



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
TERZA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

DANILO SESTINI	Presidente
CHIARA GRAZIOSI	Consigliere
MARCO DELL'UTRI	Consigliere
ANTONELLA PELLECCIA	Consigliere
ANNA MOSCARINI	Consigliere - Rel.

Oggetto

SOMMINISTRAZION E

Ud. 22/03/2023 CC
A
Cron.
R.G.N. 19737/2020

ha pronunciato la seguente
ORDINANZA

sul ricorso 19737/2020 proposto da:

2i RETE GAS SPA, in persona del legale rappresentante, rappresentata
e difesa

contro

-ricorrente -

COMUNE DI PESCHIERA BORROMEO, in persona del sindaco e legale
rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso
e con il medesimo elettivamente



domiciliato presso lo studio dell'avvocato

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 4480/2019 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 12/11/2019;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 22/03/2023 dal Cons. ANNA MOSCARINI;

Rilevato che:

La società 2i Rete Gas SpA convenne davanti al Tribunale di Milano il Comune di Peschiera Borromeo per sentir accertare e dichiarare l'inesistenza del diritto del convenuto alla perdurante percezione del canone di concessione, pattuito con il contratto stipulato nel 2002, avente ad oggetto il servizio di distribuzione del gas naturale, con condanna del convenuto alla restituzione della somma, maggiorata da interessi, da esso percepita dopo la scadenza del contratto o, in subordine, all'accertamento del diritto ad un canone inferiore;

nel contraddittorio con il Comune che propose domanda riconvenzionale per ottenere il pagamento del canone nella misura prevista dal contratto, il Tribunale di Milano richiamando una norma di interpretazione autentica nel frattempo entrata in vigore (ovvero l'art. 1, comma 453, della legge 11 dicembre 2016, n. 232), a mente della quale "l'articolo 14, comma 7, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, si interpreta nel senso che il gestore uscente resta obbligato al pagamento del canone di concessione previsto dal contratto", prevedendo, altresì, che le "risorse derivanti dall'applicazione della presente disposizione concorrono al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica da parte degli enti locali", rigettò la domanda



principale ed accolse quella riconvenzionale condannando la società attrice a pagare al convenuto la somma di € 1.417.635,28;

esperito gravame dalla società soccombente, sollevando anche eccezione di violazione del diritto comunitario, nonché eccezione di illegittimità costituzionale del menzionato *ius superveniens*, la Corte d'Appello di Milano, con sentenza del 12/11/2019, lo ha rigettato, ritenendo che la norma di interpretazione autentica fosse tesa a garantire la continuità di un servizio di interesse pubblico sottratto alla libera determinazione del mercato e che 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; ad avviso della corte di merito la proroga del contratto alle condizioni originarie era un rischio conosciuto da 2i Rete Gas SpA al momento in cui aveva partecipato alla gara per l'affidamento, essendo all'epoca in vigore il decreto Letta, così da consentire alla società di tenerne conto nell'ambito delle sue scelte imprenditoriali;

avverso la sentenza la 2i Rete Gas SpA ha proposto ricorso per cassazione riproponendo l'eccezione pregiudiziale europea ex art. 267 del TFUE (già 234 del TCE), l'eccezione pregiudiziale di incostituzionalità dell'art. 1, co. 453 della l. n. 232/2016 in riferimento agli artt. 3, 41, 42, 97 e 117, co. 1 Cost e un terzo motivo di violazione di legge;

il Comune di Peschiera Borromeo ha resistito con controricorso;

il ricorso è stato fissato per la trattazione in adunanza camerale sussistendo i presupposti di cui all'art. 380 bis, 1° co. c.p.c.:

le parti hanno depositato memoria.

Considerato che:



Il **primo motivo** si sostanzia nella riproposizione dell'eccezione pregiudiziale europea ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;

denuncia, infatti, la ricorrente 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";

ad avviso della ricorrente, infatti, l'imposizione – prevista dall'art. 1, comma 453, della legge n. 232 del 2016 – di un "obbligo aggiuntivo", ovvero il perdurante pagamento del canone, diverso ed ulteriore rispetto alla misura di cautela in precedenza disposta dal comma 7 dell'art. 14 del d.lgs. n. 164 del 2000 (e cioè la mera prosecuzione del servizio fino all'ingresso del nuovo gestore) determinerebbe un "regime di maggior svantaggio" per i soggetti già concessionari, atteso che 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, 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, garantendogli un'entrata di molto superiore a quella ottenibile all'esito della gara, per un tempo del tutto indeterminato e, oltretutto, a discrezione degli enti stessi, disincentivandone l'interesse a procedere ad una nuova



aggiudicazione e, quindi, ledendo lo stesso meccanismo concorrenziale;

si sottolinea, inoltre, come la situazione di criticità determinata dall'art. 1, comma 453, della legge n. 232 del 2016 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 novembre 2019;

inoltre, soggiacendo gli attuali concessionari ad una sopravvenuta e non prevista maggiore onerosità del rapporto, risulterebbero violati pure i principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, anch'essi rilevanti per il diritto eurounitario, così da giustificare la disapplicazione delle norme di diritto interno con esso contrastanti;

infine, viene lamentata violazione degli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla stregua dei quali – assume la ricorrente – 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 “di un'attività di molto ridotta rispetto a tutti gli interventi che venivano invece previsti sotto la vigenza del contratto”, donde “un'alterazione del sinallagma contrattuale e dell'equilibrio economico finanziario posto alla base dell'originario impegno negoziale”;

il **secondo motivo** reitera l'eccezione pregiudiziale di incostituzionalità dell'art. 1, comma 453, della legge n. 232 del 2016, in riferimento agli artt. 3, 41, 42, 97 e 117, comma 1, della



Costituzione; nel segnalare che analoga questione risulta essere stata sollevata dalla Camera Arbitrale per i Contratti Pubblici, la ricorrente deduce, in primo luogo, la violazione dei principi in tema di irretroattività della legge;

si rileva, segnatamente, 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”; tale sarebbe, invece, proprio il 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, viene denunciata – in uno con la violazione dell’art. 97 Cost. – violazione dell’art. 3 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;

si sostiene, in particolare, che 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 DM 05.02.13), prevedendo dei parametri specifici cui ancorare la quantificazione e/o delle soglie massime pretendibili”. Tra l’altro, 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, come detto, il nuovo schema di “contratto tipo” previsto dal D.M. 5 febbraio 2013, richiama, all’art. 5, il solo art. 27 del d.lgs. n. 164 del 2000, 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 quella disparità di trattamento, da apprezzare come 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, comma 1, Cost., 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;

ribadisce, come già evidenziato nell’assumere la contrarietà al diritto eurounitario dell’art. 1, comma 453, della legge n. 232 del 2016, come tale norma comporti 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;

il **terzo motivo** denuncia – ex art. 360, comma 1, n. 3), cod. proc. civ. – violazione e falsa applicazione dell’art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164 del 2000, oltre che dell’art. 116, comma 1, cod. proc. civ.

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



assume la ricorrente l'erroneità di tale affermazione, perché l'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164 del 2000, prevedeva solo una prosecuzione nella gestione del "servizio", e non già del rapporto contrattuale, come confermato dalle prime pronunce giurisprudenziali intervenute sul punto. Circostanza, questa, che smentisce – tra l'altro – l'affermazione contenuta nella sentenza impugnata, circa un supposto "contrasto nella giurisprudenza di merito" che lo *ius superveniens* avrebbe inteso superare, peraltro proponendo un'ermeneusi dell'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164 del 2000 non rientrante in alcuna delle possibili interpretazioni attribuibili al dato normativo;

rileva, al riguardo, 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 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 dell'art. 23 del d.lgs. n. 164 del 2000 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 2i Rete Gas – 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, si rileva come sia il testo dell'art. 1, comma 453, della legge n. 232 del 2016, sia gli stessi lavori preparatori della



legge, facciano salvi ogni diversa pattuizione del canone, da lasciare alla libera negoziazione delle parti. Per altro verso, del tutto irragionevole sarebbe la valutazione di inammissibilità, per tardività, della documentazione depositata unitamente alla citazione in appello (giacché 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".

* * *

il ricorso è da rigettare;

vanno preliminarmente esaminati i dubbi relativi alla conformità – al diritto eurounitario e alla Costituzione – dell'art. 1, comma 453, della legge 11 dicembre 2016, n. 232;

al riguardo, è necessario muovere dalla constatazione che, nelle more della proposizione del presente ricorso, risulta intervenuta – da parte della Corte costituzionale – la decisione (si tratta della sentenza 9 novembre 2021, n. 239) sulla questione di legittimità sollevata dalla Camera Arbitrale per i Contratti Pubblici con il lodo richiamato dalla ricorrente nel proprio atto di impugnazione;

prima di illustrarne l'esito (e, con esso, la sua possibile influenza sulle questioni, in particolare oggetto dei motivi primo e secondo di ricorso, sulle quali questa Corte è chiamata a pronunciarsi), non sembra inutile ricostruire, proprio sulla scorta di quanto ha già fatto la Corte delle leggi nella sua pronuncia, il complessivo quadro di riferimento nel quale si inserisce la controversia oggetto del presente giudizio;

la Corte costituzionale ha, infatti, osservato come la materia dell'affidamento dell'attività di distribuzione di gas naturale sia stata



“oggetto di numerosi interventi normativi, che si sono succeduti nel tempo in modo non sempre ordinato e con vari ritardi nell’attuazione dei processi di riforma”;

punto di partenza della sua ricostruzione è l’art. 14, comma 7, del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, il quale *“definisce l’attività di distribuzione di gas naturale quale attività di servizio pubblico, stabilendo che il servizio venga 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 (comma 7)”*;

scopo dichiarato della normativa era quello *“di superare il sistema all’epoca vigente, spesso basato sull’affidamento diretto”*;

successivamente interveniva l’art. 46-bis, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, in legge 29 novembre 2007, n. 222, prevedendo che le suddette gare fossero *“bandite per ambiti territoriali minimi (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 che – inizialmente concorrente con quello previgente – *“è poi divenuto il regime obbligatorio per l’affidamento del servizio”*, in virtù dell’art. 24, comma 4, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93;



tuttavia, come rammenta nuovamente la Corte delle leggi, 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 l’art. 1 del decreto del Ministro dello sviluppo economico del 19 gennaio 2011 ha individuato 177 Atem;

sempre nel corso dell’anno 2011, il Ministro dello sviluppo economico, con D.M. 12 novembre 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;

successivamente, ancora una volta con D.M. del Ministro dello sviluppo economico del 5 febbraio 2013, è stato adottato lo schema di contratto-tipo per l’affidamento del servizio, in attuazione del D.M. n. 226 del 2011;

“Nondimeno”, ha evidenziato sempre la Corte costituzionale, *“i termini per avviare le gare sono stati oggetto di numerose proroghe”*, e ciò *“a partire dal decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69”*, convertito con modificazioni, in legge 9 agosto 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 ex art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164 del 2000”* (poi, peraltro, parzialmente rivista). In particolare, 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”*, introducendosi inoltre – 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 l’art. 3, comma 2-ter, lettera a), del decreto-legge 30 dicembre 2015, n. 210, convertito, con modificazioni, in legge 25 febbraio 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”*. In particolare, si è stabilito che scaduti i termini previsti dal d.m. n. 226 del 2011 (come prorogati), la Regione competente sull’ambito assegni *“ulteriori sei mesi per adempiere, decorsi i quali avvia la procedura di gara attraverso la nomina di un commissario ad acta”*, prevedendosi anche 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, intervenga *“per dare avvio alla gara”*, nominando esso stesso *“un commissario ad acta”*;

poiché, però, successivi provvedimenti legislativi – come evidenzia la Corte delle leggi – hanno disposto ulteriori proroghe, non vi è dubbio *“che 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”*;

é, dunque, in questo contesto che 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, dall’odierna ricorrente, di contrarietà con il diritto eurounitario, oltre che di illegittimità costituzionale – ha precisato *“come il silenzio dell’art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164 del 2000 in*



punto di canone per l'affidamento non sia di per sé sufficiente a escludere l'obbligo di pagamento dello stesso". Si richiamava sul punto – rammenta la Corte delle leggi – "la facoltà per i Comuni di aumentare il canone sino al 10 per cento nelle more delle nuove gare, di cui all'art. 46-bis, comma 4, del d.l. n. 159 del 2007", 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";

su tali basi, dunque, la Corte costituzionale ha, innanzitutto, rilevato come la "disposizione interpretativa di cui all'art. 1, comma 453, della legge n. 232 del 2016, in tal senso, si è allineata a siffatto parere", non senza, però, sottacere come dalla descritta ricostruzione normativa emerga "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";

orbene, operata tale premessa, la Corte ha proceduto allo scrutinio di costituzionalità del predetto art. 1, comma 453, della legge n. 232 del 2016, peraltro limitandolo – in base alla propria consolidata giurisprudenza, che esclude la possibilità di ampliare il "thema decidendum" includendovi le censure sollevate dalle parti del giudizio "a quo", pur legittimate a spiegare intervento nel giudizio incidentale di costituzionalità – 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.;

tuttavia quanto affermato dalla Corte delle leggi ha valenza estensiva, consentendo di fugare i dubbi relativi a tutti i profili di illegittimità costituzionale (e di contrarietà all'ordinamento dell'Unione europea) dell'art. 1, comma 453, della legge n. 232 del 2016, oggetto dei primi due motivi di ricorso;

infatti, la Corte delle leggi non esclude che *"la proroga ex lege"*, risultante dal combinato disposto di tale norma e dell'art. 14, comma 7, del d.lgs. 264 del 2000, *"ricorrendo determinate circostanze, potrebbe effettivamente determinare un irragionevole squilibrio delle prestazioni contrattuali"*, ciò nondimeno, essa ha ritenuto che *"per ovviare a tali possibili conseguenze negative l'ordinamento prevede appositi strumenti, generali e specifici"*;

per un verso, infatti, si fa menzione dei *"poteri sostitutivi, già previsti dall'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164 del 2000 e successivamente riformulati dall'art. 46-bis del d.l. n. 159 del 2007"*, nonché dei *"rimedi ex artt. 30 e 31 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104"*, questi ultimi 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"*;

per altro verso, poi, si rileva che *"le concessioni per la distribuzione del gas rientrano tra le concessioni di servizi, definite dall'art. 3,*



comma 1, lettera vv), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (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 articoli da 164 a 178". In tale ottica, in particolare, si segnala che "l'art. 165, comma 1, cod. contratti pubblici precisa che, pur trasferendosi in capo al concessionario il rischio operativo, debba 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)", a tal fine prevedendo, al comma 6, del che "«[i]l 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»,", soggiungendo 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»" e che "«[i]n caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto»". Ne consegue, pertanto, che "la proroga del rapporto limitatamente all'ordinaria amministrazione, ivi compresa l'obbligazione 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 all'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164 del 2000", e ciò 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",



orbene, valorizzando questi rilievi, si può giungere alla conclusione 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" di quel rapporto contrattuale;

resterebbe, dunque, escluso che la scelta del legislatore del 2016, nel confermare la necessità del pagamento del canone di concessione anche nel corso della proroga del rapporto, presenti quella" portata confiscatoria delle disponibilità economiche di ogni bene/valore che rientra nella proprietà di un soggetto", da apprezzare, oltre che a norma del diritto eurounitario, anche ai sensi degli artt. 41 e 42 Cost.;

né, poi, sembra irrilevante – specie 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. È, infatti, proprio su questo ultimo piano che può superarsi il rilievo della ricorrente secondo cui 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. La possibilità, per contro, di



essere chiamato in futuro a rispondere – sul piano risarcitorio – della propria inerzia dovrebbe valere, quantomeno, a “controbilanciare” la tentazione di prorogare “sine die” e a propria discrezione – come lamenta la ricorrente – il rapporto già esistente;

quanto al terzo motivo di ricorso lo stesso è in parte infondato e in parte inammissibile;

quanto, infatti, alla pretesa di negare allo “*ius superveniens*” valore di norma di interpretazione autentica, la stessa è smentita dalla condivisibile ricostruzione del quadro normativo, così come proposta dalla sopra illustrata pronuncia della Corte costituzionale, donde la non fondatezza di tale censura;

quanto, invece, alla censura che investe il rigetto della domanda subordinata di “rideterminazione” del canone, dalla narrativa contenuta nel ricorso emerge che essa non si fondava sull’applicazione dell’art. 164 del c.d. codice dei contratti pubblici (ovvero lo strumento che si è visto essere quello idoneo a consentire una rinegoziazione del contratto di affidamento del servizio), ciò che rende, dunque, inammissibile la censura di violazione dell’art. 116 cod. proc. civ., 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.

Conclusivamente il ricorso va rigettato; si dispone tuttavia 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;
compensa le spese del giudizio di cassazione;
ai sensi dell'art. 13, co. 1-*quater* del d.P.R. n. 115 del 2002,
dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il
versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a
titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso,
a norma del comma 1*bis* del citato art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Terza
Sezione Civile della Corte di cassazione, in data 22 marzo 2023

Il Presidente
Danilo Sestini

