



REPUBBLICA ITALIANA

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 866 del 2017, proposto da:
Erogasmet S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dagli avvocati Fabio Todarello, Andrea Conforto, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avv. Vittorio Fedato in Venezia, via Santa Croce, 269;

contro

Comune di **Belluno**, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Stefano Sacchetto, con domicilio eletto presso il suo studio in
Venezia-Mestre, via Giosuè Carducci 45;

e con l'intervento di

ad

adiuvandum:

Società Impianti Metano S.r.l., Distribuzione **Gas** Naturale S.r.l., Sadori Reti
S.r.l., Blu Reti **Gas** S.r.l., Gigas Rete S.r.l., Assogas – Associazione Nazionale
Industriali Privati **Gas** e Servizi Energetici, Condotte Nord S.p.A., in persona

del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Fabio Todarello, Andrea Conforto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vittorio Fedato in Venezia, via Santa Croce, 269; Gp Infrastrutture S.R.L, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Emanuela Rizzi in Venezia, Dorsoduro 2420;

per l'annullamento

anche mediante la concessione di misure cautelari monocratiche ex art. 56 c.p.a.,

- del “bando di **gara** per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del **gas** naturale nell'ambito territoriale di **Belluno**” e dei relativi allegati, pubblicato in GUCE in data 29.6.2017;
- di tutta la documentazione di **gara** richiamata all'art. 7 del bando di **gara** ed in particolare del disciplinare di **gara** e del “Documento guida degli interventi di estensione manutenzione e potenziamento dell'Atem **“Belluno”**”;
- ove occorre possa, della determinazione dirigenziale n. 519 del 27.6.2017 mediante la quale il Comune di **Belluno** ha provveduto ad approvare gli atti di **gara** oggetto del presente giudizio;
- della comunicazione della S.A. in data 14.7.2017 recante “individuazione sede per la consegna delle offerte e per l'espletamento della procedura di **gara** per l'affidamento del servizio di distribuzione del **gas** naturale”;
- di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, conseguente e/o connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di **Belluno**;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2018 il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il presente giudizio ha ad oggetto la richiesta di annullamento del bando di **gara** per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del **gas** naturale nell'ambito territoriale di **Belluno**.

Si tratta di una procedura indetta dal Comune di **Belluno**, nella sua qualità di stazione appaltante delegata - ex art. 2 del d.m. n. 226/2011, dagli altri Enti locali concedenti appartenenti all'ambito - a bandire, gestire e aggiudicare la **gara** in oggetto.

La ricorrente, Erogasmet, con i primi due motivi di ricorso, contesta la legittimità della scelta operata dal Comune di **Belluno** di porre a base di **gara** e di attribuire punteggio anche ad investimenti che non trovano riconoscimento in tariffa in quanto espressamente esclusi dall'Aeegsi oppure non valutati da quest'ultima.

In particolare, secondo la ricorrente, il vigente quadro normativo in materia (legge n. 481/95 istitutiva dell'Aeegsi, art. 23 del d.lgs. n. 164/2000, D.M. 226/2011) escluderebbe la possibilità di porre a base di **gara** investimenti che non trovano riconoscimento in tariffa in quanto ritenuti dall'Aeegsi non compatibili con lo sviluppo economico del servizio, oppure perché non valutati da quest'ultima nell'ambito delle verifiche ad essa demandate dall'art. 9, comma 2 del d.m. 226/2011, dovendo il sistema tariffario definito

dall'Aeegsi garantire agli operatori una congrua remunerazione del capitale investito.

In base alla *lex specialis* di **gara** impugnata, invece, secondo la ricorrente, i concorrenti dovrebbero tarare la propria offerta tecnica includendo nel proprio piano di sviluppo degli impianti anche interventi che o non hanno superato le CMS (condizioni minime di sviluppo) o non hanno superato né le CMS né l'analisi costi-benefici, interventi che consisterebbero nella realizzazione di circa 68 km di rete, per un costo stimato di circa 13 milioni di euro (che - stando al quadro normativo di riferimento - non potrebbe essere recuperato dall'operatore).

La suddetta scelta del Comune di **Belluno** comporterebbe in definitiva l'impossibilità per le imprese partecipanti alla **gara** di poter presentare un'offerta seria e consapevole e/o di poterne valutare appieno la sostenibilità, risultando, secondo la ricorrente, impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla **gara**.

L'incertezza in ordine alla copertura tariffaria degli interventi che non soddisfano le CMS, né le CMS e l'analisi costi-benefici, riguarderebbe sia gli estendimenti della rete, sia i potenziamenti e il mantenimento delle rete e degli impianti, sia gli "interventi integrativi e scostamenti".

