

TI_GERICHTE 52.2011.508 vom 20. Juni 2013

TI Tribunale d'appello, 2013-06-20, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2011.508

FR: TI_GERICHTE 52.2011.508 du 20 juin 2013

IT: TI_GERICHTE 52.2011.508 del 20 giugno 2013

Regeste

Fornitura di elettricità e gas - servizio pubblico ai sensi della LMSP, competenza del Consiglio di Stato, legittimazione attiva della conduttrice quale consumatore fisso finale e obbligo per l'AIL di rispettare il principio di proporzionalità

Erwägungen

E. 1

La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data e discende dagli art. 40 LMSP e, subordinatamente, 60 cpv. 2 della La legittimazione attiva delle insorgenti, destinatarie del giudizio impugnato, è certa (art. 43 LPamm). La questione di sapere se la controversia ricada nel novero di quelle deferibili dinanzi alla giurisdizione amministrativa è questione di merito. I gravami, tempestivi (art. 46 cpv. 1 LPamm), sono pertanto ricevibili in ordine e possono essere decisi con un'unica pronuncia (art. 51 LPamm) sulla scorta degli atti, senza procedere ad accertamenti istruttori (art. 18 cpv. 1 LPamm).

E. 2

AIL SA è una società anonima ai sensi degli art. 620 e segg. del Codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911 (CO; RS 220) dotata di un capitale nominale di fr. 70'000'000.- interamente liberato, suddiviso in 70'000 azioni nominative da fr. 1'000.- cadauna, tutte di proprietà del Comune di _____ (cfr. <http://www.ail.ch/meta-navigation/chi-siamo.html>). Essa è iscritta a registro di commercio dal 21 giugno 2000 e persegue quale scopo " 1 a produzione, il trasporto, la distribuzione e la vendita di energia ad enti pubblici (singoli od associati), a società ed a privati. L'energia potrà anche venir utilizzata per uso proprio. A tale scopo la società può ampliare i suoi impianti di produzione, trasporto e distribuzione esistenti; come pure acquistarne, prenderne in affitto e costruirne dei nuovi; acquistare, possedere e gestire partecipazioni in imprese energetiche, immobiliari, commerciali ed industriali; acquistare, produrre, commerciare e distribuire elettricità, gas ed acqua industriale; eseguire installazioni e lavori anche per conto di terzi. La società può inoltre assumere la gestione di società, aziende o servizi di interesse regionale o locale; assumere la gestione d'attività delegate da uno o più azionisti; acquistare, possedere, amministrare e vendere immobili." (cfr. estratto registro di commercio; doc. 5). Sul territorio di _____ AIL SA è da diversi anni operativa nel settore della distribuzione e della vendita di gas e di elettricità, in virtù di due distinte convenzioni concluse con questo comune nel 2000, rispettivamente nel 2003 (doc. O e P agli atti).

E. 2.1

La LMSP stabilisce che in Ticino i comuni hanno la facoltà di assumere l'esercizio diretto, anche con diritto di privativa, dei servizi di interesse pubblico (art. 1 cpv. 1 LMSP). Qualora

non intendano gestire di prima persona questo genere di attività, essi possono rilasciare delle concessioni a terzi, le quali devono ossequiare i requisiti posti dall'art. 35 lett. a - f LMSP e necessitano per la loro validità dell'approvazione del Consiglio di Stato. La legge non precisa che cosa si debba intendere con il termine di "servizio/azienda di interesse pubblico". Essa non contiene nessuna definizione in proposito. Come illustrato da questo Tribunale in una recente sentenza in materia di distribuzione di gas già concernente AIL SA (cfr. STA 52.2010.259 del 3 agosto 2012), poi confermata su ricorso dal Tribunale federale con giudizio 2C_920/2012 del 27 marzo 2013, ciò risponde ad una precisa scelta del legislatore che, distanziandosi da quanto era stato proposto in sede di messaggio dal Consiglio di Stato, ha volutamente rinunciato ad iscriverne nella LMSP un'elencazione dei vari servizi suscettibili di essere assunti in maniera diretta o indiretta dal comune, ritenendo la medesima "inutile e dannosa perché dominante in materia è a ritenersi il concetto della relatività assoluta al tempo e allo spazio degli elementi costituenti il pubblico bisogno ed interesse pubblico determinanti il fenomeno della Municipalizzazione" (cfr. rapporto sul messaggio del Consiglio di Stato n. 20 del 9 novembre 1904 riguardante il progetto di legge sulla municipalizzazione dei servizi pubblici, consid. 8; sull'argomento si veda anche: Luciano Giudici, Problemi giuridici della municipalizzazione di servizi pubblici, tesi, Berna 1969, pag. 86 e segg.). Sebbene la LMSP si fondi dunque su di una concezione sostanzialmente dinamica della nozione di servizio e di azienda di interesse pubblico e assegni al legislativo comunale il ruolo di interprete principale di questo concetto, occorre comunque rilevare che, affinché la questione della municipalizzazione non venga risolta dagli organi comunali su base puramente volontaristica o in applicazione di criteri meramente politici, il loro potere discrezionale deve per forza di cose essere limitato da una nozione giuridica di servizio pubblico il più possibile precisa (cfr. Giudici, op. cit., pag. 89). Davanti alla difficoltà oggettiva di fornire una definizione di valore assoluto di questo concetto, la dottrina ticinese in materia ha individuato una serie di elementi negativi e positivi, volti a permettere in concreto l'individuazione di un servizio pubblico municipalizzabile, e segnatamente: - l'esistenza di un complesso di mezzi personali e reali in grado di conferire sistematicità e continuità alle prestazioni di beni e servizi; - la possibilità per tutti i cittadini di beneficiare, almeno potenzialmente, delle prestazioni sia uti singuli che uti universi; - tali prestazioni devono rappresentare nell'ambito della comunità territoriale il soddisfacimento di bisogni della generalità dei cittadini oppure di bisogni qualitativamente qualificati anche di una minoranza; - lo scopo unico o chiaramente prevalente della prestazione offerta dal servizio pubblico deve essere esattamente quella di soddisfare tali bisogni dei cittadini: non ci deve essere un interesse secondario di natura fiscale; - al contrario di quanto avviene per le pubbliche funzioni, l'assunzione di un pubblico servizio da parte dell'ente pubblico non costituisce una sua esclusività istituzionale, potendo di principio simili servizi essere svolti anche da privati, circostanza, questa, che conferisce ai medesimi carattere economico commerciale o industriale (cfr. Giudici, op. cit., pagg. 102 e 103).

E. 2.2

Nel caso di specie, sia il servizio per la fornitura e la distribuzione di energia elettrica, sia il servizio per la fornitura e la distribuzione di gas naturale offerti da AIL SA nel comune di _____ rientrano senz'altro nel novero di quei servizi pubblici suscettibili di essere qualificati come tali, giusta la LMSP, dal momento che nella loro essenza i criteri appena esposti risultano tutti adempiuti. Dottrina e giurisprudenza riconoscono d'altra parte che, in termini generali, nelle attuali condizioni socioeconomiche il trasporto e la distribuzione ai

privati di acqua e di energia, sia sotto forma di elettricità che di gas, costituiscono degli esempi di servizi industriali, il cui chiaro interesse pubblico non necessita nemmeno più di essere dimostrato (Giudici , op. cit., pag. 59; Pierre Moor , Droit administratif, vol. III, Berna 1992, pag. 344, Blaise Knapp , L'organizzazione dei servizi industriali, in: il comune, aspetti giuridici e istituzionali, vol. 19 CFP, Lugano 1997, pag. 37 con rispettivi riferimenti). Per quanto riguarda in particolare il gas, il fatto che la convenzione con il comune, conclusa per una durata minima di vent'anni e rinnovabile automaticamente per ulteriori dieci in assenza di disdetta (art. 13), obblighi quest'ultimo ad accordare gratuitamente ad AIL SA sul demanio pubblico e sui fondi appartenenti ai suoi beni patrimoniali, i passaggi necessari per le condotte del gas nonché lo spazio indispensabile per la posa dei gruppi di regolazione che servono alla distribuzione del gas (art. 4), inducono a concludere che, a prescindere da quanto affermato dal municipio di _____ nel suo messaggio n. 5680 del 10 ottobre 2000 (doc. O), la medesima sia qualificabile alla stregua di un atto di concessione di azienda d'interesse pubblico ai sensi dell'art. 35 LMSP a favore di una società anonima di diritto privato. Ad avvalorare questa tesi contribuiscono pure altri due elementi. In primo luogo detto accordo riconosce all'AIL SA delle prerogative, quali in particolare quelle di cui all'art. 5 della convenzione, tipiche di chi fruisce di una posizione di "cessionario" di un servizio di interesse pubblico. Secondariamente l'art. 14 istituisce a favore del comune un diritto di riscatto, secondo le modalità previste dall'art. 38 LMSP, ciò che costituisce una caratteristica tipica degli atti di concessione di un servizio industriale di interesse pubblico, ai sensi di quest'ultima legge. Il solo fatto che il comune non abbia in questo specifico settore concesso ad AIL SA la privativa non permette ancora di sovvertire tale conclusione, anche perché quest'ultima gode comunque attualmente di un monopolio di fatto sul territorio comunale. La circostanza poi secondo cui il gas, potendo essere distribuito anche tramite autobotti, sarebbe assimilabile ad un qualsiasi altro combustibile non è manifestamente di alcuna rilevanza nel presente contesto. Determinante per la qualifica del servizio fornito da AIL SA in questo ambito è unicamente il fatto che essa agisce in concreto quale proprietaria di una rete fissa di distribuzione volta a rifornire le economie domestiche, i commerci e le industrie di _____ nell'ambito di una concessione di servizio pubblico rilasciatagli dal comune. Infine occorre ancora sottolineare che in materia di elettricità, l'entrata in vigore sul piano federale della legge federale sull'approvvigionamento elettrico del 23 marzo 2007 (LAEl; RS 734.7) ha sino ad ora comportato in Ticino per gli enti locali unicamente il divieto di prevalersi del diritto di privativa previsto dall'art. 1 LMSP (cfr. art. 12 della legge cantonale di applicazione alla legge federale sull'approvvigionamento elettrico del 30 novembre 2009 [LA-LAEI; RL 9.1.7.3]), ma non ha reso incompatibili con il diritto di rango superiore le varie aziende elettriche comunali esistenti, né tantomeno ha estinto sul piano giuridico la possibilità per i comuni di dotarsi ancora oggi, in forma diretta o tramite rilascio di una concessione a favore di terzi, di un'azienda municipalizzata attiva in questo settore, come per l'appunto è il caso di AIL SA a _____. Deve pertanto essere respinta l'obiezione sollevata dalla RI 1 , secondo cui entrambi i settori qui in discussione (gas ed elettricità) non rientrerebbero nel concetto di servizio pubblico ai sensi della LMSP. 3. 3.1. Chiarito questo aspetto, occorre ora esaminare se, come sostenuto dalla ricorrente RI 1, il Consiglio di Stato non era competente ad evadere i due reclami inoltrati il 19 maggio 2011 dalla CO 1, dal momento che la lite riguarderebbe dei contratti di diritto privato e come tale andrebbe sottoposta al giudice civile. Analogo argomento è stato avanzato anche da AIL SA, limitatamente però alla questione relativa alla fornitura di gas. 3.2. Come esposto in

narrativa, la presente vertenza trae origine dalle contestazioni sollevate dalla CO 1 nei confronti di due diverse determinazioni di AIL SA. La prima, datata 5 maggio 2011 e indirizzata alla RI 1, riguardava la decisione di procedere all'interruzione forzata della fornitura di elettricità e di gas alla part. n. _____ di sua proprietà, a causa del mancato pagamento da parte di quest'ultima delle fatture arretrate; la seconda, del 19 maggio e indirizzata alla stessa CO 1, concerneva invece il rifiuto di trasferire a quest'ultima gli abbonamenti in essere con la RI 1, per quel che attiene alla fornitura di gas ed elettricità al centro fitness/wellness/spa esistente sul predetto mappale. Il Governo ha fondato per entrambi i reclami la propria competenza a statuire sull'art. 40 LMSP, secondo il quale spetta a questa autorità dirimere in prima istanza le contestazioni tra aziende municipalizzate o concessionarie da una parte e utenti dall'altra. Tale conclusione va di principio condivisa, sebbene che per quanto riguarda gli aspetti legati alla fornitura di elettricità sarebbe potuta entrare in linea di conto la competenza a decidere della Commissione federale dell'energia elettrica (ElCom). Tale eventualità era d'altra parte stata rilevata anche dal Consiglio di Stato. Tuttavia, nell'ambito di uno scambio di opinioni con la ElCom, quest'ultima con scritto del 19 luglio 2011 - il cui contenuto per il vero desta non poche perplessità - ha declinato la propria competenza ad occuparsi della lite, ritenendo che la stessa verterebbe sostanzialmente su aspetti di diritto cantonale. Date le circostanze, e al fine di evitare un conflitto di competenza negativo con quest'ultima autorità federale, bene ha fatto il Governo cantonale ad entrare nel merito dei reclami della CO 1 anche per quel che concerne gli aspetti legati alla fornitura di elettricità fondandosi per l'appunto sull'art. 40 LMSP. A questo proposito occorre in effetti considerare che, come diffusamente esposto al precedente considerando, sia in materia di fornitura di gas, che in materia di fornitura di elettricità, AIL SA agisce nel comune di _____ in qualità di azienda concessionaria di un servizio industriale di interesse pubblico, ai sensi dell'art. 35 LMSP. Ora, questo Tribunale ha già avuto modo di stabilire che la competenza ex art. 40 LMSP delle autorità di ricorso amministrative (Consiglio di Stato prima e Tribunale cantonale amministrativo poi) a dirimere le liti tra azienda municipalizzata e utenti è data indipendentemente dalla questione di sapere se il rapporto tra queste due parti sia di natura pubblicistica o privatistica (RDAT I-1999 n. 6, consid. 4). Come sopra illustrato, nel caso di specie la causa verte su questioni riguardanti i contratti a suo tempo conclusi tra l'AIL SA e la RI 1 per quanto attiene alla fornitura di energia (gas ed elettricità) all'edificio esistente sulla part. _____ di _____, sezione di _____, di cui la CO 1 è la conduttrice, e il conseguente rifiuto del fornitore di instaurare una simile relazione direttamente con quest'ultima società. Ora, la figura dell'utente non è definita dalla LMSP. La giurisprudenza ha però già avuto modo di precisare come, nel silenzio della legge, non appaia lesivo del diritto considerare tale chiunque benefici dei servizi dispensati da un'azienda municipalizzata o concessionaria di un servizio industriale di interesse pubblico. Irrilevante ai fini del riconoscimento della qualità di utente è infatti la natura giuridica del rapporto sottostante. Decisivo è unicamente il fatto di fruire delle prestazioni erogate dall'azienda. Il riconoscimento della qualità di utente non presuppone in effetti l'esistenza di un particolare rapporto di subordinazione tra l'azienda ed il destinatario delle prestazioni di servizio erogate dall'azienda. Tale veste scaturisce dal fatto stesso di beneficiare dei servizi dispensati dall'azienda, ovvero, in concreto, dalla possibilità di prelevare energia, sotto forma di elettricità o di gas, dalla rete di distribuzione di AIL SA (RDAT I-1999 n. 6, consid. 4). Data dunque la veste in cui compaiono le parti in causa e visto l'oggetto del contendere, competente giusta l'art. 40 LMSP a dirimere la vertenza sorta in merito alla

legittimità dei provvedimenti adottati il 5 e il 19 maggio 2011 da AIL SA era quindi il Consiglio di Stato. 3.3. Fermo restando il fatto che, come appena visto, ai fini dell'applicazione dell'art. 40 LMSP la natura giuridica, pubblica o privata, del rapporto tra azienda e utenti non è decisiva, vale comunque la pena spendere alcune parole su quest'ultimo aspetto. In passato la prassi cantonale considerava che determinante per detta qualifica fosse la configurazione concreta dell'ordinamento previsto per disciplinare il rapporto d'utenza. Se i diritti e gli obblighi delle parti erano definiti in modo rigido ed uniforme dalla legge, tale rapporto veniva considerato di natura pubblicistica. Se l'ordinamento applicabile lasciava invece alle parti la possibilità di determinarli liberamente e su un piano di parità, il rapporto tra l'azienda ed i suoi utenti poteva essere retto sia dal diritto pubblico, sia da quello privato. Tale rapporto soggiaceva però sempre al diritto pubblico e si concretizzava sotto forma di contratti di diritto amministrativo nei casi in cui veniva ad instaurarsi in adempimento del mandato di servizio pubblico che la legge affidava all'azienda. In questo senso irrilevanti ai fini della sua qualifica giuridica erano considerati gli eventuali rinvii al diritto privato o al foro civile contemplati dalle condizioni generali aziendali. Lo stesso era invece ritenuto retto dal diritto privato ed assumeva le connotazioni di un contratto di compravendita nei casi in cui esulava da tale mandato (RDAT I-1999 n. 6, consid. 3 con riferimenti). Ora, queste considerazioni sono sicuramente ancora valide per il settore della fornitura di gas, non essendo mutato nel frattempo il quadro legale di riferimento. In questo ambito dunque i rapporti tra AIL SA e i suoi utenti sono da considerare di natura pubblicistica laddove, come nel caso di specie, rientrano nel campo definito dal mandato di servizio pubblico che questa società svolge per conto del comune di _____.

Per quanto attiene invece al settore dell'elettricità, si deve considerare che il 1° gennaio 2008 è entrata in vigore la LAEI. Quest'ultima non regola esplicitamente la natura giuridica dei contratti di fornitura di elettricità. A tale proposito la dottrina non è unanime: alcuni autori propendono per il loro assoggettamento al diritto privato (Michèle Balthasar , Elektrizitätslieferungsverträge im Hinblick auf die Strommarktöffnung - Unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrechts , in EIZ 2007/89 pag. 58), altri lasciano la porta aperta anche alla possibilità che gli stessi siano disciplinati attraverso contratti di diritto amministrativo (Carlo Jagmetti , Energierecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Vol VII; Basilea 2005, n. 1128). Allo stato attuale delle cose, occorre comunque considerare che la liberalizzazione del mercato introdotta dalla LAEI non tocca ancora i consumatori fissi finali con un consumo annuo di elettricità inferiore a 100 MWh per centro di consumo, quali sono le parti qui in causa. In questa prima fase di apertura del mercato nulla si oppone ad un'impostazione pubblicistica dei rapporti tra quest'ultima categoria di utenti e i gestori delle reti (in questo senso: Balthasar , op. cit, pag. 58-59). Stante il quadro legislativo vigente, si può dunque ritenere che la suddetta prassi sviluppata da questo Tribunale sia tutto sommato ancora applicabile anche per qualificare le relazioni contrattuali che si instaurano in materia di fornitura di elettricità, perlomeno laddove le medesime riguardano da un lato dei cosiddetti "piccoli" consumatori fissi finali, nel senso inteso dall'art. 6 cpv. 2 LAEI, e dall'altro delle aziende municipalizzate, quale è concretamente AIL SA. Per cui, laddove tali rapporti si instaurano - come nel caso di specie - nel quadro del mandato di servizio pubblico svolto dal gestore della rete, anche in materia di elettricità si può ancora di principio considerare che i medesimi siano di natura pubblicistica. Nulla muta in proposito che nell'ambito di una procedura in materia di rigetto dell'opposizione il Pretore dapprima e la Camera esecuzioni e fallimenti (CEF) del Tribunale d'appello (sentenza 14.2011.84 del 29 luglio 2011) in

seguito abbiano ritenuto che il rapporto che tra la AIL SA e utenza in materia di fornitura di gas sarebbe retto dal diritto privato. A prescindere dal fatto che tale conclusione non è affatto vincolante per questa Corte nella presente sede, va detto che, contrariamente a quanto ritenuto dalla CEF in quell'occasione, il semplice rimando al Codice delle obbligazioni contenuto nel Regolamento per la fornitura di gas del 16 giugno 2000 emesso dalla stessa AIL SA per disciplinare il rapporto con l'utenza, non poteva essere considerato sufficiente a qualificare in senso giusprivatistico il medesimo, dovendo, come ancora recentemente ricordato dal Tribunale federale, la distinzione fra contestazioni civili e contestazioni fondate sul diritto pubblico essere effettuata di caso in caso sulla base dell'oggetto della lite e con l'ausilio di diverse teorie sviluppate dalla prassi, i cui criteri fondamentali non si escludono vicendevolmente e che vengono utilizzate a dipendenza della loro pertinenza per la singola fattispecie (si veda in proposito STF 2C_795/2012 del 1° maggio 2013 consid. 4.4 con numerosi riferimenti). Né tantomeno può essere attribuita qualsiasi rilevanza al fatto che la CO 1 si sia rivolta alla Pretura del Distretto di _____ per ottenere una sentenza cautelare intesa a far ordine alla stessa proprietaria dell'immobile di mantenere gli allacciamenti di gas e di elettricità esistenti. Trattasi in effetti di provvedimenti derivanti dal contratto di locazione che lega la RI 1 alla CO 1 e che pertanto andavano evidentemente richiesti al competente giudice civile. Nulla può essere dedotto da questa circostanza circa la natura privatistica o pubblicistica del rapporto d'utenza con AIL SA.

E. 4.1

La ricorrente AIL SA rimprovera all' Esecutivo cantonale di avere a torto riconosciuto la legittimazione attiva della CO 1 ad impugnare i due querelati provvedimenti. Analogo argomento è stato avanzato anche dalla RI 1

E. 4.2

Dinnanzi alle istanze ricorsuali amministrative la legittimazione ad agire è definita dall'art. 43 LPamm, che stabilisce che hanno qualità per interporre ricorso persone o enti pubblici lesi direttamente nei loro legittimi interessi dalla decisione impugnata. La nozione d'interesse legittimo corrisponde, secondo la prassi di questo Tribunale, a quella d'interesse degno di protezione giusta gli art. 48 lett. a della legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021) e 103 lett. a della legge federale sull'organizzazione giudiziaria del 16 dicembre 1943 (OG; abrogata dall'art. 131 cpv. 1 legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110). Introducendo il requisito dell'interesse legittimo, il legislatore ha quindi voluto, in primo luogo, escludere l' actio popularis , cosicché difetta della legittimazione ricorsuale chi dal provvedimento impugnato non sia toccato altrimenti che qualsiasi altro singolo cittadino o che la collettività; occorre pertanto l'esistenza di una relazione rilevante o speciale del ricorrente con l'oggetto della contestazione. D'altro lato basta, però, l'esistenza di un interesse degno di protezione dal profilo processuale e non occorre la lesione di diritti soggettivi; anche un interesse di mero fatto, ad esempio di natura economica, ideale o morale può essere sufficiente. Affinché il gravame sia ricevibile in ossequio all'art. 43 LPamm basta pertanto che il ricorrente possa prevalersi di un interesse personale, immediato e attuale all'annullamento o alla modificazione della decisione contestata e dunque all'ottenimento di un giudizio più favorevole (cfr. R DAT I-2001 n. 27 consid. 2.1., I-1999 n. 11 consid. 2b, I-1998 n. 13 consid. 2.2., I-1993 n. 22 consid. 1.2.).

E. 4.3

Nel caso di specie la CO 1 adempiva dinnanzi al Consiglio di Stato i suddetti requisiti per rapporto ad entrambi i provvedimenti adottati dalla AIL SA. Per quanto riguarda innanzitutto la decisione 19 maggio 2011 con cui quest'ultima si è rifiutata di trasferirle gli abbonamenti di fornitura conclusi con la RI 1, è di meridiana evidenza che la ricorrente, in quanto destinataria materiale della medesima, era certamente toccata in modo diretto dalla medesima nei suoi interessi e come tale era senz'altro legittimata a contestarla. Irrilevante ai fini della potestà ricorsuale è la questione di sapere se dal profilo materiale la CO 1 disponesse o meno di un diritto soggettivo ad ottenere quanto chiedeva, visto che ciò non costituisce un requisito necessario per il riconoscimento della qualità per interporre ricorso ex art. 43 LPamm. In merito poi alla decisione 5 maggio 2011, mediante la quale AIL SA ha risolto di sospendere la fornitura di elettricità e di gas al mappale n. _____ di _____, sezione di _____, tale misura si inseriva nel contesto delle relazioni d'utenza che si erano istaurate tra l'azienda municipalizzata e la proprietaria di questo fondo. Nella misura però in cui la CO 1 occupava (e occupa tutt'ora) in virtù di un contratto di locazione una parte dell'edificio esistente su questo mappale e fa uso per l'esercizio della propria attività aziendale dell'energia elettrica e del gas che AIL SA dovrebbe erogare alla sua locatrice, si deve riconoscere che essa, pur non essendo la destinataria materiale del provvedimento, poteva far valere una relazione rilevante e speciale con l'oggetto della contestazione, che le conferiva la legittimazione ad agire in giudizio per contestare tale misura (in tal senso si veda anche: STF 2C_450/2010 consid. 5.4 e 5.6).

E. 5.1

Nel merito, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, in base all'attuale ordinamento legale, la CO 1 dispone di principio del diritto di essere approvvigionata con gas ed elettricità da AIL SA, ragione per la quale quest'ultima non poteva rifiutarsi di trasferirle gli abbonamenti in essere con la RI 1. A questo proposito il Governo fa innanzitutto riferimento all'art. 5 cpv. 2 LAEl, giusta il quale nel loro comprensorio i gestori di rete (AIL SA nel comune di _____) sono tenuti ad allacciare alla rete elettrica tutti i consumatori finali all'interno della zona edificabile, gli immobili e gli insediamenti abitati tutto l'anno fuori della zona edificabile e tutte le imprese generatrici di energia elettrica, nonché all'art. 6 cpv. 1 LAEl, il quale prevede che i gestori delle reti di distribuzione prendono i provvedimenti necessari affinché nel loro comprensorio possano fornire in ogni momento ai consumatori fissi finali e ai consumatori finali che rinunciano all'accesso alla rete la quantità desiderata di energia elettrica, della qualità necessaria e a tariffe adeguate. Tale garanzia d'allacciamento deriverebbe, sempre secondo il Consiglio di Stato, anche dall'art. 5 LA-LAEI, il quale riprende in sostanza quanto già previsto dal predetto art. 5 cpv. 2 LAEl. Ne deduce dunque che in base a queste norme la CO 1 poteva a giusto titolo pretendere che AIL SA le fornisse l'elettricità necessaria al funzionamento del suo centro fitness/wellness/spa, costituendo il diritto all'allacciamento alle reti elettriche una componente essenziale del servizio universale. Per quanto attiene poi alla questione del gas, l'Esecutivo cantonale ha considerato che un obbligo di fornitura a favore della CO 1 deriverebbe sia dall'art. 9 della convenzione sottoscritta nel 2000 tra il comune di _____ e AIL SA per la fornitura di gas sul territorio comunale, il quale stabilisce che quest'ultima si impegna a fornire gas agli abbonati situati nel comune alle stesse condizioni tariffarie praticate all'insieme della propria utenza, sia dai principi cardine su cui si fonda la LMSP. Oltre a questo il Consiglio di Stato ha ritenuto che il blocco dell'erogazione di elettricità e gas per un'attività come

quella esplicitata dalla CO 1 nel grande centro fitness/wellness/spa che essa gestisce a _____ s'avvera lesivo del principio della proporzionalità a fronte della richiesta formulata da quest'ultima di assumere gli abbonamenti di fornitura conclusi dalla RI 1 e di farsi direttamente carico delle relative fatture.

E. 5.2

Ora, le predette argomentazioni vanno condivise nella loro sostanza. Vero è che l'attuale ordinamento federale in materia di approvvigionamento elettrico stabilisce quale principio l'obbligo per i gestori di rete di allacciare alla rete elettrica nel loro comprensorio di competenza tutti i consumatori fissi finali che si trovano all'interno della zona edificabile, gli immobili e gli insediamenti abitati tutto l'anno fuori della zona edificabile e tutte le imprese generatrici di energia elettrica (art. 5 cpv. 2 LAEl) e impone loro di prendere i provvedimenti necessari affinché, sempre all'interno dei rispettivi comprensori, siano in grado di fornire in ogni momento ai consumatori fissi finali e ai consumatori finali che rinunciano all'accesso alla rete la quantità desiderata di energia elettrica, della qualità necessaria e a tariffe adeguate (art. 6 cpv. 1 LEAl), istituendo in questo senso un dovere di approvvigionamento ("Vorsorgungspflicht"). La ElCom si è d'altra parte già espressa in questo senso in alcune sue decisioni adottate in ambito provvisorio (cfr. decisioni 17 novembre 2008 e 19 febbraio 2009 consultabili in www.elcom.admin.ch/dokumentation/00013/00063/00070/index.html?lang=it). Pertanto, nella misura in cui la CO 1 rappresenta un consumatore fisso finale ai sensi dell'art. 6 LAEl, la stessa poteva legittimamente esercitare questo suo diritto nei confronti di AIL SA. Per quanto attiene al settore della fornitura di gas, occorre aggiungere a quanto considerato dalla precedente autorità di giudizio, che pur non disponendo di un diritto di privativa, AIL SA è allo stato attuale delle cose titolare di un monopolio di fatto a _____. Infatti, gli utenti situati in questo comune non dispongono di alternative e sono quindi costretti a rivolgersi ad AIL SA per approvvigionarsi di tale vettore energetico per fini domestici, commerciali o industriali (sul tema cfr. Giudici, op. cit., pag. 39 e seg., nonché 56 e segg; Adelio Scolari, Diritto amministrativo – parte speciale, Cadenazzo 1993, n. 1009). Dato il contesto e tenuto anche conto del ruolo di prestatore di un servizio pubblico, ai sensi della LMSP, ricoperto da AIL SA (cfr. supra consid. 2.3.), si deve ritenere che quest'ultima sia gravata d'un obbligo generale di fornire gas, senza il quale essa verrebbe meno alle incombenze che le sono state affidate dal comune mediante atto di concessione. Come sopra illustrato, (cfr. consid. 2.2), la possibilità per tutti i cittadini di beneficiare, almeno potenzialmente, delle prestazioni fornite dall'azienda sia uti singuli che uti universi costituiscono una componente essenziale del concetto di servizio pubblico qui in discussione. Nei casi di servizio pubblico uti singuli, come in concreto, l'utente (o potenziale tale) dispone di un vero e proprio diritto soggettivo alla prestazione amministrativa fornita dall'azienda municipalizzata o concessionaria, sempre che naturalmente adempia le particolari condizioni previste per ottenerla, come ad esempio il pagamento delle relative fatture (Giudici, op. cit., pag. 98 con riferimenti).

E. 5.3

Nel suo gravame AIL SA obietta di essere giuridicamente impossibilitata ad allacciare e a fornire gas ed elettricità direttamente alla CO 1, essendo solo ed esclusivamente la RI 1 ad essere parte dei relativi contratti di approvvigionamento e debitrice nei suoi confronti. L'argomento è privo di fondamento. Innanzitutto va detto che AIL SA avrebbe senz'altro il diritto di svincolarsi con effetto immediato dai contratti a suo tempo conclusi con la RI 1 per quanto riguarda la fornitura di energia ai locali occupati dalla CO 1, in virtù delle sue

gravi e reiterate inadempienze nel pagamento delle bollette, che fanno apparire oggettivamente inesigibile la continuazione di tali rapporti. Così facendo, non sarebbe pertanto nemmeno più necessario raccogliere il consenso da parte della RI 1 alla modifica degli abbonamenti, i quali in questo caso verrebbero estinti e sostituiti con dei nuovi contratti intestati alla conduttrice. A questo proposito occorre ricordare che la facoltà di sciogliere un contratto di fornitura concluso per una durata indeterminata sussiste, indipendentemente dall'esistenza o meno di una base legale o contrattuale in tal senso, già in virtù dei principi generali del diritto e segnatamente della cosiddetta "clausola rebus sic stantibus" e del principio della buona fede di cui all'art. 2 del Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (CCS; RS 210) (cfr. DTF 97 II 390 consid. 7 concernente per l'appunto un caso di contratto di fornitura d'energia). Per quanto riguarda poi i debiti maturati dalla RI 1 nei confronti di AIL SA, va detto che, come giustamente rilevato dalla CO 1 nei suoi allegati di causa, secondo il diritto svizzero il debitore non è tenuto ad adempiere personalmente l'obbligazione, se non quando la considerazione della sua persona influisce sulla prestazione (art. 68 CO). Ciò che non è assolutamente il caso nella fattispecie in esame, essendo del tutto irrilevante per la AIL SA che il pagamento delle fatture di fornitura ancora scoperte avvenga per opera della RI 1 o della sua conduttrice. In questo senso la CO 1 sarebbe quindi senz'altro legittimata a riprendere cumulativamente e in via solidale con la proprietaria dell'immobile tali debiti, ritenuto che quest'ultimo istituto giuridico, a differenza di quello della ripresa privativa del debito, non necessita né di una particolare forma, né dell'accordo del debitore originale, potendo addirittura avvenire contro la sua volontà o a sua insaputa (cfr. Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2° ed, Zurigo 1998, pag. 587). Ne discende che non sono ravvisabili impedimenti di carattere giuridico alla richiesta della CO 1 di assumere direttamente gli abbonamenti per la fornitura di elettricità e gas, e le relative fatture a partire dal mese di maggio del 2011. Anche dal profilo tecnico e contabile non emergono elementi suscettibili di impedire la messa in atto di una simile soluzione. A prescindere dalla loro effettiva applicazione, di cui si dirà in seguito (consid. 5), neppure le condizioni generali relative ai contratti di fornitura d'elettricità e di gas in essere permettono alla AIL SA di pronunciare un tale rifiuto. Le stesse infatti contemplano una tale eventualità per ragioni legate alla capacità tecnica della rete o alle possibilità tecniche, giuridiche ed economiche dell'azienda per quanto attiene alla costruzione all'ampliamento e al mantenimento dei suoi impianti, che mai sono state invocate da AIL SA per giustificare il proprio diniego alla richiesta formulata dalla CO 1.

E. 5.4

AIL SA contesta pure il fatto di avere violato con il proprio agire il principio di proporzionalità. A questo proposito afferma che non bisogna confondere il suo ruolo di società anonima di diritto privato con quello del suo azionista unico, ossia il comune di _____, che, in quanto ente pubblico, è certamente astretto al rispetto del suddetto principio. Anche questa critica deve essere respinta. Laddove opera nella sua veste di concessionaria di un servizio pubblico municipalizzato, AIL SA va considerata alla stregua di un agente pubblico (nel senso inteso dall'art. 1 cpv. 1 lett. d della legge sulla responsabilità civile degli enti pubblici e degli agenti pubblici del 24 ottobre 1988; LResp; RL 2.6.1.1.), in quanto persona morale di diritto privato a cui è stato direttamente affidato un compito di diritto pubblico. In questo suo ruolo essa è dunque tenuta ad operare, indipendentemente dalla natura della sua forma societaria, alla stessa stregua di qualsiasi potere pubblico, rispettando la legge nonché tutta una serie di principi generali del diritto

amministrativo, quali in particolare il divieto d'arbitrio, la parità di trattamento e il principio della proporzionalità. Nel caso di specie AIL SA aveva certamente il diritto di adottare dei provvedimenti nei confronti della sua controparte contrattuale RI 1, al fine di contenere le perdite causate dal mancato pagamento da parte di quest'ultima delle fatture concernenti la fornitura di gas ed elettricità allo stabile che sorge sul mappale n. _____ di _____, sezione di _____. Nell'evadere la richiesta della CO 1, essa, oltre a tenere conto degli obblighi di fornitura all'utenza che le derivano dal mandato di servizio pubblico che ha assunto (cfr. supra consid. 4.2), doveva prendere debitamente in considerazione le pesanti conseguenze che una sua eventuale decisione negativa avrebbe comportato per la ditta istante, la quale, data l'impossibilità di poter far capo ad altri fornitori d'energia, si sarebbe trovata nella condizione di dover chiudere il centro fitness/wellness/spa da essa gestito. In quest'ottica, nella misura in cui AIL SA si è limitata ad opporre alla CO 1 un fermo rifiuto d'allacciamento alla propria rete, senza nemmeno prendere in considerazione eventuali soluzioni atte a salvaguardare i rispettivi interessi economici e a garantire la continuazione di un'attività commerciale piuttosto importante sia in termini di clientela che di dipendenti, il suo agire non può effettivamente essere mandato esente da critiche anche sotto il profilo del rispetto del principio della proporzionalità.

E. 6.1

Nel suo giudizio l'Esecutivo cantonale ha poi considerato che al fine di adeguatamente tutelarsi dal profilo finanziario, in concomitanza con il trasferimento degli abbonamenti alla CO 1, AIL SA avrà comunque il diritto di esigere da quest'ultima il versamento di una cauzione, come avviene per ogni altro cliente di questo genere, in forza di quanto stabilito dalle condizioni generali che regolano i rapporti con l'utenza, e segnatamente dagli art. 47 delle condizioni generali per la fornitura di energia elettrica, edizione 2010, e 55 delle condizioni generali per la fornitura di gas, edizione 2010. A questo proposito la CO 1 obietta però nel suo gravame che le condizioni generali emanate da AIL SA per disciplinare le relazioni con l'utenza in materia di fornitura di gas e di elettricità non le sarebbero opponibili in quanto le stesse per essere valide avrebbero dovuto essere approvate dal Consiglio di Stato, fatto, questo, che nel caso concreto non è avvenuto. Rileva in effetti come, giusta l'art. 18 LMSP, tutti i regolamenti dell'azienda debbano essere soggetti a preventiva approvazione governativa, secondo le norme della legge organica comunale del 10 marzo 1987 (LOC; RL 2.1.1.2).

E. 6.2

Come esposto sopra (cfr. consid. 2.2.), in Ticino i comuni hanno la facoltà di assumere l'esercizio diretto dei servizi di interesse pubblico (art. 1 cpv. 1 LMSP) oppure, qualora non intendano gestire di prima persona questo genere di attività, di rilasciare delle concessioni a terzi, rispettose delle varie condizioni elencate dall'art. 35 lett. a - f LMSP. L'art. 18 LMSP, giusta il quale "tutti i regolamenti devono essere esposti al pubblico e approvati dal Consiglio di Stato secondo le norme della LOC", si riferisce chiaramente - stante la sua sistematica - alla prima delle due suddette ipotesi, vale a dire quella di assunzione diretta del servizio di interesse pubblico da parte del comune. In questi casi infatti, la LMSP impone all'assemblea, rispettivamente al consiglio comunale di adottare un regolamento organico dell'azienda (art. 7 lett. f, 15 e 16 LMSP) e affida alla municipalità il compito di emanare eventuali ulteriori norme necessarie per il suo esercizio e funzionamento (art. 17 LMSP). Sono dunque solo quelli appena menzionati gli atti normativi che necessitano dell'approvazione governativa di cui all'art. 18 LMSP. Laddove invece il comune opta,

come in concreto, per il rilascio di una concessione di servizio pubblico a terzi (art. 35 e segg. LMSP), nessuna norma di legge impone all'azienda concessionaria di sottoporre al Consiglio di Stato per ratifica le proprie regolamentazioni. Un obbligo di convalida da parte del Governo, analogamente a quanto avviene per i regolamenti comunali, sussiste in questi casi soltanto per l'atto di concessione (art. 35 penultimo periodo LMSP), il quale oltretutto è rilasciato dal legislativo comunale tramite risoluzione adottata con maggioranza qualificata (art. 35 lett. a LMSP) e soggetta a referendum (art. 35 terzultimo periodo LMSP). Ora, ci si può chiedere se l'assenza di una norma che, analogamente a quanto previsto dall'art. 18 LMSP, imponga anche al titolare di una concessione d'azienda d'interesse pubblico di sottoporre ad approvazione governativa le clausole volte a regolare i rapporti con l'utenza, costituisca un silenzio qualificato della legge, inteso ad escludere una simile esigenza, oppure vada qualificata alla stregua di una lacuna in senso proprio della legge alla quale si deve necessariamente porre rimedio, facendo riferimento, per quanto possibile, alle soluzioni scelte dal legislatore per casi comparabili. La distinzione tra lacuna e silenzio qualificato non è sempre di agevole momento e presuppone un esercizio di interpretazione della legge. Nel caso in esame la questione, senz'altro interessante dal punto di vista giuridico, non necessita di essere risolta e può quindi rimanere aperta, per le ragioni che seguono.

E. 6.3

Non di rado le concessioni rilasciate dai comuni sulla base dell'art. 35 LMSP fanno riferimento a delle specifiche e separate regolamentazioni per quanto attiene alle condizioni che disciplinano i rapporti tra ente concessionario e utenza. Ciò è il caso anche nella fattispecie in esame per quel che concerne sia la convenzione sottoscritta nel 2000 tra la città di _____ e AIL per la fornitura di gas sul territorio di questo comune, sia la convenzione del 2003 tra le medesime parti per l'erogazione di energia elettrica. Nel primo atto menzionato, all'art. 7, è chiaramente stabilito che "l'esecuzione di allacciamenti e degli impianti interni nonché tutti i rapporti con l'utenza sono retti dalle disposizioni contenute nel regolamento per la fornitura di gas dell'AIL SA". Ora, benché questa disposizione non lo indichi esplicitamente, il regolamento in parola è, con tutta evidenza, quello che era stato adottato dal consiglio di amministrazione di AIL SA il 16 giugno 2000 (doc. 9 agli atti) e che è poi stato sostituito dalle attuali condizioni generali per la fornitura di gas. Alla stessa stregua, anche l'altra convenzione in questione fa riferimento in più punti (art. 10 cpv. 3 e 13 primo periodo) all'ormai abrogato Regolamento per la fornitura di energia elettrica che era in vigore al momento della sottoscrizione di tale atto per quel che concerne le condizioni di allacciamento degli utenti alla rete di distribuzione, come pure le tariffe e le condizioni di fornitura d'energia. Regolamento che è poi stato sostituito, come già per il gas, dalle condizioni generali per il settore, emanate da AIL SA nel 2010. Ora, procedendo in questo modo, comune e AIL SA hanno fatto sì che i due suddetti regolamenti diventassero parte integrante dei rispettivi atti di concessione adottati dal legislativo e in seguito sottoposti ad approvazione governativa. Occorre dunque considerare che, fatte le dovute riserve riguardo al loro contenuto (cfr. in particolare consid. 3.3), gli stessi siano ancor'oggi vincolanti, malgrado le nuove disposizioni sotto forma di condizioni generali nel frattempo emanate dalla titolare della concessione per questi servizi. Non risulta infatti dagli atti, né AIL SA lo ha mai sostenuto nel corso di causa, che le concessioni in oggetto siano state successivamente modificate su questo punto nel senso che siano stati stralciati dalle medesime i riferimenti ai citati regolamenti. Per fare questo si sarebbe in ogni caso dovuto procedere secondo le formalità previste dall'art. 36 LMSP, il che avrebbe presupposto una

risoluzione in tal senso da parte del legislativo di _____ e la successiva approvazione delle nuove concessioni, così modificate, da parte del Governo cantonale. Quanto appena esposto non vale naturalmente per le tariffe applicabili, le quali per quanto concerne il gas possono essere modificate unilateralmente dall'azienda concessionaria alle condizioni e secondo la procedura di cui all'art. 35 lett. e LMSP, mentre che in campo elettrico occorre oggi fare riferimento a quanto disposto dalla LAEl e, segnatamente, dall'art. 6 cpv. 3, 4 e 5 di questa legge che in quanto norme di rango superiore hanno il sopravvento sulla legislazione cantonale. Si deve di conseguenza concludere che su questo particolare aspetto il ricorso della CO 1 è in parte fondato. Ciò significa che il dispositivo n. 3 secondo periodo della decisione impugnata deve essere annullato e riformato nel senso che "fanno per il resto stato i regolamenti di fornitura vigenti al momento del rilascio da parte del comune di _____ ad AIL SA delle rispettive concessioni per l'esercizio di tali servizi ". Per quanto concerne in particolare la facoltà per AIL SA di chiedere il deposito di una cauzione occorrerà dunque verificare se e, semmai, a quali condizioni, una simile richiesta possa essere compatibile con quanto previsto dalle due suddette regolamentazioni.

E. 7.1

Stante tutto quanto precede, i ricorsi di AIL SA e della RI 1 vanno integralmente respinti, mentre che il gravame della CO 1 dev'essere parzialmente accolto, nel senso che il dispositivo n. 3, secondo periodo della decisione impugnata va riformato nel senso esposto al precedente considerando.

E. 7.2

La tassa di giustizia, commisurata al valore di causa ed al lavoro occasionato dalle impugnative, è suddivisa fra le parti tenendo conto della preponderante soccombenza della AIL SA e della RI 1 (art. 28 LPamm). Visto l'esito, AIL SA rifonderà alla CO 1 un importo ridotto a titolo di ripetibili, avendo, a differenza della RI 1, resistito al gravame di tale ditta, ritenuto che per il resto siffatte indennità si reputano compensate tra le parti (art. 31 LPamm). Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. 1.1. Il ricorso è della RI 1 è respinto. 1.2. Il ricorso di AIL SA è respinto. 1.3. Il ricorso di CO 1 è parzialmente accolto. §. Di conseguenza il dispositivo n. 3 del giudizio governativo impugnato è annullato e riformato nel senso che: "AIL SA provvederà pertanto a rimettere direttamente alla CO 1 le fatture relative all'erogazione di elettricità e di gas inerenti all'attività del centro fitness/wellness/spa _____ ubicato al mappale n. _____ RFD di _____ sez. _____, a contare dal 26 maggio 2011. Fanno per il resto stato i regolamenti di fornitura vigenti al momento del rilascio da parte del comune di _____ ad AIL SA delle rispettive concessioni per l'esercizio di tali servizi". 2. La tassa di giustizia è posta a carico della RI 1 e di AIL SA in ragione di fr. 2'000.- ciascuna, e della CO 1 in ragione di fr. 1'000.-. 3. AIL SA rifonderà alla CO 1 fr. 2'000.- a titolo di ripetibili. 4. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110). 5. Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo Il vicepresidente La segretaria

E. 20

giugno 2013

In nome della Repubblica e Cantone Ticino

Il Tribunale cantonale amministrativo

composto dei giudici:

Stefano Bernasconi, vicepresidente,

Matteo Cassina, Flavia Verzasconi

segretaria:

Paola Carcano Borga, vicecancelliera

statuendo sui ricorsi:

a)

E. 24

ottobre 2011 della

RI 1,

b) 24 ottobre 2011 della Aziende industriali di Lugano SA (AIL SA), 6900

Lugano, patrocinata da: avv. PA 3,

c)

E. 25

ottobre 2011 della CO 1, patrocinata da: avv. PA 2,

contro

la decisione 4 ottobre 2011 (n. 5522) del Consiglio di Stato che, accogliendo i reclami 19 maggio 2011 della CO 1, ha annullato le decisioni 5 maggio 2011 e 19 maggio 2011 di AIL SA e ha fatto ordine a quest'ultima di rimettere direttamente alla reclamante le fatture relative all'erogazione di elettricità e di gas inerenti l'attività del centro fitness/wellness/spa _____ ubicato al mappale n. _____ di _____, sezione di _____, a far tempo dal 26 maggio 2011;

viste le risposte:

- 9 novembre 2011 del Consiglio di Stato;

- 10 novembre 2011 di AIL SA;

- 10 novembre 2011 della CO 1;

al ricorso sub a)

-9 novembre 2011 della RI 1;

-9 novembre 2011 del Consiglio di Stato;

-14 novembre 2011 di AIL SA;

al ricorso sub b)

-9 novembre 2011 della RI 1;

-9 novembre 2011 del Consiglio di Stato;

-10 novembre 2011 della CO 1; al ricorso sub c)

letti ed esaminati gli atti;

Per questi motivi,

Per il Tribunale cantonale amministrativo
vicepresidente

La segretaria

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.