

COMUNICAZIONI DELLA CONFEDERAZIONE AGLI ENTI ASSOCIATI

11/2009

AGLI ENTI ASSOCIATI

INFORMAZIONI AMMINISTRATIVE ED APPROFONDIMENTI

DISTRIBUZIONE DEL GAS - VERSO LE NUOVE GARE

Quale ruolo per i Comuni - il quadro delineato dalla normativa di riferimento.

La normativa vigente individua negli Enti Locali (Comuni, Unioni di Comuni e Comunità Montane) il soggetto unico titolare dell'esercizio dell'attività di servizio pubblico della distribuzione del gas.

L'art. 14 del decreto Letta (d.lgs. 164/2000) oltre ad individuare tali soggetti (comma 2 art. 14) dichiara in maniera inequivoca che l'attività di distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico che deve essere affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni. E' inoltre in capo agli Enti (Comuni, Unioni di Comuni e Comunità Montane) l'attività di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo sulle attività di distribuzione. Per quanto concerne invece i rapporti con i soggetti gestori, questi sono regolati da appositi contratti di servizio, sulla base di un contratto tipo predisposto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

La normativa di riferimento per la materia è molto articolata ed è stata oggetto di varie interpretazioni e pronunce da parte dei Tribunali Amministrativi.

Le norme vigenti (riportiamo in allegato il testo delle principali norme di riferimento) dispongono che gli Enti devono obbligatoriamente ricorrere a procedure di gara ad evidenza pubblica per i nuovi affidamenti del servizio di distribuzione del gas.

Tuttavia il panorama delle situazioni in cui si trovano gli Enti è alquanto diversificato; vi sono casi in cui i contratti in essere sono già stati affidati a seguito di procedure competitive e casi in cui sono in essere contratti risalenti a decine di anni addietro, magari prorogati una o più volte.

In ogni caso, come previsto dall'art. 1 comma 69 della Legge 23 agosto 2004, n. 239, che ha abrogato il comma 8 dell'art. 15 del decreto legislativo n. 164 del 2000, è possibile fare riferimento al periodo transitorio del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 che prevede che le attività di distribuzione del gas, gli affidamenti e le concessioni possono proseguire fino alla scadenza stabilita, se questa è compresa entro i termini del periodo transitorio stesso.

Possiamo dunque esemplificare due casi:

- 1) Enti che hanno in essere contratti derivanti procedura ad evidenza pubblica già esperite, che dunque possono proseguire nel servizio fino alla naturale scadenza del contratto ma comunque non oltre il 31/12/2012;
- 2) Enti che hanno in essere convenzioni o concessioni o comunque contratti NON derivanti da procedure ad evidenza pubblica (e questi rappresentano la maggior parte dei casi) che scadono entro il 31/12/2009 - periodo transitorio (originariamente la scadenza del periodo transitorio era il 31/12/2007).

Nel primo caso è evidente che i nuovi affidamenti avranno decorrenza dal 01/01/2013, mentre nel secondo caso si dovrà decidere se procedere con i nuovi affidamenti entro il termine del 31/12/2009 o se avvalersi della possibilità di proroga ulteriore fino al 31/12/2010 se in presenza di comprovate e motivate ragioni di interesse pubblico.

In ogni caso come previsto dal comma 7 dell'art. 14 del decreto Letta si potrà procedere ai nuovi affidamenti solo ed esclusivamente facendo ricorso a procedure di gara ad evidenza pubblica.

Il problema degli Ambiti territoriali

L'articolo 46 bis della Legge 29 novembre 2007, n. 222 così come modificato dalla L. 244 del 24.12.2007, articolo 2 comma 175 (finanziaria 2008), ha introdotto ulteriori elementi di novità:

- 1) definizione Ambiti territoriali minimi
- 2) predisposizione Bando tipo e criteri di gara

Gli ATM sono gli ambiti territoriali minimi (ancora non individuati) per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas che dovevano essere definiti entro il 1 dicembre 2008.

In realtà l'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas ha effettivamente avviato il procedimento per la formazione dei provvedimenti in materia di individuazione degli Ambiti Territoriali Minimi (ATM) per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas tenendo presente i seguenti elementi:

- a) l'efficienza e riduzione dei costi, tenendo in considerazione, nel limite di compatibilità con tali criteri, le scelte associative già previste;
- b) le caratteristiche tecniche delle reti in modo da tenere conto dell'integrazione funzionale esistente tra i gasdotti locali;
- c) criteri per favorire «l'unicità dell'operatore» che esercisce il servizio di distribuzione nell'ambito territoriale, in coerenza con le indicazioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 e della legge 23 febbraio 2006, n. 51;

Come gli ATM anche la predisposizione del Bando tipo e dei criteri di gara non è stata realizzata, in questo caso il termine era il 1 marzo 2008.

Il Bando tipo avrebbe dovuto contenere i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas che avrebbero dovuto tener 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.

E' possibile avviare le procedure di gara ?

La domanda nasce proprio dalla situazione sopra delineata.

In particolare alcune associazioni di categoria infatti sostengono che non è possibile per i singoli Enti avviare le procedure di gara in quanto tale decisione violerebbe la normativa vigente (art. 14 comma 1 D.Lgs. 164/2000, art. 46-bis commi 1 e 3 D.L. n. 159/07 convertito della legge n. 222/07), poiché non sono stati emanati i criteri di gara e di valutazione dell'offerta ed inoltre non sono stati determinati gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare.

Di parere opposto invece parte della dottrina che sostiene che non appare sostenibile la tesi del blocco delle gare fino alla creazione degli ambiti territoriali minimi, non sussistendo alcuna necessità pratica per cui si debba evitare lo svolgimento degli affidamenti a livello comunale in attesa della definizione degli ambiti territoriali minimi.

Inoltre poiché i termini previsti al comma 3 D.L. n. 159/07 hanno natura ordinatoria - in assenza di elementi a favore della perentorietà - i principi di apertura al mercato e di promozione della concorrenza inducono a ritenere che, fino all'attuazione delle linee di indirizzo impartite, i Comuni possano comunque indire gare pubbliche per l'affidamento medio tempore del servizio (TAR Brescia - Sentenze in allegato)

Dunque se da una parte si ritiene possibile per i singoli Comuni avviare le procedure di gara alla scadenza delle concessioni senza attendere la definizione degli ambiti territoriali minimi ex art. 46 bis D.L. 159/07 , dall'altra è assolutamente necessario che gli Enti valutino attentamente quali possono essere i vantaggi di un aggregazione di Comuni per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas (in particolar modo per i Comuni di medie e piccole dimensioni).

E' chiaro che l'aggregazione tra più Enti consentirebbe di :

- a) creare un maggiore e più appetibile bacino di utenze e conseguentemente una maggiore forza contrattuale.
- b) realizzare economie di scala in termini di contenimento delle spese in tutte le fasi del procedimento di gara e della successiva gestione del contratto (in particolare l'attività di controllo e vigilanza)

Tutte le questioni legate agli affidamenti del servizio di distribuzione del gas, sopra illustrate, sono ancora aperte.

Bergamo, 17 febbraio 2009

Confederazione delle Province
e dei Comuni del Nord

NORME E GIURISPRUDENZA DI RIFERIMENTO

- d.lgs. 164/2000 - Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144 - pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 142 del 20 giugno 2000

Art. 14. Attività di distribuzione

1. L'attività di distribuzione di gas naturale e' attività di servizio pubblico. Il servizio e' 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, sulla base di un contratto tipo predisposto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed approvato dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto.
2. Ai fini del presente decreto, per enti locali si intendono comuni, unioni di comuni e comunità montane.
3. Nell'ambito dei contratti di servizio di cui al comma 1 sono stabiliti la durata, le modalità di espletamento del servizio, gli obiettivi qualitativi, l'equa distribuzione del servizio sul territorio, gli aspetti economici del rapporto, i diritti degli utenti, i poteri di verifica dell'ente che affida il servizio, le conseguenze degli inadempimenti, le condizioni del recesso anticipato dell'ente stesso per inadempimento del gestore del servizio.
4. 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.
5. Alle gare di cui al comma 1 sono ammesse, senza limitazioni territoriali, società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, e società cooperative a responsabilità limitata, sulla base di requisiti oggettivi, proporzionati e non discriminatori, con la sola esclusione delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica. Alle gare sono ammessi inoltre i gruppi europei di interesse economico.
6. Nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza, la gara e' aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento

delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese concorrenti. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio.

7. Gli enti locali avviano la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento, in modo da evitare soluzioni di continuità nella gestione del servizio. Il gestore uscente resta comunque obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento. Ove l'ente locale non provveda entro il termine indicato, la regione, anche attraverso la nomina di un commissario ad acta, avvia la procedura di gara.

8. Il nuovo gestore, con riferimento agli investimenti realizzati secondo il piano degli investimenti oggetto del precedente affidamento o concessione, e' tenuto a subentrare nelle garanzie e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere queste ultime e a corrispondere una somma al distributore uscente in misura pari all'eventuale valore residuo degli ammortamenti di detti investimenti risultanti dai bilanci del gestore uscente e corrispondenti ai piani di ammortamento oggetto del precedente affidamento, al netto degli eventuali contributi pubblici a fondo perduto. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, con proprio provvedimento, stabilisce, in coerenza col sistema tariffario, le modalità dell'eventuale rivalutazione del suddetto valore residuo in relazione all'andamento dei prezzi.

9. Gli oneri gravanti sul nuovo gestore ai sensi del comma 8 sono indicati nel bando di gara. Il gestore subentrante acquisisce la disponibilità degli impianti dalla data del pagamento della somma corrispondente agli oneri suddetti, ovvero dalla data di offerta reale della stessa.

10. Le imprese di gas che svolgono l'attività di distribuzione sono tenute alla certificazione di bilancio a decorrere dal 1o gennaio 2002.

Art. 15. Regime di transizione nell'attività di distribuzione

1. Entro il 1o gennaio 2003 sono adottate dagli enti locali le deliberazioni di adeguamento alle disposizioni del presente decreto. Tale adeguamento avviene mediante l'indizione di gare per l'affidamento del servizio ovvero attraverso la trasformazione delle gestioni in società di capitali o in società cooperative a responsabilità limitata, anche tra dipendenti. Detta trasformazione può anche comportare il frazionamento societario. Ove l'adeguamento di cui al presente comma non avvenga entro il termine indicato, provvede nei successivi tre mesi, anche attraverso la nomina di un proprio delegato, il rappresentante dell'ente titolare del servizio. Per gestioni associate o per ambiti a dimensione sovracomunale, in caso di inerzia, la regione procede all'affidamento immediato del servizio mediante gara, nominando a tal fine un commissario ad acta.

2. La trasformazione in società di capitali delle aziende che gestiscono il servizio di distribuzione gas avviene con le modalità di cui all'articolo 17, commi 51, 52, 53, 56 e 57, della legge 15 maggio 1997, n. 127. Le stesse modalità si applicano anche alla trasformazione di aziende consortili, intendendosi sostituita al consiglio comunale l'assemblea consortile. In questo caso le deliberazioni sono adottate a maggioranza dei componenti; gli enti locali che non intendono partecipare alla società hanno diritto alla liquidazione sulla base del valore nominale iscritto a bilancio della relativa quota di capitale. L'ente

titolare del servizio puo' restare socio unico delle società di cui al presente comma per un periodo non superiore a due anni dalla trasformazione.

3. Per la determinazione della quota di capitale sociale spettante a ciascun ente locale, socio della società risultante dalla trasformazione delle aziende consortili, si tiene conto esclusivamente dei criteri di ripartizione del patrimonio previsti per il caso di liquidazione dell'azienda consortile.

4. Con riferimento al servizio di distribuzione del gas, l'affidamento diretto a società controllate dall'ente titolare del servizio prosegue per i periodi indicati ai commi 5 e 6, anche nel caso in cui l'ente locale, per effetto di operazioni di privatizzazione, abbia perduto il controllo della società.

5. Per l'attività di distribuzione del gas, gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché quelli alle società derivate dalla trasformazione delle attuali gestioni, proseguono fino alla scadenza stabilita, se compresa entro i termini previsti dal comma 7 per il periodo transitorio. Gli affidamenti e le concessioni in essere per i quali non e' previsto un termine di scadenza o e' previsto un termine che supera il periodo transitorio, proseguono fino al completamento del periodo transitorio stesso. In quest'ultimo caso, ai titolari degli affidamenti e delle concessioni in essere e' 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. Resta sempre esclusa la valutazione del mancato profitto derivante dalla conclusione anticipata del rapporto di gestione.