Sotto altro profilo, la ricorrente lamenta la violazione dei principi di massima partecipazione e concorrenza che dovrebbero permeare le procedure ad evidenza pubblica, in quanto il disequilibrio economico-finanziario realizzato dalla *lex specialis* penalizzerebbe principalmente i potenziali "*new entrants*" nel mercato della distribuzione del **gas** rispetto ai gestori uscenti, i quali ultimi, avendo realizzato l'impianto di distribuzione del **gas** hanno diritto a ricevere il valore di rimborso (il c.d. VIR, ovvero il

Valore Industriale Residuo) da parte del gestore entrante (l'aggiudicatario della **gara**).

Con il terzo motivo la ricorrente lamenta l'estrema esiguità del termine utile per confezionare l'offerta (60 giorni circa), in contrasto con l'ampiezza di quello che l'Amministrazione si è riservata per gli adempimenti successivi. Infine, con il quarto motivo, la ricorrente deduce la violazione del principio di segretezza che deve informare le procedure ad evidenza pubblica, assumendo l'illegittimità della comunicazione richiesta agli aspiranti circa il preavviso della consegna dell'offerta.

Si è costituito il Comune di **Belluno** eccependo, in via preliminare: l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non essendo nel caso di specie ammissibile l'impugnazione immediata del bando di **gara**, nonché per mancata impugnazione delle delibere dell'Aeegsi recanti le osservazioni sul bando; l'irricevibilità del ricorso per tardività, risalendo, la prima pubblicazione del bando di **gara** al dicembre del 2016; l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse in ragione del fatto che, a valle della presentazione del ricorso medesimo, la S.A. aveva pubblicato alcuni chiarimenti che avrebbero reso il quadro informativo compiuto ed esaustivo al fine della presentazione dell'offerta. Nel merito il Comune ha contestato la fondatezza dei singoli motivi di ricorso chiedendone il rigetto.

Sono intervenuti in giudizio i soggetti indicati in epigrafe al fine di sostenere le ragioni della ricorrente.

Con ordinanza emessa all'esito della camera di consiglio del giorno 6 settembre 2017 è stata accolta la domanda cautelare.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie conclusive e di replica.

All'udienza del 10 gennaio 2018, all'esito della discussione, il ricorso è stato trattenuto i decisione.

In particolare, nel corso di tale udienza il Collegio ha posto, ex art. 73 comma terzo del c.p.a., la questione dell'ammissibilità degli atti di intervento *ad adiuvandum*.

DIRITTO

1. Preliminarmente, in ordine alla questione sollevata *ex officio*, gli atti d'intervento, con l'esclusione di quello dell'Assogas, devono essere dichiarati inammissibili, trovandosi le imprese intervenienti in una situazione d'interesse coincidente con quella della ricorrente, che le avrebbe abilitate alla tempestiva impugnazione del bando di **gara** in questione.

2. Per il resto, si può prescindere dall'esame delle eccezioni pregiudiziali formulate dalla difesa del Comune di **Belluno** nei confronti del ricorso proposto dalla Erogasmet, essendo questo infondato per le seguenti ragioni.

2.1. Va in primo luogo ricordato che in base all'articolo 9, comma 1, del decreto 226/11 la stazione appaltante deve predisporre e pubblicare il bando di **gara** e il disciplinare di **gara** "*attenendosi agli schemi e alle indicazioni del bando di **gara** tipo e del disciplinare di **gara** tipo, di cui, rispettivamente agli allegati 2 e 3 del medesimo decreto 226/11*", indicando in apposita nota eventuali scostamenti dal bando di **gara** tipo e del disciplinare di **gara** tipo, e giustificando la scelta dei punteggi utilizzati nei criteri di valutazione della **gara**. L'articolo 9, comma 2, del decreto 226/11 stabilisce poi che la stazione appaltante invii il bando di **gara** e il disciplinare di **gara**, insieme alla nota giustificativa degli scostamenti richiamata nel punto precedente, all'Autorità, la quale può inviare proprie osservazioni alla stazione appaltante entro trenta giorni.

2.2. Nel caso di specie l'Autorità, con delibera del 4 agosto 2016, resa ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del d.m. 226/11, ha espressamente approvato gli atti di **gara** predisposti dal Comune di **Belluno** in qualità di stazione appaltante dell'ATEM **Belluno**, affermando che *“la stazione appaltante, nel predisporre la documentazione di **gara**, ha utilizzato gli schemi tipo riportati in allegato al Decreto 226/2011 apportando limitate modifiche, con giustificazioni riportate nella nota giustificativa trasmessa all'Autorità”, nonché chiarendo che “la ripartizione dei punteggi relativi al piano di sviluppo degli impianti è coerente con il grado di metanizzazione. La Stazione appaltante ha, di conseguenza, correttamente assegnato il massimo punteggio agli interventi di estensione e potenziamento”.*

2.3. Inoltre, l'Autorità regolatrice ha stabilito che saranno ammessi alla remunerazione tariffaria tutti gli interventi rispondenti a requisiti minimi ben determinati e individuati.

In particolare, l'Aeegsi, con la stessa deliberazione del 4 agosto 2016, ha prescritto che *“siano meritevoli di riconoscimento tariffario solo gli investimenti che siano effettuati in condizioni di economicità e che di conseguenza le condizioni minime di sviluppo debbano individuare livelli compatibili con lo sviluppo economico del servizio. Estensioni di rete che eccedano il livello individuato nelle condizioni minime di sviluppo dovranno prevedere: un onere a carico delle imprese per la quota relative a quanto le imprese si impegnano a offrire in sede di **gara** ai sensi di quanto previsto dall'articolo 13, comma I, lettera c, del decreto 226/11 (...); un onere diretto a carico dei clienti finali che richiedano la connessione per la parte di estensione della rete che eccede il livello delle condizioni minime di sviluppo e quello offerto in sede di **gara** dalle imprese”.*

Infine, in sede di chiarimenti resi sulla riconoscibilità tariffaria degli investimenti, con la deliberazione del 7 agosto 2017, intervenuta nelle more del ricorso, l'Aeegsi ha ribadito siffatte prescrizioni in relazione agli interventi di estensione (di cui all'articolo 9, comma IV, lettera a) del decreto 226/11) e ha precisato i criteri per il riconoscimento tariffario degli interventi di potenziamento (di cui all'articolo 9, comma IV, lettera b) e di sostituzione (di cui all'articolo 9, comma IV, lettera c) e ha, dunque, stabilito per ognuno di essi la remuneratività condizionata al superamento di determinate condizioni.

2.4. Alla luce di tali interventi dell'Autorità regolatrice, risulta dunque chiaro che potranno sicuramente beneficiare del riconoscimento tariffario gli interventi di estensione delle reti che soddisfano le condizioni minime di sviluppo, mentre i diversi interventi di potenziamento e sostituzione e quelli "integrativi", ove non inclusi nelle CMS, potranno godere del riconoscimento tariffario solo in esito al positivo vaglio da parte dell'Autorità in ordine all'adeguatezza dell'analisi costi-benefici.

Da ciò derivandone, dunque, il dissolvimento delle perplessità manifestate dalla ricorrente in ordine alla chiarezza della legge di **gara**.

2.5. Risulta, inoltre, che la Stazione appaltante ha operato in conformità alla disciplina regolamentare (schemi tipo) ottenendo l'approvazione dell'Autorità regolatrice in ordine alle modifiche alla stessa disciplina apportate.

Per cui, seppure l'intervento dell'Autorità ai sensi della citata disposizione del decreto 226/11, abbia natura consultiva, cionondimeno, l'approvazione (non giudizialmente contestata) della *lex specialis* in questione da parte della competente Autorità regolatrice non può non relegare il sindacato di questo Tribunale sulla *lex specialis* di **gara** ad aspetti di palese irragionevolezza od

illogicità della stessa; aspetti che tuttavia non è dato ravvisare nel caso all'esame.

2.6. Infatti, come già detto, alla luce del contesto regolamentare e dei chiarimenti resi dall'Aeegsi, i concorrenti possono agevolmente verificare quali tra gli interventi richiesti ed individuati nel documento guida predisposto dalla S.A. rispondano ai citati requisiti.

Altrettanto chiaro risulta che gli interventi non rispondenti a tali criteri saranno specularmente esclusi dalla remunerazione tariffaria, con relativi oneri a carico dell'aggiudicatario e del cliente finale.

2.7. In particolare, le linee guida stabiliscono per ciascun territorio comunale interessato, quali siano gli interventi di massima estensione compatibili con i caratteri del contesto di riferimento e con la durata dell'affidamento (CMS, condizioni minime di sviluppo) precisando che essi rappresentano la base "su cui i concorrenti redigono il piano di sviluppo delle reti". E stabiliscono altresì quali siano gli interventi di massima estensione che non soddisfano le CMS, e quelli che non soddisfano né le CMS né l'analisi costi benefici, infine individuano le zone con necessità di potenziamento e descrivono lo stato attuale dell'impianto di distribuzione.

Dal canto suo, il disciplinare di **gara**, alla lettera c) (Piano di sviluppo) prescrive che *"il Piano degli interventi di sviluppo e di mantenimento degli impianti è valutato in base ai seguenti criteri: "adeguatezza dell'analisi di assetto di rete e degli impianti e delle relative documentazioni" (punteggio massimo 5); "valutazione degli interventi di estensione e potenziamento" (punteggio massimo 20); "valutazione degli interventi per il mantenimento in efficienza della rete degli impianti" (punteggio 15); "innovazione tecnologica, adottata in maniera accelerata o addizionale a quanto previsto dalla regolazione" (punteggio 5), per un totale di punti 45.*

E per ciascuna di tali voci, quindi, il medesimo disciplinare contempla i sub-criteri funzionali all'attribuzione del punteggio, con un grado di dettaglio sicuramente adeguato.

2.8. Pertanto, anche la perplessità manifestata dalla ricorrente in ordine ai criteri di valorizzazione dei predetti interventi in sede di valutazione dell'offerta, risulta smentita dalle chiare disposizioni di **gara**.

2.9. Sotto altro profilo, il principio affermato dalla ricorrente secondo cui potrebbero essere ammessi in **gara** esclusivamente gli interventi remunerati con certezza dal regime tariffario, non trova alcun riscontro normativo; nè la regola posta dall'articolo 23 del d. Lgs. 164 del 2000, secondo la quale occorre "assicurare una congrua remunerazione del capitale investito", può interpretarsi con riferimento a ciascuna singola voce che compone l'offerta, trattandosi di un parametro da applicare all'offerta nella sua complessiva articolazione.

2.10. Nel caso di specie, la remuneratività della concessione dipenderà dalla particolare modulazione, ad opera delle singole concorrenti, delle componenti dell'offerta economica e di quella tecnica; così ad esempio, l'impegno ad effettuare alcuni interventi previsti dal documento guida ma non remunerati dal regime tariffario, potrà essere compensato da un minore sconto tariffario sul versante dell'offerta economica.

L'equilibrio economico finanziario del progetto di sviluppo dovrà insomma essere ricercato dalle singole imprese in base alle proprie disponibilità e capacità di effettuare le estensioni, i potenziamenti e le sostituzioni che riterranno necessari al fine di ottimizzare il servizio; fermo restando che gli interventi previsti dallo studio guida non dovranno essere per forza recepiti nelle singole offerte nella loro totalità, non essendo imposta una completa corrispondenza fra offerta e studio guida, dipendendo invece il grado di

recepimento di tali previsioni da una libera valutazione dell'operatore; mentre, per altro verso, la concreta sostenibilità economica di ciascun progetto presentato sarà oggetto di successivo apprezzamento tecnico-discrezionale da parte della Commissione giudicatrice.

In sintesi, dunque, la *lex specialis* non appare tale da forzare l'equilibrio economico finanziario delle offerte mediante l'imposizione di costi fissi non recuperabili, né tale da alterare la *par condicio* fra i vari partecipanti.

2.11. Va inoltre considerato che se pure determinati interventi non potranno ottenere un riconoscimento a livello tariffario, non risulta che i miglioramenti comunque apportati alla rete non potranno ottenere alcun riconoscimento in sede di determinazione del VIR spettante al gestore uscente al momento della scadenza della concessione; non si tratterebbe, quindi, di costi in alcun modo recuperabili.

2.12. Quanto all'asserita posizione privilegiata di cui godrebbe nella **gara** in questione il gestore uscente, è assorbente il rilievo per cui nella procedura che ci occupa l'*incumbent*, non ha partecipato e, pertanto, nessuna lesione si è concretamente verificata nemmeno sotto tale profilo.

2.13. Per tali ragioni i primi due motivi di ricorso devono essere respinti.

2.14. Anche il terzo e il quarto motivo si rivelano infondati, non essendosi verificata in concreto alcuna difficoltà per la ricorrente nella elaborazione della propria offerta, né alcuna violazione della segretezza della stessa.

3. In conclusione il ricorso deve essere respinto.

4. Le spese di lite possono essere compensate in ragione della novità delle questioni prospettate.

P.Q.M.

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

dichiara inammissibili gli interventi in giudizio ad eccezione di quello della Assogas;

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Silvia Coppari, Primo Referendario

Nicola Fenicia, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Nicola Fenicia

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO