

che egli non abbia adempiuto alla sua obbligazione (cfr., per altre applicazioni, le norme di cui agli artt. 1463, 1464 e 1672, cod. civ.).

Potrebbe, infatti, sembrare a prima vista non esservi alcuna incompatibilità, sul piano concettuale, a che tale regola si applichi anche all'appalto di servizi, poiché pure in tale fattispecie di appalto l'imprenditore deve adempiere all'obbligazione assunta, che è quella di compiere, con la propria impresa, una certa attività lavorativa, al fine di raggiungere un determinato risultato ⁽⁴³⁾.

Continuando a seguire quest'ordine di considerazioni, l'ostacolo che deve essere esaminato allo scopo di verificare l'applicabilità in concreto dell'art. 1673, cod. civ. all'appalto di servizi è costituito dal fatto che tale norma riguarda specificamente l'ipotesi del perimento o deterioramento dell'opera, cioè della *nova res* realizzata con l'elaborazione o trasformazione dei materiali e, come tale, completamente diversa e distinta da questi ultimi.

Nell'appalto di servizi, invece, poiché manca una *res nova* e l'attività lavorativa umana non altera o modifica la struttura della materia, la perdita oppure il deterioramento di quest'ultima non può che rimanere, in base ai principi generali, a carico esclusivo del suo proprietario, mentre la prestazione dell'attività lavorativa, costituente l'oggetto dell'obbligazione dell'appaltatore, una volta che sia stata adempiuta, non può soggiacere a nessun rischio e deve essere retribuita ⁽⁴⁴⁾.

12. Il perimento dell'opera nell'appalto pubblico come fattispecie di forza maggiore. – All'appalto di opere pubbliche, nella fattispecie *de qua*, si applica l'art. 348, l. n. 2248, All. F, del 1865, norma tuttora in vigore, pur dopo la riforma dell'appalto pubblico, in quanto esplicitamente confermata dal d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

In base a tale disposizione, si può concedere all'imprenditore il risarcimento dei danni secondo la procedura prevista dal capitolato generale di appalto (art. 24), ricomprendendosi il perimento dell'opera fra le cause di forza maggiore.

(43) In tal senso, v. R. ALBANO, *Inapplicabilità dell'art. 1673 c.c. all'appalto di servizi*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 664.

(44) Così, si pronunzia R. ALBANO, *op. cit.*

LONGO, E., *La Corte costituzionale alle prese con la normativa transitoria sui servizi pubblici locali di distribuzione del gas*, in *RIVISTA TRIMESTRALE DEGLI APPALTI* 2003.

CORTE COSTITUZIONALE, 31 luglio 2002, n. 413 – CESARE RUPERTO *Presidente*, RICCARDO CHIEPPA *Relatore* – (giudizio promosso con ordinanza emessa il 21 dicembre 2000 e depositata il 22 gennaio 2001 dal TAR Liguria sul ricorso proposto dall'AMGA s.p.a. (Azienda mediterranea gas e acqua), contro il Comune di Savona ed altri, iscritta al n. 963 del registro ordinanze 2001 e pubblicata in G.U.R.I. n. 2, prima serie speciale, dell'anno 2002).

Comune e Provincia – Servizi pubblici – Servizio di distribuzione del gas naturale – Affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica - Disciplina transitoria prevista dall'art. 15, comma 10, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 – Omessa previsione di limitazioni territoriali per le società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica – Questione di legittimità costituzionale ex artt. 3, 41, 76 della Costituzione – Infondatezza.

Non è fondata, in riferimento agli artt. 3, 41 e 76 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 10, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, nella parte in cui consente senza limitazioni territoriali o funzionali e per un periodo transitorio, che potrebbe protrarsi oltre i cinque anni previsti in via generale, alle società che gestiscono servizi pubblici locali, in virtù di affidamento del servizio pubblico locale di distribuzione del gas naturale. Occorre infatti evidenziare che la legge di delegazione era finalizzata all'attuazione di una direttiva comunitaria ed inserita nell'ambito di un sistema di apertura del mercato nazionale da attuarsi con gradualità in un regime di interazione europea tale da facilitare la transizione del settore italiano del gas ai nuovi assetti europei. Deve pertanto escludersi che la possibilità di partecipare alle gare prevista dalla norma determini una situazione di disuguaglianza o di discriminazione, dal momento che a tutti i soggetti è data la possibilità di partecipare nel periodo transitorio dilazionando la preclusione per determinate situazioni sancite in via definitiva dalla norma, la quale opererà alla fine del periodo transitorio.

RITENUTO IN FATTO. – 1. Con ordinanza emessa il 21 dicembre 2000, depositata il 22 gennaio 2001 (e pervenuta alla Corte costituzionale il 10 dicembre 2001) il Tribunale amministrativo regionale della Liguria - nel

corso di un giudizio promosso dalla società AMGA (Azienda mediterranea gas e acqua s.p.a.) per l'annullamento della delibera consiliare del 12 giugno 2000, n. 24, con cui il Comune di Savona aveva attribuito a trattativa privata all'ITALGAS s.p.a. il servizio pubblico per la distribuzione del gas per il periodo 1° gennaio 2001-31 dicembre 2015, prorogando così la durata della precedente concessione in scadenza al 31 dicembre 2000 - ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 10, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, attuazione della Direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41, l. 17 maggio 1999, n. 144.

2. Il giudice rimettente osserva, in via preliminare, che la società ricorrente, pur essendo una società primaria operante nel settore del gas, sarebbe priva di un interesse attuale e concreto a ricorrere sulla base del sistema a regime previsto dall'art. 14, comma 5, d.lgs. n. 164 del 2000. Tale norma ammette a partecipare alle gare (dichiarate obbligatorie dal comma 1 dello stesso art. 14) per l'affidamento del servizio pubblico del gas le società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica (quale è l'AMGA), senza limitazioni territoriali; la stessa norma, però, esclude dalla partecipazione le società che "gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica". Sulla base di quest'ultima previsione legislativa la società ricorrente non potrebbe, pertanto, partecipare alla gara essendo affidataria diretta del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Genova. Senonché - continua il giudice *a quo* - l'art. 15, d.lgs. citato consentirebbe "senza limitazioni" e per un periodo transitorio detta partecipazione.

2.1. La specificazione "senza limitazioni" andrebbe intesa, secondo il Tribunale rimettente, nel senso che la partecipazione alle gare "delle società ex municipalizzate" possa avvenire senza alcuna limitazione territoriale e/o funzionale e non invece, come affermato dalle parti ricorrenti nel giudizio *a quo*, senza le "limitazioni altrimenti poste dallo stesso decreto n. 164".

3. La disposizione transitoria impugnata attribuirebbe, pertanto, alla società AMGA la legittimazione ad agire ma sarebbe, sempre nella prospettiva del giudice *a quo*, viziata da illegittimità costituzionale.

3.1. La possibilità concessa di partecipazione alla gara a soggetti che godono di posizioni di notevole vantaggio rispetto agli altri concorrenti per essere affidatari diretti del servizio pubblico, sempre secondo il TAR rimettente, vanificherebbe il principio della libera concorrenza che costituisce la *ratio* giustificativa della esclusione dettata a regime dall'art. 14, comma 5, del decreto citato. Più in particolare, viene sottolineato che: "il sistema transitorio così congegnato (che può protrarsi ben oltre i cinque anni previsti in via generale, per effetto degli incrementi consentiti dallo stesso art. 15, comma 7) stravolge, per effetto del superamento dei limiti territoriali e/o funzionali derivante dal combinato disposto con l'art. 14, comma 5, con effetti perduranti nel tempo, tutto il sistema delineato a regime". Da qui il mancato rispetto del "principio della parità di condizioni tra i possibili concorrenti e della stessa uguaglianza di trattamento tra posizioni potenzialmente simili", con conseguente violazione degli artt. 3 e 41, Cost..

3.2. Il TAR rimettente assume, altresì, la violazione dell'art. 76, Cost.

per non essere stati osservati i principi e criteri direttivi dettati dall'art. 41, lett. c, l. 17 maggio 1999, n. 144 (Misure in materia di investimenti, delega al Governo per il riordino degli incentivi all'occupazione e della normativa che disciplina l'INAIL, nonché disposizioni per il riordino degli enti previdenziali). Detta disposizione, nel delegare il Governo a dare attuazione alla direttiva 98/30/CE, lo avrebbe vincolato ad "eliminare ogni disparità normativa tra i diversi operatori nel sistema del gas (...)", al fine di garantire condizioni e trattamenti non discriminatori a favore delle imprese. La norma impugnata, di converso, consentendo - per un periodo transitorio ma rilevante - alle società affidatarie dirette del servizio la partecipazione alla gara pubblica, competendo con altre imprese del settore non ugualmente agevolate, falserebbe, conclude il giudice *a quo*, le regole della libera concorrenza.

4. Si è costituita la Società italiana per il gas - ITALGAS s.p.a. -, controinteressata nel giudizio *a quo*, affermando di condividere le censure di illegittimità costituzionale prospettate dal giudice rimettente, qualora si volesse aderire all'interpretazione dallo stesso proposta secondo cui nel periodo transitorio le società affidatarie dirette del servizio pubblico potrebbero partecipare alle gare indette dall'ente locale senza alcun limite territoriale e/o funzionale.

Segnatamente, si osserva che la violazione dell'art. 3, Cost. deriverebbe dalla ampiezza irragionevole del periodo transitorio in cui le predette società miste potrebbero liberamente partecipare alle gare per l'affidamento del servizio, nonostante siano destinatarie di vantaggi economici e agevolazioni fiscali che le porrebbero in una situazione di favore rispetto alle altre partecipanti. Da qui l'assunto stravolgimento degli obiettivi della riforma e la lesione del principio di pari opportunità degli operatori nel mercato di distribuzione del gas.

4.1. In relazione all'art. 41, Cost., la difesa della società privata ne assume la violazione ritenendo che detta norma - letta, soprattutto, alla luce delle regole comunitarie esistenti in materia - "incorpora i principi essenziali di tutela della concorrenza", con la conseguente necessità di "un controllo di costituzionalità sulla legislazione restrittiva dei principi di libertà e di pari opportunità nell'ambito dell'iniziativa economica, più severo ed attento rispetto al passato".

4.2.- In relazione, infine, all'assunta violazione dell'art. 76, Cost., vengono ribadite le argomentazioni contenute nell'ordinanza di rimessione.

4.3. La difesa dell'ITALGAS, "in via subordinata", chiede che venga emanata una sentenza interpretativa di rigetto. La norma impugnata, potrebbe, infatti, essere interpretata - secondo la parte privata - nel senso di consentire alle società miste in esame la partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi pubblici in altri comuni soltanto in presenza di un collegamento funzionale con gli interessi della collettività dell'ente locale che le ha costituite o che vi partecipa. Il termine "senza limitazioni" contenuto nella disposizione censurata andrebbe, pertanto, riferito esclusivamente alle rigorose "limitazioni" previste dall'art. 14, comma 5, d.lgs. n. 164 del 2000 "che avrebbero radicalmente precluso alle società miste la partecipazione a gare", ma non anche alle preesistenti limitazioni territoriali e/o funzionali. L'interpretazione proposta sarebbe, ad avviso della esponente, avallata dalla permanenza del vincolo di scopo che continua a connotare l'attività delle società miste locali non essendo stata

la relativa disciplina modificata dal citato decreto legislativo. Sarebbe, inoltre, continua la difesa della parte privata, "paradossale" ritenere che detto decreto abbia introdotto a regime una disciplina estremamente rigorosa al fine di tutelare la concorrenza e allo stesso tempo abbia previsto un periodo transitorio in cui varrebbe una disciplina addirittura più favorevole per le società miste (affidatarie dirette del servizio), rispetto a quella su cui il legislatore stesso ha inteso incidere.

5. Si è costituito il Comune di Savona con una memoria in cui, dopo avere esposto il prevalente orientamento giurisprudenziale e dottrinale volto a limitare funzionalmente l'attività *extra moenia* delle società miste di scopo, si sofferma sulla *ratio* che giustificerebbe l'esclusione di queste ultime dalla partecipazione alle gare, qualora siano state affidatarie dirette del servizio. In particolare, si sottolinea come il legislatore avrebbe inteso evitare, con detta esclusione, che i soggetti in esame potessero risultare ingiustificatamente avvantaggiati rispetto agli altri concorrenti a causa delle agevolazioni economiche e fiscali di cui sarebbero destinatari.

5.1. La difesa dell'ente comunale, al fine di salvaguardare l'assetto normativo predisposto dal d.lgs n. 164 del 2000, propone di interpretare la norma impugnata negli stessi termini esposti dalla difesa dell'ITALGAS s.p.a. riportati *sub* 4.3.; qualora non si intendesse seguire detta interpretazione si chiede che la norma impugnata venga dichiarata costituzionalmente illegittima per le ragioni illustrate nell'ordinanza di rimessione.

6. Si è costituita la dottoressa Maura Piccardo, dirigente comunale, parte resistente nel giudizio *a quo*, sostenendo che la norma impugnata potrebbe essere interpretata, al fine di evitare una declaratoria di illegittimità costituzionale, nel senso che la stessa possa trovare applicazione soltanto dopo la cessazione del periodo transitorio, in relazione alle gare, da svolgersi secondo le modalità previste dall'art. 14, comma 1, d.lgs. n. 164 del 2000, che l'ente locale dovrà indire, *ex art.* 15, comma 6, dello stesso decreto, per provvedere all'affidamento diretto.

6.1. "In via subordinata" si chiede l'accoglimento della questione per le motivazioni illustrate nell'ordinanza di rimessione.

6.2. Nell'ultima parte della memoria si adduce, infine, il contrasto della disposizione censurata con gli artt. 82, 86, commi 1 e 2, del Trattato CE – relativi alla portata e all'estensione del principio della libera concorrenza in ambito comunitario – con conseguenziale necessità di dichiarare, "preliminarmente", la prevalenza delle predette norme comunitarie.

7. Sono intervenute la Confservizi (Confederazione nazionale dei servizi) e la Federgasacqua (Federazione italiana delle imprese dei servizi idrici energetici e vari) svolgendo, in via preliminare, considerazioni volte a dimostrare la propria legittimazione a intervenire nel presente giudizio di costituzionalità, ancorché non siano state parti del processo *a quo*. In particolare, si sostiene che a rendere ammissibile il predetto intervento sarebbe la funzione istituzionale di rappresentazione degli interessi delle imprese che gestiscono servizi pubblici di distribuzione del gas svolta da entrambi gli enti. Si richiamano, a tal proposito, alcune decisioni della Corte costituzionale (sentenze n. 176 del 1996; n. 235 del 1997; ordinanze n. 67 del 1998 e n. 346 del 2001), con cui sarebbe stata riconosciuta ad enti ed associazioni la legittimazione a partecipare al giudizio di legittimità costituzionale nei casi in cui l'esito della decisione avrebbe

potuto incidere – come avverrebbe, secondo le deducenti, nel caso in esame – sui diritti dei soggetti da essi rappresentati.

7.1. Nel merito gli intervenienti affermano l'infondatezza della questione sollevata con una serie di argomentazioni.

8. Si è costituita l'AMGA – Azienda mediterranea gas e acqua s.p.a. – chiedendo che la questione sollevata venga dichiarata inammissibile e infondata per le ragioni che verranno esposte con separata memoria.

9. È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, osservando: *a)* in relazione all'assunta violazione delle disposizioni contenute nella legge delega che quest'ultima non escluderebbe affatto il ricorso alla disciplina transitoria; *b)* in relazione "ai restanti profili (...) che la norma denunciata sembra obbedire a criteri di necessità e di ragionevolezza, mirando essa sostanzialmente ad impedire l'inoperatività della legge sino al termine di adozione previsto per gli enti locali per l'adeguamento alle disposizioni del decreto medesimo". La difesa erariale chiede, pertanto, che la questione venga dichiarata non fondata.

10. Nell'imminenza dell'udienza pubblica sono state depositate dalle parti costituite e intervenute ulteriori memorie difensive.

10.1. La Società italiana per il Gas - ITALGAS s.p.a. – ha ribadito, con ampiezza di argomentazioni, quanto già sostenuto nell'atto di costituzione.

10.2. La dottoressa Maura Piccardo – dopo aver illustrato le regole poste alla base della nuova costituzione economica e i principi comunitari e nazionali di liberalizzazione e concorrenza caratterizzanti l'intera riforma del mercato del gas naturale – ha sottolineato come la disposizione impugnata risponda alla diversa logica della conservazione tendenzialmente "statica" delle imprese già operanti nel settore con addirittura un rafforzamento della loro posizione. Sarebbe stato più ragionevole, ha sostenuto, concedere semmai alle imprese affidatarie dirette del servizio la facoltà "di svincolarsene anticipatamente" in modo da poter "competere ad armi pari" con gli altri concorrenti per l'attribuzione della gestione del servizio stesso. La difesa della parte conclude ribadendo la richiesta di declaratoria di illegittimità costituzionale della norma censurata o, in subordine, l'adozione dell'interpretazione adeguatrice proposta nell'atto di costituzione.

10.3. La Confservizi e la Federgasacqua, in via preliminare, riaffermano la propria legittimazione ad intervenire nel giudizio costituzionale. Nel merito chiedono l'accoglimento della questione sollevata ritenendo "insostenibile" l'interpretazione adeguatrice che vorrebbe limitare la possibilità di partecipazione alle gare delle società miste soltanto a quelle indette dal "proprio" ente pubblico di riferimento, per vari ordini di motivi.

10.4. La difesa dello Stato nella memoria integrativa depositata, si sofferma sulla *ratio* della previsione del periodo transitorio, volto a garantire un passaggio graduale dal vecchio al nuovo sistema di distribuzione del gas per imprese esistenti sul mercato; un divieto di partecipazione alle gare in detto periodo avrebbe escluso per le dette imprese "la possibilità di garantirsi in alcun modo la continuazione della (...) attività imprenditoriale" una volta cessati il periodo transitorio e la gestione in corso, con conseguente crisi delle società interessate e pregiudizio per la stessa concorrenza. Per quanto attiene alla assunta

violazione dell'art. 76, Cost. l'Avvocatura osserva che la legge delega non si riferirebbe alla possibilità o meno di partecipazione alla gara; in ogni caso, la previsione di una disciplina transitoria non urterebbe contro alcun principio direttivo contenuto nella legge delega stessa, costituendo al contrario "integrazione e attuazione" di quanto stabilito dalla Direttiva CE n. 98/30.

10.5. La Società AMGA, con la memoria chiede, in via preliminare, che la questione venga dichiarata inammissibile per carenza di motivazione sulla rilevanza. Questi i motivi: a) mancata indicazione di quale sia "il notevole vantaggio" dei soggetti affidatari diretti del pubblico servizio, la cui partecipazione alla gara rischierebbe di falsare le regole della concorrenza; b) non verrebbe specificato se detti vantaggi siano riconosciuti soltanto alla posizione delle società miste o anche a quella delle società private a cui pure si riferisce la norma transitoria. Si sottolinea, inoltre, come detta carenza di motivazione renderebbe indefinito lo stesso *thema decidendum*, non comprendendosi se il dubbio di legittimità costituzionale della norma censurata investa le sole società miste o, più in generale, i soggetti (pubblici o privati) che abbiano avuto affidamenti del servizio senza gara.

10.5.1. Nel merito la difesa della società evidenzia la *ratio* sottesa al regime transitorio volta a garantire un graduale passaggio dal vecchio al nuovo regime e a tutelare l'affidamento dei gestori diretti del servizio legittimamente scelti in virtù della normativa precedente (si richiamano, a tal proposito, Corte giust. CE 29 febbraio 1996, in cause riunite C-296/93 e C-307/93; Corte cost., n. 390 del 1995); una applicazione immediata del divieto di partecipazione sulla base di una "previsione del tutto nuova per il nostro ordinamento" vanificherebbe le aspettative dei soggetti imprenditoriali che non potrebbero aspirare ad ampliare la propria attività nel settore dei servizi.

10.5.2. Non si potrebbe, inoltre – sempre secondo l'AMGA –, seguire l'interpretazione adeguatrice proposta dal Comune di Savona secondo cui la partecipazione delle società miste affidatarie dirette sarebbe ammessa con la permanenza del vincolo territoriale e/o funzionale. Ciò in quanto il legislatore non avrebbe operato alcuna distinzione tra le gare accessibili da parte dei concessionari privati e quelle accessibili da parte delle società miste locali, con la conseguenza che vietare l'attività *extra moenia* di queste ultime significherebbe introdurre una ingiustificata discriminazione a favore dei primi. Inoltre "se la società mista potesse essere ammessa alla gara solo qualora fosse anche gestore uscente (...) non vi sarebbe stata nemmeno alcuna ragione di prevedere una disposizione transitoria, di deroga al regime ordinario delineato dall'art. 14, comma 5, d.lgs. n. 164". Si sottolinea, infine, come, in ogni caso, la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (sentenza 3 settembre 2001, n. 4586), avrebbe ritenuto insussistente – alla luce della natura delle società miste – i limiti all'attività extraterritoriale delle stesse, esigendo soltanto che detta attività non incida negativamente sulla gestione del servizio affidato dal comune.

Questa interpretazione troverebbe, ad avviso della difesa della società, una conferma nel comma 2 dell'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002), nella parte in cui prevede che a far tempo dalla scadenza del periodo transitorio "è comunque vietato alle società

di capitali in cui la partecipazione pubblica è superiore al 50 per cento, se ancora affidatarie, di partecipare ad attività imprenditoriali al di fuori del proprio terreno"; il che significherebbe *a contrario* che "prima di tale disposizione non vi era alcun divieto di attività *extra moenia* da parte delle s.p.a. a partecipazione maggioritaria pubblica".

10.5.3. L'AMGA ritiene, altresì, non censurabile da parte della Corte costituzionale la durata del periodo transitorio senza invadere la sfera discrezionale del legislatore; si pone, comunque, in evidenza come l'eventuale protrazione di detto periodo costituirebbe pur sempre un'eccezione giustificata dalla necessità di porre in essere operazioni volte ad accrescere le dimensioni dei soggetti gestori ed a realizzare l'ingresso di capitali privati nelle società in mano pubblica per consentire a queste ultime di aumentare le proprie dimensioni ponendosi sul mercato in posizione di parità con le grandi aziende europee.

10.5.4. In ordine all'assunta violazione dell'art. 3, Cost. l'AMGA osserva che, qualora fosse stata prevista una applicazione immediata del nuovo regime, si sarebbe compromessa la stessa sopravvivenza delle società miste con evidenti difficoltà di reinserimento nel mercato; incidendo, così, ulteriormente sulla loro posizione già pregiudicata dalla risoluzione anticipata degli affidamenti in atto senza rimborso per il "mancato profitto". La disposizione transitoria sarebbe, pertanto, ragionevole, non introducendo alcuna ingiustificata discriminazione che sussisterebbe, di converso, se si consentisse la partecipazione alle gare soltanto ad imprenditori privati.

10.5.5. In ordine all'assunta violazione dell'art. 41, Cost. la difesa della società – dopo avere premesso che la norma costituzionale tutela allo stesso modo l'iniziativa pubblica e privata – afferma che la predetta violazione sarebbe ravvisabile soltanto qualora "alcuni operatori economici (sia pubblici che privati) venissero esclusi da determinati settori in modo ingiustificato"; la norma impugnata, invece, consentirebbe "l'accesso al mercato a tutti gli operatori, previa gara e quindi in condizioni adeguatamente paritarie, senza sacrificare la possibilità, per alcuna delle imprese del gas, di svolgere la propria attività economica". Né si può ritenere che le società miste godano, rispetto agli altri imprenditori, di una situazione privilegiata, non beneficiando (a differenza delle aziende speciali) della possibilità di ripianamento di eventuali "deficit" con oneri a carico del Comune, né di agevolazioni fiscali essendo le stesse cessate al 31 dicembre 1999, ex art. 3, l. n. 549 del 1995; viene richiamata, in proposito, fermo restando quanto sostenuto, la decisione della Corte di giust. CE, Sez. VI, 7 dicembre 2000 (in causa C-94/99, *Arge e Bundesministerium für Land*), secondo cui l'eventuale esistenza di vantaggi a favore di alcuni organismi partecipanti ad un appalto pubblico di servizi non violerebbe il principio di parità di trattamento nelle pubbliche gare.

10.5.6. In ordine, infine, all'assunta violazione dell'art. 76 della Costituzione si deduce che il legislatore delegato avrebbe: disciplinato nel medesimo modo imprenditoria pubblica e privata; introdotto l'obbligo del confronto concorrenziale per qualsiasi soggetto aspirante al servizio. Si sarebbe, inoltre, dettata una disciplina in linea con quanto contenuto nella Direttiva CE 98/30 che espressamente prevede la possibilità che gli Stati membri introducano deroghe temporanee al sistema "a regime".

CONSIDERATO IN DIRITTO. – 1. La questione di legittimità costituzionale sottoposta all'esame della Corte dal Tribunale amministrativo regionale

della Liguria, con ordinanza depositata il 22 gennaio 2001, investe l'art. 15, comma 10, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (Attuazione della Direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41, l. 17 maggio 1999, n. 144), nella parte in cui consente senza limitazioni – da intendersi, secondo il giudice *a quo*, come territoriali o funzionali e per un periodo transitorio che potrebbe protrarsi oltre i cinque anni previsti in via generale – alle società che gestiscono “servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica”, la partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio pubblico locale di distribuzione del gas naturale.

Viene denunciata la violazione:

a) degli artt. 3 e 41, Cost., per contrasto della norma censurata con il “principio della parità di condizioni tra i possibili concorrenti e della stessa uguaglianza di trattamento tra posizioni potenzialmente simili”, in quanto le predette società sarebbero, nella loro posizione di “affidatarie dirette”, destinatarie di rilevanti agevolazioni fiscali e vantaggi economici;

b) dell'art. 76, Cost. sotto il profilo della inosservanza dei principi e criteri direttivi dettati dall'art. 41, lett. c, l. 17 maggio 1999, n. 144, recante “Misure in materia di investimenti, delega al Governo per il riordino degli incentivi all'occupazione e della normativa che disciplina l'INAIL, nonché disposizioni per il riordino degli enti previdenziali”, in quanto il decreto delegato non avrebbe eliminato “ogni disparità normativa tra i diversi operatori nel sistema del gas”, al fine di garantire condizioni e trattamenti non discriminatori a favore delle imprese.

2. Preliminarmente deve essere dichiarata la inammissibilità dell'intervento della Confservizi (Confederazione nazionale dei servizi) e della Federgasacqua (Federazione italiana delle imprese dei servizi idrici energetici e vari), in quanto soggetti estranei al giudizio *a quo* (cfr. sentenza n. 289 del 1999; ordinanza n. 262 del 2002) e non titolari di un interesse qualificato, né tantomeno pubblicistico (sentenza n. 171 del 1996), non potendo vantare una partecipazione a convenzioni o intese, con conseguenti riflessi giuridici diretti sull'attività espletata (v. sentenza n. 67 del 1998) o un legale potere rappresentativo (cfr. sentenza n. 235 del 1997).

3. Deve essere precisato che la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata soltanto in ordine all'art. 15, comma 10, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, che prevede esclusivamente una deroga (transitoria) al divieto di partecipazione alle gare indette a norma dell'art. 14, comma 1, consentendo la partecipazione “senza limitazioni” ai soggetti titolari degli affidamenti e delle concessioni “in essere alla data di entrata in vigore” d.lgs. n. 164 del 2000 (art. 14, comma 5). La durata del regime transitorio di mantenimento di detti affidamenti e concessioni è variamente determinata in base al combinato disposto dei commi precedenti al decimo (commi da 4 a 8 per i casi di concessioni e affidamenti avvenuti senza gara).

Pertanto, rimangono estranei alla norma denunciata (e quindi devono ritenersi al di fuori della questione di legittimità costituzionale sollevata) sia i termini di durata del regime transitorio e la effettiva temporaneità della deroga, sia le possibilità di incrementi o di sommatorie di durata del regime transitorio (del resto, queste ultime possibilità non sono state neppure enunciate come rilevanti ed attuali).

4. L'ordinanza del TAR ha offerto una interpretazione plausibile della

norma denunciata fornendo una giustificazione, egualmente plausibile, della rilevanza della questione proposta.

Né può essere invocata, come fatto dalla difesa di alcune parti, la sopravvenuta modifica all'art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), introdotta dall'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002), sia perché successiva alla fattispecie in discussione e non retroattiva, sia perché espressamente non innovativa delle disposizioni previste per i singoli settori e di quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie (art. 113, comma 1, nel testo modificato, cit.), sia, infine, per il carattere meramente residuale e sussidiario dell'art. 35, comma 2, l. n. 448 (applicabile in mancanza di un congruo periodo di transizione previsto dalle disposizioni relative ai singoli settori).

5. Così circoscritto l'ambito ammissibile delle questioni, come ritualmente proposte, deve esserne dichiarata la non fondatezza, rispetto a tutti i parametri invocati (artt. 3, 41 e 76, Cost.).

Un esame prioritario merita il profilo relativo alla pretesa violazione dell'art. 76, Cost. per mancata osservanza dei principi e criteri direttivi dettati dall'art. 41, lett. c, l. n. 144 del 1999 che prevede l'obbligo di “eliminare ogni disparità normativa tra i diversi operatori nel sistema del gas, garantendo, nei casi in cui siano previsti contributi, concessioni, autorizzazioni o altra approvazione per costruire o gestire impianti o infrastrutture del sistema del gas, uguali condizioni e trattamenti non discriminatori alle imprese”.

La anzidetta disposizione di principio non è tale da escludere un ragionevole regime transitorio (cfr. sentenze n. 217 del 1998; ordinanza n. 131 del 1988), ma deve essere interpretata alla luce dell'intera legge di delega, diretta espressamente a dare attuazione alla Direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 (relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale), e quindi inserita nell'ambito di un sistema di apertura del mercato nazionale da attuarsi con gradualità in un quadro di integrazione europea, in modo da facilitare la transizione del settore italiano del gas ai nuovi assetti europei (argomentando dal riferimento, essenziale per il contenuto e i limiti della delega, alla direttiva comunitaria e all'art. 41, lett. g, l. n. 144 del 1999).

Né si può configurare, ai fini del presente giudizio relativo all'art. 15, comma 10, d.lgs. n. 164 del 2000, una violazione dei limiti della delega sotto il profilo della eguaglianza di condizioni e di pari opportunità tra i diversi operatori del settore, con l'obiettivo finale di eliminare situazioni di privilegio preesistenti previste dalla normativa comunitaria, in quanto la stessa direttiva comunitaria presupponeva l'esistenza di differenze tra le varie economie, con l'eventualità di deroghe a carattere temporaneo e limitato, nonché l'esigenza di gradualità nell'instaurazione del mercato interno del gas.

D'altro canto, per quanto riguarda la possibilità di partecipare alle gare prevista dalla norma denunciata, non sussiste una situazione di disegualianza o discriminatoria, in quanto a tutti i soggetti è attribuita tale facoltà di partecipazione nel periodo transitorio, dilazionando, in detto periodo, la preclusione per determinate situazioni sancita in via definitiva da norma destinata a operare a regime. Ragionando diversamente si perverrebbe all'assurda conseguenza di escludere in linea di principio, in caso di innovazioni di sistemi o di regimi, la possibilità di

gradualità di attuazione e modalità di adattamento temporanei e transitori.

6. Le predette considerazioni portano ad escludere la violazione degli artt. 3 e 41 Cost., in quanto il regime transitorio (art. 15, comma 10, d.lgs. n. 164 del 2000) può essere, di per sé stesso come regime temporaneo di transizione, divergente dalla situazione definitiva. Nello stesso tempo è tutt'altro che manifestamente irragionevole che il regime transitorio sia determinato dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, tenendo conto, nel regolare il passaggio delle situazioni preesistenti in base ad un regime all'epoca valido in Italia, delle esigenze dello stesso principio di libertà di iniziativa economica e della libertà di concorrenza. In realtà, il legislatore ha riscontrato la necessità di intervenire in via transitoria per impedire una serie di ostacoli operativi e concorsuali con rischi - connessi all'immobilizzo di ogni acquisizione di mercato - per il successivo reinserimento e quindi per la sopravvivenza di categorie di imprese esistenti e legittimamente operanti ed aventi nel mercato italiano una consistenza tutt'altro che trascurabile, ancorché a dimensioni ridotte rispetto alle grandi aziende di altri Paesi.

Ciò tanto più considerando che per i soggetti disciplinati dal comma 10 dell'art. 15, d.lgs. n. 164 del 2000 e sottoposti ad obbligo di adeguamento, la possibilità temporanea di partecipare alle gare è consentita "a partire dalla data dell'avvenuta costituzione o trasformazione", mentre in una serie di ipotesi vi è previsione di cessazione anticipata (rispetto alle pattuizioni originarie) dei rapporti preesistenti, giustificata dall'esigenza di arrivare a regime in tempi ragionevolmente spediti, e controbilanciata dalla temporanea possibilità di partecipare a gare.

La Corte costituzionale alle prese con la normativa transitoria sui servizi pubblici locali di distribuzione del gas.

SOMMARIO: 1. Premessa: inquadramento della fattispecie. - 2. Il settore del gas. - 3. La nuova normativa sui servizi pubblici locali. - 4. I precedenti indirizzi della Corte sulla disciplina transitoria. - 5. I precedenti indirizzi sull'attività *extra moenia* dei soggetti che gestiscono servizi pubblici. - 6. La concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali. - 7. Conclusioni.

1. Premessa: inquadramento della fattispecie. - Di nuovo davanti ai giudici, questa volta costituzionali, la vicenda relativa all'apertura del servizio pubblico di distribuzione del gas nei comuni della Liguria. Rispetto alla precedente sentenza del Consiglio di Stato (1), l'odierno

(1) Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, n. 5, p. 423, con nota di M. DUGATO. È interessante notare che in quella sede il Consiglio di Stato pone l'AMGA s.p.a. e la ITALGAS s.p.a. sullo stesso piano. Le due imprese vengono considerate dai giudici di Palazzo Spada come soggetti, che essendo concorrenti sul medesimo mercato, devono avere pari opportunità di accesso. Rispetto alla sentenza del TAR Liguria (n. 134 del 1997), dunque, i giudici d'appello effettuano un passo in avanti in ordine al problema della extraterritorialità delle società miste, e pur non prendendo posizione "netta" lascia comunque aperta la strada verso il riconoscimento di attività fuori territorio di questo tipo di imprese, nel rispetto del principio della libera concorrenza.

provvedimento della Corte costituzionale, che dichiara l'infondatezza delle questioni poste, chiude il cerchio rispetto alla possibilità di attività extraterritoriali delle società che gestiscono il servizio pubblico di distribuzione del gas, individuando nel combinato disposto degli artt. 14, comma 5, e 15, comma 10, d.lgs. n. 164 del 2000 un modo ragionevole di disciplinare "l'apertura del mercato nazionale del gas verso i nuovi assetti europei" delineati dalla Direttiva comunitaria 98/30/CE.

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dallo stesso giudice *a quo* (TAR Liguria) all'interno del giudizio proposto dalla società AMGA s.p.a. (Azienda mediterranea gas e acqua) che assumeva come illegittima l'esclusione dalla gara per l'individuazione del contraente del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Savona, e diretto, perciò, all'annullamento della conseguente delibera consiliare attraverso cui era stata prorogata la concessione per il servizio pubblico di distribuzione del gas alla società ITALGAS s.p.a.

Secondo il Collegio remittente, l'AMGA non avrebbe potuto impugnare la delibera comunale, poiché, essendo affidataria diretta del servizio di distribuzione del gas per il Comune di Genova, sarebbe stata esclusa dalla partecipazione alla gara stante il divieto posto dall'art. 14, comma 5, d. lgs. n. 164 del 2000 (2). Sennonché, in base all'art. 15, comma 10, per un periodo transitorio sarebbe possibile partecipare, senza limitazioni, alle gare indette a norma dell'art. 14.

La disposizione transitoria, però, nell'attribuire la legittimazione ad agire contro l'esclusione dalla gara per soggetti che godono di posizioni di notevole vantaggio rispetto agli altri concorrenti, violerebbe, secondo il TAR Liguria, da un lato, i principi della ragionevolezza e della libera concorrenza, sanciti negli artt. 3, 41 Cost., e, dall'altro, contrasterebbe con l'art. 76 Cost., vanificando i principi e i criteri direttivi dettati dalla legge delega (n. 144 del 17 maggio 1999) diretti ad eliminare ogni disparità normativa tra i diversi operatori nel sistema di distribuzione del gas (3).

(2) La norma esclude dalla partecipazione le "società che gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica".

(3) Secondo il TAR Liguria, ord. n. 51 del 2002, in *Trib. amm. reg.*, I, 2002, p. 922, "se la ratio della esclusione dettata a regime dall'art. 14, comma 5, di partecipazione alle gare di società che gestiscono servizi pubblici in virtù di un affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica è quella, del tutto palese, di salvaguardare il principio della libera concorrenza, tutelato anche in sede comunitaria e che sarebbe vanificato dalla partecipazione alla gara di soggetti che godono di una posizione di notevole vantaggio rispetto ad altri concorrenti, non vi è dubbio (...) che il sistema transitorio così congegnato (che può protrarsi oltre cinque anni) stravolge, per effetto del superamento dei limiti territoriali e/o funzionali derivanti dal combinato disposto con l'art. 14, comma 5, con effetti perduranti nel tempo, tutto il sistema delineato a regime e con esso, il principio della parità di condizioni tra possibili concorrenti e della stessa eguaglianza di trattamento tra posizioni potenzialmente simili, che, come è noto, comporta l'obbligo di eliminare situazioni di privilegio, modulando in coerenza l'architettura normativa".

2. *Il settore del gas.* – Prima di affrontare nel merito le parole dei giudici occorre comprendere come i nuovi principi di derivazione comunitaria siano venuti a modificare profondamente il regime dei servizi pubblici locali di distribuzione del gas, attraverso le norme introdotte dal d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, che recepisce la Direttiva 98/30/CE (4).

Fino all'emanazione del decreto menzionato, l'attività di distribuzione ad uso civile era effettuata nelle forme previste dall'art. 22, l. n. 142 del 1990, e dunque, segnatamente per il tramite di aziende speciali, di società miste, ovvero in concessione all'industria privata, con tariffe fissate dall'Autorità di settore (5).

Con il d.lgs. n. 164 del 2000, invece, l'attività di importazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita del gas naturale diventano libere (6), mentre rimane il regime concessorio per la coltivazione dei giacimenti e per lo stoccaggio. Come è stato già evidenziato dalla dottrina che si è occupata dell'argomento, con il decreto in questione si opera il passaggio "da un sistema caratterizzato da posizioni dominanti sul mercato ad un sistema ove più operatori opereranno in concorrenza, con eguale diritto di accesso alle reti di trasporto e di distribuzione ed ai sistemi di stoccaggio" (7).

È nel segmento della distribuzione che si registrano le innovazioni più significative, che, oltretutto, anticipano alcune delle importanti modifiche al settore dei servizi pubblici locali, introdotte dall'art. 35 della legge finanziaria per il 2002 (8). L'art. 14 introduce quattro principi generali: 1) l'attività di distribuzione del gas costituisce un servizio pubblico; 2) l'affidamento di tale tipo di servizio da parte dei comuni o consorzi di comuni o comunità montane avviene unicamente mediante gara; 3) gli enti locali rispetto all'erogazione

(4) Direttiva del Parlamento e del Consiglio CE n. 98/30/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, in G.U.C.E., 27 luglio 1997, L. 27.

(5) Sulla disciplina pregressa alla riforma della Finanziaria per il 2002, v.: L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001; M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società ed istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Milano, 2001; G. CAIA, *Assunzione dei servizi pubblici di carattere industriale e commerciale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, p. 861 ss.(6) Cfr. art. 1, comma 1, d.lgs. n. 164 del 2000.

(7) G. ZAVATTONI, *Il decreto Letta sulla Direttiva gas: profili antitrust e commerciali*, in *Rass giur. Enel*, 2000, p. 377 ss.

(8) L'art. 35 della finanziaria per il 2002 e il decreto Letta appartengono allo stesso "ceppo", cioè al famoso disegno di legge (Atti parl. Sen n. 4014), anche noto come d.d.l. "Vigneri". Per ripercorrere alcuni dei passi fondamentali dell'iter che ha portato all'approvazione della modifica all'art. 113, t.u.ee.ll., v. l'articolo della senatrice A. VIGNERI apparso su *Le Regioni*, 2002, p. 1091 ss.

del servizio svolgono esclusivamente attività di indirizzo, programmazione e controllo; 4) i contratti di servizio, predisposti sulla base di un contratto tipo stabilito dall'Autorità di settore e approvati dal Ministero delle attività produttive, sono l'unica fonte di regolazione dei rapporti tra enti locali e gestore (9).

Nella nuova disciplina non appare possibile neppure l'utilizzo dello strumento del riscatto anticipato, quale potere di determinare una anticipata cessazione del rapporto, per considerazioni di ordine economico, in funzione di un'assunzione diretta del servizio da parte dell'ente locale (10).

Il decreto, dunque, introduce significativi elementi di concorrenza nel settore del gas, determinando un progressivo abbandono dello strumento della gestione diretta del servizio, ovvero dell'affidamento diretto dello stesso a soggetti controllati da parte delle autorità locali.

Ogni ente locale dovrà in ogni caso esperire una gara, cui sono ammesse ex art. 14, comma 5, senza limitazioni territoriali, società per azioni o a responsabilità limitata, società a partecipazione pubblica, società cooperative a responsabilità limitata, sulla base di criteri oggettivi, proporzionati e non discriminatori.

L'unico limite nella procedura di gara è rappresentato dalla impossibilità a regime di partecipazione per le imprese che "gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica". A tale divieto, tuttavia, lo stesso decreto, nell'art. 15, comma 10, pone un'eccezione valevole per il periodo transitorio, e che consente, secondo gli argomenti della Corte, la partecipazione dei soggetti esclusi secondo l'art. 14, comma 5.

3. *La nuova normativa sui servizi pubblici locali.* – La breve analisi effettuata consente di evidenziare un primo tratto saliente dell'intera disciplina delle attività riferibili al servizio pubblico del gas secondo un'idea che attinge alla dimensione comunitaria: viene esclusa l'unicità dell'operatore e le possibili integrazioni verticali per l'intera «filiera» (distribuzione, commercializzazione, trasporto e dispacciamento, coltivazione e stoccaggio) in modo da garantire che

(9) Il d.lgs. n. 164 del 2000 prevede, tra l'altro, che il contratto di servizio conseguente all'affidamento della gestione debba determinare la durata, le modalità di espletamento del servizio, gli obiettivi qualitativi e di equa distribuzione sul territorio, i profili economici, i poteri di verifica, le condizioni di recesso, le conseguenze in caso di inadempimento, i diritti degli utenti e l'obbligo di cessione gratuita degli impianti a fine concessione.

(10) Su tale punto v. sent. Cons. St., Sez. V, 15 febbraio 2002, n. 902, in *Urbanistica e appalti*, con commento di J. BERCELLI.

alla liberalizzazione del mercato possa corrispondere un'effettiva concorrenza nell'intero settore.

Per alcuni di tali segmenti (ad esempio la commercializzazione), è possibile e dunque viene incentivata, la cosiddetta concorrenza nel mercato, che presuppone la possibilità per più operatori di essere tra loro in concorrenza nell'erogazione di uno stesso servizio. Per altri, invece, poiché è impossibile che il servizio venga svolto da una pluralità di operatori in competizione tra di loro (si pensi all'impossibilità di moltiplicare le reti), deve subentrare una concorrenza per l'acquisizione del mercato, nella quale più operatori si contendono la gestione di un unico servizio ⁽¹¹⁾.

Tale ultima considerazione trova fondamento e conferma nell'art. 86, comma 2, del Trattato dell'Unione europea, a norma del quale in presenza di monopoli naturali la sottoposizione alle regole della concorrenza è possibile "nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata". In altri termini, le deroghe alla normativa sulla concorrenza sarebbero possibili e giustificate solo in presenza di criteri di stretta proporzionalità, attraverso una graduazione e combinazione delle misure di chiusura del mercato.

Sulla base di queste considerazioni, a partire dalla metà degli anni novanta sono state emanate una serie di direttive volte a creare un "mercato interno europeo dell'energia", al fine di erodere in modo graduale i sistemi monopolistici creati dagli Stati anche grazie all'art. 37 del Trattato CEE.

Nel settore del gas, con la Direttiva 98/30/CE del Parlamento e del Consiglio del 22 giugno 1998, sono state individuate regole comuni per l'allargamento del mercato, prevedendo, da un lato, l'apertura di una quota minima del mercato, alla concorrenza per il tramite del riconoscimento della libertà di scegliere il fornitore del servizio alla categoria dei cosiddetti "clienti idonei", dall'altro, garantendo agli Stati la possibilità di individuare, con ampio margine di autonomia, le modalità attuative e gli obblighi di servizio pubblico ⁽¹²⁾.

È per queste considerazioni che nella legge delega, all'art. 41 è

(11) La residualità di strumenti corrispondenti al tipo "concorrenze per il mercato" è stata rilevata anche dall'Ocse, che proprio affrontando il caso del mercato italiano dei servizi pubblici, ammonisce il nostro paese affermando che la "concorrenza per il mercato rappresenta un'ipotesi estrema da scegliere solo nel caso in cui non sia possibile transitare da un regime di monopolio ad un regime di concorrenza nel mercato".

(12) La disciplina comunitaria cerca di contemperare il principio di un'economia aperta e in libera concorrenza (art. 76, comma 2, e art. 82, Trattato CE) con quello della promozione dei servizi di interesse economico generale (artt. 16 e 86 Trattato CE). Su tale punto v. G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 1999, p. 1645.

stato previsto che "al fine di promuovere la liberalizzazione del mercato del gas naturale (...), il Governo è delegato ad emanare uno o più decreti legislativi (...) per dare attuazione alla Direttiva 98/30/CE (...) recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, e ridefinire conseguentemente tutte le componenti rilevanti del sistema nazionale del gas, ivi comprese quelle relative al servizio di pubblica utilità...". L'oggetto della delega, quindi, non è anzitutto la "liberalizzazione del mercato del gas", ma l'attuazione della Direttiva 98/30/CE, con l'obbligo per il Governo di utilizzare i connessi margini di flessibilità e di non imporre vincoli non previsti.

Un esempio di utilizzazione dei margini di flessibilità è proprio la disciplina del periodo transitorio relativo all'attività di distribuzione cosiddetta secondaria, in cui il superamento del dualismo gestione diretta e gestione indiretta come modalità di affidamento del servizio, impone in via preliminare la creazione di una effettiva dinamica di mercato in cui le aziende o le partecipate pubbliche e le imprese private operino alla pari, garantendo la liberalizzazione reale nel settore della distribuzione ⁽¹³⁾.

4. I precedenti indirizzi della Corte sulla disciplina transitoria. – Appare perciò evidente l'operazione ermeneutica svolta dalla nostra Corte costituzionale, secondo cui la ragionevolezza della deroga contenuta nell'art. 15, comma 10, risiede proprio nella necessità di una transizione verso un "mercato del gas" a livello comunitario che tenga presente la situazione di particolare disuguaglianza dovuta all'operare di soggetti sia privati che "pubblici" in un unico ambito. In base al ragionamento usato dai giudici, perciò, la società AMGA poteva essere legittimamente chiamata a partecipare alla trattativa privata per l'assegnazione del servizio di distribuzione del gas del Comune di Savona, in virtù del congelamento per il periodo transitorio della limitazione.

In questo modo la Corte accoglie le deduzioni formulate dall'Avvocatura erariale e dalla difesa AMGA, tendenti, le prime, a dimostrare che l'applicazione repentina del divieto posto dal comma

(13) È noto come l'imprenditoria privata ha sempre visto nella legittimazione delle attività "fuori territorio" delle aziende miste e delle società a capitale misto pericoli gravi per l'introduzione di un'effettiva concorrenza nei vari mercati dei servizi pubblici locali, e ciò in considerazione del fatto che queste ultime godono di agevolazioni fiscali e creditizie, oltre che di un monopolio di partenza, che in ogni caso consente sovrapprofitti. Rispetto a questa contrapposizione, l'Autorità garante della concorrenza ha sempre dichiarato che l'unico rimedio possibile è rappresentato dall'esigenza di razionalizzare la gestione dei servizi pubblici locali, favorendo l'introduzione di meccanismi concorrenziali in tali settori, e in ultimo perseguendo l'interesse dell'utente del servizio, inteso sia come singolo, che come collettività. Su tale punto v. L. VASQUES, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, 2001, p. 105 ss.

5 dell'art. 14 avrebbe comportato effetti negativi sulle imprese che attualmente gestiscono servizi pubblici in virtù di un affidamento diretto, escludendo per esse *in nuce* la possibilità di garantirsi, dopo la scadenza del periodo transitorio, la continuazione dell'attività imprenditoriale; le seconde, ad evidenziare il bisogno fisiologico del settore del gas in un passaggio graduale al nuovo regime.

Insieme e in connessione a questi motivi, la difesa AMGA rileva, inoltre, la non sindacabilità – secondo il giudizio di ragionevolezza condotto ai sensi dell'art. 3, Cost. – della durata del periodo transitorio in quanto espressione dell'assoluta discrezionalità del legislatore rispetto alle esigenze da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti ⁽¹⁴⁾.

Diversamente secondo l'ordinanza di remissione e la difesa della società ITALGAS le norme impugnate sarebbero viziate da irragionevolezza, poiché, lasciando libertà assoluta di partecipazione alle gare per l'affidamento del servizio anche a soggetti destinatari di vantaggi economici e agevolazioni fiscali, stravolgerebbero gli obiettivi della riforma e, conseguentemente, i principi di pari opportunità e concorrenza.

Rispetto alle deduzioni di parte, la Corte sceglie la via del 'salvataggio' della normativa transitoria, che deve essere letta alla luce dell'intera legge di delega diretta a dare attuazione alla Direttiva comunitaria, che, tra l'altro, presupponeva "l'esistenza di differenze tra le varie economie, con l'eventualità di deroghe a carattere temporaneo e limitato, nonché l'esigenza di gradualità nell'instaurazione del mercato interno del gas" ⁽¹⁵⁾.

Secondo la Corte, dunque, dal momento che il legislatore comunitario – nel rispetto del principio di sussidiarietà – ha definito i livelli minimi di apertura della concorrenza ai clienti idonei, ciascuno Stato all'atto del recepimento della Direttiva dovrà prevedere uno *standard* di attuazione graduale che tenga conto non solo dell'entità del settore, ma anche della presenza di soggetti che operano grazie

(14) Si ricorda che in base all'art. 28, l. n. 87 del 1953 "il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento". I termini del tradizionale dibattito relativo al rapporto tra Corte e legislatore sono in F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, e in G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, entrambi in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, rispettivamente, p. 19 ss. e 103 ss.

(15) Segnali nel senso dell'apertura graduale del mercato dell'energia sono presenti anche nelle "Conclusioni della Presidenza" del Consiglio europeo (Barcellona, 15 e 16 marzo 2002), in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 905 ss. In quella sede si fa riferimento all'integrazione per tappe delle reti europee dell'energia, fissando una serie di tappe per la verifica dello stato del mercato interno dell'energia rispetto agli obiettivi di apertura indicati dal Consiglio e dalla Commissione.

ad un collegamento funzionale ed economico con l'ente locale di riferimento del servizio.

Detto altrimenti, in una situazione di monopolio naturale in cui non esiste ancora un mercato, il rispetto del *fair play* consistente nel competere ad armi pari obbliga i soggetti regolatori a "intervenire in via transitoria per impedire una serie di ostacoli operativi e concorsuali con rischi-connessi all'immobilizzo di ogni acquisizione di mercato – per il successivo reinserimento e quindi per la sopravvivenza di categorie di imprese esistenti e legittimamente operanti, aventi nel mercato una consistenza tutt'altro che trascurabile, ancorché a dimensioni ridotte rispetto alle grandi aziende di altri Paesi" ⁽¹⁶⁾.

Si comprende, allora, perché il rinvio alla discrezionalità del legislatore, nel motivare circa l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria, viene assorbito nella più ampia valutazione concernente la ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore, in rapporto alla particolare situazione di necessità posta a fondamento della disciplina derogatoria rispetto a quella oggetto di deroga. D'altro canto, come evidenziato dalla dottrina, il riferimento al carattere transitorio della normativa censurata "difficilmente potrebbe da solo sorreggere un dispositivo di infondatezza, in cui la valutazione sulla ragionevolezza dovrebbe riconnettersi all'opinabile, quanto evanescente, motivazione della non definitività della scelta legislativa" ⁽¹⁷⁾.

(16) Quest'ultima considerazione della Corte apre ad una considerazione di non poco momento nell'ottica dell'apertura di un mercato europeo del gas a condizioni di reciprocità tra i diversi paesi. Come è noto, infatti, l'Italia è uno dei pochi paesi che allo stato attuale ha recepito la normativa contenuta nella Direttiva. Sia la Francia che la Germania non hanno ad oggi norme che prevedono l'eliminazione di ogni disparità normativa tra i diversi operatori al fine di evitare distorsioni della concorrenza. Su tale punto v. L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001, p. 473 ss. Per quanto riguarda, invece, le discriminazioni basate sulla nazionalità e le altre discriminazioni dissimulate, che cioè pervengono al medesimo risultato, ma indirettamente, v. su tutte, la storica sentenza della Corte giust. CE 12 febbraio 1974, C 153/73.

(17) Sono espressione di tale indirizzo: Corte cost., 10 febbraio 1993, n. 43, in *Giur. cost.*, 1993, p. 323; Corte cost. 23 febbraio 1994, n. 51, *ivi*, 1994, p. 304; Corte cost. 28 aprile 1994, n. 163, *ivi*, p. 1224; Corte cost. 7 dicembre 1994, n. 420, in *Riv. amm.*, 1995, p. 104; Corte cost. 24 aprile 1996, n. 127, in *Regioni*, 1996, p. 941; Corte cost. 19 luglio 1996, p. 264; p. 185; Corte cost. 19 giugno 1998, n. 127, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1721. Si esprime nel solco segnato dall'indirizzo citato anche Corte cost., 20 novembre 2002, n. 466, in cui sanzionando la mancanza di un periodo transitorio con scadenza certa e non prorogabile, dichiara l'illegittimità di alcune norme della legge istitutiva dell'Autorità garante per le telecomunicazioni. In dottrina si è occupato del problema di tali tipi di motivazioni, A. PISANESCHI, *La non omogeneità di situazioni come presupposto del giudizio di eguaglianza ed il valore di una normativa transitoria*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1018; *Id.*, *Le sentenze di incostituzionalità provvisoria e di incostituzionalità non dichiarata: la transitorietà nel giudizio costituzionale*, *ivi*, 1989, p. 601.

In questo caso, infatti, il salvataggio per mezzo della dichiarazione di infondatezza della disciplina transitoria consente, da un lato, di comprendere a pieno l'opzione operata dal legislatore di favorire soggetti altrimenti discriminati, senza dei quali non si potrebbe conseguire l'obiettivo comunitario della creazione di un mercato in cui tutti i soggetti possono agire liberamente e, dall'altro, di intendere che le norme sulla concorrenza non hanno come unici destinatari gli utenti ma anche, e soprattutto, i soggetti che operano nel mercato ⁽¹⁸⁾.

5. I precedenti indirizzi sull'attività "extra moenia" dei soggetti che gestiscono servizi pubblici. – In questo scenario è intervenuto l'art. 35, l. n. 488 del 2001 – finanziaria per il 2002 – che, sostituendo per intero l'art. 113 t.u.ee.ii., ha portato a compimento la riforma dei servizi pubblici locali ⁽¹⁹⁾.

Pur essendo stato ritenuto estraneo alla fattispecie in questione perché successivo e, inoltre, non applicabile nel caso in cui siano presenti norme di settore che disciplinano aspetti della gestione del servizio pubblico, occorre in questa sede trattare alcuni degli aspetti di novità contenuti nell'art. 35, se non altro perché con tale modifica si avvia la riforma generale del settore dei servizi pubblici locali oggetto di dibattito già da dieci anni ⁽²⁰⁾.

(18) Rispetto al fenomeno delle privatizzazioni, specie nel settore dei servizi pubblici locali, l'Autorità garante per la concorrenza, nella Segnalazione n. 266 del 14 gennaio 2002, ha affermato che "le privatizzazioni, come più volte ribadito da questa Autorità, devono essere inserite in un contesto di liberalizzazione dei mercati. L'Autorità, pur apprezzando l'intensità e la qualità del processo di privatizzazione, ritiene necessario che preventivamente agli interventi di privatizzazione vengano attentamente analizzate le caratteristiche economiche dei settori coinvolti, al fine di promuovere preliminarmente le necessarie misure di liberalizzazione e di ristrutturazione dell'industria in vista della creazione di un effettivo contesto concorrenziale. Tali misure si rendono particolarmente opportune nei settori dei servizi pubblici locali, che sono stati meno toccati dai processi di liberalizzazione comunitari". Il testo della Segnalazione è disponibile su internet nel sito www.agcm.it.

(19) L'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 488, ha sostituito per intero l'art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000, t.u.ee.ii., il cui comma 1, lett. e ricomprendeva, come è noto, l'art. 22, comma 3, lett. e, l. n. 142 del 1990, a sua volta modificato dall'art. 17, comma 58, l. n. 127 del 1997 (Bassanini-bis). Si noti che sull'intera attuazione della riforma pesa l'inadempienza del Governo al dovere di emanare il regolamento di attuazione (art. 35, comma 16) delle norme contenute nell'art. 113, che dovrebbe dare, da un lato, un volto alla distinzione tra servizi a rilevanza industriale e privi di rilevanza industriale e, dall'altro, dettare il contenuto puntuale della disciplina transitoria. Da ultimo, si deve dare atto che in sede di discussione sul disegno di legge Finanziaria per il 2003 alcuni onorevoli hanno cercato di inserire disposizioni di modifica dell'art. 35 diretti soprattutto ad evitare che la riforma varata con l'art. 35 non rimanga lettera morta. L'operazione, purtroppo, non è andata a buon fine: pur essendo stata rilevata durante la seduta la necessità di rimettere mano alla disciplina varata un anno fa, gli emendamenti sono stati accantonati e tramutati in una raccomandazione diretta al Governo perché si occupi quanto prima del problema.

(20) Nella XXIII legislatura si era arrivati alla stesura di un progetto di riforma del settore dei servizi pubblici locali attraverso la convergenza delle varie

Le linee di fondo della modifica possono essere sintetizzate in quattro punti: *a)* carattere sussidiario dell'intera disciplina rispetto alle norme valevoli per i singoli settori ⁽²¹⁾; *b)* distinzione tra servizi pubblici locali a rilevanza industriale e senza rilevanza industriale ⁽²²⁾; *c)* distinzione, limitatamente ai servizi pubblici a rilevanza industriale, tra proprietà delle reti e degli impianti che rimane tendenzialmente in mano pubblica e gestione (o erogazione) del servizio, assegnata, mediante procedura ad evidenza pubblica, a gestori costituiti in società di capitali ⁽²³⁾; *d)* previsione di un congruo

rappresentanze politiche, sociali ed economiche. Il disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri il 21 aprile 1999, n. 36, aveva preso il nome dell'on. A. Vigneri: AC 7042; AS 4014. Per un commento al d.d.l. Vigneri, v. G. DI GASPARE, *Commento al disegno di legge n. 4014*, in *Rass. giur. Enel*, 1999, p. 723 ss.

(21) La disciplina contenuta nell'art. 35 della legge finanziaria per il 2002, nella parte in cui innova l'art. 113 (e solo per queste disposizioni), ha un valore, come si è detto, sussidiario o residuale, dovendo essere applicata solo se manchi la disciplina di settore di quel servizio pubblico, oppure se la disciplina in questione non sia completa. Nel settore del gas, perciò, come ha dimostrato la Corte, non può essere invocata perché "espressamente non innovativa" delle disposizioni previste per quel settore sia dalla normativa nazionale che dalle norme comunitarie. Allo stesso modo per il servizio di trasporto pubblico locale, che continuerà ad essere disciplinato dal d.lgs. n. 422 del 1997. Diversamente per gli altri settori, quali ad esempio quello idrico integrato (l. n. 36 del 1994, cosiddetta legge Galli), quello della gestione dei rifiuti urbani (d.lgs. n. 22 del 1997, cosiddetto decreto Ronchi), che non prevedono nulla a proposito della gestione del servizio, si applicheranno le norme del nuovo art. 113 t.u.ee.ii. Sintetizzando, rispetto ai settori cosiddetti "esclusi", che cioè hanno già una disciplina sulla gestione del servizio pubblico locale, le nuove norme dell'art. 113 hanno un valore vincolante tutte le altre disposizioni contenute nei commi da 2 a 15 dell'art. 35.

(22) Secondo la Corte di giustizia della Comunità "l'art. 1, lett. b, comma 2, della Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato nel senso che il legislatore ha operato una distinzione tra i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale, da un lato, e bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale. L'esistenza o la mancanza di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale deve essere valutata oggettivamente, restando al riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali tali bisogni sono espressi". Sentenza 10 novembre 1998 (Causa C-360/96), in *Giur. it.*, 1999, p. 394 ss. Sulla distinzione tra servizi pubblici di rilevanza industriale e privi di rilevanza industriale v. anche, M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 219, secondo il quale rappresenta una scelta infelice quella di sostituire il criterio dell'"imprenditorialità" con quello dell'"industrialità". L'autore propone, perciò, di distinguere tra attività potenzialmente produttive di utili (i servizi di rilevanza industriale) e attività in astratto improduttive di utili (servizi privi di rilevanza industriale).

(23) Secondo la riforma, la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali destinate all'esercizio dei servizi pubblici di rilevanza industriale deve essere mantenuta in capo agli enti locali che ne sono attualmente titolari. Per il nuovo art. 113, comma 2, la proprietà delle reti e degli impianti è incredibile, salvo la formula di conferimento particolare descritta al comma 13 dello stesso articolo, cioè trasferimento della proprietà delle reti e degli impianti a società di capitali in cui agli enti locali abbiano la maggioranza del capitale che è incredibile. La separazione, come mezzo attraverso cui rompere il vecchio schema dell'affidamento

periodo transitorio per l'adattamento alle disposizioni del nuovo art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000⁽²⁴⁾.

Secondo queste linee, direttrici il servizio pubblico viene gestito esclusivamente a mezzo di "società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica" (art. 113, comma 5, t.u.ee.ll.), e al fine di definire i livelli dei servizi da garantire lo strumento prescelto è stato il contratto di servizio⁽²⁵⁾.

L'altro aspetto che merita di essere approfondito è quello relativo all'erogazione del servizio, che oggi è divenuto soggetto *in toto* a regole concorrenziali così come era già nel settore del gas in base al d.lgs. n. 164 del 2000⁽²⁶⁾. L'affidamento del servizio, dunque, avviene sempre al termine di una procedura ad evidenza pubblica cui sono ammessi a partecipare solo soggetti organizzati in forma di società per azioni (art. 113, comma 5)⁽²⁷⁾. Alle gare così disciplinate, poi, non potranno partecipare soggetti che gestiscono un servizio pubblico in virtù di un affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica (art. 113, comma 6, t.u.ee.ll.).

L'obiettivo tenuto presente dal legislatore appare chiaro: se punto cardine del sistema è la garanzia della parità di condizioni tra gli aspiranti gestori, non ha senso falsare la concorrenza facendo entrare

diretto, era già stata invocata dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, che nella comunicazione del 20 maggio 1998 aveva affermato: "il settore dei servizi pubblici locali stenta ancora ad aprirsi alla concorrenza essendo costellato da limitazioni legali all'accesso nonché ed in quanto colmo di diritti speciali ed esclusivi".

(24) Sul periodo transitorio e sugli altri aspetti rilevanti della riforma si è abbattuta la scure della Commissione europea, che con la Nota n. 1999/2184 C(2002)2329 ha richiamato l'attenzione del Governo italiano all'estrema duttilità del periodo transitorio dell'art. 35. Secondo la Commissione, infatti, "nella maggior parte delle ipotesi gli affidamenti di appalti o di concessioni di servizi rilasciati con procedure diverse dall'evidenza pubblica che beneficerebbero del periodo transitorio (...), costituiscono già ad oggi degli affidamenti illegittimi dal punto di vista del diritto comunitario".

(25) Nell'ottica del legislatore la società speciale è destinata a sparire dal panorama dei servizi pubblici. D'ora in poi le società miste costituiranno soltanto una delle possibili forme attraverso cui gestire il pubblico servizio, che sarà in ogni caso organizzato secondo il contratto di servizio. È evidente, come già alcuni autori hanno sottolineato, che tale nuova conformazione conduce la tutela dell'interesse pubblico all'esterno della società - *rectius*, del rapporto di controllo dell'ente locale sulla società -, conformando anche in modo diverso il principio di legalità nell'ambito dei servizi pubblici. Cfr. E. SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative a confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 777 ss.

(26) Su tale punto v. le considerazioni di A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 1098.

(27) Come osserva D. IELO, *Prime considerazioni sulla riforma dei servizi pubblici locali*, in *Rass. giur. Enel*, 2002, p. 76 ss., "poiché il nuovo art. 113 non contiene più obbligo alcuno di partecipazione pubblica ai fini dell'erogazione del servizio, il regime delle società miste, almeno sul piano dell'affidamento del servizio, è parificato a quello delle società ordinarie".

a regime nel mercato soggetti che possono lasciarsi guidare da considerazioni non economiche, potendo, ad esempio, essere indotti a subire perdite al fine di perseguire la politica economica dell'ente di riferimento. La norma, perciò, sembrerebbe munita di un contenuto precettivo rilevante soprattutto per garantire la coerenza rispetto all'impostazione di fondo. A ben vedere, come ha già rilevato la dottrina, se si intendesse il divieto in questione nel suo senso più letterale e, perciò, si escludessero dalle gare tutte le società costituite secondo il vecchio orientamento, in quanto affidatarie dirette del servizio, "si finirebbe per penalizzare eccessivamente chi si temeva potesse essere favorito". Nel previgente sistema, infatti, esisteva già una prima apertura alla concorrenza: le cosiddette "vecchie affidatarie" soggiacevano alle regole concorrenziali al momento della scelta del socio privato di maggioranza o di minoranza⁽²⁸⁾.

Escludere tali soggetti sembrerebbe contrario alla stessa *ratio* della riforma, anche perché, stante l'obbligo di gara per l'affidamento del servizio, appare eccessivo sottoporre anche la scelta del socio privato della società mista ad una procedura di evidenza pubblica.

In un'ottica di effettiva concorrenzialità, perciò, sembrerebbe sicuramente più ragionevole inserire come ulteriore elemento discrezionale ai fini dell'esclusione dalle gare per l'affidamento del servizio la costituzione della società mista avvenuta senza la scelta del socio privato mediante gara.

6. La concorrenza del settore dei servizi pubblici locali. - L'analisi effettuata consente di rendere più chiara l'effettiva portata dei principi sia comunitari che nazionali per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali. L'intervento della Corte, infatti, supera lo scetticismo di chi vedrebbe nelle norme sul periodo transitorio un limite alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nell'ottica dell'apertura del mercato alle regole della concorrenza, ridonando al legislatore statale il ruolo che assume nel contesto comunitario basato sul principio di sussidiarietà⁽²⁹⁾.

Ciascuno Stato, infatti, nel rispetto delle percentuali minime di apertura del mercato potrà (e dovrà) organizzare il mercato dell'energia secondo le proprie esigenze, modulando il regime transitorio in modo da garantire la promozione di nuovi assetti in un settore, come quello del gas, caratterizzato da forti investimenti recuperabili solo a lungo termine⁽³⁰⁾.

(28) Su tale punto v. M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, cit., p. 221.

(29) Su tale punto v. G. ZAVATTONI, *La direttiva gas e l'accesso dei terzi alla rete*, in *Rass. giur. Enel*, 1999, p. 759 ss.

(30) Di sicuro il regime transitorio non è altro che la proroga di un sistema che non si ritiene più desiderabile e che fa ritardare l'introduzione dei principi in grado di migliorare l'efficienza del mercato. Da tale punto di vista però il problema si

Il sistema delle regole, quindi, non è arrivato ad un punto di approdo né nazionale né comunitario. Specie in quest'ultimo, le modifiche intervenute con il Trattato di Amsterdam hanno consentito di considerare i servizi pubblici come una parte del mercato e non un elemento al di fuori di esso.

Se, dunque, è importante che tutti rispettino le regole della concorrenza, è vero anche che bisogna accompagnare le dinamiche connesse alla privatizzazione dei servizi pubblici locali con un'operazione di liberalizzazione del settore che tenga conto del fatto che fino ad ora l'unico modo per accedere al mercato era acquisire lo *status* di socio. In questo senso, perciò, le correzioni che provengono dalla Commissione europea e le argomentazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 413 del 2002 possono ritenersi ispirati al medesimo obiettivo, laddove tanto le prime quanto le seconde riconoscono che nel settore dei servizi pubblici a rete, per assicurare l'obiettivo dell'apertura di un mercato concorrenziale, bisogna "tener conto, al contempo, delle aspettative legittime dei gestori uscenti e dell'esigenza di assicurare l'adeguamento al diritto comunitario nel periodo più breve possibile".

ERIK LONGO

connette con la situazione del gestore uscente, che difficilmente potrà rioperare sul mercato senza un sistema di indennizzo degli investimenti fatti che lo porti ad avere una certa indifferenza economica tale da non creare effetti distorsivi ancor più gravi sul sistema. Su tale punto v. M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 10 settembre 2002, n. 13158 –
SOGGIO *Presidente* – MARZIALE *Relatore* – UCCELLA *P. M.*

Appalto – Rovina e difetti di beni immobili – Responsabilità – Azione risarcitoria – Legittimazione passiva del fornitore di materiali difettosi – Esclusione.

Al fornitore dei materiali utilizzati per la realizzazione dell'immobile, che rovina o presenta grave difetto di costruzione, non si estende l'ipotesi di responsabilità dell'appaltatore prevista dall'art. 1669, cod. civ. Tale responsabilità, infatti, seppure di natura extracontrattuale, presuppone comunque la partecipazione alla costruzione dell'immobile in posizione di autonomia decisionale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. – 1. Con atto notificato il 10 maggio 1985, il Comune di Bergamo conveniva in giudizio davanti al Tribunale di quella città la s.p.a. "impresa AMA", esponendo:

– che il 30 luglio 1974 aveva affidato in appalto, alla società convenuta, i lavori di costruzione della nuova sede del Liceo artistico statale, i quali erano stati ultimati il 30 agosto 1977;

– che nel secondo semestre del 1984 si erano manifestati fenomeni di "sfondellamento", prontamente denunciati alla società appaltatrice, la quale aveva però declinato ogni responsabilità;

– che, per tale ragione, aveva provveduto ad eliminare direttamente i difetti rilevati, affrontando la spesa di L. 46.455.780;

Tanto premesso, il comune chiedeva la condanna della convenuta al pagamento di tale somma, con rivalutazione e interessi, a titolo di responsabilità *ex art.* 1669, cod. civ.

1.1. La società appaltatrice, eccepiva, in via preliminare, l'inammissibilità della domanda (sul rilievo che non ricorrevano, nella specie, i presupposti per l'applicazione del citato art. 1669 cod. civ. e, comunque, la prescrizione e la decadenza del diritto fatto valere nei suoi confronti. Assumeva, inoltre, che la pretesa azionata dall'attore era totalmente infondata, in quanto il vizio rilevato era riconducibile unicamente al materiale laterizio fornito dalla s.p.a. Fornaci Magnetti (che in corso di causa assumerà la denominazione "Magnetti s.p.a."); materiale che, al momento dell'acquisto e della posa in opera, era apparso immune da vizi o difetti e la cui idoneità era stata comunque verificata dall'ing. Mario Peretti e dall'arch. Pietro Milanese, preposti dal committente alla direzione dei lavori.

1.2. – Chiamati in giudizio su richiesta della convenuta, il Milanese, il Peretti e la società Magnetti declinavano ogni responsabilità.

sponibilità è limitata e comunque insufficiente a coprire la domanda. L'esame è completo ed esaustivo, considerato che l'autore si preoccupa di delineare le caratteristiche degli istituti giuridici e di definire come la procedura di scelta si sia conformata rispetto alle caratteristiche dei diversi istituti, in relazione agli interessi in gioco.

Particolare attenzione è rivolta al contenuto delle pronunce giurisprudenziali, sia in quanto intese a specificare il valore di fattispecie concorsuali sia in quanto idonee ad individuare e creare nuove fattispecie, qualora le amministrazioni o privati, pur potendo fare ricorso a mezzi privatistici, preferiscano operare con procedure ad evidenza pubblica (esempio, dismissioni di partecipazioni azionarie).

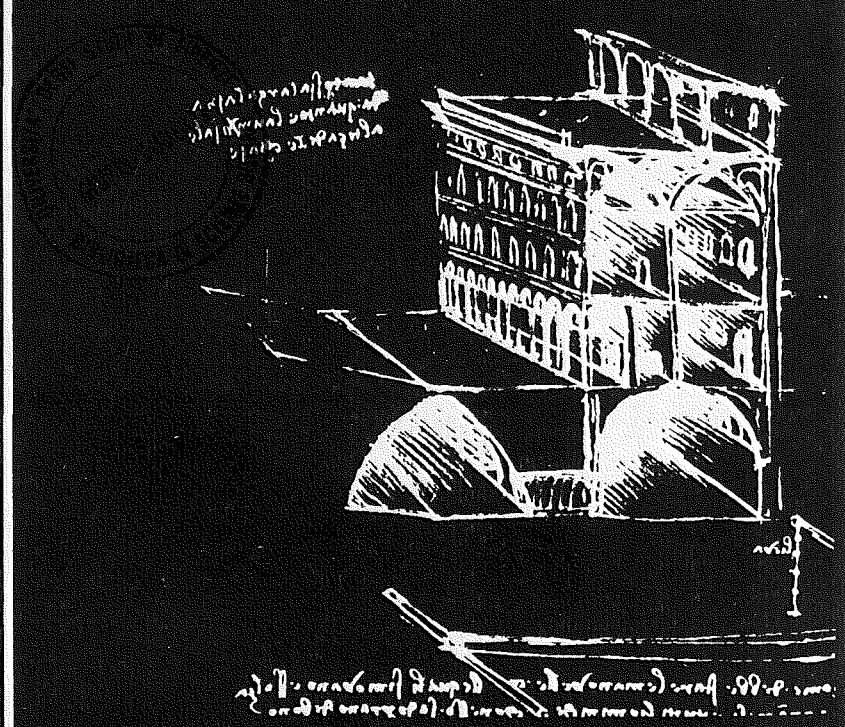
La seconda parte è caratterizzata dalla indagine analitica delle varie fasi del procedimento, nel quadro della normativa costituzionale, tenuto conto della elasticità dei principi e della interpretazione giurisprudenziale adattata ai diversi momenti storici. Emerge la dinamicità degli istituti, pur nella costante esigenza di garantire l'attuazione del principio di parità di trattamento e la realizzazione di un sistema di massima concorrenzialità possibile. In tal modo vengono esaminati aspetti importanti e rilevanti, spesso tralasciati nella trattazione teorica, quali l'indicazione degli oneri per la partecipazione e la distinzione tra fasi di ammissione e valutazione; le categorie della imparzialità rinforzata e della discrezionalità decrescente.

Nelle conclusioni, l'autore giunge alla riconduzione ad unità del sistema, attraverso il richiamo ai principi costituzionali, non ultimo quello di uguaglianza sostanziale.

È dunque un'opera di ampio respiro, una trattazione originale ed interessante, che fornisce un quadro critico del modello di intervento esaminato oltre ad importanti spunti di riflessione e strumenti di interpretazione.

ANTONIO CARULLO

RIVISTA TRIMESTRALE DEGLI APPALTI



3/2003