6. Decorso il periodo transitorio, l'ente locale procede all'affidamento del servizio secondo le modalità previste dall'articolo 14.

7. Il periodo transitorio di cui al comma 5 è fissato in cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000. Tale periodo può essere incrementato, alle condizioni sotto indicate, in misura non superiore a:

- A) un anno nel caso in cui, almeno un anno prima dello scadere dei cinque anni, si realizzi una fusione societaria che consenta di servire un'utenza complessivamente non inferiore a due volte quella originariamente servita dalla maggiore delle società oggetto di fusione;
- B) due anni nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), l'utenza servita risulti superiore a centomila clienti finali, o il gas naturale distribuito superi i cento milioni di metri cubi all'anno, ovvero l'impresa operi in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale;
- C) due anni nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), il capitale privato costituisca almeno il 40% del capitale sociale.

8. Ove ricorra più di una delle condizioni indicate al comma 7 i relativi incrementi possono essere sommati.

9. Gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto sono mantenuti per la durata in essi stabilita ove questi siano stati attribuiti mediante gara, e comunque per un periodo non superiore a dodici anni a partire dal 31 dicembre 2000.

10. I soggetti titolari degli affidamenti o delle concessioni di cui al comma 5 del presente articolo possono partecipare alle gare indette a norma dell'articolo 14, comma 1, senza limitazioni. Per i soggetti che devono essere costituiti o trasformati ai sensi dei commi 1, 2, e 3 del presente articolo, la partecipazione alle gare e' consentita a partire dalla data dell'avvenuta costituzione o trasformazione.

art. 23 "disposizioni in materia di energia e attività produttive - Legge 23 febbraio 2006, n. 51: "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, recante definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 49 del 28 febbraio 2006 - Supplemento Ordinario n. 47

Art. 23. Disposizioni in materia di energia e attività produttive

1. Il termine del periodo transitorio previsto dall'articolo 15, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e' prorogato al 31 dicembre 2007 ed e' automaticamente prolungato fino al 31 dicembre 2009 qualora si verifichi almeno una delle condizioni indicate al comma 7 del medesimo art. 15.

2. I termini di cui al comma 1 possono essere ulteriormente prorogati di un anno, con atto dell'ente locale affidante o concedente, per comprovate e motivate ragioni di pubblico interesse.

3. Sono fatte salve le disposizioni di cui al comma 9 dell'articolo 15 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, nonché la facoltà di riscatto anticipato durante il periodo transitorio, di cui al comma 1, se prevista nell'atto di affidamento o di concessione.

4. I termini di durata delle concessioni e degli affidamenti per la realizzazione delle reti e la gestione della distribuzione di gas naturale ai sensi dell'articolo 11 della legge 28 novembre 1980, n. 784, e dell'articolo 9 della legge 7 agosto 1997, n. 266, sono prorogati fino al dodicesimo anno decorrente dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, oppure, se successiva, dalla data di entrata in vigore del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze di approvazione delle risultanze finali dell'intervento.

5. I termini, non ancora scaduti alla data di entrata in vigore del presente decreto, previsti per l'adeguamento alle prescrizioni contenute nei decreti autorizzativi di impianti che generano emissioni in atmosfera sono prorogati di sessanta giorni, decorrenti:

a) dalla «messa in esercizio dell'impianto», intesa come data di avvio delle prime prove di funzionamento del medesimo;

b) dalla «entrata in esercizio dell'impianto», intesa come data successiva al completamento del collaudo, a partire dalla quale l'impianto, nel suo complesso, risulta in funzione nelle condizioni operative definitive, ossia quando, decorsi sei mesi dalla comunicazione di cui all'art. 8, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 24 maggio 1988, n. 203, si prevede il passaggio del rilevamento delle emissioni da base giornaliera a base oraria.

5-bis. I termini scaduti nel 2005 per la presentazione delle domande di liquidazione degli interventi per le finalità di cui all'articolo 103, comma 5, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, sono prorogati fino al 31 marzo 2006. Le disponibilità finanziarie per i medesimi interventi che a tale data dovessero risultare ancora non liquidate possono essere destinate alla prosecuzione delle incentivazioni al commercio elettronico con provvedimento del Ministero delle attività produttive da adottare entro il 30 giugno 2006.

- Legge 29 novembre 2007, n. 222 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, recante interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale " (G.U. n. 279 del 30 novembre 2007)

Art. 46-bis. Disposizioni in materia di concorrenza e qualità dei servizi essenziali nel settore della distribuzione del gas

1. 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.

3. Al fine di incentivare le operazioni di aggregazione di cui al comma 2, la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas è bandita per ciascun bacino ottimale di utenza entro due anni dall'individuazione del relativo ambito territoriale, che deve avvenire entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

4. 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.

4-bis. A decorrere dal 1° gennaio 2008, alle gare di cui al comma 1 del presente articolo si applicano, oltre alle disposizioni di cui all'articolo 15, comma 10, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, anche le disposizioni di cui all'articolo 113, comma 15-quater, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che si intendono estese a tutti i servizi pubblici locali a rete.

- Legge Finanziaria 2008 (Legge 24 Dicembre 2007, n. 244)

Art. 2 comma 175

175. All'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 3 è sostituito dal seguente:

«3. Al fine di incentivare le operazioni di aggregazione di cui al comma 2, la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas è bandita per ciascun bacino ottimale di utenza entro due anni dall'individuazione del relativo ambito territoriale, che deve avvenire entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto»;

b) al comma 4, le parole: «nuove scadenze» sono sostituite dalle seguenti: «nuove gare» e le parole: «limitatamente al periodo di proroga» sono sostituite dalle seguenti: «fino al nuovo affidamento»;

c) è aggiunto, in fine, il seguente comma:

«4-bis. A decorrere dal 1° gennaio 2008, alle gare di cui al comma 1 del presente articolo si applicano, oltre alle disposizioni di cui all'articolo 15, comma 10, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, anche le disposizioni di cui all'articolo 113, comma 15-quater, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che si intendono estese a tutti i servizi pubblici locali a rete».

- Legge 6 agosto 2008, n. 133 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 195 del 21 agosto 2008 - Suppl. Ordinario n. 196

Art.23-bis. Servizi pubblici locali di rilevanza economica

1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m),

della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione.

5. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

6. E' consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

7. Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

8. Salvo quanto previsto dal comma 10, lettera e) le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3.

9. I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui e' affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei

servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, ne' svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, ne' direttamente, ne' tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, ne' partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.

10. Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro centottanta giorni alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, emana uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di:

- a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale;
- b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;
- c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;
- d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;
- e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;
- f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;
- g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;

- h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;
- i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;
- j) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;
- k) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.

11. L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, e' abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo.

12. Restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto

- Legge 23 agosto 2004, n. 239 "Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia" (G.U. n. 215 del 13 settembre 2004)

art. 1, comma 69, legge n. 239 del 2004)

69. La disposizione di cui all'articolo 15, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, relativa al regime transitorio degli affidamenti e delle concessioni in essere al 21 giugno 2000, data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo, va interpretata nel senso che è fatta salva la facoltà di riscatto anticipato, durante il periodo transitorio, se stabilita nei relativi atti di affidamento o di concessione. Tale facoltà va esercitata secondo le norme ivi stabilite. Le gare sono svolte in conformità all'articolo 14 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164. Il periodo transitorio di cui al citato articolo 15, comma 5, termina entro il 31 dicembre 2007, fatta salva la facoltà per l'ente locale affidante o concedente di prorogare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, per un anno la durata del periodo transitorio, qualora vengano ravvisate motivazioni di pubblico interesse. Nei casi previsti dall'articolo 15, comma 9, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, il periodo transitorio non può comunque terminare oltre il 31 dicembre 2012. È abrogato il comma 8 dell'articolo 15 dello stesso decreto legislativo n. 164 del 2000.

inoltre

- Tuel 267/2000 - Titolo V Servizi e interventi pubblici locali: art. 112 e seguenti
- Codice degli appalti d.lgs. 163/2006

SENTENZE TAR BRESCIA

- n. 730/2008 (Estratto)
- 662/2008 (Estratto)

Sentenza n. 730/2008 (Estratto del dispositivo)

"...2. Con il primo motivo contenuto nel ricorso n. 148/07, viene dedotta l'incostituzionalità dell'art. 15 comma 5 del D.Lgs. 164/2000 nonché contrarietà della stessa norma rispetto all'ordinamento comunitario, nella parte in cui, per effetto dell'interpretazione autentica di cui all'art. 1 comma 69 della Legge n. 239/04, consente il riscatto anticipato del servizio durante il periodo transitorio. Con l'ottavo motivo di ricorso viene altresì chiesto di sollevare la relativa questione di incostituzionalità.

La censura non può essere condivisa e la questione di incostituzionalità è palesemente infondata.

Al riguardo va osservato che il combinato disposto degli artt. 15 comma 5 del D.Lgs. 164/2000 e 1 comma 69 della Legge n. 239/04, secondo cui è fatta salva la facoltà di riscatto anticipato, durante il periodo transitorio, se stabilita nei relativi atti di affidamento o di concessione, non introduce alcun *quid novi* nell'ordinamento giuridico, ma si limita a salvaguardare gli effetti dell'autonomia privata preesistenti alla liberalizzazione del mercato interno del gas di cui al D.Lgs. 23.5.2000 n. 164 di attuazione della direttiva 98/30/CE. Tale orientamento è stato già affermato dalla giurisprudenza amministrativa che, sulla base del tenore letterale della norma ("La disposizione ...va interpretata nel senso che ...") e dei lavori parlamentari che l'hanno preceduta, ha evidenziato che la novella interpretativa ha perseguito l'obiettivo di preservare, durante il periodo transitorio, l'esercizio di un diritto potestativo (riscatto anticipato) che l'atto di concessione - ovvero l'art. 24 del R.D. n. 2578/1925 - già riconosceva all'ente comunale, ma che il prevalente orientamento giurisprudenziale poneva in relazione con la gestione diretta del servizio pubblico di distribuzione del gas, non più consentita dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 164/2000. Di conseguenza l'art. 1 comma 69 della Legge n. 239/2004, quale norma di interpretazione autentica dell'art. 15 comma 5 del D.Lgs. n. 164/2000, non ha inteso ripristinare innovativamente per il futuro l'abrogata potestà di riscatto anticipato, in passato prevista dall'art. 24 del R.D. n. 2578/1925, mentre, collocandosi in quell'area di incertezza regolativa in materia, mira unicamente ad escludere che possa impedirsi ad un ente locale concedente di avvalersi, nel periodo transitorio, di una potestà di riscatto a suo tempo legittimamente dedotta in un atto di concessione o di affidamento ancora in essere (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28.3.2008 n. 1299; *idem* 19.7.2005 n. 3817).

In merito alla questione di incostituzionalità è sufficiente richiamare quanto recentemente statuito dalla Corte Costituzionale con sentenza 14.5.2008 n. 132, che ha rigettato analoga questione sollevata dal TAR Veneto, sul rilievo che "là dove il riscatto anticipato aveva formato l'oggetto di espressa riserva da parte delle amministrazioni, le aspettative delle imprese di distribuzione in ordine alla gestione del servizio per l'intera durata del periodo transitorio non possono certo ritenersi legittimamente fondate sulle convenzioni intercorse sotto la vigenza del precedente regime".

Per le stesse ragioni non si intravedono elementi di contrasto con l'ordinamento comunitario che, al contrario di quanto dedotto dalla ricorrente, propende per la liberalizzazione del mercato al fine di superare gli attuali assetti oligopolistici.

3. In via subordinata viene dedotta violazione della convenzione di servizio Rep. 6378 in data 7.10.1985, nonché eccesso di potere per irragionevolezza e sviamento, in quanto l'art. 2 della predetta convenzione esclude la possibilità di affidamento a terzi del servizio se non siano trascorsi cinque anni dalla cessazione della concessione. Inoltre la deliberazione impugnata è nulla perché fa riferimento alla clausola di riscatto contenuta nella convenzione del 1967 non più efficace poiché sostituita dalla convenzione del 1985.

La censura è infondata sotto entrambi i profili.

In primo luogo va osservato che il formale richiamo alla sola convenzione del 1967 è ininfluenza, poiché ciò non priva di effetti la successiva convenzione del 1985 e il potere di riscatto che l'Amministrazione ha inteso esercitare; poteri previsti in entrambe le convenzioni.

Per quanto concerne la clausola di cui all'art. 2 della convenzione del 1985, secondo cui: "Resta convenuto che in caso di riscatto anticipato del servizio da parte del comune la gestione non potrà essere concessa ad altri se non siano trascorsi cinque anni dalla cessazione della concessione", il Collegio osserva:

- che la norma non esclude l'esercizio del potere di riscatto, ma disciplina i rapporti tra la concessionaria e il Comune successivi all'esercizio dello stesso;
- che, tuttavia, stante il divieto medio tempore intervenuto, ad opera del D.Lgs. n. 164/00, di gestione diretta del servizio da parte dell'ente locale, la clausola predetta deve ritenersi oggi in contrasto con una superiore norma imperativa. Di conseguenza trova applicazione l'art. 1419 comma 2 del Codice Civile secondo cui le clausole contrattuali contrarie a norme imperative sono colpite da nullità e vengono di diritto automaticamente sostituite da quelle rinvenibili nella disciplina normativa generale.

Legittimamente, pertanto, il Comune diha esercitato il diritto di riscatto contrattualmente previsto e salvaguardato attraverso il combinato disposto degli artt. 15 comma 5 del D.Lgs. 164/2000 e 1 comma 69 della Legge n. 239/04, al fine di riaffidare il servizio attraverso pubblica gara (unica possibilità oggi ammessa).

Del resto, come ha osservato la Corte Costituzionale con la sentenza richiamata al precedente punto 2, se il riscatto diviene necessariamente strumentale all'espletamento di una gara, il titolare del pregresso rapporto, potendo parteciparvi senza limitazioni (art. 15 comma 10 del D.Lgs. n. 164/00), gode di un'opportunità che, nel caso della riassunzione in proprio del servizio da parte dell'ente concedente, gli era preclusa, come gli era preclusa qualora il comune avesse riaffidato il servizio a soggetti terzi senza procedure ad evidenza pubblica secondo le norme in vigore alla data di adozione della convenzione qui invocata (7.10.1985).

4. Con il terzo motivo del ricorso n. 148/07, viene dedotta violazione delle garanzie partecipative di cui alla Legge n. 241/90 per omessa comunicazione di avvio del procedimento di riscatto, nonché difetto di

motivazione in ordine alle deduzioni procedurali della ricorrente trasmesse all'Amministrazione con nota del 22.11.2006.

La censura non può essere condivisa e al riguardo va osservato che la formale comunicazione di avvio del procedimento, benché non necessaria nel caso in esame stante la garanzia partecipativa offerta dalla comunicazione di preavviso di riscatto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28.3.2008 n. 1299; idem 7.7.2005 n. 3748), è stata comunque fornita alla ricorrente con nota in data 7.11.2006. Tale informativa contiene tutti gli elementi di cui all'art. 8 della Legge 241/1990. Di conseguenza la censura è destituita di fondamento in punto di fatto.

In relazione al secondo profilo, riguardante la pretesa omessa valutazione delle deduzioni procedurali della ricorrente in data 22.11.2006, va richiamato l'ormai costante orientamento giurisprudenziale secondo cui: "l'obbligo di esame delle memorie e dei documenti difensivi ex art. 10 della legge n. 241/1990 non impone un'analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, sufficiente essendo un iter motivazionale che renda nella sostanza percepibile la ragione del non adeguamento alla traiettorie difensive e ne attesti la relativa consapevolezza" (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 11.4.2006 n. 1999).

Il Collegio osserva, al riguardo, che la delibera consiliare 29.11.2006 n. 92 contiene un'analitica esposizione delle ragioni di fatto e giuridiche che hanno determinato la decisione impugnata; ragioni in evidente contrasto e del tutto incompatibili con le argomentazioni dedotte dalla ricorrente con la richiamata nota del 22.11.2006. Appare quindi evidente il presupposto logico/giuridico seguito dall'Amministrazione che implicitamente confuta l'opposto presupposto logico/giuridico sostenuto dalla ricorrente.

Le ulteriori questioni evidenziate dalla stessa ricorrente concernenti il personale da assumere, la corresponsione del mancato profitto, il VRD per l'anno termico 2004-2005 e la consistenza dei beni costituenti il sistema distributivo comunale, rappresentano elementi informativi che riguardano l'attività istruttoria finalizzata alla materiale riacquisizione del servizio da parte dell'ente locale ad esaurimento del rapporto con il gestore uscente; attività quindi successiva ed esecutiva della delibera in oggetto.

5. Con ulteriore ed articolato motivo viene dedotta violazione dell'art. 15 comma 5 del D.Lgs. 164/2000, del T.U. n. 2578/25, del D.P.R. n. 902/86, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti e sviamento, sotto i seguenti profili: a) erronea determinazione dell'importo da riconoscere al gestore uscente a titolo di rimborso per il riscatto anticipato; b) erronea determinazione delle risorse previste per far fronte alle obbligazioni nei confronti del gestore uscente e carenza di relativa copertura finanziaria.

La censura non può essere condivisa.

In primo luogo va affermando che le controversie tra le parti di tipo puramente economico, concernenti questioni conseguenti all'esercizio del riscatto, esulano dalla giurisdizione di questo giudice per effetto dei principi affermati dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 204 del 5-6 luglio 2004 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16.10.2006 n. 6133; idem 15.12.2005 n. 7124).

Per quanto riguarda i dedotti profili di illegittimità che si rifletterebero sulla deliberazione impugnata per effetto di carenze istruttorie e omissioni motivazionali evidenziate attraverso la censura in esame, va premesso che sia convenzione del 1967, che quella del 1985, contemplano la facoltà di riscatto richiamando la disciplina di cui al T.U. 15.10.1925 n. 2578.

La predetta disciplina stabilisce che il riscatto deve essere sempre preceduto dal preavviso di un anno (art. 24 comma 3). La relativa disciplina regolamentare (D.p.r. n. 902/86) dispone che la volontà di avvalersi della facoltà di riscatto deve risultare da una deliberazione del consiglio adottata con la maggioranza dei consiglieri in carica, ed inoltre che entro trenta giorni dalla predetta deliberazione l'ente concedente deve notificare al concessionario l'atto di preavviso a mezzo dell'ufficiale giudiziario o, se il destinatario ha il domicilio nel comune, a mezzo del messo di conciliazione oppure del messo comunale. Il preavviso è comunque valido anche se la deliberazione non è ancora esecutiva (art. 9).

La normativa citata tiene quindi distinta la volontà dell'ente di riscattare il servizio, con ciò assumendo la titolarità dello stesso attraverso la maggioranza qualificata prevista dall'art. 2 del D.p.r. n. 902 del 1986, dal preavviso rivolto al concessionario allo scopo di consentire allo stesso la dismissione del servizio entro un termine ragionevolmente lungo.

Il fatto che la legge tenga distinti questi due aspetti non esclude che entrambi possano confluire nella medesima deliberazione consiliare.

Nel caso in esame la deliberazione n. 92/2006 contiene non solo le motivazioni che hanno indotto l'Amministrazione a riscattare il servizio, ma anche tutte le valutazioni in merito alla riassunzione dello stesso, compresi gli aspetti relativi alla consistenza dell'impianto (da meglio definirsi attraverso perizia tecnica successiva alla determinazione dell'esatto stato di consistenza), alla cifra stimata per i rimborsi al gestore uscente e al reperimento delle relative risorse finanziarie (introiti dal canone di affidamento del servizio ed eventuale accensione di mutuo).

La volontà consiliare dell'ente risulta quindi compiutamente formata attraverso la predetta deliberazione, che reca altresì le valutazioni circa i termini consentiti per l'esercizio del riscatto stabiliti dall'art. 24 del R.d. n. 2578 del 1925.

La sopra esposta conclusione risulta confermata da quanto dispone l'art. 11 del D.p.r. 902 del 1986, secondo cui: "Quando l'indennità di riscatto come sopra determinata risulti superiore a quella presunta, il consiglio comunale provvede al finanziamento della differenza con deliberazione adottata con la maggioranza di cui all'art. 2".

Appare quindi evidente che la deliberazione di cui al precedente art. 9, contenente la volontà di procedere al riscatto, cui segue la notifica del preavviso, assume una propria autonoma valenza provvedimentale oggetto di successiva deliberazione consiliare, sempre a maggioranza qualificata, solo nel caso in cui si riscontri la differenza fra l'indennità ipotizzata al momento di avvio della procedura e l'indennità definitivamente determinata a conclusione della stessa. In caso contrario la legge non impone alcuna specifica deliberazione confermativa, tantomeno a maggioranza qualificata, trattandosi di porre in essere solo provvedimenti esecutivi della volontà consiliare; provvedimenti di competenza di organi diversi quali il sindaco, la giunta e i funzionari dirigenti, in ossequio al principio contenuto nell'art. 42 del D.Lgs. n. 267 del 2000 che riserva al consiglio i soli poteri di indirizzo e di controllo-

politico amministrativo con competenze limitate alle materie specificatamente elencate dal predetto articolo, riservando ad organi diversi la successiva attività gestionale e attuativa.

L'attività istruttoria che ha sostenuto la decisione consiliare qui impugnata risulta pertanto sufficiente per quanto concerne i profili di competenza dell'organo di indirizzo politico-amministrativo, poiché l'esatta definizione di tutti gli aspetti esecutivi ed economici di dettaglio è rimessa ad atti successivi di competenza di organi diversi.

6. Con il quinto motivo contenuto nel ricorso n. 148/07 viene dedotta violazione dell'art. 1 comma 69 della Legge n. 239/04, della Legge n. 241/90, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà e violazione del principio di affidamento, poiché la delibera impugnata è in contrasto con la precedente delibera consiliare n. 16/05 con cui veniva concessa la proroga del periodo transitorio fino al 31.12.2008.

La censura è infondata e al riguardo di Collegio osserva che la delibera consiliare 23.3.2005 n. 16 veniva adottata prima che l'art. 23 del D.L. 30.12.2005 n. 273 (convertito nella Legge 23.2.2006 n. 51) prorogasse ex lege il termine finale del periodo transitorio (previsto dall'art. 15 comma 5 del D.Lgs. n. 164/00) fino al 31.12.2007 con automatico prolungamento fino al 31.12.2009 qualora si verificasse almeno una delle condizioni indicate al comma 7 del medesimo articolo 15. Di ciò viene espressamente dato atto nella delibera impugnata.

Essendo mutati gli elementi temporali di riferimento che spinsero il Comune di Castiglione delle Stiviere ad adottare la predetta delibera n. 16/2005, non si rilevano elementi di contraddizione tra la stessa e la successiva decisione di esercitare il riscatto a fronte delle proroghe intervenute ex lege.

7. Viene ulteriormente dedotta violazione degli artt. 24 del R.D. n. 2578/24 e 3 del D.P.R. n. 902/86, nonché eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, poiché la deliberazione impugnata non reca indicazioni circa l'assunzione del personale addetto al servizio.

La censura non può essere condivisa.

Sulla questione del passaggio del personale nella transizione dalla vecchia gestione a quella nuova, la Sezione ha già osservato che il subentro del nuovo affidatario nei rapporti in corso è limitato ai casi previsti dall'art. 14 comma 8 del D. Lgs. 164/2000 e che non risulta essere coerente con la normativa di settore, e neppure ragionevole, "... che il gestore subentrante si accolli obbligazioni estremamente onerose come quelle relative al personale del gestore uscente. Il peso che ne deriverebbe costituisce un ostacolo alla concorrenza, in quanto disincentiverebbe la partecipazione alle gare a beneficio del gestore uscente, per il quale non vi sarebbe alcun aggravio nei costi organizzativi essendo il personale già alle proprie dipendenze" (cfr. TAR Brescia 2.2.2007 n. 98; idem 29.3.2005 n. 205).

Peraltro la disciplina contenuta nell'art. 3 del DPR 902/1986, che prevede il passaggio alle dipendenze dei comuni del personale delle società concessionarie, è riferita all'ipotesi in cui la concessione sia sostituita dall'assunzione diretta del servizio da parte degli enti locali, mentre quando l'assunzione diretta è vietata - come nel settore della distribuzione del gas - e ad un soggetto economico ne subentra un altro scelto tramite gara, la situazione è radicalmente diversa, perché ogni imprenditore dispone di una propria organizzazione che gestisce in piena autonomia.

L'odierno Collegio non intravede elementi per discostarsi dal predetto orientamento che ha trovato conferma da parte del Giudice d'appello (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, Disp. 9.4.2008 n. 296).

8. Con l'ultimo motivo contenuto nel ricorso n.148/07 viene dedotta violazione degli artt. 24 del R.D. n. 2578/24 e 8 del D.P.R. n. 902/86, nonché eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, travisamento dei presupposti e sviamento, poiché il computo dei termini per il riscatto è avvenuto tenendo conto della convenzione di affidamento del servizio stipulata nell'anno 1967 anziché della successiva convenzione novativa stipulata in data 7.10.1985.

In particolare la ricorrente deduce:

- che la convenzione del 1967 era stata stipulata con un concessionario diverso e per un oggetto diverso;
- che la società aveva poi ceduto la sola proprietà delle reti alla società
- che la convenzione del 1985 veniva stipulata da quest'ultima società con effetto sostitutivo ed abrogativo della precedente convenzione del 1967;
- che la nuova convenzione del 1985 ha avuto effetto dalla data della prima erogazione del nuovo combustibile (metano) avvenuta in data 9.9.1986;
- che, di conseguenza, i termini di riscatto di cui all'art. 24 del R.D. n. 2578/24 maturano solo il giorno 9.9.2011 (con preavviso entro il giorno 8.9.2010).

La censura è infondata.

Occorre richiamare, al riguardo, l'art. 8 del D.P.R. n. 902/86 il quale stabilisce che:

"Nell'ipotesi in cui i comuni intendano avvalersi della facoltà di riscatto dei servizi affidati in concessione all'industria privata la data di effettivo inizio dell'esercizio della concessione stessa è quella risultante dall'atto di concessione o da atti di natura certa. In mancanza, l'inizio dell'esercizio predetto decorre dal centottantesimo giorno successivo alla stipula del contratto di concessione o di appalto.

Nel caso di proroga o di rinnovo della concessione, ovvero in caso di mutamento del titolare della concessione, la data di inizio dell'esercizio, ai fini del riscatto, rimane quella della prima concessione anche se sono intervenute modificazioni ai patti d'esercizio".

Il secondo comma del predetto articolo prevede espressamente che, in caso di novazioni oggettive e soggettive del primo rapporto convenzionale, le stesse siano ininfluenti ai fini della determinazione della data di inizio dell'esercizio. Correttamente, pertanto, il Comune ha fatto riferimento all'effettiva data di inizio del servizio di distribuzione del gas sul proprio territorio (1.1.1968), indipendentemente dal fatto che, medio tempore, sono mutati il titolare della concessione e la tipologia di gas distribuito (da GPL a metano).

9. Il ricorso n.148/07 è quindi infondato e va respinto unitamente al successivo ricorso per motivi aggiunti con cui viene impugnata la delibera di Consiglio Comunale 3.4.2007 n. 17, recante indirizzi per

l'affidamento del servizio di distribuzione del gas mediante gara a rilevanza comunitaria, essendo sostenuto solo da vizi di legittimità derivata dagli atti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio.

10. Occorre ora esaminare il ricorso iscritto al n. 175/08 proposto contro il bando di gara per l'affidamento del servizio in oggetto.

11. Vanno innanzi tutto dichiarati infondati i motivi di cui ai nn. da 1 a 8, poiché ripropongono, nella sostanza, le medesime doglianze di cui al ricorso n. 148/07.

12. Con il primo motivo dedotto in via autonoma con il ricorso n. 175/08, la ricorrente lamenta violazione dell'art. 15 comma 5 del D.Lgs. 164/2000, del R.D. n. 2578/24, del D.P.R. n. 902/86, dell'art. 42 della Costituzione, dell'art. 832 del Codice Civile e degli obblighi convenzionali, nonché eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, poiché la procedura di riscatto anticipato del servizio non si è perfezionata attraverso la deliberazione definitiva di riscatto contenente la determinazione di tutti gli aspetti economici della vicenda.

In punto di fatto il Collegio osserva che la delibera consiliare n. 92/06 contiene, al punto n. 2 del dispositivo, la chiara volontà di esercitare il diritto di riscatto con effetto dal giorno 31.12.2007. Detta deliberazione non può quindi essere interpretata come semplice manifestazione di intenti diretta a fornire, al gestore, il semplice preavviso di riscatto.

In punto di diritto la censura è infondata per le ragioni illustrate nel precedente punto 5.

Legittimamente, pertanto, l'esercizio del diritto di riscatto è stato incorporato nella delibera di preavviso, stante che il provvedimento in questione contiene inequivoca espressione della volontà dell'ente di procedere, effettivamente e definitivamente, al riscatto anticipato del servizio con effetto dal 31.12.2007. Detto provvedimento risulta completo di tutte le indicazioni e prescrizioni che le specifiche circostanze richiedevano, salva la possibilità di pervenire a determinazioni attuative e di dettaglio attraverso atti successivi.

Di conseguenza non deve necessariamente far seguito alla delibera consiliare n. 92/2006 alcun provvedimento di conferma che, peraltro, la legge espressamente non prevede (cfr. Cons. Stato Sez. V, 28.3.2008 n. 1299).

13. Con il secondo motivo dedotto di autonoma viene denunciata violazione dell'art. 24 del R.D. n. 2578/24 e dell'art. 3 del D.P.R. n. 902/86, nonché eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, in quanto la *lex specialis* di gara non specifica che il gestore entrante dovrà sostituirsi nei contratti attivi e passivi in corso con il gestore uscente.

La censura è infondata per le ragioni illustrate nel precedente punto 7.

14. La ricorrente deduce, sotto altro profilo, violazione dell'art. 14 comma 1 del D.Lgs. 164/2000, dell'art. 46-bis commi 1 e 3 del D.L. n. 159/07 convertito della legge n. 222/07, poiché non risultano essere stati emanati i criteri di gara e di valutazione dell'offerta. Inoltre non sono stati determinati gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare.

La censura non può essere condivisa.

Va innanzitutto osservato che il predetto art. 46-bis contiene rilevanti innovazioni per quanto riguarda l'attività di distribuzione del gas. Dalla possibilità, per i comuni, di affidare il servizio in forma associata, già prevista dall'art. 14 comma 1 del D. Lgs. n. 164/2000, si passa alla creazione di bacini ottimali di utenza al fine di soddisfare l'esigenza di razionalizzazione della rete per quanto riguarda la programmazione degli investimenti, la riduzione dei costi per gli utenti e il raggiungimento di livelli minimi di qualità del servizio. Alla creazione di detti bacini segue lo svolgimento di gare riferite ad un ambito territoriale minimo.

Con questa logica di larga scala pare essere coerente la necessità di predisporre criteri standard e generalizzati di gara e di valutazione dell'offerta in attuazione degli indirizzi di cui dall'art. 14 comma 6 del D. Lgs. n. 164/2000 ("Nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza, la gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese concorrenti. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio").

La Sezione ha tuttavia recentemente affrontato funditus la questione della portata applicativa del predetto art. 46-bis, giungendo alla conclusione che non appare sostenibile la tesi del blocco delle gare fino alla creazione degli ambiti territoriali minimi. Di conseguenza non sussiste alcuna necessità pratica per cui si debba evitare lo svolgimento degli affidamenti a livello comunale in attesa della definizione degli ambiti territoriali minimi (cfr. TAR Brescia 27.5.2008 n. 566). Detta conclusione è stata ribadita da questa Sezione con successiva sentenza 29.5.2008 n. 582, secondo cui: "Poiché i termini previsti al comma 3 hanno natura ordinatoria - in assenza di elementi a favore della perentorietà - i principi di apertura al mercato e di promozione della concorrenza inducono il Collegio a ritenere che, fino all'attuazione delle linee di indirizzo impartite, i Comuni possano comunque indire gare pubbliche per l'affidamento medio tempore del servizio. Dopo l'attuazione delle disposizioni citate potranno essere indette le procedure selettive per l'individuazione del gestore unico del singolo ambito, tenendo conto dell'assetto a quel tempo vigente con clausole idonee a garantire i soggetti affidatari che hanno effettuato investimenti".

L'odierno Collegio non rileva elementi per discostarsi dal suo sopra indicato orientamento.

Di conseguenza il singolo comune può legittimamente bandire la propria procedura ad evidenza pubblica di affidamento del servizio anche in assenza dei criteri di gara e di valutazione dell'offerta di cui al richiamato art. 46-bis comma 1 del D.L. n. 159/07 convertito della legge n. 222/07 purché, ovviamente, siano rispettati i principi di cui dall'art. 14 comma 6 del D. Lgs. n. 164/2000. Allo stesso modo non osta la previa identificazione dei bacini ottimali di utenza.

15. Relativamente agli specifici criteri di aggiudicazione individuati dal Comune di, la ricorrente deduce violazione dell'art. 14 del D.Lgs. 164/2000 nonché eccesso di potere per erroneità dei presupposti e impossibilità di corretta formulazione dell'offerta economica, poiché il bando indica un erroneo valore del VRD superiore a quello relativo all'anno termico 2007.

La censura è infondata.

Il Collegio osserva che, indipendentemente dal valore del VRD indicato nel bando di gara (tra l'altro successivamente rettificato dalla stazione appaltante, sulla base delle rielaborazioni sollecitate proprio dalla ricorrente, e comunicato a tutti i partecipanti alla gara con nota del 22.2.2008), il criterio di aggiudicazione n. 5 (canone di affidamento) deve essere espresso in forma di percentuale, fissa e invariabile, del margine di distribuzione; margine corrispondente, in termini preventivi, al valore noto di VRD.

Gli offerenti, quali imprese operanti nel settore, hanno quindi la possibilità di proporre le loro offerte con cognizione di causa, sia valutando l'attendibilità della stima di VRD indicata dal Comune, sia valutando la congruità delle relative offerte.

Al riguardo questa Sezione ha già affermato la legittimità di canoni di gestione corrispondenti ad elevate percentuali del VRD (reale) le quali, tuttavia, essendo collocate ai limiti posti dalla regolamentazione tariffaria, imporrebbero la successiva verifica di anomalia (cfr. TAR Brescia 29.3.2005 n. 205).

Non si può escludere a priori che l'offerta economica risulti effettivamente vantaggiosa per il Comune e, nello stesso tempo, idonea a garantire una sufficiente qualità del servizio (cfr. TAR Brescia 27.5.2008 n. 566).

16. Sotto ulteriore profilo, viene dedotta violazione dell'art. 14 comma 8 del D.Lgs. 164/2000, della Delibera n. 237/00 dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nonché eccesso di potere per erroneità dei presupposti e impossibilità di corretta formulazione dell'offerta economica, poiché il bando impone, a pena di esclusione, l'obbligo di ammortamento integrale delle opere realizzate entro il termine di affidamento del servizio (12 anni);

Anche l'odierna censura è infondata.

Si tratta di una questione ripetutamente affrontata dalla Sezione che è pervenuta a conclusioni da cui questo Collegio non ha elementi per discostarsi.

L'ammortamento accelerato rappresenta effettivamente una deviazione rispetto allo schema normativo previsto dall'art. 14 comma 8 del D.Lgs. n. 164/2000 (investimento iniziale - recupero parziale del costo del capitale tramite tariffa - traslazione sul gestore subentrante dell'onere residuo dell'ammortamento) che, tuttavia, può essere considerata illegittima solo quando determini, in concreto, risultati anticoncorrenziali. Da un lato infatti questo vincolo costringe i concorrenti a inserire in offerta un piano di investimenti ridotto (con minori possibilità di aggiudicazione) o a finanziare l'ammortamento in modo improprio attraverso altre voci della tariffa (con il risultato di poter offrire come canone annuo una minore percentuale del VRD o con il rischio di formulare un'offerta antieconomica). Dall'altro bisogna però riconoscere che l'ammortamento accelerato impedisce al gestore di appropriarsi di tutti i benefici dell'investimento (impianto nuovo o ammodernato) scaricando sul soggetto subentrante una parte cospicua dei costi del capitale, ed evita inoltre che i residui di ammortamento trasformandosi in una "tassa di ingresso" riducano il numero dei partecipanti alla gara successiva. Si può quindi ritenere che la discrezionalità dell'amministrazione sia correttamente esercitata quando la soluzione indicata nel bando procura i vantaggi dell'ammortamento accelerato evitando o riducendo i relativi inconvenienti (cfr. TAR Brescia 10 febbraio 2006 n. 183). Di conseguenza

la natura antieconomica dell'ammortamento accelerato non può essere presunta ma deve essere dimostrata in relazione alle caratteristiche di ogni singolo impianto (cfr., da ultimo, TAR Brescia 27.5.2008 n. 566 e TAR Brescia 2.2.2007 n. 98 confermata da Cons. Stato, Sez. V, Disp. 9.4.2008 n. 296).

17. Con il sesto motivo dedotto autonomamente nel ricorso n. 175/08, viene denunciata violazione dell'art. 14 comma 6 del D.Lgs. 164/2000, della Direttiva 98/30/CE, dell'art. 46-bis del D.L. n. 159/07 convertito della legge n. 222/07, poiché il bando attribuisce all'offerta economica un valore eccessivamente sproporzionato (78/100 punti) rispetto all'offerta qualitativa (22/100).

La doglianza è infondata.

Come già ricordato, l'art. 14 comma 6 del D. Lgs. n. 164/2000 dispone che "Nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza, la gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese concorrenti. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio". È evidente che il legislatore non ha inteso dare indicazioni dettagliate sul rilievo da attribuire ai singoli elementi che compongono le offerte, per cui l'Ente concedente dispone di ampi margini di apprezzamento nel bilanciare il peso dei parametri valutativi, con il solo limite della ragionevolezza delle scelte effettuate circa il dosaggio dei punteggi da assegnare alle singole voci che concorrono alla selezione della migliore proposta (cfr. TAR Brescia n. 98/07 cit.; TAR Lombardia Milano, Sez. III, 14.10.2005 n. 3793).

Nel caso in esame va osservato che l'offerta valutabile sotto il profilo prettamente economico, per la quale sono previsti complessivamente 78/100 punti, si articola in 5 parametri, ciascuno dotato di una propria autonomia, tra cui prevale il n. 5 (canone annuo di affidamento), per il quale sono previsti 65/100 punti. La complessiva offerta economica di ciascun concorrente non potrà tuttavia spingersi oltre una certa soglia (in ribasso), per cui l'effettiva differenza tra le diverse offerte economiche non potrà corrispondere all'intera fascia di riferimento (da 0 a 78 punti). Di conseguenza potrebbe emergere una situazione di sostanziale appiattimento tra le offerte economiche o comunque differenze tra le stesse entro margini molto più contenuti.

Gli ulteriori 22/100 punti, attribuiti rispettivamente per il "piano investimenti per lo sviluppo e il potenziamento della rete" (punti 12) e per le "condizioni per gli allacciamenti e il servizio agli utenti" (punti 10), potrebbero effettivamente risultare determinanti ai fini dell'aggiudicazione.

Tanto è vero che la ricorrente ha sollevato una specifica censura (che si analizzerà di seguito nel merito) in relazione ai 3/100 punti previsti per l'attivazione dello sportello utenti, a dimostrazione che anche un minimo punteggio (di natura qualitativa) potrebbe fare la differenza in relazione all'effettivo svolgimento della gara.

18. Con l'ultimo motivo dedotto di autonoma nel ricorso n. 175/08, viene denunciata violazione degli art. 14 e 21 del D.Lgs. 164/2000 nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento, poiché

il bando contempla, tra gli elementi oggetto di valutazione dell'offerta, l'apertura di uno sportello utenti non pertinente con l'attività di distribuzione del gas oggetto di gara.

Anche l'odierna censura è infondata.

Al riguardo è sufficiente osservare, come evidenziato dal Comune, che nulla vieta alla stazione appaltante di chiedere prestazioni qualitative che si ripercuotono a diretto vantaggio degli utenti, come un sportello appositamente dedicato.

Del resto la stessa ricorrente ammette che anche l'attività di distribuzione è comunque caratterizzata da rapporti con i clienti finali, per lo meno sotto il profilo della segnalazione di anomalie sul sistema distributivo.

Se il Comune pretende una organizzazione aggiuntiva, rispetto alla mera attivazione di un servizio di ricezione delle chiamate telefoniche, di ciò potrà tenere conto l'offerente calibrando la propria offerta economica in ragione dei corrispondenti oneri.

19. In conclusione anche il ricorso n. 175/08 deve essere respinto.

Sentenza n. 662/2008 (Estratto del dispositivo)

"...1. Il Comune diha concesso il servizio di distribuzione del gas naturale a mediante una convenzione stipulata il 18 luglio 1980. La durata della concessione è stata fissata in 29 anni a partire dal 1 gennaio successivo alla prima erogazione e dunque la scadenza contrattuale avrebbe dovuto intervenire il 1 gennaio 2011. A seguito di modifiche societarie al concessionario iniziale è poi subentrata la ricorrente

2. A conclusione di un procedimento iniziato con la comunicazione di avvio del 12 ottobre 2006 il Comune ha approvato la deliberazione consiliare n. 45 del 22 ottobre 2007, con la quale ha deciso di affidare tramite gara il servizio di distribuzione del gas naturale una volta scaduto il termine finale ex lege della concessione in atto.

3. Il punto di riferimento della decisione del Comune è la disciplina del periodo transitorio introdotta dall'art. 23 comma 1 del DL 30 dicembre 2005 n. 273, norma che ha prorogato la durata residua delle concessioni non precedute da gara fissata originariamente dall'art. 15 commi 5 e 7 del Dlgs. 23 maggio 2000 n. 164. In particolare il termine finale è stato automaticamente spostato dal 31 dicembre 2005 al 31 dicembre 2007 per tutti i gestori uscenti e ulteriormente dilatato dal 31 dicembre 2007 al 31 dicembre 2009 nel caso in cui il gestore uscente si trovi in una delle condizioni indicate dall'art. 15 comma 7 del Dlgs. 164/2000. Si tratta di condizioni che premiano l'incremento della massa critica aziendale o la privatizzazione del capitale: a) fusione societaria con raddoppio dell'utenza complessiva; b) incremento dell'utenza a oltre 100.000 clienti finali, o del gas naturale distribuito a oltre 100 milioni di metri cubi all'anno, ovvero dell'ambito territoriale fino a una dimensione corrispondente almeno all'intero territorio provinciale; c) apertura di almeno il 40% del capitale sociale al capitale privato. In

base all'art. 23 comma 2 del DL 273/2005 i termini così prorogati possono essere ulteriormente estesi di un anno con una scelta discrezionale del comune concedente per comprovate e motivate ragioni di pubblico interesse. Thüga Orobica srl ricade nell'ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 15 comma 7 del Dlgs. 164/2000 in quanto il gas naturale distribuito supera la soglia di 100 milioni di metri cubi all'anno.

4. Premesso questo quadro normativo il Comune con la citata deliberazione consiliare n. 45/2007 ha individuato la scadenza ex lege della concessione al 31 dicembre 2009 e ritenendo non vantaggioso il prolungamento del rapporto per un ulteriore anno ha adottato gli indirizzi per l'affidamento del servizio tramite gara. Al gestore uscente, come previsto dall'art. 15 comma 5 del Dlgs. 164/2000, è stato riconosciuto il rimborso calcolato con i criteri di cui all'art. 24 lett. a)-b) del RD 15 ottobre 1925 n. 2578, ossia: a) valore industriale residuo dell'impianto (costo di ricostruzione a nuovo meno valore di deperimento); b) detrazione dei contributi versati al gestore dal comune concedente oppure dai privati per l'estensione della rete e per i singoli allacciamenti. Il valore del rimborso è stato calcolato in € 530.545 (da ridurre ulteriormente scomputando i contributi per l'estensione della rete versati dai privati in alcune lottizzazioni ancora oggetto di verifica) a fronte di una richiesta di pari a € 1.865.784,94. Il Comune ha comunque stabilito di accollarsi l'onere del rimborso, esonerando così il nuovo gestore, e di sostenere la relativa spesa con il canone di concessione, il cui importo è stato stimato in € 114.198 per ciascun anno.

5. Sulla base della deliberazione consiliare n. 45/2007 (notificata alla ricorrente il 4 dicembre 2007) il responsabile del Settore Tecnico-Manutentivo con determinazione n. 367 del 24 dicembre 2007 ha indetto una gara pubblica per l'affidamento del servizio di distribuzione per una durata di 12 anni e ha approvato il relativo bando. Nello specifico è stata scelta la procedura ristretta ex art. 220 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Assieme al bando sono stati approvati il contratto di servizio e la lettera di invito. Il bando è stato pubblicato sulla GUCE del 28 dicembre 2007. Il termine per il ricevimento delle domande di partecipazione è stato fissato all'11 febbraio 2008.

6. Nella lettera di invito, tra i criteri di aggiudicazione, sono inserite alcune disposizioni che rilevano nel presente giudizio: da un lato è previsto (pag. 9) che non saranno considerati ai fini del punteggio relativo all'offerta economica gli investimenti qualificabili come costi di gestione (allacciamenti o contatori di utenza), dall'altro è stabilito (pag. 11) che nell'esame dell'offerta tecnica non saranno valutati gli investimenti che fanno parte degli obblighi contrattuali del gestore nonché quelli che non siano ritenuti utili, ed è inoltre previsto che alla migliore offerta tecnica non sia necessariamente attribuito il punteggio massimo disponibile.

7. Prima della pubblicazione del bando sulla GUCE, e anche prima della notifica adella deliberazione consiliare n. 45/2007, è intervenuta una rilevante innovazione legislativa che ha inciso sulla disciplina del periodo transitorio. Precisamente la legge 29 novembre 2007 n. 222 (in vigore dal 1 dicembre 2007), nel convertire il DL 1 ottobre 2007 n. 159 (Interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale), ha inserito l'art. 46-bis contenente "disposizioni in materia di concorrenza e qualità dei servizi essenziali nel settore della distribuzione del gas". In seguito l'art. 2 comma 175 della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (Legge finanziaria 2008) ha nuovamente variato la disciplina sostituendo il comma 3 dell'art. 46-bis del DL 159/2007, modificando il comma 4 e aggiungendo il comma 4-bis.

8. Nella versione originaria l'art. 46-bis del DL 159/2007 ha definito la seguente procedura di liberalizzazione del mercato della distribuzione del gas naturale:

a) con decreto interministeriale, sentita la Conferenza unificata e su parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG), sono individuati entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, tenendo conto, oltre che delle condizioni economiche offerte, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, e dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti (comma 1);

b) con decreto interministeriale, su proposta dell'AEEG e sentita la Conferenza unificata, sono determinati gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, a partire da quelli tariffari, secondo l'identificazione di bacini ottimali di utenza, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi, e sono individuate misure per l'incentivazione delle relative operazioni di aggregazione (comma 2);

c) al fine di incentivare le operazioni di aggregazione di cui al comma 2, sono prorogati di due anni i termini del 31 dicembre 2007 e del 31 dicembre 2009 stabiliti dall'articolo 23 comma 1 del DL 273/2005 (comma 3);

d) a decorrere dal 1 gennaio 2008 i comuni interessati dalle nuove scadenze di cui al comma 3 possono incrementare il canone delle concessioni di distribuzione fino al 10% del vincolo sui ricavi di distribuzione (VRD) di cui alla delibera dell'AEEG n. 237 del 28 dicembre 2000 (comma 4).

9. Nel testo successivo alle modifiche introdotte dalla finanziaria 2008 la disciplina dell'art. 46-bis del DL 159/2007 conserva la precedente impostazione ma con alcuni aggiustamenti:

a) rimane la previsione secondo cui con decreto interministeriale, sentita la Conferenza unificata e su parere dell'AEEG, sono individuati entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, tenendo conto, oltre che delle condizioni economiche offerte, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, e dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti (comma 1);

b) rimane anche la previsione secondo cui con decreto interministeriale, su proposta dell'AEEG e sentita la Conferenza unificata, sono determinati gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, a partire da quelli tariffari, secondo l'identificazione di bacini ottimali di utenza, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi, e sono individuate misure per l'incentivazione delle relative operazioni di aggregazione (comma 2);

c) la finalità di incentivare le operazioni di aggregazione è invece perseguita secondo una diversa scansione temporale, ossia è previsto che la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione sia bandita per ciascun bacino ottimale di utenza entro due anni dall'individuazione del relativo ambito territoriale, la quale a sua volta deve avvenire entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione (comma 3);

d) è stata mantenuta la possibilità, a decorrere dal 1 gennaio 2008, di incrementare il canone delle concessioni di distribuzione in atto fino al 10% del VRD ma la previsione è ora riferita ai comuni interessati dalle nuove gare di cui al comma 3, fino al nuovo affidamento, e non più ai comuni interessati dalle nuove scadenze (comma 4);

e) infine è stata aggiunta una disposizione che, a decorrere dal 1 gennaio 2008, estende alle gare per il servizio di distribuzione del gas naturale, con l'eccezione della prima gara, il divieto di partecipazione di cui all'art. 113 comma 15-quater del Dlgs. 18 agosto 2000 n. 267 per i soggetti che gestiscono a qualunque titolo il servizio sulla base di un affidamento diretto (comma 4-bis).

10. In considerazione del nuovo quadro normativo ha impugnato la deliberazione consiliare n. 45/2007 e la determinazione n. 367 del 24 dicembre 2007 con ricorso notificato il 1 febbraio 2008 e depositato il 5 febbraio 2008. Le censure si possono sintetizzare come segue: a) violazione dell'art. 46-bis commi 3 e 4 (prima e seconda versione) del DL 159/2007, in quanto la durata della concessione del gestore uscente dovrebbe intendersi prorogata automaticamente al 31 dicembre 2011 o in alternativa sino al nuovo affidamento in esito alla gara unica per l'ambito territoriale in cui sarà inserito il Comune; b) violazione dell'art. 14 comma 7 del Dlgs. 164/2000, in quanto la gara sarebbe stata bandita con eccessivo anticipo rispetto alla scadenza del rapporto; c) violazione dell'art. 23 comma 2 del DL 273/2005, in quanto il Comune non avrebbe sufficientemente considerato l'utilità di una proroga annuale dopo la scadenza del 31 dicembre 2009 pur avendo prospettato una tale eventualità nella nota di avvio del procedimento del 12 ottobre 2006; d) fraintendimento dei presupposti, in quanto la gara si baserebbe su una stima irragionevolmente elevata del VRD e del canone sperato e sulla sottovalutazione del rimborso dovuto alla ricorrente in qualità di gestore uscente; e) violazione dell'art. 14 commi 8 e 9 e dell'art. 15 comma 5 del Dlgs. 164/2000, nonché dell'art. 5 della convenzione del 18 luglio 1980, in quanto l'accollo del rimborso da parte del Comune vanificherebbe il diritto di ritenzione dell'impianto previsto nei confronti del gestore subentrante; f) irragionevole esclusione di alcune voci dell'offerta e violazione dell'art. 83 comma 5 del Dlgs. 163/2006 e dell'art. 4 del DPCM 13 marzo 1999 n. 117, norme da cui si dovrebbe desumere il principio che nell'assegnazione del punteggio all'offerta migliore è attribuito il coefficiente 1 e a quella peggiore un coefficiente pari a zero. Sulla base dei medesimi presupposti di diritto è stata inoltre formulata richiesta di risarcimento danni.

11. Il Comune si è costituito in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso. Con la prima eccezione il Comune evidenzia che la procedura impugnata ha avuto inizio con la deliberazione consiliare n. 45/2007, approvata il 22 ottobre 2007, e dunque si sarebbe radicata in un momento anteriore all'introduzione dell'art. 46-bis del DL 159/2007 (che nella versione originaria è entrato in vigore il 1 dicembre 2007). Di qui l'intangibilità della gara rispetto alla normativa sopravvenuta. Questa tesi non appare condivisibile. Anche se l'atto iniziale della procedura è anteriore all'art. 46-bis del DL 159/2007 occorre tenere in considerazione diversi altri elementi. Innanzitutto il fatto che la posizione della ricorrente è particolarmente qualificata, in quanto si tratta del gestore uscente. Pertanto, in base al principio codificato nell'art. 21-bis della legge 7 agosto 1990 n. 241, la decisione di chiudere il rapporto al 31 dicembre 2009 e di non concedere la proroga di un anno poteva considerarsi definitiva solo con la notifica alla ricorrente, che è avvenuta il 4 dicembre 2007. Se quindi il Comune sostiene di aver fatto affidamento sulla disciplina anteriore, la ricorrente può contrapporre l'affidamento maturato sulla base della normativa in vigore alla data della notifica (e successive modifiche). Inoltre, come si è visto sopra

al punto 5, il bando di gara è stato approvato il 24 dicembre 2007 e pubblicato sulla GUCE in data 28 dicembre 2007. Il primo atto formalmente identificabile dalla generalità dei soggetti economici come inizio di una procedura di gara si colloca perciò nella vigenza della nuova disciplina. Infine, sotto un profilo più ampio, si osserva che l'indizione di una gara non è un fatto sufficiente da solo a impedire l'applicazione di una norma che proroga automaticamente (a data fissa o senza termine finale tassativo) i rapporti in corso. Proprio perché non si tratta di rapporti esauriti la proroga si collega all'ultimo momento del periodo transitorio e sposta in avanti il termine finale. È quindi necessario affrontare l'esame del primo motivo di ricorso che interpreta l'art. 46-bis del DL 159/2007 come una proroga automatica con cristallizzazione della posizione dei gestori uscenti.

12. In particolare nel primo motivo di ricorso si afferma che in base all'art. 46-bis commi 3 e 4 del DL 159/2007 la durata della concessione del gestore uscente dovrebbe intendersi prorogata automaticamente al 31 dicembre 2011 (prima versione della norma) o in alternativa sino all'affidamento al nuovo gestore in esito alla gara unica per l'ambito territoriale in cui sarà inserito il Comune (seconda versione della norma).

13. Preliminarmente si osserva che la prima pretesa della ricorrente, focalizzata sulla normativa in vigore tra il 1 e il 31 dicembre 2007, non può trovare accoglimento per la stessa ragione per cui non è condivisibile la tesi del Comune che risale alla normativa anteriore al 1 dicembre 2007. Come si è anticipato sopra al punto 11, la sola disciplina rilevante è quella che si collega al momento della scadenza del periodo transitorio e ne regola l'eventuale prosecuzione. Dunque non possono essersi consolidate aspettative in capo alla ricorrente circa la proroga al 31 dicembre 2011, sulla base della prima versione dell'art. 46-bis comma 3 del DL 159/2007, perché il passaggio dal 31 dicembre 2007 al 1 gennaio 2008 è regolato dalla legge 244/2007, ossia dalla seconda versione dell'art. 46-bis comma 3 del DL 159/2007.

14. A questo punto occorre verificare se la seconda versione dell'art. 46-bis comma 3 del DL 159/2007, in combinato con il resto della norma, sia interpretabile come una proroga senza termine finale tassativo e specularmente come un divieto per i comuni di sostituire i gestori uscenti attraverso gare bandite singolarmente. In proposito si osserva che dalla suddetta norma emergono tre indicazioni di difficile composizione, non solo per la scarsa chiarezza dell'articolato ma soprattutto perché corrispondono a obiettivi tra loro incompatibili, o compatibili solo in circostanze particolari. Le indicazioni sono: a) il principio di concorrenza, espressamente richiamato nella rubrica e nel comma 1; b) l'identificazione di bacini ottimali di utenza, prevista nei commi 2 e 3 e implicita nel richiamo ai livelli minimi di qualità dei servizi; c) l'incentivazione delle aggregazioni, parimenti prevista nei commi 2 e 3.

15. Il principio di concorrenza imporrebbe la chiusura immediata del periodo transitorio e l'indizione delle gare in tutti i comuni in cui la rete sia già presente e possa quindi essere affidata al soggetto economico in grado di svolgere il servizio con maggiore efficienza e costi minori. In proposito si osserva che questo TAR con ordinanza n. 963 del 4 agosto 2006 ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione della compatibilità della proroga ex art. 23 del DL 273/2005 (intesa come proroga automatica e generalizzata per tutti i gestori uscenti fino al 31 dicembre 2007 o a certe condizioni fino al 31 dicembre 2009) con gli art. 43, 49, 86 par. 1 del Trattato CE nonché con i principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Una seconda questione è stata contestualmente proposta in relazione ai condizionamenti che la proroga dell'attività di distribuzione potrebbe creare

nei confronti della liberalizzazione dell'attività di vendita del gas naturale prevista dal quarto, ottavo, decimo e diciottesimo considerando della direttiva 26 giugno 2003 n. 2003/55/CE, nonché dall'art. 23 par. 1 della medesima direttiva. La Corte ha svolto la discussione nell'udienza del 21 febbraio 2008 (causa C-347/06). Al momento non è ancora nota la sentenza ma sono disponibili le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale il 24 aprile 2008.

16. L'opinione della Corte di Giustizia sulla causa C-347/06 potrebbe certamente fornire indicazioni di notevole interesse per il problema generale del differimento delle gare a vantaggio dei gestori uscenti. Tuttavia l'esito di tale giudizio non è destinato a riflettersi direttamente sul ricorso in esame perché in questa sede si discute di una proroga successiva a quella del DL 273/2005 (il Comune non ha contestato il diritto della ricorrente a proseguire la propria attività fino al 31 dicembre 2009) e perché è sopravvenuto un elemento normativo nuovo rappresentato dalla creazione degli ambiti territoriali minimi e dei bacini ottimali di utenza, di cui occorre ora valutare la compatibilità con i principi comunitari. In proposito è utile richiamare, quale criterio interpretativo, le conclusioni dell'Avvocato Generale del 24 aprile 2008, secondo cui il mantenimento delle concessioni originariamente attribuite in assenza di una procedura di gara costituisce un ostacolo alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento, anche se lo scopo delle norme interne è quello di anticipare la scadenza contrattuale di tali concessioni. Peraltro secondo l'Avvocato Generale la proroga del periodo transitorio può essere giustificata da ragioni imperative di interesse generale tra cui quelle collegate alla certezza del diritto e alla stabilità dei rapporti giuridici.

17. La creazione di bacini ottimali di utenza può soddisfare l'esigenza di razionalizzazione della rete per quanto riguarda la programmazione degli investimenti, la riduzione dei costi per gli utenti e il raggiungimento di livelli minimi di qualità del servizio. Si tratta di obiettivi che in astratto sono compatibili con il diritto comunitario, in quanto possono assumere la dignità di ragioni imperative di interesse generale. La previsione di gare riferite a un ambito territoriale minimo è parimenti compatibile quando costituisce la conseguenza dell'individuazione di un bacino ottimale. Il sacrificio del principio di concorrenza (nella forma della libera prestazione di servizi e della libertà di stabilimento garantite dal diritto comunitario) deve però essere rigorosamente proporzionale all'utilità pubblica. Come già evidenziato nell'ordinanza di remissione n. 963/2006, non può essere ammesso un trattamento di favore generalizzato per tutti i gestori uscenti ma soltanto un insieme di deroghe all'obbligo della gara in presenza di problemi accertati o di esigenze dimostrabili. In proposito può essere richiamato il parere espresso l'8 novembre 2007 dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sul disegno di legge della prima versione dell'art. 46-bis del DL 159/2007. L'Autorità (v. in particolare i paragrafi 10-14) sottolinea da un lato che l'esigenza di favorire i fenomeni di aggregazione territoriale non giustifica il rinvio generalizzato di tutte le gare, e dall'altro che la creazione di ambiti territoriali minimi presenta difficoltà e rischi, in quanto potrebbe essere effettuata "in condizioni di asimmetria informativa del regolatore rispetto a realtà tecnico-economiche locali" e quindi non sulla base di esigenze tecniche ma per esigenze di mera semplificazione amministrativa. Queste ultime potrebbero invece essere soddisfatte anche solo con la formulazione di un bando-tipo a livello nazionale.

18. L'art. 46-bis del DL 159/2007, con riferimento tanto ai bacini ottimali quanto all'indizione di gare uniche per ciascun bacino, utilizza il concetto di incentivazione delle aggregazioni. In questo elemento può essere individuato un punto di equilibrio tra la tutela della concorrenza e le esigenze organizzative. Si osserva che se le aggregazioni sono incentivate non possono essere del tutto coattive. D'altra parte

non possono neppure essere del tutto facoltative, perché la possibilità per i comuni di affidare il servizio in forma associata era già prevista dall'art. 14 comma 1 del Dlgs. 164/2000. In realtà l'art. 46-bis del DL 159/2007 fissa una direttiva (costituire dei bacini ottimali) che vale per tutti i comuni ma interessa ciascun comune in modo diverso, in quanto, tenendo conto dei principi del diritto comunitario, l'obbligo di aderire a un ambito sovracomunale si giustifica solo se la gestione associata comporta maggiori benefici di quella singola. Il compito di individuare i parametri tecnici dell'efficienza della gestione associata è attribuito all'AEEG, che in effetti ha già iniziato una procedura di consultazione con la deliberazione n. 9 del 4 febbraio 2008. Il punto più complesso della procedura consiste nel passaggio, espressamente previsto nel comma 2 dell'art. 46-bis del DL 159/2007, dagli attuali ambiti tariffari ai bacini ottimali, che dovrebbero poi costituire gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare. Come chiarito dall'AEEG nella deliberazione n. 237/2000 (art. 3) l'ambito tariffario è formato dall'insieme delle località servite attraverso il medesimo impianto di distribuzione (peraltro nel caso di gestione associata l'ambito tariffario può coincidere con l'insieme delle località servite attraverso più impianti di distribuzione da uno o anche più esercenti). Sulla base di questo criterio, secondo quanto riferito dalla deliberazione dell'AEEG n. 9/2008, sono stati individuati a livello nazionale circa 2.150 ambiti tariffari. Poiché le tariffe dipendono in misura rilevante dalle dimensioni e dalle condizioni dell'impianto, la formazione di bacini ottimali presuppone la dimostrazione che la gestione associata non determina perdita di efficienza nel servizio e neppure aumento dei costi per gli utenti o diminuzione dei canoni per i comuni. In sintesi i parametri individuati dall'AEEG saranno vincolanti nei limiti di tale dimostrazione, perché diversamente non sarebbe giustificabile l'estensione a un comune di una disciplina meno vantaggiosa di quella che potrebbe ottenere affidando il servizio in modo autonomo. Per ristabilire la convenienza della gestione associata potranno peraltro intervenire le misure di incentivazione puntualmente definite dall'AEEG. In mancanza dei parametri e degli incentivi individuati dall'AEEG si deve presumere che ogni singolo comune dotato di un'idonea rete di distribuzione identificata come ambito tariffario costituisca attualmente il bacino ottimale di utenza e quindi l'ambito territoriale minimo per lo svolgimento delle gare.

19. Sulla base delle considerazioni svolte sopra ai punti 14-18 non appare sostenibile la tesi del blocco delle gare fino alla creazione degli ambiti territoriali minimi. In primo luogo infatti le soluzioni tecniche individuate dall'AEEG potrebbero non comportare un vincolo di gestione associata per tutti i comuni. Inoltre per l'individuazione degli ambiti e l'indizione delle gare sono previsti soltanto termini ordinatori e manca del tutto un termine finale certo per la cessazione delle gestioni attuali, il che si pone in diretto contrasto con i principi comunitari. Non vi è poi alcuna necessità pratica per cui si debba evitare lo svolgimento di gare a livello comunale in attesa della definizione degli ambiti territoriali minimi. Il procedimento di aggregazione può infatti avere luogo anche dopo che siano subentrati i nuovi gestori, tanto più se si considera che nelle gestioni associate (come si è visto sopra al punto 18) potrebbero operare, almeno temporaneamente, più gestori. Inoltre l'AEEG potrebbe individuare misure di incentivazione destinate ai gestori per compensare la conclusione anticipata del servizio.

20. Non si oppongono alla facoltà di svolgere immediatamente le gare all'interno degli attuali ambiti tariffari neppure gli ultimi due commi dell'art. 46-bis del DL 159/2007. Il comma 4, riguardante l'aumento del canone fino al 10% del VRD, è un indizio del fatto che le operazioni di aggregazione potrebbero slittare anche molto oltre i termini ordinatori previsti (determinando quindi l'esigenza di garantire ai comuni almeno una parte degli introiti tariffari che potrebbero essere ottenuti attraverso

la gara). Si tratta in definitiva di una compensazione per il tempo richiesto dalla formazione degli ambiti e non di un corrispettivo ex lege per il prolungamento del periodo transitorio. Il comma 4-bis fa esplicito riferimento alle gare svolte a partire dal 1 gennaio 2008. Queste gare sono individuate con rinvio non al comma 3 (dove sono regolate le gare per ambiti ottimali) ma al comma 1 (che tratta del bando-tipo nazionale). L'indicazione che ne deriva è che la fine del periodo transitorio non richiede necessariamente lo svolgimento di gare in forma associata.

21. Il secondo motivo di ricorso censura la violazione dell'art. 14 comma 7 del Dlgs. 164/2000 sul presupposto che la gara sarebbe stata bandita con eccessivo anticipo rispetto alla scadenza del rapporto. La tesi non appare condivisibile. Tenendo fermo il termine ultimo del 31 dicembre 2009 (non sottoposto a contestazione nel presente giudizio) si osserva che il bando di gara ha fissato l'ultimo giorno utile per la presentazione delle domande di partecipazione all'11 febbraio 2008. Secondo quanto previsto dall'art. 14 comma 7 del Dlgs. 164/2000 i comuni devono avviare la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento allo scopo di evitare soluzioni di continuità nella gestione del servizio. La norma ha quindi valutato che a regime una procedura media richiede almeno un anno. Nel caso in esame il tempo a disposizione è di quasi due anni. In concreto si tratta di un intervallo ragionevole se si considerano le difficoltà relative all'impostazione degli atti della prima gara e la complessità della normativa, a cui si collega il rischio di contenziosi giudiziari. Dal lato dei concorrenti l'anticipazione di qualche mese della presentazione dell'offerta non comporta disagi o complicazioni una volta che siano stati resi noti i dati sulla potenziale redditività dell'impianto e sugli investimenti necessari. In un settore sottoposto a regolazione e caratterizzato da affidamenti di notevole durata le garanzie circa l'economicità della gestione dipendono dalle decisioni dell'AEEG sul recupero dei costi all'interno della formula tariffaria, e dunque la distanza tra la data di formulazione dell'offerta e l'inizio dell'attività assume un rilievo minore rispetto ad altri tipi di servizio.

22. Nel terzo motivo di ricorso si lamenta la violazione dell'art. 23 comma 2 del DL 273/2005, norma che consente ai comuni di concedere discrezionalmente una proroga di un anno ai gestori uscenti per motivi di pubblico interesse. Secondo la ricorrente il Comune, dopo aver prospettato una tale eventualità nella nota di avvio del procedimento del 12 ottobre 2006, avrebbe deciso immotivatamente di rinunciare a questa opzione creando inoltre un ingiustificato aggravio procedimentale a causa di una seconda richiesta di deposito dello stato di consistenza dell'impianto. La tesi non appare condivisibile. Per quanto riguarda la reiterazione della richiesta dello stato di consistenza (punto 4 della deliberazione consiliare n. 45/2007) si osserva che la sua utilità consiste nell'aggiornamento dei dati utilizzati per il calcolo del rimborso dovuto al gestore uscente, e quindi alla stessa ricorrente. Il primo stato di consistenza riportava infatti la situazione esistente al 12 dicembre 2006 e sulla base di questi dati si era determinata una notevole divergenza tra la stima del Comune e quella della ricorrente (v. sopra al punto 4). Sotto questo profilo il comportamento del Comune appare quindi ispirato a uno scrupolo ragionevole e giustificato. Per quanto riguarda invece la proroga discrezionale occorre preliminarmente sottolineare che l'onere della motivazione non riguarda principalmente la scelta di negare ma quella di concedere la prosecuzione del rapporto. Quest'ultima è in effetti una soluzione che discrimina i soggetti economici potenzialmente interessati a subentrare nella gestione e dunque può ritenersi compatibile con i principi del diritto comunitario solo se sostenuta dall'individuazione di uno specifico interesse pubblico. L'indizione della gara è invece la soluzione normale e doverosa, e come tale non deve essere sottoposta a un bilanciamento con l'ipotesi della proroga. In concreto comunque la

decisione del Comune di non proseguire oltre nel rapporto si basa anche su un giudizio di convenienza della gara in termini economici.

23. Le considerazioni economiche del Comune sono prese in esame nel quarto motivo di ricorso, con il quale si cerca di dimostrare che vi sarebbero stati fraintendimenti ed errori sia nella stima del VRD e del canone sperato sia nel calcolo del rimborso dovuto alla ricorrente in qualità di gestore uscente. Gli argomenti esposti nel ricorso sono articolati ma nel complesso non sono idonei a far presumere che la gara si basi su una piattaforma economica inaffidabile.

24. Per quanto riguarda la redditività dell'impianto la perizia del gennaio 2007 utilizzata dal Comune segue un metodo semplificato, ossia determina il margine lordo di distribuzione a partire dal numero di utenti e dal gas fatturato dal gestore uscente nel 2004, con estrapolazione lineare per aggiornare i dati al 31 dicembre 2006. Su tale base sono applicate le componenti fissa e variabile della tariffa autorizzata. I ricavi lordi sono così stimati in € 164.211. Questo tipo di valutazione consente in effetti di approssimare il VRD a ritroso, ossia partendo dalle tariffe già autorizzate e dai consumi effettivi, e offre una descrizione sufficientemente attendibile della redditività futura, pur tenendo conto che il VRD rappresenta il limite ai ricavi annui complessivi calcolato su base parametrica e dunque varia nel tempo in conseguenza della regolazione dell'AEEG e in modo particolare in relazione ai costi inseriti nella formula tariffaria. Il Comune prevede di poter introitare circa il 70% del VRD così approssimato. Si tratta di una percentuale molto elevata, specie in considerazione dei limiti posti dalla regolamentazione tariffaria. Se effettivamente l'aggiudicazione avvenisse sulla base di una simile offerta si imporrebbe la verifica di anomalia (v. CS Sez. V 6 dicembre 2006 n. 7199; TAR Brescia 29 marzo 2005 n. 205). Tuttavia non si può escludere a priori che l'offerta economica risulti effettivamente vantaggiosa per il Comune e nello stesso tempo idonea a garantire una sufficiente qualità del servizio.

25. Un ulteriore elemento che secondo la ricorrente proverebbe il carattere irrealistico delle previsioni economiche del Comune è costituito dall'obbligo per il nuovo gestore di ammortizzare tutti gli investimenti nel corso del periodo di affidamento, ad eccezione degli investimenti straordinari approvati dal Comune (v. pag. 1 del bando di gara). L'onere conseguente determinerebbe una notevole erosione dei ricavi rendendo sostanzialmente impossibile una gestione economica del servizio. L'argomento non appare condivisibile. L'ammortamento accelerato costituisce certamente una deviazione rispetto allo schema normativo previsto dall'art. 14 comma 8 del Dlgs. 164/2000 (investimento iniziale - recupero parziale del costo del capitale tramite tariffa - traslazione sul gestore subentrante dell'onere residuo dell'ammortamento) ma può essere considerato illegittimo solo quando in concreto determini risultati anticoncorrenziali. Da un lato infatti questo vincolo costringe i concorrenti a inserire in offerta un piano di investimenti ridotto (con minori possibilità di aggiudicazione) o a finanziare l'ammortamento in modo improprio attraverso altre voci della tariffa (con il risultato di poter offrire come canone annuo una minore percentuale del VRD o con il rischio di formulare un'offerta antieconomica). Dall'altro bisogna però riconoscere che l'ammortamento accelerato ha anche una funzione di riequilibrio, in quanto impedisce che il gestore si appropri dei benefici dell'investimento (impianto nuovo o ammodernato) e della relativa remunerazione tariffaria scaricando sul soggetto subentrante una parte cospicua dei costi del capitale, ed evita inoltre che i residui di ammortamento trasformandosi in una "tassa di ingresso" riducano il numero dei partecipanti alla gara successiva. Si può quindi ritenere che la discrezionalità dell'amministrazione sia correttamente esercitata quando la

soluzione indicata nel bando procura i vantaggi dell'ammortamento accelerato evitando o riducendo i relativi inconvenienti (v. TAR Brescia 10 febbraio 2006 n. 183). Di conseguenza la natura antieconomica dell'ammortamento accelerato non può essere presunta ma deve essere dimostrata in relazione alle caratteristiche di ogni singolo impianto (v. TAR Brescia 2 febbraio 2007 n. 98). Nel caso in esame, in presenza di una rete di distribuzione già realizzata e operativa, rispetto alla quale sono necessari solo estendimenti limitati in relazione all'incremento lineare degli utenti, i partecipanti alla gara non hanno la necessità di offrire piani di investimento particolarmente impegnativi. Questa situazione si riflette sul bando di gara, che riserva a questa parte dell'offerta un peso ponderale pari a 10 punti su 100 disponibili. L'insufficienza di tale punteggio potrebbe essere dichiarata solo nel caso in cui fosse dimostrato che in realtà la rete richiede potenziamenti di notevole impatto economico, ma una simile prova non è fornita dalla ricorrente. I costi della manutenzione (inseriti come sottocriterio nella voce degli investimenti) non possono essere considerati equivalenti all'onere di ricostruzione dell'impianto perché la vita media delle infrastrutture principali (tubazioni, opere edili, cabine di 1° salto) è molto lunga (v. le tabelle 8-14 della perizia del gennaio 2007) e quindi verosimilmente gli interventi necessari saranno distanziati nel tempo e interesseranno solo in parte il periodo di affidamento del prossimo gestore. Inoltre la ricorrente, pur disponendo di tutte le informazioni in qualità di gestore uscente, non ha dimostrato né un particolare stato di degrado delle infrastrutture né l'assenza di manutenzione nel periodo pregresso.

26. Relativamente al calcolo del rimborso dovuto al gestore uscente occorre precisare che la materia trattata nella presente sentenza non si estende all'individuazione della somma esatta di cui la ricorrente può ottenere il versamento. Tuttavia l'esame può spingersi a stabilire se il metodo seguito dal Comune nel calcolo dell'importo sia corretto e se di conseguenza l'ordine di grandezza delle cifre inserite nella valutazione economica sia attendibile. Innanzitutto si osserva che il Comune ha correttamente fatto riferimento ai due parametri stabiliti dall'art. 24 lett. a)-b) del RD 2578/1925 e richiamati dall'art. 15 comma 5 del Dlgs. 164/2000 (v. sopra al punto 4). Per quanto riguarda il primo parametro, che consiste nel valore industriale residuo dell'impianto (ossia nel costo di ricostruzione a nuovo detratto il valore di deperimento), la perizia del gennaio 2007 ha utilizzato i prezziari attualmente in uso senza applicare la quota di profitto delle imprese di costruzione. Questa soluzione appare giustificata, in quanto il corrispettivo per il trasferimento dell'impianto dal gestore uscente al comune concedente corrisponde al valore intrinseco di un impianto nuovo (ossia al costo medio degli scavi, dei materiali e dei componenti) e non a quello di un virtuale appalto di costruzione (in realtà il profitto per il gestore uscente si è già realizzato attraverso il recupero dei costi di investimento riconosciuti in tariffa e dunque non può essere duplicato al momento del rimborso di fine gestione). Circa il valore di deperimento, la vita media delle diverse parti dell'impianto è stata individuata principalmente sulla base dei tassi di ammortamento indicati nella convenzione del 18 luglio 1980 (v. in particolare l'art. 5). Solo in via integrativa è stata utilizzata la tabella 1 allegata alla deliberazione dell'AEEG n. 166 del 29 luglio 2005 (riguardante le tariffe per il trasporto e il dispacciamento del gas naturale). Anche questa decisione appare corretta, in quanto fa salva la volontà contrattuale ed è riferita alla situazione concreta dell'impianto in questione. Incidentalmente si osserva che questa soluzione può portare anche a risultati più favorevoli per la ricorrente: ad esempio la vita media delle tubazioni integre in base al tasso di ammortamento convenzionale del 2% risulta di 50 anni mentre la tabella 1 prevede una durata di 40 anni. Per quanto riguarda poi il secondo parametro che incide sul rimborso, ossia la detrazione corrispondente ai contributi versati al gestore per l'estensione della rete

e per i singoli allacciamenti, è condivisibile la scelta di scomputare non solo i contributi di diretta provenienza comunale ma anche quelli versati dai privati coinvolti nei piani di lottizzazione. In questo modo si evita un arricchimento ingiustificato del gestore uscente (v. CS Sez. VI 3 settembre 2003 n. 4905). Valgono in proposito i principi di diritto comune, e pertanto se le tubazioni realizzate o pagate dai privati sono entrate a far parte dell'impianto di cui viene calcolato il valore industriale residuo i contributi dei privati devono essere detratti per non consentire al gestore uscente di ottenere il rimborso di un costo non sostenuto.

27. Nel quinto motivo di ricorso è censurata la scelta del Comune di accollarsi il rimborso dovuto al gestore uscente. In questo modo si realizzerebbe la violazione dell'art. 14 commi 8 e 9 e dell'art. 15 comma 5 del Dlgs. 164/2000, nonché dell'art. 5 della convenzione del 18 luglio 1980, in quanto sarebbe vanificato il diritto di ritenzione dell'impianto previsto a favore della ricorrente. La tesi non appare condivisibile. Preliminarmente si osserva che il bando di gara al punto 11 lett. k), nonostante il riferimento al solo art. 14 comma 8 del Dlgs. 164/2000, intende richiamare la disciplina del rimborso prevista dall'art. 15 comma 5 del Dlgs. 164/2000, il quale in effetti contiene un riferimento al precedente art. 14 comma 8. Dunque non vi possono essere dubbi sul fatto che il rimborso sarà determinato con i parametri di cui all'art. 24 lett. a)-b) del RD 2578/1925 (v. sopra al punto 26) e non con riguardo ai soli valori di ammortamento residui. Si osserva inoltre che l'accollo del rimborso da parte del Comune è una scelta discrezionale legittima, in quanto favorisce la partecipazione alla gara eliminando un ostacolo di natura economica e consente la formulazione di offerte più trasparenti e affidabili per quanto riguarda gli aspetti qualitativi del servizio.

28. Circa il diritto di ritenzione, la ricorrente sostiene che la nuova gestione non potrebbe iniziare sino alla conclusione della controversia sull'entità del rimborso (il quale dovrebbe poi essere traslato sul gestore subentrante). In contrario si osserva tuttavia che l'art. 15 comma 5 del Dlgs. 164/2000 richiama soltanto il comma 8 del precedente art. 14 e non il comma 9 in base al quale il gestore subentrante acquisisce la disponibilità degli impianti dalla data di pagamento del rimborso al gestore uscente oppure dalla data di offerta reale della somma dovuta. Il motivo del mancato richiamo consiste nel fatto che l'art. 14 comma 9 del Dlgs. 164/2000 sanziona con il divieto di subentro l'aggiudicatario che non ottemperi a un obbligo previsto nel bando di gara, dove, in piena trasparenza, deve essere indicata l'obbligazione da assumere nei confronti del gestore uscente. L'art. 15 comma 5 del Dlgs. 164/2000 regola invece il passaggio dal vecchio regime concessorio alla liberalizzazione del servizio di distribuzione, ipotesi evidentemente non prevista nelle concessioni originarie, le quali (come è avvenuto per l'art. 5 della convenzione del 18 luglio 1980) hanno disciplinato il diritto di ritenzione con riferimento al riscatto anticipato ex art. 24 del RD 2578/1925 o alla scadenza contrattuale del rapporto. Tuttavia in entrambe queste ipotesi i comuni potevano (e nella prima fattispecie dovevano) assumere direttamente la gestione del servizio e quindi non vi erano altri soggetti economici immediatamente interessati alla conclusione del rapporto. Ora invece la gestione diretta è vietata e il passaggio ai nuovi affidamenti preceduti da gara è un obiettivo che l'art. 15 del Dlgs. 164/2000 persegue in vista di una pluralità di nuovi interessi pubblici a cui è stato dato rilievo, ossia nell'interesse del mercato (liberalizzazione), dei comuni (maggiori canoni annui) e degli utenti (migliore qualità del servizio e contenimento dei prezzi). La facoltà di ritenzione degli impianti prevista contrattualmente sotto il vecchio regime è quindi cedevole nei confronti degli interessi tutelati dalla normativa sopravvenuta (v. TAR Brescia 10 febbraio 2006 n. 183).

29. L'esistenza di una controversia tra il comune e il gestore uscente per la definizione del quantum dovuto non modifica la situazione. Da un lato non si tratta di una circostanza assimilabile all'inadempimento del nuovo gestore ex art. 14 comma 9 del Dlgs. 164/2000, in quanto il nuovo gestore non rifiuta il pagamento ma attende la liquidazione giudiziale o arbitrale della somma, e lo stesso fa il comune quando si accolla l'onere del rimborso. Dall'altro lato non si tratta neppure di inadempimento rispetto alla concessione originaria, la quale incorpora la disciplina all'epoca vigente e dunque non è idonea a regolare una fattispecie completamente diversa come quella in esame. In effetti se una controversia sulla quantificazione del rimborso potesse mantenere nel possesso il gestore uscente si realizzerebbe un prolungamento del periodo transitorio al di fuori di un'espressa previsione normativa ed esclusivamente per volontà di una delle parti senza oggettive ragioni di interesse pubblico.

30. Il sesto motivo di ricorso censura alcuni aspetti della lettera di invito (v. sopra al punto 6). Con riguardo alla previsione in base alla quale non saranno presi in esame ai fini del punteggio dell'offerta economica e dell'offerta tecnica gli investimenti qualificabili come costi di gestione (allacciamenti o contatori di utenza), né gli investimenti che fanno parte degli obblighi contrattuali del gestore, e neppure quelli che non siano ritenuti utili, la ricorrente lamenta l'irragionevole e arbitraria esclusione di alcune voci dell'offerta. La tesi non appare condivisibile. Rientra nella discrezionalità dell'amministrazione la scelta delle caratteristiche del servizio offerto che meritano di essere premiate attraverso l'attribuzione di punteggio. Nel caso in esame non è illogico che prevalgano, per quanto riguarda gli investimenti, le offerte focalizzate sulle infrastrutture di rete anziché sulle opere di collegamento con i singoli utenti, anche perché nel bando di gara le condizioni per gli allacciamenti e i servizi agli utenti sono già prese in considerazione all'interno di uno specifico criterio di valutazione dotato di autonomo punteggio. Il riferimento agli obblighi contrattuali del gestore (chiarito a pag. 11 della lettera di invito mediante un rinvio al paragrafo 11 del medesimo documento) può in effetti essere riferito alle voci dell'offerta relative ai costi di gestione, le quali riguardano i servizi agli utenti e sono valutate separatamente rispetto agli investimenti. La riserva riguardante l'esclusione degli investimenti non ritenuti utili è invece una clausola che avverte i concorrenti della necessità di focalizzare l'offerta su opere attinenti al servizio. L'esplicitazione in via preventiva di questa clausola nella lettera di invito previene il rischio di discriminazioni nel corso dell'esame delle offerte, fermo restando che le valutazioni circa l'assenza di utilità degli investimenti dovranno essere adeguatamente motivate.

31. Per quanto riguarda infine l'indicazione secondo cui alla migliore offerta tecnica non dovrà essere necessariamente attribuito il punteggio massimo disponibile, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 83 comma 5 del Dlgs. 163/2006 e dell'art. 4 del DPCM 117/1999. Queste norme sarebbero espressione di un principio generale che imporrebbe di attribuire all'offerta migliore il coefficiente 1 e a quella peggiore un coefficiente pari a zero. L'argomento non può essere condiviso. L'art. 83 comma 5 del Dlgs. 163/2006 rinvia a un regolamento che dovrebbe fornire alle stazioni appaltanti dei parametri omogenei per l'individuazione dell'offerta più vantaggiosa. La regola dell'attribuzione del coefficiente zero per la prestazione minima e del coefficiente 1 per la prestazione massima (codificata nell'art. 4 del DPCM 117/1999 per gli appalti di servizi di pulizia degli edifici) è soltanto una delle opzioni che potranno essere accolte nel suddetto regolamento. L'eventuale estensione di questa soluzione dal settore degli appalti pubblici a quello delle concessioni di servizi (in cui si colloca la distribuzione del gas naturale) richiede ulteriori valutazioni. Non sussiste quindi una norma cogente che imponga ai comuni di attribuire il servizio di distribuzione valutando le offerte con le modalità indicate dalla ricorrente. Spetta invece

alla griglia di criteri della lettera di invito e alle motivazioni della commissione giudicatrice il compito di individuare e descrivere gli elementi che determinano il valore delle singole offerte.

32. Il ricorso deve quindi essere respinto sia nella parte impugnatoria sia per quanto riguarda la richiesta di risarcimento danni. La complessità di alcune questioni consente l'integrale compensazione delle spese tra le parti.