

Pubblicato il 03/05/2022

N. 00337/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00681/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria
(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 681 del 2021, proposto da Italgas Reti S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Todarello, Andrea Conforto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Chiavari, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Sebastiano Capotorto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del “bando di gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale di Genova 2 – Provincia” e dei relativi allegati, pubblicato in GUUE il 04.08.2021;
- di tutta la documentazione di gara richiamata all'art. 7 del bando di gara e in particolare dell'Allegato B – Dati Significativi Impianti – e dell'Allegato E – Disciplinare di gara; nonché di ogni altro atto preordinato, conseguente e/o connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Chiavari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2022 il dott. Alessandro Enrico Basilico e viste le conclusioni delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il 04.08.2021, il Comune di Chiavari ha pubblicato, sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e sul proprio sito istituzionale, il bando per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale minimo-ATEM di "Genova 2 – Provincia", per una durata di 12 anni non rinnovabili.

Il termine per la presentazione delle offerte era fissato al 31.03.2022.

2. La ricorrente, gestore uscente del servizio, ha impugnato il bando dinanzi a questo TAR.

3. Si è costituito il Comune, resistendo all'impugnativa.

4. Nel corso del giudizio, le parti hanno depositato documenti e scritti difensivi, approfondendo le rispettive tesi.

5. All'udienza pubblica del 22.04.2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. I primi due motivi possono essere trattati congiuntamente, in quanto riguardano entrambi, sia pure da prospettive differenti, la problematica della determinazione e dell'aggiornamento del valore di rimborso-VIR, ossia della somma che il nuovo gestore è tenuto a corrispondere a quello uscente a fronte del trasferimento della proprietà degli impianti, somma che viene poi assunta dall'ARERA quale elemento per la determinazione della tariffa da applicare agli utenti.

7. Con il primo motivo, si deduce: violazione e falsa applicazione dell'art. 15 del d.lgs. n. 164 del 2000, dell'art. 23 del d.lgs. n. 93 del 2011, dell'art. 5 del d.m. n. 226 del 2011, della delibera dell'ARERA n. 905/2017/R/GAS; eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà, indeterminatezza.

In particolare, la ricorrente censura il bando nella parte in cui ha assunto come momento di riferimento per la determinazione del VIR la data del 31.12.2019, nonostante l'ARERA, con delibera n. 536/2019/R/gas del 17.12.2019, avesse reso il proprio parere sull'idoneità ai fini tariffari del VIR definito alla data del 31.12.2017.

Il Comune, dal canto suo, sostiene che il VIR indicato nel bando costituisca un mero aggiornamento di quello su cui si era espressa l'ARERA e che quindi non fosse necessario un nuovo parere dell'Autorità.

8. Con il secondo motivo, si deduce: violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 164 del 2000, delle "Linee guida" di cui al d.m. 22.05.2015; eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà, indeterminatezza.

Secondo la ricorrente, il bando ometterebbe illegittimamente di determinare i criteri e le modalità per l'aggiornamento del valore di rimborso alla data di effettivo subentro dell'aggiudicatario nella gestione.

Al contrario, secondo il Comune, non sarebbe necessario indicare tali criteri, in quanto corrisponderebbe a un dato di esperienza il fatto che i gestori uscenti reinvestano negli impianti somme tali da compensare la quota di ammortamento, così da conservare la remunerazione tariffaria loro spettante, con la conseguenza che, prima del subentro, non vi sarebbero variazioni significative del VIR.

9. I motivi sono fondati.

10. Occorre rammentare che l'obbligo del nuovo gestore di corrispondere a quello uscente una somma pari al valore degli impianti di cui acquisisce la proprietà è stabilito dal co. 8 dell'art. 14 del d.lgs. n. 164 del 2000 e che il successivo co. 9 precisa che tali oneri sono indicati nel bando di gara, stimando il valore di rimborso delle immobilizzazioni previste dopo l'emissione del bando con modalità riportate nella stessa *lex specialis*.

Sempre il d.lgs. n. 164 del 2000, all'art. 15, co. 5, stabilisce che, qualora il valore di rimborso sia maggiore del 10% del valore delle immobilizzazioni nette di località calcolate nella regolazione tariffaria, l'Ente locale concedente trasmette le valutazioni di dettaglio del valore di rimborso all'ARERA per la verifica prima della pubblicazione del bando di gara e tiene conto delle eventuali osservazioni dell'Autorità ai fini della determinazione del valore di rimborso da inserire nel bando di gara.

Il parere dell'ARERA è previsto in considerazione del fatto che, ai sensi dell'art. 24, co. 3, del d.lgs. n. 93 del 2011, l'ammortamento della

differenza tra il valore di rimborso e il valore delle immobilizzazioni nette viene poi riconosciuto in tariffa dalla stessa Autorità.

Infine, ai sensi delle linee guida del MISE approvate con d.m. del 22.05.2014, «successivamente alla gara, al subentro nella gestione da parte dell'aggiudicatario della gara d'ambito, il valore di rimborso è aggiornato come specificato nel bando di gara, sulla base delle variazioni patrimoniali intervenute tra la data di riferimento della valutazione del valore di rimborso per la pubblicazione del bando di gara e il momento del subentro del servizio».

Dal quadro normativo sopra descritto deriva che **l'Ente deve stabilire il VIR e comunicarlo all'ARERA, la quale può esprimere delle osservazioni di cui lo stesso Ente deve tenere conto nell'indicare poi il VIR nel bando**, nel quale deve altresì specificare le modalità per il suo aggiornamento al momento del subentro nella gestione.

11. Nella specie, il bando è dunque illegittimo per le due ragioni poste in luce dalla ricorrente.

In primo luogo, perché **il VIR indicato nel bando non è quello su cui si è espressa l'ARERA; a tal fine, non rileva la questione circa la necessità di calcolare il VIR sulla base dei dati dell'anno precedente a quello di pubblicazione del bando oppure circa la possibilità di prendere a riferimento dati risalenti ad anni precedenti: nella specie, infatti, il problema non è tanto che sia stato adottato un VIR calcolato nel 2017, quanto piuttosto il fatto che sia stato adottato un VIR su cui l'ARERA non si è potuta esprimere.**

In secondo luogo, perché il bando non indica le modalità per l'aggiornamento del VIR; a tal proposito, non risulta convincente la supposizione del Comune secondo cui prima del subentro non vi sarebbero variazioni del VIR, perché tale ipotesi dovrebbe essere verificata in concreto, proprio sulla base di criteri per l'aggiornamento posti a monte dallo stesso Ente.

12. **Con il terzo motivo**, si deduce: violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 9 del d.m. n. 226 del 2011, dell'allegato B al bando di gara tipo; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, indeterminatezza.

In particolare, **la ricorrente lamenta che il bando non abbia fornito informazioni sul numero di punti di riconsegna e sui volumi di gas distribuiti nell'anno 2020.**

Invece, secondo il Comune, dati i tempi di predisposizione dei documenti di gara (influenzati anche dalla necessità di acquisire una serie d'informazioni dai gestori uscenti), sarebbe praticamente impossibile fornire dati aggiornati all'anno precedente a quello di pubblicazione del bando, circostanza che renderebbe legittima una *lex specialis* che facesse riferimento a dati più risalenti nel tempo, purché riferiti tutti alla stessa data, secondo un principio di "coerenza temporale", emergente dalle linee guida approvate con d.m. 22.05.2014 e giustificato dal fatto che, una volta scaduta la concessione, i gestori uscenti non intraprendono interventi straordinari e, di conseguenza, i valori risultano sostanzialmente immutati di anno in anno.

13. **Il motivo è fondato.**

Il regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, adottato con d.m. n. 226 del 2011, all'art. 4, co. 1, lett. e), stabilisce che i gestori hanno l'obbligo di fornire all'Ente locale concedente «il numero di punti di riconsegna e i volumi distribuiti riferiti ai tre anni precedenti, oltre che alle caratteristiche medie degli allacciamenti»; tali dati devono poi essere indicati, quali informazioni specifiche per ogni Comune servito, negli allegati al bando di gara, ai sensi dell'art. 9, co. 6, lett. a), del medesimo decreto e, coerentemente, il bando di gara tipo, allegato al d.m. n. 226 del 2011, richiede la specificazione dei punti di riconsegna attivi alla data del 31 dicembre e dei volumi di gas distribuiti «per i tre anni precedenti la pubblicazione del bando di gara».

La normativa è dunque chiara nel prevedere che il bando indichi le informazioni in questione con riferimento ai tre anni precedenti, senza che in essa possa trovare fondamento la tesi del Comune secondo cui si potrebbe prendere in considerazione anche un triennio diverso a condizione di mantenere una "coerenza temporale" tra i vari dati; né a tal fine possono rilevare le linee guida approvate con d.m. 22.05.2014, le quali riguardano le modalità operative da seguire nella definizione del VIR e non le informazioni relative ai punti di riconsegna e i volumi distribuiti.

14. **Con il quarto motivo**, si deduce: violazione del paragrafo n. 2 del disciplinare di gara dell'art. 15, co. 8, del d.m. n. 226 del 2011; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, indeterminatezza.

In particolare, la ricorrente lamenta che il Comune non abbia pubblicato il prezzario sulla cui base dovrebbero essere valutati gli investimenti materiali contemplati nel piano industriale.

15. Tuttavia, Italgas ha perso interesse a coltivare la censura, come ammesso dalla stessa società (p. 5 della memoria del 06.04.2022) dopo che il Comune ha pubblicato i chiarimenti resi in risposta ai quesiti delle imprese interessate a partecipare alla gara, specificando che, per la valutazione degli interventi proposti, si applicherà il prezzario della Regione Liguria in vigore al 2020 e, per le voci di prezzo in esso non contemplate, le linee guida del 22.05.2014.

16. Con il quinto motivo, si deduce: violazione e falsa applicazione degli artt. 3, co. 1, e 97, co. 2, Cost., dei principi di proporzionalità e parità di trattamento di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 13, co. 4, del d.m. n. 226 del 2011; eccesso di potere per manifesta illogicità e irragionevolezza, difetto d'istruttoria e travisamento dei fatti.

In particolare, la ricorrente denuncia l'omessa indicazione di un limite massimo ai metri di rete per cliente che la concessionaria s'impegna a realizzare, oltre a quelle previste nel piano di sviluppo della rete, così da consentire condotte distorsive da parte dei concorrenti, i quali, sfruttando il carattere proporzionale della formula per l'attribuzione dei punteggi (in forza della quale il punteggio viene attribuito in proporzione alla differenza tra il primo e il secondo miglior valore offerto), potrebbero offrire un'estensione particolarmente elevata, facendo ottenere agli avversari punteggi eccessivamente bassi.

Secondo il Comune, invece, l'assenza di un limite sarebbe legittima in quanto finalizzata a favorire la massima concorrenza tra gli operatori, consentendo a questi la formulazione di offerte al rialzo.

17. Il motivo è infondato.

L'art. 13 del d.m. n. 226 del 2011 include tra le condizioni economiche oggetto di gara l'indicazione dei metri di rete per cliente per cui il distributore si impegna a realizzare, in Comuni già "metanizzati", estensioni successive non previste nel piano di sviluppo degli impianti, qualora gli Enti locali e la stazione appaltante ne ravvisino la necessità. A tal proposito, la disposizione, al co. 4, stabilisce che «qualora [...] una lunghezza eccessiva dell'estensione di rete comporti un importo troppo grande da incidere significativamente sulla redditività economica finanziaria dell'impresa, a potenziale discapito della qualità del servizio

e della sicurezza, o sia ritenuto tale da dar luogo a richieste di prestazioni inutili da parte dei clienti, la stazione appaltante stabilisce una soglia [...] alla lunghezza dell'estensione di rete, al di sopra della quale il punteggio non aumenta».

Dalla norma si evince dunque che la fissazione di un limite massimo per le offerte di estensione della rete non è obbligatorio, ma è rimessa a una valutazione discrezionale dell'Amministrazione circa i pericoli per la redditività dell'impresa e, di conseguenza, per la qualità o la sicurezza del servizio ovvero circa la sua utilità.

Nella specie, la scelta del Comune di non prevedere tale limite non pare irragionevole, anche in considerazione del “peso” relativamente circoscritto del criterio in questione, tale da scongiurare offerte al rialzo eccessive (si tratta infatti di soli 2 punti su 100).

18. La fondatezza dei primi tre motivi comporta comunque l'annullamento degli atti impugnati.

19. La particolare complessità della controversia giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati; compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Liliana Felletti, Referendario

Alessandro Enrico Basilico, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Alessandro Enrico Basilico

IL PRESIDENTE

Giuseppe Caruso