

Roberto **GAROFOLI** Giulia **FERRARI**

CODICE dei **CONTRATTI** **PUBBLICI**

Annotato con dottrina e giurisprudenza

D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36



Neldiritto
Editore

IX edizione 2024

Art. 146 – Gas ed energia termica

1. L'affidamento di contratti inerenti ai settori del gas e dell'energia termica è soggetto all'applicazione delle disposizioni del codice esclusivamente per le attività:

a) di messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di gas o di energia termica;

b) di alimentazione di tali reti con gas o energia termica, ivi compresa la generazione, la produzione e la vendita all'ingrosso o al dettaglio.

2. L'alimentazione, con gas o energia termica, di reti fisse che forniscono un servizio al pubblico, da parte di un'impresa pubblica o di un soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi, non è considerata un'attività di cui al comma 1 se concorrono le seguenti condizioni:

a) la produzione di gas o di energia termica è l'inevitabile risultato dell'esercizio di un'attività non prevista dal comma 1 o dagli articoli da 147 a 149;

b) l'alimentazione della rete pubblica mira solo a sfruttare economicamente tale produzione e corrisponde, al massimo, al 20 per cento del fatturato dell'ente, considerando la media dell'ultimo triennio, comprensivo dell'anno in corso.

3. Sono esclusi dalla applicazione delle disposizioni del codice i contratti stipulati per la fornitura di energia e di combustibili destinati alla produzione di energia da stazioni appaltanti o enti concedenti che esercitano le attività di cui al comma 1.

BIBLIOGRAFIA

CARULLO, *Appalti pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Giuffrè, 2001; MORBIDELLI, ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*², diretto da Chiti e Greco, I, Giuffrè, 2007; ROSSI, *Gestione dei sistemi elettrici nei mercati liberalizzati*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007; MESCIA, *Art. 208*, in *Codice degli appalti pubblici*², a cura di Garofoli e Ferrari, Neldiritto, 2008; PALASCIANO, *Gli appalti pubblici nei settori speciali: soglie di rilevanza comunitaria, ambito di applicazione e disciplina applicabile (artt. 206-219)*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, a cura di Sanino, Utet, 2008; MASARACCHIA, *Art. 208*, in *Codice dell'appalto pubblico*², a cura di Baccarini, Chinè e Proietti, Giuffrè, 2015, 1962 e ss.; GIUSTINIANI, *Art. 11*, in *Codice dei contratti pubblici*, diretto da Caringella, Giuffrè, 2022, 102 e ss.; CAVINA, GALLI, *Art. 115*, *ivi*, 1063 e ss.

SEZ. I**L'INQUADRAMENTO**

Sommario ■■1. Premessa. I settori speciali nell'evoluzione del quadro normativo UE di riferimento. ■■2. Il settore speciale del gas e dell'energia termica. Contenuto dell'art. 146. ■■3. Appalti aggiudicati da parte di particolari enti aggiudicatori per la fornitura di energia. ■■4. Il vincolo di "connessione" delle attività aventi ad oggetto la rete fissa con le attività di produzione, distribuzione e trasporto.

1. Premessa. I settori speciali nell'evoluzione del quadro normativo UE di riferimento.

L'articolo in commento – al pari delle corrispondenti previsioni dei Codici previgenti, ossia l'art. 115 del Codice del 2016 e l'art. 208 del Codice del 2006 – recepisce, in modo sostanzialmente identico, l'art. 8 della direttiva 2014/25/UE, a sua volta dedicato ai contratti afferenti al settore del gas e dell'energia termica.

Al pari degli altri settori speciali, quello del gas e dell'energia termica non era stato originariamente incluso nell'ambito di applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti, rientrando dunque in quelli che venivano denominati "settori esclusi". Le ragioni della mancata inclusione erano di ordine politico ed economico, di fronte alla varietà all'epoca sussistente nelle discipline in vigore presso i singoli Stati membri: in alcuni casi, infatti, gli enti che gestiscono i servizi *de quibus* risultavano disciplinati dal diritto pubblico, mentre in altri casi dal diritto privato; inoltre, si doveva fare i conti con la naturale chiusura del mercato di riferimento, dovuta all'esistenza di diritti speciali o esclusivi oggetto di concessione da parte delle autorità nazionali (ad es., per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione delle reti, o per lo sfruttamento di una certa area geografica per un fine determinato). Vi erano, infine, differenze notevoli

riscontrabili da Paese a Paese, avuto riguardo alle diverse modalità, prescelte dalle autorità nazionali, per influenzare il comportamento degli enti di gestione, ivi compresa l'assunzione di partecipazioni nei relativi capitali sociali o la rappresentanza negli organi amministrativi, direttivi o di vigilanza di tali enti. Si registrava, dunque, un'oggettiva difficoltà di addivenire ad un coordinamento tra le varie discipline vigenti nel panorama europeo, soprattutto a causa della contrapposizione tra sistemi retti da monopoli pubblici (gestiti dai c.d. monopolisti naturali) e di sistemi, invece, già più aperti alla concorrenza; e ciò, con l'ulteriore aggravante che, comunque, il settore in esame coinvolge interessi diretti dello Stato (Masaracchia, 1963; Carullo, 108).

La spinta alla liberalizzazione anche in questi settori, tuttavia, alla lunga è prevalsa e i settori prima "esclusi" dall'applicazione delle direttive sono stati inglobati nella disciplina dell'evidenza pubblica diventando settori "speciali", in considerazione delle notevoli peculiarità legate all'esistenza di numerose situazioni di monopolio naturale (in particolare, si pensi alla predisposizione e alla gestione delle reti fisse): ciò ha reso necessario il mantenimento di regimi di riserva sottratti alla liberalizzazione, con il conseguente operare di diritti speciali o esclusivi (Mescia, 1318).

Parallelamente all'evoluzione del concetto di "servizio pubblico", in quanto collegato alla natura dell'attività effettivamente realizzata piuttosto che a quella, pubblica o privata, del soggetto che la realizza, anche la disciplina dei settori speciali, nell'ambito delle fonti comunitarie, è stata via via inquadrata in una prospettiva "oggettivistica" (Morbidei, Zoppoloto, 540), superando, cioè, il criterio ancorato al soggetto aggiudicatore e prediligendo, nella formulazione delle norme, le caratteristiche oggettive in presenza delle quali una certa attività dovrà dirsi regolata dalle norme dei settori speciali.

2. Il settore speciale del gas e dell'energia termica. Contenuto dell'art. 146.

E dunque, con specifico riguardo al settore del gas e dell'energia termica, che in questa sede viene in rilievo, le attività che determinano l'applicazione delle norme del Libro III sono le seguenti: messa a disposizione di reti fisse; gestione di reti fisse; alimentazione di reti fisse.

L'elencazione di tali attività trova poi completamente, nel complesso normativo del Codice, con le previsioni dell'art. 147, concernente il settore dell'energia elettrica, e dell'art. 152, che attrae alla disciplina dei settori speciali ulteriori attività aventi un oggettivo legame con il settore energetico, ossia lo sfruttamento di aree geografiche al fine di estrazione di petrolio, di estrazione o produzione di gas e di prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi (si rinvia, dunque, al commento agli artt. 147 e 152).

Va, preliminarmente, segnalato un aspetto peculiare: l'*incipit* dell'art. 146 – così come quello degli articoli che lo seguono, dedicati, ciascuno, ad uno dei settori speciali (elettricità, acqua, servizi di trasporto, settore dei porti e aeroporti, servizi postali, estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi) – assoggetta l'affidamento dei contratti afferenti al settore del gas naturale e dell'energia termica all'applicazione “delle disposizioni del codice” e non (come ci si sarebbe aspettato) delle disposizioni dettate dal Libro III, dedicato ai settori speciali. La corrispondente disposizione del Codice del 2016 (l'art. 146), così come, del resto, la corrispondente disposizione del Codice del 2006 (l'art. 208), erano chiari nel delineare l'ambito applicativo dei singoli settori speciali proprio prevedendo l'assoggettamento dei relativi contratti alle norme del “presente capo” – quello, per l'appunto, dedicato agli appalti nei settori speciali – e non certo alle norme del Codice.

L'odierna apparente incongruenza può essere risolta attraverso una sapiente interpretazione del lemma “disposizioni del codice”, il quale ben può intendersi riferito anche all'art. 141, ossia alla norma che detta, in via generale, le condizioni di applicabilità delle disposizioni dell'intero Codice ai settori speciali. In base all'art. 141 non tutte le previsioni del Codice sono applicabili ai settori speciali, segnando così la stessa ragion d'essere della distinzione di questi ultimi rispetto ai settori ordinari; per l'effetto – a meno di non incappare in una vera e propria antinomia tra tale previsione dell'art. 141 e l'*incipit* delle varie norme dedicate ai singoli settori speciali – si potrà ritenere che, laddove le norme del Libro III, dedicate ai singoli settori speciali, richiamano l'applicabilità delle “disposizioni del codice”, esse in realtà intendono affermare l'applicabilità delle norme speciali dettate dal Libro III, conformemente a quanto accadeva per le previgenti versioni del Codice.

Ciò premesso, ed entrando nella trattazione specifica delle previsioni afferenti al settore speciale del gas e dell'energia termica, giova anzitutto rilevare che le reti fisse – concetto che assume posizione centrale per il settore in esame – devono essere, in base alla norma, “destinate alla fornitura di un servizio pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di gas o di energia termica” (art. 146, co. 1, lettera *a*).

Il concetto di “messa a disposizione” di reti fisse è legato all'esistenza, nel mercato di riferimento, di un monopolista naturale che detiene la rete e che, per consentire l'apertura del mercato comunitario interno del gas e dell'energia termica, dovrà, per l'appunto, metterla a disposizione in favore di operatori terzi. In particolare, egli dovrà consentire le seguenti operazioni: l'interconnessione alla rete, aspetto che consente di individuare i rapporti tra più imprese che dispongono di reti (Mescia, 1318), facendole dialogare; e l'accesso alla rete, che consiste nell'utilizzazione della rete da parte dell'operatore selezionato il quale, da solo, non dispone di una propria infrastruttura e si serve, dunque, della rete esistente (di

proprietà del monopolista) al fine di realizzare un'ulteriore attività legata al gas o all'energia termica (trasmissione e/o distribuzione). L'accesso, in sostanza, individua i rapporti che si stabiliscono tra colui che dispone della rete e l'operatore che della rete si serve per fornire servizi a terzi (Masaracchia, 1974).

Non può dimenticarsi che sono proprio le reti fisse e la loro gestione a rappresentare, tutt'oggi, l'“anello debole” dei settori speciali (Cavina, Galli, 1064). L'apertura effettiva alla concorrenza risulta, infatti, spesso ostacolata proprio da situazioni di monopolio naturale o di forte oligopolio, derivanti dal numero limitato delle reti disponibili e dalla loro non facile duplicabilità (se non a costi insostenibili per l'operatore economico privato che intende entrare nel mercato di riferimento). La legge, dunque, prescrive il diritto degli operatori di allacciarsi alla rete delle imprese che svolgono attività di trasporto e di dispacciamento del gas naturale (per le relative nozioni, cfr. *infra*, paragrafo n. 3), “ove il sistema di cui esse dispongono abbia idonea capacità, e purché le opere necessarie all'allacciamento dell'utente siano tecnicamente ed economicamente realizzabili in base a criteri stabiliti con delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto” (art. 8, co. 2, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164). La legge inoltre prevede l'obbligo, in capo alle imprese di gestione di reti di gas naturale, di consentire alle altre imprese richiedenti l'“accesso al sistema” (art. 24, d.lgs. n. 164 del 2000), con conseguente disciplina dei “casi di rifiuto” (Cavina, Galli, 1064 e s.).

In base alla normativa dell'Unione europea, peraltro, l'accesso alla rete deve avvenire con tariffe trasparenti e non discriminatorie; secondo la normativa interna, con specifico riferimento alla rete del gas naturale, il gestore della rete deve fornire agli utenti del sistema del gas naturale le informazioni necessarie per un efficiente accesso al sistema stesso e deve, altresì, debitamente motivare ogni eventuale rifiuto di accesso alla rete di trasporto del gas naturale (art. 10, co. 6, lettera *b*, d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93).

L'attività di “gestione” della rete fissa è propria di chi la detiene in proprietà o in concessione. Anche questa attività è sottoposta dall'articolo in commento alla disciplina dei settori speciali, proprio in considerazione della posizione peculiare rivestita dal gestore: costui, infatti, è detentore di un diritto di esclusiva, in quanto è anche il proprietario della rete da gestire. Nell'attività di gestione va fatta rientrare anche quella di manutenzione della rete (ivi compresa la messa in sicurezza delle strutture).

L'attività di “alimentazione” della rete fissa è strettamente connessa all'attività di produzione del gas o dell'energia termica, in quanto il bene, una volta prodotto, viene immesso nella rete con conseguente alimentazione di quest'ultima. Non a caso, nell'odierna formulazione della norma l'attività di alimentazione viene affiancata a quelle di generazione, produzione e vendita all'ingrosso o al dettaglio: una precisazione, quest'ultima, che non si rinveniva nella formulazione del corrispondente art. 115 del Codice del 2016 (né nell'art. 208 del Codice del 2006).

Come nelle precedenti versioni della norma, anche l'attuale art. 146 del nuovo Codice, qui in commento, esclude comunque dall'ambito della propria applicazione alcune ipotesi particolari dell'attività di alimentazione, nelle quali la produzione del gas o dell'energia termica è realizzata per finalità del tutto diverse da quelle concernenti la predisposizione o la gestione di reti fisse (co. 2, lettera *a*) e non rappresenta un apprezzabile quantitativo del fatturato dell'ente o della sua produzione totale di gas o di energia termica (co. 2, lettera *b*). Più nello specifico, sono escluse le attività di alimentazione, con gas o energia termica, di reti fisse che forniscono un servizio al pubblico, che siano poste in essere da un'impresa pubblica o da un soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi, a condizione, tuttavia, che la

produzione di gas o di energia termica costituisca “l’inevitabile risultato dell’esercizio di un’attività non prevista dal co.1 o dagli articoli da 147 a 149” (lettera *a* del co. 2) – e, dunque, un’attività non afferente né al gas naturale o all’energia termica, né all’elettricità, né all’acqua, né ai servizi di trasporto – e che l’alimentazione della rete pubblica miri solo a sfruttare economicamente tale produzione e corrisponda, al massimo, al 20 % del fatturato dell’ente, considerando la media dell’ultimo triennio, comprensivo dell’anno in corso (lettera *b* del co. 2).

Le condizioni appena menzionate, avuto riguardo alla formulazione letterale della disposizione, sono da ritenere cumulative e non alternative, come già ritenuto in dottrina (Palasciano, 800; Masaracchia, 1975). Questa conclusione pare invero preferibile anche dal punto di vista sistematico. Apparirebbe un controsenso, invero, escludere dalle norme sull’evidenza pubblica – e, conseguentemente, ammettere gli affidamenti diretti – attività di alimentazione che, seppur dirette a finalità diverse da quelle inerenti ai settori speciali, occupassero una consistente parte del fatturato dell’azienda produttrice; così come apparirebbe un controsenso, all’inverso, escludere dal novero in questione quelle opere di alimentazione che, seppur al di sotto della soglia del 20 % del fatturato, fossero dirette a realizzare una delle attività che caratterizzano proprio i settori speciali (Masaracchia, 1975).

Sul punto, può segnalarsi che, nella formulazione dell’art. 115 del Codice del 2016, il legislatore si era premurato di precisare che le condizioni menzionate dovessero ricorrere “tutte”: in ciò, la dottrina aveva rinvenuto una conferma della natura cumulativa delle due condizioni (Cavina, Galli, 1065 e s.). L’attuale formulazione dell’articolo in commento, pur avendo espunto il termine “tutte”, utilizza, al posto del verbo “ricorrono”, il verbo “concorrono”; ciò che conferma oggi, con diversa terminologia, la conclusione che le due condizioni devono essere considerate cumulative.

3. Appalti aggiudicati da parte di particolari enti aggiudicatori per la fornitura di energia.

A norma del co. 3 dell’art. 146, vengono esclusi dall’applicazione del Codice i contratti aventi ad oggetto la fornitura di energia (e/o di combustibili destinati alla produzione di energia) i quali siano stipulati da stazioni appaltanti o da enti concedenti che esercitano le attività di cui al co. 1 (e cioè le attività di messa a disposizione, di gestione e di alimentazione delle reti fisse, nonché di generazione, produzione e vendita all’ingrosso o al dettaglio). Viene in tal modo riproposta e collocata nella *sedes* più opportuna, quella del Libro III, la norma che, per quanto riguarda il settore speciale del gas e dell’energia termica, era precedentemente enunciata all’art. 11, co. 1, lettera *b*), del Codice del 2016.

Tale previsione, che recepisce l’art. 23 della direttiva 2014/25/UE, in sostanza stabilisce la possibilità degli affidamenti diretti e, nel far ciò, come osservato in dottrina, sposa una *ratio* prudenziale. Nel mercato della fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia, invero, la concorrenza è fortemente distorta per effetto degli ostacoli che affliggono gli scambi interfrontalieri di energia. Di conseguenza, il legislatore europeo (e, a cascata, quello nazionale), ha preferito non rendere operativa, per il momento, la disciplina dell’evidenza pubblica in questo particolare settore, almeno fino a quando non saranno eliminate le distorsioni concorrenziali che, al momento, non consentono di applicarla pienamente (Giustiniani, 103).

Può osservarsi che la previsione in commento, inserita nell’art. 146, riguarda solo i contratti di fornitura del gas e dell’energia termica (da parte delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti che esercitano le attività di messa a

disposizione, di gestione e di alimentazione delle reti fisse, nonché di generazione, produzione e vendita all’ingrosso o al dettaglio). Analoga previsione non è invece inserita nell’art. 147, dedicato al settore dell’energia elettrica, e ciò a differenza di quanto aveva stabilito il Codice del 2016. Se ne deve dedurre, dunque che, nel frangente temporale che va dall’adozione del Codice del 2016 all’adozione del Codice nuovo, il legislatore nazionale ha ritenuto che le ragioni di distorsione del mercato di riferimento, che in precedenza avevano giustificato la deroga per tutti i settori energetici, siano oggi ancora valide per il settore del gas e dell’energia termica, e siano invece da ritenersi ormai superate per il settore dell’energia elettrica.

4. Il vincolo di “connessione” delle attività aventi ad oggetto la rete fissa con le attività di produzione, distribuzione e trasporto.

A norma del co. 1, lettere *a*) e *b*), dell’art. 146 (che, in ciò, ripropone pedissequamente le previsioni di cui ai previgenti Codici del 2016 e del 2006), affinché siano applicabili le disposizioni sull’evidenza pubblica, le attività di messa a disposizione, di gestione e di alimentazione delle reti fisse, destinate alla fornitura di un servizio pubblico, devono risultare “connesse” con la produzione, il trasporto o la distribuzione del gas o dell’energia termica.

In ciò il legislatore si riferisce alla cosiddetta “filiera” del gas o dell’energia termica, ossia all’insieme delle diverse fasi che scandiscono la fornitura agli utenti: dalla produzione si passa al trasporto verso i grandi centri di consumo e si giunge, infine, alla grande e piccola distribuzione (vendita all’ingrosso e vendita al dettaglio) (Rossi, 18; Masaracchia, 1975 e s.), realizzata attraverso appositi impianti, di maggiori o di minori dimensioni a seconda dell’energia o del gas distribuiti.

La “distribuzione” consiste nel trasporto del prodotto “attraverso reti di gasdotti locali per la consegna ai clienti” (così, per quanto riguarda il gas naturale, l’art. 2, co. 1, lettera *n*, d.lgs. n. 164 del 2000) e, dunque, essa segna il passaggio del prodotto (nel nostro caso, gas o energia termica) nella diramazione locale e finale.

L’attività di “trasporto” deve invece collocarsi a livello nazionale, essendo realizzato attraverso una rete di gasdotti (cfr., già, l’art. 2, co. 1, lettera *ii*, d.lgs. n. 164 del 2000).

Peraltro, l’attività di distribuzione e quella di trasporto presuppongono un’ulteriore attività, quella di “dispacciamento”, che consiste nel coordinamento dei centri di produzione per far sì che il bene venga trasportato ai centri di consumo primario (Rossi, 17). Con riferimento al settore del gas, in particolare, l’attività di dispacciamento è definita come quella “diretta ad impartire disposizioni per l’utilizzazione e l’esercizio coordinato degli impianti di coltivazione, di stoccaggio, della rete di trasporto e di distribuzione e dei servizi accessori” (art. 2, co. 1, lettera *j*, d.lgs. n. 164 del 2000). Nel settore del gas naturale, vi è poi da considerare anche l’attività di stoccaggio, che è parimenti necessaria e funzionale alle attività di produzione, trasporto e distribuzione. Essa consiste nell’immagazzinamento del gas in prossimità di zone caratterizzate da elevati consumi, e può presentarsi come stoccaggio “di modulazione”, finalizzato a “soddisfare la modulazione dell’andamento giornaliero, stagionale e di punta dei consumi” (art. 2, co. 1, lettera *ff*, d.lgs. n. 164 del 2000), come stoccaggio “minerario”, necessario per “per motivi tecnici ed economici a consentire lo svolgimento ottimale della coltivazione di giacimenti di gas naturale nel territorio italiano” (art. 2 cit., lettera *gg*), e infine come stoccaggio “strategico”, volto cioè a “sopperire a situazioni di mancanza o riduzione degli approvvigionamenti o di crisi del sistema del gas” (art. 2 cit., lettera *hh*).

SEZ. II LE QUESTIONI

Sommario ■■1. I servizi di lettura dei contatori e di *call center* telefonico per l'autolettura rientrano nel settore speciale disciplinato dall'art. 146? ■■2. Alimentazione di rete fissa e condizioni dettate dal co. 2 dell'art. 146: il caso degli impianti di trattamento dei rifiuti.

1. I servizi di lettura dei contatori e di call center telefonico per l'autolettura rientrano nel settore speciale disciplinato dall'art. 146?

Secondo il T.a.r. Milano (sez. IV, 12 febbraio 2021, n. 396) – e premessa, nel caso di specie, la natura dell'ente appaltatore come organismo di diritto pubblico – i **servizi di lettura dei contatori e di call center telefonico per l'autolettura** rientrano nei settori speciali secondo la previsione dell'art. 115 del Codice del 2016 (oggi: art. 146 del nuovo Codice).

Essi, infatti, costituiscono attività principalmente destinate alla misurazione dei consumi del gas. In merito, ha ricordato il Tar che, ai sensi dell'art. 14, co. 1, d.lgs. n. 164 del 2000, "L'attività di distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico" e l'attuale disciplina del settore prevede che sia l'impresa di distribuzione a farsi carico dell'attività di misurazione dei consumi, e non piuttosto quella che provvede alla vendita (in tal senso, viene ricordata la deliberazione di Arera del 19 dicembre 2019, n. 554/2019/R/GAS; in tal senso, in giurisprudenza, sia pur implicitamente, T.a.r. Palermo, sez. III, 21 novembre 2016, n. 2691). Si tratta quindi di **attività connessa con la distribuzione del gas** e con quella di **gestione della rete**, attività che sono incluse nelle previsioni dell'art. 115 del Codice del 2016.

Né in senso opposto – ha osservato il T.a.r. – può essere sufficiente la previsione, nell'oggetto della gara, dell'attività consistente nella creazione e gestione di uno sportello "*info point*", in quanto anch'esso è destinato alla soddisfazione delle esigenze dei clienti relative alla gestione della rete ed alla distribuzione del gas. Si tratta quindi, anche in questo caso, di attività connessa alle altre già attratte nella giurisdizione del giudice amministrativo.

2. Alimentazione di rete fissa e condizioni dettate dal co. 2 dell'art. 146: il caso degli impianti di trattamento dei rifiuti.

In una controversia concernente un appalto per la **progettazione di digestori anaerobici**, destinati a

integrare un **impianto di trattamento di rifiuti**, il T.a.r. Brescia (sez. II, 30 gennaio 2018, n. 138), ha avuto l'occasione di verificare la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 115, co. 2, del Codice del 2016 (corrispondente all'attuale art. 146, co. 2, del nuovo Codice), e ha concluso nel senso che, in detta fattispecie, l'attività di produzione di biogas, derivante dall'impianto, e la conseguente alimentazione della rete fissa, si assestava al di sotto della soglia del 20% del fatturato dell'impresa pubblica produttrice, con conseguente non applicabilità delle norme di evidenza pubblica.

Il T.a.r. ha premesso che il principio generale dettato dall'art. 115 del Codice del 2016 (oggi: dall'art. 146 del Codice nuovo), secondo cui l'ente aggiudicatore attivo nei settori speciali è tenuto al rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, trova eccezione nel caso in cui l'alimentazione con gas o energia termica di reti fisse, che forniscono un servizio al pubblico, da parte di un ente aggiudicatore che non è un'amministrazione aggiudicatrice, sia l'inevitabile risultato dell'esercizio di un'attività non prevista dal co. 1. Tale circostanza è stata ritenuta ravvisabile nel caso in esame, nel quale il gas costituiva un prodotto dell'attività di smaltimento dei rifiuti, a sua volta non compresa tra i settori speciali e, comunque, incidente per meno del 20% sul fatturato dell'ente aggiudicatore, considerando la media dell'ultimo triennio.

L'ente aggiudicatore, in giudizio, aveva depositato i propri bilanci consolidati che evidenziavano come, nell'ultimo triennio, l'attività di fornitura di gas (di ogni origine e non solo biometano) ha prodotto, per tale società, ricavi inferiori al 20% dei totali.

Pertanto, pur trattandosi di soggetto che opera anche nei c.d. settori speciali, e sebbene l'attività svolta mediante il biodigestore determinasse anche la produzione di una non irrilevante quantità di energia, essa doveva comunque essere ricondotta al più ampio spettro dell'attività (principale) di recupero dei rifiuti e non poteva, dunque, ritenersi soggetta alla disciplina propria dei settori speciali di rilevanza comunitaria (tra cui rientra, per l'appunto, l'immissione in rete e la gestione di gas e energia termica), proprio in ragione della limitata incidenza della produzione di energia nell'attività svolta dall'impresa pubblica attraverso impianti come quello in questione.