del Consiglio di Stato ha sostenuto che il termine del 31 dicembre 2005, inizialmente previsto dal decreto Letta, fosse quello "ordinario" e che il termine del 31 dicembre 2007 previsto dalla legge Marzano rappresentasse il termine massimo "oltre il quale non è possibile andare a mezzo di proroghe discrezionali salvo le due eccezionali ipotesi della proroga annuale per motivi di pubblico interesse e nei casi previsti dal comma 9 dell'articolo 15" e cioè le concessioni concesse con gara¹⁷. La proroga, specifica la sentenza, può essere goduta solo dalle società che si trovino in una delle situazioni descritte dall'articolo 15.7 e potrà essere di uno o due anni e non oltre, essendo stata abolita la possibilità di cumulo. Per ciò che concerne invece la natura della proroga, il giudice ha stabilito che la proroga per motivi di interesse pubblico ha carattere discrezionale mentre le altre proroghe sono estese in via automatica¹⁸

proroga del periodo transitorio?, cit., p. 3.

17 G. NICOLETTI, *La liberalizzazione del servizio di distribuzione del gas. Periodo transitorio, proroghe e riscatti*, cit., p. 13.

18 E. COSTA, *Servizio di distribuzione del gas naturale: è compatibile con il diritto comunitario la*

al realizzarsi dei presupposti tipizzati dalla legge salvo la possibilità dell'ente locale di motivare in modo specifico la effettiva necessità di procedere alla liberalizzazione immediata.

Sulla questione ebbe modo di intervenire anche il Ministero delle Attività produttive che riconobbe al concessionario¹⁹ un "diritto" alla proroga nelle ipotesi in cui ricorrano i requisiti di cui all'articolo 15 comma 7.

La soluzione a questi contrasti si ha per opera del legislatore che interviene con il decreto legge 273 del 2005 poi convertito con la legge 51 del 2006. L'articolo 23 detta la nuova disciplina del periodo transitorio individuata nel 31 dicembre 2007. In presenza di almeno una delle condizioni di cui all'articolo 15.7 del decreto Letta si può avere un ulteriore proroga, che opera in automatico, fino al 31 dicembre 2009. Infine, viene riproposta la clausola dell'interesse pubblico che permette all'ente locale di prorogare di un ulteriore anno la

proroga del periodo transitorio?, cit., p. 3.

19 Circolare del Ministero delle Attività Produttive n. 2355 dell'11 novembre 2005.

concessione, quindi fino al 31 dicembre 2010²⁰.

È evidente come la disciplina del 2005 fosse favorevole ai concessionari, molto vicina all'orientamento sposato dal Ministero delle Attività Produttive, ma anche in contrasto con le pronunce dei giudici amministrativi, e soprattutto del TAR di Brescia che si rivolgerà²¹ alla Corte di Giustizia in merito alla compatibilità con il diritto comunitario delle proroghe previste le concessioni del servizio di distribuzione del gas naturale per come erano state infine modellate dal d.l. 273/2005²².

Nell'ordinanza di rimessione, il TAR di Brescia sostenne che le norme oggetto del ricorso, violassero gli articoli 43, 49²³ del TCE e i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Inoltre, il carattere generalizzato della proroga, avrebbe impedito di individuare un interesse che potesse giustificare, in

20 G.F. LICATA, *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas naturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, cit. p. 525.

21 T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I Ord., 4 agosto 2006, n. 963.

22 E. COSTA, *Servizio di distribuzione del gas naturale: è compatibile con il diritto comunitario la proroga del periodo transitorio?*, cit., p. 4.

23 Articolo 43 stabiliva la libertà di stabilimento; articolo 49 stabiliva la libera prestazione dei servizi.

termini obiettivi, una simile deroga al diritto comunitario²⁴.

La Corte di Giustizia pur ritenendo che la disciplina nazionale violasse il principio di parità di trattamento, cercò di individuare una circostanza oggettiva in grado di giustificare e legittimare tale disparità di trattamento²⁵. Tale giustificazione fu individuata dalla Corte nel principio della certezza del diritto il quale esige che la risoluzione *ex lege* della concessione del servizio di distribuzione del gas "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".²⁶ Per questa ragione principale, la Corte ritenne la disciplina nazionale compatibile con il diritto comunitario.

24 E. COSTA, *Servizio di distribuzione del gas naturale: è compatibile con il diritto comunitario la proroga del periodo transitorio?*, cit., p. 4.

25 G.F. LICATA, *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas naturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, cit., p. 526.

26 A. ROMANO, *Le gare per la distribuzione del gas*, in G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2014*, Bologna, 2014, p. 203.

Questa è brevemente la vicenda del periodo transitorio che ad ogni modo è definitivamente cessato il 31 dicembre 2012.

2. Il regime concessorio e gli ambiti territoriali

L'articolo 14 del d.lsg. 164/2000 stabilisce la natura di servizio pubblico dell'attività di distribuzione e assegna agli enti locali le relative funzioni di affidamento, indirizzo, vigilanza e programmazione. È pertanto confermato l'assetto previgente nel senso dell'attribuzione della titolarità del servizio all'ente locale.

In forza del carattere di servizio pubblico si spiega la scelta per lo strumento della "concessione". Esiste una privativa legale per il servizio di distribuzione del gas: può esistere un solo gestore del servizio nel territorio interessato e questo viene ad essere individuato dall'ente locale mediante la gara²⁷.

Per ciò che concerne la scelta del legislatore di imporre la gara per l'affidamento del servizio, la scelta è

²⁷ S. FERLA, op. cit., p. 67.

non legittima, ma addirittura dovuta sul piano del diritto comunitario. Le concessioni infatti rientrano fra le forme di partenariato pubblico-privato c.d. contrattuale, cui sono applicabili i principi generali dei trattati europei. L'affidamento delle concessioni deve dunque essere fondato su un confronto competitivo nel rispetto dei fondamentali principi di trasparenza dell'attività amministrativa e *par condicio* fra gli operatori²⁸.

L'articolo 14.1 fissa in dodici anni massimi la durata della concessione. La durata è stata dunque fissata senza tener conto del periodo di ammortamento tecnico-economico degli investimenti impiantistici del settore privilegiando la maggiore frequenza degli avvicendamenti gestionali e regolando poi un apposito sistema di rimborsi a carico dei distributori entranti. In forza del diritto al rimborso a favore del gestore uscente, i gestori entranti potrebbero non trovare conveniente presentarsi al bando di gara. La misura quindi non favorirebbe l'accesso al confronto concorrenziale del maggior numero

²⁸ A. ROMANO, *Le gare per la distribuzione del gas*, op. cit., p. 201.

di operatori²⁹.

Sulla durata delle concessioni è intervenuta una direttiva europea del 2014³⁰ la quale all'articolo 18 ha previsto che, per le concessioni ultraquinquennali, “la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell’esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici”. La direttiva europea, che troverà attuazione nel nuovo codice degli appalti in fase di approvazione, impone dunque che la durata della concessione sia determinata tenendo conto del periodo di ammortamento degli investimenti operati dal gestore. In sede di recepimento della direttiva è quindi immaginabile un intervento sulla disciplina dei rimborsi i quali nel nuovo assetto troverebbero un'applicazione più limitata.

29 S. FERLA, op. cit., p. 69.

30 Direttiva 2014/23/UE.

Per ciò che concerne la concessione, il modello di riferimento, anche se non richiamato dalla disposizione, è la concessione di pubblico servizio³¹. Le gare di distribuzione del gas per questa ragione non rientrano nel campo di applicazione del "codice dei contratti pubblici"³², fatta eccezione per la parte IV relativa al contenzioso e per l'articolo 143.7, relativo al piano economico-finanziario.

Nella concessione, il concessionario sostituisce l'ente locale titolare del servizio per quanto riguarda i rapporti diretti con gli utenti, erogando il servizio direttamente a beneficio di questi ultimi secondo uno schema traslativo/sostitutivo³³.

Il codice dei contratti pubblici prevede inoltre che il corrispettivo del concessionario sia costituito dal "diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio". Si ha dunque il trasferimento integrale al concessionario del rischio imprenditoriale della gestione

31 S. FERLA, op. cit., p. 69.

32 L'esclusione è prevista dall'articolo 30.1 del d. lgs. n. 163/2006 (il c.d. codice dei contratti pubblici).

33 S. FERLA, op. cit., p. 70.

del servizio, in quanto i margini di profitto derivano, normalmente, dagli introiti tariffati.

L'articolo 30.3 del codice prevede poi l'applicazione dei principi del diritto europeo nella scelta del concessionario. Anche se le concessioni di servizi non rientrano nel campo di applicazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, c.d. direttive appalti, si impone alle amministrazioni pubbliche di applicare i principi della concorrenza comunitari. Principi che risultano applicabili anche alla distribuzione del gas secondo un orientamento consolidato della Corte di Giustizia³⁴.

Tra i principi richiamati dall'articolo 30.3 vi sono il principio di parità di trattamento e non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità.

La trasparenza è funzionale a garantire gli altri due principi nel momento in cui permette un controllo della collettività sull'operato dell'amministrazione nella scelta del soggetto gestore.

³⁴ Corte di Giustizia CE, 17 luglio 2008, C-347/06.

In forza del principio di parità di trattamento tutti i soggetti che partecipano a una gara devono poter conoscere "le regole del gioco" e devono ottenere la medesima applicazione. L'amministrazione pubblica nel garantire la parità di trattamento non ha un ruolo meramente passivo limitato alla fissazione di condizioni di accesso non discriminatorie all'attività economica, ma ha un ruolo attivo in quanto deve adottare ogni misura atta a garantire l'esercizio di tale attività³⁵. La Commissione europea parla al proposito di un "principio di messa in concorrenza". La scelta dei candidati deve essere operata in base a criteri obiettivi: questo impone il principio di parità di trattamento. L'obiettività del procedimento è raggiunta attraverso la predeterminazione delle modalità procedurali e dei criteri selettivi, con effetti vincolanti per l'ente affidante.

Anche il principio di proporzionalità è funzionale alla concorrenza³⁶. L'ente locale nel costruire il bando di gara

35 Così la Commissione europea nella Comunicazione Interpretativa 2000/C 121/02.

36 S. FERLA, op. cit., p. 72.

non deve richiedere eccessive competenze tecniche ed economiche che potrebbero essere capaci di limitare la partecipazione al bando.

Le norme europee dunque, anche nel campo delle concessioni di servizi, impongono il rispetto dei principi della concorrenza. Una possibile frizione tra la disciplina nazionale e quella europea potrebbe aversi con l'articolo 30.3 laddove è prevista la possibilità di una gara informale ristretta a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, "se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi". Il quarto comma dell'articolo 30 fa salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di concorrenza. Tra queste discipline rientra quella della distribuzione del gas. Il servizio infatti è affidato "esclusivamente" mediante gare. Le uniche limitazioni possono derivare dai requisiti di partecipazione, che però devono essere proporzionati, oggettivi, e non discriminatori, ovvero dalla titolarità di

affidamenti diretti³⁷. La disciplina del servizio di distribuzione del gas adotta quindi un modello di gara aperta a tutti i soggetti imprenditoriali interessati salvo le limitazioni richiamate.

Al fine di ottimizzare l'efficienza dell'attività di distribuzione sono stati introdotti gli ambiti territoriali. Gli ambiti territoriali in quanto tali non riguardano solamente il servizio di distribuzione del gas ma tutti i servizi pubblici. Sono stati introdotti per la prima volta con la legge n. 186 dell'89 sulla difesa del suolo. Successivamente si ha il c.d. "decreto Ronchi" per la tutela delle acque e poi la disciplina sui rifiuti. La legislazione degli ultimi dieci anni ha seguito due criteri differenti per la loro individuazione. Delle volte sono stati individuati di volta in volta per il singolo servizio; delle altre sono stati fatti coincidere con il territorio provinciale. Nell'esperienza italiana, ricca di servizi resi da soggetti pubblici, la soluzione preferibile sembra essere quella

³⁷ S. FERLA, op. cit., p. 74.

della coincidenza con il territorio provinciale³⁸. Vi è infatti un alto rischio che il risparmio derivante dall'individuazione dei singoli ambiti per ogni singolo servizio venga poi vanificato dalla creazione di decine di ambiti territoriali diversi nell'apparato istituzionale del paese. Se gli ambiti si dovessero sovrapporre uno sull'altro l'effetto complessivo sarebbe quello di vanificare il guadagno ottenuto per il singolo servizio, mettendo a repentaglio la capacità di tenuta complessiva del sistema.³⁹

Per ciò che riguarda il settore del gas, essi non erano previsti dal decreto Letta ma sono frutto di un successivo intervento normativo. Il decreto legge 159 del 2007 prevede, all'articolo 46 *bis* secondo comma, che le gare possano svolgersi anche a livello sovra-comunale, con riguardo ad ambiti territoriali minimi riferiti a bacini ottimali di utenza, selezionati in base a criteri di efficienza

38 B. CARAVITA di TORITTO, *La definizione degli ambiti territoriali ottimali*, in G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2014*, Bologna, 2014, p. 195.

39 B. CARAVITA di TORITTO, *La definizione degli ambiti territoriali ottimali* op. cit., p. 195.

e riduzione dei costi. Presupposto per l'individuazione degli ambiti territoriali era l'emanazione da parte dei Ministeri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali di appositi decreti volti ad individuare i criteri di gara e di valutazione dell'offerta⁴⁰. Come previsto dal decreto legge 159 i decreti avrebbero dovuto essere approvati entro un anno dalla sua entrata in vigore in modo tale da permettere l'espletamento delle prime gare entro i due anni successivi all'individuazione dell'ambito territoriale⁴¹. I decreti in questione saranno approvati soltanto nel 2011. Nel frattempo la giurisprudenza ritenne che la normativa, in quel periodo monca, non limitasse la potestà comunale di bandire la gara "individuale". La pendenza della procedura di realizzazione degli ambiti territoriali non avrebbe comportato la proroga delle concessioni cessate di efficacia, né impedito che esse fossero riassegnate isolatamente dal Comune interessato, una volta

40 Ibidem, op. cit., p. 191.

41 D.l 159/2007 art. 30.3.

scadute⁴². Il Consiglio di Stato ebbe inoltre modo di affermare la non obbligatorietà della partecipazione del Comune all'ambito territoriale posto che l'articolo 46 *bis* aveva previsto misure per l'incentivazione delle operazioni di aggregazione tra amministrazioni comunali⁴³.

Successivamente l'articolo 24 del d. lgs. n. 93 del 2011 stabilì l'obbligatorietà dell'espletamento delle gare all'interno degli ambiti territoriali a partire dalla sua entrata in vigore (29 giugno 2011)⁴⁴.

L'articolo 46 *bis* è stato attuato nel 2009 dal d.m 19 gennaio 2011 con il quale sono stati individuati gli ambiti territoriali tenendo conto dei requisiti stabiliti dall'articolo 46 e da quelli fissati dall'articolo 30.26 della legge 99 del 2009⁴⁵. Attualmente si contano 177 ambiti territoriali, i quali corrispondono nella maggior parte dei casi alle

42 B. CARAVITA di TORITTO, op. cit., p. 192.

43 Cons. Stato, sez. V. sent. 2011, n. 2.

44 Gli enti locali che alla data di entrata in vigore del decreto avessero già pubblicato il bando di gara o inviato le lettere di invito, in caso di gara ristretta, potevano procedere con la disciplina in vigore al momento della data di indizione della relativa gara.

45 L'articolo 30.26 ha previsto come requisiti l'interconnessione degli impianti di distribuzione; specificità territoriali; numero dei clienti finali.

Province. Nei rimanenti casi essi sono frutto di una partizione della Provincia in due, tre o anche quattro ambiti diversi. La ripartizione degli ambiti è dunque avvenuta tenendo conto dell'istituzione Provincia che ha funzionato come "ambito di base"⁴⁶.

Il d.m. 19 gennaio 2011 ha individuato la dimensione ottimale di ciascun ambito territoriale in 300.000 clienti finali. Il parametro dei 300.000 clienti è riferito ai costi complessivi; considerando solo quelli di gestione tecnica della rete il parametro si abbassa a 100.000 clienti finali⁴⁷.

Laddove l'ambito territoriale della Provincia, che abbiamo visto essere "l'ambito base", comprenda più di 300.000 clienti finali, sono stati individuati più ambiti sub-provinciali tenendo conto che in ogni caso l'ambito non può essere inferiore al territorio comunale; che i territori serviti da un unico impianto o da impianti interconnessi fanno parte dello stesso ambito; che l'ambito non può

46 B. CARAVITA di TORITTO, *La definizione degli ambiti territoriali ottimali*, op. cit., p. 193.

47 S. FERLA, op. cit., p. 187.

essere composto da più di 50 Comuni, allorché abbia almeno 50.000 clienti.

L'individuazione degli ambiti è stata completata dal d.m. 28 ottobre 2011 che ha individuato i comuni appartenenti a ciascun ambito.

Gli Atem individuati sono per l'appunto ambiti "minimi" e quindi accorpabili per volontà dei comuni, ma non frazionabili. Sono quindi possibili gare multiambito con riferimento a due o più ambiti confinanti.

Dato che gli ambiti hanno lo scopo di individuare un unico gestore per più comuni, i quali ben potrebbero aver affidato il servizio a soggetti differenti, la disciplina si preoccupa di disciplinare l'ingresso del nuovo soggetto gestore del servizio all'interno dell'Atem. In presenza di scadenze differenziate è infatti previsto il subentro progressivo del nuovo gestore nei vari territori. La durata della concessione è calcolata sulla base del primo subentro.

Il d.m. 19 gennaio 2011 disciplina inoltre anche il caso

dello svolgimento di gara in un Atem, o porzioni di esso, non ancora metanizzate. In questo caso la metanizzazione dei territori può anche essere prevista in sede di gara. In caso ciò non avvenga, il servizio di distribuzione deve essere affidato comunque al gestore d'ambito già nominato. Per evitare problemi circa la natura di affidamento diretto di tale concessione, la disposizione andrebbe interpretata nel senso che il bando di gara evidenzia in modo efficace come nell'affidamento del servizio rientri anche la gestione dei territori non ancora metanizzati laddove questi lo saranno successivamente⁴⁸.

3. Le condizioni di affidamento e le modalità di gara

Il decreto Letta stabilisce soltanto una disciplina di principio in ordine alle condizioni di affidamento e alle modalità di gara. Tale disciplina dovrà dunque essere integrata dai principi desumibili dalla legislazione

⁴⁸ S. FERLA, op. cit., p. 189.

comunitaria e nazionale, sia dalla eventuale normativa regionale, sia dalla potenziale normativa degli Enti locali nell'esercizio della loro discrezionalità amministrativa.

L'articolo 14 stabilisce la titolarità del servizio in capo agli enti locali con conseguenti poteri di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo sulle attività di distribuzione. Nei loro rapporti con il gestore, i rapporti sono regolati da un apposito "contratto di servizio" la cui predisposizione è affidata all'Autorità di settore e la cui approvazione è invece di competenza del Ministero dello Sviluppo economico.

Il contratto di servizio è l'elemento fondamentale del rapporto tra ente locale e gestore. Esso infatti stabilisce concretamente quali poteri può esercitare l'ente sul gestore e inoltre stabilisce i doveri del gestore non soltanto in favore dell'ente locale ma direttamente in favore degli utenti: il contratto deve contenere gli "obiettivi qualitativi" e i "diritti degli utenti"⁴⁹.

⁴⁹ L'articolo 14.3 individua gli elementi del contratto di servizio: la durata, le modalità di espletamento del servizio, gli obiettivi qualitativi, l'equa distribuzione del servizio sul territorio, gli aspetti economici del rapporto, i diritti degli utenti, i poteri di verifica dell'ente che affida il servizio, le conseguenze degli

Il contratto-tipo fu predisposto dall'Autorità di settore nel 2004 ma non fu approvato dal Ministero competente. Soltanto con il d.m. 5 febbraio 2013 si è giunti all'approvazione del contratto di servizio⁵⁰. L'attesa, o il ritardo, si spiegano con la mancanza della disciplina di dettaglio sulle gare avvenuta solo nel 2011⁵¹. Ciò detto, gli enti locali hanno comunque potuto procedere, durante il periodo di assenza del contratto-tipo, alle gare disponendo autonomamente gli schemi di contratto, nell'ambito della propria discrezionalità nei limiti dell'articolo 14.3 e della legislazione generale e settoriale applicabile⁵². In attesa dell'approvazione della disciplina delle gare, i Comuni hanno dato maggior peso alla componente economica che a quella tecnica. La

inadempimenti, le condizioni del recesso anticipato dell'ente stesso per inadempimento del gestore del servizio.

50 Lo schema di contratto è stato modificato con delibera 571/ 2014 dell'AEEGSI al fine di “riconoscere espressamente il diritto degli enti concedenti e/o delle loro eventuali società patrimoniali a ottenere, alla conclusione del periodo di affidamento del servizio, una somma pari al valore dell'ammortamento del capitale investito per le reti e per gli impianti”.

51 D.M 226/2011 c.d. “Regolamento gare”.

52 S. FERLA, op. cit., p. 76.

giurisprudenza amministrativa⁵³ riconobbe la legittimità della "libertà" degli enti locali in mancanza di precise disposizioni legislative a condizione che l'eccessivo peso del criterio economico trovasse delle ragionevoli giustificazioni. A dire del Consiglio di Stato, il buono stato delle reti è idoneo a giustificare la scelta discrezionale del comune di dare maggior peso nel bando di gara alle componenti economiche piuttosto che a quelle qualitative e d'investimento⁵⁴. Sulla questione, come accennato, interverrà il d.m. 226/2011 che predisporrà un'apposita disciplina di dettaglio di svolgimento delle gare.

Per ciò che concerne i criteri di aggiudicazione, qui le discipline di riferimento sono come sempre l'articolo 14 del decreto Letta e il c.d. "Regolamento gare" ovvero il d.m. 226/2011.

La disciplina dettata dal d. lgs. 164/2000 prevede l'individuazione del gestore sulla base di due criteri fondamentali e cioè, da un lato quello dell'offerta

⁵³ Cons. Stato, V sezione, sent. 2011, n. 2.

⁵⁴ A. M. ALTIERI, *La discrezionalità amministrativa nei bandi di gara per la distribuzione del gas naturale*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 7, 750.

economicamente più vantaggiosa e dall'altro quello dei requisiti tecnici-qualitativi richiesti al gestore. Ogni altra specificazione è lasciata alla discrezionalità dei Comuni. A fronte di ciò, il legislatore è intervenuto nel 2007 avvertendo l'esigenza di prevedere una definizione uniforme, in sede ministeriale, dei criteri di gara e di valutazione dell'offerta⁵⁵. Così l'articolo 46 *bis* primo comma della legge 222/2007 ha previsto che i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas debbano tenere conto in maniera adeguata, 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. Concretamente l'individuazione di questi criteri veniva rimandata a un apposito decreto ministeriale che sarà il c.d. "Regolamento gare".

Nell'analizzare la prassi applicativa distinguiamo i due criteri principali, quello economico da un lato e quello

⁵⁵S. FERLA, op. cit., p. 77.

tecnico dall'altro.

Tra i criteri economici fondamentali, stando ai comportamenti tenuti dai comuni, emergono il canone di concessione; lo sconto sui corrispettivi delle prestazioni destinate all'utenza, che attiene prevalentemente, ai contributi di allacciamento; il valore di rimborso degli investimenti effettuati dal gestore al termine dell'affidamento⁵⁶.

Il fondamento del canone è da ricercarsi nei principi generali delle concessioni di pubblico servizio. La concessione ha un suo elemento tipico proprio nel canone che l'ente locale richiede al gestore. Esso è il corrispettivo per il trasferimento della gestione, in esclusiva, di un servizio che rientra nella titolarità dell'ente. Qualora poi l'ente sia proprietario anche degli impianti utili all'espletamento del servizio, il canone trova nell'affidamento di tali impianti un'ulteriore giustificazione⁵⁷.

⁵⁶ S. FERLA, op. cit., p. 78.

⁵⁷ Ibidem, op. cit., p. 78.

Nell'ambito della distribuzione del gas la legittimità del canone dev'essere valutata alla luce delle tariffe imposte al gestore. I ricavi dell'erogatore del servizio dipendono infatti dalla regolamentazione tariffaria di competenza dell'Autorità di settore. Sul punto l'AEEGSI si pronunciò nel 2003 affermando come il canone fosse da ritenersi legittimo soltanto se non superasse determinate soglie rispetto al ricavato del gestore⁵⁸: al distributore dovevano cioè essere garantiti dei margini di ricavo finalizzati principalmente a remunerare i costi operativi di gestione e i costi di capitale. L'AEEGSI metteva inoltre in risalto il collegamento tra legittimità del canone e proprietà degli impianti. Con il canone, il Comune recupera gli investimenti destinati alla costruzione degli impianti di distribuzioni dati in concessione.

Sul versante delle condizioni economiche delle prestazioni a favore dell'utenza si segnala una scarsa importanza di questo criterio nei bandi di gara.

58 La relazione 31 luglio 2003 fissava il canone in un massimo di 35/40% del “vincolo dei ricavi di distribuzione”.

Il valore residuo degli investimenti a fine concessione invece non è inserito esplicitamente nel decreto Letta come elemento tra quelli rilevanti ai fini della selezione delle imprese di distribuzione. Ma dato che esso costituisce comunque un "elemento economico", i comuni hanno ritenuto di farne oggetto di offerta e di correlativa attribuzione di punteggio⁵⁹. La giurisprudenza ha confermato la legittimità di tale parametro.

Il problema dell'utilizzo di questo parametro è dato dalla difficoltà di comparazione delle offerte. Se l'offerta venisse espressa in termini di cifra assoluta verrebbe premiato il concorrente che offre investimenti più bassi e che quindi riesce a limitare il valore residuo. Ciò sarebbe contrario al principio di proporzionalità che invece sarebbe salvato se il valore residuo fosse rapportato al valore globale del piano di investimenti proposto dall'impresa partecipante⁶⁰.

Per ciò che concerne i requisiti tecnici, tra i quali

59 S. FERLA, op. cit., p. 81.

60 Ibidem, op. cit., p. 82.

spiccano la qualità e la sicurezza del servizio, i margini di comparazione sono assai ridotti rispetto alla valutazione di quelli economici. Essi trovano infatti una regolazione puntuale nei regolamenti dell'AEEGSI i quali sono obbligatori per gli enti locali. Le varie imprese partecipanti dovrebbero puntare su *standards* più alti rispetto a quelli fissati dall'Autorità di settore.

Come accennato in relazione al criterio del valore residuo, fondamentale per la scelta del gestore è invece il piano degli investimenti. Qui l'elemento economico si intreccia con quello tecnico. Gli aspetti problematici hanno riguardato da un lato la discrezionalità della commissione di gara e dall'altro proprio il rischio di commistione tra aspetti di carattere tecnico e aspetti di carattere economico⁶¹. Il pericolo è dunque quello di preferire un'offerta più economicamente vantaggiosa a un'offerta che dal punto di vista strettamente economico è più svantaggiosa nonostante predisponga un piano di investimenti che nel lungo periodo si rivela migliore, sia in

⁶¹ Ibidem, op. cit., p. 83.

termini di qualità che di sicurezza di servizio.

Si sarebbe dunque potuto scegliere di valutare i piani di investimento su un terreno puramente qualitativo e quantitativo, prescindendo da ogni valorizzazione economica⁶². Ma con l'introduzione del valore residuo, che funge da ponte tra criteri tecnici ed economici, ciò non è avvenuto.

La disciplina delle gare è meglio specificata, come accennato, nel d.m. 226/2011.

L'articolo 12 del regolamento prevede che l'aggiudicazione avvenga secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e individua in maniera dettagliata anche i pesi specifici dei principali sottoparametri di valutazione. Nell'attuale assetto il criterio di maggior peso è il "piano di sviluppo degli impianti" cui sono attribuiti massimo 45 punti. Alle condizioni economiche e ai criteri di sicurezza e qualità invece ne sono attribuiti rispettivamente 28 e 27.

È evidente che queste disposizioni segnano

⁶²S. FERLA, op. cit., p. 83.

un'importante novità rispetto al passato, poiché il parametro economico, in particolare il canone riconosciuto all'ente locale, incideva di norma oltre il 60%⁶³.

4. La disciplina del procedimento ad evidenza pubblica di selezione del distributore d'ambito

4.1 L'individuazione della stazione appaltante

Prima di poter individuare il gestore, è necessario individuare quale ente locale, vista la riforma degli ambiti locali, gestirà il procedimento di gara.

L'affidamento congiunto del medesimo servizio da parte di più enti locali prevede in generale due modelli organizzativi. Il primo modello è quello della "stazione appaltante in senso stretto": i singoli enti delegano solo le funzioni attinenti lo svolgimento della gara e conservano quelle di titolarità del servizio e di soggetti concedenti⁶⁴. Il

⁶³ A. ROMANO, *Le gare per la distribuzione del gas*, op. cit., p. 214.

⁶⁴ In questo caso l'ente locale conserva le funzioni di controparte contrattuale del gestore e le funzioni di vigilanza e controllo sull'esecuzione del contratto.

secondo modello è quello della “gestione associata” con il quale gli enti locali delegano anche la funzione di ente concedente ad unico soggetto, che può anche essere un Ente di governo dell'ambito appositamente costituito.

All'individuazione della stazione appaltante i Comuni vi arrivano attraverso lo strumento della convenzione. Essa è disciplinata in via generale dall'articolo 30 del d. lgs. 267/2000 mentre in materia di distribuzione del gas trova fondamento nel d. m. 106/2015⁶⁵.

La convenzione, come stabilito dall'articolo 30 citato, è uno strumento di razionalizzazione dell'esercizio delle funzioni e servizi erogati dagli enti locali. I comuni possono dunque concludere delle convenzioni tra loro e laddove necessario anche con lo Stato o con la Regione⁶⁶. La convenzione può inoltre prevedere “la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli

⁶⁵ Regolamento di modifica del “Regolamento gare”.

⁶⁶ La convenzione con lo Stato o la Regione può avvenire per la gestione a tempo determinato di uno specifico servizio o per la realizzazione di un'opera e in questo caso può anche essere obbligatoria previa statuizione di un disciplinare-tipo.

enti deleganti”⁶⁷.

L'articolo 2 del d.m. 106/2015 prevede, in deroga ai principi generali, che la convenzione possa essere approvata anziché all'unanimità, con maggioranza qualificata pari ai due terzi dei Comuni appartenenti all'ambito che rappresentino almeno i due terzi dei punti di riconsegna dell'ambito stesso⁶⁸.

La disciplina dettata dal d.m. 226/2011 indica la scelta per la “gestione associata”. L'articolo 2.1 del “regolamento gare” prevede che alla stazione appaltante i comuni deleghino la gestione della gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale in forma associata. Di seguito l'articolo 2.5 completa il quadro regolamentare e individua altre funzioni della stazione appaltante. Essa ha funzione di controparte contrattuale⁶⁹ e funzione di vigilanza e controllo.

Queste funzioni non devono essere necessariamente

⁶⁷ Così l'articolo 30.4 d. lgs. 267/2000.

⁶⁸ S. FERLA, op. cit., p. 193.

⁶⁹ Il d.m. 106/2015 ha previsto che non sia più necessaria la delega espressa di questa funzione. Si è dunque rafforzato il carattere di gestione associata del servizio.

affidate alla stazione appaltante potendo anche essere delegate a una società di patrimonio delle reti. In ogni caso la norma vuole l'accentramento di quelle funzioni.

Non è invece obbligatoria la delega del compito di raccogliere la documentazione presso il gestore uscente.

La normativa spinge dunque verso l'accentramento delle funzioni in unico soggetto e nel raggiungere questo obiettivo esclude che i comuni possano dare vita a consorzi: questa forma associativa è infatti esclusa dall'individuazione diretta da parte del regolamento della stazione appaltante.

Il modello della gestione associata viene incardinato su un soggetto giuridico già esistente che gli enti locali sono chiamati ad individuare entro ben precisi e ristretti limiti⁷⁰.

Una disarmonia nella disciplina di settore è rintracciabile nell'articolo 1.1 del d.m. 19 gennaio 2011 il quale prevede che gli enti locali di ciascun ambito affidano il servizio tramite gara unica. I poteri di affidamento del

⁷⁰ S. FERLA, op. cit., p. 195.

servizio resterebbero dunque in capo a ciascun ente locale e così le funzioni di controparte contrattuale del gestore.

Di diverso avviso è però, come visto, il “regolamento gare” che in quanto disciplina di dettaglio prevale comunque sul regolamento che istituisce gli ambiti territoriali.

Tali misure di accentramento sono imposte nell'ottica di assicurare una maggiore efficacia dell'azione amministrativa e una migliore efficienza del servizio⁷¹. Nel fare ciò, si comprime l'autonomia degli enti locali che trovano comunque rappresentanza in un comitato di rappresentanza composto dai rappresentanti degli enti locali. Il regolamento del 2015 ha limitato ulteriormente il ruolo dei comuni prevedendo il potere sostitutivo della stazione appaltante qualora gli enti locali non assolvessero all'obbligo di fornirle la documentazione necessaria alla preparazione del termine di gara previa

⁷¹ A. ROMANO, *Le gare per la distribuzione del gas*, op. cit., p. 207.

diffida all'ente locale⁷².

La stazione appaltante è titolata ad effettuare tutti gli atti necessari alla preparazione e pubblicazione del bando di gara. Il sistema insomma è orientato a superare ogni ostacolo, di varia natura, proveniente dal singolo ente locale.

In questo assetto le funzioni dei comuni si riducono essenzialmente a due tipologie: funzioni informative nei confronti del soggetto delegato e funzioni di vigilanza e di controllo.

Le funzioni informative consistono nel trasmettere alla stazione appaltante le informazioni necessarie alla predisposizione della documentazione di gara con specifico riferimento alla situazione del territorio dell'ente, sia alle esigenze di prevedibile suo sviluppo futuro.

Quanto alle funzioni di vigilanza e di controllo queste sono affidate prioritariamente al soggetto delegato ma vengono in realtà esercitate anche dai singoli enti locali in via mediata. Gli enti esercitano una attività di

⁷² Così l'articolo 2.6 d.m. 106/2015.

monitoraggio indispensabile per l'esercizio corretto delle funzioni del soggetto delegato.⁷³

Il soggetto principale delle nuove gare per la distribuzione del gas è dunque la stazione appaltante. L'ente cui il d.m 226/2011 affida questa fondamentale funzione è il Comune capoluogo di provincia, se compreso nell'ambito territoriale altrimenti la scelta ricade su uno qualsiasi dei comuni ricompresi nell'Atem, sulla Provincia⁷⁴, su una società patrimoniale delle reti, su un altro soggetto già istituito. In ogni caso, se la stazione appaltante non è individuata in un ente locale, il soggetto individuabile come tale dovrà già esistere al momento della individuazione della stazione appaltante: non è possibile costituire un nuovo soggetto *ad hoc*.

La stazione appaltante una volta individuata dovrà gestire interamente il procedimento di affidamento che il decreto Letta individuava come esclusiva degli enti locali

73 A. ROMANO, *Le gare per la distribuzione del gas*, op. cit., p. 208.

74 Qui è bene rilevare come il decreto Letta non affidi alcun ruolo alle Province che invece vengono individuate dalla successiva disciplina di secondo grado come soggetti che possono svolgere delle funzioni importanti.

e che la successiva disciplina, a partire dal 46 *bis* del d.l. 159/2007 ha invece ritenuto di affidare ad un soggetto "aggregato"⁷⁵.

Al fine di evitare l'espletamento delle gare nello stesso periodo l'Allegato 1 al "regolamento gare" prevede i termini massimi di convocazione dei comuni interessati per dare vita a ciascun ambito. I termini però sono per l'appunto massimi, e niente impedisce che sia abbia in ogni caso una sovrapposizione tra le gare bandite dai vari Atem.

Entro sei mesi dalla data indicata dall'Allegato 1, il comune capoluogo oppure la provincia, se fuori dall'Atem, deve convocare i comuni per l'individuazione della stazione appaltante. Se la convocazione avviene al di fuori dei termini il Comune capoluogo diventa *ipso iure* stazione appaltante altrimenti il Comune più popoloso o la provincia trasmettono apposita relazione alla Regione affinché eserciti i poteri sostitutivi⁷⁶.

75 A. ROMANO, *Le gare per la distribuzione del gas*, op. cit., p. 208.

76 S. FERLA, op. cit., p. 200.

Il fondamento del potere sostitutivo della Regione viene rintracciato nell'articolo 14.7 del decreto Letta che viene a essere interpretato estensivamente. Esso infatti prevedeva che la Regione potesse sostituirsi al singolo ente locale se quest'ultimo non avesse bandito la gara almeno un anno prima della scadenza dell'affidamento. Ora la disposizione in esame è interpretata per garantire l'effettività delle prime procedure d'ambito secondo i termini previsti dalle norme regolamentari.

I poteri sostitutivi della Regione sono esercitati a condizione che gli enti locali abbiano un determinato ritardo e previa diffida dei soggetti inadempimenti. Laddove persista l'inerzia, la Regione è legittimata ad avviare direttamente la gara d'ambito, anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*⁷⁷.

La disciplina tiene anche conto della possibilità che a essere inadempiente sia la Regione. L'articolo 4.4 della legge 98/2013 ha dunque previsto un potere sostitutivo statale che viene esercitato dal Ministero dello sviluppo

⁷⁷ Ibidem, op. cit., p. 201.

economico, sentita la Regione, e consiste nella nomina di un commissario *ad acta* per dare avvio alla procedura di gara.

4.2 I requisiti di partecipazione

Anche la disciplina dei requisiti è contenuta in parte nella fonte legislativa e in parte nelle fonte regolamentare.

In generale, il decreto Letta ha previsto all'articolo 14.5 dei requisiti che lasciano ampi spazi in sede applicativa ai fini della modulazione dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, esigendo soltanto che vengano rispettati i principi di parità di trattamento, proporzionalità e non discriminazione⁷⁸.

I requisiti posti dall'articolo 14 sono di natura soggettiva. L'ammissione alla gara è infatti limitata a soggetti ben determinati quali società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica e

⁷⁸ Ibidem, op. cit., p. 146.

società cooperative a responsabilità limitata. Le società così costituite sono tuttavia escluse qualora, esse, le loro controllate, controllanti o controllate da una medesima controllante che, in Italia o in altri Paesi UE, gestiscano di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica. Possono inoltre partecipare anche i gruppi europei di interesse economico.

Le ragioni dell'esclusione delle società che erogano servizi pubblici locali in regime non concorrenziale è la tutela della parità di trattamento delle imprese operanti nel mercato comunitario, in armonia con i principi dell'ordinamento europeo, stante la posizione di rilevante vantaggio derivante dalla titolarità di contratti le cui condizioni non sono il risultato di alcuna procedura selettiva⁷⁹.

L'articolo 14.5 è stato poi modificato nel 2012 dal decreto legge 83 il quale ha previsto che i limiti alla

⁷⁹ Ibidem, op. cit., p. 148.

partecipazione alle gare non si applichino alle società quotate in mercati regolamentati e alle loro controllate in via diretta e indiretta; ai soci privati delle società a capitale misto selezionati secondo il modello della gara a doppio oggetto codificato dall'articolo 12.4 d.l. 138/2011; alle medesime società a capitale misto se il socio è stato scelto secondo il modello di gara a doppio oggetto citato.

Un'ulteriore modifica apportata dal d.l. 83/2012 riguarda l'articolo 15 del decreto Letta. È stata prevista una ulteriore deroga per la partecipazione alle gare per l'affidamento della distribuzione del gas naturale. La norma ha disposto che i soggetti già titolari degli affidamenti o delle concessioni di distribuzione del gas possano partecipare alle prime gare per ambiti territoriali, successive al periodo transitorio, senza le limitazioni previste dall'articolo 14.5⁸⁰. La riscrittura della norma ammette quindi a partecipare alle prime gare d'ambito tutti i soggetti già titolari di affidamenti diretti del servizio

⁸⁰ G. FRACCASTORO, *La nuova disciplina in materia di gare per il servizio di distribuzione del gas*, in *Corriere Merito*, 2012, 12.

di distribuzione al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. 164/2000 con l'effetto di consentire di partecipare su tutto il territorio nazionale a tutti i gestori uscenti soggetti all'applicazione del regime transitorio del decreto Letta⁸¹.

Il d.m. 226/2011 contiene invece la disciplina di dettaglio andando a meglio specificare i requisiti previsti dal decreto Letta.

L'articolo 1 del d.m. citato prevede il divieto di partecipazione per i titolari di affidamenti diretti, tenendo conto delle disposizioni di rango primario già descritte.

Gli altri requisiti generali di partecipazione sono in linea con la disciplina generale in materia di appalti pubblici. Sono quindi esclusi coloro che rientrano in una fattispecie di cui all'articolo 30 del d. lgs. 163/2006⁸² e coloro che si trovino, rispetto ad altro partecipante, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione che comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. Non

⁸¹ S. FERLA, op. cit., p. 155.

⁸² Sostanzialmente riprodotto dall'articolo 80 del "Nuovo codice degli appalti" di prossima approvazione.

possono inoltre partecipare alla gara più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti; né partecipare in forma individuale, qualora si partecipi anche all'interno di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti. Infine le imprese concorrenti devono essere a norma con la disciplina per l'assunzione dei disabili e in materia di piani di emersione del lavoro sommerso.

I requisiti di capacità economico-finanziaria richiedono alle imprese partecipanti determinati livelli di fatturato, dimostrabili dalle scritture contabili, o garanzie finanziarie attestanti la solvibilità dell'impresa e la possibilità della stessa di accedere a determinati livelli di credito individuati tenendo conto del valore della concessione e dei valori di rimborso ai gestori uscenti nell'ambito di gara.

Sul versante dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa, l'articolo 10.6 richiede sostanzialmente che l'impresa disponga di impianti, personale, mezzi idonei

all'adempimento dell'obbligazione concessoria cui si aggiungono requisiti "formali" quali l'iscrizione al registro delle imprese e/o alla camera di commercio; certificazione di qualità UNI ISO 9001; esperienza di operare in conformità con la normativa in materia di sicurezza del lavoro.

4.3 Gli obblighi informativi per i gestori

Al termine dell'affidamento i gestori uscenti devono fornire tutta una serie di informazioni all'ente locale. Queste informazioni sono necessarie affinché il Comune possa riaffidare con gara il servizio.

Attualmente questi obblighi sono individuati dall'articolo 4 del "regolamento gare" che li codifica in modo puntuale.

Precedentemente, tali obblighi non erano definiti direttamente per via normativa e soltanto di rado erano espressamente fatti oggetto dei contratti di concessione. La situazione precedente creava non di rado un

contenzioso tra l'ente locale e il gestore uscente circa la portata dell'obbligo informativo pur non essendoci dubbi sul diritto dell'ente locale di dover disporre di quelle informazioni per poter poi procedere alla messa in gara del servizio⁸³.

Le informazioni che il gestore deve trasferire all'ente locale possono essere divise in tre categorie.

La prima categoria comprende le "informazioni tecniche" tra le quali rientrano lo stato di consistenza; il protocollo di comunicazione delle apparecchiature installate per lo svolgimento dell'attività di misura; la relazione sullo stato di manutenzione dell'impianto; il numero dei punti di riconsegna e i volumi di gas distribuito riferiti agli ultimi tre anni.

Lo stato di consistenza contiene sostanzialmente la ricognizione completa, anche planimetrica, dell'impianto cui si aggiunge l'indicazione della proprietà dei singoli tratti di rete.

La seconda categoria comprende le informazioni di

⁸³ S. FERLA, op. cit., p. 203.

carattere economico-tariffario tra le quali rientrano le componenti tariffarie di località; la tariffa di riferimento dell'ente locale; i dati contenuti nelle "schede località" destinate ad essere trasmesse all'Autorità per il calcolo delle tariffe⁸⁴.

Sempre tra le informazioni di carattere economico rientrano anche quelle di natura economico-contrattuale comprendenti le dichiarazioni del gestore uscente sulle obbligazioni finanziarie esistenti al momento dell'uscita relative agli investimenti effettuati e quelle relative ai contratti pubblici e privati inerenti lo svolgimento del servizio di distribuzione e connessi alla proprietà degli impianti, quali servitù e concessioni di attraversamento.

Infine l'ultima categoria di informazioni comprende le informazioni sul personale destinato ad essere assunto dal gestore subentrante in forza delle c.d. clausole occupazionali.

Il quadro degli obblighi imposti al gestore uscente si

⁸⁴ I dati contenuti nelle schede località comprendono i dati dei costi di capitale e ammortamenti segmentati per tipologia di cespiti e località e ripartiti per soggetto proprietario; i contributi pubblici in conto capitale e i contributi privati relativi ai cespiti di località.

completa di obblighi finalizzati a garantire continuità di servizio nelle more del passaggio dal vecchio al nuovo gestore e nel garantire l'accesso all'impianto da parte dell'ente locale e delle imprese partecipanti.

Il gestore uscente ha dunque nell'attuale assetto dei precisi obblighi di informazione in favore tanto dell'ente locale quanto delle imprese partecipanti alla gara. Qualora il gestore si rifiuti di fornire queste informazioni sono diversi gli strumenti messi a disposizione dell'ente locale per ottenerle.

Innanzitutto prima dell'entrata in vigore del "regolamento gare", l'unica forma di tutela attivabile dall'ente locale era, non senza qualche difficoltà applicativa, quella dell'azione per accesso ai documenti amministrativi prevista dall'articolo 25 della legge 241/1990. L'articolo 25 era pensato più per i rapporti tra amministrazione e cittadino che per i rapporti tra due soggetti pubblici. Tanto l'ente locale quanto il gestore hanno una veste pubblica: l'ente locale rientra tra le

amministrazioni pubbliche, il gestore tra i gestori di pubblici servizi. Tecnicamente sono dunque soggetti passivi dell'azione e non soggetti attivi⁸⁵.

Data la discordia tra i giudici amministrativi sul punto, è intervenuto il Consiglio di Stato⁸⁶ stabilendo la legittimità dell'esercizio dell'azione da parte dell'ente locale in base all'applicazione del principio di leale collaborazione⁸⁷ che consente non solo la richiesta di informazioni già elaborate, e quindi consistente in un semplice trasferimento, ma anche la richiesta di formulare delle informazioni elaborando i dati disponibili. Rispetto all'applicazione "naturale" della norma, dunque l'amministrazione ha un potere in più, e cioè quello di pretendere dal gestore, entro certi limiti, anche un'attività di elaborazione dei dati disponibili giustificato non solo alla luce del principio di leale collaborazione ma anche dai poteri che la legge riconosce in capo al concedente, in

85 S. FERLA, op. cit., p. 208.

86 Cons. Stato, sez. V, n. 3190/2011.

87 Il principio di leale collaborazione è previsto dall'articolo 22 della l. 241/1990 al fine di regolare i rapporti tra soggetti pubblici.

questo caso l'ente locale.

Le informazioni che il gestore deve trasmettere all'ente locale, così come sono individuate dall'articolo 4 del Regolamento gare, non sono però adeguatamente tutelate nemmeno dall'interpretazione rafforzativa del Consiglio di Stato. Il regolamento tuttavia offre una soluzione alternativa soltanto con riferimento allo stato di consistenza dei dati. L'articolo 5 permette il ricorso a quanto previsto dall'articolo 3.10 del d.p.r 902 del 1986 in materia di riscatto anticipato del servizio. Se l'ente locale attiva questa procedura potrà sostituirsi al gestore formando esso stesso d'ufficio lo stato di consistenza e potrà anche accedere forzosamente ai locali del gestore, dietro apposito provvedimento prefettizio.

Sull'applicazione dell'articolo 5 citato, non mancano dubbi trattandosi infatti di una forma di azione amministrativa esecutoria, per sua stessa natura tipica, che viene ad essere utilizzata al di fuori del suo ambito di applicazione e senza un adeguato supporto a livello di

fonte primaria⁸⁸. L'azione è comunque limitata al trasferimento dei dati contenuti nello stato di consistenza permanendo dunque il problema di quali strumenti attivare in caso di rifiuto avente ad oggetto altre informazioni. Una soluzione potrebbe essere a questo punto l'azione ordinaria di accertamento e condanna correlata da un rimedio cautelare atipico.

Si segnalano inoltre i poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che ha individuato nel rifiuto delle informazioni gli estremi dell'abuso di posizione di dominante⁸⁹.

Infine, un rafforzamento dei poteri dell'ente locale a tal proposito, è rintracciabile nell'articolo 25 commi 6 e 7 del d.l. 1/2012 che impone ai concessionari e agli affidatari di servizi pubblici locali di fornire ogni informazione necessaria per definire i bandi, entro sessanta giorni dalla richiesta. Se il gestore non adempie, l'AGCM, può irrogare sanzioni fino ai 500.000€.

88 S. FERLA, op. cit., p. 211.

89 Sulla questione si segnala il provvedimento 23243 del 13 febbraio 2012 – proc. A435.

4.4 Il bando di gara

La redazione del bando di gara non è lasciata alla discrezionalità degli enti locali ma è disciplinata dall'articolo 9 del Regolamento gare. Lì trova la sua disciplina il bando di gara insieme al disciplinare di gara e ai documenti preparatori.

Gli allegati 1 e 2 al Regolamento contengono dei bandi e dei disciplinari di gara tipo che limitano la discrezionalità delle amministrazioni locali dato che ogni discostamento deve essere giustificato. La nota giustificativa dev'essere poi trasmessa dalla stazione appaltante all'Autorità di settore la quale ha trenta giorni di tempo per inviare le proprie osservazioni⁹⁰.

Il primo documento preparatorio è costituito dalle linee guida programmatiche d'ambito disciplinate dal terzo comma. Questo documento indica le condizioni minime di sviluppo degli impianti, espresse con riferimento alla densità di nuovi punti di riconsegna per chilometro di rete che rendono obbligatorio lo sviluppo

⁹⁰ Art. 9.2 D.M. 226/2011.

dell'impianto; il volume di gas distribuito per chilometro di rete che rende obbligatorio il potenziamento dell'impianto; gli interventi di ammodernamento previsti obbligatoriamente dalla regolazione AEEG con fini di maggior sicurezza degli impianti; la vita residua media ponderata dell'impianto al di sotto della quale si rendono necessari gli interventi di manutenzione e sostituzione.

Tutte queste condizioni sono individuate dalla stazione appaltante facendo riferimento alla situazione degli specifici territori e degli specifici impianti dell'ambito⁹¹. Nell'individuazione di questi parametri la stazione appaltante dovrà inoltre tenere conto dell'equilibrio economico della gestione e dovrà giustificarli da un'analisi costi-benefici per i consumatori. È evidente come sia fondamentale anche l'attività collaborativa degli enti locali sebbene il regolamento non disciplini la fase di acquisizione.

Al quarto comma trovano invece regolamentazione i rapporti tra ente locale e stazione appaltante in vista della

⁹¹ S. FERLA, op. cit., p. 270.

redazione del "documento guida". In questo caso la disposizione prevede l'obbligo per gli enti locali di "fornire gli elementi programmatici di sviluppo del proprio territorio nel periodo dell'affidamento e lo stato del proprio impianto di distribuzione". Queste informazioni che l'ente locale deve trasmettere alla stazione appaltante sono però possedute dal gestore: è quindi previamente necessaria l'acquisizione dal distributore. Per ciò che concerne il contenuto del "documento guida", esso individua gli interventi di massima estensione compatibili con lo sviluppo territoriale; le zone con problemi di fornitura che necessitano interventi di potenziamento della rete; la relazione sullo stato dell'impianto.

Sulla base del documento guida e delle linee guida programmatiche d'ambito vengono elaborati il bando e il disciplinare di gara.

Lo schema di bando-tipo contenuto nell'Allegato 2 opta per la procedura ristretta. Le procedure aperte sono quelle nelle quali ciascun operatore economico interessato

può presentare offerta⁹². La procedura ristretta presenta invece una struttura bifasica. Nella prima fase i concorrenti sono prequalificati sulla base di apposita domanda di partecipazione; nella seconda fase si ha l'ammissione dei concorrenti dotati dei requisiti di partecipazione. Dal punto di vista della trasparenza non vi è alcuna differenza tra gara aperta e gara ristretta.

L'adozione della gara ristretta è ora doverosa per la stazione appaltante a meno che la gara non abbia ad oggetto impianti in cui il gestore uscente gestisce più del 60% dei punti di riconsegna dell'ambito: in questo caso si applica la procedura aperta⁹³.

Circa il contenuto del bando di gara, possiamo distinguere una parte generale da una parte specifica recante informazioni specifiche relative ciascun comune.

La parte generale contiene "le informazioni dettagliate per la partecipazione alla gara e informazioni di massima per la sua gestione, nonché gli oneri da

92 M. CLARICH, in *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, p. 436.

93 Così l'art. 27 del D.M. 106/2015 ha modificato l'art. 9.1 del D.M. 226/2011.

riconoscere una tantum ed annualmente alla stazione appaltante, la cauzione provvisoria per i partecipanti alla gara e la cauzione definitiva da produrre in caso di aggiudicazione, all'atto della stipula del contratto di servizio, e da una serie di allegati contenente le informazioni specifiche per ogni Comune appartenente all'ambito"⁹⁴.

La parte speciale contiene invece sostanzialmente tutte le informazioni, tecniche ed economiche, sull'impianto; la quota tariffaria annuale spettante ai soggetti proprietari; il "documento guida"; la data di subentro; il regolamento comunale e provinciale sui lavori stradali.

Il bando deve inoltre esplicitare l'obbligo del gestore di provvedere alla costruzione della rete nelle aree non metanizzate laddove si rendano disponibili finanziamenti pubblici per almeno il 50% del valore delle opere e i lavori siano programmabili tre anni prima della scadenza dell'affidamento.

⁹⁴ Art.9.5 D.M. 226/2011.

Il disciplinare di gara norma invece nel dettaglio lo svolgimento della gara. Individua i criteri di valutazione delle offerte e i termini per la loro presentazione. Esso regola organicamente la seconda fase della procedura ristretta.

4.5 La commissione di gara

La commissione di gara è regolata dall'articolo 11 del "Regolamento gare". Essa è costituita da "cinque esperti di comprovata esperienza nel campo della distribuzione del gas o dei servizi pubblici locali" nominati dalla stazione appaltante⁹⁵ dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

L'articolo 11 disciplina anche i requisiti che i commissari devono avere ed individua le cause di esclusione e di incompatibilità.

Per ciò che concerne i requisiti, il quinto comma richiede o l'iscrizione almeno decennali negli albi

⁹⁵ Sono quindi esclusi poteri di nomina degli enti locali. Anche qui emerge il carattere di gestione associata della stazione appaltante.

professionali o, in aggiunta alla laurea, un'esperienza almeno decennale di esperienza nel settore del gas presso imprese e o istituzioni. Inoltre sono ritenuti idonei i professori universitari di ruolo.

Il quarto comma e gli ultimi tre commi dell'articolo 11 disciplinano i regimi di incompatibilità. Non possono ricoprire il ruolo di commissario coloro che nei cinque anni precedenti la scadenza della presentazione della domanda di partecipazione alla gara sono stati pubblici amministratori o dipendenti degli enti locali appartenenti all'ambito di gara né della relativa provincia o regione; hanno avuto rapporti di collaborazione con le predette istituzioni, ad eccezione di eventuali partecipazioni a commissioni di gara; hanno approvato atti dichiarati illegittimi con o colpa grave da sentenza. Infine il comma otto prevede una clausola di chiusura che rimanda alle cause di astensione dell'articolo 51 del codice di procedura civile⁹⁶.

96 Così l'articolo 51 c.p.c.: “Il giudice ha l'obbligo di astenersi: se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto; se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei

Rispetto alla disciplina generale contenuta nel d.lgs. 163/2006, quella settoriale prevista per il servizio di distribuzione del gas si presenta essere più rigida. Per esempio, l'articolo 84.8 del d.lgs 163/2006 prevede la scelta dei commissari tra i funzionari dell'ente e, solo in subordine, tra quelli di altre amministrazioni aggiudicatrici, ovvero tra soggetti esterni. Il regolamento gare invece pone come regola generale la nomina di componenti esterni.

5. Il riscatto delle reti

Una problematica ormai superata ma utile per inquadrare il servizio di distribuzione del gas è quella del riscatto della concessione amministrativa. La questione si

difensori; se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori; se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico; se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa. In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio, l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore.”

intende superata vista la scadenza del periodo transitorio e quindi l'applicazione del "regime ordinario".

La questione del riscatto in materia di distribuzione del gas attiene sostanzialmente alla sua legittimità durante il periodo transitorio posto che il regime ordinario risulta incompatibile con quest'istituto. Il decreto Letta infatti stabilisce come obbligatoria l'esternalizzazione della gestione del servizio⁹⁷ e quindi il comune non ha più nell'attuale assetto il potere di assumere la gestione diretta del servizio tramite azienda speciale o società per azioni a prevalente capitale pubblico locale⁹⁸.

Innanzitutto in che cosa consiste il riscatto. Disciplinato dall'articolo 24 del R.D. 2578/1925, esso era lo specifico strumento attraverso il quale gli enti locali esercitavano la facoltà di "municipalizzare" i servizi di propria competenza, rilevandoli dai concessionari privati e assumendoli in gestione diretta o tramite azienda

97 Art. 14. d. lgs. 164/2000.

98 J. BERCELLI, *Le concessioni amministrative del servizio pubblico di distribuzione gas*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 9, p. 1062.

speciale⁹⁹. Il riscatto dunque non era una semplice clausola di recesso ma era espressione di un potere pubblicistico determinato da una finalità tipica, e cioè quella di affidare al pubblico la gestione di servizi ritenuti fondamentali per la comunità. Derivava direttamente dalla legge e non dipendeva dall'autonomia negoziale delle parti in sede di contratto di concessione¹⁰⁰.

Esso trovava dunque origine e disciplina nella normativa dell'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province. L'esercizio della facoltà di riscatto è condizionato all'assunzione diretta da parte del concedente della gestione del servizio riscattato. L'assunzione diretta è dunque il presupposto logico della dell'esercizio della facoltà di riscatto. Con il riscatto termina la concessione e il servizio viene ad essere esercitato dall'ente locale¹⁰¹.

99 S. FERLA, *Il riscatto del servizio di distribuzione del gas: un problema ancora aperto?*, in *Azienditalia*, 2006, p. 11.

100 L'articolo 26 del R.D 2578/1925 imponeva agli enti locali di inserire la clausola di riscatto nel contratto di concessione. Il riscatto quindi non era nient'altro che un adempimento alla disposizione di legge.

101 J. BERCELLI, *Le concessioni amministrative del servizio pubblico di distribuzione gas*, cit., p. 1062.

Nel 2000 entrava in vigore il Testo unico degli enti locali il quale all'articolo 123.3 abrogava le norme del R.D. 2578/1925, mantenendone l'efficacia sino all'adeguamento delle aziende speciali alle nuove disposizioni, nonché facendo espressamente salvo l'esercizio del diritto di riscatto, ma limitatamente ai rapporti in corso di esecuzione. L'articolo 35 della finanziaria 2002 ha successivamente abrogato l'articolo 123.3 citato con conseguente abrogazione dell'istituto del riscatto.

Due anni dopo l'approvazione del decreto Letta, il Consiglio di Stato ebbe modo di intervenire¹⁰² sulla questione del riscatto nella materia di distribuzione del gas stabilendo come la riforma prevedesse necessariamente l'affidamento del servizio a un soggetto terzo, restando ai comuni solo le attività di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo, e prevedesse inoltre una trasformazione dei rapporti tra ente locale gestore governati dalle normali ipotesi di recesso

¹⁰² Cons. Stato, V sezione, 2002, sent. n. 902.

contrattuale¹⁰³. Successive sentenze del Consiglio di Stato avrebbero chiarito come il regime transitorio previsto dall'articolo 15 del decreto Letta fosse in contrasto con il riscatto dato che lo scopo del regime transitorio era quello, attraverso l'anticipazione delle scadenze contrattuali degli affidamenti, di gradualizzare il passaggio al nuovo sistema, assicurando certezza e stabilità ai gestori. La giurisprudenza amministrativa riteneva quindi la facoltà di riscatto tacitamente abrogata e non più esercitabile sin dal decreto Letta.

Un cambiamento di normativa rideterminò la riapertura della questione.

La 239/2004, c.d. legge Marzano, intervenne con una norma di interpretazione autentica dell'articolo 15 del decreto Letta prevedendo che questo dovesse essere letto nel senso che la facoltà di riscatto è esercitabile, durante il periodo transitorio, se contenuta nei relativi atti di affidamento o di concessione. Qui bisogna concentrarsi

103 J. BERCELLI, *Le concessioni amministrative del servizio pubblico di distribuzione gas*, cit., p. 1063.

sulla natura di interpretazione autentica dell'articolo 69.1 della legge Marzano tenendo in debito conto l'orientamento della Corte costituzionale. La Consulta infatti ammette le leggi di interpretazione autentica quando la scelta interpretativa imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario¹⁰⁴. In questo caso quindi significherebbe sostenere che l'articolo 15 del decreto Letta offrisse la possibilità per un'interpretazione di apertura verso il riscatto. Una tale "interpretazione" appare ben difficile se si tiene a mente la natura del riscatto: trasferire la gestione del servizio dal privato al pubblico. Lo scopo del riscatto contrasta palesemente con l'articolo 14 del d. lgs. 164/2000 che individua nella gara l'unica modalità di affidamento del servizio. A ciò si aggiunga che il riscatto era già stato precedentemente abrogato. La legge Marzano quindi renderebbe nuovamente operativo un istituto abrogato facendo salve clausole convenzionali che a questo istituto sono inscindibilmente legate¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Corte cost., 2000, sent. n. 525.

¹⁰⁵ S. FERLA, *Il riscatto del servizio di distribuzione del gas: un problema ancora aperto?*, cit., p. 12.

Il Consiglio di Stato svincolò il riscatto da quella che era stata sino ad allora la sua disciplina-base, cioè il R.D. 2578/1925¹⁰⁶. Secondo il massimo organo della giustizia amministrativa, l'articolo 1.69 della Marzano non avrebbe avuto come scopo quello di ridare validità all'articolo 24 del R.D. 2578 ma solamente quello di salvare le clausole di riscatto autonomamente contemplate negli atti di affidamento o concessione. Il Consiglio di Stato non ha rinvenuto un necessario collegamento tra lo scopo dell'articolo 24 citato e le clausole di riscatto dei contratti di concessione. In altri termini non necessariamente il riscatto deve avere come finalità quello di trasformare la gestione del servizio da privata a pubblica ma può trovare spazio anche in una diversa soluzione gestionale quale quella dell'affidamento a terzi mediante gara.

Tuttavia, richiamando l'articolo 26 del Testo unico del 1925, le clausole di riscatto non erano espressione della volontà delle parti quanto mera attuazione di un obbligo di legge. In forza di ciò l'orientamento del Consiglio di

106 Cons. Stato, V sez., V, 2005, sent. 3817.

Stato ha destato qualche perplessità vista la pretesa autosufficienza di un istituto che ha nella legge le sue radici¹⁰⁷.

Nel 2006, vi è un successivo intervento legislativo volto a confermare la soluzione della legge Marzano ma cambiandone i presupposti. L'articolo 23.3 della l. 51/2006 elimina il richiamo all'articolo 15 del d. lgs. 164/2000, non volendo offrirne un'interpretazione autentica, ma volendo semplicemente fare salva la facoltà di riscatto anticipato durante il periodo transitorio se prevista nell'atto di affidamento o di concessione. La disposizione, che sembra assorbire il precedente comma 69, non ne elimina i problemi. Anche in questo caso si fa salva esclusivamente la facoltà di riscatto convenzionale, e quindi propone ancora un'opzione interpretativa del rapporto legge-contratto di concessione che ammette un riscatto anche per finalità diverse dall'assunzione diretta del servizio da parte dell'ente locale¹⁰⁸.

Per ciò che riguarda la disciplina applicabile al

107 S. FERLA, *Il riscatto del servizio di distribuzione del gas: un problema ancora aperto?*, cit., p. 12.

108 *Ibidem*, cit., p. 12.

riscatto, il comma 69 stabilisce che tale facoltà vada esercitata secondo le norme stabilite negli atti di affidamento o di concessione. Bisogna per lo meno riconoscere gli sforzi del legislatore nel distinguere tra riscatto convenzionale e riscatto legale. Tuttavia sul piano applicativo la distinzione risulta essere meno marcata vista la disciplina dell'ormai abrogato articolo 26 R.D. 2578 che prevedeva che le clausole convenzionali di riscatto vi facessero implicito o esplicito riferimento. La disciplina applicativa non può dunque non essere che quella dell'articolo 24 del Testo unico del 1925 che regolava le finestre temporali per l'esercizio del riscatto; le procedure di deliberazione del riscatto e del relativo preavviso di un anno; i criteri di quantificazione dell'indennità di riscatto. Tenendo conto del regime transitorio, l'indennità di riscatto sarà calcolata non già sull'originaria durata della concessione ma su quella risultante dalla disciplina del regime transitorio, comprensivo delle varie proroghe succedutesi nel tempo

al fine di evitare trattamenti differenziati tra gestori sottoposti a procedura di riscatto e gli altri gestori¹⁰⁹.

Sul versante della giurisdizione, laddove fossero nate delle controversie tra gestore e amministrazione locale, queste, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato¹¹⁰, sarebbero state di competenza del giudice amministrativo non trovando spazio né la giurisdizione del giudice ordinario né l'arbitrato. Il fondamento della giurisdizione del giudice amministrativo fu individuato a suo tempo proprio nella natura del riscatto: esercizio di un potere amministrativo¹¹¹.

6. I rimborsi agli operatori uscenti

Anche la disciplina dei rimborsi distingue tra fase transitoria e fase a regime. Dato che il regime transitorio è sostanzialmente concluso, ci concentreremo su quella a

109 Ibidem, cit., p. 14.

110 Cons. Stato, sez. V, 2006, sent. 6133; Cons. Stato, sez. V, 2004, sent. 6327; Cons. Stato, sez. V, 2004, sent. 6870.

111 L. CARBONE e M. D'ADAMO, *Riscatto anticipato del servizio pubblico di distribuzione del gas*, in *Corriere Giur.*, 2005, 2,179; Id., *Riscatto anticipato dal servizio di distribuzione del gas*, in *Corriere Giur.*, 2007, 1, p. 33.

regime.

L'articolo 6 del "regolamento gare" rinvia all'articolo 14.8 del decreto Letta. Quest'ultimo stabilisce che nella situazione a regime il rimborso sarà pari al valore delle immobilizzazioni nette di località, in conformità con la regolazione tariffaria. In altri termini il rimborso sarà calcolato sulla base dei costi sostenuti per l'acquisto e per la realizzazione delle opere, rivalutati e remunerati secondo la tipologia tariffaria¹¹².

Dato che il rimborso è calcolato tenendo conto delle opere realizzate o acquistate, il bando non potrà contenere un importo già chiuso e definito. Per questa ragione l'articolo 14.9 obbliga gli enti locali a inserire nel bando le modalità per regolare il valore di rimborso delle immobilizzazioni previste dopo l'emissione nel bando di gara.

Nella determinazione dell'importo non rientrano i contributi pubblici e privati percepiti dal gestore per la realizzazione degli impianti. Il d. lgs. 93/2011 ha posto

112 S. FERLA, op. cit., p. 244.

fine alla questione della deducibilità dei contributi privati. La versione precedente dell'articolo 14.8 faceva riferimento soltanto ai "contributi pubblici a fondo perduto". Le modifiche del 2011 hanno invece tenuto inglobato anche i contributi privati¹¹³. L'intervento del legislatore invero ha recepito la soluzione già fatta propria dal sistema tariffario vigente.

L'AEEGSI ha avuto il compito di determinare per via regolamentare, attraverso lo strumento tariffario, il valore della vita utile degli impianti. Il successivo "regolamento gare" ha introdotto dei parametri vincolanti ai fini della determinazione del valore di rimborso che tengono comunque conto della prassi e quindi del lavoro dell'AEEGSI.

Tra le altre voci dei valori di rimborso rientrano anche gli oneri amministrativi per autorizzazioni, per la progettazione, per la direzione lavori e per i collaudi cui si aggiungono le "spese generali" in senso stretto. Tutte

113 Tra i contributi privati rientrano per esempio quelli versati dagli utenti ai distributori per l'allacciamento della rete.

queste voci sono individuate in un 13% del costo di ricostruzione stesso.

Ultima voce di cui tener conto, e verosimilmente la più importante, è quella del costo di costruzione dell'impianto che viene individuato applicando il prezzario contenuto nei documenti contrattuali, ove esistente. Se manca ogni indicazione al riguardo, occorre fare riferimento ai prezzari per lavori edili per installazione di impianti tecnologici vigenti nelle Provincia dell'ambito interessato o, in subordine, agli analoghi prezzari regionali¹¹⁴.

Autonomi prezzi sono stabiliti per la fornitura e posa delle tubazioni per le condotte, che costituiscono mediamente la parte più rilevante dei costi di costruzioni.

114 S. FERLA, op. cit., p. 226.

Conclusioni

Lo scopo del presente lavoro è stato quello di ricostruire la disciplina delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale mettendone in evidenza le novità rispetto al precedente assetto normativo.

Tradizionalmente il servizio di distribuzione del gas non trovava regolazione in una disciplina settoriale ma era disciplinato dalla normativa generale in materia di servizi pubblici locali. Con il decreto Letta il mercato del gas viene liberalizzato in tutte le sue fasi della filiera produttiva e questo cambia profondamente le caratteristiche della distribuzione.

Le fasi che precedono la distribuzione vengono a essere aperte al mercato attraverso strumenti tipici del diritto antitrust, quali l'*unblinding*. Come si è descritto nelle pagine precedenti esistono diversi modelli di *unblinding*, ciascuno dei quali dotato di una differente efficacia nella soluzione al problema rappresentato dalle

“società verticalmente integrate”. L'erosione delle posizioni dominanti degli operatori tradizionali è stata lo scopo delle direttive europee in materia, e quindi, della disciplina di recepimento che si è dimostrata talvolta lungimirante, e talaltra, un passo indietro rispetto ai risultati raggiunti.

Nell'attuale fase, a seguito del quasi definitivo scorporamento Eni Snam, la disciplina antitrust è diretta alla soluzione di altri problemi. Tra questi vi rientra la disciplina delle gare del servizio di distribuzione che abbiamo visto essere di competenza degli enti locali organizzati in ambiti territoriali minimi.

L'ambito territoriale rappresenta una delle novità più recenti dell'evoluzione organizzativa del settore. Non soltanto gli enti locali hanno perso la possibilità di affidare direttamente il servizio di distribuzione, ma hanno anche perso la possibilità di gestire direttamente le gare a causa dell'introduzione della stazione appaltante dell'ambito territoriale. Una misura questa resasi necessaria per

ottimizzare l'erogazione del servizio ma che ha certamente limitato le prerogative degli enti territoriali che da sempre avevano avuto un ruolo primario nella gestione attraverso l'individuazione del soggetto gestore per procedimenti non ad evidenza pubblica.

Sin dal decreto Letta invece è stato previsto che il servizio di distribuzione dovesse essere affidato tramite lo strumento della gara. La disciplina tuttavia non è stata di immediata applicazione e la sua completa attuazione si è avuta soltanto a partire dal 2012. Il periodo transitorio che inizialmente sarebbe dovuto durare sino al 31 dicembre 2005 è stato più volte prorogato suscitando anche questioni sulla legittimità di tali proroghe che di volta in volta hanno rinviato l'applicazione di uno degli elementi chiave della riforma del 2000.

Finalmente nel 2011 sono stati emanati i decreti ministeriali necessari per lo svolgimento delle gare: prima i decreti di definizione degli ambiti territoriali, poi il decreto che regolava, e regola tutt'ora, le gare.

Il d.m. 226/2011, e successive modifiche, disciplina attualmente lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio. Va notato come il legislatore abbia preferito, anche per la regolazione di questa fase, l'applicazione di una disciplina *ad hoc* anziché di quella generale contenuta del codice degli appalti. I criteri di aggiudicazione, nonché quelli di partecipazione, sono individuati tenendo conto delle caratteristiche delle imprese operanti nel settore e la disciplina generale interviene soltanto laddove non vi sia una regolazione da parte di quella speciale.

Sono stati poi posti in evidenza i problemi dati dall'istituto del riscatto. Questo, da ritenersi definitivamente non più operativo nella fase ordinaria di applicazione del decreto Letta, ha creato non pochi problemi tanto alla giurisprudenza quanto al legislatore, nonché ai gestori, durante il periodo transitorio. Non essendovi stata chiarezza sulla sua applicazione, ne è nato un contenzioso importante che ha reso necessari due interventi legislativi che abbiamo visto essere non

immuni da critiche.

Riesaminando globalmente il processo riformativo avviato dal decreto Letta, emergono dunque le difficoltà per l'arrivo all'attuale disciplina. Le numerose proroghe al periodo transitorio hanno reso instabile il tessuto normativo e dunque complicato le scelte economiche dei soggetti coinvolti. L'incertezza sulla durata delle concessioni in essere non ha infatti favorito la pianificazione industriale degli operatori del settore, sia già presenti che potenzialmente interessati all'ingresso. Ne è quindi derivata una limitazione degli investimenti da parte delle imprese, spesso non in grado di elaborare strategie per il futuro. Anche il ritardo nella determinazione degli Atem ha certamente influito negativamente sull'applicazione del regime ordinario contribuendo al rinvio dello svolgimento delle gare a un periodo ben successivo al 31 dicembre 2005.

Lo scenario che si aprirà ora, si presenterà verosimilmente con un'elevata riconcentrazione degli

operatori anche se il numero degli Atem è comunque idoneo a favorire una certa pluralità di soggetti.

Sul versante "istituzionale" sarà invece interessante vedere quale ruolo giocheranno l'Autorità garante per il mercato e il giudice amministrativo. Giudice amministrativo che certamente ha assunto un ruolo di primissimo piano durante il periodo transitorio andando a risolvere, o per lo meno cercando di farlo, i problemi di una disciplina così incompleta e poco coordinata.

Bibliografia

ALTIERI A. M., *La discrezionalità amministrativa nei bandi di gara per la distribuzione del gas naturale*, in *Giornale dir. amm.*, 7, 2011, pp. 750-758;

ANIBALLI L., *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, in *Giornale dir. amm.*, 6, 2015, pp. 787-795;

BASSI G. e MORETTI F., *L'assetto dei servizi pubblici locali dopo i referendum abrogativi. Una ricostruzione del quadro ordinamentale*, in *Azienditalia*, 8, 2011, pp. 1-20 ;

BERCELLI J., *Le concessioni amministrative del servizio pubblico di distribuzione gas*, in *Urbanistica e appalti*, 9, 2002, pp. 1062-1066.

BIANCARDI A., *Alcune considerazioni sul processo di liberalizzazione del settore del gas naturale in Italia*, in

L'Industria, XXV, 3, 2004, pp. 535-552;

CARAVITA di TORITTO B., *La definizione degli ambiti territoriali ottimali*, in G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2014*, Bologna, 2014, pp. 191 -197;

CARBONE L. e D'ADAMO M., *Riscatto anticipato del servizio pubblico di distribuzione del gas*, in *Corriere Giur.*, 2, 2005, p. 179; Id., *Riscatto anticipato dal servizio di distribuzione del gas*, in *Corriere Giur.*, 1, 2007, p. 33;

CINTOLI F., *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, pp. 141-163;

CINTIOLI F., in *Concorrenza, istituzioni e servizio*

pubblico, Milano, 2010;

CIRIELLI P., *La completa liberalizzazione dei mercati energetici*, in *Giornale dir. amm.*, 3, 2008, pp. 280-290;

CLARICH M., in *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013;

CORALI E., *Il "servizio pubblico" nella norma comune europea per il mercato interno del gas naturale*, in *Amministrare/ a. XXXI*, n. 1, 2001, pp. 117-150.;

COSTA E., *Servizio di distribuzione del gas naturale: è compatibile con il diritto comunitario la proroga del periodo transitorio?*, in *Corriere Merito*, 2007, pp. 265-270;

COSTA S., *Il mercato europeo del gas naturale: il Terzo pacchetto alla prova della mischia*, in *Economia dei*

Servizi, I, 2010, pp. 135-157;

DE VALLES A., *Servizi Pubblici* in Trattato di diritto amministrativo italiano, a cura di Orlando, VI, Milano, 1923;

FERLA S., *Il riscatto del servizio di distribuzione del gas: un problema ancora aperto?*, in *Azienditalia*, 11, 2006, pp. 803-808;

FERLA S., in *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale*, Santarcangelo di Romagna, 2015;

FRACCASTORO G., *La nuova disciplina in materia di gare per il servizio di distribuzione del gas*, in *Corriere Merito*, 12, 2012, pp. 1083 - 1087;

GALLERINI R., *Politiche energetiche e diritto dell'energia*, in M. GIUSTI e E. BANI, *Complementi di diritto*

dell'economia, Padova, 2008, pp. 65-80;

LICATA G. F., *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas anturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, in *Riv. It. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 2, 2011, pp. 523-542;

MONTEDURO M., *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale nella riforma operata dal d.lg. n. 164 del 2000: profili sostanziali e procedurali*, in *Foro amm. TAR*, fasc. 2, 2002, pp. 590-602;

MONTINI M., *Il nuovo modello di gestione del servizio di distribuzione del gas naturale*, in *Giornale dir. amm.*, 4, 2002, p. 452-461;

NICOLETTI G., *La liberalizzazione del servizio di distribuzione del gas. Periodo transitorio, proroghe e riscatti*, in *Azienditalia*, 12, 2005, pp. 1-8.;

PELLIGIANO G., *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Vallo della Lucania, giugno 2009;

PEZZATI P., in *Reti, gestione e concorrenza nei pubblici servizi. La filiera del gas*, Italia, 2011;

POLETTINI F., *L'introduzione della concorrenza nel settore energetico*, in *Dir. industriale*, IV, 2003, pp. 331-336;

RANCI P., *Il mercato europeo liberalizzato del gas e la sicurezza degli approvvigionamenti*, in *Mercato concorrenza regole*, XI, n. 3, 2009, pp. 525-542;

ROMANO A., *Le gare per la distribuzione del gas*, in G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di*

diritto dell'energia 2014, Bologna, 2014, pp. 199-215;

SCOTTI E., *Servizi pubblici locali*, in *Digesto Pubblico*, 2012, pp. 1-29;

TESTA F.- STAGNARO C., *Reti di trasporto nazionale e concorrenza nei mercati del gas: il caso Eni-Snam Rete Gas*, in *Sinergie*, n. 86, 2011, pp. 187-203;

TOMBARI U., *La separazione proprietaria e il nuovo ruolo dell'operatore di rete nel mercato nazionale del gas*, in G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2014*, Bologna, 2014, pp. 113-130.