

Pubblicato il 07/07/2017

N. 00654/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01735/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1735 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Italgas - Società Italiana Per il Gas Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Caia, con domicilio eletto presso lo studio Franco Stivanello Gussoni in Venezia, Dorsoduro, 3593;

contro

Comune di Venezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Ballarin, Federico Trento, Nicoletta Ongaro, Sebastiano Capotorto, con domicilio eletto presso lo studio Antonio Iannotta in Venezia, Avvocatura Civica - San Marco 4091;

Comune di Eraclea, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Roberta Brusegan, Katia Maretto, Giuseppe Roberto Chiaia, con domicilio eletto presso lo studio Roberta

Brusegan in Mestre Venezia, via Forte Marghera 191;

per l'annullamento

I. quanto al ricorso principale:

- della nota del Direttore Settore Lavori Pubblici del Comune di Venezia del 27.10.2015 prot. n. 486585, recante “Gara per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale. Definizione del valore di rimborso. Disaccordo”;
- della deliberazione della Giunta Comunale di Venezia del 19.10.2015 n. 344 ad oggetto: “Affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale. Approvazione delle indicazioni operative per lo svolgimento della gara”, e della relazione del RUP P.G. 466103 - 15110/2015;
- nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

II. quanto ai motivi aggiunti:

- della deliberazione del Consiglio Comunale di Venezia 18.12.2015 n. 140 avente ad oggetto: “Affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale: approvazione dei valori complessivi di rimborso ai proprietari della rete e del documento guida per gli interventi di estensione, manutenzione e potenziamento della rete, di cui all’art. 9, comma 4, del DM 226/2011 e della relazione del RUP datata 9 dicembre 2015 ad essa allegata;
- del “Bando di gara per l’affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell’ambito territoriale di Venezia 1 - Laguna (CIG 65374412FA)” pubblicato sulla GUCE il 28 dicembre 2015;
- nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Venezia e di Comune di Eraclea;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2017 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, Italgas S.p.a. – Società Italiana per il Gas - ha chiesto l'annullamento degli atti specificati in epigrafe con i quali è stata operata la quantificazione finale del rimborso spettante al gestore uscente per le reti e gli impianti siti sul territorio del Comune di Venezia denominati “blocco A”.

1.1. In particolare, la società ricorrente ha articolato i seguenti motivi di diritto:

I. “Violazione dell'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000 — Violazione delle previsioni di cui al d. m. MiSE n. 226/2011 — Eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità con riguardo alle previsioni che stabiliscono le modalità di determinazione del rimborso spettante al gestore uscente affidatario del servizio pubblico”, giacché la valorizzazione dei suddetti beni come “pari a zero” sarebbe stata operata sull'erroneo presupposto della già intervenuta maturazione del diritto alla devoluzione gratuita dei cespiti in questione in favore del Comune, in forza dell'art. 7 del contratto di concessione sottoscritto il 1° giugno 1970”, malgrado tale disposizione individui il momento della devoluzione gratuita in quello della “scadenza della concessione”, rendendo così necessario tener conto dei sopravvenuti atti convenzionali che hanno rideterminato la scadenza medesima al 31 maggio 2025.

II. “Violazione delle disposizioni contenute nel d.m. n. 226/2011 —

Eccesso di potere sotto i profili del travisamento, della contraddittorietà, del difetto di istruttoria e dello sviamento”, in quanto gli atti impugnati avrebbero fatto un’applicazione distorta delle disposizioni di cui al citato d.m., con risultati che contrastano apertamente con la finalità di tali disposizioni ordinamentali.

2. Con successivo ricorso per motivi aggiunti, Italgas ha altresì impugnato gli atti della procedura di selezione pubblica inerente l’ambito territoriale “Venezia 1 – Laguna Veneta”, chiedendo l’annullamento della deliberazione del Consiglio comunale del Comune di Venezia 18 dicembre 2015, n. 140, avente ad oggetto “Affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale: approvazione dei valori complessivi di rimborso ai proprietari della rete e del documento guida per gli interventi di estensione, manutenzione e potenziamento della rete, di cui all’art. 9 comma 4 del D.M. 226/2011”, e della relazione del RUP P.G. 561852/2015 del 9 dicembre 2015, ad essa allegata; nonché del “Bando di Gara per l’affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell’ambito territoriale di Venezia 1- Laguna”, inviato per la pubblicazione alla “Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea” il 28 dicembre 2015.

2.1. Con tale impugnativa, Italgas ha sostanzialmente riproposto le stesse censure svolte con il ricorso introduttivo, evidenziando come il Comune di Venezia, prevedendo il pagamento di un canone per i beni di cui al c.d. “blocco A”, avrebbe inteso confermare le determinazioni precedentemente assunte in punto di acquisto in proprietà degli stessi per effetto di devoluzione gratuita, senza minimamente tener conto delle censure svolte con l’atto introduttivo con riguardo alla quantificazione del valore della parte dei cespiti spettanti al gestore uscente.

3. Si è costituito in giudizio il Comune di Venezia il quale ha in via pregiudiziale eccepito il difetto di giurisdizione, contestando in ogni

caso la fondatezza di ciascuna delle censure sollevate.

4. Si è costituito altresì il Comune di Eraclea, chiedendo il rigetto del ricorso, “in quanto infondato e comunque inammissibile e improcedibile” ed eccependo altresì la tardività dei motivi aggiunti con riguardo all’impugnazione del bando di gara.

5. In vista della trattazione del merito tutte le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e, all’udienza pubblica del 5 aprile 2017 la causa è stata trattenuta per la decisione.

6. In via preliminare, occorre scrutinare l’eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal Comune di Venezia.

6.1. L’eccezione non è fondata.

6.2. Invero, per pacifico orientamento giurisprudenziale, le controversie patrimoniali in tema di concessioni di servizi pubblici riservate alla giurisdizione del giudice ordinario sono solo quelle che non implicano alcuna valutazione del rapporto concessorio presupposto, limitandosi all’accertamento dell’effettiva spettanza ovvero del corretto ammontare delle indennità o dei corrispettivi, in applicazione dei parametri normativi o contrattuali che ne regolano in maniera automatica il regime.

6.3. Nel caso in esame, invece, la controversia, ancorché vertente su una questione di natura patrimoniale, investe direttamente la disciplina e il contenuto del rapporto concessorio intercorrente fra la ricorrente e l’Amministrazione, con particolare riguardo all’interpretazione di una clausola cruciale della convenzione, poiché volta ad assicurare l’equilibrio sinallagmatico voluto dalle parti, tenuto conto della durata della concessione. Peraltro, la determinazione della misura della liquidazione spettante ad Italgas costituisce altresì un’obbligazione che, ai sensi dell’art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164 del 2000, è posta *ex lege* a carico dell’operatore economico che si aggiudicherà la gara per

l'affidamento della concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale "Venezia 1 - Laguna".

6.4. Deve quindi ritenersi che sussista senz'altro la giurisdizione in via esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera c), del codice del processo amministrativo.

7. Nel merito il ricorso introduttivo è infondato.

7.1. La società ricorrente contesta che, nel caso di specie, sia applicabile la clausola dell'atto di concessione che prevede la devoluzione gratuita al patrimonio comunale di una determinata parte di cespiti, denominata "blocco A", del gestore del servizio di distribuzione di gas naturale uscente.

7.2. Secondo Italgas s.p.a., infatti, in virtù di quanto previsto dall'art. 7 del contratto di concessione sottoscritto il 1° giugno 1970, i beni e le opere eseguite prima del 31 maggio 2000 potrebbero essere oggetto di devoluzione gratuita solo al momento della "scadenza della concessione", che con atto aggiuntivo sottoscritto dalle parti nel 1995 (e dunque anteriormente alla riforma di cui al d.lgs. n. 164/2000) sarebbe stata prorogata al 31 maggio 2025.

7.3. Tale assunto non è condivisibile.

7.4. Occorre preliminarmente ricostruire il quadro normativo che regola la fattispecie concernente l'obbligo della devoluzione gratuita dei beni da parte del gestore uscente all'amministrazione concedente.

7.4. 1. La fonte convenzionale che disciplina detto obbligo deve rinvenirsi nell'art. 7, commi 1, 7 e 8, dell'atto di concessione stipulato dal Comune di Venezia e Veneziana Gas S.p.a. (originario contraente) oggi Italgas s.p.a., secondo cui «alla scadenza della concessione, tutti i beni di proprietà della Concessionaria relativi al servizio Gas, immobili o mobili, comprese attrezzature, impianti, pertinenze, schedari, passeranno gratuitamente in proprietà del Comune, e tutte le opere

costruite dalla Concessionaria o da terzi su terreni di proprietà del Comune saranno ritenuti dal Comune senza indennizzo, e ciò in deroga al disposto dell'art. 936 c.c., salve diverse pattuizioni e salve le eccezioni stabilite in appresso nel presente articolo».

La disposizione citata prosegue, al comma 7, stabilendo nondimeno che: «Non sono soggette a devoluzione o ritenzione gratuita, ai sensi del primo comma, le opere eseguite dalla Concessionaria, dall'inizio del trentunesimo anno, costituenti incrementi patrimoniali (ad esempio nuovi impianti di produzione e distribuzione, metanodotto, nuove canalizzazioni, sostituzione di canalizzazioni con altre di diametro superiore, limitatamente alla differenza di diametro, nuove prese, misuratore di nuovo acquisto a favore di nuovi utenti, che si aggiungano ai precedenti, e così via). A questo fine, i relativi lavori saranno iscritti in uno speciale conto, che la Concessionaria rimetterà al termine di ogni esercizio al Comune, corredato dalla distinta delle opere eseguite, lavoro per lavoro, e da ogni altra indicazione necessaria. Il Comune, ove non concordi con l'inserimento dei lavori di cui trattasi nella speciale contabilità, potrà ricorrere al Collegio arbitrale a norma del precedente terzo comma».

Infine a tenore dell'ottavo comma del medesimo art. 7 della concessione, è previsto che: «Al termine normale o anticipato della concessione il Comune rimborserà l'importo degli investimenti relativi agli incrementi patrimoniali attuati a partire dal trentunesimo anno, sotto detrazione della quota di ammortamenti industriali ad essi relativi effettivamente eseguiti, dopo aver effettuato il procedimento di rivalutazione di cui all'art. 6, 3° e 4° comma».

7.5. La disciplina convenzionale appena riportata prevede, quindi, che i beni e gli impianti, relativi al servizio di distribuzione del gas, realizzati dal concessionario nei primi trent'anni di efficacia della concessione,

siano trasferiti gratuitamente in proprietà al Comune alla “scadenza” della concessione, escludendo invece da tale regime gli incrementi patrimoniali successivi al trentesimo anno, per i quali è previsto invece un rimborso al concessionario uscente calcolato secondo appositi criteri di ammortamento e rivalutazione.

7.6. La durata del rapporto concessorio è poi disciplinata dall’art. 2 del medesimo atto convenzionale, il quale fissa un termine di “anni quaranta, con decorrenza dalla data di stipulazione del contratto di concessione”, di talché la scadenza della concessione, almeno in origine, era quella del 31 maggio 2010.

7.7. Tuttavia, il contratto accessivo alla concessione in esame ha subito diverse modifiche nel corso del tempo, anche in esecuzione di alcune modifiche legislative intervenute in materia di concessioni, sicché si pone il problema di verificare “se” ed eventualmente “in che modo” tali modifiche abbiano inciso sugli elementi costitutivi della fattispecie appena descritta di devoluzione a titolo gratuito.

7.8. Segnatamente la convenzione è stata modificata nel modo che segue:

- con atto aggiuntivo del contratto di concessione rep. n. 9938 del 30 giugno 1986 (cfr. doc. n. 5 della ricorrente), sono stati a) “annullati senza sostituirli il primo comma, lettera B), e il quarto comma dell’art. 5” e b) sostituito con nuovo testo l’art. 16 dell’atto di concessione, mentre sono stati espressamente rimasti «invariati tutti gli altri articoli dell’atto» (così: punto “3°” dell’atto aggiuntivo citato);
- con atto aggiuntivo del contratto di concessione rep. n. 13811 del 23 ottobre 1988 (cfr. doc. n. 6 della ricorrente), si è inteso mantenere invariate tutte le clausole convenzionali, ad eccezione dell’ultimo comma dell’art. 12;
- con atto aggiuntivo del contratto di concessione rep. n. 126569 del 22

settembre 1995 (cfr. doc. n. 7 della ricorrente), sono state apportate importanti modifiche del rapporto concessorio, disponendo al contempo che “la vigente concessione, decorrente dall’1 giugno 1970, con durata di anni 40, viene prorogata di anni quindici ed avrà pertanto scadenza il 31 maggio 2025”. L’art. 5 del medesimo atto aggiuntivo ha nondimeno stabilito che “tutte le pattuizioni contenute nei contratti di concessione rep. n. 19309 (...) rep. N. 9938 (...) e rep. N. 13811 rimangono vigenti, tranne quelle espressamente modificate dal presente atto o che siano in contrasto con lo stesso”.

7.9. A ciò va aggiunta la modifica introdotta a livello legislativo sulla durata del rapporto dal d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, il quale ha previsto, per le concessioni del servizio pubblico di distribuzione, una loro scadenza anticipata, stabilendo che ai gestori delle concessioni in corso dovesse comunque spettare un «rimborso» da quantificare secondo le clausole delle concessioni e le ulteriori indicazioni di calcolo stabilite dal legislatore stesso.

In particolare, l’art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164 del 2000 ha così disposto: «Per l’attività di distribuzione del gas, gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché quelli alle società derivate dalla trasformazione delle attuali gestioni, proseguono fino alla scadenza stabilita, se compresa entro i termini previsti dal comma 7 per il periodo transitorio. Gli affidamenti e le concessioni in essere per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio, proseguono fino al completamento del periodo transitorio stesso. In quest’ultimo caso, ai titolari degli affidamenti e delle concessioni in essere è riconosciuto un rimborso, a carico del nuovo gestore ai sensi del comma 8 dell’articolo 14, calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti, purché stipulati prima della data di entrata in

vigore del regolamento di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro per i rapporti con le regioni e la coesione territoriale 12 novembre 2011, n. 226, e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti nonché per gli aspetti non disciplinati dalle medesime convenzioni o contratti, in base alle linee guida su criteri e modalità operative per la valutazione del valore di rimborso di cui all'articolo 4, comma 6, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98. (...)»

8. Così ricostruito il quadro normativo di fonte convenzionale e legislativa applicabile alla fattispecie oggetto di scrutinio, è possibile quindi risolvere la questione sollevata con l'odierna impugnativa.

8.1. Ebbene, premesso che le modifiche succedutesi nel tempo non hanno modificato la disciplina originariamente prevista per la devoluzione gratuita dei beni del gestore uscente deve ritenersi, alla luce di una lettura coordinata del primo e del settimo comma dell'art. 7 della convenzione sopra riportati, che né la proroga convenzionale al 31 maggio 2025 della durata della concessione, né l'anticipazione della scadenza successivamente introdotta *ope legis* al 31 dicembre 2012, hanno in alcun modo escluso il diritto previsto a livello contrattuale alla devoluzione gratuita in questione. Infatti, da un lato, la disposizione convenzionale che qui rileva non è stata modificata da alcun atto aggiuntivo successivo; dall'altro, essa è stata fatta salva anche dal d.lgs. n. 164 del 2000, essendo stata stipulata ben “prima della data di entrata in vigore del regolamento di cui al” medesimo art. 15, comma 5.

8.2. L'art. 7 della convenzione configura, quindi, la norma che disciplina la fattispecie oggetto di scrutinio, operando un preciso bilanciamento del nesso sinallagmatico fra le rispettive attribuzioni patrimoniali delle controparti, allorché la concessione abbia avuto, proprio come nel caso in esame, una durata superiore ai trent'anni considerati dalle parti quale

lasso di tempo necessario per giustificare la devoluzione in via gratuita di determinati cespiti all'ente concedente.

8.3. La bontà di tale conclusione è confermata dallo stesso articolo 7 della convenzione il quale prevede, altresì, che il rimborso dovuto per i cespiti successivi al trentesimo anno di rapporto sia dovuto «al termine normale o anticipato della concessione», con ciò prevedendosi che un'eventuale riduzione della durata non riconducibile – esattamente come nel caso in esame –, ad un'ipotesi di riscatto disciplinata dal successivo art. 8, non altera le regole concordate per la devoluzione gratuita dei cespiti comunque realizzati dal gestore nei primi trent'anni.

8.4. Pertanto, deve affermarsi il diritto del Comune di Venezia alla devoluzione gratuita dei cespiti denominati c.d. “blocco A” in quanto relativi a impianti realizzati nel primo trentennio del rapporto di concessione. Conseguentemente il primo motivo di ricorso deve essere rigettato.

9. Le medesime argomentazioni appena svolte con riguardo alla reiezione del primo motivo impongono il rigetto anche del secondo motivo di ricorso, con il quale viene contestata la decisione dell'Amministrazione di stabilire che il gestore uscente in regime di *prorogatio*, così come il futuro aggiudicatario del servizio di distribuzione del gas nell'ambito “Venezia 1 - Laguna”, siano tenuti a corrispondere un canone per l'utilizzo degli impianti divenuti di proprietà del Comune di Venezia.

9.1. Ed invero, tale decisione costituisce un'esplicazione del tutto legittima del diritto dominicale sui beni in questione, acquistato dal Comune in forza del perfezionamento della devoluzione gratuita dei cespiti di cui al c.d. “Blocco A”, essendo evidente che il verbale di consegna dei beni in questione che comunque dovrà essere redatto dalla società ricorrente, non può che avere natura meramente ricognitiva degli

effetti costitutivi-acquisitivi prodottosi in forza della fonte convenzionale sopra esaminata.

9.2. Ne discende che anche il secondo motivo di ricorso deve essere respinto.

10. Posto che con i successivi motivi aggiunti sono stati proposti sollevando solo vizi in via derivata, dalla reiezione del ricorso introduttivo deriva, per le medesime argomentazioni svolte con riguardo a quest'ultimo, anche quella dei motivi aggiunti.

11. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese processuali che liquida in complessive Euro 3.000,00 (tremila/00) in favore delle parti resistenti costituite, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Silvia Coppari, Primo Referendario, Estensore

Nicola Fenicia, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Silvia Coppari

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 07/07/2017

N. 00655/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00187/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 187 del 2016, proposto da:
Italgas Reti S.p.A. Già Italgas- Società Italiana Per il Gas S.p.A., in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso
dagli avvocati Alessio Minutoli, Fabio Todarello, con domicilio eletto
presso lo studio Vittorio Fedato in Venezia, Santa Croce, 269;

contro

Comune di Venezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Iannotta, Maurizio
Ballarin, Nicoletta Ongaro, Federico Trento, Sebastiano Capotorto, con
domicilio eletto presso lo studio Antonio Iannotta in Venezia,
Avvocatura Civica - San Marco 4091;

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura
Distr.le Venezia, domiciliata in Venezia, San Marco, 63;

Ministero Affari Regionali e Autonomie Locali, Presidenza Consiglio

dei Ministri non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- del “bando di gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale di Venezia 1 - Laguna Veneta” e dei relativi allegati;

- di tutta la documentazione di gara richiamata dall'art. 7 del bando di gara ed in particolare del disciplinare di gara e del contratto di servizio;

- in via diretta e quale atto presupposto, del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 12/11/2011 n. 226 e ss.mm.ii. - recante “Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'articolo 46-bis del decreto legge 1/10/2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29/11/2007, n. 222” - ed in particolare della disciplina di cui all'art. 5, comma 16 del decreto medesimo; di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Venezia e di Ministero dello Sviluppo Economico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2017 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato in data 1 febbraio 2016 e depositato il successivo 13 febbraio, Italgas S.p.a. – Società Italiana per il Gas - ha chiesto l'annullamento del “bando di gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito

territoriale di Venezia 1 — Laguna Veneta” e dei relativi allegati, pubblicato sulla GUUE il 31.12.2015, nonché in via diretta e quale atto presupposto, del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 12.11.2011 n. 226 e ss.mm.ii. — recante “Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell’offerta per l’affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell’articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222” — ed in particolare della disciplina di cui all’art. 5, comma 16 del decreto medesimo.

1.1. La ricorrente ha dedotto, oltre che il vizio di eccesso di potere sotto una molteplicità di profili, anche quello di violazione di legge e dei principi di economicità ed efficacia dell’affidamento, nonché di trasparenza e proporzionalità, di libera concorrenza, e di massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, lamentando in sostanza che l’intera *lex specialis* impedirebbe di formulare un’offerta in modo pienamente consapevole, giacché conterrebbe: a) disposizioni che renderebbero “impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della presentazione dell’offerta”; b) “disposizioni gravemente carenti nell’indicazione di dati essenziali per la formulazione dell’offerta”; c) “disposizioni assunte in violazione di legge che impongono obblighi/oneri che incidono in negativo sulla possibilità di presentare l’offerta in modo consapevole”; d) “disposizioni assunte in violazione di legge che impongono condizioni negoziali che rendono il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente”.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Venezia chiedendo la reiezione del ricorso.

3. Anche il Ministero dello Sviluppo Economico si è costituito in

giudizio eccependo in via preliminare il difetto di competenza territoriale, a favore del TAR Lazio, tenuto conto dell'impugnazione del D.M. 222/2001.

4. Con ordinanza n. 262 del 9 marzo 2016, questo TAR ha dichiarato la propria incompetenza individuando quella del TAR Lazio, sede di Roma.

5. Dopo la riassunzione del giudizio, in esito alla camera di consiglio del 12 maggio 2016, il TAR Lazio – Roma con ordinanza n. 2500/2016, da un lato, ha accolto la domanda cautelare avanzata dalla ricorrente ravvisando la “necessità della previa verifica dell’Aeegsi sul delta VIR/RAB”, dall’altro lato, ha sollevato d’ufficio regolamento di competenza innanzi al Consiglio di Stato ritenendo competente questo TAR.

4. Avverso la citata ordinanza cautelare n. 2500/2016 di sospensione degli atti di gara adottata dal TAR Lazio, il Comune di Venezia ha promosso appello cautelare innanzi al Consiglio di Stato, il quale, con ordinanza n. 3870/2016 del 14 settembre 2016, ha confermato le esigenze cautelari evidenziate nella citata ordinanza cautelare di primo grado respingendo quindi l’appello cautelare proposto e ha affermato, al contempo, la competenza territoriale (funzionale) di questo Tribunale amministrativo regionale.

5. A seguito di rituale riassunzione, ai sensi dell’art. 16, comma 3, c.p.a., da parte di Italgas s.p.a., il giudizio è dunque proseguito dinanzi a questo TAR con le medesime Amministrazioni resistenti.

5.1. Con nota depositata in segreteria il 23 settembre 2016, i difensori della ricorrente hanno rinunciato alla domanda di misura cautelare per la sospensione dell’efficacia degli atti impugnati nonché all’istanza di adozione di misure cautelari *ante causam* ai sensi dell’art. 56 c.p.a., considerata la sopravvenuta proroga nell’ambito della procedura di gara

in oggetto del termine per presentare le offerte al 31.3.2017 – proroga pubblicata sul sito dell'Amministrazione comunale il 20 settembre 2016 –, chiedendo la fissazione dell'udienza di discussione del ricorso.

5.2. A tale istanza si è aggiunta anche quella proposta ex art. 71 c.p.a. da parte del Comune di Venezia.

6. In vista della trattazione del merito, tutte le parti hanno depositato memorie difensive e di replica, unitamente a nuove produzioni documentali (dalle quali emerge fra l'altro che è stata da ultimo concessa un'ulteriore proroga per la produzione delle offerte al 31 ottobre 2017, con termine per invio richiesta chiarimenti al 30 settembre 2017), e, all'udienza pubblica del 5 aprile 2017, la causa è stata definitivamente trattenuta in decisione.

7. L'odierna controversia investe la legittimità degli atti di gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale di Venezia 1 — Laguna Veneta” e dei relativi allegati, pubblicati sulla GUUE il 31.12.2015 – nonché del decreto ministeriale 12 novembre 2011, n. 226, recante il “regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222 di cui gli atti di gara medesima fanno applicazione –, ritenendoli immediatamente lesivi della stessa possibilità di formulare un'offerta seria e consapevole.

7.1. In particolare, con il primo motivo di impugnazione, viene dedotta violazione e falsa applicazione art. 15, comma 5, d.lgs. n. 164/2000, oltre che dei principi di economicità ed efficacia dell'affidamento e dei principi di trasparenza e proporzionalità delle procedure di gara, in quanto il bando di gara, da un lato, porrebbe a carico dell'aggiudicatario l'obbligo di versare, a titolo di rimborso ai gestori uscenti, un importo di

oltre 277 milioni di euro, dall'altro, introdurrebbe "un' alea del tutto inaccettabile ai fini della presentazione di un'offerta", rendendo noto (cfr. art. 18 del bando di gara) che "in ben 6 degli 8 Comuni appartenenti all'ATEM (Cavallino Treporti, Jesolo, Eraclea e Venezia attualmente gestiti da Italgas; Cavarzere e Cona, località gestite da altri operatori)", mancherebbe un accordo sulla determinazione del valore di rimborso spettante al gestore uscente (c.d. VIR). Tale aleatorietà deriverebbe invero dall'applicazione dell'art. 5, comma 16, del dm. 226/2011 (specificamente impugnato sul punto), il quale, una volta decorso il termine per emettere il bando di gara, qualora permanga un disaccordo tra il Comune concedente e il gestore uscente con riferimento alla determinazione del valore di rimborso da riconoscere a quest'ultimo, obbligherebbe del tutto irragionevolmente la stazione appaltante a procedere comunque alla pubblicazione del bando riportando, con specifico riferimento all'impianto oggetto del disaccordo, a) la stima dell'Ente locale concedente; b) la stima del gestore uscente; c) un valore di riferimento (VIR) determinato come il più grande fra la stima dell'Ente concedente e il valore delle immobilizzazioni nette di località al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di località, riconosciuto dal sistema tariffario. Ebbene la mancanza di certezza in ordine al VIR definitivo sarebbe, secondo la ricorrente, "del tutto equiparabile all'ipotesi in cui siano modificabili le caratteristiche di un servizio", poiché non consentirebbe al concorrente alla gara di predeterminare i costi cui andrà effettivamente incontro, rendendo così impossibile la formulazione di un'offerta consapevole.

7.1.2. La censura in esame si fonda dunque sull'assunto per cui l'esistenza di contenzioso tra gestori uscenti ed enti concedenti in merito alla definizione del valore di rimborso costituisca di per sé una causa ostativa alla possibilità di presentare un'offerta consapevole nella

procedura di evidenza pubblica in esame.

7.1.2. Tale assunto non è condivisibile.

7.1.3. Il regime previsto dall'art. 5, comma 16, del dm. 226/2011 risponde, infatti, alla necessità di evitare che eventuali contenziosi esistenti sul valore del rimborso possano impedire, *sine die*, lo svolgimento delle procedure di gara rese obbligatorie, entro tempi predeterminati, dal quadro normativo di riferimento (cfr. in particolare l'art. 14 del d.lgs. n. 163/2000).

La disposizione regolamentare citata offre, inoltre, strumenti adeguati per elaborare, anche in pendenza della definizione del giudizio sui contenziosi stessi, un'offerta seria e consapevole, così come le "possibili strategie di approccio alla gara", prevedendo che il bando di gara riporti "sia i principali punti di divergenza nel calcolo fra le valutazioni del valore di rimborso effettuate dall'ente locale concedente e quelle del gestore uscente, sia eventuali previsioni su metodologie di calcolo particolari contenute nei documenti concessori che differiscono dalle metodologie contenute nel presente articolo".

Pertanto il primo motivo deve essere respinto.

7.2. Con il secondo motivo di ricorso è stato contestato un ulteriore elemento, in tesi lesivo della possibilità di partecipare ad una competizione paritaria, contenuto nel disciplinare di gara, il quale, in coerenza con quanto previsto dall'art. 13 del d.m. n. 226/11, al punto "Al" dell'offerta economica, relativo alla "Entità dello sconto tariffario rispetto alle tariffe fissate dall'Autorità", prevede l'attribuzione fino a 13 punti al concorrente che abbia presentato le migliori condizioni economiche in termini di ribasso (espresso come percentuale di un valore massimo dello sconto) che il gestore si impegna a praticare ai clienti finali dell'ambito rispetto alle tariffe (di distribuzione) fissate dall'Autorità. Ebbene, secondo la ricorrente, a causa della

“regolamentazione asimmetrica” introdotta dall’Aeegsi con delibera 367/2014/R/GAS, una siffatta previsione di *lex specialis* penalizzerebbe fortemente i gestori uscenti (come la ricorrente), i quali, non avendo “la possibilità di vedersi riconosciuta in tariffa l’eventuale differenza tra il VIR e la RAB per tutta la durata della gestione”, come invece assicurato ai nuovi gestori entranti dalla citata delibera dell’Autorità, si vedrebbero di fatto preclusa la “possibilità di competere effettivamente per l’aggiudicazione della gara”.

7.2.1. La censura non è condivisibile, giacché si fonda sull’erroneo presupposto secondo cui il “gestore uscente” sia posto in una posizione di oggettiva discriminazione rispetto al nuovo concessionario subentrante, malgrado il diverso regime delle due posizioni trovi una sua logica spiegazione nel fatto che solo quest’ultimo deve effettivamente sostenere un esborso per l’acquisto degli impianti a valle dell’aggiudicazione, cosicché solo a quest’ultimo è data la possibilità di ammortizzare l’investimento di capitale effettuato nell’arco di durata della nuova concessione. Diversamente, il gestore uscente, in caso di aggiudicazione della gara, non dovrà effettuare alcun rimborso per gli impianti di sua proprietà. Sicché risulta evidente come l’eterogeneità delle situazioni poste a raffronto non consenta in alcun modo di formulare un giudizio di irragionevolezza della c.d. regolamentazione asimmetrica dell’Autorità, né, conseguentemente, della *lex specialis* di gara, relativamente alla previsione qui impugnata, che quindi non può ritenersi lesiva della possibilità della ricorrente di partecipare in maniera competitiva alla gara de qua.

7.3. Con il terzo, il quarto ed il sesto motivo di ricorso si lamenta, oltre che il vizio di eccesso di potere, quello di violazione e falsa applicazione dell’art. 15, comma 5 d.lgs. n. 164/2000, dell’art. 5, comma 14, del d.m. 226/2011 e della delibera Aeegsi 310/2014/Gas, così come del

combinato disposto di cui all'art. 9 del d.m. 226/11 e della delibera 155/2014 dell'Aeegsi, giacché non sarebbe possibile evincere, dagli atti di gara depositati dalla stazione appaltante, in relazione ai Comuni attualmente non gestiti da Italgas, “se” ed eventualmente “in che termini” vi siano delle situazioni in cui il c.d. “delta VIR/RAB” superi il 10%, né sarebbe “dato sapere se la S.A., abbia inviato i dati all'Aeegsi per la verifica prevista dall'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000”, con conseguente irrimediabile indeterminatezza di un parametro economico essenziale per la formulazione consapevole, competitiva e sostenibile dell'offerta (terzo motivo). Anzi risulterebbe che, al momento della pubblicazione del bando, le necessarie verifiche preventive sugli atti di gara da parte dell'Aeegsi non erano ancora concluse, e ciò in violazione del combinato disposto di cui all'art. 9 del d.m. 226/11 e della delibera 155/2014 (quarto motivo). Inoltre, in nessuno dei documenti messi a disposizione dei concorrenti sarebbero state chiarite le modalità attraverso le quali “gli enti che hanno dichiarato di voler cedere le reti di loro proprietà” avrebbero provveduto a determinarne il valore “come riportato nel bando di gara”, con la conseguenza che l'aggiudicatario potrebbe essere costretto ad acquistare dagli enti dei beni ad un valore superiore alla loro RAB (sesto motivo).

7.3.1. Orbene, i motivi sollevano questioni fra loro connesse che attengono alla pretesa violazione della previa verifica da parte dell'Aeegsi sul c.d. delta VIR/RAB, così come sugli atti di gara, e agli effetti in tesi ostativi ostativi della possibilità di poter concorrere che ne sarebbero derivati, sicché esse possono essere trattate congiuntamente.

7.3.2. Le censure sono fondate sotto tutti i profili sollevati.

7.3.3. Ed invero, è incontestato in fatto che la pubblicazione del bando oggetto di impugnazione sia stata effettuata in difetto della previa verifica dell'Aeegsi sul c.d. delta VIR/RAB, e ciò in aperta violazione

del disposto di cui all'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000 a tenore del quale, «qualora il valore di rimborso risulti maggiore del 10 per cento del valore delle immobilizzazioni nette di località calcolate nella regolazione tariffaria, al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di località, l'ente locale concedente trasmette le relative valutazioni di dettaglio del valore di rimborso all'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico per la verifica prima della pubblicazione del bando di gara. La stazione appaltante tiene conto delle eventuali osservazioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico ai fini della determinazione del valore di rimborso da inserire nel bando di gara».

7.3.4. Dalla documentazione prodotta nel corso del giudizio, la valutazione in questione risulta anzi non essersi ancora conclusa, atteso che, con delibera 368/2016, l'Aeegsi ha stabilito di non ritenere “idonei, ai fini dei riconoscimenti tariffari, i VIR relativi ai Comuni di Venezia e di Caorle, in quanto (...) non è stata resa disponibile adeguata documentazione per escludere la sussistenza di scostamenti VIR-RAB superiori al 10%, con i conseguenti effetti in relazione alla documentazione di gara pubblica”.

7.3.5. Da tale omissione di comunicazione e verifica preventiva deriva, invero, un'incoltabile incertezza degli atti di gara, con riferimento ad un elemento essenziale del calcolo necessario per valutare l'equilibrio del piano economico finanziario dell'offerta, atteso che in assenza di una siffatta verifica preventiva l'Autorità potrà riservarsi di riconoscere successivamente, a fini tariffari, un valore definito in via parametrica (cfr. delibera 367/2014), che potrebbe in concreto non risultare idoneo ad ammortizzare gli investimenti effettuati dai gestori per gli impianti di distribuzione.

7.3.6. Tale incertezza risulta vieppiù aggravata dall'ulteriore violazione

dell'adempimento prescritto dall'art. 9 del d.m. 226/11, in base al quale «la stazione appaltante invia all'Autorità, secondo modalità stabilite dall'Autorità, il bando di gara, il disciplinare di gara e le linee guida programmatiche d'ambito con le condizioni minime di sviluppo, insieme alla nota giustificativa di cui al comma 1», potendo l'Autorità «inviare entro 30 giorni proprie osservazioni alla stazione appaltante».

7.3.7. L'omesso invio preventivo degli atti di gara ha infatti impedito che l'Autorità potesse esercitare preventivamente il proprio potere di controllo, fornendo le opportune indicazioni circa eventuali criticità e/o scostamenti rilevati nella *lex specialis*, rispetto al bando o al disciplinare tipo, in ipotesi non condivisi.

7.3.8. Il terzo, il quarto e il sesto motivo di ricorso devono essere quindi accolti.

7.4. Con il quinto motivo la ricorrente lamenta che, in nessuno dei documenti messi a disposizione dei concorrenti sarebbero state chiarite le modalità attraverso le quali “gli enti che hanno dichiarato di voler cedere le reti di loro proprietà” avrebbero provveduto a determinarne il valore “come riportato nel bando di gara”, con la conseguenza che l'aggiudicatario potrebbe essere costretto ad acquistare dagli enti dei beni ad un valore superiore alla loro RAB, così impedendo la predisposizione di un'offerta seria, congrua e remunerativa posto che il concorrente non avrebbe “contezza di quale sarebbe il suo ritorno, a livello tariffario, a fronte dell'investimento che viene richiesto dal bando per l'acquisto di dette reti”.

7.4.1. Anche tale profilo di illegittimità è fondato.

7.4.2. Ed invero l'art. 5, comma 16, del DM 226/2011 prevede che “(...) il bando di gara riporta sia i principali punti di divergenza nel calcolo fra le valutazioni del valore di rimborso effettuate dall'ente locale concedente e quelle del gestore uscente, sia eventuali previsioni su

metodologie di calcolo particolari contenute nei documenti concessori che differiscono dalle metodologie contenute nel presente articolo”.

7.4.3. Ciò nondimeno, non è stata provata in giudizio l'esistenza di tale specificazione in alcuno degli atti di gara sia pubblicati sul sito intranet, sia messi a disposizione delle parti nell'apposito locale indicato al punto 8 del bando, così rendendo incerto il VIR in concreto considerato nel bando di gara. Ne deriva l'impossibilità, anche per tale motivo, di predisporre un'offerta seria, congrua e remunerativa posto che il concorrente non avrebbe “contezza di quale sarebbe il suo ritorno, a livello tariffario, a fronte dell'investimento che viene richiesto dal bando per l'acquisto di dette reti”.

7.5. Con il settimo e l'ottavo motivo la ricorrente contesta, da una lato, “l'attribuzione di punteggi massimi diversi da quelli tassativamente previsti dal d.m. 226/11 e dal disciplinare di gara tipo allegato al citato d.m.”, in quanto non residuerebbe in capo alla stazione appaltante alcuna facoltà di modifica (settimo motivo), dall'altro, il contenuto del contratto di servizio poiché esso differirebbe dal contratto tipo predisposto dall'Aeegsi ed approvato dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato (ora MSE), con particolare riguardo all'obbligo dell'aggiudicatario di versare l'importo minimo di Euro 4.000.000,00 e alla mancata previsione di una specifica clausola compromissoria, e ciò in pretesa violazione dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 164/2000.

7.5.1. Entrambe le censure, per come formulate, non sono ammissibili, atteso che la ricorrente non ha dimostrato come i sub-criteri e i punteggi aggiuntivi contenuti nel bando, così come le diversità ipotizzate nel contratto di servizio allegato al bando rispetto al contratto di servizio tipo, determinino una lesione immediata della possibilità di stessa di formulare un'offerta e partecipare alla gara.

7.5.2. Peraltro, deve in ogni caso osservarsi, quanto al settimo motivo,

che l'art. 9, comma 1, del DM 226/2011 consente invero eventuali “scostamenti dal bando di gara tipo e dal disciplinare di gara tipo”, così come “la scelta dei punteggi utilizzati nei criteri di valutazione della gara”, subordinando tale facoltà alla sussistenza di ragioni giustificative in considerazione della peculiarità della gara da indire. Quanto all'ottavo motivo, che non appare dubitabile che anche il contratto tipo sia del pari suscettibili delle modifiche ritenute necessarie e/o opportune dalla stazione appaltante per soddisfare esigenze specifiche del rapporto che deve in concreto essere regolato.

7.6. Con il nono ed ultimo motivo la ricorrente lamenta che la stazione appaltante si sarebbe limitata a pubblicare solo una parte delle informazioni richieste, sottolineando inoltre che i dati forniti potrebbero subire modificazioni, con la conseguenza che “la pubblicazione della *lex specialis*” sarebbe “solo apparente”, non consentendo la predisposizione di un'offerta seria e consapevole.

7.6.1. La censura è fondata in quanto è risultato provato in giudizio che non sono stati resi disponibili tutti i documenti e le informazioni fondamentali per effettuare un'analisi costi-benefici sufficientemente sicura da parte degli operatori economici, così da garantire loro la possibilità di una partecipazione alla gara seria e consapevole. Ciò in particolare è dipeso, per le ragioni sopra esposte, dall'omessa previa verifica del c.d. delta VIR/RAB, così come degli atti di gara, da parte dell'Aeegsi. Né tali carenze informative sono superabili in forza della previsione dell'art. 13 del bando che prevede l'effettuazione da parte del concorrente di un sopralluogo “nel territorio dell'Atem”, non essendo state assicurate nel bando in esame modalità di svolgimento di tale atto istruttorio preliminare idonee a garantire che venga correttamente presa visione di tutti gli impianti oggetto di gara.

8. Alla luce di tutte le considerazioni svolte, quindi, il terzo, il quarto, il

quinto, il sesto e il nono motivo di ricorso sono fondati. Conseguentemente il ricorso deve essere accolto per tali specifici motivi e per l'effetto deve essere annullato esclusivamente il bando di gara impugnato con i relativi allegati.

9. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara fondato ai sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla il "bando di gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale di Venezia 1 - Laguna Veneta" e i relativi allegati.

Condanna le parti resistenti al pagamento delle spese processuali che liquida in complessive Euro 3.000,00 (tremila/00), da suddividere in parte uguali fra le parti resistenti costituite, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Silvia Coppari, Primo Referendario, Estensore

Nicola Fenicia, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Silvia Coppari

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO