

N. 05419/2013REG.PROV.COLL.  
N. 07516/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7516 del 2012, proposto da:  
Società Irpinia Distribuzione Gas - Sidigas Spa, rappresentata e difesa  
dagli avv.ti Paolo Tesauro e Giovanna De Santis, con domicilio eletto  
presso Paolo Tesauro in Roma, largo Messico 7;

***contro***

Comune di Montoro Superiore, rappresentato e difeso dall'avv.  
Sabato Pisapia, con domicilio eletto presso Luigi Giuliano in Roma,  
corso Vittorio Emanuele II-154;

***nei confronti di***

Salerno Energia Spa;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI  
SALERNO: SEZIONE II n. 01544/2012, resa tra le parti,  
concernente affidamento del servizio di distribuzione del gas metano

nel territorio comunale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Montoro Superiore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 aprile 2013 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati P. Tesauro e S. Pisapia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La Società Irpinia Distribuzione Gas – S.I.Di.Gas S.p.a. (nel proseguo, semplicemente, S.I.Di.Gas) – deducendo di essere titolare, per aver sottoscritto il relativo contratto a far data dal 24.07.1998, di concessione per il pubblico servizio di distribuzione del gas metano nel Comune di Montoro Superiore - con ricorso notificato al Tar per la Campania, Sezione staccata di Salerno, ha impugnato gli atti (in particolare il bando di gara, pubblicato sulla G.U.R.I. il 24.05.2010) a mezzo dei quali l'Amministrazione comunale ha avviato, in ottemperanza a quanto prescritto dall'intervenuto D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164, una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio medesimo.

Con il primo motivo di gravame, la ricorrente ha dedotto che il c.d. Decreto Letta, nell'imporre l'obbligo alle Amministrazioni di

attribuire il servizio di cui trattasi attraverso l'indizione di una gara, ha tuttavia previsto, all'art. 15, che i contratti in essere debbano essere prorogati fino al 31.12.2010, scadenza poi slittata al 31.12.2011.

Inoltre, sempre secondo S.I.Di.Gas, l'Amministrazione avrebbe ignorato l'art. 23, comma 4, del D.L. n. 273/2005, secondo il quale, ogni qual volta la rete di distribuzione fosse stata realizzata fruendo delle agevolazioni finanziarie previste dalla Legge n. 784/1980, la pregressa concessione avrebbe dovuto essere, ex lege, prorogata fino al 31.12.2012.

Con il secondo motivo di gravame, la ricorrente ha poi dedotto la violazione dell'art. 46 bis del D.L. 159/2007, assumendo che non sarebbe possibile per ogni singolo Comune indire gare, dovendo le stesse essere espletate a livello di Ambito Territoriale Ottimale.

Da ultimo, con il terzo motivo, ha lamentato la violazione da parte dell'Amministrazione comunale dell'obbligo di comunicazione, in favore di S.I.Di.Gas, dell'adozione degli atti prodromici alla pubblicazione del bando.

Pertanto, pur avendo proposto gravame contestando in radice la scelta di indire la gara, S.I.Di.Gas. ha partecipato alla stessa.

Per presunte irregolarità formali della domanda, la ricorrente ne è stata tuttavia esclusa, sicchè la stessa ha gravato, con atto di motivi aggiunti, detta esclusione.

Si è costituito in primo grado il Comune di Montoro, sostenendo in principalità l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della proroga invocata dalla ricorrente, con conseguente obbligo

dell'Amministrazione, correttamente assolto, di rivolgersi al mercato per l'affidamento del servizio.

Con sentenza 30 luglio 2012, n. 1544, il Tar adito ha respinto il ricorso introduttivo ed accolto il ricorso per motivi aggiunti, annullando l'atto di esclusione.

Avverso la predetta sentenza, nella sola parte in cui ha rigettato i motivi dedotti con il ricorso introduttivo del giudizio, S.I.Di.Gas ha quindi interposto l'odierno appello, chiedendone la riforma.

Si è costituito in giudizio il Comune di Montoro Superiore, chiedendo la reiezione del gravame.

Alla pubblica udienza del 30 aprile 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Sotto un primo profilo l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove ha rigettato il primo motivo di ricorso sul presupposto che la concessionaria possa vedersi accordata, ai sensi dell'art. 23 del D.L. 273/2005, la proroga della concessione in essere solo qualora sia stata essa stessa destinataria, in quanto esecutrice dei lavori per la realizzazione della rete di distribuzione, degli stanziamenti previsti dalla Legge n. 783/1980, ciò che nella specie non sarebbe avvenuto essendo stata una ditta terza ad eseguire i lavori in questione.

Assume, al riguardo, che il primo giudice non avrebbe tenuto conto sia di quanto previsto all'art. 4 del contratto intercorso con il Comune di Montoro Superiore (a tenore del quale *“la concessionaria si fa carico*

*dell'onere di pagare le rate del mutuo di lire 470.000 che il comune ha a suo tempo contratto con la cassa DD.PP ai sensi della l.n. 784/80 art.11 per la realizzazione della rete principale del gas naturale”), sia della ratio del richiamato art. 23 del D.L. 273/2005.*

Detta *ratio*, infatti, dovrebbe a suo dire essere ricercata in quella di permettere al gestore uscente, grazie alla maggior durata della concessione, di ottenere un riequilibrio finanziario.

Pertanto, ciò che conterebbe ai fini della proroga, non è verificare se detto gestore abbia, o meno, eseguito i lavori di costruzione della rete, ma se ne abbia sostenuto i costi.

1.1. La doglianza non merita accoglimento.

1.2. Ed invero, come già correttamente precisato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel parere reso nell'adunanza del 24 marzo 2010, la proroga può essere concessa qualora vi sia coincidenza tra soggetto gestore e soggetto che ha materialmente eseguito i lavori, in ragione non tanto degli oneri economici sostenuti, quanto del tempo impiegato per la realizzazione della rete.

E tale coincidenza nella specie non sussiste, posto che gli impianti sono stati realizzati (e la circostanza non è contestata) dalla Ditta Orfeo Mazzitelli e non dalla concessionaria.

Peraltro, anche considerando l'invocato aspetto del riequilibrio economico che sottenderebbe alla previsione della possibilità di proroga, non può assumere rilevanza il fatto che S.I.Di.Gas si sia fatta carico, assumendo le obbligazioni di cui all'art. 4 del Contratto, di

assolvere per conto del Comune le rate del mutuo acceso per la realizzazione della rete.

L'accollo del debito, infatti, è stato previsto, nell'ambito del sinallagma contrattuale intercorso tra S.I.Di.Gas e Comune di Montoro Superiore, non già quale voce ulteriore rispetto al corrispettivo da versare al Comune (il che avrebbe in ipotesi potuto far maturare, in capo al gestore, il diritto alla proroga), bensì quale metodo di pagamento del corrispettivo stesso.

La concessione di una proroga, nella situazione data, configurerebbe pertanto un ingiustificato vantaggio in capo alla concessionaria, a detrimento dei principi di libera concorrenza imposti dalla normativa comunitaria.

Sul punto, quindi, non vi è ragione di discostarsi dalla decisione assunta dal Tar Campania.

2.Sotto un secondo articolato profilo l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza laddove :

- ha rigettato il secondo motivo di ricorso statuendo che il dato letterale dell'art. 46 bis del D.L. 159/2007 non evidenzerebbe alcun divieto per le singole Amministrazioni comunali di indire, in attesa della predisposizione di procedure concorsuali d'ambito, gare autonome volte all'individuazione del gestore limitatamente al proprio territorio comunale ;
- ha statuito di non considerare, ai fini del decidere, le censure relative alla violazione dell'art. 24, comma 4, del D.Lgs. 93/2011 (in applicazione del quale, il Comune di Montoro Superiore avrebbe

dovuto prevedere nel bando il valore del rimborso da garantire al gestore uscente), siccome dedotte solo in memoria.

Assume, al riguardo, che l'art. 46 bis, ridisegnando il sistema di affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale, avrebbe introdotto l'impossibilità di bandire gare diverse da quelle su scala d'Ambito.

In difetto di una gara di siffatto tipo e fino ad una sua indizione, le concessioni in corso sarebbero, quindi, implicitamente prorogate, senza necessità di alcuna esplicita previsione in tal senso.

Sostiene poi, in merito alla decisione di non assumere l'art. 24, comma 4, del D.Lgs. 93/2011 a parametro di legittimità degli atti impugnati, che detta disposizione rappresenterebbe una norma di interpretazione autentica dell'art. 46 bis, ulteriormente specificando il divieto di indire gare diverse da quelle d'Ambito.

Non avendo, con la richiesta di annullare la gara per violazione di detto parametro normativo, mutato il *petitum* sostanziale, il Tar avrebbe dovuto tenerne conto, anche in ossequio al principio *iura novit curia*.

2.1. Le censure non possono essere condivise.

2.2 Quanto alla prima, considerando il dato letterale del già citato art. 46 bis, non può che convenirsi con il giudice di prime cure in ordine all'assenza di un divieto, per i singoli Comuni, di indire, nell'attesa della determinazione degli ambiti territoriali minimi e della loro concreta operatività, gare vevoli solo per il territorio di propria competenza.

Il secondo comma della disposizione in esame prevede, infatti, che nell'ambito di una procedura concertata tra Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero per gli Affari Regionali ed autonomie locali siano individuati, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi, ambiti ottimali minimi per lo svolgimento delle gare e che, in via successiva, siano determinate misure per incentivare i singoli Comuni, compresi nell'individuato ambito, ad aggregarsi concretamente.

Come correttamente sottolineato dall'Amministrazione comunale nelle proprie difese, la previsione di un incentivo manifesta l'assenza di un obbligo cui conformarsi.

Peraltro, se nell'attesa della concreta aggregazione il Comune non potesse indire, per proprio conto, gara alcuna, si correrebbe il rischio di rimandare *ad libitum* l'attuazione del principio della libertà di concorrenza nel settore *de quo*.

Ed è di tutta evidenza l'inammissibilità di siffatta conclusione.

2.3. Quanto alla seconda, va osservato che deducendo – solo in memoria difensiva – la violazione dell'art. 24, comma 4, del D.Lgs. 93/2011, S.I.Di.Gas non ha inteso richiedere (circostanza che avrebbe confermato il *petitum* sostanziale) l'annullamento del bando per impossibilità *tout court* del Comune di indire la gara, ma ha evidenziato un autonomo vizio del bando, consistente nella mancata inclusione nello stesso dell'indennizzo dovuto al gestore uscente.

Ed al riguardo, va rilevato che il principio *iura novit curia* non può spingersi fino al punto di consentire al giudice, come avverrebbe nel caso di specie, l'individuazione di autonomi vizi del bando.

Peraltro, l'accoglimento del profilo di censura in questione sarebbe comunque privo di concreta utilità per l'appellante, non assicurando specifica tutela all'interesse sostanziale dedotto in causa, posto che imporrebbe all'Amministrazione non già di prorogare il contratto in essere, ma semplicemente di riformulare il bando emendato dal vizio in questione.

Donde la correttezza, anche in proposito, della sentenza gravata.

3. Le considerazioni sopra svolte ,poi, ben possono essere direttamente riferite anche al terzo motivo di appello, con cui S.I.Di.Gas ribadisce l'erroneità della sentenza impugnata per non aver riconosciuto l'illegittimità del bando, siccome non recante la regolazione dei rapporti economici pendenti con il gestore uscente.

Inoltre,ferma restando la già rilevata carenza di interesse alla censura, va osservato che correttamente l'Amministrazione comunale ha regolato i rapporti pendenti direttamente con l'odierna appellante, siccome in tal senso dispone l'art. 15 del Contratto.

4. Da ultimo S.I.Di.Gas deduce l'erroneità della gravata sentenza,laddove ha disatteso il rilievo secondo cui l'Amministrazione comunale, non comunicandole l'intenzione di predisporre e pubblicare il bando di gara, avrebbe violato i noti principi di partecipazione procedimentale.

4.1. Anche in merito a detta censura, non può che confermarsi la correttezza della pronuncia di primo grado, posto che il contratto stipulato - essendo inapplicabili, per i motivi sopraesposti, le proroghe disposte dalla legge - aveva già esaurito i propri effetti, privando

S.I.Di.Gas della posizione di controinteressata a cui dover necessariamente comunicare la determinazione di procedere alla indizione della gara per cui è causa.

Inoltre, come la giurisprudenza della Sezione ha già avuto modo di precisare, la determinazione di procedere all'indizione di una gara pubblica, trattandosi di previsione di portata generale, non richiede la previa comunicazione di avvio del procedimento (in termini, Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2010, n. 3358).

A ciò aggiungasi che, in ogni caso, dalla ricostruzione della vicenda di fatto operata dalla stessa S.I.Di. Gas, emerge come la stessa abbia avuto notizia della volontà dell'Amministrazione di predisporre il bando, a mezzo della comunicazione del 3 marzo 2009.

5. Conclusivamente l'appello si appalesa privo di fondamento e, come tale, da respingere.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente  
Francesco Caringella, Consigliere  
Doris Durante, Consigliere  
Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore  
Fabio Franconiero, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/11/2013

IL SEGRETARIO

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