



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

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 7890 del 2009, proposto da Gas Plus Reti S.r.l. (Gia' Bagnolo Gas Spa) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto nello studio dello stesso in Roma, via del Mascherino 72;

contro

Comune di Orzinuovi in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Rolfo e Piermario Strapparava, con domicilio eletto presso Paolo Rolfo in Roma, via Appia Nuova 96;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA,
SEZIONE II° n. 01503/2009 01503/2009 ;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Orzinuovi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2010 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Zoppolato e Rolfo;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Viene in applicazione nel caso in esame la interpretazione del d.lgs. 23 maggio 2000 n°164 che, in esecuzione di direttive della Unione europea, ha inteso sancire una graduale apertura alla concorrenza del settore della distribuzione del gas naturale prevedendo, tra l'altro, all'articolo 15 co.5 e co.9, che tutti gli affidamenti e le concessioni in essere non attribuiti mediante gara, possano proseguire al massimo sino alla scadenza di un periodo fissato in modo uniforme dalla stessa legge, detto "periodo transitorio", stabilendo poi che successivamente a detta scadenza l'ente locale interessato debba affidare il servizio mediante pubblica gara . Il Comune di Orzinuovi, sul rilievo che la concessione di cui è titolare la Gas Plus Reti non era stata affidata mediante gara, con la delibera consiliare impugnata in primo grado, n.74 del 4 novembre 2005, volendo adeguarsi alle disposizioni del decreto legislativo, dava atto nei confronti della Gas Plus Reti della scadenza al 31 dicembre 2005 della concessione, dall'altro avviava le operazioni per l'affidamento del servizio mediante procedura di gara ad evidenza pubblica.

2. Il primo giudice ha concordato con quanto ritenuto dalla amministrazione comunale e ha affermato che la concessione di cui è titolare la appellante non poteva considerarsi attribuita mediante gara ai sensi del suddetto art. 15 co. 9 del decreto legislativo 164/2000.

Quanto agli altri motivi, il TAR riteneva la non applicabilità dell'art. 23 co. 1 del d.l. n.273 del 2005 convertito nella legge 23 febbraio 2006 n.51, che non opererebbe sui rapporti rispetto ai quali l'Ente concedente era già intervenuto nel vigore della precedente normativa incidendo su di essi. Il caso in esame infatti

doveva essere regolato esclusivamente sulla base della disciplina anteriore alla entrata in vigore del suddetto decreto legge e dunque sulla base dell'articolo 15 co. 5 del decreto legislativo n.164/2000 .

La disciplina posta dal sopradetto d.l. n.273 del 2005 andrebbe comunque disapplicata per contrasto con le norme dell'ordinamento comunitario .

Nemmeno potrebbe trovare applicazione, secondo il primo giudice, l'art.1 co. 69 della legge 23 agosto 2004 n.239 invocata dalla ricorrente che ha sostenuto che essa avrebbe di imperio prorogato al 31 dicembre 2007 la scadenza ordinaria del periodo transitorio. Infatti tale normativa non avrebbe abrogato il co. 7 dell'art. 15 del decreto legislativo 164/2000 e quindi non avrebbe inteso prorogare il periodo transitorio, ma semplicemente stabilire che esso, pur in presenza di proroghe, non potesse protrarsi oltre il 31 dicembre 2007.

3. Con il primo motivo si duole la appellante della erroneità della sentenza atteso che la procedura negoziata in questione *ab origine* era stata esperita a seguito di gara andata deserta, ipotesi questa che la normativa, sia interna che comunitaria, equiparerebbe ad una procedura aperta e ristretta e che era tale da assicurare la trasparenza, la concorrenza e l'imparzialità della scelta del contraente costituendo a tutti gli effetti una procedura concorsuale: al riguardo la deducente richiama, proprio per gli appalti affidati nel settore della distribuzione del gas, il decreto legislativo n. 158/1995 e la direttiva 93/38 nonché la direttiva CE/2004/17.

Quanto poi agli atti aggiuntivi che hanno prodotto un rinvio della scadenza originariamente fissata, osserva la appellante che, a norma dell'articolo 15 co. 9, l'unico discrimine è la durata delle concessioni in ragione del momento dell'originario affidamento, nulla disponendo in merito ad eventuali rettifiche della durata originaria. Costituisce infatti principio pacifico quello secondo cui la proroga del termine finale di una concessione pubblica la quale intervenga prima

della scadenza del termine finale spostata solo in avanti la scadenza del rapporto il quale resta comunque regolato dalla sua fonte originaria.

4. La Sezione ritiene che il motivo non meriti accoglimento.

Come esattamente ritenuto dal primo giudice, deve infatti escludersi che sia stato attribuito mediante gara l'originario affidamento disposto con la deliberazione di Giunta del Comune di Orzinuovi 21 aprile 1967 n°78, con la deliberazione di Consiglio 24 giugno 1967 n°23 e il conseguente atto repertorio n.283 del 12 marzo 1968 e ciò in base al concetto di trattativa privata che gli atti in parola richiamano.

La trattativa privata, infatti è definita dall'art. 92 r.d. 23 maggio 1924 n°827 come quel tipo di contrattazione pubblica che ha luogo allorché “dopo aver interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con una di esse”; con l'effetto quindi che la circostanza che, al tempo, per attribuire la concessione di che trattasi, si fossero interpellate otto ditte, non è sufficiente per affermare che il Comune abbia svolto effettivamente una gara da intendersi come comparazione concorrenziale delle offerte in base a criteri predeterminati.

Si aggiunga poi che risultano attribuite con affidamento diretto tutte le successive proroghe del servizio con le quali nel corso degli anni si è proceduto da parte del Comune ad una radicale revisione e modificazione delle norme contrattuali originarie ampliando l'oggetto del contratto quanto all'aspetto dimensionale delle reti ed alla introduzione di nuovi meccanismi di remunerazione degli investimenti eseguiti e che quindi non appaiono configurabili come semplici proroghe.

In ogni caso non assume alcun rilievo il fatto che non vi sia o meno rinnovo della originaria concessione alle medesime condizioni originarie.

Il punto dirimente infatti, alla stregua della disposizione invocata di cui al co.9 del ripetuto art. 15, è se la originaria concessione è stata o meno attribuita mediante gara.

Dovendosi ritenere che la gara in esame sia mancata, tutte le considerazioni svolte dalla società appellante sulla natura delle proroghe non possono che ritenersi inconferenti.

5. Con il secondo e terzo motivo del ricorso in prime cure Gas Plus ha sostenuto, tra l'altro, che quand'anche non si fosse ritenuto applicabile l'art. 15 co. 9 del d.lgs. 164/2000 e quindi non potesse riconoscersi la scadenza legale del 31.12.2012, nondimeno la concessione di gas non avrebbe avuto la scadenza del 31.12.2005 come ritenuto dal Comune nella delibera appellata, ma quanto meno quella del 31.12.2007.

La doglianza merita accoglimento.

Nel dicembre 2005 è intervenuto il decreto legge n.273 del 2005 il quale al co.1 dell'art. 23 ha disposto che il termine del periodo transitorio previsto dall'articolo 15 co. 5 è prorogato in via generale sino al 31 dicembre 2007 ed è automaticamente prolungato fino al 31 dicembre 2009 qualora si verifichi almeno una delle condizioni indicate al co. 7 del medesimo articolo 15.

Erroneo appare quindi il convincimento del primo giudice che poiché la delibera impugnata è del 4 novembre 2005, occorrerebbe, per determinare la scadenza della concessione, fare riferimento esclusivamente alle norme vigenti alla data della delibera medesima secondo il principio del *tempus regit actum*.

Deve al riguardo rilevarsi che la deliberazione consiliare del Comune di Orzinuovi ha ritenuto che la concessione venisse a scadenza al 31 dicembre 2005. A tale data, coincidente con la entrata in vigore del d.l. 30.12.2005, la concessione doveva considerarsi ancora in essere e soggetta alla applicazione automatica della disposizione posta dall'art.23.

La proroga in tale caso trova fonte esclusiva nella legge e si sovrappone integralmente al provvedimento della amministrazione alla quale residua una mera competenza ricognitiva venendo chiamata a verificare la sussistenza o meno dei

requisiti e delle condizioni indicate dalla legge ivi comprese quelle poste dal co. 7 del medesimo articolo 15.

Si aggiunga ancora che la normativa comunitaria, secondo la Corte di Giustizia, non osta a che la normativa nazionale preveda il prolungamento della durata del periodo transitorio per la cessazione anticipata di una concessione di distribuzione del gas naturale purché tale proroga possa essere considerata necessaria (tale, osserva la Sezione, è la prospettiva sottostante alla previsione legislativa di un periodo transitorio) a permettere di sciogliere i rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico (cfr. Corte giustizia CE, sez. II, 17 luglio 2008 , n. 347).

La pronuncia della Corte risolve quindi il dubbio sulla compatibilità della normativa comunitaria con la normativa nazionale e la previsione in questa ultima di un periodo transitorio riconoscendo ai vari soggetti interessati un periodo di tempo adeguato per ammortizzare gli effetti negativi derivanti dalla risoluzione dei rapporti concessori in essere e per predisporre gli atti di gare ad evidenza pubblica.

5. L'accoglimento del motivo assorbe ogni questione relativa alla richiesta di indennizzo risultando peraltro che la appellante ha continuato a gestire il servizio anche dopo il 31.12.2005 ed, in virtù di ordinanza cautelare della Sezione, a tutt'oggi.

Residua peraltro in capo al Comune, in contraddittorio con la impresa, la ricognizione delle due condizioni che secondo l'appellante determinano il differimento della scadenza legale delle concessioni al 31.12.2009: capitale privato superiore al 40% e realizzazione di una fusione societaria all'esito della quale risulta distribuito un quantitativo di gas naturale superiore ai cento milioni di metri cubi all'anno.

6. In conclusione l'appello nei termini sopra esposti merita accoglimento per quanto di ragione e per l'effetto la sentenza del primo giudice deve essere

riformata, il ricorso di primo grado accolto salvi gli ulteriori provvedimenti della amministrazione.

7. Spese ed onorari dei due gradi in relazione alla peculiarità della fattispecie possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, quinta Sezione, definitivamente decidendo, accoglie in parte l'appello e il ricorso in primo grado, come in motivazione.

Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/07/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione