



Sulla necessità del preventivo coinvolgimento dell'Arera per le procedure evidenziali preordinate all'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale.

L'art. 15, c.5 della l. n. 164/2000 è chiaro nel pretendere, prima ed in previsione dell'indizione delle procedure evidenziali preordinate all'affidamento, in concessione, del servizio di distribuzione del gas naturale - la trasmissione all'ARERA delle "valutazioni di dettaglio" effettuati dal committente ed inerenti la stima del valore di rimborso. Il preventivo coinvolgimento dell'Autorità di settore (che costituisce, per tal via, un preciso obbligo della stazione appaltante) è strumentale alla formulazione di "eventuali osservazioni" che, seppure non dichiaratamente vincolanti, prefigurano un onere di (motivata) considerazione e, se del caso, legittimano, per la riformulazione dei termini della lex specialis, una proroga dei termini legali di scadenza. È evidente che la natura meramente "eventuale" delle osservazioni e valutazioni tecniche e la assenza di una rigorosa vincolatività non incidono sulla doverosità del procedimento, che non è suscettibile di essere eliso se non nei soli casi ed in presenza dei soli presupposti, sopra richiamati, scolpiti dalla previsione normativa. Il paradigma normativo è, con ciò, ispirato dall'evidente preoccupazione di non pretermettere il coinvolgimento dell'Autorità di regolazione, le quante volte una non adeguata parametrizzazione del valore di rimborso (a favore dei gestori uscenti) possa pregiudicare l'efficienza del confronto concorrenziale. Di là dalla lettera della norma (che non legittima l'assunto di una connotazione meramente facoltativa dell'inoltro delle stime operate dall'ente committente), è la sua complessiva ratio che milita per un coinvolgimento necessariamente preventivo, in quanto finalizzato alla corretta strutturazione delle condizioni di gara. Né può ritenersi che l'inoltro "postumo" assuma valenza sanante.

Materia: gas / disciplina

Publicato il 03/04/2019

N. 02202/2019REG.PROV.COLL.

N. 07932/2017 REG.RIC.

N. 08161/2017 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 7932 del 2017,
proposto da
Comune di Venezia, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Iannotta, Maurizio Ballarin, Nicoletta Ongaro e Sebastiano Capotorto, con domicilio eletto presso lo studio Sebastiano Capotorto in Roma, via di San Domenico 20;

contro

Ministero dello Sviluppo Economico, non costituito in giudizio;

Italgas Reti S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Todarello, Federico Novelli e Alessandro Botto, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone 44;

sul ricorso numero di registro generale 8161 del 2017,
proposto da
Italgas Reti S.p.A, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Todarello
e Alessandro Botto, con domicilio eletto presso lo studio
Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone 44;

contro

Comune di Venezia, in persona del Sindaco in carica pro
tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio
Iannotta, Maurizio Ballarin, Nicoletta Ongaro e Sebastiano
Capotorto, con domicilio eletto presso lo studio Sebastiano
Capotorto in Roma, via di San Domenico 20;
Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del
Presidente in carica pro tempore, rappresentata e difesa
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in
Roma, via dei Portoghesi, 12;
Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero per i Rapporti
con le Regioni e la coesione territoriale, in persona dei
rispettivi Ministri in carica pro tempore, rappresentati e difesi
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in
Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Veneto – Venezia, Sezione I, n.
655/2017, resa tra le parti

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Italgas Reti S.p.A, del Comune di Venezia, del Ministero dello Sviluppo Economico, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero per i Rapporti con le Regioni e la coesione territoriale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2018 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Capotorto, Todarello e Botto, nonché l'avvocato dello Stato Fiorentino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con atto di appello notificato nei tempi e nelle forme di rito, il Comune di Venezia, come in atti rappresentato e difeso, impugnava la sentenza, meglio distinta in epigrafe, con la quale il TAR per il Veneto aveva annullato, su ricorso della Italgas s.p.a., gli atti della procedura evidenziale indetta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale di Venezia 1 – Laguna Veneta.

A sostegno del gravame lamentava:

a) che, in via pregiudiziale, il primo giudice - dando inopinato retto, per quanto di ritenuta ragione, alle doglianze formulate dall'odierna appellata - avesse valorizzato la circostanza che il bando fosse stato pubblicato in difetto della previa verifica

dell'Autorità di settore sul c.d. delta VIR/RAB (*id est*, sulla discrasia tra i valori degli asset “*contrattualizzati*” e quelli “*regolati*” ai fini del rimborso da corrispondere al gestore uscente), con conseguente, ritenuta violazione dell'art. 15, co. 5 d.lgs. 164/00: laddove – per contro – la (sia pur) sopravvenuta verifica (peraltro, oggetto, in quanto asseritamente illegittima e non soddisfacente, di tempestiva impugnativa ad opera del medesimo Comune appellante, allo stato pendente in prime cure) avrebbe, al più, dovuto indurre alla sospensione (necessaria) del giudizio, in correlazione alla sua postulata attitudine pregiudiziale ed in attesa dell'accertamento, nella competente sede, della sua legittimità;

b) che – in ogni caso – le doglianze formulate dal gestore uscente (le quali – unitariamente acquisite – miravano a prospettare l'indeterminatezza del quadro normativo ed economico di riferimento prefigurato nella gravata determinazione indittiva, con conseguente impossibilità di accedere ad una formulazione adeguata, misurata e calcolabile della propria offerta), dovevano ritenersi complessivamente infondate.

2.- Con distinto gravame, anche Italgas s.p.a. impugnava la medesima sentenza, in relazione ai motivi di doglianza risultati disattesi, che si premurava di devolutivamente reiterare.

3.- Integrato il contraddittorio nei confronti del Ministero dello Sviluppo Economico, alla pubblica udienza del 4 ottobre

2010, sulle ribadite conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- In via preliminare, occorre disporre la riunione degli epigrafati gravami, in quanto indirizzati avverso la medesima sentenza (art. 96, comma 1 c.p.a.).

2.- L'appello proposto dal Comune di Venezia è infondato e merita di essere respinto; l'appello di Italgas s.p.a. è improcedibile.

3.- Per un puntuale inquadramento della vicenda, importa formulare talune premesse in ordine al regime normativo inerente il servizio di distribuzione del gas sul territorio nazionale.

In proposito, è dato distinguere tre diversi livelli: *a)* la normativa legislativa primaria; *b)* le previsioni di carattere regolamentare; *c)* le disposizioni di ordine “regolatorio”.

Il livello legislativo (statale) fa essenzialmente capo agli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. n. 164/2000 (c.d. “decreto Letta”), che individuano la disciplina generale del servizio di distribuzione del gas e le relative modalità di affidamento. Inoltre, l'art. 46 *bis* del d.l. n. 159/2007, conv. nella l. n. 222/2007, che ha demandato a successivi decreti ministeriali la definizione di criteri di gara uniformi per l'affidamento del servizio e l'individuazione degli ambiti territoriali minimi delle gare secondo bacini ottimali di utenza (c.d. “ATEM”), superando così i “vecchi” ambiti comunali.

Riguardo all'affidamento del servizio di distribuzione del gas, l'art. 24 del d.lgs. n. 93/2011 ha, poi, definitivamente precisato che esso debba avvenire esclusivamente per gara d'ATEM.

Da ultimo, l'art. 216, comma 27 quinquies del d. lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), introdotto dall'art. 128, comma 1, lett. g), del d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha precisato che alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione del servizio di distribuzione del gas naturale indette dalle amministrazioni aggiudicatrici continuano ad applicarsi le disposizioni di cui al richiamato d. lgs. n. 164/2000, in quanto compatibili con il Codice, nonché di quelle di cui all'articolo 46 bis, commi 1, 2 e 3 del d.l. n. 159/2007 cit. e all'art. 4 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 (ferma restando la durata massima del periodo di affidamento, fissata in dodici anni).

Con riferimento al livello regolamentare, assumono importanza: 1) i DD.MM. 19 gennaio 2011 e 18 ottobre 2011, che hanno, rispettivamente, suddiviso il territorio nazionale in 177 ATEM e individuato i singoli Comuni appartenenti ad ogni ATEM; 2) il D.M. 12 novembre 2011 (c.d. "D.M. gare", modificato, da ultimo, dal D.M. 20 maggio 2015), che ha, tra le altre cose, definito i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas; 3) il D.M. 5 febbraio 2013, con cui è stato approvato il contratto di servizio tipo; 4) il D.M. 22 maggio 2014, con cui

sono state approvate le linee guida per il calcolo del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas.

A livello regolatorio, meritano di essere evidenziati, tra le determinazioni assunte dall'Autorità di settore, almeno la deliberazione n. 113/2013/R/gas (che disciplina l'iter procedurale delle eventuali osservazioni dell'Autorità alle stazioni appaltanti sui bandi di gara) e la deliberazione n. 367/2014/R/gas, recante *“Regolazione tariffaria dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2014-2019 per le gestioni d'ambito e altre disposizioni in materia tariffaria”*.

4.- Ciò premesso, importa evidenziare che La distribuzione del gas concreta un'attività di servizio pubblico e consiste nel trasporto del gas naturale attraverso reti di gasdotti locali per la consegna ai clienti. Il titolare del servizio di distribuzione è l'ente locale ed è previsto un meccanismo di concorrenza “per” il mercato, nel senso che il servizio deve essere affidato esclusivamente mediante gara per periodi, come precisato, non superiori a dodici anni.

A tal proposito, il decreto Letta ha previsto una cessazione anticipata delle concessioni previgenti, secondo termini di scadenza più volte prorogati nel corso degli ultimi anni (da ultimo, v. art. 3, comma 2 *bis*, del d.l. n. 210/2015, conv. nella l. n. 21/2016).

I rapporti tra concedente e concessionario sono regolati da appositi *“contratti di servizio”*, sulla base di un contratto tipo

predisposto dall'AEEGSI e approvato dal MISE (v. D.M. 5 febbraio 2013).

È evidente che la *ratio* complessiva della normativa evocata è quella di promuovere la più ampia partecipazione alle gare, garantendo la *par condicio* degli operatori ed evitando, al contempo, ogni indebito vantaggio in favore dei precedenti gestori. Sotto distinto e concorrente profilo, si è inteso razionalizzare il sistema complessivo con il superamento della frammentazione delle gestioni precedenti e con la standardizzazione non meno delle modalità di gara che dei rapporti tra concedente e concessionario.

5.- Per quel che, in particolare, interessa la vicenda contenziosa in esame, va osservato che le regole per l'affidamento, con il meccanismo evidenziale, del servizio di distribuzione del gas sono, in concreto, prefigurate dal D.M. 12 novembre 2011, così come successivamente modificato ed integrato (c.d. "D.M. gare"), il quale ha, *inter alia*, definito i presupposti e le regole per l'individuazione della stazione appaltante e ha stabilito i compiti di quest'ultima (art. 2), di tal che – segnatamente - la stazione appaltante svolge e aggiudica la gara per delega degli enti locali concedenti e cura ogni rapporto con il gestore.

A tal fine, i gestori sono tenuti a una serie di obblighi informativi (di natura *tecnica, finanziaria, contrattuale e tariffaria*) nei confronti degli enti locali concedenti (art. 4).

Lo stesso decreto si occupa, inoltre, dei criteri e delle modalità di calcolo del valore di rimborso dell'impianto di distribuzione del gas al gestore uscente (art. 5), nonché delle modalità di predisposizione del bando di gara (art. 9).

Quanto al primo profilo, di segnata rilevanza nella fattispecie in esame, importa notare che una delle discriminanti per verificare la "fattibilità" della gara per un determinato operatore è proprio il valore di rimborso dell'impianto che il gestore entrante dovrà corrispondere al gestore uscente (c.d. "VIR": *Valore industriale residuo*). In via generale, il valore di rimborso dell'impianto è calcolato in base a quanto stabilito dalle convenzioni o dai contratti in essere, purché stipulati anteriormente all'11 febbraio 2012 (data di entrata in vigore del D.M. 12 novembre 2011). Se non può trovare applicazione la disciplina convenzionale, deve farsi riferimento ai criteri individuati dalle linee guida approvate dal MISE (v. D.M. 22 maggio 2014), le quali fanno riferimento al costo che dovrebbe essere sostenuto per la ricostruzione dell'impianto, diminuito del valore del degrado fisico dovuto al decorso del tempo.

Il gestore entrante, oltre ad assumere la titolarità dell'impianto di distribuzione, subentra al gestore uscente anche nel diritto di percepire una componente tariffaria funzionale al recupero e alla remunerazione del capitale investito dallo stesso gestore uscente per la realizzazione degli impianti (c.d. "RAB": *Regulatory Asset Base*, corrispondente al capitale investito netto riconosciuto). In tal modo, il gestore entrante

viene parzialmente ristorato dell'esborso effettuato per il pagamento al gestore uscente del VIR, valore – quest'ultimo – che è generalmente maggiore dell'importo della RAB (di tal che, di regola, il c.d. delta VIR/RAB è maggiore di zero).

Quanto al secondo profilo, inerente alle modalità di predisposizione del bando di gara, è previsto che la stazione appaltante debba attenersi agli schemi e alle indicazioni del bando di gara tipo e del disciplinare di gara tipo (Allegati 2 e 3 al "D.M. gare"). Gli eventuali scostamenti dal bando di gara tipo e dal disciplinare di gara tipo, nonché la scelta dei punteggi utilizzati nei criteri di valutazione della gara, devono essere, se del caso, giustificati dalla stazione appaltante mediante l'emissione di un'apposita nota.

La gara è effettuata adottando la procedura ristretta, ad eccezione degli ambiti in cui un gestore uscente gestisca più del 60% dei punti di riconsegna dell'ambito, per i quali si adotta la procedura aperta.

L'aggiudicazione è effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai seguenti criteri (art. 12): 1) condizioni economiche *ex art. 13 del D.M.* (*max* 28 punti); 2) criteri di sicurezza e di qualità del servizio *ex art. 14* (*max* 27 punti); 3) piani di sviluppo degli impianti *ex art. 15* (*max* 45 punti).

Il disciplinare di gara specifica dettagliatamente per ciascun criterio di valutazione i sub-criteri e i relativi punteggi. L'art. 10 del D.M. individua, inoltre, i requisiti (in particolare di

capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica) per la partecipazione alla gara.

Ai fini della lite, occorre precisare che, nella fase prodromica alla pubblicazione dei documenti di gara, la stazione appaltante deve inviare all'AEEGSI – almeno sessanta giorni prima della pubblicazione di tali documenti, avuto riguardo alle disposizioni regolatorie – il bando, il disciplinare, le linee guida programmatiche d'ambito con le condizioni minime di sviluppo e la nota giustificativa contenente gli eventuali scostamenti dal bando tipo e dal disciplinare tipo. L'AEEGSI può quindi inviare, entro 30 giorni, proprie osservazioni alla stazione appaltante (in difetto operando il meccanismo del silenzio-assenso: cfr. delib. n. 113/2013/R/gas).

L'intervento dell'Autorità ha, peraltro, natura meramente consultiva e non condiziona lo sviluppo successivo della procedura di gara, posto che le eventuali osservazioni dell'Autorità non vincolano la stazione appaltante. Nondimeno, in caso di inadempimento degli obblighi procedurali incombenti sulla stazione appaltante, l'Autorità ha precisato (con chiarimento pubblicato sul proprio sito istituzionale in data 27 gennaio 2016) che *“nessun operatore può confidare che l'Autorità riconosca con certezza in tariffa gli investimenti sostenuti per l'adempimento dei piani di sviluppo degli impianti di distribuzione, oggetto dei bandi di gara che non siano stati preventivamente valutati dall'Autorità sotto tale profilo”*.

6.- Alla luce delle esposte premesse, occorre valutare – avuto riguardo al tenore delle formalizzate ragioni di doglianza – la correttezza della sentenza appellata, la quale, muovendo dall’(incontestato) rilievo per cui la pubblicazione del bando in contestazione fosse stata, in concreto, effettuata in difetto della previa verifica in ordine al delta VIR/RAB da parte dell’Autorità, ne ha dedotto la violazione dell’art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000 e della correlata disposizione regolamentare di cui all’art. 9 del D.M. 226/11, in relazione al rilievo che l’omesso, preventivo inoltro degli atti di gara (con conseguente pretermissione della fase di controllo) (a tenore del quale, risultando il valore del rimborso superiore del 10% al valore delle immobilizzazioni nette di località (calcolate nella regolazione tariffaria, al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di località), l’ente locale concedente (nella qualità di stazione appaltante) è tenuto a trasmettere le relative valutazioni all’Autorità per la prescritta verifica “*prima della pubblicazione del bando di gara*”, al prospettico fine della (motivata, secondo è da ritenersi) presa in considerazione delle (eventuali) osservazioni sul punto.

7.- Orbene, nell’articolato assunto critico del Comune appellante:

a) la circostanza (di cui la stessa decisione gravata dà atto) della sopravvenuta ed interinale adozione della delibera dell’Autorità conclusiva del procedimento di verifica della presenza degli scostamenti VIR/RAB superiori al 10%

(delibera n. 368/2016) fosse stata fatta oggetto di tempestivo (e pendente) gravame dinanzi al TAR per la Lombardia, avrebbe dovuto indurre al rilievo ed alla valorizzazione, sotto il profilo processuale, della pregiudizialità della relativa questione (posto che – le quante volte, all’esito del relativo contenzioso, fosse comechessia emersa, a dispetto delle non condivise osservazioni formulate dall’Autorità, l’insussistenza dei ventilati scostamenti – ne sarebbe discesa, *de plano*, la legittimità, sotto il profilo in questione, della impugnata *lex specialis* di procedura: con il che (anche negli odierni e rinnovati auspici) il giudizio avrebbe dovuto (e dovrebbe, *in thesi*, tuttavia) essere (necessariamente) sospeso;

b) di fatto, non sarebbe dato riscontrare, nella vicenda procedimentale in contestazione, il ventilato scostamento VIR/RAB, superiore alla soglia di rilevanza del 10%;

c) che, in ogni caso, Italgas s.p.a. era stata concretamente posta nelle condizioni per acquisire tutte le necessarie informazioni per la corretta e ponderata formulazione della propria offerta (senza considerare la qualificata posizione di gestore uscente, idonea a prefigurare una completa cognizione, nel contesto operativo, delle condizioni concorrenziali di gara);

d) che – sotto distinto e concorrente profilo – la previsione, nel corpo del bando (ed in piena conformità alla disciplina di settore, quale *supra* evocata e riassunta) della eventualità di proroga dei termini per la formulazione delle offerte (in prospettiva correlazione ai, sia pure non condivisi, esiti

valutativi dell'Autorità) – avrebbe, per un verso, compiutamente salvaguardato le modalità di informata e ponderata strutturazione dell'offerta economica e, per altro verso, sterilizzato il concreto interesse a ricorrere della appellata.

8.- L'assunto, per come articolato, non può essere condiviso. L'art. 15, comma 5 della l. n. 164/2000 è perspicuo nel pretendere – *prima ed in previsione* dell'indizione delle procedure evidenziali preordinate all'affidamento, in concessione, del servizio di distribuzione del gas naturale – la trasmissione all'Autorità delle “*valutazioni di dettaglio*” effettuati dal committente ed inerenti la stima del valore di rimborso (le quante volte quest'ultima superi di almeno il 10% il valore delle immobilizzazioni nette di località calcolate nella regolazione tariffaria, al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di località e sempreché l'Ente non sia in grado di “certificare”, per un verso, la conformità dei criteri di stima adottati alle linee guida ministeriali *in re* e, per altro verso, lo scarto, così calcolato, non risulti superiore, nell'ambito, all'8%, quando nel singolo Comune interessato non superi il 20%).

Il preventivo coinvolgimento dell'Autorità di settore (che costituisce, per tal via, un preciso obbligo della stazione appaltante) è strumentale alla formulazione di “*eventuali osservazioni*” che, seppure non dichiaratamente vincolanti, prefigurano un onere di (motivata) considerazione e – se del

caso – legittimano, per la riformulazione dei termini della *lex specialis*, una proroga dei termini legali di scadenza.

È evidente che la natura meramente “eventuale” delle osservazioni e valutazioni tecniche (cui le *pedissequae* disposizioni regolamentari aggiungono, coerentemente, un meccanismo di valorizzazione del silenzio della investita Autorità in termini di tacito assenso, *id est* – secondo è più corretto evidenziare – di “mancanza di rilievi”) e la assenza di una rigorosa vincolatività non incidono (alla stessa stregua di quanto, giusta noti principi generali, è dato riscontrare in relazione ai pareri obbligatori, *vincolati* nell’*an* ancorché non *vincolanti* nel *quid*) sulla doverosità del procedimento, che non è suscettibile di essere eliso se non nei soli casi ed in presenza dei soli presupposti, sopra richiamati, scolpiti dalla previsione normativa.

Il paradigma normativo è, con ciò, ispirato dall’evidente preoccupazione di non pretermettere il coinvolgimento dell’Autorità di regolazione, le quante volte una non adeguata parametrizzazione del valore di rimborso (a favore dei gestori uscenti) possa pregiudicare l’efficienza del confronto concorrenziale. Di là dalla lettera della norma (che non legittima l’assunto di una connotazione meramente facoltativa dell’inoltro delle stime operate dall’ente committente), è la sua complessiva *ratio* che milita per un coinvolgimento necessariamente preventivo, in quanto finalizzato alla corretta strutturazione delle condizioni di gara (e, di conserva, di una

idonea e calcolabile parametrizzazione delle offerte da parte delle imprese interessate al confronto concorrenziale).

9.- Del resto – vale soggiungere – la complessa vicenda della gestione delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale (conseguente alla opzione legislativa per la “concorrenza per il mercato”) ha da tempo evidenziato (dopo le iniziali preoccupazioni finalizzate alla esatta perimetrazione degli “ambiti territoriali minimi” economicamente ottimali e dopo gli sforzi intesi alla confacente prefigurazione dei “criteri di gara”) la decisiva questione del riconoscimento, in tariffa, del valore di rimborso delle reti.

L'obiettivo, dichiaratamente preconizzato dall'Autorità, è quello di riconoscere in tariffa (attraverso una specifica componente) solo al gestore entrante (quando diverso dall'*incumbent* e quindi subentrante) la differenza (tipicamente positiva, come si è detto) fra il VIR e la RAB nei primi dodici anni di gestione a valle dell'espletamento della prima gara (con convergenza al VIR nei periodi successivi).

Alla base, vi è - in buona sostanza - la convinzione che l'asimmetria di trattamento renda più efficace il confronto concorrenziale *ex ante*, evitando di sovrapporre, al supposto vantaggio informativo dell'*incumbent*, vantaggi di altra natura che potrebbero scoraggiare la partecipazione alle gare e quindi in ultima analisi “mortificare” gli effetti stessi della “concorrenza per il mercato” (quando questa sia

positivamente correlata al numero dei soggetti partecipanti alle gare).

Nell'opinione, più volte ribadita, dell'Autorità, la ridetta, virtuosa "disparità di trattamento" andrebbe a netto vantaggio dei consumatori grazie anche a sconti in tariffa (proporzionali alla differenza VIR/RAB) eventualmente "alimentati" dall'offerta di riduzioni di costo maggiori di quelle che si avrebbero in condizioni di simmetria di trattamento (differenza VIR/RAB riconosciuta ad ambedue i soggetti).

Per tal via, si stima corretto che sul subentrante gravi l'onere del rimborso iniziale dell'*incumbent* il quale, in caso di affermazione (nella gara), non deve sostenere tale esborso.

Se all'*incumbent* venisse, per contro, riconosciuta la differenza fra VIR e RAB, potrebbe "attingere" a tale differenza (che per il gestore storico non sarebbe un costo) per offrire agevolmente sconti in tariffa in grado di scoraggiare la partecipazione dei concorrenti che, invece, per offrire significativi sconti avrebbero solo la possibilità di "attingere" al margine operativo (la differenza fra costi riconosciuti e costi effettivi). Si innescherebbe allora un circolo vizioso: riconoscimento VIR/RAB anche all'*incumbent*, alta probabilità che questi vinca la gara, attesa scarsa partecipazione, bassi sconti per vincere le gare e ridotti incentivi ad offrire costi più bassi (che, attraverso la componente dei costi riconosciuti, apporterebbero benefici ai consumatori nel medio termine) da

parte dell'*incumbent* che così realizzerebbe gran parte di quella che l'Autorità gli attribuisce come rendita.

Se, invece ed appunto, la differenza VIR/RAB viene riconosciuta solo al concorrente dell'*incumbent*, ambedue le imprese dovrebbero “attingere” al margine operativo “riconcorrendosi”, al fine di “alimentare” lo sconto in tariffa, sul ribasso dei costi: *incumbent* e concorrente sarebbero sullo stesso piano, il confronto concorrenziale ne uscirebbe favorito e con esso un'ampia partecipazione alle gare.

Con disparità di trattamento, pertanto, la partecipazione sarebbe ampia con pieno beneficio della concorrenza su cui si “scommetterebbe” per massimizzare lo sconto in tariffa e avere prezzi più bassi di quelli che si avrebbero con simmetria di trattamento (*incumbent* e concorrente andrebbero a farsi concorrenza sul margine operativo) e soprattutto, con continuità di gestione (vince l'*incumbent*), prezzi auspicabilmente minori di quelli correnti. Se, al contrario, fosse il concorrente a vincere (perché offre una percentuale di sconto più alta), i prezzi saranno sicuramente più alti (escludendo che il concorrente voglia offrire sconti che “erodano” il VIR) di quelli correnti a meno che (in presenza di una contenuta differenza VIR/RAB) l'efficienza offerta (i costi offerti) non sia molto elevata per via di un acceso confronto competitivo. Da cui la suddetta “scommessa”.

Il principio è, in definitiva, chiaro: l'asimmetria di trattamento comporta maggiore partecipazione alle gare e quindi maggiore concorrenza e, in ultima analisi, prezzi minori.

Naturalmente, per il virtuoso funzionamento del criterio (onde l'evocata asimmetria non superi la soglia della corretta funzionalizzazione all'efficienza del confronto competitivo e ridondi in logiche di trattamento implausibilmente disparitario), appare particolarmente critico e delicato il momento della stima dello scarto VIR/RAB: il che – appunto – vale a giustificare (al superamento della soglia di sensibilità) il (necessario e preventivo) coinvolgimento (in funzione di “validazione orientativa”) della stessa Autorità di settore (in quanto dotata delle competenze tecniche qualificate per le rilevanti valutazioni economiche).

10.- In siffatto quadro, deve – per tal via ed in definitiva – corretta la decisione assunta dal primo giudice, nella parte in cui ha valorizzato, quale ragione di complessiva illegittimità della determinazione indittiva, il mancato coinvolgimento preventivo dell'Autorità. Né può ritenersi che l'inoltro “postumo” assuma valenza sanante (onde si giustifichi, come nell'attoreo auspicio, l'attesa del giudizio di correttezza delle osservazioni formulate dall'Autorità, attualmente *sub iudice*).

11.- La considerazione – risultando assorbente di ogni altro dei dedotti profili (e, segnatamente per la sua “autosufficienza”, degli ulteriori motivi di gravame

criticamente prospettati) – induce alla complessiva reiezione dell'appello.

12.- A questo punto, l'autonomo gravame interposto dal Italgas s.p.a. (inteso a valorizzare le ragioni di doglianza rimaste disattese in prime cure) deve riguardarsi quale improcedibile (non sussistendo interesse – a procedura demolita – alla sua definizione).

13.- La complessità e le perduranti incertezze della materia giustificano, ad avviso del Collegio, l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe distinti, così statuisce: *a)* respinge l'appello proposto dal Comune di Venezia; *b)* dichiara improcedibile l'appello proposto dal Italgas s.p.a.; *c)* compensa integralmente, tra le parti costituite, le spese e le competenze di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO