

Pubblicato il 07/02/2024

N. 01262/2024REG.PROV.COLL.
N. 08917/2021 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 8917 del 2021,

proposto da

Comune di Venezia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Sebastiano Capotorto, Antonio Iannotta, Nicoletta Ongaro e Federico Trento, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via di San Domenico, 20;

contro

Italgas Reti s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Todarello, Giuseppe Fuda, Andrea Zoppini e Giorgio Vercillo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Cicerone, 44;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 1054/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Italgas Reti s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2023 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Capotorto e Vercillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Veneto la società Italgas s.p.a. impugnava la deliberazione consiliare con la quale il Comune di Venezia – ente appaltante per conto dell’ATEM (ambito territoriale minimo) 1, Laguna Veneta, per l'affidamento in concessione, tramite gara, del servizio di distribuzione del gas naturale – prevedeva che, in esito alla gara da esperire, gli impianti e le reti di cui era proprietario fossero ceduti al gestore del servizio subentrante sulla base del loro valore industriale residuo (VIR), per un importo di € 50.508.949,58, anziché del valore corrispondente alla RAB di € 9.607.340,00, accollando il relativo onere all’aggiudicatario.

Un primo bando del 2015, impugnato dalla stessa odierna ricorrente Italgas s.p.a. era già stato annullato con sentenza del TAR Veneto 7 luglio 2017, n. 655, confermata da Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2202.

Rappresentava la ricorrente come la disciplina vigente, nel disporre l’obbligo di esperimento di gare per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas, si ponga il problema del valore da attribuire per il riscatto, da parte del gestore entrante, del valore degli impianti del gestore uscente per i quali, a causa dell’anticipazione *ex lege* della durata delle concessioni, la data di cessazione del servizio non coincida con la data di scadenza naturale della concessione, laddove sul punto nulla preveda il contratto o la concessione.

La questione controversa, peraltro, assumeva rilevanza solamente nel periodo transitorio – in occasione dell’esperimento delle prime gare – dal momento che a regime la normativa individua le condizioni e le modalità in forza delle quali si realizza il trasferimento di proprietà delle reti dal gestore uscente al subentrante vincitore della gara d’ambito, valorizzate a RAB senza che residuino investimenti non ammortizzati; a regime, il valore RAB viene riconosciuto in tariffa, con la conseguenza che il gestore subentrante nel corso dei dodici anni di gestione del servizio si vede riconoscere, tramite la tariffa, tali importi.

Sempre in sede di prima applicazione, qualora i beni siano di proprietà del gestore uscente ed i contratti di servizio non ne prevedano la devoluzione gratuita alla scadenza in favore dell’ente locale, è previsto che la titolarità delle reti e degli impianti necessari allo svolgimento del servizio venga acquisita dal gestore subentrante, chiamato a versare al gestore uscente una somma corrispondente al valore industriale residuo (VIR) quale corrispettivo per il trasferimento della proprietà.

Nel caso in esame, il Comune di Venezia era proprietario di una porzione delle reti e degli impianti di distribuzione del gas ubicati nell’ambito del proprio territorio, ricompresi nel blocco denominato “A”, mentre i blocchi “B” e “C” erano di proprietà della ricorrente.

In base alla normativa vigente (art. 8, comma 3 del d.m. n. 226 del 2011) è inoltre previsto che il gestore subentrante debba corrispondere annualmente la remunerazione del RAB all'ente locale che sia proprietario di detti cespiti e non intenda alienarli (*"Il gestore corrisponde annualmente agli Enti locali e alle società patrimoniali delle reti che risultino proprietarie di una parte degli impianti dell'ambito la remunerazione del relativo capitale investito netto che l'Autorità riconosce ai fini tariffari sulla base dei dati relativi alla parte di impianto di loro proprietà, che i proprietari stessi devono fornire al gestore, da inserire nella proposta tariffaria all'Autorità e a condizione che tale parte concorra quindi effettivamente all'ammontare del capitale investito netto di località riconosciute dall'Autorità"*).

Nel corso del tempo la prassi e la giurisprudenza, partendo dalla premessa che reti ed infrastrutture di proprietà di un ente locale appartengano al patrimonio indisponibile dello stesso, hanno infine ammesso la possibilità di alienarli – mantenendone il vincolo di destinazione all'uso pubblico – in favore del gestore subentrante, in occasione dell'esperimento della prima gara per l'affidamento del servizio; ne è disceso il problema di determinare il valore di tali cespiti, onde consentire una corretta formulazione dell'offerta nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica, posto che la normativa vigente non indica criteri o parametri cui riferirsi per valutare l'importo da corrispondere all'amministrazione cedente.

Nello specifico il Comune di Venezia, con deliberazione consiliare n. 52 del 9 luglio 2020, aveva optato per cedere tali cespiti, fissando il valore di rimborso ad una somma corrispondente a quella prevista dalla normativa per l'acquisto dal gestore uscente, ovvero il valore industriale residuo (VIR) calcolato sulla base di una apposita relazione tecnica di stima dal titolo *"Individuazione del valore di cessione delle reti e degli impianti di distribuzione del gas naturale di proprietà del Comune di Venezia (blocco A) al 31/12/2017"*.

Contestava la ricorrente – con un unico motivo di gravame – la possibilità di applicare alla fattispecie, in via analogica, le norme facenti riferimento al VIR, all'uopo lamentando la violazione degli artt. 41 e 97 Cost., del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, della l. 14 novembre 1995, n. 481, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, del d.m. 12 novembre 2011, n. 226 e delle delibere dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA) nn. 570/2019/r/gas e 905/2017/r/gas, nonché l'irragionevolezza, la contraddittorietà, la carenza di istruttoria ed il difetto di motivazione.

Ad avviso di Italgas Reti s.p.a., poiché le uniche norme rinvenibili in materia di valorizzazione degli impianti e delle reti di proprietà comunale avrebbero fatto riferimento alla RAB tariffaria (*Regulatory Asset Base*), ossia al valore preso in considerazione da ARERA per la determinazione delle tariffe del servizio di distribuzione (valore normalmente considerevolmente più basso rispetto al VIR), anche la stima del valore di mercato da attribuire ai cespiti da alienare avrebbe dovuto essere effettuata sulla base di tale parametro.

Costitutosi in giudizio, il Comune di Venezia eccepiva l'infondatezza del gravame, chiedendone l'annullamento.

Con sentenza 31 agosto 2021, n. 1054, il giudice adito accoglieva il ricorso, sul presupposto che *“l’inesistenza nell’ordinamento di una norma che espressamente disciplini le modalità di valorizzazione dei cespiti dell’Ente locale nell’ipotesi in cui questi decida di cederli al gestore subentrante in occasione dell’esperimento della gara pubblica”* non costituisca *“una lacuna dell’ordinamento da colmare in via interpretativa, ma una consapevole scelta del legislatore e delle Autorità regolatorie volta a differenziare il regime applicabile ai beni del gestore privato uscente del servizio in sede di prima applicazione della riforma che ha liberalizzato il settore, dal regime applicabile ai beni di proprietà del Comune”*.

Tale differenza sarebbe *“volta ad evitare che questi costi ulteriori vengano allocati a carico del gestore entrante. Tali costi ulteriori, infatti, costituirebbero una barriera di ingresso ove gravanti sullo stesso, ovvero volta ad evitare che incombano sugli utenti finali ove recuperabili in tariffa”*.

Avverso tale decisione il Comune di Venezia interponeva appello, affidato – previa esposizione di alcune considerazioni sulla presunta *“infondatezza del ricorso di primo grado di Italgas Reti s.p.a.”* e *“sulla correttezza della decisione del Comune di Venezia di alienare i cespiti di sua proprietà al valore di mercato”* – ad un unico articolato motivo di impugnazione, così rubricato: *“Sull’erroneità della sentenza appellata: contraddittorietà della motivazione. Erronea ricostruzione del quadro normativo e fattuale alla base della controversia. Erronea applicazione dell’art. 8, comma 3, del d.m. n. 226/2011, norma dedicata a fattispecie del tutto differenti. Erronea valutazione delle conseguenze economico-contabili della vendita “a RAB” dei cespiti di proprietà comunale. Inattendibilità dei dati RAB e conseguente impossibilità di utilizzarli quali criterio di cessione di un bene”*.

Costituitasi in giudizio, Italgas s.p.a. deduceva l’infondatezza dell’appello, chiedendo che fosse respinto.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all’udienza del 16 novembre 2023 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Oggetto del contendere, sul quale si incentra l’unico motivo di appello dedotto dal Comune di Venezia, sono i criteri mediante i quali definire il valore commerciale degli impianti e delle reti di proprietà pubblica (nella specie, comunale), in particolare la possibilità di valorizzarli – a RAB piuttosto che a VIR – laddove gli stessi debbano essere ceduti, a titolo oneroso, al gestore privato subentrante del servizio di distribuzione del gas.

L’amministrazione appellante contesta la conclusione raggiunta dal primo giudice, secondo cui *“L’art. 8, comma 3, del D.M. n. 226 del 2011 stabilisce che gli impianti e le reti del Comune devono essere valorizzati a RAB, ed è questa la regola alla quale l’Ente locale deve fare riferimento qualora scelga di cedere i cespiti”*, a suo avviso priva di reale fondamento giuridico e comunque assunta senza tenere in alcun

conto il contenuto specifico degli atti concessori alla base del servizio di distribuzione del gas naturale, affidato fin dal 1970 alla Società Veneziana Gas, cui è poi subentrata Italgas Reti s.p.a.

Obietta l'appellante che la disciplina data dall'art. 8, comma 3, del d.m. n. 226 del 2011 nulla avrebbe a che fare con la questione controversa, attenendo esclusivamente alla remunerazione spettante ai proprietari delle reti, diversi dal gestore, nel regime successivo alla gara d'ambito.

Per contro, a fronte di una evidente lacuna normativa – la questione qui dibattuta non essendo stata disciplinata espressamente dal legislatore, almeno per quanto riguarda il c.d. periodo transitorio dell'indizione della prima gara d'ambito – dovrebbe piuttosto farsi riferimento, per analogia di *ratio*, a quanto previsto dalla legge in ordine alla valorizzazione dei cespiti di proprietà del gestore uscente, allorché quello subentrante sia tenuto a riscattarli.

L'obiezione del Comune di Venezia merita accoglimento: l'art. 8, comma 3, del d.m. 12 novembre 2011, n. 226 (*Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222*), infatti, detta una norma di carattere speciale avente ad oggetto esclusivo l'importo che i nuovi gestori del servizio di distribuzione del gas devono corrispondere per l'utilizzo dei cespiti mantenuti in proprietà dagli enti locali.

In questi termini va infatti inteso il principio per cui *“Il gestore corrisponde annualmente agli Enti locali e alle società patrimoniali delle reti che risultino proprietarie di una parte degli impianti dell'ambito la remunerazione del relativo capitale investito netto che l'Autorità riconosce ai fini tariffari sulla base dei dati relativi alla parte di impianto di loro proprietà, che i proprietari stessi devono fornire al gestore, da inserire nella proposta tariffaria all'Autorità e a condizione che tale parte concorra quindi effettivamente all'ammontare del capitale investito netto di località riconosciuto dall'Autorità”*.

A tal punto, volendosi individuare una disposizione di legge astrattamente idonea ad integrare la lacuna normativa esistente in materia, appare più pertinente il ricorso, per analogia di *ratio* (come del resto fatto dal Comune di Venezia con il provvedimento *ab origine* impugnato), al comma 1-bis dell'art. 7 del medesimo decreto, concernente appunto il passaggio diretto della quota di rete di proprietà dell'ente locale dal gestore uscente al gestore subentrante, previo pagamento del VIR da parte di quest'ultimo al primo.

Ai sensi della norma da ultimo richiamata, *“Nel caso in cui vi sia una porzione di rete soggetta alle condizioni di cui all'articolo 5, comma 14, lettera b, l'Ente locale concedente può optare per il passaggio di proprietà di tale porzione di rete direttamente dal gestore uscente al gestore subentrante, previo pagamento da parte del gestore subentrante al gestore uscente del valore di rimborso di cui all'articolo 5, comma 14, lettera b e all'Ente locale concedente di una somma pari alla differenza*

tra il valore di rimborso calcolato secondo l'articolo 5, commi da 5 a 13, e il valore di rimborso di cui all'articolo 5, comma 14, lettera b [...]”.

Analogamente dispongono le disposizioni sull'acquisto delle reti e degli impianti dal gestore uscente, ossia gli artt. 14, comma 8, e 15, comma 5, del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, nonché il d.m. 22 maggio 2014 (“*Approvazione Linee Guida su criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale*”).

Non è invero dato comprendere la ragione giuridica (e prima ancora logica) per la quale – in assenza di una espressa presa di posizione del legislatore sul punto – oggetto di devoluzione onerosa a valore patrimoniale reale – ossia a VIR – potrebbero essere unicamente i beni di proprietà del gestore (privato) uscente e non anche quelli di proprietà dell'amministrazione.

In merito, neppure è decisivo l'argomento di Italgas Reti s.p.a. secondo cui l'ipotizzata diversità di regime giuridico trarrebbe fondamento dal fatto che i richiamati artt. 15, comma 5 e 14, comma 8 d.lgs. n. 164 del 2000, nonché gli artt. 5 e 7, comma 2 del d.m. n. 226 del 2011 espressamente prevedono solo nel caso di reti ed impianti di proprietà del gestore uscente l'obbligo che gli stessi vengano acquisiti dal gestore subentrante, a fronte del pagamento al primo del valore di rimborso (a VIR), laddove per i cespiti di proprietà dell'ente pubblico concedente non sarebbe espressamente previsto un analogo obbligo di cessione e riscatto.

Invero, la circostanza che un soggetto (il gestore uscente) sia *ex lege* obbligato a cedere in proprietà i propri cespiti indispensabili a gestire il servizio, laddove un tale obbligo non sussiste invece per l'amministrazione concedente (tenuta solamente a concederne l'uso – ai medesimi fini strumentali di cui sopra – ma non anche la titolarità) non è certo un elemento idoneo ad incidere – in negativo – sul valore di mercato di detti beni, la cui stima andrà comunque effettuata secondo le regole generali.

Né un tale effetto potrebbe sortire dall'astratta considerazione che i detti cespiti sarebbero stati originariamente acquisiti dal Comune a titolo gratuito, non potendo quindi parlarsi di un effettivo “depauperamento” patrimoniale nel caso in cui il valore degli stessi fosse determinato sulla base di un criterio diverso dalla VIR: invero, fermo restando quanto verrà successivamente detto circa l'inconferenza della RAB ai fini della valutazione di cui trattasi, un tale semplicistico argomento non terrebbe conto del reale assetto regolatorio derivante dall'atto di concessione intercorso sin dal 1970 tra il Comune di Venezia ed il gestore del servizio di distribuzione del gas (inizialmente la società Veneziana Gas s.p.a., poi seguita da Italgas Reti s.p.a.).

Dall'art. 7, comma primo, dell'atto di concessione si evince in particolare che il complesso dei cespiti costituenti la rete e gli impianti di distribuzione del gas nel territorio comunale non poteva essere considerato – ai fini che qui rilevano – in modo unitario, ma andava suddiviso in tre gruppi, in ragione del diverso regime a suo tempo concordato per il momento della cessazione del rapporto:

- 1) beni rientranti nel cd. “blocco A”, ossia cespiti costruiti prima del 31 maggio 2000, esclusi i rinnovamenti;
- 2) beni rientranti nel cd. “blocco B”, ossia cespiti costituenti rinnovamento dei beni costruiti prima del 31 maggio 2000;
- 3) beni rientranti nel cd. “blocco C”, ossia i cespiti realizzati dopo il 31 maggio 2000. Solo i beni rientranti nel “blocco A” (quelli su cui attualmente si verte) sarebbero passati gratuitamente in proprietà al Comune alla scadenza della concessione (originariamente fissata per il 31 maggio 2010), a differenza degli incrementi patrimoniali successivi al 30° anno, per i quali era previsto un rimborso al concessionario uscente, in applicazione di specifici criteri di ammortamento e rivalutazione.

Sempre all’art. 7 dell’atto di concessione si precisava che *“Le quote di ammortamento finanziario saranno calcolate secondo i criteri delle norme fiscali vigenti (così, ad esempio, per un impianto costruito al decimo anno, sarà stanziato ogni anno un trentesimo del suo valore; per un impianto costruito al ventesimo anno, sarà stanziato ogni anno un ventesimo del suo valore, e così via)”*, in tal modo dando alla concessionaria la possibilità di creare un fondo tale, anno dopo anno e sino al 2010, da pareggiare il valore del “blocco A” destinato al trasferimento al Comune in proprietà, come previsto dal primo comma dello stesso art. 7.

Tale operazione, peraltro, non era economicamente neutra per l’odierno appellante, risultando dagli atti che sino al 1995 ben il 36% di tale fondo era stato sostanzialmente versato dal Comune di Venezia, che aveva rinunciato ad incamerare i proventi utilizzati per costituirlo ed alimentarlo negli anni.

I beni ricompresi nei blocchi “B” e “C”, invece, erano di proprietà dell’odierna appellata Italgas s.p.a., gestore uscente.

Deve pertanto concludersi che i beni ricompresi nel “blocco A” rappresentassero, nel complessivo assetto del rapporto concessorio, uno strumento di compensazione economica spettante all’amministrazione per l’affidamento quarantennale (poi prorogato nel 1995 a 55 anni) del servizio di distribuzione gas alla società Veneziana Gas s.p.a.

Ciò premesso, deve escludersi, in termini generali, che la RAB (*Regulatory Asset Base - Capitale Investito netto Riconosciuto*) – ossia il valore del capitale investito netto calcolato sulla base delle regole definite per le aziende fornitrici di servizi sottoposti alla regolazione dell’ARERA al fine della determinazione dei ricavi di riferimento – possa costituire un parametro idoneo a determinare il valore di mercato dei cespiti di proprietà comunale ricadenti nel cd. blocco “A” (ossia i cespiti più risalenti, per i quali ragionevolmente non sono stati più effettuati investimenti recenti), avendo tutt’altra funzione economica: trattasi infatti di una grandezza di riferimento utilizzata per la determinazione dei ricavi annui – ossia del conto economico – di aziende operanti in settori regolati in regime di monopolio, che vengono remunerate – ad evitare pratiche abusive rese possibili dalla loro posizione dominante – sulla base di criteri predeterminati.

In particolare, per ogni investimento effettuato dalle aziende fornitrici di servizi regolati nell'ambito delle attività di concessione, l'Autorità di settore competente (ARERA) definisce un meccanismo di remunerazione basato su due principali parametri, ossia i costi di ammortamento degli investimenti effettuati (calcolati a partire dal valore degli investimenti, progressivamente rivalutati per tenere conto dell'inflazione, diviso per il numero di anni di vita utile dei beni) ed il rendimento degli investimenti, calcolato a partire dal capitale investito netto o RAB e pari alla differenza fra l'investimento iniziale e gli ammortamenti cumulati, moltiplicato per il costo medio ponderato del capitale (*Weighted Average Cost of Capital*) periodicamente indicato dall'Autorità di regolazione per tipologia di servizio.

In ragione di ciò, è corretta l'obiezione dell'appellante Comune secondo cui la valorizzazione a RAB di reti ed impianti di sua proprietà per il caso di riscatto da parte del gestore entrante sarebbe del tutto incoerente, atteso che la somma di euro 9.607.340,00 – proposto da Italgas Reti s.p.a. quale valore di cessione dal blocco "A" – si otterrebbe sottraendo dall'importo di euro 26.769.433,00 (corrispondente alla valorizzazione delle immobilizzazioni nette relative ai suddetti cespiti, costituenti lo storico degli investimenti rivalutato e degradato) il valore residuo dei contributi pubblici (pari ad euro 273.359,00) e di quelli privati (pari ad euro 16.888.734,00) percepiti dalla stessa Italgas (e non già dal Comune) in qualità di gestore uscente: non avrebbe infatti alcuna giustificazione logica – né economica – la scelta di determinare il valore reale delle reti di proprietà comunale detraendo dall'importo iniziale i contributi percepiti da un soggetto terzo – ossia il gestore uscente – nell'esercizio di una attività da questi svolta, in ultima analisi, per perseguire il proprio lucro privato.

Le considerazioni sopra esposte sono state infine formalizzate nella previsione (ancorché non direttamente applicabile, *ratione temporis*, alla vicenda controversa, ma dall'evidente natura ricognitiva) di cui all'art. 6 l. 5 agosto 2022, n. 118 (*"Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021"*), a mente del quale "[...] a) le disposizioni di cui all'articolo 14, comma 8, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, si applicano anche ai casi di trasferimento di proprietà di impianti da un ente locale al nuovo gestore subentrante all'atto della gara di affidamento del servizio di distribuzione;

b) qualora un ente locale o una società patrimoniale delle reti, in occasione delle gare di affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, intenda alienare le reti e gli impianti di distribuzione e di misura di sua titolarità, detti reti e impianti sono valutati secondo il valore industriale residuo [...]"

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque accolto, con conseguente reiezione dell'introduttivo ricorso proposto da Italgas Reti s.p.a.

Le spese del doppio grado di giudizio, liquidate come da dispositivo e compensate tra le parti nella misura del 50%, in ragione della novità delle questioni esaminate, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto respingendo, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso originariamente proposto da Italgas Reti s.p.a.

Condanna quest'ultima al pagamento, in favore dell'appellante Comune di Venezia, delle spese di lite del doppio grado di giudizio, per un totale effettivo di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre Iva a Cpa come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Antonino Masaracchia, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO