

LA STAZIONE APPALTANTE ED IL SOGGETTO GESTORE DEL RAPPORTO.

(Avv. Daniela Anselmi)

1) Premessa

Con la pubblicazione del Regolamento del Ministero dello Sviluppo economico 12 novembre 2011 n. 226 si è completata la disciplina in tema di affidamento delle concessioni del servizio di distribuzione del gas naturale, iniziata con le previsioni contenute nell'art. 46 bis della L. n. 222/2007.

Tale disposizione ha introdotto un'importante novità e cioè ha previsto che le gare debbano effettuarsi per Ambito Territoriale Minimo (d'ora in poi denominato ATEM).

In particolare i Ministeri dello Sviluppo Economico e per gli affari regionali e le autonomie locali (su proposta dell'AEEG e sentita la Conferenza unificata) sono stati chiamati a determinare gli ATEM per lo svolgimento delle gare in tema di gas.

Inoltre i suddetti Ministeri, sempre con le modalità di cui sopra, hanno ricevuto l'incarico di fissare i criteri di gara (da cui il Regolamento n. 226/2011).

2) La gara prima dell'individuazione degli ATEM

Un primo problema che è sorto all'indomani dell'emanazione dell'art. 46 bis è se i Comuni potessero continuare a bandire le gare in maniera autonoma, senza cioè attendere la definizione degli ATEM.

La giurisprudenza ha dato risposta positiva a tale quesito, ritenendo da un lato che una proroga sine die delle concessioni in essere scadenti avrebbe bloccato il mercato e la concorrenza (cfr. TAR Umbria, Sez. I, pronuncia n. 1/2011); senza contare che la partecipazione agli ATEM non poteva ritenersi obbligatoria, stante la previsione contenuta nell'art. 46 bis di un incentivo per i Comuni che avessero

aderito agli stessi (è evidente, infatti, che se la scelta fosse stata obbligatoria tale incentivo non avrebbe avuto senso; cfr. Cons. Stato Sez. V n. 2/2011).

Tali argomentazioni sono state poi superate dall'evolversi della normativa.

Intanto sono stati individuati i 177 ATEM (D.M. 19 gennaio 2011) in attuazione dell'art. 46 bis nonché i Comuni appartenenti a ciascun ATEM (D.M. 18 ottobre 2011).

In secondo luogo l'art. 24 del D.lgs. n. 93/2011 ha definitivamente chiarito che le gare sarebbero state effettuate unicamente per ATEM e quindi non più facoltative ma obbligatorie.

Non solo, tale norma ha altresì previsto che dall'entrata in vigore del decreto le gare indette prima di tale data potevano essere portate a compimento e le altre, invece, avrebbero dovuto essere bandite solo per ATEM.

Il TAR Lombardia (cfr. ordinanza n. 539/2012) ha ritenuto non manifestamente infondata ed ha rimesso alla Suprema Corte la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24 portante un'inibizione a procedere a gara fino all'operatività degli ATEM.

Potrebbe sembrare che tale rimessione abbia perso nel frattempo importanza, stante l'individuazione, come si è detto, sia degli ATEM, che dei Comuni che ne fanno parte ma così non è.

Innanzitutto vi sono diversi casi di gare indette da Comuni anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 24 del D.lgs. n. 93/2011, gare che sono tuttora sospese e sub iudice dopo la rimessione di cui sopra, di talchè è evidente che se la Corte dichiarasse tale norma illegittima, le gare potrebbero proseguire.

In secondo luogo, occorre evidenziare che il TAR Lombardia "attacca" il sistema degli ATEM quale ambito minimo di operatività della gara e ciò sul presupposto che la legge di delega non conterrebbe alcuna disciplina sul livello dimensionale minimo del servizio di distribuzione del gas naturale.

Si riportano a tal riguardo alcuni passi dell'ordinanza del TAR Lombardia.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 4, del d.lgl. n. 93 del 2011 in riferimento all'art. 76 Cost. è non manifestamente infondata.

Il Tribunale premette che, come è noto, la produzione normativa primaria negli ultimi anni ha denunciato un progressivo accrescimento, per qualità e quantità, della delegazione, rispetto alla legge ed alla decretazione d'urgenza: tale fenomeno è in parte il frutto, oltre che delle torsioni cui è soggetto il parlamentarismo, anche dei criteri, assai più restrittivi che in passato, maturati nella più recente giurisprudenza costituzionale in ordine alla legittimità costituzionale dei decreti legge, di cui è stata spezzata l'infinita catena con cui essi venivano reiterati, assolvendo di fatto a funzioni di ordinaria legislazione, ed è stata resa effettivamente giustiziabile la palese carenza dei requisiti previsti dall'art. 77 Cost.....(omissis).

Posto che la legge delega è soggetta ad interpretazione costituzionalmente conforme, è dovere dell'operatore giuridico, in presenza di simili clausole, di fornire di esse, se possibile, un'esegesi restrittiva, confinando il significato della delega entro il campo linguistico di enunciazioni che, collocate adeguatamente nel contesto della legge delega, indichino con sufficiente certezza la direzione ed i limiti entro cui soltanto si può espandere il legislatore delegato.

5. Ciò premesso in linea di principio, è ora tempo di soffermarsi sulla norma oggetto. Essa trova fondamento nella delega conferita con l'art. 17, comma 4, della legge 4 giugno 2010, n. 96 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2009), ove sono enunciati i principi ed i criteri direttivi per dare attuazione alla direttiva 2009/73/CE relativa al mercato del gas naturale. A propria volta, quest'ultimo atto normativo dell'Unione ha abrogato la direttiva 2003/55/CE.

È noto a questo Tribunale che, in tali casi, i criteri di esercizio della delega possono desumersi direttamente dalla normativa comunitaria, che è stata ritenuta idonea a soddisfare riserva di legge e principio di legalità (Corte cost., sentenza n. 383 del 1998).

Occorre però precisare che, a parere di questo rimettente, valgono nel rapporto tra direttiva e decreto legislativo gli stessi principi che governano la relazione, sul piano interno, tra legge delega e decreto delegato: nell'ottica del diritto dell'Unione, non rileva in linea di principio, e salve particolari eccezioni, la distribuzione nazionale dei poteri necessari a conseguire gli obiettivi formulati con una direttiva, purché efficace rispetto al fine in questione. Tuttavia, alla luce della Costituzione, essa, salvo che in via eccezionale, non subisce alcuna deroga. Ed anzi, il principio che rende le Camere esclusive titolari della funzione legislativa (artt. 70, 76 e 77 Cost.) caratterizza la forma di governo in modo così pregnante, che non sarebbe peregrino ipotizzare che esso sia espressivo dell'ordine costituzionale dello Stato, e perciò refrattario allo stesso diritto dell'Unione.

In questo contesto, e nel caso di specie, si deve escludere che la direttiva n. 2009/73/CE abbia per effetto di alterare il principio costituzionale per cui il Governo è escluso dalla autonoma determinazione dell'oggetto della delega, e comunque da un'attività integratrice, anziché di sviluppo e completamento, dei criteri direttivi ivi contenuti.

In altre parole: se è vero che la normativa comunitaria può far le veci della legge del Parlamento, resta fermo che essa dovrà di regola, a tal fine e per giustificare sul piano interno l'allocazione della funzione normativa presso l'esecutivo, rispondere ai medesimi standard cui soggiace la legge di delega ai sensi dell'art. 76 Cost., quanto alla definizione dell'oggetto, ed all'enunciazione dei principi: in caso contrario, non è ovviamente in discussione la legittimità dell'atto comunitario, ma sarà necessario che sia il Parlamento a specificare con la dovuta analiticità siffatti requisiti, al fine di permettere l'esercizio della delega, a fini attuativi, da parte del Governo.

Pertanto, stante la natura delle direttive comunitarie non self executing, ovvero il perseguimento di un obiettivo comune per mezzo di scelte discrezionali degli Stati membri, non sarà sempre possibile ricavare da tali direttive, anziché

dall'integrazione di esse con la legge delega, principi e criteri direttivi, che non si limitino a formulare finalità troppo generiche per soddisfare le condizioni che legittimano il Parlamento a delegare l'esercizio della funzione legislativa.

Nel caso di specie, va osservato che l'intervento sugli ambiti territoriali minimi persegue uno scopo meno correlato alla tutela della concorrenza che alla razionale organizzazione del servizio: l'espansione della scala dimensionale in relazione alla quale calibrare il bando di gara non agevola gli operatori meno sviluppati, non aumenta il numero dei partecipanti alla procedura, non rende più libero l'accesso al mercato. Piuttosto, essa serve principalmente a rafforzare il potere contrattuale delle amministrazioni, a coordinarne l'azione, a conseguire economie di scala che permettano di contenere i prezzi, a parità o con incremento della qualità nell'erogazione della prestazione.

Anzi, allargare la scala distributiva significa inevitabilmente tagliarne fuori gli operatori minori, e ridurre così il numero dei concorrenti sul mercato.

Si tratta, dunque, di disposizioni qualificabili più come principi fondamentali della materia a riparto concorrente dell'energia, che come espressive della competenza di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e) Cost. (tutela della concorrenza), anche con riferimento all'individuazione del livello di governo idoneo ai sensi dell'art. 118 Cost. : esse sono infatti calibrate su "criteri di efficienza e riduzione dei costi" (art. 46 bis, comma 2, d.l. n. 159 del 2007).

Ora, la direttiva n. 2009/73/CE reca, come si è già posto in luce, l'enunciazione di taluni obiettivi che possono porsi in relazione, in termini assai astratti, con il sistema degli ambiti territoriali minimi: ad esempio, il considerando n. 1 sprona a perseguire efficienza, prezzi competitivi e più elevati livelli di servizio, mentre l'art. 3, comma 8, promuove l'efficienza energetica e l'ottimizzazione del servizio.

Tuttavia, se si tiene per buona la premessa circa la necessità che il legislatore delegato nazionale sia vincolato a principi e criteri direttivi sufficientemente analitici, pare al Tribunale evidente che simili formule linguistiche aperte, e di

carattere programmatico, non possano giustificare un intervento peculiare di ristrutturazione del servizio per mezzo degli ambiti territoriali minimi, tanto meno la scelta compiuta con la sola norma oggetto di renderla obbligatoria per gli enti locali, anziché di incentivarla soltanto, e per di più di bloccare temporaneamente le gare. Né le norme concernenti l'attività di distribuzione contenute nella direttiva sorreggono conclusioni diverse (artt. da 24 a 29).

Anzi, si deve affermare che la direttiva n. 2009/73/CE, come del resto le precedenti relative al mercato del gas naturale, non rechi alcuna disposizione concernente la scelta, da parte dello Stato membro, circa la dimensione territoriale di affidamento del servizio, e persegua invece, con norme certamente meno generiche e dunque suscettibile di somministrare principi e criteri direttivi, obiettivi di altra natura, con particolare riferimento alla separazione delle reti dalle attività di produzione e fornitura (e non di distribuzione: considerando n. 25): quest'ultima è per l'appunto la ragione principale per cui la direttiva 2003/55/CE è stata sostituita dall'attuale, ragione priva di qualsivoglia nesso con i bacini ottimali.

Il Tribunale ritiene, pertanto, che l'art. 24, comma 4, del d.lgl. n. 93 del 2011 non possa poggiare, ai fini della legittimità costituzionale concernente l'esercizio della delega, su alcuna adeguata disposizione comunitaria.

6. È dunque necessario verificare se un simile fondamento sia autonomamente rinvenibile nella legge delega, interpretata in senso conforme a Costituzione ed al diritto comunitario.

Sembra chiaro, anzitutto, che i criteri direttivi generali contenuti nell'art. 2 della l. n. 96 del 2010 non siano utili allo scopo: essi, infatti, non valgono a definire l'oggetto della delega, ma piuttosto a specificare con quali modalità il Governo può intervenire nei campi selezionati dalle disposizioni successive. La stessa lett. b) del citato art. 2, laddove consente modificazioni alla normativa vigente, per un verso non serve ad autorizzare in sé l'esercizio della delega sul sistema degli ambiti territoriali

minimi, e dall'altro permette, in ogni caso, le sole correzioni suggerite da esigenze di coordinamento con la disciplina autorizzata altrove nel corpo della delega.

Viene in considerazione, allora, l'art. 17, comma 4, il quale recita:

Nella predisposizione del decreto legislativo di attuazione della direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all' articolo 2 della presente legge, in quanto compatibili, anche i seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere misure per aumentare gli scambi transfrontalieri, in modo da conseguire una maggiore efficienza, prezzi competitivi e più elevati livelli di servizio, contribuendo anche alla sicurezza degli approvvigionamenti e allo sviluppo sostenibile;

b) prevedere, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, misure per la cooperazione bilaterale e regionale, in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri, in particolare in casi di crisi del sistema energetico;

c) promuovere la realizzazione di capacità bidirezionale ai punti di interconnessione, anche al fine di realizzare una piattaforma di scambio di gas nell'ambito del sistema italiano;

d) assicurare che i gestori dei sistemi di trasporto dispongano di sistemi integrati a livello di due o più Stati membri per l'assegnazione della capacità e per il controllo della sicurezza delle reti;

e) prevedere che i gestori dei sistemi di trasporto presentino un piano decennale di sviluppo della rete basato sulla domanda e sull'offerta esistenti e previste, contenente misure atte a garantire l'adeguatezza del sistema e la sicurezza di approvvigionamento;

f) promuovere, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, una concorrenza effettiva e garantire l'efficiente funzionamento del mercato, anche

predisponendo misure in favore della concorrenza con effetti analoghi ai programmi di cessione del gas;

g) assoggettare le transazioni su contratti di fornitura di gas e su strumenti derivati ad obblighi di trasparenza nella disciplina degli scambi;

h) assicurare una efficace separazione tra le attività di trasporto, bilanciamento, distribuzione e stoccaggio e le altre attività del settore del gas naturale;

i) prevedere misure che assicurino maggiore trasparenza ed efficienza nel settore del gas naturale, ottimizzando l'utilizzo del gas naturale e introducendo sistemi di misurazione intelligenti, anche ai fini della diversificazione dei prezzi di fornitura;

l) prevedere misure che tengano conto, nel procedimento autorizzativo per la realizzazione di un'infrastruttura del sistema del gas, della rilevanza dell'infrastruttura stessa per il mercato interno del gas naturale e della sua coerenza con gli obiettivi di politica energetica nazionali e comunitari;

m) garantire, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, il controllo della sicurezza degli approvvigionamenti, l'equilibrio tra domanda e offerta, il livello della domanda attesa in futuro e degli stoccaggi disponibili, la prevista capacità addizionale in corso di programmazione e in costruzione, l'adeguata copertura dei picchi della domanda nonché delle possibili carenze di fornitura;

n) introdurre misure che garantiscano maggiore disponibilità di capacità di stoccaggio di gas naturale, anche favorendo l'accesso a parità di condizioni di una pluralità di operatori nella gestione delle nuove attività di stoccaggio e valutando la possibilità di ampliare le modalità di accesso al servizio previste dalla normativa vigente;

o) prevedere che le sanzioni amministrative pecuniarie applicabili in caso di mancato rispetto delle disposizioni del regolamento (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, nonché di mancato rispetto degli obblighi imposti alle imprese di gas naturale dalla direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, nelle fattispecie assegnate

alla competenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, siano non inferiori nel minimo a euro 2.500 e non superiori a euro 154.937.069,73;

p) prevedere che i clienti non civili con consumi inferiori o pari a 50.000 metri cubi annui e tutti i civili siano definiti clienti vulnerabili e pertanto meritevoli di apposita tutela in termini di condizioni economiche loro applicate e di continuità e sicurezza della fornitura;

q) promuovere l'efficienza e la concorrenza nel settore del gas naturale, anche demandando all'Autorità per l'energia elettrica e il gas la definizione, sulla base di appositi indirizzi del Ministero dello sviluppo economico, della disciplina del bilanciamento di merito economico;

r) prevedere, ai sensi degli articoli 13 e 17 della direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, misure che, ai fini dell'accesso ai servizi di trasporto e bilanciamento del gas naturale, consentano la definizione di un'unica controparte indipendente a livello nazionale;

s) prevedere la rimozione degli ostacoli, anche di tipo normativo, al processo di aggregazione delle piccole imprese di distribuzione del gas naturale, per favorirne l'efficienza e la terzietà;

t) prevedere misure atte a garantire che imprese di distribuzione verticalmente integrate non siano in condizione di trarre impropri vantaggi dalla loro attività di gestione delle reti di distribuzione ostacolando le dinamiche concorrenziali del mercato;

u) prevedere, senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato, che, nella situazione a regime, al termine della durata delle nuove concessioni di distribuzione del gas naturale affidate ai sensi dell' articolo 14 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, i meccanismi di valorizzazione delle reti siano coerenti con i criteri posti alla base della definizione delle rispettive tariffe;

v) prevedere che l'Autorità per l'energia elettrica e il gas disponga di risorse finanziarie idonee allo svolgimento delle proprie attività, attraverso il sistema di

totale autofinanziamento previsto dall' articolo 2, comma 38, della legge 14 novembre 1995, n. 481, mediante il contributo versato dai soggetti operanti nei settori di competenza, da utilizzarsi esclusivamente per gli oneri di funzionamento della stessa;

z) prevedere che, nell'osservanza delle rispettive competenze, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si prestino reciproca assistenza, agiscano in modo coordinato, stipulando a tale fine appositi protocolli di intesa, e collaborino tra loro anche mediante lo scambio di informazioni, senza che sia opponibile il segreto d'ufficio.

Come si vede, le norme di delega ricorrono sovente ad espressioni linguistiche aperte, ma spesso le accompagnano con ulteriori specificazioni, con le quali esse sono indirizzate verso un oggetto sufficientemente definito.

Con riferimento agli ambiti territoriali minimi, invece, ciò non è dato riscontrarsi: le lett. f), i) e q) richiamano certo finalità di efficienza, ma con riferimento a contesti che o sono differenti, o non sono tali da investire con adeguata capacità definitoria il livello territoriale di affidamento del servizio. Se si parte dalla premessa svolta supra circa il divieto di impiegare formule generiche in sede di delega, la sola interpretazione costituzionalmente conforme di tali disposizioni è nel senso che esse non possano avere per oggetto i bacini ottimali.

L'unica norma che potrebbe avere attinenza con questi ultimi è rinvenibile nella lett. s), laddove il legislatore delegato è autorizzato a rimuovere gli "ostacoli, anche di tipo normativo" che si frappongono all'aggregazione delle piccole imprese di distribuzione del gas. Tuttavia, a ben vedere, una simile previsione non si attaglia al contenuto dell'art. 24, comma 4, ed anzi pare in conflitto con esso.

In primo luogo, legiferare sul sistema degli ambiti territoriali minimi significa compiere scelte fondanti in tema di assetto del mercato del gas naturale ed in tema di esercizio della funzione amministrativa correlata alla distribuzione dell'energia, che travalicano certamente la sola politica di aggregazione delle imprese del settore

distributivo, cui esclusivamente si riferisce la delega, e si ripercuotono su di un ambito materiale diverso, in parte di competenza regionale (energia; servizi pubblici locali): a maggior ragione, se si tiene conto che gli ambiti territoriali minimi sono già vigenti nell'ordinamento giuridico, essi, per divenire oggetto di un complesso meccanismo di ristrutturazione del mercato e dell'azione degli enti locali, avrebbero dovuto essere specificamente indicati quale oggetto della delega.

In altre parole, la legislazione sui bacini ottimali intercetta un ambito materiale ben più ampio e variegato di quello circoscritto all'aggregazione degli operatori marginali del mercato, per spogliarsi del quale il delegante avrebbe dovuto impiegare formule univocamente intese ad autorizzare un intervento del delegato, in conformità a principi e criteri direttivi calzanti rispetto alla varietà degli interessi coinvolti dalle conseguenti scelte politiche.

Né è comprova il già menzionato art. 25 del d.l. n. 1 del 2012, con cui la prescrizione che rende obbligatorio dal 30 giugno 2012 l'affidamento dei servizi pubblici locali per bacini ottimali si accompagna alla attribuzione alle Regioni del compito di organizzare, anche normativamente, gli ambiti territoriali, nel rispetto delle competenze legislative di quest'ultime, e dunque con riguardo ad un fascio di interessi ben distinguibile da quell'obiettivo di aggregazione degli operatori minori, cui invece era vincolato il legislatore delegato.

In questa prospettiva, Il Tribunale ritiene di porre all'attenzione della Corte costituzionale, anzitutto, il dibattuto problema relativo all'autonomia concettuale, all'interno dell'art. 76 Cost., del requisito dell'"oggetto", rispetto all'enunciazione dei principi e dei criteri direttivi inerenti ad esso: questi ultimi possono connotare una finalità e prescrivere in termini ampi a quali norme cardine debba conformarsi l'attività di riempimento della delega; tuttavia, ciò pare consentito solo con riguardo ad un ambito materiale selezionato dalla delega con adeguata precisione.

Nel caso di specie, invece, l'oggetto delegato attiene all'attuazione della direttiva 2009/73/CE, che, come si è visto, non è tale da consentire in modo sufficientemente

definito la ricomprensione dell'attività di ristrutturazione del livello dimensionale del servizio di distribuzione del gas naturale.

Al contempo, l'ampliamento della delega in sede parlamentare, pur possibile, avrebbe dovuto essere indicato con chiarezza ed esplicitamente dal legislatore delegante, proprio in ragione del fatto che la materia implicata dagli ambiti territoriali minimi non poteva venire desunta come tale dall'impianto della direttiva 2009/73/CE.

Nel caso di specie, invece, la finalità aggregativa delle imprese di distribuzione del gas, come si è osservato, è solo uno dei fattori su cui agisce la disciplina degli ambiti territoriali, rispetto al quale appare perlomeno di pari dignità l'impatto sull'azione degli enti locali, ed i riflessi sul regime di gara determinati dall'art. 24, comma 4.

Per tale ragione, per un verso l'oggetto della delega non pare tale da ricomprendere la normazione sugli ambiti territoriali; per altro verso, rispetto a quest'ultima finiscono inevitabilmente per essere carenti i principi in grado di orientare sul punto specifico l'azione del legislatore delegato, posto che la legge delega non risponde obiettivamente a simile finalità peculiare.

La preesistenza di un ambito materiale avente una propria autonomia normativa e concettuale all'interno del mercato del gas naturale; la pluralità di interessi che tale ambito sollecita, a fronte di una più ridotta azione aggregativa sulle imprese del settore; l'assenza di principi e criteri direttivi che si facciano carico di orientare l'azione del delegato con riferimento al complesso di tali interessi; la genericità delle espressioni impiegate dalla delega; la mancata corrispondenza degli ambiti territoriali minimi a specifiche previsioni della direttiva oggetto di attuazione delegata; il difetto di principi che possano riferirsi specificamente agli ambiti territoriali stessi ed alle gare; il fatto che la norma oggetto, rendendo gli ambiti da facoltativi a vincolanti, inverte una scelta legislativa contraria, che il delegante non ha inteso abrogare, attesa la perdurante vigenza dell'art. 46 bis: tutti tali elementi inducono a ritenere che la norma delegante, interpretata in senso conforme a

Costituzione e al diritto comunitario, non avesse per oggetto l'intervento del delegato sui bacini ottimali.

Del resto, l'esigenza di separare concettualmente oggetto della delega e principi e criteri direttivi di essa, già avvertita dai primi, autorevoli lettori dell'art. 76 Cost., ma successivamente sbiaditasi nella prassi costituzionale, tende a riemergere oggi con particolare forza, nel pensiero di chi intende reperire anzitutto nel testo costituzionale un argine rispetto a deviazioni della forma di governo, che non sempre sorgono per effetto di una condivisione di esse tra i poteri dello Stato coinvolti, ma talvolta riflettono e aggravano indebitamente il processo di rafforzamento politico di uno di essi a scapito dell'altro, posto in condizione di non poter affermare nella dinamica concreta dei rapporti istituzionali le proprie prerogative.

D'altro canto, tale separazione non è estranea a tutt'oggi alla più avvertita legislazione di delega: basti pensare alla legge 5 maggio 2009, n. 42 (Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione), ove l'art. 1 circoscrive l'"ambito di intervento", articolando con analiticità su quali materie il Governo sia autorizzato a legiferare, mentre l'art. 2, comma 1 (oggetto e finalità), specifica ulteriormente i settori delegati, anche con espressioni dettagliate (ad esempio, "schemi di bilancio", "termini di presentazione e approvazione"). Nel contempo, gli artt. 1 e 2 recano indicazioni di finalità da perseguire, che evidentemente, in questo caso, non sono state ritenute sufficienti ad assorbire la definizione dell'oggetto.

L'art. 2, comma 2, a propria volta enuclea principi e criteri direttivi "generali", che tuttavia sono invece tali da riferirsi ciascuno ad un ben delimitato oggetto, cui si aggiungono, su di un livello di scansione ulteriore, i ricchi criteri enucleati dalle disposizioni seguenti, ciascuno per un oggetto specifico.

Tale modo di conferire la delega non è una mera tecnica normativa posta, tra le altre, nella disponibilità del Parlamento: si tratta, invece, dell'applicazione puntuale dell'art. 76 Cost. da parte delle Camere.

Per ogni oggetto per il quale la legge delega non risponda a simili standard di garanzia, si dovrà quindi concludere che esso non sia assistito da autorizzazione a normare da parte del Governo.

In secondo luogo, anche ammettendo per mera ipotesi che, nel caso di specie, la delega si riferisse agli ambiti territoriali minimi, la gravità dello sforzo interpretativo compiuto in tal senso andrebbe compensata con una rigorosa delimitazione del potere delegato alle modalità di raggiungimento del fine, indicate dalla legge delega. Tanto più sfuggente è la definizione dell'oggetto, quanto più stretta deve essere l'interpretazione dei principi e dei criteri direttivi, affinché vi sia una compiuta aderenza ad essi della norma delegata.

La legge delega definisce l'obiettivo di aggregazione, ma aggiunge che esso va perseguito attraverso la rimozione di ostacoli fattuali o normativi, ovvero di impedimenti che si frappongano alla volontà degli operatori minori di unirsi per agire su più larga scala.

Nel caso in questione, invece, lo svolgimento delle gare a livello comunale, anziché su più ampia dimensione (ovvero la condizione che il sistema "obbligatorio" degli ambiti territoriali minimi intende superare), non potrebbe comunque ritenersi un "ostacolo", fattuale e normativo, rispetto all'aggregazione: è evidente infatti che un operatore di larghe dimensioni ben potrà competere anche su di una porzione ridotta di territorio. Quest'ultimo presupposto, anche di fatto, in sé non implica dunque alcun impedimento all'aggregazione, che il potere delegato debba rimuovere.

In terzo luogo, eliminare un ostacolo che preclude un certo effetto non significa rendere detto effetto obbligatorio: lo spirito della legge delega, in altri termini, pare indirizzato, alla luce delle espressioni impiegate, nel senso di favorire ed incentivare l'aggregazione (come già l'ancora vigente art. 46 bis del d.l. n. 159 del 2007, con cui la norma delegata è dunque tenuta ad armonizzarsi) e non già di imporla: l'art. 24,

comma 4, viceversa, esprime l'opposto intento, e per giunta produce un effetto di paralisi sulle gare in corso che si giustifica solo in tale ottica.

7. A rafforzare il dubbio di costituzionalità sopraggiunge, infine, un'ultima considerazione, che ha a che fare con le modalità di genesi della norma oggetto.

In data 3 marzo 2011 il Governo ha trasmesso al Presidente del Senato della Repubblica lo schema del decreto legislativo di attuazione, tra l'altro, della direttiva 2009/73/CE, affinché fosse reso il parere parlamentare richiesto dalla legge delega (Senato, XVI legislatura, doc. n. 335).

L'art. 24 dello schema, che corrisponde all'art. 24 del d.lgl. n. 93 del 2001, intitolato "valore di rimborso degli impianti di distribuzione" si compone di due commi, tra cui non compare alcuna previsione inerente agli ambiti territoriali minimi.

La relazione illustrativa che accompagna lo schema, a propria volta, rinvia alla sola necessità di attuare la direttiva 2009/73/CE e di adeguarsi ad ulteriori atti comunitari, che non hanno attinenza con il tema divenuto poi oggetto del comma 4 dell'art. 24: del resto, la delega concernente tale disposizione è espressamente reperita nell'art. 17, comma 4, lett. u) della l. n. 96 del 2010, del tutto privo di pertinenza ai nostri fini.

Da ultimo, il predetto comma 4 non è stato inserito neppure nel testo sottoposto al parere della Conferenza Stato-Regioni, reso il 28 aprile 2011, parere richiesto dal Governo benché non prescritto espressamente dalla legge di delega per il punto in questione: è di tutta evidenza, perciò, che l'intervento sui bacini ottimali sia stato deciso in extremis dal Governo, solo in procinto della emanazione e della pubblicazione dell'atto.

Difatti, a riprova dell'estraneità rispetto alla delega dell'oggetto in questione, l'esecutivo aveva provveduto a rendere obbligatori gli ambiti territoriali minimi e a sospendere le gare con il già rammentato D.M. 19 gennaio 2011, significativamente pubblicato il 31 marzo 2011. In altre parole: proprio nel periodo di tempo durante cui è stata esercitata la delega conferita dalla legge comunitaria per il 2009, il

Governo, anziché inserirvi la disciplina degli ambiti territoriali minimi, ha ritenuto di provvedere con atto secondario. Tale decisione è stata poi sovvertita, giusto nell'arco temporale ultimo a disposizione, in coincidenza con i numerosi ricorsi giurisdizionali esperiti, anche innanzi a questo stesso Tribunale, per contestare la legittimità dell'art. 3.3 del D.M. in questione, e destinati a sicuro esito positivo, per le ragioni già dette.

Ne segue la verosimiglianza dell'idea per cui lo stesso Governo non avesse ritenuto oggetto di delega i bacini ottimali, e si sia deciso ad includerli nel testo del decreto delegato solo da ultimo.

Quale che sia stata la causa che ha determinato l'inserimento della norma impugnata nel testo del decreto delegato, in altri termini, non è privo di significato che il Governo non avesse in origine creduto di poter procedere per la via legislativa, pur essendo chiamato all'esercizio della delega proprio nei giorni di pubblicazione del D.M. 19 gennaio 2001.

8.L'insieme di tali elementi, a fronte di una specifica eccezione di illegittimità costituzionale per difetto di delega svolta in giudizio, è senz'altro tale da raggiungere quella soglia di dubbio circa la costituzionalità dell'art. 24, comma 4, del d.lgl. n. 93 del 2011, che rende doveroso investire il giudice costituzionale della relativa questione, in riferimento all'art. 76 Cost.”

L'ordinanza è sicuramente pregevole ma non tiene conto che l'art. 3 bis della L. n. 148/2011, che prevede che i servizi pubblici a rete siano organizzati per ambiti territoriali ottimali, riguarda anche il gas.

3) Individuazione della stazione appaltante.

Occorre in primo luogo evidenziare che l'individuazione del soggetto che deve gestire la gara è affidata ad un unico articolo (art. 2), forse non sufficiente ad affrontare tutte le delicate problematiche connesse con la selezione della stazione

appaltante e con i rapporti e le responsabilità esistenti tra i vari soggetti appartenenti allo stesso ATEM.

Intanto l'art. 1 dà una definizione di stazione appaltante che è il soggetto che, su delega degli enti locali concedenti appartenenti all'ambito, ha la responsabilità di bandire, gestire ed aggiudicare la gara di affidamento del servizio di distribuzione in tutti i Comuni dell'ambito.

Il primo comma stabilisce che “Gli Enti locali concedenti appartenenti a ciascun ambito demandano al Comune capoluogo di provincia il ruolo di stazione appaltante per la gestione della gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale in forma associata secondo la normativa vigente in materia di Enti locali, ferma restando la possibilità di demandare in alternativa tale ruolo a una società di patrimonio delle reti, costituita ai sensi dell'articolo 113, comma 13, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove presente. Nel caso in cui il Comune capoluogo di provincia non appartenga all'ambito, i sopra citati Enti locali individuano un Comune capofila, o la Provincia, o un altro soggetto già istituito, quale una società di patrimonio delle reti, al quale demandare il ruolo di stazione appaltante.”

Da tale disposizione emerge, pertanto, che laddove dall'ambito facesse parte il Comune capoluogo di provincia il ruolo di stazione appaltante è demandato a questo, senza possibilità di scelte alternative per quanto riguarda altri Comuni.

La scelta alternativa può invece riguardare una società di patrimonio delle reti, costituita ai sensi dell'art. 113, comma 13 del D.lgs. n. 267/2000 ove presente.

Non si capisce, in questo caso, a chi spetti la scelta alternativa nei riguardi della società patrimoniale ex art. 113, 13° comma e cioè o al Comune capoluogo di Provincia (che comunque deve svolgere il ruolo di stazione appaltante) ovvero a tutti i soggetti facenti parte dell'ATEM.

Sono dell'avviso che tale scelta spetti a tutti gli enti locali aderenti all'ATEM, come è implicitamente confermato anche dal secondo periodo del 1° comma laddove

attribuisce ai predetti enti, nel caso che il Comune capoluogo di Provincia non appartenga all'ambito, la decisione di individuare in'alternativa o un Comune capofila, o la Provincia o un altro soggetto già istituito, quale una società di patrimonio delle reti.

Un elemento da evidenziare è che in entrambe le ipotesi si deve trattare di una società patrimoniale già esistente e ciò per evitare che vengano istituiti nuovi soggetti in previsione delle gare.

Vi è anche da affrontare il problema che riguarda la perdurante legittimità delle società patrimoniali ex art. 113, 13° comma a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 320/2011 e se esse possano assumere ancora il ruolo di stazione appaltante, ma su questo, stante anche la delicatezza del tema, dedicherò un apposito paragrafo.

Ritornando sul processo decisionale di scelta della stazione appaltante che spetta agli enti locali, occorre sottolineare che il Regolamento non indica quali siano i procedimenti decisionali da adottarsi.

E' evidente che trovandoci di fronte ad una pluralità di soggetti, appare scontato che si applicherà il principio maggioritario anche se occorre comprendere come le maggioranze saranno calcolate.

I possibili modelli sono due: l'uno attribuisce ad ogni ente locale il medesimo peso, l'altro invece lo modula in relazione alle caratteristiche dei comuni stessi (es. numero di abitanti, numero di utenti ecc.).

A dire il vero il decreto detta un criterio in base al quale determinare le maggioranze (quello del numero delle utenze gas servite in ciascun Comune, cfr. 7° comma, art. 2), ma lo fa in un ambito limitato in ordine alla risoluzione per inadempimento del contratto di affidamento al gestore dell'ambito, e dunque inidoneo (almeno sotto il profilo dell'interpretazione letterale) ad essere esteso a tutte le attività decisorie.

Dunque gli enti locali dovranno preliminarmente farsi carico della questione supplendo all'incompletezza del testo normativo, provvedendo a sottoscrivere delle convenzioni che regolino il loro modus operandi in seno all'ambito.

Al fine di meglio inquadrare la questione sopra delineata vale la pena di compiere un breve inquadramento nel panorama legislativo.

Partendo dall'esame dell'Art 118 Cost. secondo il quale *"Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni 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"*.

Dunque, dall'esame di tale norma, è possibile ricavare il principio che vuole come condizione normale che il comune sia investito delle funzioni amministrative in tema di servizi pubblici ubicati sul suo territorio, essendo possibile derogarvi solo a fronte della necessità di assicurarne l'esercizio unitario.

Orbene, nel caso in esame tale esigenza si prospetta sotto forma di opportunità di svolgere i servizi su base territoriale più ampia, al fine di conseguire economie di scala e di ottenere una maggior efficienza tecnica, tant'è che anche alla luce delle più recenti previsioni normative (vedi art 3 bis l. 148/2011) pressochè per tutti i servizi pubblici locali è previsto un ambito sovracomunale.

Dunque in astratto la "spogliazione delle funzioni" per i singoli comuni appare giustificabile ogni qual volta vi siano ragioni (che il legislatore deve indicare in maniera chiara) che inducano a ritenere preferibile una gestione a livello sovra comunale.

L'art 13 del D.Lgs. 18/08/2000 n. 267, sulla linea di quanto ora visto, dispone che *"Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze"*.

Appare dunque evidente che sia il comune ad essere investito "in prima battuta" della competenza in materia di servizi pubblici locali pur facendo salva la possibilità per legge, di attribuire tale funzione ad altri soggetti.

Ciò detto, nella fattispecie in esame, il sistema dettato dal Regolamento Ministeriale prevede che il singolo comune sia privato della competenza ad esplicare funzioni generalmente attribuitegli dalla Costituzione e dalla legge, per ragioni connesse ad una maggior efficienza del servizio e ad una riduzione complessiva dei costi del sistema (cfr. premesse al DM 19.01.2011).

Tali funzioni saranno svolte da diverso soggetto che potrà essere a seconda dei casi un altro comune (al quale assimilare gli altri soggetti indicati dal decreto) oppure la provincia.

Lo strumento utilizzato per realizzare questo risultato è la convenzione di cui all' art. 30 della legge 267/2000 secondo il quale *"Al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni"*.

La norma specifica poi che *"Le convenzioni devono stabilire i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie"*.

In questo modo se è vero che l'ente uti singuli è privato dell'esercizio diretto della funzione è però vero che attraverso la partecipazione alla convenzione continua ad esplicare le sue funzioni, seppur in modo associato.

In altri termini, le sue scelte non si riverbereranno direttamente nella determinazione delle modalità di svolgimento del servizio ma si esplicheranno indirettamente attraverso l'accordo convenzionale che indica le modalità e fissa le basi su cui tali scelte saranno fatte.

Ne discende che nel caso in esame, mancando ogni regolazione a riguardo da parte del regolamento Ministeriale (che non era di certo lo strumento normativo più adatto per intervenire in materia) saranno i Comuni a doversi accordare – con lo

strumento della convenzione, appunto - circa le modalità con cui concretamente procedere.

Tale convenzione, anche in relazione alle funzioni spettanti alla stazione appaltante, riveste un ruolo di fondamentale importanza in quanto deve delineare un *modus agendi* che consenta ai singoli enti locali di partecipare alle scelte da compiersi in relazione alle gare.

Resta da considerare un ulteriore aspetto: diversi comuni hanno negli scorsi anni bandito gare ad evidenza pubblica sul loro territorio, di talchè i contratti di servizio da loro siglati dureranno sino alla scadenza.

La gara d'ambito riguarderà anche loro ma, relativamente ad essi, il soggetto vincitore potrà dare inizio all'attività di distribuzione solo una volta venuto esaurito il rapporto preesistente, e cioè, con ogni probabilità, diversi anni dopo l'affidamento del servizio su base d'ambito.

E' necessario però che tali soggetti, proprio perché gli esiti della gara, anche se in un momento successivo, si riverbereranno anche su di loro, partecipino alle operazioni in esame come qualsiasi altro ente locale interessato.

Eguualmente essi potranno (dovranno nel caso del comune capoluogo) assumere la funzione di stazione appaltante, posto che non si rinviene alcuna previsione letterale che lo escluda.

Resta da considerare la situazione di ulteriori due tipologie di comuni: quelli non metanizzati e quelli sul cui territorio è in essere la distribuzione del G.P.L.; anche in questo caso manca qualsiasi riferimento normativo, nondimeno si ritiene che anche loro debbano essere interessati alle attività oggetto dell'odierna analisi.

Infatti tra le attività decise in seno all'Atem potrebbe esservi la metanizzazione dei primi e la sostituzione della tipologia di gas distribuito per i secondi (si noti che per essi la distribuzione proseguirà sino alla scadenza naturale non essendo previsto alcun periodo transitorio).

4) Funzioni della stazione appaltante e tempistica da osservare nella procedura di gara

Si è detto nel paragrafo che precede come individuare la stazione appaltante deputata ad espletare la gara.

Le successive disposizioni contenute nei commi successivi all'art. 2 disciplinano sia le funzioni spettanti alla stazione appaltante, sia la tempistica da osservare nell'espletamento della gara.

Si riporta in appresso tali disposizioni.

“2. Il Comune capoluogo di provincia, qualora appartenente all'ambito, o la Provincia, negli altri casi, convoca, entro la data di cui all'allegato 1 per il primo periodo di applicazione, gli Enti locali concedenti appartenenti all'ambito per gli adempimenti di cui al comma 1.

3. Nel primo periodo di applicazione, decorsi 6 mesi dalla data di cui all'allegato 1 senza che si sia proceduto all'individuazione del soggetto di cui al secondo periodo del comma 1, il Comune con il maggior numero di abitanti o la Provincia competente trasmette alla Regione una relazione sulla situazione e sulle attività svolte, per l'eventuale intervento di cui all'articolo 3. Negli altri casi, il ruolo di stazione appaltante è svolto dal Comune capoluogo di provincia.

4. La stazione appaltante prepara e pubblica il bando di gara e il disciplinare di gara, svolge e aggiudica la gara per delega degli Enti locali concedenti.

5. Salvo l'individuazione, da parte degli Enti locali concedenti, di un diverso soggetto, sempre con le modalità di cui al comma 1, la stazione appaltante cura anche ogni rapporto con il gestore, in particolare svolge la funzione di controparte del contratto di servizio, per delega espressa degli Enti locali concedenti, ed è coadiuvata, nella funzione di vigilanza e controllo, da un comitato di monitoraggio costituito dai rappresentanti degli Enti locali concedenti appartenenti all'ambito, per un massimo di 15 membri.

6. Entro 6 mesi dall'individuazione della stazione appaltante, gli Enti locali concedenti forniscono alla stazione appaltante medesima la documentazione necessaria alla preparazione del bando di gara. L'Ente locale concedente può delegare la stazione appaltante per il reperimento diretto delle informazioni presso il gestore uscente.

7. In caso di gravi e reiterate inadempienze al contratto di servizio, il soggetto di cui al comma 5, previa determinazione che può essere assunta dalla maggioranza dei Comuni appartenenti all'ambito, ponderata in funzione del numero delle utenze gas servite in ciascun Comune, dispone la risoluzione del contratto di affidamento al gestore dell'ambito. Inadempienze al contratto di servizio nel rispetto del piano di sviluppo degli impianti o inadempienze gestionali nel singolo Comune sono oggetto di penalità, come previsto nell'articolo 15, comma 7."

Il compito principale è quello di preparare e pubblicare il bando ed il disciplinare di gara nonché di svolgere ed aggiudicare la gara per conto e su delega degli enti locali facenti parte dell'ATEM.

Si consideri che, ai sensi dell'art 9 comma 3, la stazione appaltante predisponde le linee guida programmatiche d'ambito con le condizioni minime di sviluppo, differenziate rispetto al grado di metanizzazione raggiunto in ciascun Comune, alla vetustà degli impianti, all'espansione territoriale e alle caratteristiche territoriali.

Successivamente, basandosi sulle suddette linee guida, essa provvederà in collaborazione con gli Enti locali concedenti a preparare il documento guida per gli interventi di estensione manutenzione e potenziamento, in base a cui i concorrenti redigeranno il piano di sviluppo dell'impianto di cui all'articolo 15.

Al riguardo si osservi come la stazione appaltante sia chiamata a compiere scelte che vincoleranno i comuni parti dell'ambito compiendo valutazioni di carattere discrezionale ed assumendo in tal modo una funzione centrale.

Per contro le funzioni di questi ultimi appaiono ridotte, dovendosi gli stessi limitare a fornire i dati relativi al rispettivo territorio ed a collaborare nella

predisposizione del documento guida, posto che è la stazione appaltante a sintetizzare e coordinare le loro istanze, e dunque in ultima istanza a decidere.

In particolare a rilevare non è tanto l'attività compiuta in sede di gestione della gara, quanto quella volta a definire il contenuto dei documenti di gara, essendo tale attività caratterizzata da un margine di discrezionalità (in quanto volta all'individuazione degli investimenti da compiere e la loro suddivisione sul territorio dell'ambito).

Il comma 5 dell'art 2 dispone poi che (salvo l'individuazione di un diverso soggetto da parte degli enti locali concedenti) la stazione appaltante cura anche ogni rapporto con il gestore. In particolare essa svolge la funzione di controparte del contratto di servizio per delega espressa degli enti locali concedenti.

Anche in questo caso la stazione appaltante si trova a gestire, in quasi totale autonomia, il rapporto conseguente l'aggiudicazione della gara.

Tale autonomia è in parte limitata dalla previsione che la stazione appaltante sia coadiuvata, nella funzione di vigilanza e controllo, da un comitato di monitoraggio costituito dai rappresentanti degli Enti locali concedenti appartenenti all'ambito, per un massimo di 15 membri.

Sempre in ordine alla gestione del rapporto si noti che l'autonomia decisionale della stazione appaltante incontra un deciso limite solo nella previsione di cui al comma 7 secondo la quale la decisione in ordine alla risoluzione del contratto - in caso di gravi e reiterate inadempienze al contratto di servizio- deve essere assunta dalla maggioranza dei Comuni appartenenti all'ambito, ponderata in funzione del numero delle utenze gas servite in ciascun Comune.

Tuttavia tali limitazioni possono in parte riequilibrare il rapporto ma non mutano la questione di fondo data dal fatto che gli enti locali singolarmente considerati vedono ridotte le loro potestà in materia di servizi pubblici locali, trasferendosi tale funzione nell'esercizio associato che si esplica nell'attività della stazione appaltante.

Il decreto provvede poi alla determinazione della tempistica con la quale gli enti locali devono operare.

Il comma 2 si preoccupa di fissare l'inizio delle operazioni stabilendo che il Comune capoluogo di provincia qualora appartenente all'ambito, o la Provincia, negli altri casi, convochino, entro la data di cui all'allegato 1 gli Enti locali concedenti appartenenti all'ambito, affinché provvedano a demandare alla stazione appaltante lo svolgimento della gara secondo le modalità indicate al comma 1.

Nell'ipotesi in cui il comune capoluogo non sia parte dell'ambito, il comma 3 si preoccupa dell'evenienza che non si sia provveduto all'individuazione del comune capofila entro 6 mesi dalla data prevista. Al riguardo dispone che il Comune con il maggior numero di abitanti o la Provincia trasmette alla Regione una relazione sulla situazione e sulle attività svolte, tale informativa è propedeutica all'intervento regionale di cui all'articolo 3.

Trattasi di una misura senz'altro condivisibile in quanto volta a garantire il rispetto di una ragionevole tempistica anche se, non si comprende per quale ragione sia chiamata la Provincia ad investire della questione la Regione e cioè un soggetto che non ha adempiuto tempestivamente alla convocazione, né perché l'iniziativa a fronte dell'inattività dei soggetti preposti non possa essere assunta anche da un altro soggetto interessato.

Una volta individuata la stazione appaltante il decreto non si preoccupa di determinare una tempistica precisa per lo svolgimento delle operazioni di gara: si limita infatti a prevedere che entro 6 mesi da tale momento, gli Enti locali concedenti forniscono alla stazione appaltante la documentazione necessaria alla preparazione del bando di gara.

Nessun'altra indicazione è fornita per lo svolgimento delle varie attività di gara, salvo la previsione dell'intervento regionale di cui si dirà nel paragrafo seguente.

5) I poteri sostitutivi della Regione

L'art. 3, sempre al fine di contingentare i tempi prevede che, qualora non vengano rispettati i termini da esso fissati, la Regione con competenza sull'ambito, diffida i soggetti inadempienti a provvedere entro un termine perentorio ad avviare la procedura.

Si distingue, in primo luogo, tra un primo periodo di applicazione e periodo regime.

Per quanto riguarda il primo periodo di applicazione è previsto un duplice termine:

- 1) il primo relativo alla mancata individuazione del soggetto chiamato a gestire la gara laddove nell'ambito non sia presente il comune capoluogo; l'intervento della Regione è previsto nel caso in cui non si sia adempiuto nel termine di 7 mesi dal momento fissato dall'allegato 1 per la convocazione;
- 2) il secondo riguarda invece la mancata pubblicazione del bando di gara entro il termine di 15 mesi dal termine fissato nell'allegato 1 nel caso di presenza nell'ambito del Comune capoluogo di provincia, ed entro quello di 18 mesi nell'ipotesi in cui non vi sia.

Anche in questo caso la previsione appare condivisibile prevedendo un intervento esterno volto a garantire una celere effettuazione delle gare.

Tuttavia la stessa lascia alcune questioni aperte.

Anzitutto ci si chiede in cosa consista l'intervento regionale, posto che la norma dispone in modo generico che si sostanzi nel dare avvio alla procedura di gara.

Da un primo esame parrebbe che la Regione si troverà chiamata a gestire la gara, oppure potrebbe sempre nominare un Commissario ad acta (come ad esempio previsto dall'art. 14, comma 7, del D.lgs. n. 164/2000).

Nondimeno tale intervento appare logico nell'ipotesi sub 1), mentre appare eccessivo in relazione a quella sub 2) in cui la Regione potrebbe limitarsi ad

individuare il soggetto chiamato a bandire la gara, posto che l'inadempimento riguarda proprio tale attività.

Si noti poi che ci si trova di fronte ad un intervento di supplenza a fronte dell'inattività mostrata dai soggetti chiamati a svolgere una funzione, intervento che da un lato risponde all'esigenza di non rimandare il compimento di attività ritenute rilevanti dal legislatore, dall'altro ha una valenza sanzionatoria privando dell'esercizio di una funzione l'originario destinatario a fronte della sua inattività.

Ebbene questo secondo aspetto appare discutibile nel caso in esame, giacché l'intervento sanzionatorio si esplicherebbe sui comuni, nella sostanza incolpevoli dell'impasse, che vedrebbero ancor più allontanarsi da essi i centri decisionali in ordine alla gara.

Infatti l'inadempienza sarebbe loro ascrivibile solo nell'ipotesi in cui laddove fossero stati regolarmente e tempestivamente convocati non riescano ad individuare il soggetto chiamato a gestire la gara.

Non certo lo è nel caso in cui il comune Capoluogo o la Provincia non provvedano alla convocazione, così come in quello in cui una volta individuata la stazione appaltante questa non provveda a bandire la gara nei termini di legge.

Alla luce di quanto scritto nei paragrafi precedenti s'individuano i seguenti punti critici:

- 1) il decreto non indica quali siano i procedimenti decisionali da adottarsi, sia per individuare il soggetto cui demandare lo svolgimento della gara, sia per determinare il contenuto della stessa.
- 2) posto che nell'ipotesi in cui sia presente il comune capoluogo va stabilito se far bandire la gara a questo oppure ad una società patrimoniale (e laddove in un ambito siano presenti più società patrimoniali occorrerà stabilire quale tra esse potrà essere chiamata a gestire la gara), non è chiaro se tale decisione dovrà essere assunta dai comuni parte dell'Atem oppure dal capoluogo.

- 3) nel caso in cui il Comune capoluogo di provincia non appartenga all'ambito, la norma prevede che i comuni individuino come stazione appaltante un Comune capofila, o la Provincia, o un altro soggetto già istituito. Ebbene, tale ultima figura appare alquanto generica.
- 4) si esprimono infine dubbi sull'intervento suppletivo regionale. Nello specifico, appare ragionevole prevedere che la regione si sostituisca alla stazione appaltante laddove la gara non sia bandita nel termine fissato, mentre laddove l'inadempimento si sostanzia nella mancata individuazione del soggetto chiamato a gestire la gara, pare più ragionevole che la Regione provveda ad individuarlo demandando allo stesso la gara.

Quanto detto sopra riguarda il primo periodo di applicazione mentre per il periodo a regime valgono i termini e le modalità previsti dall'art. 14, comma 7 del D.lgs. n. 164/2000 il quale recita testualmente *“7. Gli enti locali avviano la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento, in modo da evitare soluzioni di continuità nella gestione del servizio. Il gestore uscente resta comunque obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento. Ove l'ente locale non provveda entro il termine indicato, la regione, anche attraverso la nomina di un commissario ad acta, avvia la procedura di gara.”*

6) Le società conferitarie delle reti e degli impianti ex art. 113 D.lgs. n. 267/2000: la sentenza Corte cost. n. 320/2011

La separazione tra l'attività di gestione e la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni infrastrutturali destinati alla produzione ed erogazione dei servizi pubblici aventi rilevanza economica costituisce un pilastro delle recenti riforme “liberalizzatorie”, di matrice europea.

La disciplina nazionale di questo aspetto era, infatti, contenuta nell'art. 23 bis, comma 5 del D.L. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, il quale disponeva

che *“Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati”*.

Come noto, il citato art. 23 bis è stato abrogato ad esito del referendum tenutosi il 12-13 giugno 2011.

Disposizione identica a quella contenuta nel comma 5 sopra menzionato è stata peraltro poi inserita al comma 28 dell’art. 4 del D.L. n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011 (*“Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell’unione europea”*), anch’esso abrogato dalla Corte costituzionale con pronuncia 20 luglio 2012, n. 199.

Con riguardo alla questione *de qua*, ricordiamo che il comma 2 dell’articolo 113 del D.lgs. n. 267/2000, prevede che *“Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all’esercizio dei servizi pubblici, salvo quanto stabilito dal comma 13”*, il quale stabiliva che *“Gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile (...)”*.

Con riferimento al predetto comma 13, è importante sottolineare che, secondo quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 320 del 25 novembre 2011, tale disposizione deve ritenersi tacitamente abrogata, per incompatibilità, dal comma 5 dell’art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, il quale, come si è visto, aveva stabilito il principio secondo cui le reti sono di «proprietà pubblica», principio in contrasto con il richiamato comma 13, che consentiva, invece, il conferimento delle reti in proprietà a società di diritto privato a capitale interamente pubblico.

Più precisamente, nella sentenza n. 320/2011, la Corte costituzionale ha precisato che *“Non può opporsi all’indicata abrogazione tacita del comma 13 dell’art. 113 del TUEL il fatto che tale comma non è stato inserito dall’art. 12, comma 1, lettera a), del regolamento di delegificazione di cui al d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 (Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza*

economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133), tra le disposizioni del medesimo art. 113 abrogate ai sensi dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008.

Va precisato in proposito che l'art. 23-bis ha previsto due diverse modalità di abrogazione delle norme previgenti: a) nella lettera m) del comma 10 ha affidato al Governo il potere di «individuare espressamente», con regolamento, le disposizioni abrogate ai sensi dello stesso art. 23-bis; b) nel successivo comma 11, con riferimento al solo art. 113 del TUEL, ne ha disposto l'abrogazione «nelle parti incompatibili con le disposizioni» del medesimo art. 23-bis. Nel primo caso, l'effetto abrogativo è stato differito – conformemente all'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) – al momento dell'entrata in vigore del regolamento di delegificazione; nel secondo caso, invece, tale effetto è conseguito immediatamente dalla vigenza dell'art. 23-bis ed è accertato direttamente dall'interprete. La speciale disciplina dell'abrogazione per incompatibilità prevista per l'art. 113 del TUEL ha, dunque, lo specifico significato di far discendere l'effetto abrogativo di tale articolo unicamente dal comma 11 dell'art. 23-bis e, di conseguenza, di rendere non operante il disposto della lettera m) del precedente comma 10, che, perciò, si riferisce soltanto alle norme previgenti diverse dall'art. 113 del TUEL. Ciò trova indiretta conferma nell'alea del comma 1 dell'art. 12 del citato regolamento di delegificazione, il quale – riferendosi cumulativamente alle disposizioni abrogate sia dell'art. 113 del TUEL (indicate nella lettera a), sia del d.lgs. n. 152 del 2006 (indicate nelle lettere b e c) – precisa che tali disposizioni «sono o restano abrogate». Con tale espressione, evidentemente, il Governo ha inteso distinguere le disposizioni di cui all'art. 113 del TUEL (lettera a), che «restano» abrogate perché l'effetto abrogativo si era già perfezionato all'atto della entrata in vigore dell'art. 23-bis, dalle altre disposizioni (lettere b e c), che «sono

abrogate» a séguito dell'entrata in vigore del regolamento e, cioè, nel momento al quale la legge delegificante differisce l'effetto abrogativo.

In altri termini, il fatto che il menzionato regolamento di delegificazione non abbia ricompreso il comma 13 dell'art. 113 del TUEL tra le disposizioni abrogate non esclude che l'effetto abrogativo si sia già verificato a far data dalla promulgazione della lex posterior (art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008). E ciò indipendentemente dalla circostanza che il ricordato regolamento – adottato, come si è visto, sulla base del comma 10, lettera m), dell'art. 23-bis – è stato ormai privato del suo fondamento normativo dall'art. 1, comma 1, del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 (Abrogazione, a séguito di referendum popolare, dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a séguito della sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), il quale ha dichiarato l'intervenuta abrogazione dell'intero art. 23-bis per effetto dell'esito del referendum popolare indetto con d.P.R. 23 marzo 2011”.

Nella pronuncia in esame, la Consulta ha altresì precisato che il piú volte menzionato comma 13 “non ha ripreso vigore a séguito della dichiarazione – ad opera dell'art. 1, comma 1, del d.P.R. n. 113 del 2011 – dell'avvenuta abrogazione dell'intero art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 (in questo senso, specificamente, sentenza n. 24 del 2011).

Questo quadro normativo non è stato modificato neppure dal decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dal comma 1 dell'art. 1 della legge 14 settembre 2011, n. 148. Il comma 28 dell'art. 4 di tale decreto, nel riprodurre letteralmente il contenuto del comma 5 dell'art. 23-bis del d.lgs. n. 112 del 2008 – abrogato, come si è visto, in séguito a referendum popolare –, ha ripristinato il principio (dettato in generale per i SPL di rilevanza economica) secondo cui, «Ferma

restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati»”.

Sempre con riguardo alla proprietà pubblica delle reti, la Corte costituzionale ha avuto modo di osservare come essa implichi, *“indubbiamente, l’assoggettamento di queste al regime giuridico del demanio accidentale pubblico, con conseguente divieto di cessione e di mutamento della destinazione pubblica. In particolare le reti, intese in senso ampio, vanno ricomprese, in quanto appartenenti ad enti pubblici territoriali, tra i beni demaniali, ai sensi del combinato disposto del secondo comma dell’art. 822 e del primo comma dell’art. 824 cod. civ”*.

Nel caso di specie, la Corte costituzionale ha dunque dichiarato l’illegittimità costituzionale dei commi 2 e 4 dell’art. 49 della legge della Regione Lombardia 12 dicembre 2003, n. 26 (Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche), introdotti dall’art. 1, comma 1, lettera t), della legge della Regione Lombardia 27 dicembre 2010, n. 21, recante «Modifiche alla legge regionale 12 dicembre 2003, n. 26, in attuazione dell’articolo 2, comma 186-bis, della legge 23 dicembre 2009, n. 191».

Le predette disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime rispettivamente prevedevano che: (comma 2) *“Gli enti locali possono costituire una società patrimoniale d’ambito ai sensi dell’articolo 113, comma 13, del d.lgs. 267/2000, a condizione che questa sia unica per ciascun ATO e vi partecipino direttamente o indirettamente mediante conferimento della proprietà delle reti, degli impianti, delle altre dotazioni patrimoniali del servizio idrico integrato e, in caso di partecipazione indiretta, del relativo ramo d’azienda, i comuni rappresentativi di almeno i due terzi del numero dei comuni dell’ambito”* e che (comma 4) la società patrimoniale d’ambito *“In ogni caso (...) pone a disposizione del gestore incaricato della gestione del servizio le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali”* e che *“L’ente responsabile dell’ATO può assegnare alla società il compito di espletare le*

gare per l'affidamento del servizio, le attività di progettazione preliminare delle opere infrastrutturali relative al servizio idrico e le attività di collaudo delle stesse”.

Ad avviso di chi scrive non appare peraltro condivisibile l'iter argomentativo della Corte, laddove traccia il predetto “doppio binario” di abrogazione.

La portata abrogatrice dell'art. 23 bis rispetto alle norme previgenti era stata, infatti, correlata dal legislatore all'adozione del regolamento, cui era stata espressamente destinata (anche) la funzione di specifica individuazione delle norme da ritenere abrogate in quanto incompatibili (ciò che in concreto è stato fatto con il DPR n. 168/2010).

D'altro canto introdurre un doppio regime abrogativo nell'alveo della stessa norma e nei confronti di una stessa norma comporta -come si è visto- un doppio effetto temporale di abrogazione, che appare incoerente ed è idoneo a creare incertezze, che, invero, erano proprio ciò che si voleva evitare attraverso l'emanazione di un regolamento che individuasse specificamente le disposizioni da abrogare.

La posizione della Corte può forse essere compresa laddove si consideri la problematicità -sotto il profilo della stessa legittimità costituzionale- del rinvio da parte dell'art. 23 bis allo strumento regolamentare quale mezzo per introdurre delle abrogazioni a norme di legge rafforzate.

In ogni caso, seppur criticabile, per le anzidette ragioni, si deve comunque tener conto del principio statuito dalla Corte Costituzionale ed occorre pertanto esaminare alcune questioni che costituiscono immediata conseguenza delle relative statuizioni.

Anzitutto l'aspetto di maggior rilievo concerne il momento temporale in cui può ritenersi intervenuta l'abrogazione dell'art. 113, comma 13 del D.lgs. n. 267/2000 da parte dell'art. 23 bis.

L'art. 23 bis è entrato in vigore il 25 giugno del 2008 (ivi compreso il comma 5°, che come visto è la disposizione che secondo la Corte avrebbe determinato l'abrogazione implicita del comma 13° dell'art. 113 del TUEL).

In considerazione di ciò si può ritenere che tutte le società costituite anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 23 bis (cioè il 25 giugno del 2008) si appalesano legittime.

La loro costituzione è, infatti, avvenuta in vigenza di una norma che le legittimava -e cioè l'art. 113, comma 13- e siffatta norma è stata abrogata solo successivamente alla costituzione di tali società.

In buona sostanza, gli effetti dell'abrogazione dell'art. 113, comma 13 (secondo l'impostazione della Corte) non possono che valere per il futuro, e cioè non può andare ad incidere su situazioni societarie sorte anteriormente.

D'altro canto, laddove si ragionasse diversamente, si addiverrebbe a conseguenze paradossali, in quanto si perverrebbe all'affermazione per cui le società che vengono costituite sulla base di norme giuridiche, che ne consentono la costituzione, e procedono nella propria vita sociale, possono essere "caducate" laddove venga in essere, anche in epoca molto successiva, un qualche intervento abrogativo della norma sulla cui base tali società sono state costituite.

Come detto, tale conseguenza è inaccettabile, in virtù del fondamentale principio di certezza del diritto.

Occorre poi osservare che le considerazioni espresse nella sentenza della Corte Costituzionale riguardano soltanto gli assets di proprietà degli enti locali.

Difatti nei propri passaggi la Corte fa espressamente riferimento a: *“le reti, intese in senso ampio, vanno ricomprese, in quanto appartenenti ad enti pubblici territoriali, tra i beni demaniali, ai sensi del combinato disposto del secondo comma dell'art. 822 e del primo comma dell'art. 824 cod. civ.”.*

Diverso è il discorso laddove si prendano in considerazione gli assets che sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti pubblici (ci si riferisce in particolare agli assets degli soggetti privati).

L'art. 113, comma 14 prevedeva che: *“se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi di cui al comma 1 sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, questi possono essere autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti, a condizione che siano rispettati gli standard di cui al comma 7 e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale, salvo che le discipline di carattere settoriale o le relative Autorità dispongano diversamente. Tra le parti è in ogni caso stipulato, ai sensi del comma 11, un contratto di servizio in cui sono definite, tra l'altro, le misure di coordinamento con gli eventuali altri gestori”*.

Si tratta della nota norma sulle autorizzazioni nei confronti di soggetti privati che sono proprietari degli assets.

Questa disposizione è stata abrogata dal regolamento attuativo dell'art. 23 bis (D.P.R. n. 168/2010) a far data dalla sua entrata in vigore e cioè dal 27 ottobre 2010.

Da ciò consegue che soltanto in ordine agli impianti che sono stati realizzati successivamente a tale data può ritenersi che gli stessi non possono essere considerati di proprietà privata.

Per converso tutti i beni ed impianti che sono stati realizzati anteriormente al 27 ottobre 2010 possono continuare a ritenersi legittimamente di proprietà privata, mentre solo quelli realizzati successivamente debbono essere considerati pubblici.

Pertanto le considerazioni sopra espresse riguardano esclusivamente i beni che sono stati realizzati dai soggetti rientranti nella disposizione di cui all'art. 113, comma 14 del D.lgs. n. 267/2000.

In conclusione si osserva che le posizioni societarie e proprietarie che si sono consolidate in vigenza delle rispettive norme (in epoca antecedente alla loro abrogazione) non possono ritenersi intaccate, a mio avviso, dalle statuizioni della

Corte Costituzionale, di talchè si può ritenere che esse possono essere individuate come stazione appaltante ai sensi dell'art. 2 del D.M. n. 226/2011.