

Pubblicato il 25/02/2021

N. 00510/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01202/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1202 del 2019, proposto da Italgas Reti S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Todarello e Eugenio Bruti Liberati, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del secondo in Milano, via G. Serbelloni, n. 7;

contro

Città Metropolitana di Torino, in persona del Sindaco metropolitano *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Guffanti, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia;

ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio *ex lege* presso gli uffici della stessa in Milano, via Freguglia, n.1;

nei confronti

2i Rete Gas S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Bardelli e Maria Alessandra Bazzani, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il loro studio in Milano, via Visconti di Modrone, n. 12;

Comune di Givoglio, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito;

per l'annullamento

limitatamente all'omesso adeguamento alle indicazioni dell'Autorità del VIR relativo agli impianti ubicati nel Comune di Givoletto,

- della Determinazione del Dirigente della Direzione Azioni Integrate con gli EE.LL. della Città Metropolitana di Torino n. 3-3982/2019 del 23 aprile 2019, comunicata alla ricorrente a mezzo pec prot. 36918 del 24 aprile 2019 (da intendersi anch'essa impugnata), avente a oggetto “Affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale Torino 2. (CIG 6536668153). Procedura aperta. Approvazione operazioni di gara e aggiudicazione definitiva a Italgas Reti SpA”, unitamente a tutti gli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi, ivi espressamente inclusi;

- del Bando di gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale Torino 2 - CIG 6536668513, come modificato con Avviso di quarta rettifica e proroga termini pubblicato sul sito istituzionale della Stazione Appaltante e, per estratto, in G.U. 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 25 del 1° marzo 2017;

- del Disciplinare di gara e gli allegati tecnici al bando, come modificati sulla scorta della Determinazione del Dirigente competente n. 45-1955 del 23 febbraio 2017 (da intendersi anch'essa impugnata ove occorrer possa);

nonché per l'annullamento, sia in via diretta che in qualità di atti presupposti e comunque connessi, limitatamente alla parte in cui hanno ritenuto non idoneo alla remunerazione tariffaria il VIR relativo agli impianti ubicati nel Comune di Givoletto senza imporre alla Città Metropolitana di Torino di adeguare tale valore:

- della deliberazione 24 novembre 2016 n. 687/2016/R/gas, pubblicata sul sito internet dell'Autorità in data 15 marzo 2017, recante “Osservazioni in merito alla documentazione di gara inviata, ai sensi delle disposizioni di cui all'articolo 9, comma 2, del decreto 226 del 12 novembre 2011 dalla Città Metropolitana di Torino, Stazione Appaltante dell'ATEM Torino 2 – Impianto di Torino”;

- della deliberazione 18 febbraio 2016, n. 59/2016/R/gas, recante “Osservazioni riguardanti il valore di rimborso per i Comuni dell'ATEM Torino 2 – Impianto di Torino”;

- della deliberazione n. 27 dicembre 2017, n. 905/2017/R/gas, in cui sono confluite le disposizioni di cui alla deliberazione n. 310/2014/R/gas, medio tempore abrogata, recante “Disposizioni in materia di determinazione del valore di rimborso delle reti di distribuzione del gas naturale”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2020 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, società del Gruppo Italgas, operatore su scala nazionale nel servizio di distribuzione del gas naturale, ha preso parte alla gara indetta dalla Città Metropolitana di Torino, in qualità di Stazione Appaltante dell'A.TE.M. – Torino 2.

1.1. La vicenda di cui è causa si è sviluppata in modo assai articolato, sia sotto il profilo procedimentale sia sotto quello processuale.

1.2. In vista dell'indizione della gara ATEM per l'Ambito Torino 2, da bandire entro il 31 dicembre 2015, ai sensi del D.L. 69/2013, la Città Metropolitana di Torino, individuata quale stazione appaltante delegata alla gestione della gara ATEM in forma associata, provvedeva, ai sensi dell'art. 5, co. 14 del DM 226/2011 (recante «Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento dei servizi della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'articolo 46-bis»), a trasmettere ad ARERA i dati relativi agli scostamenti VIR – RAB.

1.2.1. Va premesso che a mente del combinato disposto di cui agli art. 14 e 15 del D.lgs. n. 164/2000, il gestore individuato all'esito della gara d'ambito è tenuto a corrispondere al distributore uscente una somma pari al valore di rimborso (VIR) degli impianti la cui proprietà gli viene trasferita dal medesimo; valore di rimborso che, come precisato dall'art. 15, in seno alla prima gara d'ambito è calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti di affidamento del servizio di distribuzione (purché stipulati prima della data di entrata in vigore del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 12 novembre 2011, n. 226, c.d. "Decreto Criteri") e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti nonché per gli aspetti non disciplinati dalle medesime convenzioni o contratti, in base alle linee guida su criteri e modalità operative per la valutazione del valore di rimborso, che lo stesso Ministero ha provveduto a definire con D.M. 22 maggio 2014.

1.2.2. Nella situazione c.d. "a regime" invece, e cioè al termine della durata delle nuove concessioni di distribuzione del gas naturale che verranno affidate mediante le gare d'ambito, il valore di rimborso spettante al gestore uscente non sarà pari al VIR, bensì al "valore delle immobilizzazioni nette di località del servizio di distribuzione e misura, relativo agli impianti la cui proprietà viene trasferita dal distributore uscente al nuovo gestore" (art. 14, comma 8, D.lgs. n. 164/2000), corrispondente alla "regulatory asset base" (RAB).

1.2.3. L'art. 5, comma 14 del DM 226/2011 prevede che nel caso in cui lo scostamento tra VIR e RAB sia superiore al 10%, prima della pubblicazione del bando di gara vengano trasmesse all'ARERA le relative valutazioni di dettaglio, al fine di consentire all'Autorità di operare una verifica

“secondo modalità da essa stabilite” e di esprimere le relative eventuali osservazioni da trasmettere alla stazione appaltante.

1.3. Con specifico riferimento al Comune di Givoletto (facente parte dell’Ambito Torino 2), il calcolo del VIR veniva effettuato dalla stazione appaltante in contraddittorio con il gestore uscente 2i Rete Gas s.p.a.

1.4. In data 30 ottobre 2015 la Città Metropolitana di Torino provvedeva a trasmettere ad ARERA tutta la documentazione di gara, secondo quanto previsto dall’art. 9, comma 2 del Regolamento Criteri, ai sensi del quale la stazione appaltante, prima della pubblicazione, invia gli atti di gara all’ARERA, la quale può trasmettere entro 30 giorni le proprie osservazioni.

1.5. Con comunicazione del 5 novembre 2015 l’ARERA differiva l’avvio del procedimento di verifica di propria competenza sugli atti di gara, non essendo ancora terminato il procedimento per le valutazioni degli scostamenti VIR-RAB.

1.6. Al fine del rispetto dell’improrogabile termine di pubblicazione degli atti di gara previsto dal legislatore al 31 dicembre 2015 (cfr. art. 3 del D.L. 31 dicembre 2014, convertito nella Legge 27 febbraio 2015, n. 11), in data 29 dicembre 2015 la Città Metropolitana di Torino pubblicava il bando di gara per l’affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell’ambito territoriale Torino 2 – C.I.G. 6536668513, il disciplinare di gara (che sarebbe stato poi rettificato a seguito di riapprovazione con determinazione n. 45-1955 del 23 febbraio 2017) e gli allegati al bando medesimo.

1.7. La stazione appaltante, come indicato nel preambolo al bando di gara, si riservava espressamente di apportare agli atti di gara e ai relativi allegati tutte le modifiche, integrazioni, aggiustamenti o revisioni che si fossero resi necessari a seguito dell’eventuale formulazione di osservazioni da parte dell’ARERA o di modifiche alla situazione normativa e regolamentare.

1.8. Con ricorso RG 124/2016 proposto avanti al TAR Torino Italgas impugnava il predetto bando di gara (il ricorso sarebbe stato dichiarato improcedibile con sentenza n. 371 del 1° aprile 2019, avendo dichiarato la ricorrente il sopravvenuto difetto di interesse alla decisione, in quanto la stazione appaltante aveva completato i sub procedimenti innanzi all’ARERA e provveduto a modificare lo schema di contratto tipo, si da consentire la presentazione di offerta).

1.9. Le osservazioni di ARERA in ordine agli scostamenti VIR-RAB venivano formulate in data 18 febbraio 2016, mediante la deliberazione n. 59/2016/R/gas. L’Autorità riteneva inidoneo ai fini del riconoscimento tariffario il valore di VIR riportato nella documentazione trasmessa dalla stazione appaltante inerente il Comune di Givoletto, e per l’effetto disponeva l’applicazione del meccanismo di determinazione del VIR sostitutivo previsto dall’art. 20 della propria deliberazione n. 310/2014/R/gas.

1.10. A seguito delle osservazioni dell'Autorità, la stazione appaltante riapriva il tavolo tecnico con il gestore uscente per la rideterminazione del valore del VIR nel Comune di Givoletto, sollecitando il recepimento delle osservazioni medesime. 2i Rete Gas, tuttavia, con nota del 30 settembre 2016, negava la propria disponibilità ad accettare la nuova valutazione presentata dalla stazione appaltante.

1.11. Quindi quest'ultima comunicava all'Autorità che avrebbe mantenuto invariato il VIR già condiviso nell'accordo con il gestore uscente del 9 giugno 2015, dando atto nella documentazione di gara che ai fini tariffari sarebbe invece stato riconosciuto, conformemente a quanto disposto dall'Autorità medesima, il diverso e inferiore valore calcolato ai sensi dell'art. 14 della deliberazione ARERA n. 310/2014/R/Gas e della determinazione dell'ARERA n. 4 del 5 febbraio 2016.

1.12. In esito alla conclusione dell'iter di verifica degli atti di gara di cui all'art. 9, comma 2 del Regolamento criteri, ARERA pubblicava la deliberazione n. 687/2016/R/Gas del 24 novembre 2016 e relativo allegato A, con la quale, nel formulare le proprie osservazioni in merito alla documentazione della gara ATEM Torino 2, deliberava di *“confermare la non idoneità, ai fini dei riconoscimenti tariffari, del valore del VIR per il Comune di Givoletto, come riportato nel documento “All. B al Bando di gara REV03.pdf” allegato al bando di gara e prevedere di conseguenza che, ai fini dei medesimi riconoscimenti tariffari, si consideri il valore parametrico determinato ai sensi dell'articolo 14 della deliberazione 310/2014/R/Gas”*.

Il provvedimento dell'Autorità veniva reso noto dalla stazione appaltante nell'Avviso di Rettifica e Proroga del bando di gara, pubblicato in data 24 febbraio 2017, ove si dava atto *“che è rimasto invariato negli atti di gara il valore di rimborso al Gestore uscente del Comune di Givoletto e che, ai fini tariffari, nel rispetto di quanto stabilito dall'Autorità, verrà riconosciuto il valore calcolato ai sensi dell'art. 14 della Deliberazione 310/2014/R/Gas e della determina dell'AEEGSI n. 4 del 05/02/2016, con un impatto quindi limitato sul valore complessivo di rimborso (dovuto alle società concessionarie uscenti) che sarà riconosciuto ai fini tariffari”*

1.13. Con ricorso RG 1158/2017, proposto avanti a questo Tribunale, la ricorrente impugnava la deliberazione dell'ARERA del 24 novembre 2016, n. 687/2016/R/gas, nonché, quali atti presupposti, le deliberazioni del 18 febbraio 2016, n. 59/2016/R/gas, recante *“Osservazioni riguardanti il valore di rimborso per i Comuni dell'ATEM Torino 2 – Impianto di Torino”*, e del 26 giugno 2014, n. 310/2014/R/gas, recante *“Disposizioni in materia di determinazione del valore di rimborso delle reti di distribuzione del gas naturale”*, nella parte in cui l'Autorità aveva dichiarato non idoneo al riconoscimento tariffario il VIR indicato negli atti della gara d'ambito relativamente al Comune di Givoletto e, parallelamente, non aveva imposto alla Città Metropolitana di Torino, quale Stazione appaltante, di adeguare tale valore all'ammontare effettivamente riconoscibile in tariffa, da cui discenderebbe una perdita in capo alla ricorrente pari a € 1.792.441,49, derivante dall'applicazione

del valore parametrico determinato ai sensi dell'art. 14 della deliberazione n. 310/2014/R/gas (con sentenza n. 467 del 9 marzo 2020 la sez. II di questo Tribunale avrebbe dichiarato il ricorso inammissibile per assenza di lesività degli atti impugnati).

1.14. Intanto la ricorrente prendeva parte alla gara relativa all'A.TE.M. – Torino 2 e in data 23 aprile 2019 veniva disposta a suo favore la relativa aggiudicazione.

2. Con il ricorso indicato in epigrafe la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva nonché la deliberazione ARERA n. 687/2016/R/gas, recante osservazioni in merito alla documentazione di gara dell'ATEM Torino 2 inviata dalla stazione appaltante ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 9, comma 2, del Regolamento criteri, nonché le deliberazioni ARERA n. 59/2016/R/gas e n. 905/2017/R/gas, in cui sono confluite le disposizioni dell'originaria n. 310/2014/R/gas, limitatamente alla parte in cui non è stato ritenuto idoneo alla remunerazione tariffaria il VIR relativo agli impianti ubicati nel Comune di Givoletto senza imporre alla Città Metropolitana di Torino di adeguare tale valore.

2.1. Si sono costituiti in giudizio la Città Metropolitana di Torino, l'ARERA nonché la società 2I Rete Gas, resistendo al ricorso e chiedendone il rigetto.

2.2. In vista della trattazione nel merito le parti hanno depositato corposi scritti difensivi, spiegando difese in rito e nel merito, e insistendo nelle rispettive conclusioni.

2.3. Indi all'udienza pubblica del 7 ottobre 2020 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione.

3. Il ricorso proposto è affidato ad un unico articolato motivo di gravame con cui si deducono la violazione e falsa applicazione dell'art. 15, comma 5, del D.lgs. 23 maggio 2000 n. 164, dell'art. 5, comma 14, del D.M. 12 novembre 2011, n. 226 e dell'art. 24, comma 3, del D.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, l'eccesso di potere per violazione del principio di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa e per contraddittorietà, sotto i seguenti profili:

a) ai sensi dell'art. 15, comma 5, D.lgs. n. 164/2000 e dell'art. 5, comma 14, D.M. 226/2011 la stazione appaltante dovrebbe tenere conto delle osservazioni dell'ARERA ai fini della determinazione del valore di rimborso da inserire nel bando di gara. Diversamente opinando le disposizioni richiamate vedrebbero del tutto svuotata la propria portata precettiva e ne sarebbe frustrata la relativa *ratio*, facendo venir meno la logica su cui si regge l'intero sistema delle gare.

Se il VIR non fosse ritenuto congruo da ARERA dovrebbe essere ricalcolato tenendo conto delle osservazioni formulate. In ogni caso non potrebbe ammettersi che il valore ritenuto non congruo non trovi copertura in tariffa;

b) sarebbe illegittimo che ARERA, in base ai propri atti regolatori, non imponga alla stazione appaltante di adeguarsi alle indicazioni sulla congruità del VIR e nel contempo non riconosca in tariffa il VIR determinato dalla stazione appaltante. Tale meccanismo determinerebbe un indebito

vantaggio in capo al gestore uscente che abbia saputo imporre alla stazione appaltante un VIR inidoneo alla remunerazione in tariffa con l'asserito effetto *“di creare una vera e propria barriera all'ingresso per i potenziali gestori nuovi entranti”*.

3.1. Con memoria depositata in data 9 marzo 2020 la ricorrente ha chiesto, in via subordinata, di disapplicare l'art. 15 comma 5 del D.lgs. 164/2000 per contrasto con l'art. 13 del Regolamento 715/2009 (Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale) o, in subordine, di sollevare la questione di compatibilità ante Corte di Giustizia.

4. Il ricorso proposto contempla una pluralità di domande corrispondenti agli atti impugnati, di cui la ricorrente chiede l'annullamento.

Tali atti sono connessi tra loro dal punto di vista procedimentale e funzionale, circostanza che giustifica la proposizione del ricorso cumulativo (cfr. Ad. Plen. n. 5/2015).

4.1. Il Collegio ritiene opportuno, per una più ordinata esposizione, distinguere la trattazione dell'impugnazione degli atti di gara e della relativa aggiudicazione dall'impugnazione delle delibere di ARERA.

5. Prima di addentrarci nello scrutinio è però necessario premettere il quadro normativo di riferimento. Gli artt. 14, 15 e 16 del D.lgs. 164/2000 disciplinano l'attività di distribuzione e vendita del gas.

In particolare, per quanto qui rileva, il legislatore ha stabilito che l'attività di distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico, affidata esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni, secondo elementi di valutazione - tra cui il piano di investimento nello sviluppo, nella manutenzione e nella sicurezza della rete offerto dall'impresa concorrente - tali da assicurare qualità ed efficienza del servizio di distribuzione, oltre che la convenienza dello stesso sia per la stazione appaltante, sia per gli utenti (art. 14 comma 1 D.lgs. 164/2000).

Per quanto qui rileva, dispone l'art. 15 comma 5 del D.lgs. 164/2000 che *“ai titolari degli affidamenti e delle concessioni in essere è riconosciuto un rimborso, a carico del nuovo gestore ai sensi del comma 8 dell'articolo 14, calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti, purché stipulati prima della data di entrata in vigore del regolamento di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro per i rapporti con le regioni e la coesione territoriale 12 novembre 2011, n. 226, e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti nonché per gli aspetti non disciplinati dalle medesime convenzioni o contratti, in base alle linee guida su criteri e modalità operative per la valutazione del valore di rimborso di cui all'articolo 4, comma 6, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98. In ogni caso, dal rimborso di cui al presente comma sono detratti i contributi privati relativi ai cespiti di località, valutati secondo la metodologia della regolazione tariffaria vigente. Qualora il valore di rimborso*

risulti maggiore del 10 per cento del valore delle immobilizzazioni nette di località calcolate nella regolazione tariffaria, al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di località, l'ente locale concedente trasmette le relative valutazioni di dettaglio del valore di rimborso all'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico per la verifica prima della pubblicazione del bando di gara”.

La stessa disposizione precisa che *“La stazione appaltante tiene conto delle eventuali osservazioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico ai fini della determinazione del valore di rimborso da inserire nel bando di gara”.*

Ai sensi dell'art. 24 del D.lgs. 1° giugno 2011, n. 93 l'affidamento del servizio di distribuzione del gas deve avvenire esclusivamente per gara a livello di A.TE.M. (Ambito Territoriale Minimo).

Il comma 3 della stessa disposizione prevede che *“L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, limitatamente al primo periodo di esercizio delle concessioni assegnate per ambiti territoriali minimi di cui all'articolo 46-bis, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, riconosce in tariffa al gestore entrante l'ammortamento della differenza tra il valore di rimborso, come determinato ai sensi del decreto di cui all'articolo 46-bis, comma 1, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, e il valore delle immobilizzazioni nette, al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di località.*

L'art. 216, comma 27 *quinquies* del 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 “Decreto Letta”, in quanto compatibili con il Codice, nonché di quelle di cui all'art. 46 bis, commi 1, 2 e 3, del decreto legge n. 159 del 2007, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2007, e all'art. 4 del decreto legge n. 69 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 98 del 2013.

5.1. Alla normativa primaria si è aggiunta quella regolamentare.

In particolare il decreto ministeriale n. 226 del 2011 recante 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 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.

L'art. 5, riguardo al rimborso al gestore uscente nel primo periodo, dispone al comma 14 che *Il valore di rimborso relativo alla porzione di impianto per cui la concessione non prevede la devoluzione gratuita viene determinato seguendo i commi pertinenti da 1 a 13. Qualora il valore di rimborso*

risulti maggiore del 10 per cento del valore delle immobilizzazioni nette di località, relative alla porzione di impianto che non sia ceduta all'ente locale concedente a devoluzione gratuita, calcolate nella regolazione tariffaria, al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di località, come calcolati ai fini tariffari ma senza applicazione dei commi 13.2 e 13.3 dell'allegato A della deliberazione 573/2013/R/gas, l'ente locale concedente trasmette le relative valutazioni di dettaglio del valore di rimborso all'Autorità per la verifica prima della pubblicazione del bando di gara, motivando l'eventuale mancato utilizzo o eventuali scostamenti dai parametri utilizzati nella metodologia riportata nelle linee guida su criteri e modalità operative del Ministero dello sviluppo economico ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni in legge 9 agosto 2013, n. 98. L'Autorità esegue la verifica secondo modalità da essa stabilite. I tempi di istruttoria dell'Autorità oltre i 90 giorni sospendono i termini ai fini del rispetto delle date limite per la pubblicazione del bando di gara previste dall'articolo 3, comma 1 relativamente all'intervento sostitutivo della Regione e all'applicazione della penalizzazione di cui all'articolo 4, comma 5 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni in legge 9 agosto 2013, n. 98. La stazione appaltante deve tenere conto delle eventuali osservazioni dell'Autorità ai fini della determinazione del valore di rimborso da inserire nel bando di gara”.

L'art. 9 del richiamato regolamento prevede che “La stazione appaltante invia all'Autorità, secondo modalità stabilite dall'Autorità, il bando di gara, il disciplinare di gara e le linee guida programmatiche d'ambito con le condizioni minime di sviluppo, insieme alla nota giustificativa di cui al comma 1. L'Autorità può inviare entro 30 giorni proprie osservazioni alla stazione appaltante”.

Infine va rammentato che il Ministero dello Sviluppo Economico, con decreto 22 maggio 2014, ha approvato il documento “Linee Guida su criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale del 7 aprile 2014”, in attuazione delle disposizioni dell'articolo 4, comma 6, del decreto-legge 69/2013.

5.2. Su un piano regolatorio con la deliberazione n. 113/2013/R/gas ARERA ha disciplinato l'iter procedurale delle eventuali osservazioni dell'Autorità alle Stazioni appaltanti sui bandi di gara, e con la deliberazione 310/2014/R/GAS è intervenuta sugli aspetti metodologici per l'identificazione delle fattispecie con scostamento tra VIR e RAB superiore al 10%, tenuto conto di quanto indicato nelle Linee Guida 7 aprile 2014.

6. Così ricordato il quadro normativo di riferimento, il Collegio passa ora ad esaminare partitamente le domande proposte, che, sinteticamente, si fondano sul seguente architrave: da un lato le valutazioni compiute dall'Autorità all'esito del procedimento previsto dall'art. 15 del D.lgs. n. 164/2000 sarebbero vincolanti per la stazione appaltante, dall'altro altrettanto vincolante sarebbe per l'Autorità

il valore del VIR indicato negli atti di gara all'esito del procedimento previsto dalla delibera n. 310 del 2014.

6.1. Sull'impugnazione dei provvedimenti relativi alla procedura di gara indetta dalla Città Metropolitana di Torino per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale Torino 2.

6.1.1. In punto di fatto va ricordato che la stazione appaltante, in data 29 dicembre 2015, ha pubblicato il bando di gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale Torino 2 con relativi disciplinare e allegati, senza attendere il riscontro di ARERA, riservandosi successive modifiche o integrazioni, anche dipendenti dalle osservazioni di ARERA (*"l'Ente appaltante si riserva il diritto di provvedere ad apportare agli atti di gara ed ai relativi allegati modifiche/integrazioni/aggiustamenti/revisioni che si dovessero rendere necessari a seguito della eventuale formulazione di osservazioni da parte dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, nonché alla luce della situazione normativa e regolamentare esistente in quel momento"*).

6.1.2. ARERA, con la delibera 59 del 18 febbraio 2016, ha ritenuto *inidonei ai fini dei riconoscimenti tariffari i valori di VIR riportati nella documentazione acquisita in data 29 ottobre 2015 tramite Piattaforma informatica VIR-RAB inerenti i Comuni di Givoletto, La Loggia e Villastellone e di prevedere che sia applicato quanto previsto dall'articolo 20 della deliberazione 310/2014/R/GAS"*.

6.1.3. A seguito di tali osservazioni e dopo un infruttuoso tentativo promosso con il gestore uscente per la rideterminazione del valore del VIR nel Comune di Givoletto, la stazione appaltante ha comunicato all'Autorità che avrebbe mantenuto invariato il VIR già condiviso nell'accordo con il gestore uscente, dando atto nella documentazione di gara che ai fini tariffari sarebbe invece stato riconosciuto, conformemente a quanto disposto dall'Autorità medesima, il diverso e inferiore valore calcolato ai sensi dell'art. 14 della deliberazione ARERA n. 310/2014/R/Gas.

6.1.4. Con la deliberazione n. 687/2016/R/Gas del 24 novembre 2016 ARERA ha deliberato di *"confermare la non idoneità, ai fini dei riconoscimenti tariffari, del valore del VIR per il Comune di Givoletto"*.

6.1.5. La stazione appaltante con avviso di rettifica e proroga del bando di gara, pubblicato in data 24 febbraio 2017, ha quindi dato atto *"che è rimasto invariato negli atti di gara il valore di rimborso al Gestore uscente del Comune di Givoletto e che, ai fini tariffari, nel rispetto di quanto stabilito dall'Autorità, verrà riconosciuto il valore calcolato ai sensi dell'art. 14 della Deliberazione 310/2014/R/Gas e della determina dell'AEEGSI n. 4 del 05/02/2016, con un impatto quindi limitato sul valore complessivo di rimborso (dovuto alle società concessionarie uscenti) che sarà riconosciuto ai fini tariffari"*.

6.1.6. Ciò ricordato in fatto, a fronte dell'impostazione impugnatoria dell'atto introduttivo del giudizio sia l'Autorità sia la stazione appaltante hanno sollevato eccezioni preliminari di inammissibilità del ricorso.

Il Collegio ritiene si possa prescindere dal relativo esame, stante l'infondatezza della domanda di annullamento degli atti di gara.

6.1.7. Secondo la ricorrente i rilievi formulati dall'Autorità nel corso delle consultazioni dovrebbero essere ritenuti vincolanti per la stazione appaltante, che quindi avrebbe dovuto recepirli negli atti di gara, modificando di conseguenza il valore di rimborso degli impianti a carico del gestore subentrante.

6.1.8. Il Collegio non condivide tale tesi.

L'art. 15 comma 5 del D.lgs. 164/2000 richiede una procedimentalizzazione del rapporto tra stazione appaltante e ARERA quanto alla stima del valore di rimborso degli impianti.

Il preventivo coinvolgimento dell'Autorità è strumentale alla formulazione di “*eventuali osservazioni*” che la giurisprudenza - pronunciata sul punto - ha ritenuto non dichiaratamente vincolanti (Consiglio di Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2202), costituendo espressione di un'attività consultiva (Consiglio di Stato sez. V 22 gennaio 2019 n. 570), per l'appunto, non vincolante.

Accanto a tale postulato va aggiunto che non sussiste nell'ordinamento la previsione di un onere in capo alla stazione appaltante di rendere particolarmente conveniente il contratto per il gestore subentrante, 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 (Cons. Stato n. 570/2019 cit.).

Non è rinvenibile alcuna disposizione normativa o regolamentare che imponga che il VIR quantificato ai fini della gara debba corrispondere ad un importo destinato a trovare integrale riconoscimento ai fini tariffari.

Stante l'assenza di indici normativi di vincolatività delle osservazioni di ARERA, deve ritenersi, sulla base di una lettura complessiva della disciplina di riferimento, che l'unico onere previsto sia quello di pubblicità a favore dei concorrenti alla gara ATEM.

L'art. 19 della deliberazione 310/2014/R/gas espressamente prevede che “*19.4 Nel caso in cui la stazione appaltante non abbia tenuto conto delle osservazioni dell'Autorità, l'Autorità ne dà evidenza pubblica nell'ambito delle deliberazioni adottate ai sensi della deliberazione 113/2013/R/GAS, segnalando che i valori del VIR indicati nel bando di gara non sono stati giudicati idonei ai fini dei riconoscimenti tariffari. 19.5 Le osservazioni di cui al precedente punto 19.4 sono trasmesse alla stazione appaltante e sono pubblicate sul sito internet dell'Autorità*”.

Tale previsione non è censurabile sotto i profili dedotti dalla ricorrente, che muove da un assunto (quello della vincolatività delle osservazioni di ARERA per la stazione appaltante) che, come rilevato, non si riscontra nella disciplina normativa di riferimento.

Nel caso di specie la stazione appaltante ha coinvolto l'Autorità, e, nell'ambito del procedimento, è pervenuta al recepimento delle osservazioni in relazione agli impianti di altri Comuni (La Loggia e Villastellone), non ritenendo tuttavia di adeguarsi ai rilievi formulati in relazione a quelli del Comune di Givoletto.

Di tale circostanza la stazione appaltante ha dato pubblicità nell'ambito della procedura di gara, di talchè i concorrenti (*rectius* la concorrente) erano pienamente edotti delle condizioni economiche della gara stessa.

Va peraltro osservato che, come risulta dalla documentazione prodotta e come concordemente rilevato sia dalla ricorrente sia dalla stazione appaltante, lo scostamento tra il valore di rimborso degli impianti al gestore uscente e quanto riconosciuto ai fini tariffari incide per una percentuale inferiore all'1,5%, dunque del tutto ininfluyente nell'economia generale dell'affidamento, tenuto conto della sua durata e dell'ampio ambito territoriale di riferimento.

Deve ancora rilevarsi che l'art. 5 comma 16 del DM 226/2011 disciplina espressamente l'ipotesi in cui si manifesti un disaccordo tra l'Ente locale concedente e il gestore uscente con riferimento alla determinazione del valore di rimborso del gestore uscente.

Tale previsione va a confermare che il sistema, nel suo complesso, "tollera" che non vi sia un allineamento tra quanto richiede il gestore uscente, quanto propone la stazione appaltante e, infine, quanto, rileva l'Autorità di regolazione ai soli fini tariffari. La stessa disposizione ora richiamata stabilisce infatti che *"Il gestore subentrante versa al gestore uscente il valore di riferimento, previsto nel bando di gara all'atto del passaggio di proprietà dell'impianto. L'eventuale differenza tra il valore accertato in esito alla definitiva risoluzione del contenzioso e quello di riferimento versato dal gestore subentrante è regolata fra il gestore entrante e il gestore uscente"*.

6.1.9. In sintesi quindi, non rinvenendosi alcun vincolo normativo per la stazione appaltante rispetto ai rilievi dell'Autorità, e avendo la Città Metropolitana (e l'Autorità stessa) assolto all'onere di pubblicità previsto dalla relativa disciplina la domanda di annullamento degli atti di gara va pertanto respinta.

6.2. Sull'impugnazione delle deliberazioni di ARERA.

Anche in tal caso si può prescindere dalle eccezioni preliminari sollevate dalla difesa di ARERA, stante l'infondatezza della domanda.

6.2.1. Va innanzi tutto ricordato che in materia tariffaria l'Autorità ha competenze specifiche e proprie, non condizionabili da parte di altre Amministrazioni.

Sotto tale profilo non trova alcun sostegno nella normativa vigente, applicabile al caso di specie, l'assunto della ricorrente che porterebbe a ritenere che l'Autorità debba riconoscere in tariffa il VIR stabilito dalla stazione appaltante, anche se in difformità dalle osservazioni dell'Autorità stessa.

La tesi della ricorrente condurrebbe ad una frammentazione sul territorio delle regole tariffarie, e all'esautorazione dei poteri dell'Autorità sul governo delle tariffe, che verrebbero sostanzialmente decise dalle stazioni appaltanti nell'ambito della procedura di gara per la concessione del servizio di distribuzione.

L'obliterazione del ruolo dell'Autorità in materia tariffaria sarebbe in contrasto palese con quanto stabilito dalla legge (L. 481/1995) che riserva all'Autorità stessa una competenza esclusiva (cfr. TAR Milano sez. I 28 novembre 2019 n. 2538).

D'altro canto se l'Autorità fosse vincolata, ai fini tariffari, al VIR stabilito dalla stazione appaltante, anche discostandosi dalle osservazioni, la "verifica" sullo scostamento imposta dall'articolo 15, comma 5 del D.lgs. 164/2000 perderebbe di qualunque significato.

6.2.2. L'Autorità, se in sede di verifica ritiene che il VIR elaborato dalla stazione appaltante non sia stato quantificato correttamente, qualifica quel VIR come "inidoneo" sotto il profilo tariffario, atteso che l'ambito tariffario è da ritenere ascritto all'esclusiva sfera di attribuzione dell'Autorità stessa.

6.2.3. Tale ricostruzione non è smentita dalla previsione – invocata da parte ricorrente – di cui all'articolo 24, comma 3, del D.lgs. n. 93 del 2011. La disposizione prevede sì, a seguito delle prime gare, il riconoscimento della differenza tra VIR e RAB, ma che non impone che il VIR sia quello comunque determinato (autonomamente) dalla stazione appaltante.

6.2.4. In sostanza deve ritenersi che i due ambiti (quello di determinazione del VIR da parte della stazione appaltante ai fini del rimborso al gestore uscente e quello di determinazione della tariffa, di competenza dell'ARERA) siano distinti, facenti capo ad autorità pubbliche differenti nell'ambito di diverse competenze alle stesse assegnate dalla legge.

6.2.5. Come sopra già rilevato la normativa esaminata si limita a prevedere una procedimentalizzazione dei rapporti, che consente la eventuale convergenza di determinazioni armoniche e tra loro coordinate ma che non si spinge a prevedere un vincolo per l'uno o l'altro ambito di potere.

Il punto di sintesi del sistema è rappresentato, da un lato, dall'obbligo di fornire adeguata pubblicità delle condizioni di gara, anche in relazione ai rilievi formulati dall'Autorità e al loro mancato recepimento, e, dall'altro, dalla libertà di impresa degli operatori economici che, resi edotti dell'impianto della procedura di gara, possono liberamente scegliere se partecipare o meno, assumendosi i relativi rischi consapevolmente.

6.2.6. Deve quindi concludersi affermando l'inesistenza di alcun vincolo per l'Autorità in sede di definizione della tariffa di distribuzione rispetto alla quantificazione del VIR operata dalla stazione appaltante,

6.2.7. Anche in relazione all'impugnazione delle delibere di ARERA il ricorso va pertanto respinto.

7. Con memoria depositata in data 9 marzo 2020 la ricorrente ha chiesto, in via subordinata, di disapplicare l'art. 15 comma 5 del D.lgs. 164/2000 per contrasto con l'art. 13 del Regolamento 715/2009 (Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale) o, in subordine, di sollevare la questione di compatibilità ante Corte di Giustizia.

7.1. Il motivo di gravame, in quanto dedotto per la prima volta con memoria non notificata, è inammissibile.

7.2. Quanto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, su cui il giudice può pronunciarsi anche d'ufficio, non se ne ravvisa la rilevanza ai fini della decisione, considerato che la normativa europea indicata quale paradigma di riferimento, ovvero il Regolamento 715/2009, disciplinando la (diversa) materia delle reti di trasporto, non appare pertinente in relazione alla vicenda oggetto del presente giudizio.

8. In conclusione per le ragioni che precedono il ricorso non merita accoglimento e va pertanto rigettato.

9. Tenuto conto della particolarità e della complessità della questione le spese di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2020 e del giorno 16 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

Rosanna Perilli, Referendario

L'ESTENSORE

Valentina Santina Mameli

IL PRESIDENTE

Domenico Giordano

IL SEGRETARIO