

## **Gas ed energia termica - Articolo 115 del nuovo codice dei contratti pubblici**

*di Francesco Caringella, Mariano Protto*

*Data di pubblicazione: 11-12-2018*

dottrina in pillole

**I COSA CAMBIA:** 1. Il recepimento della normativa comunitaria. **II INDICAZIONI OPERATIVE:** 1. La disciplina in materia di gas ed energia termica. **III QUESTIONI APERTE:** 1. La strumentalità dell'appalto rispetto agli scopi del settore speciale del gas e dell'energia termica.

**I COSA CAMBIA** 1. Il recepimento della normativa comunitaria.

L'art. 115 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 configura materiale trasposizione in ambito nazionale della disciplina dettata dall'art. 8 della Dir. 2014/ 25/UE del 26 febbraio 2014 e, nel contempo, ricalca, ancorché in modo non integrale, quella già contenuta nell'art. 208, commi 1 e 2, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

**II INDICAZIONI OPERATIVE** 1. La disciplina in materia di gas ed energia termica.

L'inclusione (rectius il mantenimento) degli appalti degli enti erogatori di gas e di energia termica (ma lo stesso dicasi per gli enti erogatori di energia elettrica, di acqua, di servizi di trasporto e di servizi postali) nell'ambito dei settori speciali si fonda sulla constatazione, evidenziata nel primo considerando della Dir. 2014/25/UE, che "le autorità nazionali continuano a essere in grado di influenzare il comportamento di questi enti, anche attraverso la partecipazione al loro capitale sociale o l'inserimento di propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza. Un ulteriore motivo che spinge a continuare a regolare normativamente gli appalti pubblici in questi settori è costituito dalla natura chiusa dei mercati in cui agiscono gli enti in tali settori, data l'esistenza di diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri in materia di alimentazione, fornitura o gestione delle reti per erogare il servizio pertinente". Sicché la legge delega del 28 gennaio 2016, n. 11 - nel proposito di mantenere un corpo normativo a sé stante per i settori speciali - contempla tra i principi e criteri direttivi generali cui si deve attenere il legislatore delegato la "puntuale indicazione, in materia di affidamento dei contratti nei settori speciali, delle disposizioni ad essi applicabili, anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati". L' "anello debole" degli appalti nei settori speciali è ancora oggi rappresentato dalle reti e dalla loro gestione. Nonostante le politiche di liberalizzazione via via intraprese dal legislatore nazionale - attraverso, ad esempio, il D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comunitarie per il mercato interno dell'energia elettrica) recante la liberalizzazione del mercato elettrico o il D.Lgs. 23/5/2000, n. 164 (Attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della L. 17 maggio 1999, n. 144) di liberalizzazione del mercato interno del gas naturale - un'apertura effettiva alla concorrenza è spesso ostacolata da situazioni di monopolio naturale

o, comunque, di forte oligopolio in ragione della limitatezza delle reti disponibili e della loro non duplicabilità, a meno di affrontare costi e tempi realizzativi spesso non compatibili con l'iniziativa economica privata. E ciò al punto da indurre il legislatore, per quanto di interesse, da un lato ad attribuire agli operatori economici richiedenti il diritto di allacciarsi alla rete delle imprese che svolgono attività di trasporto e dispacciamento di gas naturale, "ove il sistema di cui esse dispongono abbia idonea capacità e purché le opere necessarie all'allacciamento dell'utente siano tecnicamente ed economicamente realizzabili" (art. 8 del D.Lgs. n. 164/2000) e dall'altro lato a prevedere l'obbligo in capo alle imprese di gas naturale di permettere alle altre imprese richiedenti "l'accesso al sistema" (art. 24 D.Lgs. n. 164/2000) ossia alle "reti di trasporto, reti di distribuzione, impianti di GNL o impianti di stoccaggio di proprietà o gestiti da un'impresa di gas naturale". Lo stesso è a dirsi per l'attività di stoccaggio del gas naturale in giacimenti o unità geologiche profonde che è svolta sulla base di concessione ministeriale (art. 11 del D.Lgs. n. 164/2000) e che determina "l'obbligo di assicurare e fornire i servizi di stoccaggio minerario, strategico e di modulazione agli utenti che ne facciano richiesta ove il sistema di cui essi dispongono abbia idonea capacità, e purché i servizi richiesti dall'utente siano tecnicamente ed economicamente realizzabili" (art. 12 del D.Lgs. n. 164/2000). L'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 115 del D.Lgs. n. 50/2016, così come definito nel suo comma 1, è duplice ed è rappresentato dai contratti di appalto conclusi per l'esercizio delle attività di: i) messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di gas o di energia termica; ii) alimentazione di tali reti con gas o energia termica. Ai fini della configurabilità dell'attività sub i) è necessaria la presenza di una rete infrastrutturale di cui l'ente aggiudicatore abbia concesso l'utilizzo a terzi (messa a disposizione) o, di contro, ne abbia mantenuto la disponibilità (gestione) ai fini dell'erogazione di un servizio al pubblico correlato al settore in esame.

L'attività sub ii), invece, è più circoscritta, difettando della messa a disposizione o della gestione della rete, e comprende, secondo quanto precisato ex novo nell'art. 114, comma 7, la generazione, la produzione nonché la vendita all'ingrosso e al dettaglio di gas o energia termica. Tale precisazione è frutto della previsione contenuta nell'art. 7 della Dir. 2014/24/UE. Il comma 2 dell'art. 115 esplicita le condizioni al ricorrere delle quali l'attività di alimentazione di reti fisse con gas ed energia termica, se ed in quanto esercitata da un ente aggiudicatore che non sia un'amministrazione aggiudicatrice, è ritenuta estranea al settore speciale di riferimento ovvero quando: 1) la produzione di gas o di energia termica da parte di tale ente aggiudicatore è l'inevitabile risultato dell'esercizio di un'attività non riconducibile ai settori speciali del gas e dell'energia termica, dell'elettricità, dell'acqua e dei trasporti; 2)

l'alimentazione della rete pubblica mira solo a sfruttare economicamente tale produzione e corrisponde al massimo al 20 per cento del fatturato dell'ente aggiudicatore, considerando la media dell'ultimo triennio, compreso l'anno in corso. La prima condizione ha una portata applicativa più contenuta rispetto a quella corrispondente dell'art. 208, comma 2, lett. a), del D.Lgs. n. 163/2006 che abbracciava, attraverso il richiamo agli "articoli da 209 a 213", anche i settori speciali dei servizi postali, della prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone ed altri combustibili solidi e dei porti e dei aeroporti. Entrambe le condizioni sono cumulative e l'assenza di una di esse rende inapplicabile la deroga. La natura cumulativa è enfatizzata dal legislatore il quale, a differenza del passato, oggi esige esplicitamente la ricorrenza di "tutte" le condizioni in esame. Concorrono altresì a delimitare il perimetro applicativo della disposizione in esame, sia pure ab externo, l'art. 8 del D.Lgs. n. 50/2016 che fissa le

condizioni in presenza delle quali anche le attività relative al gas e all'energia termica possono essere ritenute "direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili", con la conseguenza che gli appalti e le concessioni ad esse strumentali "non sono soggetti al codice", nonché le disposizioni contenute nella Parte III del codice relative alle concessioni aggiudicate dagli enti aggiudicatori per l'esercizio delle attività relative ai settori del gas e dell'energia termica, secondo quanto precisato nell'allegato II. Inoltre, sono esclusi dall'applicazione del D.Lgs. n. 50/2016 gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori del settore del gas e dell'energia termica per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia, ai sensi dell'art. 11 del medesimo D.Lgs.

III QUESTIONI APERTE 1. La strumentalità dell'appalto rispetto agli scopi del settore speciale del gas e dell'energia termica.

Affinché possa applicarsi il regime dei settori speciali, tanto in fase di aggiudicazione che di esecuzione, il contratto d'appalto deve essere funzionale all'esercizio delle attività proprie di tali settori e, nello specifico, a quelle del gas e dell'energia termica. L'art. 14 del D.Lgs. n. 50/2016 stabilisce, infatti, che "le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività di cui agli articoli da 115 a 121". L'invocata disposizione - riprodotta della previsione già contenuta nell'art. 217 del D.Lgs. n. 163/ 2006 - afferma la necessità, ai fini della regolamentazione pubblicistica, circa l'esistenza di un nesso di strumentalità, in termini di mezzo a fine, tra l'appalto, da un lato, e l'attività propria del settore speciale, dall'altro. Nesso da accertarsi caso per caso, sulla base di una valutazione di fatto che deve essere compiuta prendendo in considerazione tanto l'oggetto e la causa del contratto quanto il tipo di attività propria del settore speciale che viene in rilievo. Secondo l'orientamento giurisprudenziale affermatosi a seguito della pronuncia del Cons. St., Ad. plen. 1 agosto 2011, n. 16, tale rapporto di strumentalità va però interpretato in modo restrittivo nel senso che l'appalto deve essere sì funzionale, ma in via immediata e diretta, all'attività del settore speciale. Anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, chiamata a dirimere la questione pregiudiziale se la direttiva 2004/17/CE sia applicabile anche in relazione ad un'attività collaterale esercitata in un contesto concorrenziale da un ente aggiudicatore, ha dato risposta negativa, affermando che la natura speciale della direttiva 2004/17/CE ne esige un'interpretazione restrittiva, strettamente circoscritta ai settori di attività specificamente definiti, senza alcuno spazio per l'approccio ermeneutico della c.d. "teoria del contagio" (Corte giust. europea, sez. IV, 10 aprile 2008 in causa C 393/06). Sulla base di tali premesse, si è esclusa - sotto il profilo oggettivo - la riconducibilità al settore speciale del gas e dell'energia termica dell'appalto avente ad oggetto i "servizi di vigilanza degli uffici amministrativi di ENI e altre società del gruppo" in quanto "è evidente che esso non rientra nei settori speciali, nemmeno come appalto ad essi strumentale, quale sarebbe ad es. il servizio di vigilanza di una rete energetica. Difetta la finalizzazione del servizio di vigilanza degli uffici della sede ENI di San Donato Milanese agli scopi propri (core business) dell'attività speciale del gruppo, di estrazione e commercializzazione del petrolio o del gas: la garanzia della sicurezza degli uffici non è certo esclusiva del settore, né si pone ad esso in termini di mezzo a fine, né può essere considerata come inclusa nella gestione di un servizio; diversamente, l'appalto sarebbe stato da ricondurre nella disciplina dei settori speciali (cfr. Cons. St., Ad. plen., 23 luglio 2004 n. 9 sul servizio di pulizia delle stazioni ferroviarie a Grandi Stazioni S.P.A.). Alla luce della già citata giurisprudenza della Corte giust. europea, che impone un'interpretazione restrittiva dei settori

speciali, si deve escludere la riconducibilità dell'appalto per cui è processo a detti settori [Corte giust. europea 10 aprile 2008 C - 393/06, Aigne]" (Cons. St., Ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16).