

Pubblicato il 11/04/2022

N. 02651/2022REG.PROV.COLL.
N. 05219/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5219 del 2021, proposto da Italgas Reti s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Todarello, Eugenio Bruti Liberati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Città Metropolitana di Torino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Guffanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Arera - Autorita' di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti

2i Rete Gas S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Bardelli, Maria Alessandra Bazzani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 00510/2021, resa tra le parti, concernente la sentenza del T.A.R. Lombardia, Sez. I, 25 febbraio 2021, n. 510, avente ad oggetto “Affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale Torino 2”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Città Metropolitana di Torino, 2i Rete Gas S.p.A., ARERA – Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2022 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Bruti Liberati, Conforto, in sostituzione dell'Avv. Todarello per delega depositata, Stivali, in sostituzione dell'Avv. Guffanti per delega depositata, Colombo, in sostituzione dell'Avv. Bazzani per delega depositata, nonché l'Avvocato dello Stato Tortora;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Si controverte sulla gara per la concessione del servizio di distribuzione del gas nell'ambito territoriale ATEM TORINO 2. Stazione appaltante la Città Metropolitana di Torino. A tale riguardo si specifica in punto di fatto quanto segue:

1.1. La prima versione del bando di gara veniva impugnata da ITALGAS con ricorso (nrg 124 del 2016) che veniva poi dichiarato improcedibile dal TAR Piemonte, con sentenza n. 371 del 1° aprile 2019, in quanto nelle more del giudizio lo stesso bando era stato modificato, a seguito di parere ARERA del 24 novembre 2016, sì da consentire la presentazione dell'offerta;

1.2. Quest'ultimo parere veniva a sua volta impugnato sempre da ITALGAS dinanzi al TAR Lombardia (che al riguardo esercita competenza funzionale) il quale, con sentenza n. 467 del 9 marzo 2020, dichiarava tuttavia inammissibile

il ricorso attesa la assenza di lesività delle gravate previsioni poi divenute clausole di gara (le quali non erano né escludenti né imponevano oneri eccessivamente gravosi), e ciò proprio in considerazione del fatto che l'offerta era poi stata effettivamente formulata e presentata;

1.3. La gara veniva infine aggiudicata in favore di ITALGAS la quale impugnava comunque, con un terzo gravame, la clausola del bando che prevede il versamento di un indennizzo per gli investimenti a suo tempo realizzati (VIR, ossia "valore importo residuo") in favore del concessionario uscente (2i RETE GAS). Tale importo veniva infatti ritenuto troppo elevato con particolare riguardo alle reti ubicate nel Comune di **Givoletto**. Più specificamente:

1.3.1. L'importo dell'indennizzo per il concessionario uscente (oltre 3 milioni 274 mila euro) a ben vedere era stato ritenuto eccessivo anche dall'autorità di settore (ARERA) con parere tuttavia non recepito dalla stazione appaltante (Città Metropolitana di Torino);

1.3.2. Allo stesso tempo il valore di tale indennizzo, in vista del suo "assorbimento" in tariffa da praticare all'utenza finale, era invece calcolato secondo il parere ARERA (1 milione 481 mila euro);

1.3.3. Dunque, in estrema sintesi: il valore del VIR da corrispondere in favore del concessionario uscente, come riconosciuto dalla stazione appaltante, era pari ad oltre 3 milioni 274 mila euro; il valore del VIR riconosciuto invece da ARERA, da inglobare in tariffa ossia da remunerare a carico della collettività, era pari ad 1 milione 481 mila euro. La differenza tra i due importi sarebbe rimasta a carico del nuovo concessionario (odierno appellante);

1.3.4. Due erano pertanto i motivi di ricorso (poi riproposti in appello) tra di loro sostanzialmente alternativi: A. Il parere ARERA deve essere recepito dalla stazione appaltante (dunque il VIR sarebbe pari alla somma indicata da ARERA, ossia 1 milione 481 mila euro); B. Qualora tale parere non sia vincolante, la somma che deve trovare remunerazione in tariffa sarebbe allora quella più elevata praticata dalla stazione appaltante (oltre 3 milioni 274 mila

euro) e non quella più bassa formulata da ARERA (1 milione 481 mila euro).
Ciò per non creare un danno per il concessionario entrante e dunque per favorire al meglio il gioco concorrenziale;

1.4. La ridette censure venivano entrambe rigettate dal TAR Lombardia per le ragioni di seguito sintetizzate:

- a) il parere ARERA, anche sulla base della giurisprudenza del Consiglio di Stato, è sì obbligatorio ma non pure vincolante;
- b) unico onere a carico della stazione appaltante è quello di dare adeguata pubblicità in caso di discordanza tra VIR ipotizzato da ARERA e VIR effettivamente applicato dalla stessa stazione appaltante;
- c) nessuna norma impone che il VIR così quantificato dalla stazione appaltante trovi integrale riconoscimento ai fini tariffari;
- d) in materia tariffaria ARERA esercita competenze specifiche proprie non condizionabili da decisioni di altre amministrazioni (nel caso di specie: il Comune di Torino nella qualità di stazione appaltante);
- e) la questione di incompatibilità comunitaria sollevata da ITALGAS non può trovare ingresso in quanto la normativa invocata (Regolamento 2009/715/CE) riguarda la materia del “trasporto” di energia, laddove nel caso di specie si tratta di “distribuzione”, ossia della diversa fase “a valle”;

1.5. La citata sentenza formava oggetto di appello per le ragioni di seguito indicate:

A. Erroneità ed ingiustizia nella parte in cui non è stato riconosciuto valore di parere vincolante alle osservazioni formulate da ARERA circa l'entità del VIR. Non riconoscere un siffatto potere vincolante vorrebbe dire svuotare la portata precettiva di un simile intervento procedimentale;

B. Erroneità ed ingiustizia nella parte in cui, non riconoscendo gli ulteriori importi da VIR in tariffa, si finirebbe per gravare i gestori entranti di ulteriori oneri così indebitamente avvantaggiando i gestori uscenti e svilendo, di conseguenza, i principi di libera concorrenza che hanno caratterizzato tutto il disegno di riforma del settore;

C. Erroneità nella parte in cui non è stata sollevata istanza di rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia UE per la violazione di quanto previsto dall'art. 13 del Regolamento CE n. 715 del 13 luglio 2009, a norma del quale anche le tariffe per il servizio di “distribuzione” – e non solo quelle del “trasporto” – sarebbero soggette al criterio del *cost reflectivity*, con conseguente obbligo di copertura di tutti i costi e dunque anche di quelli legati a simili passaggi di proprietà delle reti.

1.6. Si costituivano in giudizio l'intimata amministrazione comunale nonché ARERA e la controinteressata 2i RETE GAS, tutte per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione. Venivano in particolare sollevate, nel complesso, le seguenti eccezioni di rito ossia di inammissibilità:

- a) violazione art. 101, comma 1, c.p.a., in quanto la difesa di parte appellante si sarebbe limitata acriticamente a riproporre le stesse censure del ricorso di primo grado già puntualmente rigettate dal TAR Lombardia;
- b) omessa tempestiva impugnazione delle clausole del bando di gara che imponevano simili condizioni “eccessivamente onerose” sul piano contrattuale;
- c) violazione del *ne bis in idem*, atteso che la delibera 687/2016 di ARERA ha già formato oggetto della sentenza del TAR Lombardia n. 467 del 2020;
- d) la delibera ARERA impugnata (687 del 2016) sarebbe in realtà meramente confermativa della precedente delibera n. 59 del 2016;
- e) assenza di lesività in capo alla delibera n. 687 del 2016 in quanto si tratterebbe di atto meramente endoprocedimentale;
- f) contraddittorietà tra le due domande proposte, ossia annullamento della *lex specialis* (in quanto non avrebbe recepito le osservazioni ARERA sul livello più basso di VIR) e annullamento della delibera 687 del 2016 di ARERA (in quanto non riconosce in tariffa il VIR poi comunque stabilito dalla stazione appaltante);

g) sopravvenuta carenza di interesse (sollevata in particolare da 2i RETE GAS) dato che nel frattempo vi sarebbe stato il passaggio, quanto ai contatori del gas, dal sistema di misurazione tradizionale a quello elettronico;

1.7. Alla pubblica udienza del 10 marzo 2022 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

DIRITTO

02. L'appello è infondato per le ragioni di seguito riportate.

2. Di seguito una rapida sintesi della normativa principalmente applicabile (peraltro ben messa in evidenza nelle due citate sentenze di questa stessa sezione n. 570 del 22 gennaio 2019 e n. 2202 del 3 aprile 2019):

2.1. In proposito è dato distinguere tre diversi livelli normativi: a) la normativa legislativa primaria; b) le previsioni di carattere regolamentare; c) le disposizioni di ordine "regolatorio" (adottate dalla Autorità amministrativa indipendente di settore ossia ARERA).

Il livello legislativo (statale) fa essenzialmente capo agli artt. 14, 15 e 16 del decreto legislativo n. 164 del 2000 (c.d. "decreto Letta"), i quali individuano la disciplina generale del servizio di distribuzione del gas e le relative modalità di affidamento. Inoltre, l'art. 46-bis del decreto-legge n. 159 del 2007 ha demandato a successivi decreti ministeriali la definizione di criteri di gara uniformi per l'affidamento del servizio e l'individuazione degli ambiti territoriali minimi delle gare secondo bacini ottimali di utenza (c.d. "ATEM"), superando così i "vecchi" ambiti comunali. Alla stessa normazione secondaria sono altresì demandati i criteri per la definizione del VIR;

Riguardo all'affidamento del servizio di distribuzione del gas, l'art. 24 del decreto legislativo n. 93 del 2011 ha poi definitivamente precisato che esso debba avvenire esclusivamente per gara d'ATEM gestita dal comune capoluogo di provincia (delegato a tal fine dagli altri comuni che fanno parte dello stesso ambito territoriale).

Da ultimo l'art. 216, comma 27-quinquies, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici), ha precisato che alle procedure di

aggiudicazione dei contratti di concessione del servizio di distribuzione del gas naturale indette dalle amministrazioni aggiudicatrici continuano ad applicarsi le disposizioni di cui al richiamato decreto legislativo n. 164 del 2000, in quanto compatibili con il Codice, nonché di quelle di cui all'articolo 46-bis, commi 1, 2 e 3 del decreto-legge n. 159 del 2007 (ferma restando la durata massima del periodo di affidamento, fissata in dodici anni).

Con riferimento al livello regolamentare assumono importanza: 1) i DD.MM. 19 gennaio 2011 e 18 ottobre 2011, che hanno rispettivamente suddiviso il territorio nazionale in 177 ATEM e individuato i singoli Comuni appartenenti ad ogni ATEM; 2) il D.M. 12 novembre 2011 (c.d. "D.M. gare", modificato, da ultimo, dal D.M. 20 maggio 2015), che ha tra l'altro definito i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas; 3) il D.M. 5 febbraio 2013, con cui è stato approvato il contratto di servizio tipo; 4) il D.M. 22 maggio 2014, con cui sono state approvate le Linee guida 7 aprile 2014 per il calcolo del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas.

A livello regolatorio meritano di essere evidenziati, tra le determinazioni assunte dall'Autorità di settore, almeno la deliberazione n. 113/2013/R/gas (che disciplina l'iter procedurale delle eventuali osservazioni dell'Autorità alle stazioni appaltanti sui bandi di gara) e la deliberazione n. 367/2014/R/gas, recante "Regolazione tariffaria dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2014-2019 per le gestioni d'ambito e altre disposizioni in materia tariffaria". Infine la deliberazione 905/2017/R/GAS, in materia di determinazione del valore di rimborso delle reti di distribuzione gas naturale ai fini delle gare d'ambito;

2.2. Tanto doverosamente premesso, il decreto legislativo n. 164 del 23 maggio 2000 ha qualificato l'attività di distribuzione del gas naturale alla stregua di "attività di servizio pubblico" (art. 14) e consiste nel trasporto del gas naturale attraverso reti di gasdotti locali per la consegna ai clienti. Il titolare del servizio di distribuzione è l'ente locale ed è previsto un

meccanismo di concorrenza in base al quale il servizio deve essere affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni.

Come evidenziato nella citata sentenza n. 2202 del 2019: *“la ratio complessiva della normativa evocata è quella di promuovere la più ampia partecipazione alle gare, garantendo la par condicio degli operatori ed evitando, al contempo, ogni indebito vantaggio in favore dei precedenti gestori”*;

2.3. Lo stesso decreto legislativo ha poi previsto per la gestione del servizio di distribuzione del gas naturale – si è già anticipato – una dimensione territoriale sovracomunale per ambiti territoriali minimi (ATEM). In tale contesto, sulla base del decreto ministeriale n. 226 del 2011 sono stati fissati i criteri di gara nonché per la valutazione dell’offerta per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale. Tale disciplina regolamentare (c.d. Decreto Criteri) 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.

Come evidenziato nella citata sentenza n. 2202 del 2019: *“di segnata rilevanza nella fattispecie in esame, importa notare che una delle discriminanti per verificare la "fattibilità" della gara per un determinato operatore è proprio il valore di rimborso dell'impianto che il gestore entrante dovrà corrispondere al gestore uscente (c.d. "VIR": Valore industriale residuo). In via generale, il valore di rimborso dell'impianto è calcolato in base a quanto stabilito dalle convenzioni o dai contratti in essere, purché stipulati anteriormente all'11 febbraio 2012 (data di entrata in vigore del D.M. 12 novembre 2011). Se non può trovare applicazione la disciplina convenzionale, deve farsi riferimento ai criteri individuati dalle linee guida approvate dal MISE (v. D.M. 22 maggio 2014), le quali fanno riferimento al costo che dovrebbe essere sostenuto per la ricostruzione dell'impianto, diminuito del valore del degrado fisico dovuto al decorso del tempo”*.

A ciò si aggiunga che: *“Il gestore entrante, oltre ad assumere la titolarità dell'impianto di distribuzione, subentra al gestore uscente anche nel diritto di percepire una componente tariffaria funzionale al recupero e alla remunerazione del capitale investito dallo stesso gestore uscente per la realizzazione degli impianti (c.d. "RAB": Regulatory Asset Base,*

corrispondente al capitale investito netto riconosciuto). In tal modo, il gestore entrante viene parzialmente ristorato dell'esborso effettuato per il pagamento al gestore uscente del VIR, valore - quest'ultimo - che è generalmente maggiore dell'importo della RAB”;

2.4. A tal fine è stata prevista una disciplina diversificata tra la prima gara d'ambito e le gare successive. Più in particolare:

a) per la prima gara d'ambito (fase transitoria) il valore di rimborso (VIR) degli impianti che passano di proprietà del gestore uscente a quello entrante (aggiudicatario della suddetta prima gara) sarà pari a quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti di affidamento del medesimo servizio di distribuzione (c.d. asset “contrattualizzati”, secondo la definizione contenuta nella sentenza di questa stessa sezione n. 2202 del 3 aprile 2019). Il VIR corrisponde in altre parole al valore effettivo degli impianti;

b) per le gare successive (fase “a regime”) l'importo da corrispondere per il passaggio di tali proprietà sarà pari al valore delle immobilizzazioni nette di località (RAB, ossia *Regulatory Asset Base* e dunque asset “regolati”, sempre secondo la definizione di cui alla citata sentenza n. 2202 del 2019, i quali corrispondono al valore del capitale investito netto);

c) nella fase transitoria, la differenza tra VIR e RAB trova remunerazione in tariffa e sarà dunque a carico dell'utenza finale, ossia cittadini e imprese (art. 24 del decreto legislativo n. 93 del 1° giugno 2011);

d) qualora tale differenza sia superiore al 10%, la stazione appaltante deve chiedere parere ad ARERA circa il valore del VIR e tenere poi debitamente conto di tali stesse osservazioni (art. 15, comma 5, del decreto legislativo n. 164 del 2000 e art. 9, comma 2, del Decreto Criteri). Una simile disposizione è stata poi sostanzialmente ripresa dal DM n. 226 del 2011 (art. 5), il quale detta come anticipato i criteri per la gestione delle gare per la distribuzione del gas naturale;

e) qualora la stazione appaltante non recepisca le indicazioni contenute nel parere ARERA circa l'entità del VIR, essa ne deve dare pubblica evidenza nel relativo bando di gara, segnalando la ritenuta inidoneità del VIR (da parte di

ARERA) e la conseguente impossibilità di riconoscere in tariffa il *delta* tra il VIR indicato da ARERA e il VIR comunque stabilito dalla stazione appaltante (art. 19 delibera 310/2014/R/gas, poi confluito nell'art. 29 della citata delibera 905/2017/R/GAS, il quale stabilisce tra l'altro che il VIR è calcolato sulla base delle citate Linee guida del 7 aprile 2014);

f) ancora giova evidenziare che l'aggiudicazione è effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai seguenti criteri (art. 12 Decreto Criteri): 1) condizioni economiche ex art. 13 del D.M. (max 28 punti); 2) criteri di sicurezza e di qualità del servizio ex art. 14 (max 27 punti); 3) piani di sviluppo degli impianti ex art. 15 (max 45 punti).

3. Si affrontano adesso le sollevate eccezioni di rito ossia di inammissibilità:

3.1. Si rileva la violazione dell'art. 101, comma 1, c.p.a., in quanto la difesa di parte appellante si sarebbe limitata acriticamente a riproporre le stesse censure del ricorso di primo grado, già puntualmente rigettate dal TAR Lombardia.

L'eccezione deve essere rigettata in quanto non tiene conto delle puntuali ed approfondite critiche che, al di là della loro fondatezza o meno, la difesa di parte appellante si è comunque premurata di formulare – come nel prosieguo si avrà modo di appurare – in ordine alla sentenza di primo grado.

3.2. Si evidenzia poi l'omessa tempestiva impugnazione delle clausole del bando di gara che imponevano simili condizioni “eccessivamente onerose”.

Osserva il collegio come le lamentate condizioni (mancata remunerazione in tariffa dell'integrale importo da corrispondere a titolo di VIR) erano già ben prospettabili in base al parere ARERA n. 687 del 2016 che, a suo tempo, era stato oggetto di immediata impugnativa dinanzi al TAR Lombardia che tuttavia, sul punto, aveva dichiarato inammissibile il gravame per assenza di lesività attuale e concreta.

Sul punto si è formato giudicato anche per assenza di appello.

Dunque impugnare immediatamente il bando – che si limitava a riportare acriticamente il parere ARERA anche in ordine alla predetta limitatezza della

remunerazione tariffaria – avrebbe inevitabilmente comportato analoga e pedissequa declaratoria di inammissibilità del gravame.

E ciò proprio per lo stretto legame sussistente tra parere ARERA (la cui immediata impugnazione – giova ripetere – è stata a suo tempo dichiarata inammissibile) e bando di gara che ha meramente e fedelmente riportato tale parere quale clausola della *lex specialis* (la cui eventuale ed immediata impugnativa avrebbe condotto alla medesima declaratoria di inammissibilità, in questo caso anche per violazione del *ne bis in idem* trattandosi di censura dello stesso tenore o meglio proposta nell'ambito del medesimo segmento temporale e procedimentale).

Di qui la correttezza dell'operato del collegio difensivo di ITALGAS la quale, attenendosi a quanto disposto dal TAR Lombardia nella sentenza n. 467 del 2020, ha così congruamente atteso la definizione della procedura di gara ed il radicarsi di una certa lesione della propria posizione onde attivarsi nuovamente sul piano giurisdizionale, ossia per lamentare la mancata integrale remunerazione in tariffa del VIR comunque corrisposto in favore del concessionario uscente.

Da quanto complessivamente detto consegue il rigetto, altresì, di tale eccezione.

3.3. Si lamenta inoltre la violazione del *ne bis in idem*, atteso che la delibera 687/2016 di ARERA ha già formato oggetto della sentenza del TAR Lombardia n. 467 del 2020.

Va osservato come la suddetta sentenza del TAR Lombardia si sia soffermata soltanto sulla lesività concreta ed attuale, in quel dato momento (gara non ancora avviata e conclusa), di quel dato parere ARERA che sarebbe poi divenuto clausola del bando di gara.

Nessuna statuizione vi è stata altresì sulla legittimità o meno di tale parere/clausola che forma invece oggetto principale – accanto alla vincolatività o meno dello stesso parere ARERA – del presente giudizio.

Di qui il rigetto, altresì, di tale specifica eccezione.

3.4. Si evidenzia inoltre che la delibera ARERA impugnata (687 del 2016) sarebbe in realtà meramente confermativa della precedente delibera n. 59 del 2016.

La circostanza è *per tabulas* smentita dal momento che ARERA, dopo la delibera n. 59 del 2016, ha ricevuto due comunicazioni da parte del Comune di Torino (precisamente nelle date 10 ottobre 2016 e 27 ottobre 2016, ove si faceva presente la necessità di “evitare contenzioso” con il concessionario uscente) che hanno indotto ARERA stessa a formulare alcune ulteriori osservazioni, con la successiva delibera n. 687 del 2016, in merito agli indebiti vantaggi che si sarebbero in questo modo determinati per il concessionario uscente (si veda in particolare l'allegato A alla delibera).

Di qui la rinnovata valutazione da parte di ARERA, con la richiamata delibera n. 687 del 2016, e dunque il rigetto altresì di tale eccezione.

3.5. Si propugna la assenza di lesività in capo alla delibera n. 687 del 2016 in quanto si tratterebbe di atto meramente endoprocedimentale.

La delibera in questione costituisce atto presupposto per la elaborazione definitiva del bando: di qui la lesività seppure mediata, ossia unitamente alla legge di gara che la richiama espressamente pur con le limitazioni di cui sopra, della stessa deliberazione di ARERA quanto meno con riguardo alla mancata remunerazione, in tariffa, del differenziale tra VIR stabilito dalla stazione appaltante e VIR ritenuto idoneo da ARERA.

L'eccezione deve dunque essere rigettata.

3.6. Si evidenzia poi la contraddittorietà/alternatività tra le due domande proposte, ossia annullamento della *lex specialis* (in quanto non avrebbe recepito le osservazioni ARERA sul livello più basso di VIR) e allo stesso tempo annullamento della delibera 687 del 2016 di ARERA (in quanto non riconosce in tariffa il VIR poi comunque stabilito dalla stazione appaltante).

Le due domande sono in realtà formulate in chiave subordinata l'una rispetto all'altra. Ove si accolga la prima il ricorso deve intendersi come integralmente

accolto; ove non si accolga la prima censura si chiede allora l'accoglimento della seconda, diretta ossia all'annullamento della delibera ARERA.

Di qui il rigetto, altresì, di tale specifica eccezione.

3.7. Quanto alla invocata sopravvenuta carenza di interesse (sollevata in particolare da 2i RETE GAS) si descrive sul piano tecnologico il passaggio, in ordine ai contatori del gas, dal sistema di misurazione tradizionale a quello elettronico, senza tuttavia indicare quali sarebbero gli effetti economici, soprattutto relativamente ai riflessi sul valore del VIR, di una tale transizione.

Eccezione dunque integralmente da rigettare.

04. Nel merito l'appello si rivela comunque infondato – come già del resto anticipato – per le ragioni di seguito indicate.

4. Il parere ARERA, come anche affermato da questa stessa sezione (cfr. sentenze n. 570 del 22 gennaio 2019 e n. 2202 del 3 aprile 2019), ha natura obbligatoria ma non vincolante. Dunque la stazione appaltante si può dallo stesso motivatamente discostare (il difetto di motivazione, va osservato, nel caso di specie non è stato in ogni caso prospettato). Di qui la possibilità di prevedere importi VIR diversi e dunque anche più elevati rispetto ai “calcoli ARERA”.

La assenza di vincolatività in capo al parere ARERA è ricavabile anche dal tenore letterale di alcune espressioni contenute nella normativa di riferimento tra cui quella per cui: *“La stazione appaltante tiene conto delle eventuali osservazioni dell’Autorità”* (cfr. art. 15, comma 5, del decreto legislativo n. 164 del 2000).

Questa stessa sezione (cfr. citata sentenza 22 gennaio 2019, n. 570) ha avuto modo di rilevare che quello di ARERA costituisce *“intervento di natura preminentemente consultiva, che non condiziona lo sviluppo delle procedure di gara”*. Nella sentenza n. 2202 del 2019 è stato inoltre evidenziato che: *“le eventuali osservazioni dell’Autorità non vincolano la stazione appaltante”*. Ed infatti, il preventivo coinvolgimento dell’Autorità di settore è strumentale alla formulazione di “eventuali osservazioni” che dunque prefigurano soltanto *“un onere di (motivata) considerazione”*. Motivazione che nel caso di specie – è bene

ribadirlo – non ha in alcun modo formato oggetto di più specifica contestazione. Trattasi in estrema sintesi di pareri vincolanti nell'*an* ma non anche nel *quid*. È necessario il coinvolgimento, in altre parole, ma non anche il recepimento delle osservazioni che – se del caso – l'Autorità di settore (ARERA) riterrà di formulare in funzione proprio di “validazione orientativa” (cfr. citata sentenza n. 2202 del 2019).

Nel caso di specie si contestava il calcolo di vita utile per i contatori del gas di **Givoletto**. Calcolo su cui la posizione di ARERA e della stazione appaltante è risultata divergente, per lo più, in quanto la seconda intendeva “evitare contenzioso” con il concessionario uscente. La stessa stazione appaltante ha inoltre reputato non decisivo, ai fini dell'economia dell'appalto più in generale, l'impatto economico generato dal controverso differenziale (1,5% circa dell'intero valore della commessa).

Nei termini suddetti il primo motivo di appello deve dunque essere rigettato dal momento che il coinvolgimento preventivo di ARERA, seppure poi non osservato nel suo contenuto essenziale, è stato comunque effettuato dalla stazione appaltante.

5. Con il secondo motivo di appello si lamenta che l'importo VIR da inglobare in tariffa resta comunque quello (più basso, come si è visto) stabilito da ARERA.

5.1. Si premette in linea generale che ARERA esercita *in subiecta materia* (determinazione delle tariffe) competenze riservate ed esclusive, come pure correttamente messo in evidenza nella sentenza di primo grado. Si veda al riguardo quanto previsto dall'art. 41 della direttiva 2009/73/CE in materia di mercato interno del gas naturale.

5.2. Venendo al merito della questione si osserva preliminarmente che, con la delibera n. 455 del 4 agosto 2016, l'Autorità ha affermato 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*”.

5.3. Decisivi, in tal senso, si rivelano poi gli artt. 28 e 29 della delibera 905/2017 di ARERA in cui si richiamano le Linee guida del 7 aprile 2014 con riguardo al riconoscimento tariffario: di qui la remunerazione in tariffa di una sola parte del VIR corrisposto al gestore uscente, ossia l'importo a tal fine stabilito da ARERA e non dalla stazione appaltante.

5.4. Secondo la tesi di parte appellante, ciò finirebbe per avvantaggiare indebitamente il gestore uscente con conseguente rischio per la concorrenza i cui meccanismi verrebbero automaticamente ingessati.

5.5. Ora, è ben vero che si creerebbe – proprio come nel caso di specie – un rilevante gap tra l'importo a tal fine stabilito dalla stazione appaltante e quello previsto da ARERA (ai fini dell'assorbimento in tariffa), ma è anche vero che:

a) sul piano letterale l'art. 24, comma 3, del decreto legislativo n. 93 del 2011, prevede che sia riconosciuta in tariffa al gestore entrante la differenza tra valore di rimborso (VIR) e valore delle immobilizzazioni nette (RAB) senza tuttavia imporre che il livello di VIR da cui partire sia quello comunque fissato dalla stazione appaltante (eventualmente, dunque, in disaccordo rispetto ad ARERA);

b) sul piano sistematico la normativa di settore sopra richiamata prevede che il VIR sia calcolato sulla base dei parametri e delle prescrizioni ministeriali (ossia Linee guida del 7 aprile 2014) e che a tanto vi provveda l'autorità di settore la quale svolge competenze primarie se non esclusive in tale materia, anche secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 1, della n. 481 del 1995. Lo stesso art. 24, comma 3, prevede anzi espressamente che sia l'autorità di settore (ossia ARERA) a riconoscere in tariffa, per il primo periodo di applicazione, la differenza tra VIR e RAB e che il VIR sia calcolato sulla base del decreto di cui all'art. 46-*bis*, comma 1, del decreto-legge n. 159 del 2007. Decreto poi adottato con il citato DM 12 novembre 2011, n. 226, il cui art. 5 (in materia di "Rimborso al gestore uscente nel primo periodo") opera a sua volta riferimento alle Linee guida ministeriali poi adottate in data 7 aprile 2014 cui ARERA, senza contestazioni di sorta sul punto, si è pedissequamente

attenuta onde individuare il livello di VIR da remunerare in tariffa. Dunque attraverso questa non agevole “concatenazione normativa” si può affermare che il dato VIR da prendere in considerazione ai fini del riconoscimento in tariffa è soltanto quello stabilito da ARERA sulla base delle predette Linee guida (la cui fedele applicazione – giova ripetere – non ha mai formato oggetto di specifica contestazione da parte della difesa di parte appellante);

c) a ciò si aggiunga che, ove si ammettesse una simile “forza” al VIR comunque stabilito dalla stazione appaltante (quella ossia di remunerare in tariffa l'intera quota da questa fissata a favore del concessionario uscente) notevoli e inevitabili sarebbero le ripercussioni in termini di disparità di trattamento sul piano territoriale.

5.6. Certamente è chiaro che, in questo modo, si innesta altresì un certo iato tra quanto stabilito dalla stazione appaltante a titolo di VIR (sul punto ARERA svolge un ruolo meramente consultivo e non vincolante, come già detto) e quanto stabilito da ARERA stessa in merito al VIR da prendere in considerazione ai fini del rimborso in tariffa.

5.7. Ebbene questo differenziale – si ripete a carico del gestore entrante – non potrebbe che essere “recuperato” mediante una formulazione efficace dell'offerta di gara.

5.8. Del resto, come pure evidenziato da questa sezione nella citata sentenza n. 570 del 2019 (su fattispecie non del tutto sovrapponibile ma comunque analoga, per le statuizioni di principio ivi contenute, a quella oggetto della presente controversia): non risulta *“individuabile ... 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”*. Ed infatti: *“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”. Ciò per il “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)”. Ed ancora: “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”. In ulteriore analisi: “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 ... per quali interventi è contemplato il controverso riconoscimento tariffario”. Prosegue la sentenza affermando che: “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 ... ben potendo ex ante le imprese conoscere (per) quali investimenti ... otterranno ... un riconoscimento in tariffa e quali invece non assicurino tali requisiti, ... 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”. Ed infatti: “Né è dato ravvisare alcun onere in capo alla stazione appaltante di rendere particolarmente conveniente il contratto per il gestore”. Quel che rileva più da vicino è:

“assicurare l’efficienza del servizio pubblico di distribuzione del gas e l’interesse al soddisfacimento delle peculiari esigenze dell’ambito territoriale di riferimento”.

5.9. Con ciò si vuole dire che il fatto di dover formulare un’offerta di gara, in termini di convenienza tecnica ed economica, consente all’impresa partecipante di avere la possibilità di calibrare al meglio gli interventi da inserire nonché i prezzi da praticare (sconto in tariffa, nella sostanza) attraverso cui recuperare o comunque alleviare quel GAP (ossia la componente negativa) che dovrà subire in ragione del *delta* tra VIR “da stazione appaltante” e VIR “da ARERA”. GAP che in qualche modo sarà a suo esclusivo carico e non dunque dell’utenza, ossia cittadini ed imprese, i quali come già detto non possono godere, al pari degli aspiranti concessionari del gas, di simili interventi di “recupero” quale lo strumento dell’offerta di gara.

5.10. Va poi osservato come la decisione di discostarsi dal parere ARERA costituisca ad ogni modo oggetto di “pubblicazione” con il bando di gara. E ciò proprio allo scopo di consentire all’impresa partecipante di essere resa edotta sin dall’inizio di una tale possibile differenza (a suo completo carico, non potendola “sgravare” in tariffa) e di poter dunque modulare la propria offerta, sul piano della redditività, della sostenibilità e della convenienza tecnico-economica, in funzione di una simile svantaggiosa evenienza. La previa “pubblicazione” della decisione comunale difforme, diretta in quanto tale a rendere pienamente consapevole l’impresa concorrente di ogni possibile variabile (anche negativa) in termini economici e finanziari, costituisce dunque il “punto di caduta” tra esigenze di tutela della pubblica utenza ed esigenze di concorrenzialità delle imprese partecipanti.

Come puntualmente affermato nella citata sentenza n. 570 del 2019 tale meccanismo (pubblicazione delle discordanze tra stazione appaltante ed ARERA) consente infatti *“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”.* In questa stessa

direzione: “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”.

5.11. A ciò si aggiunga che riconoscere la tesi di parte appellante vorrebbe dire gravare ulteriormente la collettività (ossia cittadini ed imprese) di ulteriori costi da affrontare mediante nuovi aumenti delle tariffe. Con la notevole differenza che, mentre il soggetto concorrente (aspirante concessionario) può comunque affrontare eventuali costi a suo carico (ossia il *delta* tra il VIR “da stazione appaltante” ed il VIR “da ARERA”) mediante formulazione di un’offerta calibrata che tenga conto anche di tali componenti negative, la collettività ossia l’utenza non gode di analoghi strumenti onde fare efficacemente fronte a simili impennate dei prezzi.

5.12. Infine si consideri che, come pure evidenziato nella stessa sentenza n. 570 del 2019: *“anche i costi sostenuti per gli investimenti che non verranno riconosciuti in tariffa ... non sono comunque “costi in alcun modo recuperabili” in quanto potranno, eventualmente, essere riconosciuti al gestore uscente al momento della scadenza della concessione”.*

5.13. Nella direzione sinora indicata: *“Pertanto, l’inserimento di interventi non remunerati in tariffa ... non integra profilo di illegittimità delle previsioni impugnate, non ledendo in alcun modo l’interesse delle concorrenti a formulare un’offerta ponderata”.*

5.14. Entro questi stessi termini, anche la seconda censura non può dunque trovare ingresso in questa sede.

6. Ricapitolando sui punti maggiormente controversi si può dunque affermare che:

6.1. Il VIR concretamente da corrispondere al concessionario uscente è quello alla fine stabilito dalla stazione appaltante (l’ARERA svolge infatti, al riguardo, un ruolo meramente consultivo);

6.2. Il VIR da tenere invece in considerazione ai fini del rimborso in tariffa è invece quello stabilito da ARERA sulla base dell’art. 24, comma 3, del decreto legislativo n. 93 del 2011 e dunque, per effetto della “concatenazione

normativa” descritta al punto 5.5., lettera b), delle Linee guida del 7 aprile 2014;

6.3. Ove tra i due importi (VIR “da stazione appaltante” e VIR da “ARERA”) sussista un certo iato o GAP, quest’ultimo resta a carico del concessionario entrante e può dal medesimo essere “recuperato”, in parte o integralmente, attraverso una ponderata ed efficace formulazione dell’offerta di gara;

6.4. Ciò anche allo scopo di non gravare ulteriormente sulle tariffe a carico dell’utenza finale.

7. Sulla sollevata questione di compatibilità eurounitaria si osserva infine che:

7.1. La questione si appalesa in primo luogo irrilevante (si veda, per tutte: Corte di Giustizia CE, 6 ottobre 1982, *Cilfit*) in quanto non viene mai messo in dubbio – seriamente e soprattutto motivatamente – che ARERA non abbia utilizzato il criterio del *reflectivity cost* (costi efficienza) onde pervenire a simili livelli tariffari o meglio a taluni livelli del valore di rimborso (VIR). Il metodo dell’Autorità di settore non forma in altre parole oggetto di più specifica contestazione. Le censure si concentrano infatti sul rilevante importo da corrispondere, a titolo di VIR, al gestore uscente, ossia se tale *delta* debba essere a carico del gestore entrante oppure degli utenti finali del servizio. Vengono in questo modo evidenziate problematiche del tutto generali o di natura meramente ipotetica (cfr. Cgars, sez. giurisdiz., 26 aprile 2021, n. 371);

7.2. La questione stessa è in ogni caso genericamente posta (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2021, n. 750) in quanto offre un quadro soltanto parziale della normativa in concreto applicabile. Viene infatti unicamente citata la disposizione circa i criteri di determinazione delle “tariffe” (Regolamento n. 715 del 2019, il quale rinvia alla direttiva 2009/73/CE) ma non anche la normativa comunitaria in materia di mercato interno del gas naturale e, in particolare, sulla designazione dei gestori dei sistemi di distribuzione (art. 24 della direttiva 2009/72/CE).

In altre parole andrebbe considerata non solo e non tanto la *normativa “tariffe”* (Regolamento CE 715 del 2009 e art. 32 direttiva 2009/73/CE) ma anche la

normativa “gare”, ossia quella diretta a disciplinare la assegnazione del servizio di distribuzione di gas naturale (art. 24 direttiva 2009/73/CE nonché tutta la regolamentazione interna di recepimento di simili principi).

Tale ultima disposizione eurounitaria (art. 24 della direttiva 72/2009/CE) prevede a ben vedere che le imprese affidatarie del suddetto servizio di distribuzione del gas naturale siano designate (*id est*: individuate a seguito di gara pubblica) secondo *“considerazioni di efficienza ed equilibrio economico”*.

Un simile “equilibrio economico” trova poi la propria declinazione nella successiva normativa interna di recepimento, e in particolare nel citato DM n. 226 del 2011, laddove vengono enucleati come detto i criteri di formulazione dell’offerta tecnica e di quella economica. Criteri che potrebbero concretamente supportare l’impresa che deve farsi carico di tali oneri (ossia differenziale tra VIR “da stazione appaltante” e VIR “da ARERA”) nel mitigare l’impatto di simili componenti negative proprio attraverso un’offerta ben calibrata in termini di convenienza tecnica ed economica.

A tale riguardo si rammenta ulteriormente che, secondo quanto stabilito nell’articolo 9, comma 3, del decreto ministeriale n. 226 del 2011, *“le condizioni minime di sviluppo ... devono essere tali da consentire l’equilibrio economico e finanziario del gestore”*. Ciò in linea proprio con l’art. 24 della citata direttiva 2009/72/CE.

Dunque la copertura di simili costi, almeno in ipotesi, potrebbe concretamente trovare soddisfazione se non “in tariffa” (art. 13 regolamento 715 del 2009) quantomeno “in offerta” (art. 24 direttiva 2009/72/CE). Ciò che consentirebbe peraltro di non colpire ulteriormente l’utenza (la quale, si rammenta, non gode di utili strumenti al fine di opporsi a simili ulteriori aggravii) mediante rinnovati aumenti della bolletta.

Ricollegandosi al primo profilo (omessa contestazione, in sé, della tariffa sotto il profilo dei “costi efficienza” quanto, piuttosto, del mancato rimborso del GAP a titolo di VIR), si osserva che ove l’ordinamento non consentisse in alcun modo di ricomporre tale GAP potrebbe esservi una qualche lesione delle prerogative dell’appellante, secondo quanto previsto dalle invocate

disposizioni eurounitarie. Tuttavia, nel momento in cui l'ordinamento stesso appresta determinati strumenti (offerta da formulare in gara) onde contenere – se non azzerare – l'impatto negativo di tali componenti negative (quota di VIR a totale carico del gestore entrante) la medesima lesione potrebbe a questo punto concretamente venire meno.

In merito a tale aspetto, ossia sugli effetti che potrebbero essere determinati o meno dalla normativa di cui alla direttiva 2009/72/CE (art. 24, il quale dispone che le imprese affidatarie del servizio di distribuzione del gas naturale siano scelte secondo criteri di efficienza e di "equilibrio economico") e dalle connesse disposizioni interne di recepimento (decreto legislativo n. 93 del 2011 e DM 226 del 2011, con particolare riguardo agli artt. 12 – 15 i quali disciplinano la formulazione dell'offerta), la difesa di parte appellante non ha fornito più esaurienti spiegazioni sia in ordine alla presenza di un quadro normativo più variegato ed anche più specifico (l'art. 24 della direttiva 2009/72/CE riguarda proprio la designazione dei soggetti affidatari del servizio di distribuzione di gas naturale) sia in merito ai riflessi che da tali ulteriori disposizioni potrebbero scaturire o meno, soprattutto per l'eventuale recupero del differenziale sul VIR, in rapporto all'invocato art. 13 del regolamento n. 715 del 2009 (disposizione questa che riguarda unicamente il tema, in sé, delle tariffe).

Dalla incompleta ricostruzione normativa della difesa di parte appellante discende inevitabilmente la parzialità e dunque la genericità della relativa istanza di rimessione alla Corte di giustizia UE la quale, pertanto, non può trovare l'anelato ingresso in questa sede.

8. In conclusione l'appello è infondato e deve essere rigettato. Con compensazione in ogni caso delle spese di lite stante la evidente complessità in fatto e in diritto delle esaminate questioni.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Massimo Santini

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO