

VINTI & ASSOCIATI
AVVOCATI

00187 Roma - Via Emilia, 88 Tel. 06
4200741 Fax 06 42007440
studio@vintiassociati.com
www.vintiassociati.org

LEGAL PARTNER



avvocati

Corso d'Italia, 83 - Roma 00198
P. Iva / C. F. 12404251006

T. +39 06 3211503

F. +39 06 31.056.964

E-mail: studio@lpavvocati.com

Pec: studio@pec.lpavvocati.com

ECC. MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO –

Sede di Roma sez. I

r.g. 12309/2018

Udienza pubblica 22 maggio 2019

Motivi aggiunti di ricorso a valere anche quale ricorso autonomo

Nell'interesse della società **Idroelettrica Valcanale S.a.s di M. G. Massarutto & C.** (in forma abbreviata, anche "Idroelettrica Valcanale" o "Valcanale"), C.F. e P. IVA 00190600304, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, Dott. Enrico Massarutto, con sede in Tarvisio (UD), Via Officine n. 8-10, rappresentata e difesa anche disgiuntamente tra loro, giusta procura speciale apposta in calce al presente atto, dagli Avv.ti Prof. Stefano Vinti (VNTSFN60T27G273Y; fax n. 06/42007440; s.vinti@legalmail.it), Dario Capotorto (CPTDRA80A10L049A; fax n. 06/42007440; dariocapotorto@ordineavvocatiroma.org), Corinna Fedeli (FDLCNN69S58H501F; fax n. 06/42007440; corinnafedeli@ordineavvocatiroma.org) e Giulia Crivellini (CRVGLI88E71F205M; fax n. 06/32656888; giuliacrivellini@ordineavvocatiroma.org) ed elettivamente domiciliato presso lo studio Vinti & Associati, in Roma in Via Emilia n. 88; ai fini delle comunicazioni, ex art. 136 comma 1 D.lgs. n. 104/2010 e s.s. m.m., si indicano quale numero di fax: 06.42007440; p.e.c. s.vinti@legalmail.it;

contro

ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, con indirizzo PEC: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it

Ministero dello Sviluppo Economico, anche MISE d'ora in poi, in persona del Ministro *pro-tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, con indirizzo PEC: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it

- Amministrazioni resistenti -

e nei confronti di

- **Strada dei Parchi S.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso nel giudizio dall'avvocato Sara Di Cunzolo con indirizzo PEC saradicunzolo@ordineavvocatiroma.org;

- controinteressato –

- **UTILITALIA** in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa nel giudizio dagli avvocati Daniela Anselmi, Giulio Bertone e Simona Barchiesi, con indirizzo PEC: daniela.anselmi@ordineavvgenova.it; giulio.bertone@ordineavvgenova.it; simona.barchiesi@pec.it;

- interventore ad adiuvandum –

per l'annullamento

- della comunicazione del MISE (**doc. 5**, segue la numerazione del fascicolo relativo al ricorso introduttivo) del 15 novembre 2018 prot. n. 90222 avente ad oggetto “*Art. 177 Codice dei Contratti Pubblici – Adempimenti a carico delle amministrazioni concedenti del servizio di distribuzione elettrica – Pubblicazione dei dati delle concessioni sul sito del MISE*” con la quale il MISE ha comunicato alla medesima di dover adempiere agli obblighi imposti alle amministrazioni concedenti dall’art. 177 del codice dei contratti pubblici e dalle Linee Guida ANAC n. 11 ed ha sollecitato i concessionari in indirizzo a procedere al più presto all’adempimento di tali obblighi, ricordando che essi vanno attuati entro il 31 marzo 2019;

- della comunicazione del MISE pubblicata sul sito istituzionale del medesimo (**doc. 6**), nella sezione Trasparenza, Bandi e Contratti, nella quale vi è inserito un elenco di “*Concessioni assoggettate all’articolo 177 del decreto legislativo 50/2016*” (si veda il seguente link: <http://trasparenza.mise.gov.it/index.php/concessioni-assoggettate-allarticolo-177-del-decreto-legislativo-50-2016?resetfilters=0>);

- di ogni altro atto connesso e presupposto, consequenziale o successivo, anche non conosciuto, adottato dal MISE ed avente ad oggetto le previsioni di cui all’art. 177 del codice dei contratti pubblici;

- delle Linee Guida n. 11/2018, già impugnate con il ricorso introduttivo, nonché di ogni altro atto connesso e conseguente, presupposto anche non conosciuto;

nonché espressamente per la disapplicazione previa remissione alla Corte costituzionale e/o alla Corte di Giustizia UE per illegittimità costituzionale e/o europea

- dell'art. 177 del d.lgs. 14 marzo 2016, n. 50 (nel prosieguo anche "Codice" o "Codice dei contratti pubblici"), nella parte in cui prevede che i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture **già in essere** alla data di entrata in vigore del Codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, *"sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica"*;
- dell'art. 1, comma 1, lett. iii) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11.

FATTO

1. La società ricorrente svolge sin dal 1933 il servizio pubblico di distribuzione dell'energia elettrica dapprima nei Comuni di Malberghetto e Tarvisio (in Provincia di Udine) e poi, come previsto nella concessione ministeriale del 31 maggio 2001, soltanto nel territorio del Comune di Tarvisio. Attualmente le reti di Idroelettrica Valcanale si sviluppano per oltre 200 km e servono un bacino di utenza di 5237 clienti.

La società fa parte di quelle imprese che, in base all'articolo 7 della Legge n. 10 del 1991, non sono state trasferite all'E.N.E.L. in quanto rientranti, all'epoca della c.d. nazionalizzazione, nella categoria di cui all'articolo 4, numero 8, della Legge n. 1643 del 1962.

In forza della citata legge E.N.E.L. ha acquisito tutte le attività delle aziende operanti nella produzione, trasformazione, trasmissione e nella distribuzione di energia elettrica, fatto salvo alcune eccezioni, tra cui le piccole aziende che non distribuivano più di 10 milioni di chilowattora per anno.

Queste ultime, pertanto - proprio come la ricorrente - hanno gestito il servizio di distribuzione dell'energia elettrica continuando, nel tempo, ad operare per garantire la qualità e continuità della distribuzione elettrica attraverso la propria iniziativa imprenditoriale privata, secondo le norme e le tariffe dapprima stabilite inizialmente dal Comitato Interministeriale Prezzi e al momento attuale dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (d'ora in avanti anche ARERA) in virtù di quanto stabilito stabilito dalla legge n. 481/1995. Tale legge, al comma 6 dell'art. 2, stabilisce che l'ARERA ha competenza assoluta nell'applicazione tecnica delle normative europee volte alla

liberalizzazione del settore (dunque ivi inclusa la normativa sugli appalti, quando questa riguardi anche il settore elettrico).

L'attività di distribuzione dell'energia elettrica è stata, successivamente, disciplinata dal Decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, di attuazione della direttiva 96/92/CE e recante “*norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*” (c.d. “Decreto Bersani”), che ha rappresentato il primo passo verso la liberalizzazione del mercato elettrico italiano, attraverso la separazione delle su richiamate attività e l'affidamento delle stesse a società diverse dall'Ente nazionale, che al momento dell'entrata in vigore del Decreto Bersani già aveva assunto la forma di società per azioni e la denominazione di Enel S.p.A.

Con il Decreto Bersani si è “*compiuta in modo irreversibile*” una doppia transizione: la prima, consistente nel passaggio da un sistema nazionale a un sistema europeo; la seconda, consistente nel passaggio da un regime di monopolio pubblico ad un regime in parte regolato (trasmissione e distribuzione) ed in parte libero (produzione e vendita).

Il decreto in esame, in conformità alle indicazioni contenute nella direttiva 96/92/CE, ha operato, e opera, tuttavia, una netta distinzione tra segmenti della filiera elettrica sottoposti ad un processo di graduale liberalizzazione e segmenti in cui continuano a permanere regimi di concessione o di riserva di attività.

Invero, l'incisività dell'intervento di liberalizzazione ed il grado di apertura del mercato alla concorrenza differiscono a seconda che il comparto del ciclo produttivo sia quello della generazione, della trasmissione e del dispacciamento, della distribuzione dell'energia elettrica agli utenti finali, oggi clienti finali.

Infatti, l'art. 1 del decreto stabilisce, da un lato, che le attività di produzione, di importazione e di vendita dell'energia elettrica siano libere, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico previsti nel medesimo provvedimento; da un altro lato, che le attività di trasmissione e dispacciamento siano riservate allo Stato ed attribuite in concessione al Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale; e, infine, che le attività di distribuzione siano svolte in regime di concessione rilasciata dal Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato (oggi Ministero dello sviluppo economico), sulla base di parametri stabiliti dall'ARERA.

L'ARERA infatti (e non il Ministero dello sviluppo economico) ha competenza assoluta nel definire contenuto, modalità e obblighi dei concessionari (vedi il comma 12 dello stesso art. 2 della legge citata 481/1995), e ciò fa valutando le condizioni del mercato e le normative comunitarie (dunque incluse quelle sugli appalti).

L'ARERA, secondo quanto stabilito al comma 12 dell'art. 2 della legge istitutiva 481/1995, invero, monitora le condizioni di concorrenzialità dell'offerta del servizio da parte dei concessionari ed ha il potere di intervenire definendo il livello dei ricavi dei concessionari e di perequarli a livello nazionale, in modo che tutti i distributori possano godere dello stesso tasso di remunerazione del capitale investito.

Il settore elettrico italiano è stato, quindi, interessato da una complessa riforma decennale orientata a distinguere le fasi produttive e commerciali (generazione di elettricità, vendita e scambi internazionali) da quelle caratterizzate da condizioni di **monopolio naturale** (trasmissione e **distribuzione**), al fine di liberalizzare gradualmente le prime e regolamentare incisivamente le altre.

Ed invero, ogni fase della c.d. filiera elettrica presenta diverse caratteristiche dal punto di vista economico e, di conseguenza, dal punto di vista normativo: se la produzione e la vendita di energia al consumatore finale rappresentano settori potenzialmente concorrenziali, potendoci essere una moltitudine di produttori e società di vendita che competono fra loro, la trasmissione e la distribuzione, invece, si configurano come monopoli naturali, a causa degli elevati costi irrecuperabili¹ per la realizzazione di reti di trasporto tra loro in concorrenza, nonché dell'impossibilità di ottenere ulteriori autorizzazioni.

Ed infatti, le attività di trasmissione e distribuzione sono fisicamente integrate attraverso linee di alta tensione, di media tensione e bassa tensione, per garantire la gestione in sicurezza di un sistema che consenta il trasporto dell'energia prodotta ed importata ai clienti finali. Inoltre, tali attività, vista la loro centralità nel garantire la qualità del servizio e la continuità del servizio pubblico, rispondono ad una stringente e pervasiva regolazione da parte dell'Autorità di settore.

Inoltre, mentre la trasmissione su lunghe distanze è gestita da un unico operatore (Terna), per la distribuzione di energia elettrica fino agli utenti finali sono presenti numerosi soggetti.

In ciascuna area d'ambito territoriale, la distribuzione viene data in concessione ad un unico operatore (che esercisce in monopolio naturale poiché risulta non economica la

¹ Si tratta di costi che un'impresa che intende uscire dal mercato non è in grado di recuperare. Quindi, elevati costi irrecuperabili fungono sia da barriera all'uscita per le imprese già operanti nell'industria, sia da barriere all'entrata per le imprese che vorrebbero entrare.

duplicazione di infrastrutture ad alto tasso di investimento), mentre l'attività di vendita di energia è lasciata in capo a soggetti diversi che possono offrire proposte ai consumatori. Nel mercato elettrico, quindi, essendo le società di distribuzione dell'energia elettrica riconosciute come monopoli naturali, esse sono sottoposte ad una regolazione che mira contemporaneamente ad incentivare i comportamenti virtuosi per la collettività (ad esempio attraverso la parametrizzazione dei ricavi consentiti) e ad impedire sussidi incrociati verso altri segmenti della filiera.

Alla luce di tali caratteristiche, proprie del settore di riferimento, il citato articolo 1 del decreto Bersani ha ragionevolmente stabilito che l'attività di distribuzione – a differenza di quelle di produzione e vendita dell'energia – venga svolta in regime di concessione rilasciata dal Ministero dello sviluppo economico e che le tariffe imposte per questa fase siano determinate dall'ARERA.

Sono state così sottoposte ad un medesimo regime di concessione con limiti temporali, territoriali e normativi, prima non esistenti, le aziende che già esercitavano da molti decenni l'attività di distribuzione.

Il successivo articolo 9 ha, inoltre, previsto che le imprese distributrici già *“operanti alla data di entrata in vigore del presente decreto”* ... *“continuano a svolgere il servizio di distribuzione sulla base di concessioni rilasciate entro il 31 marzo 2001 dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e aventi scadenza il 31 dicembre 2030”*.

Solo a partire da tale data detto servizio sarà affidato sulla base di gare da indire *“non oltre il quinquennio precedente la medesima scadenza”* (e, pertanto, non oltre il 2025). Le nuove concessioni verranno rilasciate, anche in tale caso, previa delimitazione dell'ambito (comunque non inferiore al territorio comunale e non superiore a un quarto di tutti i clienti finali) e sulla base di modalità, condizioni e criteri fissati con regolamento del Ministro per lo sviluppo economico.

Con il decreto in esame è stato, quindi, introdotto, per la distribuzione dell'energia elettrica, un regime giuridico di tipo concessorio.

Si tratta, tuttavia, di un regime di carattere non *“traslativo”* (in virtù del quale il potere di distribuire energia elettrica si trasferirebbe dall'organo statale, il Ministero, ai soggetti richiedenti), quanto, piuttosto, *“abilitativo”*, conferendo il Ministero, attraverso la concessione, la abilitazione a distribuire su un dato territorio ad aziende che hanno creato autonomamente la propria rete con investimenti propri.

Inoltre, il decreto Bersani ha introdotto, per la prima volta nel panorama normativo del settore, il concetto di “*contingentamento*” delle concessioni, stabilendo che per ogni Comune possa essere rilasciata dall’ autorità statale una sola concessione.

Lo scopo perseguito dal “*contingentamento*”, espressamente enunciato dal legislatore, è quello di garantire che l’ attività di distribuzione di energia elettrica sia svolta nel modo più razionale possibile.

Con decreto ministeriale del 31 maggio 2001, pertanto, la ricorrente è divenuta concessionaria del servizio di distribuzione dell’ energia elettrica nel solo comune di Tarvisio (**doc. 2 del fascicolo introduttivo**). In particolare, in forza del richiamato principio di “*contingentamento*” delle concessioni, la stessa ha acquisito da Enel Distribuzione S.p.A. le reti presso il Comune di Tarvisio di proprietà di E.N.E.L. (essendo la presenza della ricorrente ampiamente maggioritaria in quel territorio), al contempo ha dovuto rinunciare a svolgere la propria attività nel Comune di Malborghetto.

Occorre ricordare, inoltre, che nel settore di riferimento l’ attribuzione di un diritto di esclusiva, mediante rilascio di concessione, nell’ esercizio dell’ attività di distribuzione dell’ energia elettrica in un determinato ambito territoriale si configura come uno strumento attraverso cui gravare l’ impresa concessionaria di obblighi di servizio pubblico.

A tale scopo, il decreto Bersani pone in capo al distributore diversi obblighi, tra i quali: l’ obbligo di connettere alla rete tutti i soggetti che ne facciano richiesta e di applicare nella fornitura di energia ai clienti vincolati la tariffa di trasporto unica nazionale; l’ obbligo di procedere agli interventi necessari di sviluppo della rete distributiva; di perseguire obiettivi di crescente efficienza energetica.

Il Decreto Bersani ha introdotto, quindi, un regime di graduale liberalizzazione dell’ attività di distribuzione dell’ energia elettrica, e di parallela regolazione e controllo della stessa da parte dell’ Autorità di settore. E ciò, come si è detto, in forza della peculiarità di tale attività di servizio pubblico essenziale, rispetto alle altre attività della filiera aventi carattere produttivo e commerciale.

La peculiarità ed esclusività del servizio di distribuzione è altresì confermata dal fatto che la sostituzione di un concessionario possa avvenire al momento attuale solo ad opera di un altro concessionario (e non di altri soggetti terzi), ed unicamente a seguito di compravendita delle reti e dei punti di fornitura, previa valutazione in contraddittorio tra le parti del valore economico degli asset funzionali alla fornitura stessa.

2. L’ assetto normativo descritto si è, tuttavia, di recente “scontrato” con le novità introdotte dal D.lgs. n. 50 del 2016 (d’ ora in avanti anche “Codice” o “Codice dei contratti pubblici”).

3. In particolare, la Legge 28 gennaio 2016, n. 11 ha delegato il Governo ad attuare la nuova disciplina europea in materia di appalti pubblici e concessioni, attraverso il recepimento delle direttive 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE, sugli appalti pubblici, e 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Con l'articolo 177, comma 1, del nuovo Codice dei contratti pubblici (rubricato "*Affidamenti dei concessionari*"), il legislatore ha pertanto stabilito che "*i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del Codice e non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare una quota pari [almeno] all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle medesime concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica*" e che "*La restante parte dei contratti [venti per cento] può essere realizzata, per i soggetti pubblici, da società in house, ovvero, per i soggetti privati, da società direttamente o indirettamente controllate o collegate, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato*".

Per i titolari di concessioni autostradali, invece, la quota di esternalizzazione è inspiegabilmente fissata nella diversa misura pari al sessanta per cento dei contratti relativi alle concessioni².

L'articolo 177, comma 2, del Codice prevede, poi, che i concessionari si adeguino alle predette disposizioni entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del Codice stesso (ossia entro il 19 aprile 2018). Al riguardo, il Consiglio di Stato ha chiarito che l'obbligo di esternalizzazione mediante evidenza pubblica di cui all'articolo 177 è "*immediatamente operativo*" e che l'indicazione temporale è "*soltanto un termine finale, "entro" (e non a partire da) il quale deve essere raggiunta l'aliquota minima dell'80% di contratti affidati mediante gara*" (Cons. St., Sez. V, sentenza del 27 luglio 2017, n. 3703).

L'articolo 177, comma 3, del Codice ha demandato all'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora in avanti anche "ANAC" o l'Autorità") l'adozione di Linee guida attuative del Codice stesso, stabilendo che "*la verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1 da parte*

² L'articolo 177, comma 1, è stato così modificato dall'articolo 1, comma 568, lettera a), della Legge 27 dicembre 2017, n. 205, che ha introdotto una disciplina speciale per i concessionari autostradali.

dei soggetti preposti e dell'ANAC viene effettuata annualmente, secondo le modalità indicate dall'ANAC stessa in apposite linee guida”.

La disposizione chiarisce che eventuali situazioni di squilibrio rispetto al limite dell'80% debbano essere riequilibrate entro l'anno successivo e che, *“in caso di reiterate situazioni di squilibrio per due anni consecutivi, il concedente applica una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura di evidenza pubblica”.*

Ad oggi, pertanto, tutti i soggetti concessionari richiamati dalla norma, tra cui, la ricorrente, sono vincolati alle prescrizioni ivi contenute e sono sottoposti, a seguito dell'emanazione delle Linee guida oggetto di impugnazione, alla procedura di verifica del rispetto delle percentuali previste.

4. In data 2 agosto sono state pubblicate in Gazzetta Ufficiale le Linee guida ANAC n. 11/2018, recanti *“Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice [d.lgs. n. 50 del 2016] da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea”* (d'ora in avanti anche *“Linee guida”* o *“Linee guida ANAC”*).

Solo con l'emanazione delle stesse, pertanto, le prescrizioni dettate dall'articolo 177 hanno assunto carattere cogente ed immediatamente operativo.

Esse, per espressa indicazione dell'Autorità, si caratterizzano per una duplice natura, interpretativa e precettiva.

Senza dubbio, le disposizioni contenute nella Parte II rivestono carattere *“vincolante”*, non solo e non tanto in quanto definite come tali, ma perché dettano obblighi precisi in capo ai concessionari, contenendo indicazioni finalizzate a rendere possibile le verifiche sul rispetto delle quote percentuali individuate dalla norma.

Tali previsioni impongono ai concessionari rientranti nell'ambito di applicazione soggettivo del dettato normativo di elaborare e trasmettere un *“programma annuale degli affidamenti”*, contenente lavori, servizi e forniture programmati nell'anno di riferimento, *“specificando, per ciascuno, la modalità di esecuzione e l'incidenza percentuale sul totale dei contratti da eseguire”* (paragrafo 5.3). I soggetti concessionari sono, inoltre, immediatamente obbligati a pubblicare sul c.d. profilo del committente - e nella Sezione telematica *“Contratti riferiti a concessioni assoggettate all'applicazione dell'articolo 177 del codice dei contratti pubblici”* – le seguenti informazioni: (i) i dati e le informazioni

riferiti ai contratti affidati con procedura di evidenza pubblica”, (ii) il programma annuale degli affidamenti, (iii) l’incidenza percentuale dei contratti affidati con gara sul totale dei contratti relativi alla concessione (iv) l’entità delle eventuali situazioni di squilibrio e (v) gli interventi proposti per il riequilibrio, con indicazione del relativo cronoprogramma (paragrafo 5.4).

Le Linee guida in questione hanno quindi, in tutta evidenza, valenza precettiva, **incidendo direttamente ed immediatamente sulla situazione soggettiva di specifici soggetti** (i concessionari cui la norma è presumibilmente applicabile) ed imponendo agli stessi una revisione, per non dire uno stravolgimento, del proprio assetto organizzativo aziendale, pena l’applicazione di un durissimo apparato sanzionatorio.

In questo quadro, anche la parte I delle Linee guida deve ritenersi, in disparte il *nomen iuris* utilizzato, dotata di effetto vincolante. E ciò in quanto, come dalla stessa ANAC riconosciuto in sede di consultazione, “*l’individuazione dell’ambito*” soggettivo e oggettivo “*di applicazione dell’articolo 177 del codice dei contratti pubblici rappresenta un momento preliminare rispetto all’individuazione delle modalità della verifica, da parte dei soggetti preposti e della stessa ANAC, del rispetto del limite di cui al comma 1 della norma in esame*”.

D’altra parte, la minaccia di *sanzione* (parte II), cioè la minaccia di una punizione in caso di inosservanza di un *precetto*, non può che far riferimento ad un precetto (parte I) che sia chiaro, prevedibile e quindi immediatamente vincolante, non certo ad un mero indirizzo interpretativo.

5. Le Linee guida n. 11/2018 devono, pertanto, essere considerate direttamente lesive della situazione giuridica della ricorrente, in virtù della loro portata generale e del loro carattere immediatamente coercitivo. E ciò in quanto, l’atto approvato dall’ANAC (*rectius*, le prescrizioni e gli obblighi che da esso discendono in capo ai concessionari) comporta, come meglio si dirà, l’insorgenza dell’obbligo di dismettere l’80% delle attività imprenditoriali attualmente svolte in proprio (e una quota corrispondente dei beni aziendali, materiali, immateriali e di dotazione organica) con un sacrificio gravosissimo e **del tutto sproporzionato rispetto agli obiettivi dell’intervento normativo**.

6. La Società odierna ricorrente ha quindi tempestivamente impugnato le sopracitate Linee Guida ANAC n. 11/18, deducendo plurime censure e richiedendo all’Ill.mo Collegio adito di sollevare presso la Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell’art. 177 del codice dei contratti pubblici e/o di sollevare la questione della contrarietà della disposizione alle norme europee del Trattato dinanzi alla Corte di Giustizia.

Il giudizio è attualmente incardinato presso la prima sezione del TAR Lazio, sede di Roma, costituite tutte le parti ritualmente adite e con l'intervento *ad adiuvandum* della Utilitalia, Federazione che riunisce le Aziende Operanti nei servizi pubblici dell'Acqua, Ambiente, Gas, Energia Elettrica e Telecomunicazione.

7. Tuttavia, il Ministero dello Sviluppo Economico, malgrado avesse tempestivamente ricevuto la notifica del ricorso introduttivo, ha provveduto ad inviare anche alla società ricorrente la nota impugnata con il presente atto, inserendola in un apposito elenco allegato alla medesima e dunque ritenendo la medesima soggetta all'applicazione dell'art. 177 del Codice dei Contratti Pubblici e delle Linee Guida n. 11.

Ed infatti il MISE ha comunicato che le Linee Guida emanate dall'ANAC (in attuazione del 177 citato) impongono obblighi anche a carico delle amministrazioni concedenti “*tra cui la pubblicazione su un'apposita sezione del sito istituzionale, entro il 31 marzo 2019, di dati riguardanti:*

- 1) *la data di sottoscrizione della concessione;*
- 2) *l'oggetto della concessione;*
- 3) *il valore stimato della concessione;*
- 4) *lo stato della concessione, con indicazione delle attività svolte e delle attività residue;*
- 5) *i dati del concessionario;*

Nella nota poi il MISE ha dichiarato, sempre in presunto (almeno con riferimento alla odierna ricorrente come meglio si spiegherà *infra*) adempimento delle Linee Guida, di essere in procinto “*di provvedere alla pubblicazione integrale, su apposita sezione del sito www.mise.gov.it, dei files dei decreti ministeriali di concessione (e degli eventuali decreti ministeriali di voltura) e delle relative convenzioni, così soddisfacendo le richieste informative di cui ai sopradetti punti 1,2 e 5*”.

Infine, il MISE ha invitato i concessionari in indirizzo, tra i quali la ricorrente, “*a procedere al più presto ad adempiere agli obblighi di pubblicazione posti a loro carico dalle citate Linee Guida, ricordando che tali obblighi in prima applicazione vanno attuati entro il 31 marzo 2019*”, confermando così espressamente di ritenere l'odierna ricorrente obbligata all'applicazione dell'art. 177 citato.

8. Tale volontà è stata ribadita anche nella comunicazione pubblicata dal Ministero dello Sviluppo Economico sul sito istituzionale, dove compare, nella sezione Trasparenza dedicata alla pubblicazione di bandi e contratti, un elenco di “*Concessioni assoggettate all'articolo 177 del decreto legislativo 50/2016*”, contenente oltretutto le concessioni, con

le relative voltture e le convenzioni, come indicato nella precedente comunicazione del 15 novembre 2018.

9. In punto di fatto va segnalato oltretutto che gli effetti devastanti derivanti dall'applicazione dell'art. 177 del codice dei contratti pubblici, nell'interpretazione fatta propria dalle Linee Guida e dal MISE, hanno indotto le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei lavoratori dei settori interessati a proclamare uno sciopero nazionale per la giornata del 14 dicembre 2018, lamentando proprio l'esautoramento imposto alle concessionarie quali la ricorrente in termini di risorse umane, competenze e risorse materiali. Sono oltretutto previste ulteriori agitazioni sindacali.

Per i fatti suesposti l'impugnazione degli atti indicati in epigrafe appare necessaria per la tutela dei diritti e degli interessi propri della società ricorrente, per tutti i seguenti motivi di

DIRITTO

1. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEGGE N. 481/1995. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 QUINQUIES COMMA 7 DELLA LEGGE N. 290/2003. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE DIRETTIVE 2009/72/UE E 2009/73/UE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT 24, 25, 26 E 27 DELLA DIRETTIVA 2009/72/CE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 35 DELLA DIRETTIVA 2009/72/UE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA L. N. 481/1995. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D.LGS. N. 93/2011 E DELL'ART. 42 DEL D.LGS. N. 93/2011. INCOMPETENZA E DIFETTO ASSOLUTO DI ATTRIBUZIONE. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA E PER MANCATO COINVOLGIMENTO DELL'AUTORITÀ DI SETTORE IN SEDE DI IMPOSIZIONE DI NUOVI E GRAVOSI ONERI A CARICO DEI DISTRIBUTORI DI ENERGIA ELETTRICA.

La nota del MISE appare palesemente in contrasto con il principale pilastro della liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica che come noto ha assegnato all'Autorità settoriale di regolazione (ARERA) funzioni e compiti da cui la stessa non può essere esautorata.

L'art. 1 *quinquies* comma 7 della legge 290/2003 di recepimento della seconda direttiva europea 54/2003/CE prevede espressamente che: *“L'Autorità per l'energia elettrica e il gas [oggi ARERA] definisce, entro e non oltre tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, le tariffe di remunerazione delle reti di trasporto e distribuzione, per il successivo periodo regolatorio, anche al fine di garantire le esigenze di sviluppo del servizio elettrico, adottando criteri che includano la rivalutazione delle infrastrutture, un valore del tasso di rendimento privo di rischio almeno in linea con quello*

dei titoli di Stato a lungo termine nonché una simmetrica ripartizione tra utenti e imprese delle maggiori efficienze realizzate rispetto agli obiettivi definiti con il meccanismo del price cap, applicato alle componenti tariffarie destinate alla copertura dei costi operativi e degli ammortamenti. “

Pertanto, il metodo del *price cap* e dell’equa remunerazione degli *asset* dei concessionari di trasmissione e dei concessionari di distribuzione, da principio nazionale stabilito dalla legge 481/1995 diviene obbligo comunitario, confermando dunque la validità del percorso tariffario avviato dall’ARERA dal momento della sua istituzione nel 1995, volto ad una progressiva riduzione delle tariffe di distribuzione.

Il meccanismo tariffario stabilito dalle richiamate normative e dalle delibere dell’ARERA, in sintesi, prevede che il concessionario non possa ottenere (durante l’intero periodo della concessione) un livello di ricavi e di remunerazione di mercato.

Il che vuol dire che il concessionario ha la libertà di organizzare la propria attività di impresa, ma che non può decidere autonomamente il livello dei ricavi a danno del consumatore finale.

Per tale motivo l’ARERA non ha mai avuto la necessità di fare riferimento alla normativa europea sugli appalti, in quanto l’ARERA rivede in profondità tutti i dati patrimoniali e di bilancio, anche attraverso lunghe ispezioni (con l’ausilio del nucleo specializzato della Guardia di Finanza) ai distributori, raccogliendo tutti i parametri necessari a fissare poi tariffe che non consentano ai distributori “*extra profitti*” o rendite monopolistiche.

Da quanto esposto discende che la richiesta di cui al punto 3 della lettera del Ministero (determinazione del valore della concessione da parte dello stesso concessionario) è una richiesta impossibile da soddisfare da parte dei distributori in quanto i metodi di valutazione del valore residuale della concessione sono stabiliti dall’ARERA, adottando al riguardo specifiche metodologie fra le diverse già utilizzate dalla stessa, per esempio, per definire i requisiti minimi dei livelli di qualità del servizio, le tipologie di investimenti etc...e non dai concessionari di distribuzione.

Occorre inoltre ricordare che l’art. 2 comma 6 della direttiva citata prevede che i concessionari di distribuzione di energia elettrica svolgano il ruolo di “*gestore del sistema di distribuzione*”: qualificato come “*qualsiasi persona fisica o giuridica responsabile della gestione, della manutenzione e, se necessario, dello sviluppo del sistema di distribuzione in una data zona e, se del caso, delle relative interconnessioni con altri sistemi, e di assicurare la capacità a lungo termine del sistema di soddisfare richieste ragionevoli di distribuzione di energia elettrica*”.

Ciò implica che sul distributore incombono obblighi e responsabilità incompatibili con l'introduzione di prescrizioni che lo costringano a spogliarsi delle funzioni di cui esso è deputato.

Gli obblighi di esternalizzazione imposti nelle linee guida ANAC qui impugnate si pongono perciò in aperto contrasto con le norme europee che regolamentano le tariffe elettriche (vedi la legge 290/2003 e prima la legge 481/1995), nonché con le norme che regolamentano il mercato della distribuzione di energia elettrica e con il ruolo che il diritto eurounitario ha assegnato al Distribution System Operator (“DSO”), su cui grava l’onere di mantenere un’organizzazione amministrativa e tecnica in grado di poter assicurare la capacità a lungo termine del sistema di soddisfare richieste ragionevoli di distribuzione di energia elettrica. L’obbligo di esternalizzazione dell’80% delle attività svolte in proprio dai concessionari del settore della distribuzione dell’energia è infatti apertamente incompatibile in via di principio ed in via di fatto con tali responsabilità, che rappresentano tuttavia l’obiettivo primario della previsione dell’esistenza dei DSO all’interno dell’ordinamento eurounitario. In altre parole, l’obiettivo di garantire la funzionalità agli obiettivi delle direttive europee 2009/72/UE e 2009/73/UE rappresenta un interesse primario e sovrapposto rispetto a quello contenuto nella norma di cui all’art. 177 del Codice degli Appalti.

La direttiva 2009/72/CE prevede misure specifiche con riguardo ai distributori di energia elettrica, innanzitutto nel considerando n. 26 ove si prende atto che il sistema della distribuzione di energia elettrica in Europa ha raggiunto livelli di competitività già soddisfacenti, prevedendo che: *“L’accesso non discriminatorio alla rete di distribuzione è un presupposto determinante per l’accesso alla clientela a valle, al livello della vendita al dettaglio. Il rischio di discriminazioni riguardo all’accesso dei terzi e agli investimenti è tuttavia minore al livello della distribuzione rispetto al livello della trasmissione, dove la congestione e l’influenza degli interessi della generazione o della fornitura sono in genere maggiori di quanto si verifichi a livello di distribuzione”*. Allo stesso tempo nel considerando 29 della medesima direttiva si dà atto dell’importanza del ruolo dei piccoli distributori di energia elettrica e della loro intrinseca impossibilità di essere un ostacolo alla concorrenza, esonerandoli dagli obblighi di *unbundling*, si legge sul punto: *“Per evitare d’imporre un onere finanziario e amministrativo sproporzionato ai piccoli gestori di sistemi di distribuzione sarebbe opportuno dare agli Stati membri, ove necessario, la facoltà di esentare le imprese interessate da tali obblighi di separazione dal punto di vista della forma giuridica”*.

Altro pilastro della liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica è l'indipendenza del regolatore e l'attrattività del suo raggio di azione: *“Ai fini del buon funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica i regolatori dell'energia devono essere in grado di prendere decisioni su tutti gli aspetti della regolamentazione ed essere interamente indipendenti da altri interessi pubblici o privati”*. Occorre inoltre ricordare che l'art. 2 comma 6 della direttiva citata prevede che i concessionari di distribuzione di energia elettrica svolgano il ruolo di “gestore del sistema di distribuzione”: qualificato come *“qualsiasi persona fisica o giuridica responsabile della gestione, della manutenzione e, se necessario, dello sviluppo del sistema di distribuzione in una data zona e, se del caso, delle relative interconnessioni con altri sistemi, e di assicurare la capacità a lungo termine del sistema di soddisfare richieste ragionevoli di distribuzione di energia elettrica”*.

Ciò implica che sul distributore incombono obblighi e responsabilità incompatibili con l'introduzione di prescrizioni che lo costringano a **spogliarsi delle funzioni di cui esso è deputato**.

Sul punto appare altresì evidente come gli obblighi di esternalizzazione imposti dall'ANAC si pongano in aperto contrasto con le previsioni degli articoli 24, 25, 26 e 27 della direttiva 2009/72/CE.

L'art. 24 citato prevede che *“Gli Stati membri designano o impongono alle imprese che possiedono o sono responsabili dei sistemi di distribuzione di designare, per un periodo di tempo da determinarsi da parte degli Stati membri tenuto conto di considerazioni di efficienza ed equilibrio economico, uno o più gestori del sistema di distribuzione. Gli Stati membri provvedono affinché i gestori del sistema di distribuzione agiscano a norma degli articoli da 25, 26 e 27”*.

Inoltre, al comma 1 dell'art. 25 si stabilisce che: *“Il gestore del sistema di distribuzione ha la responsabilità di assicurare la capacità a lungo termine del sistema di soddisfare una domanda ragionevole di distribuzione di energia elettrica, nonché di gestire, mantenere e sviluppare nella sua zona, a condizioni economiche accettabili, un sistema di distribuzione di energia elettrica sicuro, affidabile ed efficiente, nel rispetto dell'ambiente e dell'efficienza energetica”*.

Ed ancora occorre richiamare il comma 4 dell'art. 26 della direttiva 2009/72/CE che esenta dall'obbligo di *unbundling* i DSO che forniscono meno di 100.000 clienti, chiarendo che *“Gli Stati membri possono decidere di non applicare i paragrafi 1, 2 e 3 alle imprese elettriche integrate che riforniscono meno di 100.000 clienti allacciati o che riforniscono piccoli sistemi isolati”*.

Tale previsione dimostra come il legislatore europeo non consenta agli Stati membri di gravare i piccoli distributori con obblighi non previsti dalla normativa europea che regola il mercato elettrico con previsioni poste a tutela delle PMI e dei piccoli distributori che non possono subire livelli di regolazione sproporzionati e irragionevoli, imponendo loro di perdere il controllo diretto sulle attività di gestione di cui in ogni caso sono direttamente responsabili.

Inoltre, non può sfuggire la radicale incompetenza dell'ANAC ad emanare prescrizioni che riguardino i concessionari dei servizi di distribuzione, in quanto l'applicazione del diritto eurounitario agli operatori del sistema elettrico spetta solo ed unicamente all'ARERA in forza delle competenze attribuite dall'art. 42 del d.lgs. n. 93/20011 e dagli artt. 36 e 37 della direttiva 2009/72/CE.

Infine, l'ANAC non poteva stravolgere l'assetto organizzativo dei distributori di energia elettrica senza prima consultare l'ARERA, che non ha mai espresso il proprio punto di vista sulla misura adottata dall'ANAC, che, al contrario, ha deciso di imporre l'introduzione di obblighi di esternalizzazione senza aver previamente consultato le autorità di regolazione del settore (asseritamente consultate solo in sede preliminare sulla bozza di linee guida, che, come detto, non prevedevano nella versione originaria alcun obbligo di esternalizzazione rispetto alle attività svolte in proprio dai concessionari), come meglio si spiegherà *infra*. Anche per questi ulteriori profili si insiste per l'annullamento degli atti impugnati.

* * *

2. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 177 DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE LINEE GUIDA ANAC N. 11/2018 VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI PROCEDERE AD UNA INTERPRETAZIONE COERENTE CON I PRECETTI COSTITUZIONALI DELLE FONTI DEL DIRITTO. ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO E CONTRADDITTORIETÀ. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA. DIFETTO DI MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE DELL'ART. 3, 7 E DELL'ART. 10 DELLA LEGGE N. 241/90. ERRONEA INCLUSIONE DELLA RICORRENTE NELL'ELENCO DEI DESTINATARI DELL'ART. 177 DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 79/99 C.D. DECRETO BERSANI.

Come anticipato nella parte in fatto, le comunicazioni del MISE inseriscono espressamente la società ricorrente nell'elenco dei soggetti tenuti all'applicazione dell'art. 177 del codice dei contratti: e ciò del tutto illegittimamente, visto che né la disposizione citata né le Linee Guida, hanno mai indicato la ricorrente tenuta alla loro applicazione, dovendosi ritenere

invero del tutto esclusa da tutti gli obblighi che ne conseguono, sulla base delle seguenti considerazioni.

La disposizione fa riferimento, del tutto genericamente, a soggetti titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica “*secondo il diritto dell’Unione Europea*”, senza indicare minimamente invero i soggetti concessionari, quali la società ricorrente, che si trovano in una situazione del tutto peculiare e dunque non possono essere ritenuti, *sic et simpliciter*, soggetti titolari di concessioni affidate senza gara (oltretutto come se tale circostanza dovesse di per sé rappresentare una sorta di “peccato originale”, senza alcuna considerazione delle particolarità di taluni concessionari e soprattutto della loro storia).

Sotto tale profilo quindi le comunicazioni ministeriali compiono – senza peraltro fornire alcuna motivazione sul punto nè articolare alcun ragionamento da cui trarre un qualche fondamento giuridico - un non consentito passo ulteriore, che rende tali comunicazioni radicalmente illegittime.

Ed infatti, si è già anticipato nella parte in fatto quale è stata l’origine della società ricorrente e quali caratteristiche essa abbia mantenuto nel tempo, nonché quale sia anche al momento attuale il quadro giuridico di riferimento, che il Ministero non sembra aver tenuto in alcuna considerazione.

Senza ripercorrere tutti i passaggi indicati al n. 1 della parte in fatto, basti ribadire in questa sede che la società fa parte di quelle imprese che non sono state trasferite all’ENEL in quanto rientranti nella categoria di cui all’art. 4 numero 8 della L. n. 1643 del 1962; ciò perché le piccole aziende che non producevano più di 15 milioni di kilowattora per anno non sono state trasferite ad ENEL.

Pertanto queste ultime nel tempo hanno gestito il servizio di energia elettrica continuando ad espandersi nel mercato della distribuzione dell’energia elettrica esclusivamente attraverso la propria iniziativa imprenditoriale privata.

Al momento attuale, secondo quanto stabilito dal Decreto Bersani, le attività di distribuzione vengono svolte in regime di concessione rilasciata dal Ministero dello Sviluppo Economico con tariffe imposte dall’Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente ed in particolare, secondo l’art. 9 del citato Decreto, le imprese distributrici già operanti alla data di entrata in vigore del medesimo “*continuano a svolgere il servizio di distribuzione sulla base delle concessioni rilasciate entro il 31 marzo 2001 dal Ministro dell’Industria del Commercio ed Artigianato e aventi scadenza il 31 dicembre 2030*”.

In questo quadro, le comunicazioni del MISE non tengono affatto conto che le concessionarie come la ricorrente già esistevano sul mercato ben prima della c.d. nazionalizzazione e non si sono affatto viste attribuire un bene contendibile sul mercato senza gara, ma, del tutto diversamente, hanno realizzato ed ampliato, unicamente con propri investimenti privati, la rete di distribuzione dell'energia elettrica (ben prima della nazionalizzazione del 1962): esse, grazie alle proprie risorse economiche private si sono viste meramente autorizzare la prosecuzione delle attività precedentemente svolte in un regime di libero mercato.

La ricorrente ha infatti iniziato la propria attività economica in anni antecedenti il periodo bellico, nei quali la distribuzione dell'energia elettrica non era un servizio pubblico, nazionale, ma una attività industriale soggetta ad obblighi pubblicistici e civilistici, al pari di tutte le restanti attività private.

La ricorrente quindi non ha mai avuto alcun affidamento diretto dai Comuni in cui esercita le attività di distribuzione dell'energia, ma ha svolto l'attività di distribuzione esclusivamente in qualità di operatore industriale elettrico con obbligo di contrarre ai sensi dell'art. 2597 c.c.

Al momento dell'entrata in vigore L. n. 1643/62 istitutiva dell'ENEL l'art. 1 stabiliva il trasferimento ad ENEL delle imprese esercenti l'industria elettrica, nonché la riserva dell'attività di energia elettrica in capo ad ENEL, mediante il trasferimento delle concessioni ed autorizzazioni in atto delle imprese trasferite ad ENEL (che quindi si è vista attribuire senza gara un bene presente precedentemente sul mercato): tuttavia il paragrafo 8 dell'art. 4 stabiliva che le imprese che producessero meno di 15 milioni di kilowatt l'ora nel biennio 1959 – 1960 fossero esentati dal regime della riserva.

Tra queste imprese ovviamente la ricorrente, che quindi si trova in una situazione giuridica del tutto peculiare e diversa da quella in cui si trovano altri operatori del mercato, visto che non si è affatto vista attribuire senza gara un vantaggio imprenditoriale.

Ciò senza considerare, peraltro e come già accennato, che con l'entrata in vigore del Decreto Bersani l'obbligo a contrarre anche per le imprese quali la ricorrente che avevano sempre fatto affidamento su investimenti privati ha assunto una maggiore pervasività e connotazioni di tipo pubblicistico.

Sotto tale profilo la ricorrente è quindi passata da un regime di esonero della nazionalizzazione (giudicato del tutto legittimo dalla Corte Costituzionale), ad essere un concessionario per legge che continua ad esercitare la propria attività ma in forma regolata e non più di mercato, secondo gli standard tariffari dell'Autorità di regolazione (ARERA).

Si è quindi dimostrato come il rilascio della concessione non sia stato un premio ma una penalizzazione, almeno per le imprese quali la ricorrente che fino all'entrata in vigore del c.d. Bersani svolgevano la propria attività in regime di esclusività naturale e senza scadenza.

Estendere dunque l'ambito di applicazione dell'art. 177 del codice dei contratti anche ai concessionari quali quelli in questione appare quindi del tutto illegittimo ed assume in questo caso un carattere ingiustamente afflittivo nei confronti di imprese che vantano diritti consolidati, costruiti esclusivamente attraverso l'esercizio della libera attività economica privata, tutelato e protetto dalla Costituzione.

Ecco perché l'impresa ricorrente non avrebbe dovuto essere inclusa nell'elenco compilato dal MISE, visto che non può essere considerata semplicemente titolare di una concessione affidata senza procedure di evidenza pubblica, come accaduto per altre tipologie di concessionari, alla luce delle considerazioni effettuate.

Oltretutto, le comunicazioni del MISE incidono in modo del tutto arbitrario ed in misura sproporzionata sui diritti dei concessionari quali la ricorrente di continuare a gestire ed organizzare la propria attività imprenditoriale e sul conseguente affidamento riposto nell'esercizio di tale diritto, violando il principio di uguaglianza dinanzi alla legge di cui all'art. 3 della Costituzione *sub specie* del canone di ragionevolezza e legittimo affidamento nella sicurezza dei rapporti giuridici, come meglio si vedrà *infra*.

Infine, va considerato che il MISE ha emesso le comunicazioni oggi impugnate senza effettuare alcuna specifica istruttoria e senza garantire nel benché minimo modo una qualche forma contraddittorio, neppure attraverso la comunicazione di avvio del procedimento nei confronti dei destinatari; peraltro le note in questione appaiono completamente prive di motivazione e dunque illegittime per radicale violazione dell'art. 3 della L. n. 241/90.

Infatti, il Ministero ha unicamente richiamato le Linee Guida ANAC n. 11/18, che mai si erano occupate di individuare specificamente i concessionari destinatari degli obblighi di cui all'art. 177 del codice, senza fornire alcuna approfondita motivazione della propria scelta (del tutto arbitraria) essendo oltretutto smentito dalle stesse difese in giudizio depositate da ANAC, che aveva affermato che *“Le fattispecie ritenute assoggettate alla disposizione sono descritte come categorie generali, senza introdurre specificazioni di sorta e senza considerare, nelle loro specificità, le molteplici e variegate categorie di concessioni esistenti ...le linee guida non si occupano di disciplinare in modo specifico gli affidamenti di una particolare categoria di concessionari, né tengono conto della*

particolare disciplina vigente nello specifico settore” sottintendendo quindi che la disciplina della fattispecie specifica dovrà “essere ricavata in sede di applicazione, anche attraverso il coordinamento delle previsioni codicistiche con le disposizioni di settore. Nell’ambito di tale attività potranno essere prese in considerazione esigenze particolari connesse a determinate tipologie di concessioni, che possono derivare dalla specifica normativa di riferimento, dalla particolarità dell’oggetto del contratto, da peculiari esigenze organizzative o di funzionamento necessarie per lo svolgimento delle prestazioni dedotte in concessione” (si veda pag. 3 della memoria difensiva depositata in vista della camera di consiglio dall’ANAC).

Dunque l’ANAC mostrava di ritenere indispensabile un’ulteriore istruttoria ai fini di individuare concretamente quali fossero i soggetti tenuti all’applicazione del 177, proprio in considerazione delle specificità di un settore assai vasto e complesso.

Ebbene, tale istruttoria, che la stessa ANAC aveva riconosciuto necessaria, non è stata mai effettuata, né sono state valutate le disposizioni di settore, le peculiarità delle singole concessioni, le peculiarità dell’oggetto delle medesime o la necessità di garantire particolari ed unici assetti organizzativi anche a seconda del territorio di riferimento.

Tutti elementi che, se i destinatari del provvedimento finale fossero stati coinvolti nel procedimento, avrebbero potuto essere utilmente vagliati e soppesati, al fine di consentire al Ministero di evitare le illegittimità nelle quali è incorso.

* * *

3. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL REGIME DEI CONCESSIONARI DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DELL’ENERGIA ELETTRICA E DELL’ART. 177 DEL CODICE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 9 E 117 DEL CODICE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 164 DEL CODICE. ECCESSO DI POTERE PER CONTRADDITTORIETÀ CON PRECEDENTI DETERMINAZIONI. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 1 DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 79/99 E DELLA DIRETTIVA COMUNE PER IL MERCATO INTERNO DELL’ENERGIA ELETTRICA N. 72/09.

Vi sono anche ulteriori motivi per cui il MISE avrebbe dovuto ritenere tutti i concessionari del servizio di distribuzione dell’energia elettrica, e quindi anche la ricorrente, esclusi dall’ambito di applicazione dell’art. 177 del Codice

3.1 Ed infatti, l’applicazione della citata disposizione è preclusa anche se si prende in esame l’art. 9, comma 2, del Codice medesimo, che esclude la sua applicazione “*alle*

concessioni di servizi aggiudicate a un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo”.

E non può certo negarsi che i concessionari del servizio di distribuzione di energia elettrica siano titolari di diritti esclusivi secondo quanto indicato dal suddetto articolo 9, proprio se si considera il quadro giuridico di riferimento attuale, modificato a seguito del Decreto Bersani.

Peraltro, lo stesso Ministero dello Sviluppo Economico – Direzione Generale per il mercato elettrico, aveva ritenuto tali concessionari esenti dall’obbligo di esternalizzazione previsto dall’art. 177, “*essendo divenuti affidatari sulla base di un diritto esclusivo*”.

Tuttavia, il Consiglio di Stato, con parere n. 1823/2018 ha invero ritenuto che l’art. 177 si applichi anche ai concessionari del servizio di distribuzione dell’energia elettrica.

Come noto, l’Ecc.mo Collegio ha rilevato che “*in questo caso le norme di settore non hanno previsto un diritto esclusivo, essendosi limitate unicamente a prevedere un ambito territoriale ottimale di esercizio del servizio di distribuzione in regime di concessione, al dichiarato fine di meglio «razionalizzare la distribuzione dell’energia» (art. 9 comma 3), nonché ad autorizzare la prosecuzione dei rapporti concessori in corso, in regime di moratoria, sino al 2030, salva l’applicazione dei principi di evidenza pubblica per le future concessioni da rilasciare dal 2030 in poi. È fattispecie quest’ultima che non rientra nell’art. 10 della direttiva concessioni, né nell’art. 9 del codice dei contratti pubblici. Per l’effetto essa soggiace alla disciplina dell’art 177 e agli obblighi che ne conseguono*”.

Le conclusioni cui è giunto il Consiglio di Stato non risultano condivisibili alla luce delle seguenti considerazioni.

- la norma europea di riferimento (e la corrispondente norma del Codice) dispone chiaramente che la ‘riserva’ di attività (e quindi, l’esclusiva) in cui si sostanzia il diritto esclusivo ben può derivare (non soltanto da una previsione *stricto sensu* normativa, ma anche) da una qualsiasi disposizione regolamentare o amministrativa;
- sempre dalla suddetta disciplina europea si evince che ai fini della qualificazione di una fattispecie come ‘diritto speciale’ assume rilievo unicamente l’effetto delle suddette previsioni di creare un regime di esclusiva, mentre la ragione sottostante non assume alcun rilievo, essendo tale circostanza chiaramente ‘assorbita’ dalla più generica esigenza che tale riserva di attività in regime di esclusiva sia compatibile con i Trattati;
- **i concessionari del servizio di distribuzione di energia elettrica operano pacificamente, nell’ambito territoriale comunale, in via esclusiva per espressa**

previsione normativa di rango legislativo (cfr. art. 9, comma 3 D. Lgs. n. 79/99, ai sensi del quale “...è rilasciata una sola concessione di distribuzione per ambito comunale”);

- tale previsione normativa trova conferma negli atti amministrativi di concessione, i quali presuppongono e riconoscono l’attribuzione di un diritto di esclusiva, tanto che chiariscono quali siano le attività che non beneficiano dell’esclusiva;

Da quanto precede emerge che, diversamente da quanto rilevato nel parere n. 1823 del 2018 del Consiglio di Stato: (i) le norme di settore e le conseguenti disposizioni amministrative hanno certamente conferito ai distributori un diritto esclusivo; e (ii) la finalità di razionalizzazione del sistema di distribuzione non fa in alcun modo venir meno la natura di diritto esclusivo.

I rilievi che precedono trovano puntuale conforto negli atti dell’Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (“ARERA”).

Come rilevato negli atti dell’ARERA, sia la rete di distribuzione sia la rete di trasmissione di energia elettrica hanno entrambe le caratteristiche di un monopolio naturale e per tale motivo sono regolate giuridicamente come monopoli, mediante concessioni di affidamento in esclusiva del servizio.

In particolare, i concessionari del servizio di distribuzione di energia elettrica sono titolari di monopoli locali, nei quali operano in virtù di un diritto esclusivo, al pari del concessionario del servizio di trasmissione di energia elettrica che è titolare di un monopolio nazionale ed opera in forza di un diritto esclusivo.

L’ARERA specifica che: *“Le infrastrutture di rete, necessarie per l’erogazione del servizio di trasmissione e di distribuzione, sono caratterizzate da rilevanti economie di scala e coordinamento. Tali economie sono conseguibili in un regime di monopolio, in quanto la duplicazione delle reti di trasmissione e distribuzione comporterebbe una perdita di efficienza nell’erogazione del servizio. In tale prospettiva, il legislatore nazionale ha previsto che tali servizi a rete vengano eserciti in regime di esclusiva, sulla base di concessioni rilasciate dallo Stato”*(cfr. p. 6.2 della Relazione A.I.R, Testo integrato delle disposizioni dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas per l’erogazione dei servizi di trasmissione, distribuzione e misura dell’energia elettrica per il periodo di regolazione 2008-2011 e disposizioni in materia di condizioni economiche per l’erogazione del servizio di connessione, deliberazione 29 dicembre 2007, n. 348/07 e deliberazione 13 marzo 2008, ARG/elt 30/08).

Negli stessi termini si è pronunciata la giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale nel settore della distribuzione del gas, con possibilità di estensione analogica del ragionamento

in quello della distribuzione elettrica, ha chiarito che l'esistenza del '*diritto esclusivo*' deve essere valutata nell'ambito territoriale di riferimento, che ben può essere più circoscritto rispetto all'intero territorio nazionale.

In particolare, la Corte di giustizia ha chiarito come sia del tutto pacifico che un'impresa "*incaricata dallo Stato portoghese, quale concessionaria esclusiva, di fornire un servizio di interesse pubblico, ossia lo sfruttamento della rete di distribuzione del gas nella regione del nord del Portogallo*", quale era nel caso di specie la Portgás, "*beneficiasse in forza del contratto di concessione di diritti [...non solo speciali ma (n.d.r.)] esclusivi ...*". In tal senso, la Corte ha attribuito rilievo al fatto che l'impresa in questione fosse "*concessionaria esclusiva del servizio pubblico nella zona coperta dalla concessione*" (sentenza del 12 dicembre 2013, causa C-425/12, Portgás, punti 15, 27 e 30).

Qualora secondo codesto Ill.mo Tribunale, la suddetta interpretazione "*non s'imponesse con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio*" (cfr. Corte di giustizia, sentenza 4 ottobre 2018, causa C-416/17), si potrà rinviare la questione interpretativa alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE.

3.2 Deve essere poi considerato un altro profilo.

Le direttive del settore elettrico non prevedono l'assegnazione mediante procedure di evidenza pubblica dell'attività di distribuzione di energia elettrica. Stabiliscono che i proprietari della rete designino uno di essi per la gestione del servizio.

L'art. 24 della Dir. 13 luglio 2009 n. 2009/72/CE prevede che "*Gli Stati membri designano o impongono alle imprese che possiedono o sono responsabili dei sistemi di distribuzione di designare, per un periodo di tempo da determinarsi da parte degli Stati membri tenuto conto di considerazioni di efficienza ed equilibrio economico, uno o più gestori del sistema di distribuzione. Gli Stati membri provvedono affinché i gestori del sistema di distribuzione agiscano a norma degli articoli da 25, 26 e 27*".

Il legislatore nazionale ha adottato un regime perfettamente coerente con quello europeo: con l'art. 9 del D. Lgs. n. 79/99 ha previsto che i proprietari delle reti di distribuzione proseguissero l'attività di distribuzione di energia elettrica in conformità ad una concessione rilasciata dal MISE.

Si tratta di una soluzione in linea sia con la normativa europea del settore elettrico che rappresenta indubbiamente la disciplina speciale e prevalente, sia con il diritto europeo e nazionale sugli appalti, che prevede l'affidamento diretto di servizi, forniture e lavori al titolare di un diritto esclusivo, come il diritto di proprietà (cfr. art. 31, comma 4 Dir. 2014/23 e artt. 63 e 125 del Codice).

Pertanto, in mancanza di un obbligo europeo o nazionale di affidare mediante procedura di gara il s.d.e.e., l'ANAC e il MISE avrebbero dovuto escludere i concessionari del servizio di distribuzione di energia elettrica dal novero dei destinatari dell'art. 177 del Codice.

* * *

4. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 177 DEL CODICE, DELLE DIRETTIVE NN. 2014/23 E 2014/25 E DEI PRINCIPI EUROPEI A TUTELA DEGLI INVESTIMENTI. ILLEGITTIMA ESTENSIONE DELL'APPLICAZIONE DELL'ART. 177 DEL CODICE AI SETTORI SPECIALI.

I concessionari del servizio di distribuzione dell'energia elettrica devono essere considerati quali operatori nei settori speciali e pertanto avrebbero dovuto essere esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 177 del Codice dei contratti.

D'altro canto, per il recepimento della disciplina delle Dir. nn. 2014/23 e 2014/25, il legislatore delegante ha previsto all'art. 1, lett. h) della L. n. 11/2016 il seguente principio e criterio direttivo: *“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”*.

La puntuale indicazione delle disposizioni del Codice applicabili ai settori speciali (o anche ai settori speciali) è essenziale per guidare gli operatori di settore e gli enti aggiudicatori. L'art. 114 del Codice ha stabilito quindi che: *“Ai contratti pubblici di cui al presente Capo [Appalti nei settori speciali] si applicano le norme che seguono e, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli da 1 a 58, ad esclusione delle disposizioni relative alle concessioni. L'articolo 49 si applica con riferimento agli allegati 3, 4 e 5 e alle note generali dell'Appendice 1 dell'Unione europea della AAP e agli altri accordi internazionali a cui l'Unione europea è vincolata”*.

L'art. 114 del Codice ha richiamato quale disciplina degli appalti nei settori speciali le disposizioni di cui agli articoli da 1 a 58, laddove compatibili, ad espressa esclusione delle disposizioni relative alle concessioni, tra le quali sono ricomprese quelle in questione.

Nei settori speciali, quindi, si applicano solo le norme a essi relative e comunque non le norme relative alle concessioni espressamente escluse.

Tali esclusioni sono state indicate dal Consiglio di Stato nel parere 1582/2018 quali cause di esonero dall'applicazione dell'art. 177 (cfr. par. 3 e 3.1).

Dalla normativa fin qui illustrata (Artt.164 e 114 del Codice) emerge che **nei settori speciali, l'art. 177 D.Lgs. 50/16 non si applica.**

Non si comprende, quindi, come l'ANAC e poi il MISE abbiano ritenuto applicabile ai

concessionari di servizi operanti nei settori speciali – ed in particolare della distribuzione di energia elettrica - le previsioni dell'art. 177, che disciplinano gli affidamenti a terzi (*id est*, gli appalti) dei concessionari.

Nei settori speciali, come ampiamente illustrato, gli appalti dei concessionari sono regolati da norme diverse del Codice, pertanto l'ANAC e il MISE avrebbero dovuto prendere atto che l'art. 177 è inapplicabile ai settori speciali in generale, ed alla distribuzione di energia elettrica in particolare.

L'applicazione estensiva dell'art. 177 ai settori speciali è peraltro in contrasto con l'art. 1, lett. h) della L. n. 11/2016, che ha imposto al legislatore delegato la “*puntuale indicazione, in materia di affidamento dei contratti nei settori speciali, delle disposizioni ad essi applicabili*”, allo scopo di definire in modo chiaro il regime applicabile nei settori speciali e prevenire il rischio di un irrigidimento della disciplina dei settori speciali, nei quali in via eccezionale il legislatore europeo impone obblighi di gara anche a soggetti che operano secondo regole imprenditoriali e di mercato, come le imprese private e le imprese pubbliche.

Il legislatore nazionale e, in via interpretativa e amministrativa, le autorità pubbliche non possono quindi porre a carico di tali soggetti obblighi di evidenza pubblica non previsti dal legislatore europeo, come chiarito anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 16 del 1° agosto 2011.

L'imposizione in via normativa, amministrativa o interpretativa di ulteriori obblighi di evidenza pubblica sarebbe contraria al divieto di *gold plating*: il divieto per i legislatori nazionali di introdurre o di mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richieste dalle direttive. Il legislatore italiano con l'art. 32 della L. n. 234/2012 ha **codificato** il divieto di *gold plating* quale **norma generale** sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea. Tale norma richiama i commi 24-bis, 24-ter e 24- quater dell'art. 14 della L. n. 246/2005 che vieta l'introduzione o il mantenimento - in fase di recepimento di una direttiva europea - di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse. Venendo alla Legge n. 11/2016, all'art. 1 comma 1 sancisce espressamente che il Governo è delegato ad adottare un decreto legislativo per l'attuazione delle tre direttive in questione, nonché un decreto legislativo per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, con facoltà di adottare un unico decreto legislativo “*nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, e dei seguenti principi e*

criteri direttivi specifici, tenendo conto delle migliori pratiche adottate in altri Paesi dell'Unione europea". Il primo dei principi e criteri direttivi specifici è "a) divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246". Il Parlamento, quindi, ha richiamato il divieto di gold plating sia quale regola generale di esercizio della potestà legislativa delegata sia quale principale principio e criterio direttivo dell'esercizio di detta potestà anche rispetto alla specifica disciplina da recepire. Ebbene, per tutto quanto precede, il divieto di gold plating deve a maggior ragione orientare l'azione dell'ANAC e del MISE, che ben avrebbero potuto inserire tra le ipotesi escluse dall'applicazione dell'art. 177 le ipotesi dei concessionari attivi nei settori speciali che – invece – sono stati ingiustificatamente attratti nel regime di cui all'art. 177 per effetto delle LG n. 11 e poi della Note del MISE.

* * *

5. INCOMPETENZA E DIFETTO DI ISTRUTTORIA PER MANCATO INTERPELLO DELL'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE AI FINI DI GARANTIRE CHE L'ESTERNALIZZAZIONE SIA RISPETTOSA DI TUTTE LE NORME IMPOSTE IN TEMA DI MANTENIMENTO DELLE TARIFFE AGLI UTENTI FINALI. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 DEL DECRETO N. 79/99. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 42 DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 93/2011.

Il MISE ha del tutto ingiustificatamente omesso di coinvolgere nel processo decisionale che ha condotto all'emanazione degli impugnati provvedimenti l'autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, anche ARERA, e anche solo per tale ragione i provvedimenti stessi, che incidono pesantemente ed in modo devastante sulla stessa sopravvivenza dei concessionari quali la ricorrente e certamente, a cascata, anche sulle tariffe finali applicate agli utenti, dovranno essere ritenuti illegittimi da Codesto Ecc.mo Collegio.

Ed infatti, come noto, l'ARERA, Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) è un organismo indipendente, istituito con l. 14 novembre 1995, n. 481 con il compito primario di tutelare gli interessi dei consumatori e di promuovere la concorrenza, l'efficienza e la diffusione di servizi con adeguati livelli di qualità, attraverso l'attività di regolazione e di controllo.

Tale attività comprende, con riferimento ai concessionari del servizio di distribuzione dell'energia elettrica, anche quella di stabilire le tariffe per l'utilizzo delle infrastrutture, garantendo oltretutto la parità d'accesso per gli operatori.

Si è già visto infatti a più riprese anche nel presente atto che l'attività di distribuzione viene svolta in regime di concessione secondo *standard* tariffari e di servizio dettati dall'ARERA, con dati che vengono pubblicati poi in una relazione annuale contenente informazioni su struttura, prezzi e qualità anche nel settore elettrico. L'ARERA poi riconosce un tetto massimo di costi relativi agli investimenti compiuti per l'acquisto e la manutenzione delle reti di distribuzione.

Oltretutto, l'ARERA svolge attività di monitoraggio, di vigilanza e controllo anche in collaborazione con la Guardia di Finanza e altri organismi, fra i quali la Cassa per i servizi energetici e ambientali (CSEA), il Gestore servizi energetici (GSE), su qualità del servizio, sicurezza, accesso alle reti, tariffe, incentivi alle fonti rinnovabili e assimilate, potendo finanche giungere ad imporre sanzioni e valutare ed eventualmente accettare impegni delle imprese a ripristinare gli interessi lesi (d.lgs 93/11).

Va poi ribadito in questa sede che l'applicazione del diritto eurounitario agli operatori del sistema elettrico spetta solo ed unicamente all'ARERA, in forza delle competenze attribuite dall'art. 42 del d.lgs. n. 93/2011 (che hanno integrato le competenze già previste nella legge istitutiva) e dagli artt. 36 e 37 della direttiva 2009/72/CE.

Ora se è vero ed indubitabile che tali compiti incidano in modo evidente e palese sullo stesso funzionamento delle concessioni, sulla remuneratività delle stesse e se parimenti tali aspetti vengono fortemente incisi dai provvedimenti impugnati, che costringeranno i concessionari privati ad affidare con gara la quasi totalità dei servizi al momento svolti in autonomia ed in proprio, con effetti devastanti sia sotto il profilo delle perdite di utili del concessionario sia per quanto concerne un generale aggravio per il servizio pubblico in termini di oneri generali di sistema gravanti sugli utenti finali, allora è altrettanto vero che il Ministero dello Sviluppo Economico aveva il preciso obbligo di coinvolgere l'ARERA nella fase istruttoria prima di emettere le impuginate determinazioni.

Alla luce di tali considerazioni, il MISE non poteva stravolgere l'assetto organizzativo dei distributori di energia elettrica senza prima consultare l'ARERA, che non ha mai espresso il proprio punto di vista sull'intero procedimento svolto; il MISE, al contrario, ha deciso di imporre anche alla ricorrente l'introduzione di obblighi di esternalizzazione senza aver previamente consultato le autorità di regolazione del settore (asseritamente consultate solo in sede preliminare sulla bozza di linee guida, che, come detto, non prevedevano nella versione originaria alcun obbligo di esternalizzazione rispetto alle attività svolte in proprio dai concessionari).

Ciò perché le decisioni del MISE incidono direttamente anche sulle attività di specifica competenza dell’Autorità indipendente, che invece si trova in questo modo esautorata dalla possibilità di poter controllare e verificare se tali determinazioni siano effettivamente in grado di garantire il mantenimento degli *standard* tariffari annuali. Con un evidente pregiudizio per l’intera collettività.

* * *

LE COMUNICAZIONI DEL MISE IMPUGNATE CON IL PRESENTE ATTO SONO ILLEGITTIME ANCHE PER INVALIDITÀ DERIVATA, ESSENDO AFFETTE DAI MEDESIMI VIZI CHE INFICIAVANO GLI ATTI IMPUGNATI CON IL RICORSO INTRODUTTIVO, CHE NE COSTITUISCONO IL PRESUPPOSTO, COME ESPRESSAMENTE RIPORTATO NELLE COMUNICAZIONI MEDESIME.

PERTANTO DI SEGUITO, NEL RINVIARE IN OGNI CASO AL CONTENUTO DI TALE RICORSO DA INTENDERSI INTEGRALMENTE TRASCRITTO, SI INDICANO DI SEGUITO LE CENSURE GIÀ DEDOTTE NELL’ATTO INTRODUTTIVO, DA INTENDERSI QUALI CENSURE RIFERITE IN VIA DERIVATA ANCHE AGLI ATTI IMPUGNATI CON I PRESENTI MOTIVI AGGIUNTI.

6. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 177 DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 213 COMMA 2 DEL D.LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE DELL’OBBLIGO DI PROCEDERE AD UNA INTERPRETAZIONE COERENTE CON I PRECETTI COSTITUZIONALI DELLE FONTI DEL DIRITTO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 41 DELLA COSTITUZIONE. ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO E CONTRADDITTORIETÀ. VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI GOLD PLATING DI CUI ALL’ART. 1 DELLA LEGGE 28 GENNAIO 2016, N. 11 (LEGGE DELEGA). VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ.

6.1. Le Linee guida ANAC n. 11/2018, oggetto del presente gravame, ed in particolare i punti 2.1. (facente parte del paragrafo “*I contratti assoggettati alle previsioni dell’art. 11 del codice dei contratti pubblici*”), 4.1. (“*Situazioni di squilibrio e quantificazione della penale*” e 6 (“*Attività di verifica*”), appaiono radicalmente illegittime perché emanate in aperta violazione dell’art. 177 del d.lgs. n. 50/2016 nella sua interpretazione letterale e nell’interpretazione che del precetto occorreva fornire per garantirne la conformità al dettato costituzionale.

Nelle citate Linee Guida, infatti, vengono illegittimamente ampliati gli obblighi discendenti dall’art. 177 citato a carico dei concessionari pubblici e privati, sancendo, per la prima volta, l’obbligo per i concessionari di dismettere l’80% delle loro attività economiche, del loro personale e dei loro mezzi d’opera, così determinando un

sostanziale smantellamento delle loro aziende, in palese e aperto contrasto con il diritto di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost.

L'art. 177 del d.lgs. n. 50/2016 si è limitato a stabilire che i concessionari scelti senza gara debbano espletare delle procedure di evidenza pubblica per la scelta dei propri contraenti e ciò per una quota almeno pari all'80% del valore dei contratti siglati dai concessionari per lo svolgimento delle proprie attività.

In altri termini, la norma si è limitata a imporre degli obblighi di evidenza pubblica in caso di affidamento a terzi, ma ha lasciato ai concessionari la scelta tra "make or buy".

L'ANAC, invece, ha dato attuazione al precetto trasformando degli obblighi di evidenza pubblica in obblighi di dismissione delle attività economiche, privando i concessionari della scelta tra "make or buy" e imponendo loro di esternalizzare l'80% di tutte le attività, incluse quelle gestite in proprio.

Tanto si evince innanzitutto dal tenore testuale della norma che l'ANAC ha erroneamente interpretato e attuato con le linee guida oggetto del presente gravame, mediante la creazione di un sistema di *enforcement* estremamente gravoso per le imprese e in palese contrasto con la normativa citata.

La disposizione legislativa dell'art. 177 d.lgs. n. 50/2016 si limita infatti a prevedere che "*titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara di evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione Europea, sono obbligati ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica (...). La restante parte può essere realizzata da società in house di cui all'art. 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuali mediante procedura ad evidenza pubblica anche di tipo semplificato".*

La norma, nella sua interpretazione letterale, impone ai concessionari di indire procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei contratti di lavori, forniture e servizi da affidare a terzi e ciò nella percentuale dell'ottanta per cento.

Ciò significa che i concessionari che scelgano di esternalizzare attività mediante l'affidamento a terzi di lavori, servizi e forniture dovranno scegliere con gara i propri appaltatori per l'80% delle prestazioni affidate all'esterno.

In altre parole, la percentuale dell'ottanta per cento, nell'interpretazione letterale della disposizione, **si riferisce esclusivamente alle prestazioni da affidare a terzi e certo non**

comprende le prestazioni eseguite direttamente dal concessionario (o affidate in subappalto o svolte da società controllate/collegate).

La citata percentuale si riferisce quindi solo a quelle prestazioni che il concessionario ha autonomamente deciso di esternalizzare.

Questa l'interpretazione letterale della norma, l'unica peraltro compatibile con il dettato costituzionale di cui all'art. 41 della Costituzione in ordine al rispetto della libertà di iniziativa economica privata, anche perché l'unica che consente ai concessionari di evitare il totale sacrificio di qualunque attività economica, se pure realizzata senza alcun aiuto di stato o in contrasto con la legge.

Tale interpretazione trova conferma nell'illogicità della sanzione nel caso in cui due imprese di distribuzione del tutto analoghe, non solo dal punto di vista dimensionale, che avessero scelto autonomamente, nel corso degli anni, la prima di esternalizzare i servizi per l'80%, la seconda di eseguirne parte attraverso le proprie maestranze qualificate. Ebbene, a parità di valore della concessione (i ricavi tariffari sarebbero i medesimi riconosciuti dall'ARERA), il primo sarebbe conforme alle Linee Guida ANAC, il secondo dovrebbe non solo ridefinire il proprio assetto organizzativo ma, prima di tutto, privarsi dell'autonomia imprenditoriale fino ad oggi esercitata. Si consideri peraltro che l'esternalizzazione delle attività è prevista come residuale dalle convenzioni allegate alle concessioni e i concessionari svolgono in proprio la stragrande maggioranza delle attività, impiegando a tal fine propri dipendenti e proprie risorse interne.

* * *

6.2. L'opzione interpretativa fatta propria dall'ANAC, concretizzata mediante il sistema di *enforcement* congegnato nelle linee guida n. 11/2018, oltre a scontrarsi con il dato testuale discendente dall'art. 177 citato, **ha anche violato l'obbligo incondizionato** (applicabile a ogni operatore del diritto) **di preferire, in caso di dubbi interpretativi, l'esegesi in grado di garantire la compatibilità del precetto con i principi costituzionali.**

L'ANAC, nel documento sottoposto alla consultazione pubblica dal 4 dicembre 2017 al 22 gennaio 2018, (**doc. n. 3 del fascicolo del ricorso introduttivo**) aveva privilegiato l'interpretazione letterale sopra indicata, ritenendo di dover escludere dalla base di calcolo della percentuale dell'ottanta per cento le attività eseguite direttamente dal concessionario con propri mezzi e proprio personale.

Tuttavia successivamente, ed in modo del tutto contraddittorio, le Linee guida definitivamente emanate dall'ANAC aderiscono all'interpretazione diametralmente

opposta, non certo coerente con il dettato costituzionale di cui all'art. 41 e con le indicazioni precedentemente fornite.

E ciò malgrado nelle premesse delle Linee Guida possa leggersi che la scelta delle opzioni interpretative è stata effettuata tenendo in considerazione ricostruzioni coerenti con il dato normativo e con l'esigenza di rispettare il divieto di *gold plating*, nonché valutando l'impatto delle decisioni assunte su concedenti e concessionari.

Ed infatti, al punto 2.1 delle Linee guida qui impugnate (rubricato "*i contratti assoggettati alle previsioni dell'art. 177 del codice dei contratti pubblici*") l'ANAC, contraddicendo se stessa (*rectius*: contraddicendo quanto sostenuto nel documento sottoposto a consultazione pubblica) ha invece espressamente disposto che: "*I contratti da inserire nella base di calcolo delle percentuali indicate dall'articolo 177 sono quelli che riguardano tutte le prestazioni oggetto della concessione e sono quindi necessarie per l'esecuzione della stessa, anche se svolte direttamente dal concessionario*", sancendo, altresì, l'applicabilità delle penali in caso di mancato rispetto del limite così ricostruito.

L'ANAC ha voluto fissare il principio per cui la base di calcolo per la percentuale di cui sopra ricomprende tutte le prestazioni, anche quelle svolte direttamente dal concessionario (e non solo quelle che il concessionario intende esternalizzare sulla base delle proprie autonome e libere valutazioni), contrariamente a quanto discende dalla lettera della norma di cui all'art. 177 che nel parlare di "*contratti di servizi lavori o forniture*" non intendeva affatto riferirsi alla totalità delle prestazioni e men che meno a quelle svolte direttamente dal concessionario (che certo possono anche non concretizzarsi espressamente in "*contratti d'appalto*").

La spiegazione di tale mutato indirizzo interpretativo si rinviene nella relazione AIR di accompagnamento alle linee guida, ove l'ANAC dà atto dell'esistenza di un dubbio interpretativo e ipotizza due scenari esegetici alternativi (cfr. Relazione AIR, **doc. 4 del fascicolo del ricorso introduttivo**– pag. 12).

Si riporta qui di seguito il testo contenuto nella relazione AIR:

“Opzioni alternative

- 1. Nella base di calcolo delle percentuali devono essere escluse le prestazioni eseguite direttamente, affidate in subappalto, svolte da società controllate/collegate;*
- 2. Le prestazioni di cui sopra sono da ricomprendere nella base di calcolo delle percentuali.*

Opzione scelta:

*Nel Codice dei contratti pubblici la percentuale dell'ottanta per cento è riferita ai «contratti di lavori, servizi e forniture» e non alle prestazioni, in ciò discostandosi dal previgente articolo 253, comma 25, del decreto legislativo 163/06 che faceva riferimento ai «lavori». **L'interpretazione letterale della norma potrebbe condurre a ritenere che la percentuale in argomento si applichi alle prestazioni che il concessionario intenda esternalizzare, con esclusione dell'attività che lo stesso ha intenzione di eseguire in proprio.** Alcuni Stakeholder hanno sostenuto che, diversamente opinando, si annullerebbe completamente la possibilità per il concessionario di eseguire direttamente alcune delle prestazioni oggetto della concessione, dal momento che la norma andrebbe intesa nel senso che l'80% delle prestazioni deve essere affidata con gara e il 20% può essere realizzato da società in house, società controllate o collegate o affidate a terzi con procedure ad evidenza pubblica anche semplificate. L'esecuzione diretta delle prestazioni rimarrebbe, quindi, fuori da entrambe le fattispecie. Al riguardo, il Consiglio di Stato, nel parere reso sul decreto correttivo, ha però affermato che «la previsione per cui nella quota dell'80% non rientrano i contratti di manutenzione ordinaria o quelli eseguiti direttamente dai concessionari [che si proponeva di introdurre con il decreto correttivo] appare in evidente distonia con il criterio di delega di cui alla lettera iii) del comma 1 dell'articolo 1 della legge n. 11 del 2016 che prevede l'obbligo di affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 mediante procedura di evidenza pubblica ...». Tale interpretazione è coerente con quanto già sostenuto dall'Autorità nella Delibera n. 856 del 3 agosto 2016, avente ad oggetto "richiesta di parere sulla normativa – art. 177, comma 1, d.lgs. 50/2016", nella quale si indicava che la norma è rivolta a ripristinare «il principio di concorrenza comunitario, nel caso in cui l'affidamento della concessione sia stato effettuato senza ricorrere a procedure ad evidenza pubblica, imponendo a tal fine al concessionario l'esternalizzazione con gara dell'80% dei lavori, servizi e forniture relativi alla tipologia di concessioni sopra indicate». **Ciò posto, si ritiene che possa essere sostenuta l'interpretazione per cui l'attività eseguita direttamente dal concessionario con propri mezzi e proprio personale debba considerarsi inclusa dalla base di calcolo delle percentuali indicate dalla norma.***

Per quanto concerne le prestazioni eseguite dalle imprese collegate al concessionario, è stato sostenuto che poiché l'articolo 174 del codice dei contratti pubblici stabilisce che tali imprese non si considerano come terze, le prestazioni dalle stesse eseguite dovrebbero essere considerate come svolte dal concessionario direttamente. Seguendo tale interpretazione, si dovrebbe giungere a sostenere che le prestazioni eseguite dalle imprese

*collegate non dovrebbero rientrare nella base di calcolo delle percentuali previste dalla norma. A tale conclusione osta però, oltre a quanto già sostenuto in precedenza, il disposto dell'articolo 177 che, invece, fa espressamente rientrare le prestazioni svolte dalle imprese controllate o collegate nella percentuale del 20%. Si ritiene che l'apparente contrasto tra le due norme vada risolto nel senso che, con riferimento alle concessioni affidate senza gara, l'articolo 177 prevale sull'articolo 174 in quanto espressamente riferito a quella particolare categoria di concessioni. Pertanto, mentre per le concessioni rientranti nell'articolo 164 affidate dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, si applica l'articolo 174, alle concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure ad evidenza pubblica, si applica l'articolo 177 del codice dei contratti pubblici. Conseguentemente, si ritiene che le attività svolte da imprese collegate debbano essere ricomprese nella quota del 20%" (cfr. Relazione AIR, **doc. 4 del fascicolo del ricorso introduttivo**– pag. 12 - enfasi nostra).*

Ebbene, dalla stessa relazione AIR si evince come l'ANAC fosse in bilico tra due opzioni esegetiche ed ha optato per quella sensibilmente più gravosa, omettendo di considerare che la soluzione prescelta si pone in aperto contrasto con l'art. 41 Cost.

Tanto è stato segnalato anche nel parere del Consiglio di Stato **del 5 giugno 2018 reso sulle bozze di linee guida ANAC ove si legge:** *“In particolare, l'obbligo di esternalizzare, per raggiungere la soglia dell'80%, anche attività che potrebbero essere eseguite in proprio avvalendosi esclusivamente della propria organizzazione aziendale e dei mezzi, strumenti e risorse esclusivamente appartenenti al concessionario, **sembra in contraddizione con i principi scaturenti dall'art. 41** (...)”* e per tale ragione, prosegue il parere del Consiglio di Stato *“ la Commissione ritiene opportuna, per i motivi suesposti, la trasmissione del presente parere alla Cabina di regia, istituita presso il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri (...) alla luce di una più attenta lettura dell'art. 41 della Costituzione”*

Ebbene, è appena il caso di ricordare che laddove una qualunque disposizione legislativa sia suscettibile di diverse opzioni interpretative, come accade nel caso di specie (e di tale circostanza ne dà ampiamente conto ed a più riprese **sia la stessa ANAC** che il Consiglio di Stato chiamato ad esprimersi in sede consultiva), l'operatore del diritto è tenuto a scegliere l'opzione che consenta il rispetto dei precetti costituzionali ed eviti l'insorgere di un potenziale contrasto.

Sul punto, v'è un conforme ed assai consolidato orientamento giurisprudenziale, espresso anche dalla medesima Corte costituzionale (cfr. *ex multis*, 19/02/2016 n. 36, 07/11/2006, n. 355, 26/03/2015, n. 49).

Gli interpreti non si stancano di ribadire che *“nell'alternativa lasciata aperta dal testo, e senza decampare da questo, il giudice ha il dovere di seguire quella che consente di armonizzare le due distinte sfere della legalità, la legalità legale e la legalità costituzionale. Il giudice deve uniformare il diritto di cui è chiamato a dare applicazione al contenuto precettivo di fonti prevalenti su quelle interpretate: rientra tra i suoi compiti ricercare già sul piano della applicazione della legge soluzioni ermeneutiche suscettibili di far penetrare la Costituzione in profondità nell'ordinamento, optando per l'interpretazione suscettibile di non comportare la conseguenza dell'illegittimità costituzionale. E' infatti insegnamento costante della Corte costituzionale quello secondo cui "in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali"* (Cassazione civile, Sez. Un. 15/06/2017, n. 14861; Id. n. 356 del 1996; più di recente, le sentenze n. 21 del 2013 e nn. 42 e 69 del 2017; analogamente cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 01/09/2015, n. 4098 *“allorché di una disposizione di legge (o di un complesso sistematico di norme) sia possibile fornire una pluralità di interpretazioni, il Giudice della causa di merito è tenuto a prescegliere quella in virtù della quale la norma (ovvero il di un complesso sistematico di disposizioni) sottoposta a scrutinio sia costituzionalmente compatibile, piuttosto che quella che implicherebbe un possibile contrasto con la Carta Fondamentale o con principi costituzionali dalla stessa ritraibili”*). Ebbene, è evidente come l'ANAC abbia violato il richiamato e fondamentale criterio ermeneutico, fornendo prescrizioni attuative del pari illegittime.

* * *

6.3. Sulla base di tale opzione interpretativa l'ANAC ha fornito tutte le indicazioni operative immediatamente vincolanti, nella parte in cui, ad esempio, dispongono che il concedente verifichi il rispetto delle quote percentuali indicate dall'art. 177 comma 1 del Codice dei contratti pubblici secondo le indicazioni fornite nelle presenti linee guida (art. 6.3); oppure nella parte in cui forniscono indicazioni circa le situazioni di squilibrio e quantificazione della penale.

Ciò significa che le situazioni di squilibrio e le penali ad esse collegate vengono identificate sulla base del criterio di calcolo sopra delineato, con evidentissimo ed immediato

pregiudizio per i ricorrenti, **obbligati a ripristinare gli equilibri sulla base di una interpretazione del dettato normativo palesemente incostituzionale.**

Ed infatti, l'art. 4.1. dispone che le situazioni di squilibrio rispetto ai limiti percentuali indicati dall'art. 177 del Codice dei contratti pubblici siano riequilibrare entro l'anno successivo, rispettando, nel contempo, le percentuali di affidamento di pertinenza dell'anno in corso e considerando il valore dei contratti che avrebbero dovuto essere affidati con procedura di evidenza pubblica per ciascun anno.

Ciò rende evidente che l'interpretazione fornita dalle Linee Guida dell'art. 177 d.lgs. n. 50/2016 incide immediatamente e direttamente sulla posizione giuridica del ricorrente, cagionando un danno immediato e non altrimenti sanabile.

Per tali ragioni si chiede l'annullamento delle citate Linee guida nelle parti meglio indicate in epigrafe, stante il palese contrasto delle stesse con il dato letterale desumibile dall'art. 177 e con l'interpretazione costituzionalmente orientata dello stesso.

* * *

7. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LEGITTIMO AFFIDAMENTO NELLA SICUREZZA DEI RAPPORTI GIURIDICI. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 3, COMMA 1, COST. VIOLAZIONE DEL CANONE DI EGUALIANZA SUB SPECIE DI RISPETTO DEI PRINCIPI DI CERTEZZA DEL DIRITTO, RAGIONEVOLEZZA PROPORZIONALITÀ ED ADEGUATEZZA DELL'INTERVENTO LEGISLATIVO. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE NONCHÉ DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ E BUON ANDAMENTO, TRASPARENZA E LOGICITÀ. ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITÀ E SVIAMENTO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 DELLA LEGGE N. 689/1981.

7.1. Le Linee guida ANAC n. 11/2018, nelle parti meglio specificate nel primo motivo di ricorso, nonché la disposizione dell'art. 177, se interpretata nell'opzione prescelta dall'ANAC, devono ritenersi illegittime perché violative del legittimo affidamento degli operatori (tutelato nell'art. 3, comma 1, della Costituzione) ed espressamente in contrasto con il principio di tassatività delle fattispecie sanzionatorie di cui all'art. 1 della l. n. 689/81. Come detto, l'articolo 177 del Codice dei contratti pubblici, così come interpretato dall'ANAC, finisce per imporre a tutti i concessionari di lavori o di servizi pubblici non selezionati a mezzo di *project financing* o di procedure di evidenza pubblica l'esternalizzazione di una quota pari all'ottanta per cento (non di una parte ma) di tutte le attività oggetto della concessione.

E allora, con tutta evidenza, la norma in esame, ben lontana dal porsi in termini di "continuità" e nel medesimo solco delle disposizioni relative ai concessionari autostradali

ed ai concessionari di lavori è del tutto sproporzionata rispetto al dichiarato obiettivo di “*restituire a valle parte della concorrenza*” “per il mercato “*mancata a monte*” (così Cons. St., parere n. 547 del 5 giugno 2018) e, non a caso, risulta del tutto estranea al perimetro delle direttive UE 23, 24 e 25/2014.

7.2. La norma, inoltre, non distingue tra i concessionari che si sono visti attribuire un bene contendibile sul mercato senza gara e i concessionari che, come la ricorrente, hanno realizzato con propri investimenti la rete di distribuzione (ben prima della nazionalizzazione intervenuta nel 1962) e si sono visti semplicemente autorizzare la prosecuzione di attività precedentemente svolte nel regime di libero mercato, grazie a propri precedenti investimenti.

La ricorrente ha iniziato la propria attività economica in anni antecedenti il periodo bellico, nei quali la distribuzione dell’energia elettrica ancora non era un servizio pubblico nazionale, ma una attività industriale soggetta ad obblighi pubblicistici e civilistici, come tutte le attività private.

Prima del decreto legislativo n. 79/1999 (anche “Decreto Bersani”) di recepimento della Direttiva UE 96/92/CE di liberalizzazione del settore elettrico, le uniche concessioni di distribuzione erano rilasciate alle aziende municipalizzate da E.N.E.L., ente pubblico che si sostituiva ai Comuni che avevano rilasciato i primi affidamenti diretti in forza del T.U. degli Enti Locali del 1904.

La ricorrente non ha mai avuto alcun affidamento diretto dai Comuni in cui esercita le attività di distribuzione, ma ha svolto l’attività di distribuzione in qualità di operatore industriale elettrico con obbligo di contrarre ai sensi dell’art. 2597 c.c. nei

confronti dei cittadini che ne hanno chiesto l’allacciamento, a prezzi imposti originariamente imposti dal CIP (Comitato Interministeriale Prezzi per le tariffe elettriche). Tale era la condizione di tantissime imprese industriali che fornivano il servizio in regime privatistico. Sono note le condizioni economiche, industriali e politiche che poi nel 1962 condussero alla nazionalizzazione delle imprese esercenti tali attività e l’obbligo di conferimento ad ENEL, ma ciò non comportò un regime di assoluta esclusiva, bensì ibrido. Infatti l’art. 1 della Legge n. 1643/1962 istitutiva dell’Ente Nazionale per l’Energia Elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche (d’ora in poi per brevità “Legge ENEL”) stabiliva la riserva dell’attività di energia elettrica in capo ad ENEL. Il paragrafo 9 dell’art. 4 stabiliva il trasferimento delle “concessioni e autorizzazioni in atto delle imprese trasferite all’ENEL”; mentre il paragrafo 8 dello stesso art. 4 stabiliva

che le imprese che producessero e distribuissero meno di 15 milioni di kWh nel biennio 1959-60 fossero esentati dal regime della riserva - fra queste ovviamente la ricorrente.

Secondo la Corte costituzionale (sentenza n. 67 del 14 marzo 1964 - Costa vs. ENEL), “*tale esclusione si armonizza perfettamente con i fini della nazionalizzazione: le esclusioni riguardano imprese marginali, di piccole dimensioni, la cui espropriazione, mentre da una parte aggraverebbe di molto gli oneri di indennizzo, non presenterebbe, dall'altra, vantaggi sostanziali ai fini ... dell'incremento della produzione di energia elettrica [obiettivo fissato dall'art. 1 della Legge ENEL]*”. Motivo per il quale l'esclusione della ricorrente e delle imprese simili di piccole dimensioni dal regime della riserva stabilito dalla Legge ENEL è stato ritenuto dalla Corte costituzionale ampiamente legittimo, anzi non contraddittorio con il fine di perseguire l'utilità generale attraverso la nazionalizzazione delle altre imprese elettriche.

L'attività della ricorrente, dunque, ha continuato a svolgersi in regime di diritto privato fino al citato decreto legislativo n. 79/1999, il quale all'art. 9 ha stabilito che tutte le imprese distributrici operanti alla data di entrata in vigore del decreto: “*continuano a svolgere il servizio di distribuzione sulla base di concessioni rilasciate entro il 31 marzo 2001 dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e aventi scadenza il 31 dicembre 2030. Con gli stessi provvedimenti sono individuati i responsabili della gestione, della manutenzione e, se necessario, dello sviluppo delle reti di distribuzione e dei relativi dispositivi di interconnessione, che devono mantenere il segreto sulle informazioni commerciali riservate; le concessioni prevedono, tra l'altro, misure di incremento dell'efficienza energetica degli usi finali di energia secondo obiettivi quantitativi determinati con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato di concerto con il Ministro dell'ambiente entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto*”.

Lo stesso Decreto ha fissato i principi della regolazione delle imprese distributrici stabilendo che: “*Le imprese distributrici hanno l'obbligo di connettere alle proprie reti tutti i soggetti che ne facciano richiesta, senza compromettere la continuità del servizio e purché siano rispettate le regole tecniche nonché le deliberazioni emanate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas in materia di tariffe, contributi ed oneri.*”

Per questa via l'obbligo a contrarre ha mutato le proprie vesti ed ha assunto un maggiore livello di pervasività, assumendo delle connotazioni di tipo pubblicistico.

Dunque la ricorrente è passata da un regime di esonero dalla nazionalizzazione quale impresa minore di piccole dimensioni, secondo i parametri della Legge ENEL, ad essere un

concessionario per legge [Decreto Ministeriale 24 luglio 2001] che “continua” ad esercire la propria attività, ma in forma regolata e non più di “mercato”, secondo gli standard tariffari e di servizio dettati dall’Autorità di regolazione (oggi “ARERA”).

Peraltro, il citato Decreto Bersani lungi dal concedere alcunché ai distributori di energia elettrica ha compresso i loro diritti preesistenti, consentendogli di “continuare” a svolgere la propria attività, ma obbligandoli a limitare la durata dell’attività a trenta anni e a modificare l’esercizio del perimetro di attività al territorio comunale.

In altri termini, il rilascio della concessione, almeno nel caso di specie, non è stato un premio, ma una penalizzazione per la ricorrente, che fino all’entrata in vigore del cd. Decreto Bersani svolgeva un’attività in regime di esclusività naturale e senza scadenza.

7.3. Gli obblighi di esternalizzazione dell’attività in concessione previsti all’art. 177 comma 1 del Codice dei contratti, se interpretati come obblighi relativi alla totalità delle prestazioni anche quelle assunte direttamente dal concessionario, assumono, pertanto, non già un carattere di “riequilibrio” (volto a colpire che si è visto affidare beni o utilità di interesse pubblico senza essere stato scelto con gara), ma un sapore irragionevolmente afflittivo.

Infatti, malgrado la legittimità del rafforzamento di strumenti anche normativi di incentivazione della “concorrenza per il mercato” - incentivazione in astratto perseguita dal legislatore con la norma in esame – nel caso di specie mancano nelle misure qui in contestazione quella proporzionalità e ragionevolezza che devono essere tipiche di ogni disposizione legislativa che incida su diritti consolidati, costruiti attraverso l’esercizio della libera attività economica.

La sproporzione del dettato normativo incide direttamente sulla legittimità e sulla tenuta delle Linee guida predisposte dall’ANAC. Esse sono illegittime perché impongono ai concessionari del servizio di distribuzione elettrica di dismettere le attività che gli stessi avevano diritto di esercitare almeno fino alla scadenza prevista dal c.d. Decreto Bersani, ossia fino (almeno) al 2030, incidendo così, in modo del tutto irragionevole, sul loro legittimo affidamento nella sicurezza dei rapporti giuridici.

Ed infatti, sulla base delle previsioni contenute nel D.lgs. n. 79/1999, ad oggi vigente e che pure aveva come obiettivo quello di realizzare un libero mercato concorrenziale, i concessionari avevano legittimamente riposto fiducia nella garanzia di gestione del servizio pubblico (almeno) sino al 2030, predisponendo risorse ed opportuni investimenti proprio sulla base di tale decreto.

Fiducia che, come si è detto, rinviene la propria *ratio* nella storia industriale della ricorrente e nelle stesse previsioni legislative del 1999.

La previsione di cui all'art. 177 del Codice incide, allora, in modo arbitrario e in misura sproporzionata sul diritto del concessionario del servizio di distribuzione elettrica di gestire e di organizzare la propria attività imprenditoriale, e sul conseguente affidamento dallo stesso riposto nell'esercizio di tale diritto.

In tal senso, la norma si pone in aperto contrasto con il principio uguaglianza dinanzi alla legge di cui all'art. 3 della Costituzione, sotto la specie del rispetto del canone di ragionevolezza (sul punto cfr. Corte costituzionale 4 novembre 1999 n. 416), nonché con il correlato principio di legittimo affidamento nella sicurezza dei rapporti giuridici.

Sul punto, è necessario ricordare che la Corte costituzionale ha affermato che *«il valore del legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost.»* specie allorquando la posizione giuridica, come nel caso di specie, risulti adeguatamente consolidata (sent. n. 56 del 2016).

Ed invero in tali ipotesi, *“per un verso, infatti”*, ricorda la Corte, *“la posizione giuridica che dà luogo a un ragionevole affidamento nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio deve risultare adeguatamente consolidata, sia per essersi protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento”*.

In un simile contesto *“interessi pubblici sopravvenuti possono esigere interventi normativi diretti a incidere peggiorativamente anche su posizioni consolidate, con l'unico limite della proporzionalità dell'incisione rispetto agli obiettivi di interesse pubblico”*.

Se quindi non è interdetto al Legislatore emanare disposizioni più sfavorevoli, unica condizione è che tali disposizioni *“non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando con riguardo a situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto”* (pronuncia n. 56/2015 cit., ma anche, *ex multis*, n. 302 del 2010, n. 209 e 236 del 2009 n. 203 del 2016, n. 64 del 2014 n. 1 del 2011).

Sul punto, si veda anche Corte costituzionale, n. 16 del 24 gennaio 2017 che ribadisce il principio enucleato evidenziando che *“disposizioni, al pari di qualunque precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica”*; *“il principio dell'affidamento, benché non espressamente menzionato nella Costituzione, trova tutela all'interno di tale*

precetto tutte le volte in cui una legge ordinaria muti le regole che disciplinano il rapporto tra le parti (...)” (Corte Cost. n. 108/2016).

E allora, appare evidente come nel caso in esame la posizione di legittimo affidamento sull’assetto regolatorio, vantata dalla ricorrente si è fortemente e legittimamente consolidata nel tempo, ben prima delle previsioni contenute nel Decreto Bersani.

Ebbene, nel prevedere l’obbligo in capo ai concessionari di dismettere una quota pari all’80 per cento della propria attività, le Linee guida e la norma presupposta appaiono, al contrario, del tutto sproporzionate rispetto all’interesse di tutela e promozione della concorrenza perseguito dall’ordinamento ed oltretutto incidono su situazioni soggettive già consolidate perché determinate dallo stesso Legislatore ed inserite in un contesto più ampio.

Ed infatti, il perseguimento dell’interesse alla realizzazione di un libero mercato nel settore appare già pienamente garantito dai concessionari di distribuzione:

- 1) sia tramite la previsione di obblighi di evidenza pubblica già previsti dal Codice degli appalti in capo ai concessionari di servizi pubblici che siano anche imprese pubbliche od organismi di diritto pubblico;
- 2) sia tramite la previsione di obblighi di separazione funzionale e contabile tra attività della filiera, di cui al Decreto Bersani e alle deliberazioni ARERA;
- 3) sia, ancora, tramite la stringente regolazione e il controllo pubblico dell’attività in questione, regolazione e controllo in base ai quali, ad esempio, in capo al distributore concessionario grava l’obbligo di connettere alla rete tutti i soggetti che ne facciano richiesta, di applicare nella fornitura di energia ai clienti vincolati la tariffa di trasporto unica nazionale, di procedere agli interventi necessari di sviluppo della rete distributiva e di perseguire obiettivi di crescente efficienza energetica.

Ebbene, l’obbligo di esternalizzare in misura pressoché totale le attività afferenti all’esercizio della concessione di distribuzione dell’energia elettrica appare del tutto irrazionale perché frustra, in assenza di una qualsivoglia logica sottesa alla percentuale dell’ottanta per cento già richiamata, l’affidamento riposto dai concessionari, vieppiù privati, nel poter gestire le attività in concessione almeno fino all’indizione delle gare nel periodo 2025- 2030.

E ciò senza, per converso, eliminare alcuno degli obblighi già previsti per i concessionari e sopra indicati e senza prevedere alcuna misura di carattere compensativo.

La norma denunciata, pertanto, contrasta con l’art. 3 Cost., perché viola il legittimo affidamento riposto dalla ricorrente nella stabile prosecuzione e gestione del rapporto di concessione, acquisita (e mantenuta) sulla base della propria autonomia organizzativa e

finanziaria e con i notevoli investimenti compiuti per l'acquisto e la manutenzione delle reti di distribuzione (autonomie peraltro soggette ad un vincolo massimo di riconoscimento dei costi da parte dell'ARERA), ma ad oggi fortemente pregiudicata dalla sproporzionata ed irragionevole introduzione dell'art. 177 del Codice dei contratti pubblici, e dagli obblighi previsti dalle Linee guida ANAC.

Alla luce di tali considerazioni pertanto, le Linee guida ANAC dovranno essere annullate, e l'articolo 177 del Codice dei contratti pubblici, ove interpretato nel senso di includere nella base di calcolo della percentuale dell'ottanta per cento tutte le prestazioni anche quelle eseguibili direttamente dal concessionario, dovrà essere dichiarato incostituzionale previa rimessione alla Consulta, con conseguente caducazione delle medesime Linee Guida.

* * *

8. VIOLAZIONE DELL'ART. 41, PRIMO COMMA, COST. VIOLAZIONE DELLA LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI DI UGUAGLIANZA, LIBERTÀ DI IMPRESA, STABILIMENTO, TRASPARENZA E AFFIDAMENTO. VIOLAZIONE DELL'ART. 49, 56 18 DEL TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO UE- VIOLAZIONE DELL'ART. 43 COMMA 1 DELLA DIRETTIVA UE 2014/23 IN MATERIA DI CONCESSIONI. ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO ED ILLOGICITÀ.

Le citate Linee guida ANAC n. 11/2018 gravano il concessionario di inammissibili obblighi aggiuntivi rispetto a quanto previsto con atto di concessione (e annessa convenzione), che, lungi dal rendere effettivo il mercato concorrenziale e migliorare così il settore sia in termini qualitativi che di prezzi finali agli utenti, incidono sull'esercizio della libertà di iniziativa economica privata del concessionario ricorrente e finiscono per vanificare gli obiettivi perseguiti.

Al fine di meglio comprendere la portata dell'affermazione, occorre svolgere una premessa relativa al settore di riferimento.

Lo sviluppo storico del settore dell'energia ha visto il passaggio da un sistema fondato sulla presenza dello Stato ad un sistema fondato sulla libertà di iniziativa privata e sulla pluralità di operatori nel mercato; questo ha comportato la conseguente estensione della logica di impresa, basata su principi di efficienza ed economicità, all'esercizio di attività in ogni caso caratterizzate da una dimensione pubblica dell'interesse al cui soddisfacimento esse sono funzionalmente preordinate. Ed è proprio nel coordinamento di questi due interessi che sorgono le problematiche qui censurate.

La disposizione di cui all'art. 41 Cost. prevede che *“L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla*

sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.”

Al riguardo, e con diverse pronunce, la Consulta ha chiarito che le compressioni della libertà d'iniziativa economica possono essere giustificate solo in presenza di esigenze di utilità sociale, oltre che, ovviamente, per la protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale «*non appaia arbitraria*» e, «*per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue*» (*ex plurimis*, sentenze n. 247 e n. 152 del 2010; n. 167 del 2009).

Questi principi, secondo la giurisprudenza costituzionale, devono essere osservati anche nella disciplina legislativa di un'attività economica considerata quale pubblico servizio, che è pur sempre espressione, come si è detto, del diritto di iniziativa economica garantito dall'art. 41 Cost, con la particolarità che al regime di ogni servizio pubblico è connaturale l'imposizione di controlli e programmi per l'indirizzo dell'attività economica a fini sociali. Sicché in tali ipotesi «*[...] l'individuazione da parte del legislatore dell'utilità sociale può sostanziarsi di valutazioni attinenti alla situazione del mercato*» e «*può dar luogo ad interventi legislativi tali da condizionare in qualche modo le scelte organizzative delle imprese*», sempre che l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e che gli interventi del Legislatore non perseguano l'individuata utilità sociale mediante misure palesemente incongrue, «*ed in ogni caso che l'intervento legislativo non sia tale da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta sacrificandone le opzioni di fondo*» (Corte cost., sentenza n. 548 del 1990).

Nel caso in esame, l'intervento del Legislatore, nella parte in cui impone anche ai concessionari privati l'esternalizzazione di (almeno) l'ottanta per cento dei contratti connessi alla concessione del servizio pubblico di distribuzione, condiziona ed inficia a tal punto le scelte imprenditoriali dell'impresa ricorrente (e di molti operatori del settore), tanto da sacrificare ingiustificatamente l'oggetto stesso della concessione: ed infatti la ricorrente dovrà procedere con gara ad affidare quei contratti, relativi alla quasi totalità dei servizi e dei lavori per procurarsi i mezzi e i beni per eseguire la concessione, che la stessa ricorrente svolgeva sino ad oggi in autonomia ed in proprio, con una totale contrazione della propria attività di impresa ed un inammissibile aggravio di costi, senza peraltro che la stessa possa beneficiare di un congruo periodo di gradualità nell'attuazione della norma, né di incentivi

o forme alternative di sostegno all'imprenditoria (che avrebbero potuto consentire di bilanciare la portata della disposizione in parola), per realizzare tale diversa modalità di gestione della concessione.

Il settore della distribuzione elettrica, infatti, è connotato, da un lato, da un regime di monopolio naturale e dalla previsione di una progressiva liberalizzazione del servizio, e, dall'altro, **da elevata specializzazione del personale impiegato - che in taluni casi si traduce in insostituibilità del medesimo - e del loro specifico inquadramento contrattuale nazionale:** ecco perché appare impossibile raggiungere il pieno rispetto del rapporto ottanta/venti richiesto dalle linee guida, se non attraverso (i) la scelta di dismissione *in toto* dell'attività in concessione (ii) ingenti ed ingiuste perdite di utilità economica gravanti sul concessionario, un generale aggravio per il servizio pubblico in termini di oneri generali di sistema gravanti sugli utenti finali e quindi sulla collettività (*stranded costs*).

In altre parole, passi il paragone, pare che la cura sia peggiore della (eventuale) malattia che si intendeva curare!

A ciò si aggiunga che le Linee guida ANAC hanno optato per una lettura restrittiva della norma in questione, nella parte immediatamente vincolante relativa alla gestione delle eventuali situazioni di squilibrio (Parte II, paragrafo 4); sulla base di tale disposizione infatti lo scostamento deve necessariamente essere recuperato entro l'anno successivo, rispettando, nel contempo, le percentuali di affidamento di pertinenza dell'anno in questione. Ed infatti, le situazioni di squilibrio vanno sanate immediatamente mediante nuove esternalizzazioni, o mediante il rinnovo delle procedure di evidenza pubblica delle esternalizzazioni, mano a mano che scadono i contratti, o con la cessazione degli affidamenti diretti a società *in house* o collegate, eventualmente previo recesso.

Ciò significa stravolgimento totale di ogni assetto organizzativo previgente, con costi anche in termini di eventuali richieste di risarcimento di danni al momento neppure immaginabili (basti pensare alle conseguenze di eventuali recessi da contratti stipulati senza gara) e drammatiche ripercussioni nell'intero settore e in definitiva, sull'intera collettività (in termini di costi finali).

Eppure, secondo quanto auspicato dall'ANAC, l'obiettivo delle Linee guida era chiaramente quello “*di favorire il rispetto della norma prevedendo misure che si rivelino in concreto attuabili*”.

Nulla di più lontano rispetto a ciò che, a seguito dell'emanazione del testo definitivo delle Linee guida, si è concretizzato!

D'altro canto anche il Consiglio di Stato, con parere n. 1582 del 20 giugno 2018 ha evidenziato con chiarezza il dubbio di costituzionalità della norma in esame, come già anticipato. In particolare, il Supremo Consesso ha sostenuto che *«l'obbligo di esternalizzare, per raggiungere la soglia dell'80%, anche attività che potrebbero essere eseguite in proprio avvalendosi esclusivamente della propria organizzazione aziendale, e dei mezzi, strumenti e risorse esclusivamente appartenenti al concessionario, sembra in contraddizione con i principi scaturenti dall'art. 41 cost.».*

Alla luce delle pregresse considerazioni, le linee guida nonché dell'art. 177 del codice dei contratti dovranno essere annullati, previa disapplicazione da parte del Giudice e/o dichiarazione di incostituzionalità dei medesimi, per contrasto sia con la normativa comunitaria che con le disposizioni di cui all'art. 41 della Costituzione, per come interpretato dalla Corte costituzionale coerentemente con gli altri principi costituzionali.

* * *

9. VIOLAZIONE DELLE LINEE GUIDA ANAC IN RELAZIONE ALL'ART. 117, PRIMO COMMA, COST., IN RELAZIONE ALLA NORMA INTERPOSTA SIA DELL'ART. 41 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA, CHE TUTELA IL PRINCIPIO DELL'AFFIDAMENTO, SIA ALL'ART. 1 DEL PROTOCOLLO ADDIZIONALE ALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, IN TEMA DI PROTEZIONE DELLA PROPRIETÀ. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 41, 42 E 97 DELLA COSTITUZIONE.

Per le ragioni esposte nei precedenti motivi di doglianza, le Linee guida ANAC e l'art. 177 del d.lgs. n. 50/2016 – se interpretato nel senso imposto dalle medesime Linee guida - si pongono anche in contrasto con gli articoli 3, 97 e 117 della Costituzione, in relazione alla norma interposta sia dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella parte in cui garantisce tutela al principio dell'affidamento, sia dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in tema di diritto inviolabile alla protezione della proprietà, che ricomprende necessariamente, secondo la Corte europea per i diritti dell'uomo, gli interessi patrimoniali e i diritti immateriali.

È noto infatti che la giurisprudenza comunitaria riconosce e garantisce la vigenza di tali principi, certezza del diritto e legittimo affidamento, definendoli *“parte dell'ordinamento comunitario”* (sentenza 3 maggio 1978 in C – 112/77)

Come anticipato sopra, la norma in esame realizza un vero e proprio esproprio dell'attività di distribuzione svolta dai concessionari, dal quale gli stessi erano stati peraltro stati esclusi motivatamente e del tutto legittimamente allorquando si diede luogo alla nazionalizzazione con riserva in capo ad E.N.E.L. del servizio elettrico.

I concessionari indicati infatti, sono titolari di concessioni che regolano l'esercizio dell'attività di distribuzione e generalmente di tale attività fanno parte sia la gestione delle reti di distribuzione, la decisione e l'esecuzione degli interventi di manutenzione, la programmazione e realizzazione degli interventi di sviluppo, l'esercizio degli impianti.

Ora, è noto che nel settore di riferimento l'esecuzione degli interventi di manutenzione sulle reti di distribuzione e la realizzazione di interventi di sviluppo rappresentano la quasi totalità delle attività proprie del distributore. Se queste stesse attività contribuiscono a definire "*l'esercizio dell'attività di distribuzione*", è evidente che imporre l'esternalizzazione dei contratti connessi a tali attività per una quota almeno pari all'ottanta per cento a terzi significa, di fatto, espropriare il concessionario dell'attività stessa della distribuzione dell'energia elettrica.

E ciò in aperto contrasto, oltre che con l'art. 41 della Costituzione come già ampiamente dedotto, anche dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (nel seguito anche "CEDU"), nella parte in cui prevede che «*Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica ...*». Ciò perché i due profili, art. 41 della Costituzione e art. 1 del Protocollo Addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vanno a completarsi e coordinarsi vicendevolmente, cosicché l'uno interviene laddove, per così dire, non arriva l'altro.

Al riguardo, si consideri che, alla luce dell'analisi della nozione di proprietà espressa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (caratterizzata, come noto, da portata autonoma) è possibile affermare che il concetto di bene che ne consegue (anch'esso autonomo) sta ad indicare l'oggetto del diritto, cioè tutte le situazioni giuridiche comprese nell'ambito dei rapporti obbligatori e il suo significato prescinde, quindi, dalle categorie civilistiche classiche del nostro ordinamento, giungendo ad includere ogni diritto patrimoniale.

Inoltre, per quanto riguarda l'ambito di applicazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, esso tutela non solo i beni reali, ma anche gli interessi derivanti da rapporti economici e valori patrimoniali sui quali i titolari di situazioni giuridiche nutrono aspettative legittime.

Sul punto, la CEDU estende il diritto di proprietà anche all'*actio in personam* (o *conditio*), volta alla tutela dei diritti relativi derivanti da obbligazioni, cioè dei diritti nei confronti della controparte di un rapporto obbligatorio; tali diritti possono essere il frutto di un rapporto tra privati o, come nel caso in esame, tra un soggetto privato (il ricorrente) ed un ente pubblico (il Ministero dello Sviluppo economico). Da ciò consegue che gli interessi

economici che scaturiscono da un rapporto tra due soggetti (i.e. rapporto concessorio), a prescindere dalla natura di questi ultimi, rappresentano una proprietà.

Di talché, il diritto al rispetto dei beni risulta nel caso in esame violato, sebbene il ricorrente non sia stato (né sarà) formalmente privato della proprietà delle reti, poiché in forza della norma censurata (ovvero del combinato tra norma e linee guida) è diminuita sensibilmente la disponibilità dei beni in causa (nei medesimi termini, Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. del 23-09-1982, ricorsi n. 7151/75/1892 e 7152/75/1982, Sporrang e Lönnroth c. Svezia).

Risulta, altresì violato il medesimo parametro europeo, e quindi costituzionale (art. 117 Cost.), sotto il profilo del divieto di essere privati della proprietà in assenza di una causa di pubblica utilità.

Non si nasconde, al riguardo, che è ben nota la circostanza per cui la tutela della proprietà debba anche garantire, in un rapporto di bilanciamento tra beni ugualmente tutelati, la piena concorrenza: vi sono infatti due valori egualmente importanti in gioco e che devono essere ugualmente protetti nel nostro ordinamento e che sono per l'appunto la tutela del mercato concorrenziale da un lato (intesa come tutela dei consumatori ed utenti finali) e la tutela della proprietà privata e della libera iniziativa economica (intesa come tutela degli imprenditori e di quegli interessi diversi individuati dall'art. 41 della Costituzione)³.

Eppure, nel caso di specie, la tutela della concorrenza era già stata fissata dal legislatore come prioritaria, attraverso la previsione contenuta nel c.d. Decreto Bersani in base alla quale «*Detto servizio [di distribuzione dell'energia elettrica] è affidato sulla base di gare da indire, nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti pubblici, non oltre il quinquennio precedente la medesima scadenza [2030]*». L'art. 177 del Codice dei contratti, nella parte in cui obbliga i concessionari del servizio di distribuzione ad esternalizzare l'ottanta per cento dell'attività in concessione appare, quindi, inficiare illegittimamente e sproporzionatamente il diritto di proprietà del concessionario, in assenza di qualsivoglia causa di pubblica utilità.

D'altro canto, «*La concorrenza è strumentale alla realizzazione del benessere sociale attraverso il perseguimento di valori economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, etc.) ma anche extraeconomici (sicurezza, giustizia, tutela dell'ambiente, progresso sociale, etc.). In caso di contrasto,*

³ Cfr. M. LIBERTINI, «*I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del "Decreto Alitalia"*», in *Giur. cost.*, 2010.

questi valori sono destinati a prevalere sulla tutela della concorrenza. Vi sono molti interessi e valori che non trovano realizzazione in un sistema concorrenziale e la cui garanzia esige, anzi, che essi vengano protetti dal gioco concorrenziale. E, d'altronde, attraverso la continuità della libertà di iniziativa economica con l'utilità sociale viene consentita una regolazione strumentale a garantire la tutela di interessi anche diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato e finalizzati all'eliminazione delle disuguaglianze di fatto additate, appunto, all'art. 3 Cost.”(Corte costituzionale, sentenza 22 luglio 2010 n. 270, di particolare interesse ai nostri fini laddove contempera il bilanciamento di una molteplicità di interessi con una scelta “caratterizzata da una connotazione di politica economica e di regolazione del mercato imposta da una situazione eccezionale”, si veda M. LIBERTINI, cit.).

Anche per tale motivo, le linee guida dovranno essere annullate, previa disapplicazione e/o dichiarazione di incostituzionalità delle medesime nonché dell'art. 177 sotto tutti i coordinati profili sopra considerati, sottolineando altresì la violazione dell'art. 117 della Costituzione in rapporto alle norme interposte costituite dall'art. 1 del protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nonché 41 della Convenzione medesima.

* * *

10. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 42, TERZO COMMA, COST., PERCHÉ NON SI PREVEDE ALCUN INDENNIZZO PER IL SACRIFICIO IMPOSTO AL CONCESSIONARIO. VIOLAZIONE DELLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO.

L'art. 42, comma 3, della Carta costituzionale stabilisce che la proprietà privata possa essere espropriata per motivi di interesse generale solo «*nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo*».

Ebbene, le Linee guida ANAC e l'art. 177 del codice come interpretato più rigorosamente, pregiudicano gravemente, nel caso concreto, la posizione conseguita dal concessionario “in prosecuzione” tanto da poter assimilare tale pregiudizio ad un vero e proprio esproprio della proprietà, senza tuttavia prevedere alcun indennizzo per il sacrificio imposto, onde si chiede che venga dichiarata la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, anche con riferimento all'art. 42, terzo comma, Cost.

Per quanto concerne poi il regime concessorio il legislatore ha recepito la disposizione costituzionale mediante l'art. 21 *quinquies* comma 1 bis della legge n. 241/90 che prevede che la concessione sia in generale revocabile per sopravvenute ragioni di pubblico interesse:

in tal caso v'è il diritto del concessionario a un indennizzo e la disposizione ne determina in concreto la misura.

Diversamente, nel caso di specie in primo luogo va considerato che, contrariamente alla disposizione costituzionale, non è stato affatto il legislatore ad imporre il sacrificio dei concessionari ma disposizioni non di rango legislativo, quali le Linee Guida ANAC, che perciò solo devono essere dichiarate illegittime.

Oltretutto esse, che sotto tale profilo rendono incostituzionale anche la disposizione legislativa così applicata, non prevedono alcun indennizzo per il sacrificio imposto al concessionario, che sarà costretto a rinunciare alla esecuzione di gran parte delle attività attualmente gestite in proprio, dovendo provvedere ad affidarle a terzi. Senza considerare che dovrà altresì illegittimamente ed ingiustificatamente a tutti gli utili correlati all'80% delle proprie attività, affrontando nuovi ed ingenti oneri per la gestione delle procedure di esternalizzazione.

Le nuove prescrizioni del Codice e le Linee guida ANAC attuative delle stesse sono, quindi, lesive di consolidate posizioni dei concessionari, perché impongono intollerabili pesi ed oneri sia gestionali che economici e finanche la dismissione totale delle aziende, in assenza di indennizzi di sorta.

Anche per tali ragioni gli atti impugnati si manifestano radicalmente illegittimi e dovranno essere annullati, previa dichiarazione di incostituzionalità dei medesimi.

* * *

11. VIOLAZIONE DELL'ART. 3 COST. PER IRRAGIONEVOLE DISPARITÀ DI TRATTAMENTO TRA I CONCESSIONARI TOUT COURT E I CONCESSIONARI AUTOSTRADALI (SOGETTI, INSPIEGABILMENTE, A UN REGIME PIÙ FAVOREVOLE). VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI DI EGUAGLIANZA, LIBERÀ DI IMPRESA, STABILIMENTO. VIOLAZIONE DELL'ART. 43 COMMA 1 DELLA DIRETTIVA UE 2014/23.

L'art. 177, comma 1, del nuovo Codice dei contratti pubblici dispone che, mentre i concessionari di lavori e servizi, complessivamente intesi, sono obbligati ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, *«per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni del presente comma, la quota di cui al primo periodo è pari al sessanta per cento»*.

La norma è palesemente illegittima perché introduce una irragionevole disparità di trattamento tra soggetti concessionari, pur in presenza di identiche situazioni giuridiche. Invero, non si comprendono le ragioni di un trattamento differenziato e meno gravoso

riservato ai concessionari autostradali, rispetto agli altri soggetti titolari di concessione di servizio pubblico, quali, nel caso di specie, i titolari di concessioni del servizio pubblico di distribuzione dell'energia elettrica.

Appare evidente sul punto che trattasi unicamente di una volontà punitiva rispetto a questi ultimi, al contempo intendendo garantire il perdurare di un regime di favore del tutto ingiustificato per i concessionari autostradali.

* * *

IN ORDINE AI PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE E VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA.

Dalla lettura dei motivi di ricorso emerge una molteplice contrarietà degli atti impugnati rispetto sia alle previsioni costituzionali, sia alla normativa comunitaria, ed in particolare la violazione dell'art. 43 del Trattato in ordine alla libertà di stabilimento, dell'art. 56 in ordine alla libera prestazione dei servizi, dell'art. 18 in ordine al divieto di discriminazione, ed infine si è espressamente dedotta la violazione dell'art. 43 comma 1 della Direttiva UE 2014/23 in materia di disposizioni relative ai concessionari, oltre alla violazione delle direttive 2009/72/UE e 2009/73/UE.

Si chiede pertanto l'immediata disapplicazione delle norme nazionali citate ovvero rimettere in via pregiudiziale la questione interpretativa alla Corte di Giustizia UE.

Per quanto concerne la violazione delle norme costituzionali, si rinnova l'istanza di rimessione alla Corte costituzionale, previa valutazione di non manifesta infondatezza e rilevanza delle questioni poste, sottolineando ancora la violazione dell'art. 117 in relazione alle norme interposte costituite dalle norme del Trattato violate e sopra indicate, nonché dall'art. 1 del protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

* * *

P.Q.M.

Piaccia a Codesto T.A.R. adito, ogni contraria istanza e deduzione disattesa, così giudicare:

- **in via principale, nel merito, annullare tutti gli atti impugnati meglio indicati in epigrafe**, previa disapplicazione del citato art. 177 per contrasto con le disposizioni eurounitarie richiamate nel testo, nonché di ogni atto presupposto, conseguente o comunque connesso, ancorché non conosciuto, con ogni conseguenza di legge, con vittoria di spese ed onorari.

- **in via incidentale, sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 177 del d.lgs. n. 50/2016**, per le ragioni già espresse nella parte in diritto, vista la sua rilevanza ai fini del decidere, e ritenuta la sua non manifesta infondatezza.

- Ove ritenuto opportuno, **rimettere in via pregiudiziale la questione interpretativa alla Corte UE.**

Con riserva di motivi aggiunti di ricorso e con vittoria di spese, competenze ed onorari del presente giudizio.

Si producono in copia i documenti citati nell'atto.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 9 Legge 21 dicembre 1999, n. 488 e s.s. m.m., si dichiara che il presente ricorso è soggetto al pagamento del contributo unificato dell'importo di euro 650,00.

Roma, 11 gennaio 2019

Avv. Dario Capotorto

Prof. Avv. Stefano Vinti

Avv. Giulia Crivellini

Avv. Corinna Fedeli