

Elettricità - Articolo 116 del nuovo codice dei contratti pubblici

di Francesco Caringella, Mariano Protto

Data di pubblicazione: 26-3-2019

dottrina in pillole

SOMMARIO: I COSA CAMBIA: 1. La trasposizione della disciplina comunitaria. II **INDICAZIONI OPERATIVE:** 1. Le regole per il settore dell'elettricità. III **QUESTIONI APERTE:** 1. La strumentalità dell'appalto rispetto agli scopi del settore speciale dell'elettricità

I COSA CAMBIA

1. La trasposizione della disciplina comunitaria.

Al pari dell'art. 115, anche l'art. 116 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 configura **materiale trasposizione** in ambito nazionale della disciplina dettata dall'art. 9 della Dir. 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 e, nel contempo, ricalca quella già contenuta nell'art. 208, commi 3 e 4, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Rispetto al passato, il legislatore assegna al settore speciale dell'elettricità una **sede autonoma** di regolamentazione, rendendola autonoma da quella del settore del gas e dell'energia termica.

II INDICAZIONI OPERATIVE

1. Le regole per il settore dell'elettricità.

Le ragioni alla base dell'inclusione (rectius del mantenimento) degli appalti degli enti erogatori di elettricità nell'ambito dei settori speciali sono identiche a quelle già evidenziate per gli enti erogatori di gas ed energia termica, cui si rinvia.

Non diversamente dal settore del gas e dell'energia termica, anche per quello dell'elettricità assumono particolare la limitatezza e la non duplicabilità delle reti di trasmissione e di distribuzione.

Vero è che, nell'intento di favorire un'effettiva apertura al mercato, il legislatore nazionale, istituendo la liberalizzazione del mercato elettrico, ha affidato ad un unico soggetto, il "gestore della rete di trasmissione nazionale", l'esercizio delle "attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica, ivi compresa la gestione unificata della rete di trasmissione nazionale", correlando le attività suddette all'"obbligo di connettere alla rete di trasmissione nazionale tutti i soggetti che ne facciano richiesta" (art. 3 del D.Lgs. n. 79/1999).

Lo stesso dicasi per l'attività di distribuzione che è esercitata sulla base di concessione

ministeriale e la cui titolarità in capo alle imprese distributrici è foriera dell'obbligo di connettere alle proprie reti tutti i soggetti che ne facciano richiesta, senza compromettere la continuità del servizio" (art.9 del D.Lgs. n. 79/1999).

L'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 116 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 elettricità;

ii) alimentazione di tali reti con l'elettricità. 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 elettricità.

Tale precisazione è frutto della previsione contenuta nell'art. 7 della Dir. 2014/25/UE e, nello specifico, nel suo considerando n. 23 in cui si evidenzia che "senza estendere in alcun modo l'ambito di applicazione della presente direttiva, si dovrebbe precisare che allorché in essa si fa riferimento all'alimentazione con l'elettricità, rientrano in questo concetto la produzione, la vendita all'ingrosso e la vendita al dettaglio di energia elettrica".

L'art. 116, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 esplicita le condizioni al ricorrere delle quali l'attività di alimentazione di reti fisse con elettricità, se ed in quanto esercitata da un ente aggiudicatore che non sia un'amministrazione aggiudicatrice, è ritenuta estranea al settore speciale in esame ovvero quando:

1) la produzione di elettricità da parte di tale ente aggiudicatore avviene perché il suo consumo è necessario all'esercizio di un'attività estranea ai settori dell'elettricità, del gas e dell'energia termica, dell'acqua e dei servizi di trasporto;

b) l'alimentazione della rete pubblica dipende solo dal consumo proprio di tale ente aggiudicatore e non supera il 30 per cento della produzione totale di energia di tale ente, considerando la media dell'ultimo triennio, compreso l'anno in corso.

Come per il settore del gas e dell'energia termica, la prima condizione ha una portata applicativa più contenuta rispetto a quella corrispondente dell'art. 208, comma 4, 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.

Nonostante manchi l'aggettivo indefinito "tutte" riferito alle condizioni - presente, di contro,

nell'art. 115 - queste hanno comunque carattere cumulativo e l'assenza di una di esse rende inapplicabile la deroga.

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 all'elettricità possono essere ritenute "direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili" - sulla falsariga di quanto già previsto nell'art. 219 del D.Lgs. n. 163/2006 - 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 concernenti l'elettricità, secondo quanto precisato nell'allegato II.

Nella vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 ed in applicazione della procedura prevista nel suo art. 219, la Commissione europea, con decisione del 26 settembre 2012, n. 2012/539/UE assunta sulla base della "situazione giuridica e di fatto esistente tra marzo e settembre 2012", ha ritenuto le attività di produzione e di vendita all'ingrosso di energia elettrica da fonti convenzionali nelle macrozone Nord e Sud dell'Italia direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili e, di conseguenza, ha deciso l'inapplicabilità della direttiva 2004/17/CE "all'aggiudicazione di appalti diretti a consentire la produzione e la vendita all'ingrosso di energia elettrica da fonti convenzionali nella macro zona Nord e nella macro zona Sud, né all'organizzazione di gare per l'esercizio di tale attività nella zona geografica in questione".

Quanto precede, peraltro, a parziale modifica della precedente decisione del 14 luglio 2010, n. 2010/403/UE con cui la stessa Commissione ha esonerato la produzione e la vendita all'ingrosso nella zona Nord dell'Italia - senza distinguere tra fonti convenzionali e fonti rinnovabili - oltre che la vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti finali connessi in media, alta altissima tensione in Italia.

Per effetto delle modifiche introdotte con l'ultima decisione, sono state nuovamente attratte nel raggio d'azione della direttiva e del D.Lgs. n. 163/2006 l'aggiudicazione di appalti diretti a consentire la produzione e la vendita di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili nella macrozona Nord nonché l'organizzazione delle gare per l'esercizio di tali attività nella zona geografica in questione.

Inoltre, sono esclusi dall'applicazione del D.Lgs. n. 50/2016 gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori del settore dell'elettricità per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia, ai sensi dell'art. 11 del medesimo Decreto Legislativo.

III QUESTIONI APERTE

1. La strumentalità dell'appalto rispetto agli scopi del settore speciale dell'elettricità.

La riconduzione di un appalto al settore speciale dell'elettricità ed alla relativa regolamentazione pubblicitica presuppone "a monte" la sussistenza di un rapporto di strumentalità "diretta ed immediata" - secondo quanto già chiarito a proposito del settore del gas e

dell'energia termica cui si rinvia - tra il lavoro, il servizio o la fornitura oggetto dell'affidamento e l'esercizio delle attività considerate nell'art. 116 del D.Lgs. n. 50/2016.

Il vincolo di strumentalità va individuato in concreto, caso per caso, sulla base di un'interpretazione restrittiva che dia rilievo soltanto agli affidamenti strettamente funzionali alle attività proprie del settore speciale di riferimento.

La giurisprudenza ha così negato l'esistenza di un nesso di strumentalità tra il settore dell'elettricità ed il servizio avente ad oggetto "l'implementazione del sistema informatico utilizzato dall'Azienda per la gestione dei propri processi amministrativi e contabili" (Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 23 ottobre 2014, n. 234 confermata da Consiglio Stato, sez. V, 21 aprile 2015, n. 2008) oppure tra il medesimo settore e "l'affidamento di un servizio sostitutivo di mensa, complementare a qualsiasi tipo di attività" (Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 1 marzo 2016, n. 314); di contro, lo stesso giudice aveva in passato ravvisato un rapporto di strumentalità tra il settore dell'elettricità ed "il servizio di ristorazione in favore dei dipendenti ENEL" in quanto "funzionale al più agevole svolgimento delle prestazioni lavorative che il personale rende nell'ambito delle attività gestite dall'ENEL nel settore dell'energia elettrica, tant'è che l'oggetto del servizio in questione è definito attraverso serrate trattative sindacali" (Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 13 aprile 1999, n. 1178)