

**N. 00570/2019REG.PROV.COLL.
N. 02549/2018 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2549 del 2018, proposto da:

Erogasmet s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Todarello e Andrea Conforto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, n. 44;

contro

Comune di Belluno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Sacchetto, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Borgo Pio, n. 44;

nei confronti

Gp Infrastrutture s.r.l., Assogas - Associazione Nazionale Industriali Privati Gas, Blu Reti Gas s.r.l., Condotte Nord s.p.a., Distribuzione Gas Naturale s.r.l., Gigas Rete s.r.l., Sadori Reti s.r.l., Società Impianti Metano s.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sez. I, n. 00078 / 2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello 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 18 ottobre 2018 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Fabio Todarello e Stefano Sacchetto;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

- 1) Il Comune di Belluno (di seguito "*il Comune*"), nella sua qualità di stazione appaltante delegata dagli altri enti locali concedenti ai sensi dell'art. 2 del decreto ministeriale 12 novembre 2011, n. 226, indiceva la gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale (c.d. "*ATEM*") di Belluno, dopo aver proceduto al previo inoltro, tramite piattaforma informatica dedicata, degli atti di gara (bando, capitolato e linee guida programmatiche d'ambito con le condizioni minime di sviluppo, unitamente alla nota giustificativa di cui all'art. 9, comma 1, del citato decreto e allo schema del contratto di servizio) all'Autorità di regolazione (già Aeegsi- Autorità per l'energia elettrica, il gas e il settore idrico, istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481, ora Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambienti "*Arera*"; di seguito soltanto "*l'Autorità*") per le osservazioni di rito, in conformità al disposto dell'articolo 9, comma 2, del citato decreto ministeriale.
Con determinazione n. 519 del 27 giugno 2017 il Comune approvava talune modifiche e integrazioni alla documentazione di gara, al seguito degli intervenuti chiarimenti rispetto ai quesiti formulati dalle imprese interessate (relative, tra l'altro, anche al rimborso tariffario degli investimenti di potenziamento e sostituzione della rete, costituente peraltro il vero *thema decidendum* della presente controversia), disponendo la ripubblicazione *in parte qua* della stessa documentazione (in G.U.C.E. del 29 giugno 2017), siccome modificata e integrata.
- 2) Con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto Erogasmet s.p.a. (di seguito "*Erogasmet*"), la quale aveva partecipato alla detta procedura, ne ha impugnato il relativo bando alla stregua di quattro motivi di diritto con cui ha censurato: I) violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, degli artt. 9, 13 e 15 del decreto ministeriale 12 novembre 2011, n. 226, dell'art. 23 d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164; violazione e falsa applicazione della legge 14 novembre 1995, n. 481; violazione dei principi di economicità, concorrenza, non discriminazione; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione; carenza di istruttoria e il difetto di motivazione (primo e secondo motivo); II) violazione e falsa applicazione dell'art. 79 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016; violazione dei principi di economicità, concorrenza,

non discriminazione; carenza di istruttoria e motivazione; eccesso di potere per illogicità, irrazionalità, sproporzione, contraddittorietà (terzo motivo); III) violazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016; violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione del principio di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; violazione dei principi di riservatezza e segretezza (quarto motivo).

In dettaglio, con i primi due motivi la ricorrente ha lamentato che le previsioni della legge di gara non le avrebbero consentito di presentare un'offerta seria e consapevole e di valutarne la sostenibilità in quanto il riconoscimento della remunerazione tariffaria di alcuni interventi migliorativi, dei quali era prevista la valutazione ai fini dell'offerta tecnica, era incerto e, in taluni casi, del tutto escluso da parte dell'Autorità di Regolazione. Secondo la ricorrente, infatti, per un verso il quadro normativo di riferimento (costituito dall'art. 23 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 e dal Regolamento di attuazione di cui al D.M. n. 226 del 2011) avrebbe portato ad escludere che in gara potessero essere richiesti alle imprese concorrenti, mediante l'attribuzione del relativo punteggio, investimenti che non trovavano poi adeguata remunerazione in tariffa (in quanto ritenuti dall'Autorità non compatibili con lo sviluppo economico del servizio e, come tali, non sostenibili nell'ambito di una crescita infrastrutturale capace di garantire benefici superiori ai costi ovvero perché non valutati affatto dalla medesima nell'ambito delle verifiche che le sono demandate ai sensi della citata disciplina regolamentare), per altro verso la scelta operata dalla Stazione appaltante di porre a base di gara e riconoscere punteggio anche ad interventi migliorativi per i quali la remunerazione del capitale investito era incerta o del tutto esclusa avrebbero reso impossibile effettuare il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara: sotto tali profili, il contenuto della *lex specialis*, oltre a non trovare alcun riscontro nella disciplina di settore, avrebbe violato il principio di equa (e congrua) remunerazione del capitale su cui si fonda il sistema tariffario inerente il pubblico servizio di distribuzione del gas naturale.

Sotto altro profilo la ricorrente ha dedotto che il disequilibrio economico finanziario indotto dalle controverse previsioni della legge di gara avrebbe avvantaggiato indebitamente i gestori uscenti i quali, avendo realizzato l'impianto di distribuzione del gas, avrebbero avuto diritto al valore di rimborso (il c.d. VIR, ovvero il Valore Industriale Residuo) da parte del gestore entrante, aggiudicatario della gara, ciò traducendosi in un'aperta violazione dei principi di concorrenza e massima partecipazione alle gare in questione.

Con il terzo e il quarto mezzo di gravame Erogasmet ha rispettivamente censurato l'eccessiva esiguità del termine per il confezionamento dell'offerta (sessanta giorni) e la lesione del principio di riservatezza e integrità della presentazione dell'offerta, funzionali a garantire la *par condicio*

competitorum e la serietà della gara, determinata dall'illegittima comunicazione con cui la stazione appaltante aveva richiesto alle imprese aspiranti il preavviso della consegna dell'offerta.

- 3) L'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse dell'immediata. Si è costituito in resistenza il Comune, eccependo in via pregiudiziale:
 - a) impugnazione del bando e per omessa impugnazione dei relativi atti presupposti, vale a dire le delibere dell'Autorità recanti le osservazioni sul bando e sulla remunerazione tariffaria degli interventi;
 - b) la sua irricevibilità per tardività dell'impugnazione del bando rispetto alla data della sua prima pubblicazione, risalente al dicembre 2016;
 - c) ancora l'inammissibilità per omessa notifica all'Autorità, ai cui pronunciamenti le censure erano indistintamente rivolte e alle cui decisioni era esclusivamente ascrivibile il mancato beneficio tariffario per taluni investimenti;
 - d) l'ulteriore inammissibilità per carenza di interesse per avere la ricorrente presentato domanda di partecipazione alla gara e formulato l'offerta, dal che si sarebbe desunta la natura non escludente delle clausole impuginate, in quanto prive di immediata lesività dell'interesse al conseguimento dell'aggiudicazione della commessa;
- e) l'improcedibilità infine per sopravvenuta carenza di interesse all'esito della pubblicazione da parte della stazione appaltante, successivamente al ricorso, di taluni chiarimenti che avrebbero reso esaustivo il quadro informativo ai fini della presentazione dell'offerta.
 - a. Sono intervenute *ad adiuvandum* anche talune imprese operanti nel medesimo settore oggetto di affidamento (in particolare 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., Condotte Nord s.p.a., Gp Infrastrutture s.r.l.) e Assogas- Associazione Nazionale Industriali Privati Gas e Servizi Energetici (associazione di categoria di cui fa parte la stessa Erogasmet) al fine di sostenere le ragioni della ricorrente.
- 4) Con la sentenza in epigrafe l'adito tribunale - dichiarati preliminarmente inammissibili *ex officio* gli interventi spiegati dalle imprese, in quanto titolari, ad eccezione di Assogas, di una situazione di interesse coincidente con quella della ricorrente che le avrebbe abilitate ad un'autonoma impugnativa del bando e prescindendo dall'esame delle eccezioni di rito sollevate *in limine* dall'amministrazione resistente - ha respinto il ricorso ritenendolo infondato.
- 5) Per la riforma della sentenza ha proposto appello Erogasmet, deducendo l'erroneità e l'ingiustizia delle motivazioni con le quali il primo giudice ha ritenuto infondati i primi due motivi di ricorso. In particolare l'appellante ha riproposto sostanzialmente le censure di prime cure formulate con i detti motivi (espressamente rinunciando al terzo e al quarto motivo) e ha contestato la sentenza anche nella parte in cui ha ritenuto che le eventuali migliorie non remunerate sarebbero state in ogni caso oggetto di valutazione ai fini dell'eventuale subentro nelle successive procedure di affidamento,

chiedendo l'ammissione di una verifica al fine di:

a) accertare l'an e il quantum di un eventuale Valore Industriale Residuo ed acclarare se l'eventuale rimborso relativo agli investimenti ritenuti inidonei a generare riconoscimento tariffario nel corso dei dodici anni di gestione del servizio debba essere calcolato secondo il metodo del VIR, tenendo conto dei parametri e dei criteri di calcolo di cui alle Linee Guida ministeriali (come lascerebbe intendere la sentenza di prime cure), o in base alla diversa metodologia della RAB di cui all'art. 14, comma 8, del d.lgs. n. 164 del 2000;

b) individuare il soggetto su cui incombe il relativo obbligo di corresponsione di detto valore di rimborso al gestore uscente;

c) stabilire se, in occasione della seconda gara d'ambito, dovrà essere riconosciuto a livello tariffario al gestore subentrante il valore residuo di detti investimenti (che sarà tenuto a corrispondere a quello uscente).

a. Si è costituito anche nel presente grado di giudizio il Comune il quale ha depositato memorie con cui ha illustrato le proprie tesi difensive, riproponendo le eccezioni di irricevibilità, inammissibilità e improcedibilità del ricorso già formulate nel giudizio di primo grado ed eccependo, altresì, l'inammissibilità del gravame per novità delle censure prospettate, chiedendone comunque il rigetto nel merito.

b. Abbinata al merito la domanda cautelare su concorde richiesta delle parti, all'udienza pubblica del 18 ottobre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

- 6) Con l'appello in esame Erogasmet contesta nuovamente la legittimità della scelta dell'amministrazione di porre a base di gara e di attribuire punteggio anche ad investimenti non remunerati con certezza e che non trovano riconoscimento in tariffa, in quanto espressamente esclusi dall'Autorità di regolazione perché ritenuti non compatibili con lo sviluppo economico del servizio oppure non valutati da quest'ultima nell'ambito delle verifiche ad essa demandate in conformità alla disciplina regolamentare: sicché in base alla *lex specialis* i concorrenti avrebbero dovuto tarare la propria offerta tecnica includendo nel proprio piano di sviluppo degli impianti interventi che non hanno superato le condizioni minime di sviluppo ("CMS"), né le analisi costi benefici ("ABS"), e che consisterebbero, in tesi, nella realizzazione di circa 68 km di rete per un costo stimato di circa 13 milioni di euro. L'appellante assume in definitiva l'impossibilità di presentare un'offerta "seria e consapevole" a causa del mancato o incerto riconoscimento tariffario di tali investimenti migliorativi degli impianti, che avrebbe così dovuto determinare la loro esclusione dal novero degli elementi di valutazione dell'offerta. Siffatte circostanze violerebbero il quadro normativo di riferimento (art. 23 del d.lgs. n. 164 del 2000 e Regolamento di attuazione di cui al D.M. 226 del 2011) che imporrebbero la necessaria remuneratività di ogni singolo

intervento posto a base della selezione.

- a. Secondo l'appellante non vi sono letture alternative o diverse del quadro normativo che consentano di ritenere, in base all'impostazione sostenuta dalla stazione appaltante e recepita dal giudice di prime cure, che anche interventi, i cui costi sono interamente posti in capo al distributore in quanto non rispettano le CMS oppure che non hanno superato né queste ultime, né l'analisi dei costi/benefici, possano essere previsti nel "documento guida" ed essere quindi oggetto di confronto concorrenziale tra le parti ai fini dell'attribuzione dei relativi punteggi di gara.
- 7) Il Comune appellato deduce l'erroneità di siffatte argomentazioni, evidenziando di avere, da un lato, opposto il diniego all'istanza, formulata dall'appellante, di riapertura dei termini per la presentazione delle offerte da parte della Stazione appaltante (istanza finalizzata, nella prospettazione di Erogasmet, a garantire alle concorrenti di predisporre un Piano industriale che, nella voce "*Valore residuo impianti*" tenga conto anche del valore residuo di quegli investimenti che non soddisfano le CMS e le ABC); dall'altro che l'originaria ricorrente ha finanche promosso giudizio di ottemperanza dinanzi al TAR per il Veneto (R.G. 385/2018) chiedendo l'esecuzione della sentenza gravata nella parte in cui ha affermato che "*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*", ravvisando in ciò un implicito accoglimento delle sue tesi e la conseguente necessità di una riapertura dei termini per la riformulazione delle offerte nel senso dalla medesima spiegato; ha poi aggiunto che il predetto tribunale ha respinto il ricorso per l'esecuzione e ha dichiarato improcedibile la subordinata azione di annullamento, rilevando come "*le modalità esecutive non devono determinare effetti irreversibili rispetto al giudizio di appello pendente*".
 - 8) Ciò premesso, l'appello è infondato e va respinto, potendo così prescindere dalle eccezioni di irricevibilità, improcedibilità e inammissibilità riproposte dal Comune appellato, come pure dell'eccezione di inammissibilità del gravame per asserita novità delle censure spiegate.
- 8.1) Il d.lgs. n. 164 del 2000 ha qualificato l'attività di distribuzione del gas naturale quale "attività di servizio pubblico" (art. 14) da affidarsi esclusivamente mediante gara, per periodi non superiori a dodici anni. Con il decreto n. 226 del 2011 i Ministri dello Sviluppo Economico e dei Rapporti con le Regioni hanno adottato il regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale. Tale disciplina regolamentare prevede che il Comune capoluogo di Provincia assuma il ruolo di stazione appaltante per la

gestione delle relative gare per delega degli altri enti locali concedenti appartenenti agli ambiti territoriali minimi (determinati con il decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 19 gennaio 2011) e che in tale veste predisponga e pubblichi 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, giustificandone gli eventuali scostamenti, nonché la scelta dei punteggi utilizzati nei criteri di valutazione della gara in apposita nota. Forniti dagli altri enti concedenti gli elementi programmatici di sviluppo del proprio territorio nel periodo di durata dell'affidamento e lo stato del proprio impianto di distribuzione, la stazione appaltante appronta il documento guida per gli interventi di estensione, manutenzione e potenziamento nei singoli comuni, in base a cui i concorrenti redigono, ai sensi dell'art. 15 del medesimo decreto, il piano di sviluppo dell'impianto: tale documento contiene *“gli interventi di massima di estensione della rete ritenuti compatibili con lo sviluppo territoriale del Comune e con il periodo di affidamento”*.

L'articolo 9, comma 2, del citato decreto n. 226 del 2011 prevede che la stazione appaltante invii il bando e il disciplinare, unitamente alla detta nota giustificativa degli scostamenti della legge di gara, all'Autorità di regolazione la quale, entro trenta giorni, può inviare le proprie osservazioni al riguardo, dando luogo ad un intervento di natura preminentemente consultiva, che non condiziona lo sviluppo delle procedure di gara.

Infine, secondo quanto stabilito nell'articolo 9, comma 3, del decreto n. 226 del 2011, *“le condizioni minime di sviluppo e gli interventi contenuti nelle linee guida programmatiche d'ambito devono essere tali da consentire l'equilibrio economico e finanziario del gestore e devono essere giustificati da un'analisi dei benefici per i consumatori rispetto ai costi da sostenere”*.

Pertanto, come indicato nella deliberazione dell'Autorità 21 marzo 2013, 113/2013/R/gas, l'Autorità, nell'ambito delle verifiche sui bandi di gara, procede a valutare la coerenza delle analisi costi-benefici e la congruità delle condizioni minime di sviluppo individuate nelle linee guida predisposte dalla stazione appaltante.

8.2) Sulla scorta del delineato quadro normativo di riferimento, le motivazioni della sentenza impugnata, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, non travisano in alcun modo la reale portata delle censure formulate, né risultano disancorate dai motivi di diritto dedotti.

Invero correttamente il primo giudice ha tratto fondamento delle proprie convinzioni proprio dal constatato compiuto e puntuale adempimento da parte della stazione appaltante dei richiamati incombeni di legge e dall'intervenuta approvazione da parte dell'Autorità degli atti di gara predisposti dal Comune.

8.3) Infatti, con la delibera n. 455 del 4 agosto 2016 l'Autorità ha, da un lato, affermato 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" e che a "correttamente assegnato il massimo punteggio agli interventi di estensione e potenziamento", chiarendo che "la ripartizione dei punteggi relativi al piano di sviluppo degli impianti è coerente con il grado di metanizzazione"; dall'altro ha stabilito (nella parte delle osservazioni relativa alla coerenza dell'analisi costi-benefici e della congruità delle condizioni minime di sviluppo individuate nelle linee guida predisposte dalla stazione appaltante) che saranno ammessi alla remunerazione tariffaria "solo gli investimenti effettuati in condizioni di economicità e che di conseguenza le condizioni minime di sviluppo debbano individuare livelli compatibili con lo sviluppo economico del servizio".

L'Autorità, nella detta deliberazione, ha quindi ulteriormente precisato che "estensioni di rete che eccedano il livello individuato nelle condizioni minime di sviluppo dovranno prevedere" tanto un onere a carico delle imprese, per la quota relativa a quanto queste ultime si impegnano ad offrire in sede di gara (non potendo, peraltro, gli investimenti effettuati dalle aggiudicatrici al momento dell'offerta concorrere alla determinazione del livello del capitale investito rilevante ai fini tariffari), quanto un onere diretto a carico dei consumatori finali che richiedano la connessione per la parte di estensione della rete eccedente il livello delle CMS e quello offerto in sede di gara.

Con i successivi chiarimenti intervenuti nelle more del ricorso di primo grado (di cui alla deliberazione del 7 agosto 2017) l'Autorità regolatrice ha ribadito che gli interventi di potenziamento, di sostituzione e integrativi, ove non inclusi nelle CMS, potranno essere ammessi al riconoscimento tariffario solo al superamento di determinate condizioni, vale a dire "in esito al positivo vaglio da parte dell'Autorità in ordine all'adeguatezza dell'analisi costi-benefici".

8.4) Alla luce di siffatte statuizioni dell'Autorità regolatrice, non contestate da Erogasmet, espresse in sede di osservazioni in merito alla documentazione inerente la gara in argomento inviata dal Comune di Belluno, non risultano allora censurabili le motivazioni della sentenza impugnata per le ragioni di seguito esposte. Merita in primo luogo condivisione l'assunto del primo giudice (confortato dall'acquisita approvazione del bando impugnato da parte dell'Autorità di regolazione e dalla conferma, anche nei successivi chiarimenti resi nel 2017 ai quesiti dell'odierna appellante, circa la piena conformità della *lex specialis* alla disciplina di settore) in base al quale "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".

8.5) Deve anzitutto evidenziarsi come la disciplina di settore non ponga alcun divieto, nemmeno in via implicita o derivata, all'inserimento nel documento guida degli interventi che non superano le CMS (e perciò ritenuti non meritevoli di riconoscimento tariffario) affinché siano valutati

con l'offerta tecnica, non essendo individuabile (né del resto indicata dall'appellante) alcuna fonte normativa o regolamentare, né una statuizione dell'Autorità regolatrice, secondo cui la remuneratività dell'offerta debba riguardare ogni sua singola componente e non, invece, la sua articolazione complessiva.

Le argomentazioni svolte sul punto nella sentenza impugnata risultano conformi al consolidato principio giurisprudenziale in base al quale la remuneratività dell'appalto dipende dal valore complessivo delle voci costituenti il contenuto del rapporto contrattuale, ben potendo la mancata remuneratività di una parte del suo oggetto essere compensata dal complessivo beneficio ricavabile dallo svolgimento dell'appalto (cfr. *ex multis* Cons. di Stato, III, 19 ottobre 2015, n. 4789).

Tale principio, valevole per tutte le pubbliche gare, non fa eccezione per quelle aventi ad oggetto l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, connotata da una pluralità di prestazioni, apprezzabili sotto il profilo della convenienza economica nel loro complesso (con valutazioni, peraltro, suscettibili di modifica nell'ambito di un rapporto concessorio avente durata dodecennale).

L'operatore economico, nel predisporre la propria offerta, potrà dunque valutarne la convenienza economica nel suo insieme, essendo posto nelle condizioni di conoscere *ex ante* (verificandone la rispondenza ai citati requisiti) per quali interventi è contemplato il controverso riconoscimento tariffario e, al contempo, ben potrà proporre nella propria offerta solo gli interventi, tra tutti quelli indicati nel documento guida ai fini del confronto concorrenziale, che ritiene sostenibili sotto il profilo finanziario, essendo perciò rimessa esclusivamente alle sue valutazioni e alla correlativa assunzione del rischio di impresa l'opportunità di proporre l'esecuzione di interventi non rispondenti alle su indicate condizioni minime.

8.6) Né merita favorevole considerazione ulteriore assunto secondo cui gli interventi che non soddisfano le dette condizioni minime, né l'analisi benefici-costi, non potrebbero trovare utile e legittima allocazione nel documento guida (né, pertanto, essere valutate ai fini dell'attribuzione del punteggio) non essendo tale inserimento precluso da alcuna disposizione normativa.

Invero l'art. 9, comma 4, del d.m. n. 226 del 2011 prescrive soltanto che il documento guida contenga gli interventi di massima estensione delle reti ritenuti compatibili con lo sviluppo territoriale del Comune e con il periodo di affidamento (che, peraltro, come precisato nello stesso documento guida della gara in oggetto, sono da considerarsi la base su cui i concorrenti redigono il piano di sviluppo delle reti), ma non vieta che in esso si contemplino anche gli interventi di massima estensione della rete che non hanno superato né le condizioni minime di sviluppo, né l'analisi costi benefici.

Del resto, come riconosciuto dalla stessa appellante, la normativa regolamentare richiamata (art. 15, comma 2, DM 226/2011) prevede che il concorrente ottimizza quanto previsto nel documento guida e possa proporre anche interventi integrativi e scostamenti, giustificati evidenziando i benefici a fronte dei corrispondenti costi: con ciò implicitamente ammettendo che il partecipante alla gara ben possa presentare in sede di offerta interventi non espressamente contemplati dal documento guida per i quali, in assenza di una previa verifica dell'Autorità, non sussiste alcuna certezza quanto alla loro riconoscibilità in tariffa.

Pertanto, l'inserimento di interventi non remunerati in tariffa nel documento guida (sulla cui base i concorrenti sono chiamati a tarare la propria offerta tecnica e a redigere il piano di sviluppo degli impianti di cui all'articolo 15 del decreto ministeriale n. 226 del 2011), come avvenuto nella presente gara, ovvero la loro collocazione in un documento separato (come verificatosi nella gara dell'Atem della Valle d'Aosta, cui fa riferimento l'appellante), non integra profilo di illegittimità delle previsioni impugnate, non ledendo in alcun modo l'interesse delle concorrenti a formulare un'offerta ponderata.

8.7) Infatti, contrariamente a quanto sostiene l'appellante, né l'art. 23 del d.lgs. n. 164 del 2000 (il quale, al comma 2, solo si limita a prevedere che l'Autorità determini le tariffe per la distribuzione in modo da *“assicurare una congrua remunerazione del capitale investito”*), né il Regolamento di attuazione di cui al D.M. n. 226 del 2011, impongono la necessaria remuneratività di ogni singolo intervento posto a base della selezione: la prima norma citata, nel richiedere *“una congrua remunerazione del capitale investito”* integra, infatti, soltanto un parametro rivolto all'offerta nel suo complesso e non ai singoli elementi costitutivi, in quanto è rimessa all'operatore economico e alle sue capacità la formulazione di un'offerta tecnica idonea a garantire l'equilibrio economico finanziario del relativo progetto di sviluppo, avendo previa cognizione di quali interventi di estensione, potenziamento e sostituzione della rete troveranno riconoscimento in tariffa e quali ne saranno in parte esclusi e perciò proponendo la realizzazione dei soli interventi ritenuti convenienti. Sotto altro profilo, l'impresa concorrente, sulla quale incombe l'obbligo in caso di aggiudicazione di assicurare la continuità del servizio e garantire il rispetto degli standard di sicurezza e qualità, ben potrà operare un minor sconto tariffario sul versante dell'offerta economica, valutando liberamente al contempo quali tra gli interventi previsti dallo studio guida possa, sulla base delle sue reali possibilità, recepire in offerta e quali in concreto non siano invece sostenibili sotto un profilo finanziario, non sussistendo alcun obbligo imposto *ex lege* di integrale recepimento di detti interventi. Ciò trova puntuale conferma dalle stesse previsioni del disciplinare tipo, approvato con decreto ministeriale, ove l'assegnazione dei relativi punteggi è modulata anche e proprio in ragione della circostanza che l'offerta

medesima li recepisca integralmente oppure in misura superiore od inferiore al 60%, a prescindere dalla loro remunerazione con la tariffa.

La Stazione appaltante si è in definitiva conformata ai pareri in materia di remunerazione tariffaria nell'ambito di un servizio pubblico resi dall'Autorità che, nell'approvare gli atti di gara predisposti dall'Amministrazione, ne ha rilevato (con statuizioni non impugnate) la conformità alla disciplina regolamentare e la correttezza dell'operato del Comune nell'attribuzione dei massimi punteggi agli interventi di estensione e potenziamento, chiarendo altresì quali interventi non sono ammessi al riconoscimento tariffario.

Tale conformazione, sebbene ad atti aventi natura consultiva, confina, come correttamente rilevato dal primo giudice, il sindacato giurisdizionale sulle previsioni della legge di gara oggetto di impugnazione agli aspetti di palese illogicità e irragionevolezza che, nella fattispecie in esame, non è dato riscontrare.

Invero il bando impugnato, per un verso, non presenta profili di illogicità e, per altro verso, non altera l'equilibrio economico finanziario mediante imposizione di costi fissi non recuperabili in alcun modo, ben potendo *ex ante* le imprese conoscere quali investimenti soddisfano le CMS e per i quali otterranno perciò un riconoscimento in tariffa e quali invece non assicurino tali requisiti, restando perciò a carico dell'impresa e del consumatore: a ciò consegue che l'offerta era ed è ragionevolmente formulabile, ben potendo il concorrente effettuare un calcolo di convenienza economica e conoscere anticipatamente quali interventi offrire in base alle proprie reali possibilità, in assenza di norme che impongano che ciascun intervento, per essere ammesso in gara, debba essere interamente remunerato con certezza, ben potendo operare un meccanismo compensativo che assicuri, nel suo insieme, la *"congrua remunerazione del capitale investito"* cui fa riferimento la lettera della norma.

Solo in tal senso deve essere interpretata l'affermazione resa dall'Autorità nell'ambito dei chiarimenti sui riflessi tariffari connessi alla pubblicazione di bandi di gara senza il rispetto dell'*iter* procedurale previsto dalle norme di legge e regolamentari (di cui al comunicato del 27 gennaio 2016) in base alla quale *"nessun operatore può confidare che l'Autorità riconosca con certezza in tariffa gli investimenti sostenuti per l'adempimento dei piani di sviluppo degli impianti di distribuzione, oggetto dei bandi di gara che non siano preventivamente valutati dall'Autorità sotto tale profilo"*. Tali statuizioni, valorizzate dall'appellante a sostegno delle sue tesi, risultano, invero, del tutto neutre a tal fine e offrono, anzi, conforto all'opposta prospettazione nel senso della legittimità dell'inserimento nel piano guida di interventi utili e opportuni, ancorché non certamente e distintamente compensati, e dell'inesistenza di un obbligo di remunerazione tariffaria di tutti gli investimenti sostenuti per la realizzazione di quanto offerto dall'impresa in gara, tanto più con riguardo ai bandi che non siano stati trasmessi

all'Autorità per le verifiche di competenza che involgono la valutazione delle analisi costi benefici e la congruità delle condizioni minime di sviluppo. Anche in tale documento, anzi, si ribadisce che il riconoscimento tariffario degli investimenti realizzati dall'aggiudicatario della gara d'ambito postula la compiuta valutazione da parte del Regolatore circa la sussistenza di condizioni di sviluppo ragionevoli e di adeguate analisi costi-benefici.

8.8) Non assume neppure rilievo, ai fini della presente controversia, il riferimento alla gara indetta per l'ATEM della Valle d'Aosta (e alla relativa delibera dell'Autorità 906/2017/R/gas di approvazione della documentazione di gara inviata dal Comune di Aosta), non potendo le scelte specifiche operate dalla Stazione appaltante in quella procedura (peraltro pure essa oggetto di impugnativa giurisdizionale dinanzi al TAR per la Valle d'Aosta), tanto in relazione all'esclusione dal confronto competitivo sull'offerta tecnica di interventi non rispettosi delle CMS e per i quali non vi è alcuna remunerazione del capitale investito a livello tariffario, tanto in relazione all'inserimento di detti interventi in un documento, recante informazioni al fine di agevolare i concorrenti nella formulazione dell'offerta economica, separato e distinto dal piano guida (sulla cui base i concorrenti devono, invece predisporre la propria offerta tecnica), né assurgere a regola generale per tutte le gare aventi il medesimo oggetto, né costituire argomento idoneo a confermare la fondatezza delle censure formulate dall'appellante: tali scelte, infatti, sono manifestazione di pura discrezionalità della Stazione appaltante e non costituiscono adempimento doveroso di precetti normativi. Occorre evidenziare, inoltre, come in entrambe le gare, le Amministrazioni abbiano fatto esclusivo riferimento alle valutazioni espresse dall'Autorità di regolazione in punto di meritevolezza di riconoscimento tariffario ai soli investimenti che siano effettuati in condizioni di economicità e che, di conseguenza, siano in linea con le condizioni minime di sviluppo: ciò in conformità ai principi generali regolatori della materia, in base ai quali gli investimenti richiesti alle imprese partecipanti alla gara d'ambito in sede di confezionamento dell'offerta tecnica devono essere tali da garantire l'equilibrio economico e finanziario della gestione e devono trovare un'adeguata giustificazione rispetto ai benefici arrecati ai consumatori a fronte dei relativi costi che questi che dovranno sostenere tramite il pagamento della tariffa.

Né è dato ravvisare alcun onere in capo alla stazione appaltante di rendere particolarmente conveniente il contratto per il gestore, né tantomeno di contestare in sede giurisdizionale le decisioni dell'Autorità regolatrice che hanno avallato le previsioni della *lex specialis* in merito all'esclusione di determinati interventi dalla remunerazione tariffaria (sul presupposto che i limiti così imposti non siano idonei e/o congrui rispetto alle specificità territoriali, economiche e sociali dell'ambito), dovendo essa solo provvedere, mediante la predisposizione degli atti di gara e lo svolgimento

della procedura, ad assicurare l'efficienza del servizio pubblico di distribuzione del gas e l'interesse al soddisfacimento delle peculiari esigenze dell'ambito territoriale di riferimento.

Alla stregua delle considerazioni esposte non risulta neppure che la disciplina di gara contrasti con i principi normativi delineati dalla disciplina di settore in materia di ordinamento tariffario (ricavabili *in primis* dalla legge n. 481 del 1995, istitutiva dell'Aeegsi) che, da un lato, deve essere certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, dall'altro deve tutelare gli interessi di utenti e consumatori attraverso la promozione della concorrenza e dell'efficienza e armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi di carattere sociale, di tutela ambientale ed uso efficiente delle risorse. Non è revocabile in dubbio che le previsioni del bando e del disciplinare della gara d'ambito in parola, consentendo all'operatore di assumere piena e anticipata cognizione di quali tra gli interventi valutabili ai fini dell'offerta tecnica otterrà remunerazione tariffaria e per tale via di effettuare il calcolo di convenienza economica, proponendo solo quegli interventi migliorativi che è in grado di assicurare secondo le sue reali e concrete capacità, soddisfano appieno tali obiettivi: l'operatore economico non è dunque costretto a formulare alcuna offerta al buio, avendo anzi piena certezza di quello che gli verrà riconosciuto a livello tariffario e di quali investimenti otterranno una specifica remunerazione. Non sussiste pertanto alcuna sovrapposizione, come addotto dalla società appellante, tra il diritto del distributore ad ottenere una congrua remunerazione del capitale investito e la facoltà di offrire in gara solo quegli interventi migliorativi ritenuti convenienti sotto il profilo economico e finanziariamente sostenibili.

8.9) Quanto poi alle considerazioni della sentenza impugnata relative al riconoscimento postumo degli interventi alla conclusione del rapporto gestorio, è appena il caso di rilevare come si tratti di argomentazioni aggiuntive e di carattere residuale, alle quali non può attribuirsi nella complessiva trama della sentenza impugnata alcuna valenza dirimente: sicché esse non sono in grado di generare affatto quegli *“effetti dirompenti ai fini della predisposizione dell’offerta e del relativo piano economico - finanziario”* prospettati dalla società appellante. In relazione a tale profilo, il tribunale ha in realtà affermato un principio condivisibile secondo cui anche i costi sostenuti per gli investimenti che non verranno riconosciuti in tariffa (in quanto non rispettosi delle CMS e dell'ACB) non sono comunque *“costi in alcun modo recuperabili”* in quanto potranno, eventualmente, essere riconosciuti al gestore uscente al momento della scadenza della concessione in sede di determinazione del valore di rimborso.

Non merita, infatti, condivisione, né è idoneo a sovvertire la sentenza impugnata l'assunto di parte appellante secondo cui erroneo sarebbe il riferimento al VIR (Valore Industriale Residuo), in quanto detto parametro è destinato ad essere utilizzato quale valore di riferimento per la

determinazione del rimborso spettante al gestore uscente solo in occasione della prima gara d'ambito, mentre nella fase c.d. "a regime", relativa agli affidamenti in occasione della seconda gara d'ambito, le reti di proprietà del gestore uscente saranno invece trasferite al nuovo gestore a RAB, tenendo conto del loro valore in base al quale è calcolata la tariffa del servizio di distribuzione (c.d. Regulatory Asset Base).

L'appellante sostiene, infatti, che nella situazione a regime il riconoscimento del diritto al rimborso al gestore uscente, essendo pari alla RAB (ovvero al valore del capitale investito che l'Autorità prende in considerazione ai fini della tariffa), presupporrebbe, necessariamente, a monte un riconoscimento tariffario da parte dell'Autorità del valore del capitale investito dal concessionario per la realizzazione di un determinato intervento: il che è proprio quanto non si è verificato nella presente fattispecie, trattandosi di interventi non considerati dall'Autorità né ai fini dell'ammortamento né ai fini della remunerazione del capitale investito.

Anche tali censure sono infondate.

Infatti, a prescindere dall'asserita erroneità in ordine alla metodologia che verrà in concreto utilizzata per la determinazione del rimborso, ciò che rileva è invece l'affermazione del primo giudice, costituente precipitato delle precedenti argomentazioni, secondo cui gli interventi proposti dalle imprese concorrenti, sebbene non integralmente remunerati in tariffa, non rappresentano "costi fissi in alcun modo recuperabili", ma potranno essere compensati alla scadenza della concessione in sede di rimborso al gestore uscente del valore delle reti di sua proprietà, sempre che, ovviamente, detti interventi abbiano rispettato le condizioni minime di sviluppo e superato l'analisi costi e benefici, in conformità ai criteri previsti dall'Autorità regolatrice la quale, con statuizioni non contestate dall'appellante, ha limitato il riconoscimento tariffario a quei soli interventi che rispondano ad una logica di equilibrio tra i benefici per i consumatori e la possibilità per il gestore di operare in condizioni di economicità.

A ciò si aggiunga che non risulta alcuna contraddittorietà con il mancato riconoscimento preventivo della remunerazione tariffaria poiché solo all'esito del servizio e del rapporto concessorio (avente durata di dodici anni) potranno essere, in ipotesi, identificabili gli ulteriori interventi (oltre a quelli che superano le condizioni minime di sviluppo) meritevoli di remunerazione in tariffa (operando eventualmente una sua revisione).

Sulla scorta di tali considerazioni deve, dunque, escludersi che la legge di gara presenti gli adottati profili di scarsa chiarezza o di assoluta indeterminatezza. Invero, in relazione a tutti gli interventi di estensione indicati nel documento guida il disciplinare precisa i sub-criteri funzionali all'attribuzione del punteggio, con un grado di dettaglio sicuramente adeguato.

Né si palesa la necessità di disporre una verifica *pro futuro*, richiesta

dall'appellante nell'istanza istruttoria formulata, al fine di accertare se determinati interventi, non remunerati in tariffa, potranno essere riconosciuti in sede di determinazione del Valore Industriale Residuo spettante al gestore e se esso debba in ipotesi essere calcolato secondo il metodo VIR o RAB (cioè in base al valore di determinazione della tariffa), trattandosi di valori del tutto eventuali e in concreto non compiutamente verificabili se non all'esito dello svolgimento della gara e dell'espletamento del servizio da affidarsi.

9. In definitiva, le scelte compiute dalla stazione appaltante nella predisposizione dei documenti di gara non presentano profili di contrasto con il quadro normativo di riferimento e sono altresì conformi alle prescrizioni dell'Autorità di regolazione che ha espressamente avallato, con le determinazioni indicate (non impugnate da Erogasmet), le previsioni della *lex specialis*, ivi incluso il documento guida (ove sono inseriti e valutabili ai fini dell'offerta tecnica e del relativo riconoscimento del punteggio tutti gli interventi) e il disciplinare di gara (in cui sono previsti i criteri per l'attribuzione dei punteggi).
10. L'appello deve essere pertanto respinto.

Sussistono nondimeno giusti motivi, in considerazione della novità e complessità delle questioni trattate, per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dispone l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente
Claudio Contessa, Consigliere
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere
Raffaele Prospero, Consigliere
Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Angela Rotondano

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO