

N. 03555/2014 REG.PROV.COLL.
N. 02716/2012 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 il Lazio
(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2716 del 2012, proposto da
COMUNE DI CASERTA, in persona del Sindaco p.t., elettivamente
domiciliato in Roma, piazza Mazzini n. 27 presso lo studio dell'avv.
Sebastiano Capotorto che lo rappresenta e difende nel presente giudizio

contro

- MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, in persona del
Ministro p.t., domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12 presso la
Sede dell'Avvocatura Generale dello Stato che ex lege lo rappresenta e
difende nel presente giudizio;
- MINISTERO PER I RAPPORTI CON LE REGIONI E LA
COESIONE TERRITORIALE, in persona del Ministro p.t.,
domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12 presso la Sede
dell'Avvocatura Generale dello Stato che ex lege lo rappresenta e
difende nel presente giudizio;
- AUTORITA' GARANTE PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL

GAS, in persona del legale rappresentante p.t., domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12 presso la Sede dell'Avvocatura Generale dello Stato che ex lege la rappresenta e difende nel presente giudizio;

- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, nella qualità di Presidente della Conferenza Unificata di cui all'art. 8 d. lgs. n. 281/97, in persona del Presidente p.t. – non costituita in giudizio;

nei confronti di

ITALGAS S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t. – non costituita in giudizio

per l'annullamento

del decreto ministeriale n. 226 del 12 novembre 2011, emanato dal Ministero dello sviluppo economico ed avente ad oggetto il “regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'art. 46 bis del decreto legge 1 ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222”;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei Ministeri dello sviluppo economico e per i rapporti con le Regioni e la coesione territoriale e dell'Autorita' per l'energia elettrica e il gas;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2014 il dott. Michelangelo Francavilla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso spedito per la notifica a mezzo posta il 27/03/12 e depositato il 12/04/12 il Comune di Caserta ha impugnato il decreto ministeriale n. 226 del 12 novembre 2011, emanato dal Ministero dello sviluppo economico ed avente ad oggetto il “regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell’offerta per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, in attuazione dell’art. 46 bis del decreto legge 1 ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222”.

I Ministeri dello sviluppo economico e per i rapporti con le Regioni e la coesione territoriale e l’Autorità garante per l’energia elettrica ed il gas, costituitisi in giudizio con comparsa depositata il 23 aprile 2012, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

All’udienza pubblica del 27 febbraio 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è solo parzialmente fondato e, nei limiti di quanto in prosieguo specificato, merita accoglimento.

Il Comune di Caserta impugna il decreto ministeriale n. 226 del 12 novembre 2011, emanato dal Ministero dello sviluppo economico ed avente ad oggetto il “regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell’offerta per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, in attuazione dell’art. 46 bis del decreto legge 1 ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222”.

Con la prima censura il ricorrente prospetta l’illegittimità del decreto ministeriale che, in violazione dei limiti presenti nella delega conferita dall’art. 46 bis d. l. n. 159/2007, avrebbe inciso su fondamentali aspetti organizzativi degli enti locali privandoli, tra l’altro, delle competenze in

materia di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo sulle attività di distribuzione del gas loro riconosciute dalla normativa vigente.

In particolare il ricorrente deduce che:

- a) l'art. 2 prevede l'obbligo dell'ente capofila di trasmettere alla Regione una relazione sulla situazione e le attività svolte e di svolgere la funzione di controparte del contratto di servizio coadiuvata da un comitato di monitoraggio di 15 membri costituito dai rappresentanti degli enti locali appartenenti all'ambito; gli altri enti locali entro sei mesi devono trasmettere alla stazione appaltante la documentazione necessaria per la preparazione del bando. Le disposizioni in esame sarebbero illegittime perché limiterebbero le "autonome facoltà di scelta degli enti interessati, e tanto più irrazionali in quanto – di norma – gli ambiti comprendono un numero di Comuni ben superiore a quindici" (pag. 13 del ricorso);
- b) l'art. 2 comma 7, nel prevedere la risoluzione del contratto di affidamento "in caso di gravi e reiterate inadempienze al contratto di servizio", deliberata dalla maggioranza dei Comuni appartenenti all'ambito ponderata in funzione del numero delle utenze di gas servite in ciascun Comune, modificherebbe con una disposizione di rango non legislativo la normativa contrattuale di diritto comune (artt. 1453 e ss. c.c.);
- c) l'art. 3 stabilisce che nel primo periodo di applicazione della normativa, nel caso di specifici inadempimenti degli enti locali (mancata identificazione della stazione appaltante od omessa pubblicazione del bando di gara), provveda, in via sostitutiva, la Regione previa diffida. La disposizione sarebbe violativa del principio di legalità in quanto, senza alcun idoneo fondamento normativo, introdurrebbe sanzioni nei confronti di enti la cui autonomia sarebbe costituzionalmente tutelata;
- d) anche l'art. 5 del decreto (che stabilisce il valore di rimborso ai titolari

degli affidamenti e delle concessioni cessanti) usurperebbe l'autonomia negoziale delle parti ed oltrepasserebbe i limiti presenti nella legge delega;

e) l'art. 7, laddove al comma 2 stabilisce che nei casi in cui la concessione non preveda, a fine affidamento, la devoluzione gratuita di una porzione di impianto e in “di quelli in cui la proprietà dell'impianto era già dell'Ente locale concedente o di una società patrimoniale delle reti, il gestore uscente cede la proprietà della propria porzione di impianto al gestore subentrante, previo pagamento da parte di questo ultimo del valore di rimborso di cui all'articolo 5 o 6”, costituirebbe un'illegittima intromissione negli aspetti civilistici del rapporto disciplinando autoritativamente la proprietà degli impianti ed il contenuto del corrispettivo.

Il motivo è fondato nei soli limiti di quanto in prosieguo specificato.

L'art. 14 comma 1° d. lgs. n. 164/2000 stabilisce che “l'attività di distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico. Il servizio è affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni. Gli enti locali che affidano il servizio, anche in forma associata, svolgono attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo sulle attività di distribuzione, ed i loro rapporti con il gestore del servizio sono regolati da appositi contratti di servizio”.

Secondo l'art. 46 bis del decreto legge n. 159/2007, convertito con modificazioni dalla legge n. 222/2007, “al fine di garantire al settore della distribuzione di gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali, i Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, sentita la Conferenza unificata e su parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, individuano entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del

presente decreto i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas previsto dall'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, tenendo conto in maniera adeguata, oltre che delle condizioni economiche offerte, e in particolare di quelle a vantaggio dei consumatori, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti.

2. I Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e sentita la Conferenza unificata, determinano gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, a partire da quelli tariffari, secondo l'identificazione di bacini ottimali di utenza, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi, e determinano misure per l'incentivazione delle relative operazioni di aggregazione”.

Il sistema di affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale sulla base degli ambiti territoriali è stato, in prosieguo, confermato dagli artt. 30 c. 26 l. n. 99/2009, 24 d. lgs. n. 93/2011, 25 d. l. n. 1/2012, 37 d. l. n. 83/2012 e 4 d. l. n. 69/2013.

In ordine alla compatibilità di tale disciplina con le competenze che la Costituzione riconosce alle Regioni e agli altri enti locali, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 134/2013 ha avuto modo di affermare che “non sembra dubitabile che, nel novero delle misure idonee a realizzare un'organizzazione concorrenziale ed efficiente del mercato interno della distribuzione di gas naturale, debba essere inserita l'attuazione del sistema di affidamento per bacini ottimali di utenza. Questa Corte, con la sentenza n. 325 del 2010, ha già evidenziato, sul piano generale, che la disciplina concernente le modalità di affidamento

della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica va ricondotta all'ambito della tutela della concorrenza, «tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato».

Da quanto fin qui evidenziato emerge, pertanto, che la disciplina della gestione degli affidamenti del servizio di distribuzione del gas per ambiti territoriali rientra nell'ambito della "tutela della concorrenza" e, quindi, della potestà legislativa esclusiva dello Stato, quale desumibile dall'art. 117 Cost., ed è coerente con i poteri riconosciuti, in materia, agli enti locali dall'art. 14 l. n. 164/2000 in quanto l'ambito costituisce solo il parametro territoriale cui riferire l'affidamento del servizio di distribuzione del gas la cui gestione continua a permanere in capo agli enti locali.

In questo contesto deve essere inquadrato l'art. 46 bis d. l. n. 159/2007 che attribuisce ai Ministeri dello sviluppo economico e delle Regioni e della coesione territoriale il compito di individuare "i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas previsto dall'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, tenendo conto in maniera adeguata, oltre che delle condizioni economiche offerte, e in particolare di quelle a vantaggio dei consumatori, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti".

Dalla disposizione in esame, che parla di "criteri di gara e di valutazione dell'offerta" nonché di "condizioni economiche offerte" si evince che l'ambito della delega riguarda non solo le modalità della gara ma anche il contenuto del rapporto contrattuale conseguente all'affidamento come risulta dall'inequivoco riferimento alle "condizioni economiche offerte" e dal vincolo di necessaria strumentalità tra i criteri di valutazione delle

offerte ed ulteriori obiettivi (vantaggio dei consumatori, standard qualitativi e di sicurezza del servizio, piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti) che, in base alla legge, il decreto ministeriale è vincolato a perseguire e la cui attuazione comporta la possibilità di prevedere, in via autoritativa, limiti al contenuto del contratto di servizio.

L'ambito della delega, poi, non può non estendersi a tutte le disposizioni organizzative, anche propedeutiche all'indizione della procedura comparativa, che garantiscono, in concreto, l'affidamento del servizio per ambiti come si evince dal richiamo generico ai "criteri di gara" che è aggiuntivo rispetto ai criteri "di valutazione dell'offerta".

Ciò premesso, e passando all'esame specifico dei profili d'illegittimità prospettati nella prima censura, il Tribunale ritiene che:

- l'art. 2, nel prevedere obblighi informativi e di trasmissione documentale propedeutici alla gara rientra, sulla base di quanto in precedenza evidenziato, nell'ambito della delega. Legittima, inoltre, è la previsione di un'unica controparte nella gestione del contratto di servizio, in quanto funzionale ad un regolare svolgimento del rapporto; la disposizione, per altro, fa salva l'individuazione da parte degli enti locali di un diverso soggetto e, quindi, è del tutto rispettosa dell'autonomia degli stessi. Corretta è, altresì, la previsione di un comitato di monitoraggio costituito da un massimo di 15 membri, in quanto la limitazione di tale numero (rispetto a quello dei Comuni partecipanti all'ambito) assicura una migliore funzionalità dell'organo fermo restando, come ha osservato la difesa erariale nella memoria di costituzione, che ciascun Comune è titolare di un'autonoma potestà di vigilanza in relazione all'esecuzione del contratto di servizio nel proprio territorio;

- l'art. 3, nel prevedere l'intervento sostitutivo della Regione nel caso delle inadempienze ivi indicate degli enti locali, risulta attuativo dell'art. 14 comma 7 della legge n. 164/00 di talchè nella fattispecie non è ipotizzabile alcuna violazione, da parte della norma secondaria, dell'autonomia degli enti stessi. Solo per esigenza di completezza va rilevato che la previsione di tale meccanismo sostitutivo è coerente il disposto dell'art. 120 comma 2° della Costituzione e mira a garantire l'effettività delle competenze statali in materia di tutela della concorrenza, riconosciute esplicitamente dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 134/2013;

- l'art. 5, laddove disciplina il valore di rimborso al gestore uscente nel primo periodo, non esula dall'ambito della delega (avente ad oggetto i "criteri di gara e di valutazione delle offerte"), dal momento che, secondo quanto previsto esplicitamente dall'art. 14 comma 9 della legge n. 164/2000, come modificato dall'art. 23 d. lgs. n. 23/2011, il valore di rimborso è uno degli oneri posti a carico del gestore subentrante che debbono essere indicati nel bando di gara e, come ha avuto modo di precisare il Ministero nell'istruttoria propedeutica all'adozione del prescritto parere sul decreto ministeriale da parte del Consiglio di Stato, influisce sulla verifica dei requisiti economico-finanziari di partecipazione alla gara (art. 10 comma 5), determina il tetto sullo sconto sulle tariffe che i concorrenti possono offrire (art. 13 comma 1° lettera a) ed è parte del piano industriale e quindi della sostenibilità dello stesso ai fini della verifica delle offerte anomale (artt. 15 e 16). Ne consegue che la disciplina del valore del rimborso rientra, a pieno titolo, nei criteri di gara e, soprattutto, di valutazione delle offerte;

- nessuna indebita "invasione del diritto civile" (pag. 15 del ricorso) è individuabile nell'art. 7 il quale, nel disciplinare la devoluzione della

proprietà degli impianti ed il contenuto del corrispettivo, risulta coerente con l'art. 14 comma 4° della legge n. 164/00 (secondo cui “alla scadenza del periodo di affidamento del servizio, le reti, nonché gli impianti e le dotazioni dichiarati reversibili, rientrano nella piena disponibilità dell'ente locale. Gli stessi beni, se realizzati durante il periodo di affidamento, sono trasferiti all'ente locale alle condizioni stabilite nel bando di gara e nel contratto di servizio”). In particolare, dalla disposizione in esame emerge che la devoluzione della proprietà degli impianti e le relative modalità rientrano, a pieno titolo, nei criteri di gara e di valutazione delle offerte di cui alla delega contenuta nell'art. 46 bis d. l. n. 159/2007; sul punto si richiama quanto in precedenza evidenziato in ordine all'inerenza alla gara del valore di rimborso.

In relazione alle disposizioni citate, pertanto, la censura non merita accoglimento.

Il motivo, invece, è fondato laddove prospetta l'illegittimità dell'art. 2 comma 7 del decreto ministeriale del 12 novembre 2011.

La disposizione in esame prevede che “in caso di gravi e reiterate inadempienze al contratto di servizio, il soggetto di cui al comma 5, previa determinazione che può essere assunta dalla maggioranza dei Comuni appartenenti all'ambito, ponderata in funzione del numero delle utenze gas servite in ciascun Comune, dispone la risoluzione del contratto di affidamento al gestore dell'ambito. Inadempienze al contratto di servizio nel rispetto del piano di sviluppo degli impianti o inadempienze gestionali nel singolo Comune sono oggetto di penalità, come previsto nell'articolo 15, comma 7”.

Come fondatamente dedotto nel gravame la disciplina in questione esula dall'ambito della delega perché non inerisce alla gara o al contenuto del rapporto contrattuale ma riguarda solo i rimedi esperibili dai Comuni,

nella fase di patologia del rapporto, in relazione all'inadempimento dell'affidatario; la disposizione, inoltre, si presenta derogatoria rispetto a quella civilistica, in quanto limita la risoluzione del contratto ai soli inadempimenti gravi e reiterati e la esclude per alcuni tipi di inadempimento (quelli che comportano l'applicazione di sole penalità) e ciò in difformità a quanto previsto dall'art. 1455 c.c. che subordina il rimedio della risoluzione del contratto alla sola valutazione giudiziale di gravità dell'inadempimento.

La deroga alla disciplina civilistica è, pertanto, illegittima perché riconducibile ad una fonte secondaria che, in parte qua, opera in violazione dei limiti previsti nella delega ex art. 46 bis d.l. n. 159/2007.

Ne consegue che l'art. 2 comma 7 del decreto ministeriale è illegittimo e deve essere annullato.

Con la seconda censura il ricorrente prospetta la violazione dell'art. 46 bis d.l. n. 159/2007 per eccesso di delega in relazione agli artt. 5 e 8 del decreto in quanto:

- l'art. 8, nel disciplinare gli oneri da riconoscere all'ente locale concedente e ai proprietari degli impianti, introdurrebbe regole squilibrate a favore dei gestori perché, nella disciplina del corrispettivo economico, non terrebbe conto del fatto che il gestore gode del diritto di esclusiva;
- gli oneri riconosciuti a favore degli enti locali sarebbero minimi e palesemente sproporzionati;
- la disciplina del riconoscimento di una quota parte della remunerazione del capitale di località relativo ai servizi di distribuzione e misura sarebbe in contrasto con l'art. 46 bis d. l. n. 159/2007 nella parte in cui stabilisce che "a decorrere dal 1° gennaio 2008, i comuni interessati dalle nuove gare di cui al comma 3 possono incrementare il

canone delle concessioni di distribuzione, solo ove minore e fino al nuovo affidamento, fino al 10 per cento del vincolo sui ricavi di distribuzione di cui alla delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas n. 237 del 28 dicembre 2000”;

- l'art. 5 comma 8, nel determinare il valore di rimborso al gestore uscente, escluderebbe ingiustificatamente dalle detrazioni, ivi previste, i contributi privati versati per l'allaccio alla rete.

La censura non è fondata.

Deve, innanzi tutto, essere rilevato che l'art. 8 del decreto ministeriale, nel disciplinare gli oneri che il gestore aggiudicatario deve riconoscere all'ente locale concedente e ai proprietari degli impianti, non travalica i limiti della delega, come invece prospettato dal ricorrente, dal momento che tale disciplina inerisce ai criteri di selezione (evitando che possa essere utilizzato il criterio del massimo canone offerto) e al contenuto dell'offerta e rientra, pertanto, nei “criteri di gara e di valutazione delle offerte” e nelle “condizioni economiche offerte” menzionate dal d.l. n. 159/2007 come oggetto della delega.

Per altro, alcuni di questi oneri (è il caso della percentuale di remunerazione del capitale di località) rientrano, a pieno titolo, nelle condizioni economiche che, ai sensi degli artt. 12 e 13 del decreto ministeriale, costituiscono uno dei parametri del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa utilizzabile per selezionare l'affidatario e, quindi, rientrano nell'ambito dei “criteri di valutazione delle offerte” menzionati dall'art. 46 bis d. l. n. 159/2007.

Quanto alla correttezza, nel merito, della soluzione prescelta dal decreto ministeriale va evidenziato che la predeterminazione degli oneri del soggetto aggiudicatario mira a garantire il raggiungimento e la valorizzazione “degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei

piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti” cui l’art. 46 bis d. l. n. 159/2007 prescrive che debba ispirarsi la norma regolamentare.

Circa l’assoluta sproporzione dei corrispettivi stabiliti dal decreto ministeriale, il Tribunale rileva, innanzi tutto, che la circostanza in esame è stata solo genericamente dedotta nell’atto introduttivo ma non stata provata in maniera idonea da parte del ricorrente.

Solo nella memoria conclusionale depositata il 27/01/14 il Comune di Caserta ha ritenuto di puntualizzare tale aspetto operando un raffronto, con riferimento al Comune di Prato, tra i benefici massimi consentiti dalle regole previgenti e quelli riconosciuti dal decreto ministeriale del 12 novembre 2011 e richiamando, inoltre, una tabella, che sarebbe inclusa nello “Yellow book 2011”, predisposto da Federutility (ente che riunisce le aziende di servizi pubblici locali), da cui si evincerebbe che nelle gare aggiudicate negli ultimi anni sarebbe configurabile, in favore dei Comuni, un trasferimento di quote di VRD (Vincolo sui ricavi della distribuzione) di gran lunga superiore a quelle contemplate nel gravato decreto ministeriale.

Tali dati, però, risultano solo dedotti e non comprovati ed, in ogni caso, quand’anche veritieri, non assumono significativa rilevanza ai fini dell’accoglimento del ricorso in quanto non tengono conto della nuova ottica in cui si muovono le finalità perseguite dall’art. 46 bis d. l. n. 159/2007 e dalla normativa ministeriale applicativa.

Ed, infatti, i “criteri di gara e di valutazione delle offerte” debbono tenere conto, in maniera adeguata, “oltre che delle condizioni economiche offerte, e in particolare di quelle a vantaggio dei consumatori, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti”, come

esplicitamente previsto dal citato art. 46 bis.

In relazione a tali esigenze non risulta possibile, ai fini della valutazione di fondatezza del gravame, operare un paragone tra il vecchio sistema, ispirato alla logica del massimo beneficio economico per gli enti locali, e la nuova disciplina che valorizza anche interessi pubblici ulteriori quali lo sviluppo delle reti e degli impianti, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e le condizioni economiche offerte a vantaggio dei consumatori.

Il raffronto tra vecchia e nuova disciplina non deve, quindi, essere semplicisticamente operato con esclusivo riferimento al beneficio monetario ritraibile dall'ente locale dovendo essere tenute in considerazione anche le finalità menzionate dall'art. 46 bis d. l. n. 159/2007 le quali arrecano anch'esse vantaggi alla collettività, anche se non direttamente misurabili in termini monetari.

In quest'ottica, è tutta la disciplina della gara, come prevista dal gravato decreto ministeriale, ad essere correttamente finalizzata al perseguimento delle finalità oggetto della normativa di rango primario; in particolare, i criteri di selezione dell'offerta, previsti dagli artt. 12 e seguenti del decreto ministeriale correttamente valorizzano:

- a) nell'ambito delle condizioni economiche (art. 13 del decreto), l'entità dello sconto tariffario, i metri di rete che ciascun distributore si impegna a realizzare, gli investimenti di efficienza da realizzare nell'ambito gestito;
- b) nell'ambito dei criteri di sicurezza e di qualità del servizio (art. 14) i livelli incrementali, rispetto agli obblighi o al livello generale fissati dall'Autorità, che l'impresa concorrente si impegna a rispettare in ciascun anno del periodo di affidamento ed, altresì, il livello incrementale che l'impresa concorrente si impegna a rispettare per un

parametro della qualità del servizio scelto dalla stazione appaltante tra quelli fissati nel testo integrato della regolazione della qualità dei servizi di distribuzione e misura emanato dall'Autorità;

c) nell'ambito del piano di sviluppo degli impianti (art. 15) l'adeguatezza dell'analisi di assetto di rete e degli impianti e della relativa documentazione, la valutazione degli interventi di estensione e potenziamento, la valutazione degli interventi per mantenimento in efficienza della rete e degli impianti e l'innovazione tecnologica, attuata in maniera accelerata o addizionale a quanto previsto dalla regolazione, subordinata alla dimostrazione di credibilità dell'offerta in impianti di distribuzione già gestiti dal distributore.

Per tale ultimo criterio l'articolo 15 del decreto ministeriale prevede l'attribuzione di ben 45 punti proprio a volere significare il mutamento di ottica in cui si muove la nuova disciplina per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas tesa a valorizzare al massimo grado lo sviluppo degli investimenti, delle reti e degli impianto così come prescritto dall'art. 46 bis d.l. n. 159/2007.

Inoltre, non è agevolmente comprensibile in che modo la situazione di esclusiva del distributore (citata nel gravame) possa, di fatto, arrecare allo stesso significativi vantaggi economici tenuto conto delle modalità di determinazione della tariffa di pertinenza dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas.

Nessuna illogicità, poi, è individuabile nella differenza tra la disciplina dell'art. 8 comma 4° del decreto ministeriale (secondo cui "il gestore corrisponde annualmente agli Enti locali una quota parte della remunerazione del capitale di località relativo ai servizi di distribuzione e misura, relativa al proprio territorio comunale sia nel caso in cui la rete sia di proprietà dell'Ente locale sia nel caso in cui sia di proprietà del

gestore, nonché della relativa quota di ammortamento annuale di cui all'articolo 13, comma 1, lettera d), fino al 5%, come risultato dell'esito della gara”) e l'art. 46 bis comma 4° d. l. n. 159/2007 (secondo cui “a decorrere dal 1° gennaio 2008, i comuni interessati dalle nuove gare di cui al comma 3 possono incrementare il canone delle concessioni di distribuzione, solo ove minore e fino al nuovo affidamento, fino al 10 per cento del vincolo sui ricavi di distribuzione di cui alla delibera dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas n. 237 del 28 dicembre 2000, pubblicata nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 4 del 5 gennaio 2001, e successive modificazioni, destinando prioritariamente le risorse aggiuntive all’attivazione di meccanismi di tutela relativi ai costi dei consumi di gas da parte delle fasce deboli di utenti”) in quanto tale ultima disposizione ha carattere transitorio ed è giustificata dall’esigenza di ovviare all’impossibilità temporanea di indire le nuove procedure di gara e, quindi, alla riduzione degli introiti.

A ciò si aggiunga che l'art. 8 commi 2, 4 e 6 del decreto prevede, rispetto all'art. 46 bis citato, ulteriori vantaggi economici per l'ente locale di cui il ricorrente non dà atto nella censura e che, in ogni caso, il nuovo sistema di distribuzione del gas è ispirato dall’esigenza di valorizzare profili d’interesse generale ulteriori e diversi rispetto al beneficio economico direttamente riconoscibile all’ente locale.

Quanto alla mancata previsione dei contributi privati versati per l'allaccio alla rete, rinvenibile nell'art. 5 comma 11 del decreto ai fini della determinazione del valore di rimborso al gestore uscente, va rilevato che tale disposizione è conforme al testo, all’epoca vigente, dell'art. 15 comma 5° l. n. 164/2000 secondo cui nel caso di “affidamenti e le concessioni in essere per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio...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 e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti, con i criteri di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 24 del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578” norma quest’ultima che, a tal fine, fa riferimento alle sole “anticipazioni o sussidi dati dai comuni, nonché importo delle tasse proporzionali di registro anticipate dai concessionari e premi eventualmente pagati ai comuni concedenti” con esclusione, quindi, dei contributi privati.

Solo per esigenza di completezza va rilevato che la disciplina in esame è da ritenersi superata dalle modifiche introdotte dall’art. 1 comma 16 d. l. n. 145/2013, convertito dalla legge n. 9/2014, che ha modificato il testo dell’art. 15 comma 5 d. lgs. n. 164/2000 che ha rideterminato il valore di rimborso nelle ipotesi ivi indicate.

Va, poi, rilevato che nella memoria conclusionale depositata il 27/01/14 il ricorrente contesta, per la prima volta, la legittimità dell’art. 9 commi 1 e 2 del decreto ministeriale; tale doglianza è inammissibile in quanto proposta oltre il termine decadenziale d’impugnazione e con atto non notificato alle altre parti costituite.

Per questi motivi il ricorso è fondato con esclusivo riferimento alla domanda caducatoria avente ad oggetto l’articolo 2 comma 7 del decreto ministeriale del 12 novembre 2011 che, pertanto, deve essere annullato limitatamente alla predetta disposizione.

Per il resto il gravame deve essere respinto.

L’accoglimento solo parziale del ricorso giustifica la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- 1) accoglie il ricorso con esclusivo riferimento alla domanda caducatoria avente ad oggetto l'articolo 2 comma 7 del decreto ministeriale del 12 novembre 2011 e, per l'effetto, annulla la disposizione in esame;
- 2) respinge le ulteriori domande proposte dal ricorrente;
- 3) dispone la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nelle Camere di Consiglio dei giorni 27 febbraio 2014 e 13 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Claudio Vallorani, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/04/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)