



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

MARIA ACIERNO	Presidente
UMBERTO L.C.G. SCOTTI	Consigliere-Rel.
CLOTILDE PARISE	Consigliere
ROSARIO CAIAZZO	Consigliere
ROBERTO AMATORE	Consigliere

Oggetto:

PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE

Ud.28.09.2023

R.G. 14575/2021

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. **14575/2021 R.G.** proposto da:

(omissis) , elettivamente domiciliata in Roma, via (omissis)
(omissis), presso lo studio dell'avvocato (omissis)
(omissis) che la rappresenta e difende unitamente
all'avvocato (omissis)

-ricorrente-

contro

COMUNE di INVERUNO, elettivamente domiciliato in Roma, via
Giuseppe Gioacchino Belli 60, presso lo studio dell'avvocato
Domenico Greco (GRCDNC80P11H501B) rappresentato e difeso
dagli avvocati Pietro Gabriele Roveda (RVDPTR71T19E648W) e
Francesca Aliverti (LVRFNC73T55C933P)

-controricorrente-



avverso la sentenza della Corte d'appello di Milano n. 3041/2020
depositata il 24.11.2020;
sentite le conclusioni del Procuratore generale che ha concluso per
il rigetto del ricorso;
sentiti gli Avvocati (omissis) per delega dell'Avv.
(omissis) e gli Avvocati Francesca Aliverti e Pietro
Gabriele Roveda;
udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 28.9.2023 dal
Consigliere Umberto Luigi Cesare Giuseppe Scotti.

FATTI DI CAUSA

1. Con atto di citazione notificato il 9.3.2016 la s.p.a. (omissis) ha convenuto in giudizio il Comune di Inveruno dinanzi al Tribunale di Milano, chiedendo, in principalità, accertarsi l'inesistenza del diritto del Comune a percepire, nel periodo di prosecuzione obbligata nella gestione ordinaria del servizio, ai sensi dell'art.14, comma 7, del d.lgs. 164 del 2000 e sino al nuovo affidamento, il canone di cui all'art.16 del previgente contratto di concessione del servizio di distribuzione del gas e, in subordine, l'accertamento della minore entità del credito del Comune con riconoscimento a suo favore del solo canone di cui all'art.46 *bis* del d.l. 159 del 2007, ovvero quello di cui all'art.8, comma 3, del d.m. 226 del 2011 e dagli artt.5 e 27 del d.m. 5.2.2013.

Il Comune di Inveruno ha chiesto a sua volta con separato atto di citazione l'accertamento dell'obbligo di (omissis) di pagamento del canone e la relativa condanna, anche con provvedimenti anticipatori.

I due giudizi connessi sono stati riuniti e il Tribunale di Milano con sentenza n.11803/2017 ha rigettato le domande dell'attrice e ha accolto la domanda del Comune di Inveruno.



2. Ha proposto appello la società (omissis) e ha resistito il
Comune di Inveruno.

Con sentenza del 24.11.2020 la Corte di appello di Milano ha rigettato il gravame, con aggravio delle spese di lite.

Secondo la Corte milanese, la norma di interpretazione autentica di cui all'art.1, comma 453, della legge n.232 del 2016, relativa all'art.14, comma 7, del d.lgs. 164 del 2000, era tesa a garantire la continuità di un servizio di interesse pubblico sottratto alla libera determinazione del mercato; la previsione della permanente gestione ordinaria del servizio senza obbligo di pagamento del canone concessorio si sarebbe posta in evidente contrasto con l'art. 81 Cost. e con il principio secondo cui le concessioni pubbliche debbono svolgersi secondo criteri di economicità; inoltre la proroga del contratto alle condizioni originarie era un rischio conosciuto da (omissis) al momento in cui aveva partecipato alla gara per l'affidamento, essendo all'epoca in vigore il c.d. «decreto Letta», così da consentire alla società di tenerne conto nell'ambito delle sue scelte imprenditoriali.

La Corte territoriale ha pertanto escluso, con riferimento al diritto europeo, la violazione del principio di certezza del diritto e del legittimo affidamento, come pure del diritto di libertà economica d'impresa e di proprietà; la Corte di appello ha negato altresì l'eccezione di illegittimità costituzionale del predetto art.1, comma 453, sollevata con riferimento agli artt.3,41,42 e 97 Cost.

3. Avverso la predetta sentenza ha proposto ricorso per cassazione (omissis) con atto notificato il 24.5.2021, con il supporto di tre motivi, chiedendo di accertare e dichiarare la non conformità dell'art. 1, comma 453, della legge n. 232/2016, alla normativa euro-unitaria, e procedere quindi alla disapplicazione del medesimo nel caso di specie; qualora invece non si intendesse accogliere l'interpretazione fornita, procedendo alla disapplicazione della disposizione sopra citata, vista la rilevanza della questione ai fini



della decisione del presente giudizio, previa **sospensione del** presente giudizio, la ricorrente ha chiesto di rimettere in via pregiudiziale in sede comunitaria, ai sensi dell'art.267 TFUE, la questione *de qua* alla Corte di Giustizia dell'Unione europea nei termini indicati; e ancora in via pregiudiziale, la ricorrente ha chiesto di sollevare di fronte alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 453, della legge n. 232/2016, ricorrendone i giuridici presupposti della rilevanza e della non manifesta infondatezza, oppure, quantomeno, di sospendere il presente giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c. in attesa che venga definita la questione di legittimità costituzionale già sollevata sulla medesima disposizione.

Il Comune di Inveruno ha chiesto il rigetto del ricorso.

Il Procuratore generale ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria illustrativa.

RAGIONI DELLA DECISIONE

4. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente ripropone l'eccezione pregiudiziale europea ex art. 267 del TFUE (già 234 del TCE).

La ricorrente denuncia la violazione dell'art. 3, comma 1, della direttiva 98/30/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, secondo cui gli stati membri dell'Unione *«assicurano che le imprese di gas naturale siano gestite secondo i principi della presente direttiva, al fine di realizzare un mercato del gas naturale concorrenziale, e non fanno discriminazioni tra esse per quanto riguarda i loro diritti od obblighi»*.

Secondo la ricorrente, l'imposizione, prevista dalla legge n. 232 del 2016, art. 1, comma 453 - di un «obbligo aggiuntivo», e cioè il perdurante pagamento del canone, diverso ed ulteriore rispetto alla misura di cautela in precedenza disposta del d.lgs. n. 164 del 2000, art. 14, comma 7 (e cioè la mera prosecuzione del servizio fino



all'ingresso del nuovo gestore) determinerebbe un «*regime di maggior svantaggio*» per i soggetti già concessionari, poiché tale prestazione patrimoniale verrebbe imposta senza una proroga *ope legis* dello stesso rapporto contrattuale di cui quel corrispettivo era elemento integrante ed essenziale e mantenendo altresì ferma la limitazione dello svolgimento della sola attività ordinaria di distribuzione del gas naturale; d'altra parte - argomenta la ricorrente - la norma suddetta finisce con l'assicurare a tutti gli enti locali, che pure si trovano in estremo ritardo con l'avvio delle gare d'ambito per l'individuazione dei nuovi concessionari, un ingente vantaggio patrimoniale, garantendo loro un'entrata di molto superiore a quella conseguibile all'esito della gara, per un tempo del tutto indeterminato e, oltretutto, a loro discrezione, disincentivandone l'interesse a procedere ad una nuova aggiudicazione e, quindi, ledendo lo stesso meccanismo concorrenziale.

La ricorrente sottolinea, inoltre, come la situazione di criticità determinata dalla legge n. 232 del 2016, art. 1, comma 453, sia stata segnalata dall'Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente nella propria relazione annuale del 2019, oltre che dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in un parere reso il 19.11.2019.

Osserva ancora la ricorrente che, poiché gli attuali concessionari sono sottoposti a una sopravvenuta e non prevista maggiore onerosità del rapporto, sarebbero violati pure i principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, anch'essi rilevanti per il diritto dell'Unione europea, così da giustificare la disapplicazione delle norme di diritto interno con esso contrastanti.

Lamenta, infine, la ricorrente la violazione degli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, alla stregua dei quali debbono ritenersi «*contrarie al diritto Eurounitario tutte le disposizioni legislative che abbiano portata confiscatoria delle*



disponibilità economiche di ogni bene/valore che rientra nella proprietà di un soggetto».

Tale sarebbe, appunto, il caso del summenzionato *ius superveniens*, che - in spregio anche dei principi di proporzionalità e ragionevolezza - prevede il perdurante rispetto dell'onere economico assunto dal concessionario malgrado lo svolgimento «*di un'attività di molto ridotta rispetto a tutti gli interventi che venivano invece previsti sotto la vigenza del contratto*», con la conseguente «*alterazione del sinallagma contrattuale e dell'equilibrio economico finanziario posto alla base dell'originario impegno negoziale*».

5. Con il secondo motivo la ricorrente propone eccezione pregiudiziale di incostituzionalità dell'art. 1, comma 453, della legge n.32/2016 in riferimento agli artt. 3, 41, 42, 97 e 117, comma 1, della Costituzione e segnala che la Camera Arbitrale per i Contratti Pubblici con lodo parziale depositato in data 16.12.2019 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - 1 serie speciale - Corte costituzionale n. 37 del 9.9.2020 (ordinanza n. 105) ha già ritenuto la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'anzidetta norma in relazione agli artt. 3 e 97 della Costituzione e rimesso per gli effetti la questione alla Corte Costituzionale.

La ricorrente deduce, in primo luogo, la violazione dei principi in tema di irretroattività della legge, rilevando che la giurisprudenza costituzionale subordina la legittimità di norme retroattive che modificano, in modo sfavorevole, la disciplina di rapporti di durata alla condizione che esse «*non trasmodino in un regolamento irrazionale*»; il che si verificherebbe nel caso in esame perché la prestazione economica imposta - in assenza di un'effettiva situazione di contrasto giurisprudenziale - non può trovare un



valido fondamento giustificativo nelle esigenze finanziarie dei Comuni, come espressamente previsto dalla norma in esame.

In secondo luogo, la ricorrente denuncia violazione degli artt. 3 e 97 Cost. sotto il profilo dell'irragionevolezza per violazione del principio di proporzionalità, di certezza del diritto e del legittimo affidamento del privato, oltre che sotto il profilo della disparità di trattamento.

A parere della ricorrente, la sola scelta legislativa conforme ai principi di proporzionalità, tutela del legittimo affidamento e certezza del diritto, sarebbe stata quella di prevedere una «*necessaria rideterminazione*» della misura del canone, «*in rapporto con lo svolgimento del solo servizio di ordinaria amministrazione*», e dunque «*lasciando la determinazione del quantum (come in passato sempre avvenuto) ad un successivo espresso accordo tra le parti o, ipotesi ancor più ragionevole e in linea anche con le regole del nuovo regime della gara d'ambito (di cui al d.m. 5 febbraio 2013), prevedendo dei parametri specifici cui ancorare la quantificazione e/o delle soglie massime pretendibili*».

Proprio la diversificazione della condizione dei soggetti, attualmente già concessionari, rispetto a coloro che diventeranno tali in futuro, ovvero alla scadenza delle nuove concessioni (giacché il nuovo schema di contratto tipo previsto dal d.m. 5.2.2013, richiama, all'art. 5, il d.lgs. n. 164 del 2000, nel solo art. 27, che fa riferimento al solo «*corrispettivo per la gestione degli impianti di proprietà degli enti concedenti*», non anche a quello «*per l'affidamento del servizio*»), integrerebbe disparità di trattamento, comportante ulteriore violazione dell'art. 3 Cost., oltre che dall'art. 97 Cost.

In terzo luogo, la ricorrente denuncia violazione degli artt. 41 e 42 Cost., nonché dell'art. 117 Cost., comma 1, per violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché per



violazione degli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La legge n. 232 del 2016, art. 1, comma 453, comporterebbe un'innegabile limitazione alla libertà di iniziativa economica privata e alla proprietà privata, garantite, oltre che dagli artt. 41 e 42 Cost., dalle fonti sovranazionali suddette.

6. Con il terzo motivo la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione ex art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c. dell'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164/2000, nonché dell'art. 116, comma 1, c.p.c. e 24 Cost.

La ricorrente critica la sentenza impugnata nella parte in cui ha affermato che il già più volte citato *ius superveniens* avrebbe natura meramente interpretativa del d.lgs. n. 164 del 2000, art. 14, comma 7, la cui portata, peraltro, era stata ricostruita da diverse autorità giurisdizionali come disciplinante una prosecuzione *ex lege* del rapporto contrattuale.

Secondo la ricorrente, invece, il d.lgs. n. 164 del 2000, art. 14, comma 7, prevedeva solo una prosecuzione nella gestione del servizio, e non già del rapporto contrattuale, come confermato dalle prime pronunce giurisprudenziali intervenute sul punto, per cui non sussisteva il supposto contrasto nella giurisprudenza di merito che lo *ius superveniens* avrebbe inteso superare, con lettura peraltro non rientrante in alcuna delle possibili interpretazioni attribuibili al dato normativo.

Osserva ancora la ricorrente che la concessione di servizi, diversamente dall'appalto, si caratterizza per l'affidamento di un servizio senza versamento di un corrispettivo da parte del committente, ma mediante percezione degli utili da parte del concessionario direttamente dall'utenza finale. In questo quadro, dunque, la tariffa di distribuzione si pone come misura essenziale a garantire al concessionario la redditività del servizio svolto, visto che ai sensi del d.lgs. n. 164 del 2000, art. 23, le tariffe spettanti al



concessionario devono garantire al distributore non solo il recupero dei costi di capitale sostenuti ma anche una congrua remunerazione del capitale investito, sicché solo una gestione a regime può essere congruamente remunerativa.

Contesta, infine, la ricorrente la duplice affermazione della Corte milanese secondo cui non sarebbe possibile - come da domanda subordinata già proposta dalla società (omissis) - la rideterminazione giudiziale di un importo fissato da legislatore, difettando, comunque, la prova che il pagamento del canone previsto nel contratto comporti per l'odierna ricorrente una gestione in perdita.

Per un verso, infatti il testo della legge n. 232 del 2016, art. 1, comma 453, e gli stessi lavori preparatori della legge, fanno salva ogni diversa pattuizione del canone, da lasciare alla libera negoziazione delle parti; per altro verso, sarebbe del tutto irragionevole la valutazione di inammissibilità, per tardività, della documentazione depositata unitamente alla citazione in appello (divenuta disponibile solo all'esito del compimento delle operazioni di contabilizzazione in essa contenute), attestante la perdita di esercizio e, pertanto, non liquidabile, diversamente da quanto fatto dalla Corte ambrosiana, come non utilizzabile *«per la sua provenienza unilaterale e perché non supportata da nessun dato oggettivo»*.

8. Appare indispensabile per la comprensione dei motivi una breve illustrazione del quadro normativo di riferimento, sulla traccia disegnata dalla sentenza della Corte costituzionale n.239 del 9.11.2021.

L'art.14, comma 7, del d.lgs. 23.5.2000, n. 164 definisce l'attività di distribuzione di gas naturale quale attività di servizio pubblico, e stabilisce che il servizio debba essere affidato esclusivamente mediante gara dagli enti locali, anche in forma aggregata, per periodi non superiori a dodici anni (comma 1), prevedendo, altresì,



che tali gare siano avviate entro un anno prima della scadenza dell'affidamento e che, nelle more, il gestore uscente resti «*obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione*», attribuendo alla Regione, ove l'ente locale non provveda entro il termine indicato, il potere sostitutivo di avviare la relativa procedura anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*.

Lo scopo dichiarato della normativa era quello di superare il sistema all'epoca vigente, spesso basato sull'affidamento diretto. Successivamente l'art.46-*bis*, comma 2, del d.l. 1.10.2007, n. 159, convertito, con modificazioni, in legge 29.11.2007, n. 222, ha previsto che le suddette gare fossero bandite per ambiti territoriali minimi (*breviter*: ATEM), con l'identificazione di bacini ottimali di utenza, individuati dai Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e sentita la Conferenza unificata Stato-Regioni; sistema questo, inizialmente concorrente con quello previgente, che è poi divenuto il regime obbligatorio per l'affidamento del servizio, in virtù del d.lgs. 1.6.2011, n. 93, art. 24, comma 4.

La riforma non ha avuto immediata attuazione, in particolare perché non sono stati tempestivamente individuati gli ATEM, con conseguente stallo delle procedure di gara, stallo protrattosi anche dopo che il d.m. Sviluppo Economico 19.11.2011, art. 1, ha individuato 177 ATEM.

Nel corso dell'anno 2011, il Ministro dello sviluppo economico, con d.m. 12.11.2011, n. 226, ha provveduto a fissare - con l'art. 3 - i termini per l'individuazione della stazione appaltante da parte degli enti locali concedenti, nonché per la pubblicazione del bando di gara, in mancanza del quale può attivarsi il potere sostitutivo regionale.



Quindi con d.m. Sviluppo Economico 5.2.2013 è stato adottato lo schema di contratto-tipo per l'affidamento del servizio, in attuazione del d.m. n. 226 del 2011.

Tuttavia i termini per avviare le gare sono stati oggetto di numerose proroghe, a partire dal d.l. 21.6.2013, n. 69, convertito con modificazioni, in legge 9.8.2013, n. 98, che all'art. 4, commi 2 e 4, ha chiarito la natura perentoria dei termini di cui al d.m. n. 226 del 2011, prevedendo una nuova disciplina del potere sostitutivo del d.lgs. n. 164 del 2000, ex art. 14, comma 7.

Venne allora stabilito che, decorsi quattro mesi dalla scadenza dei suddetti termini, in caso d'inerzia anche della Regione, il Ministero dello sviluppo economico, sentita la stessa Regione, intervenisse per dare avvio alla gara nominando un commissario *ad acta*, e venne anche introdotto - all'art. 4, comma 5 - un regime sanzionatorio per gli enti locali, nei casi di mancato rispetto da parte degli stessi dei termini per la scelta della stazione appaltante. Successivamente il d.l. 30.12.2015, n. 210, art. 3, comma 2-ter, lett. a), convertito, con modificazioni, in legge 25.2.2016, n. 21, ha ulteriormente prorogato i termini per l'avvio delle gare, ha eliminato il citato regime sanzionatorio e ha modificato nuovamente la disciplina del potere sostitutivo; è stato altresì stabilito che, scaduti i termini previsti dal d.m. n. 226 del 2011 (come prorogati), la Regione competente sull'ambito dovesse assegnare ulteriori sei mesi per adempiere, decorsi i quali avrebbe dovuto avviare la procedura di gara attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, con la previsione ulteriore che, decorsi due mesi dalla scadenza di tale termine senza che la Regione competente abbia proceduto alla nomina del commissario, il Ministero dello sviluppo economico, sentita la Regione, dovesse intervenire per dare avvio alla gara, nominando esso stesso un commissario *ad acta*.



Successivi provvedimenti legislativi hanno disposto ulteriori proroghe e tale progressivo differimento delle gare ha portato, di fatto, a una dilatazione della fase di gestione *ope legis* del servizio, facendo emergere i problemi connessi alla regolamentazione di tale fase, da cui il contenzioso legato all'obbligo di corresponsione del canone originario.

In questo contesto l'allora Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico, prima ancora dell'intervento operato dal legislatore con la norma di interpretazione autentica sospettata di contrarietà con il diritto euro-unitario, oltre che di illegittimità costituzionale, ha precisato che « *il silenzio del d.lgs. n. 164 del 2000, art. 14, comma 7, in punto di canone per l'affidamento non sia di per sé sufficiente a escludere l'obbligo di pagamento dello stesso*», richiamando la facoltà per i Comuni di aumentare il canone sino al 10% nelle more delle nuove gare, di cui al d.l. n. 159 del 2007, art. 46-*bis*, comma 4, giacché la possibilità d'intervenire sul canone concessorio confermerebbe «*la necessità di corrispondere lo stesso anche nel periodo di prosecuzione del rapporto ex lege, non escluso dall'ambito di applicazione del citato comma 4*».

9. Questa Corte si è già pronunciata su questi specifici temi con numerose ordinanze della Sez.3, del 24.5.2023 n.14351, del 21.7.2023 n.21921, del 25.7.2023 n.22260, del 20.7.2023 n.21814, del 7.8.2023 n.24057 e del 9.8.2023 n.24240, tutte deliberate nella stessa camera di consiglio del 22.3.2023 e riguardanti analoghe controversie, respingendo le tesi dell'attuale ricorrente.

I principi così espressi appaiono condivisibili e meritano quindi di vedersi assicurata continuità.

10. Occorre prender le mosse dall'intervento della Consulta, che con la sentenza n.239 del 9.11.2021 ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale, che era stata proposta, al pari di quella prospettata dalla parte ricorrente, senza considerare



gli strumenti di tutela che l'ordinamento appresta in favore del concessionario nel caso di specie.

11. La Corte costituzionale ha, innanzitutto, rilevato che la disposizione interpretativa di cui alla legge n. 232 del 2016, art. 1, comma 453, in tal senso, si è allineata al parere dell'Autorità indipendente, pur riconoscendo che dalla descritta ricostruzione normativa emergesse senz'altro un'anomalia nell'effettuazione delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, con un percorso di riforma ancora non attuato a più di quindici anni dalla sua entrata in vigore e a dieci dall'adozione dei provvedimenti attuativi.

Operata tale premessa, la Corte ha proceduto allo scrutinio di costituzionalità del predetto art. 1, comma 453, della legge n. 232 del 2016, limitato secondo consolidata giurisprudenza alle sole questioni oggetto dell'ordinanza di rimessione, che ipotizzava unicamente violazione dei limiti costituzionali alla retroattività della legge, oltre che del principio di buon andamento dell'amministrazione.

Sono, dunque, rimaste estranee al perimetro della decisione della Corte le censure (sollevate anche nel presente giudizio) di contrasto della disposizione impugnata con le norme poste a tutela della libertà d'impresa dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea oltre che dagli artt. 41 e 42 Cost., nonché di lesione dei principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, garantiti, sia dal diritto europeo - in particolare in virtù dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea - sia dagli artt. 3 e 41 Cost.

12. In particolare la Corte Costituzionale, sia pur al fine di motivare la dichiarazione di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 453, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione, non ha escluso che la proroga *ex lege*, risultante dal



combinato disposto dell'art. 1, comma 453, della legge n. 232 del 2016 e dell'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 264 del 2000, ricorrendo determinate circostanze, potesse effettivamente determinare un irragionevole squilibrio delle prestazioni contrattuali, ma ha constatato che *«per ovviare a tali possibili conseguenze negative l'ordinamento prevede appositi strumenti, generali e specifici»*.

La Corte costituzionale si è al proposito riferita ai *«poteri sostitutivi, già previsti dal D.Lgs. n. 164 del 2000, art. 14, comma 7, e successivamente riformulati dal D.L. n. 159 del 2007, art. 46-bis»*, nonché ai *«rimedi del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ex artt. 30 e 31»*, da utilizzare avverso il silenzio e l'inerzia della pubblica amministrazione e suscettibili di portare anche a una condanna della stessa e al risarcimento del danno patito dal concessionario, non escludendo che sia proprio in tale sede che debba trovare tutela la pretesa del concessionario.

La Corte costituzionale ha inoltre osservato che le concessioni per la distribuzione del gas rientrano tra le concessioni di servizi, definite dal d.lgs. 18.4.2016, n. 50, art. 3, comma 1, lett. vv), (Codice dei contratti pubblici) come contratti pubblici aventi ad oggetto la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori, disciplinate nello specifico ai successivi artt. da 164 a 178; che l'art. 165, comma 1, cod. contratti pubblici, precisa che, pur trasferendosi in capo al concessionario il rischio operativo, deve pur sempre essere salvaguardato l'equilibrio economico-finanziario nel rapporto regolato dalla concessione (ossia la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria); che a tal fine, il comma 6 del citato art.165 prevede che il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio; che la revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore



economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto; che in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto.

Di conseguenza, pertanto, la proroga del rapporto limitatamente all'ordinaria amministrazione, ivi compresa l'obbligazione di pagamento del canone concessorio previsto dal contratto, non escluderebbe la possibilità per le parti di ottenere una revisione degli obblighi contrattuali, compatibilmente con il vincolo per le stesse parti di non poter recedere dal rapporto sino al nuovo affidamento, che resterebbe fermo in forza della previsione di legge speciale di cui al d.lgs. n. 164 del 2000, art. 14, comma 7, avuto riguardo alla possibilità di qualificare i ritardi nell'avvio delle gare quali fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario di cui all'art. 165, comma 6, cod. contratti pubblici.

In altri termini, si può giungere alla conclusione, sulla traccia delle considerazioni espresse dal Giudice delle leggi, che l'ordinamento non solo contempla già un rimedio per consentire, alle parti del contratto di affidamento del servizio di distribuzione del gas, di rinegoziarne le condizioni, assicurando persino la possibilità di recedere dal contratto, ove tale rinegoziazione non vada a buon fine, ma riconosce pure al concessionario del servizio, che non intenda perseguire tale via, strumenti tanto per reagire all'inerzia dell'amministrazione nel provvedere all'indizione delle gare (o all'esercizio dei poteri sostitutivi), quanto per neutralizzare- sotto forma di risarcimento del danno derivante tale inerzia - l'eventuale minore redditività, o addirittura la perdita, conseguente alla sclerotizzazione del rapporto contrattuale.

Si può così escludere che la scelta del legislatore- interprete del 2016 di confermare la necessità del pagamento del canone di concessione anche nel corso della proroga del rapporto presenti



una portata confiscatoria delle disponibilità economiche di ogni bene/valore che rientra nella proprietà di un soggetto, alla luce del diritto euro-unitario e ai sensi degli artt. 41 e 42 Cost.

Appare inoltre rilevante nella prospettiva di escludere che la normativa in esame finisca, in spregio al diritto dell'Unione Europea, con l'incoraggiare un assetto anticoncorrenziale del mercato della distribuzione del gas, la previsione sia di poteri sostitutivi, rispetto a quelli demandati ai Comuni, sia di misure per contrastare l'inerzia dei soggetti pubblici e, soprattutto, per farne valere la responsabilità risarcitoria.

La tesi che la perdurante percezione del canone, corrisposto dal concessionario uscente al Comune, finirebbe con il disincentivare l'interesse dello stesso a procedere ad una nuova aggiudicazione, si scontra con la possibilità per l'Ente pubblico di essere chiamato in futuro a rispondere - sul piano risarcitorio - della propria inerzia che vale, quantomeno, a controbilanciare la tentazione di prorogare *sine die* e a propria discrezione il rapporto già esistente.

13. Quanto affermato dalla Corte Costituzionale, nell'attribuire rilievo agli strumenti di tutela che competono al concessionario esposto alla protrazione del servizio e all'obbligazione di pagamento del canone, possiede una innegabile valenza estensiva e consente di fugare i dubbi relativi a tutti i profili di illegittimità costituzionale, inclusi quelli rimasti estranei allo scrutinio dell'ordinanza della Consulta n.239/2021 (tutela del legittimo affidamento, della certezza del diritto, della libertà d'impresa e del diritto di proprietà) e di contrarietà all'ordinamento dell'Unione Europea della legge n. 232 del 2016, art. 1, comma 453, oggetto dei primi due motivi di ricorso.

14. In particolare, quanto al primo motivo, l'esistenza degli strumenti di tutela sopra ricordati consente di prevenire il rischio di una rilevante discriminazione di trattamento fra le imprese, come pure il timore di una lesione del valore di certezza del diritto e del



principio di legittimo affidamento, in qualche misura governabili e correggibili d'impulso dell'impresa interessata.

Del pari, il ricorso ai citati strumenti esclude il pericolo di attitudine confiscatoria delle disponibilità economiche di un soggetto agitato della parte ricorrente.

15. Quanto, più specificamente, al secondo motivo l'esistenza degli strumenti di tutela sopra ricordati scongiura i rischi di illegittimità costituzionale della disciplina censurata non solo con riferimento ai profili già scrutinati dalla Consulta ma anche con riferimento a quelli allora non denunciati (libertà d'impresa, certezza del diritto, legittimo affidamento), per cui valgono, pari pari, le stesse considerazioni.

16. Il terzo motivo di ricorso lo stesso è in parte infondato e in parte inammissibile.

La pretesa di negare allo *ius superveniens* valore di norma di interpretazione autentica è smentita dalla condivisibile ricostruzione del quadro normativo, così come proposta dalla sopra illustrata pronuncia della Corte costituzionale.

17. La censura che investe il rigetto della domanda subordinata di rideterminazione del canone, stando alla narrativa contenuta nel ricorso, non si fondava sull'applicazione dell'art. 165 del c.d. codice dei contratti pubblici (ovvero lo strumento idoneo a consentire una rinegoziazione del contratto di affidamento del servizio).

Il che rende, dunque, inammissibile la censura di violazione dell'art. 116 c.p.c., in relazione alla mancata ammissione - in appello - della documentazione volta a comprovare l'esistenza di quella gestione in perdita che costituirebbe, per l'appunto, il presupposto per la rinegoziazione.

L'art.165 del d.lgs. 50 del 2016 è stato ora superato dal nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 31.3.2023 n.36, che all'art.192 prevede una analoga procedura di revisione del contratto di concessione.



Il testo dell'art.165 applicabile *ratione temporis*, in tema di «Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni», disponeva al comma 1 che «*Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.*» e al comma 2 che «*L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1.*»

Il comma 6 invece disponeva «*Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono*



recedere dal contratto. Al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lettere a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.»

L'art.3 del d.lgs.50/2016 definiva alla lettera vv) «concessione di servizi un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi; alla lettera zz) «rischio operativo il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile; alla lettera fff) «equilibrio economico e finanziario la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.»



Il comma 6, evocato dalla Corte Costituzionale, ^{presuppone} l'incidenza di fatti esterni che determinino l'alterazione dell'equilibrio economico finanziario sulla base del quale si regge la convenienza e la sostenibilità finanziaria della concessione. In tal caso il concessionario può chiedere la revisione della concessione per raggiungere una rideterminazione in equilibrio.

È quindi necessaria una richiesta di revisione ex art.165 che nel caso non è stata formulata. Inoltre la legge prevede che in caso di mancato raggiungimento dell'accordo una tutela consistente nel diritto della parte interessata a recedere dal contratto non riequilibrato e non la riduzione giudiziale del canone.

18. 18. Non appaiono convincenti le considerazioni esposte dalla società ricorrente nella sua memoria per negare l'efficacia degli strumenti e quindi dei rimedi indicati dalla Corte Costituzionale.

E ciò non solo per l'evidente contrasto di tali considerazioni con le valutazioni giuridiche espresse dal Giudice delle leggi, ma anche per il loro fondamento su assunti del tutto generici e comunque indimostrati, relativi a iniziative (risarcitorie o di revisione della concessione), esperite nei confronti di altri Comuni, non coronate per ora da successo e comunque non coltivate *funditus*.

Non convincente è pure l'assunto della ricorrente, ricavato in modo non inequivoco da un passaggio della sentenza della Corte Costituzionale, circa la non esperibilità del recesso in caso di ingiustificato rifiuto di revisione della concessione da parte dell'Ente locale, che scaturirebbe dal vincolo di non poter recedere dal rapporto sino al nuovo affidamento, che resterebbe fermo in forza della previsione di legge speciale di cui all'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164 del 2000; tesi questa, per vero, che non coordina il vincolo con il ridetto art.165, comma 6, d.lgs.50 del 2016.

In ogni caso la Corte Costituzionale ha affermato chiaramente che ove sia dimostrato dal concessionario un sopravvenuto squilibrio contrattuale, sarebbe legittima una richiesta di revisione dello



stesso piano, che, in caso di mancata o **negativa risposta** dell'amministrazione, potrebbe anche essere fatta valere nelle competenti sedi giurisdizionali. Poco importa quindi ai fini di cui ora si discute se il rimedio in caso di ingiustificato rifiuto della revisione sia il recesso o l'intervento correttivo del giudice competente, poiché è sufficiente l'esistenza di un rimedio nel sistema.

19. Vi è infine da aggiungere che la ricorrente non censura efficacemente la doppia motivazione adottata dalla Corte di appello circa il difetto di prova della asserita perdita economica nell'esercizio del servizio ordinario di distribuzione del gas con obbligo di pagamento del canone stabilito in precedenza.

Anche a prescindere dal carattere unilaterale attribuito ai documenti per disconoscere l'efficacia probatoria, la Corte di appello, al pari del Tribunale, ha rilevato che essi erano stati prodotti tardivamente con le note conclusive del giudizio di primo grado.

Ai sensi dell'art.345, comma 3, cod.proc.civ., come modificato dall'art. 54 d.l. 22.6.2012, n. 83, conv., con modif., in l. 7.8.2012, n. 134 nel procedimento di appello non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile.

Al riguardo l'argomentazione circa l'impossibilità di anteriore produzione per giustificare il ritardo incolpevole spesa dalla ricorrente a pagina 47 del ricorso (indisponibilità anteriore di dati tecnici ed elaborazioni matematiche complesse non realizzabili in tempo utile) appare del tutto generica e comunque indimostrata.

Secondo consolidata giurisprudenza è inammissibile il motivo rivolto nei confronti di una concorrente *ratio decidendi* del provvedimento impugnato, che si fonda anche su di altra ragione, distinta e autonoma, di per sé idonea a sorreggerlo sul piano logico e giuridico, censurata ma non confutata. Infatti, qualora la



decisione di merito si fonda su di una pluralità di ragioni, tra loro distinte e autonome, singolarmente idonee a sorreggerla sul piano logico e giuridico, l'omessa impugnazione di una di esse o la ritenuta infondatezza o inammissibilità delle censure mosse ad una delle *rationes decidendi* rende inammissibili, per sopravvenuto difetto di interesse, le censure relative alle altre ragioni esplicitamente fatte oggetto di doglianza, in quanto queste ultime non potrebbero comunque condurre, stante l'intervenuta definitività delle altre, alla cassazione della decisione stessa (Sez. 5, n. 11493 del 11.5.2018; Sez. 1, n. 18641 del 27.7.2017; Sez. 3, n. 15350 del 21.6.2017; Sez. 6 - 5, n. 9752 del 18.4.2017).

20. Il ricorso deve essere complessivamente rigettato.

Sussistono tuttavia giusti motivi per la compensazione delle spese del giudizio di cassazione, tenuto conto della peculiarità delle questioni controverse e del fatto che la sentenza Corte Cost. n. 239/2021 è intervenuta dopo la proposizione del ricorso.

Si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, di una somma a titolo di contributo unificato pari a quella versata per il ricorso, se dovuta.

P.Q.M.

La Corte

rigetta il ricorso e dichiara compensate tra le parti le spese processuali.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-*bis*, dello stesso articolo 13, ove dovuto.



Così deciso in Roma, il 28 settembre 2023 nella camera di consiglio
della prima sezione civile
Il Consigliere estensore
Umberto L.C.G. Scotti

La Presidente
Maria Acierno

