

N. 06256/2013REG.PROV.COLL.

N. 08361/2011 REG.RIC.

N. 09591/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 8361 del 2011, proposto dalle società Consiag s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Estra s.p.a. (già Estra Reti Gas s.r.l.) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Vincenzo Cerulli Irelli e Guido Giovannelli, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Dora n. 1;

contro

Comune di Prato, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia e Xavier Santiapichi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Antonio Bertoloni n. 44;

nei confronti di

Comune di Sesto Fiorentino, Comune di Scandicci, Comune di Calenzano, Comune di Campi Bisenzio, Comune di Cantagallo, Comune di Carmignano, Comune di Montemurlo, Comune di Montespertoli, Comune di Poggio A Caiano, Comune di Signa, Comune di Vaiano, Comune di Vernio, Comune di Agliana, tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Mauro Giovannelli, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;
Comune di Lastra a Signa, Energas Engineering s.r.l., Consorzio Stabile Concessioni Reti Gas, non costituiti;

e con l'intervento di

ad opponendum

Toscana Energia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Sanino e Giuseppe Caia, con domicilio eletto presso il primo in Roma, viale Parioli n. 180;

sul ricorso numero di registro generale 9591 del 2011, proposto dalla società Estra s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Federico Sorrentino, Luigi Giuri e Alessandro Cecchi, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Lungotevere delle Navi n. 30;

contro

Comune di Prato, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia e Xavier Santiapichi, con domicilio eletto presso Xavier Santiapichi in Roma, via Antonio Bertoloni n.44;

nei confronti di

Comune di Sesto Fiorentino, Comune di Scandicci, Comune di Calenzano, Comune di Campi Bisenzio, Comune di Cantagallo, Comune di Carmignano, Comune di Lastra A Signa, Comune di Montemurlo, Comune di Montespertoli, Comune di Poggio A Caiano, Comune di Signa, Comune di Vaiano, Comune di Vernio, Comune di Agliana, Estra Reti Gas s.r.l., Consiag s.p.a., Energas Engineering s.r.l., Consorzio Stabile Concessioni Reti Gas, tutti non costituiti;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Toscana Energia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Sanino e Giuseppe Caia, con domicilio eletto presso il primo in Roma, viale Parioli n. 180;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. della Toscana, Sezione I, n. 1596 del 27 ottobre 2011.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Prato;

Visto l'appello incidentale dei Comuni di Sesto Fiorentino, Scandicci, Calenzano, Campi Bisenzio, Cantagallo, Carmignano, Montemurlo, Montespertoli, Poggio A Caiano, Signa, Vaiano, Vernio e Agliana;

Visti gli atti di intervento *ad opponendum* della Toscana Energia s.p.a.;

Viste le memorie difensive e di replica di Consiag s.p.a. e Estra s.p.a. (depositate in data 27 novembre 2013), del Comune di Prato (depositate in data 2 dicembre 2013), dei comuni appellanti incidentali (depositate in data 13 gennaio 2012 e 26 novembre 2013), e di Toscana Energia s.p.a. (depositate in data 22 novembre e 2 dicembre 2013);

Vista la produzione documentale di Consiag s.p.a. e Estra s.p.a. (depositata in data 22 novembre 2013), dei comuni appellanti incidentali (depositata in data 20 novembre 2013), del comune di Prato (depositata in data 22 novembre 2013), di Toscana Energia s.p.a. (depositata in data 22 novembre 2013);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2013 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Mauro Giovannelli, Cerulli Irelli, Masi su delega dell'avvocato Guido Giovannelli, Santiapichi, Giuri, Cecchi e Colombari su delega dell'avvocato Caia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Toscana, sezione I, n. 1596 del 27 ottobre 2011:

- a) ha riunito tre autonomi ricorsi (sostenuti da motivi aggiunti), proposti rispettivamente da Estra s.r.l. (proprietaria della rete unitaria delle infrastrutture necessarie per la distribuzione del gas naturale nel c.d. ambito pratese), dalle società Consiag s.p.a. e Consiag Reti s.r.l. nella qualità di affidatario e gestore del servizio di distribuzione in questione (successivamente Consiag Reti, già cessionaria del ramo di azienda preposto alla gestione del servizio di Consiag s.p.a. è divenuta Estra Reti Gas s.r.l. , a sua volta incorporata dalle società Estra s.r.l. poi Estra s.p.a.), nonché dai comuni di Sesto Fiorentino, Scandicci, Calenzano, Campi Bisenzio, Cantagallo, Carmignano, Lastra a Signa, Montemurlo, Montespertoli, Poggio a Caiano, Signa, Vaiano, Vernio, Agliana;
- b) ha dichiarato in parte inammissibili, in parte improcedibili e in parte infondate tutte le censure poste a sostegno dei rispettivi ricorsi.

1.1. In estrema sintesi si evidenzia che è stata ritenuta la validità ed efficacia di una complessa sequenza di atti e procedure (risalenti alla delibera consiliare n. 35 del 27 aprile 2010), posti in essere dal comune di Prato a seguito della

decisione di fuoriuscire dal c.d. ambito territoriale pratese e gestire in proprio il servizio di distribuzione del gas naturale, tanto in applicazione della norma di sanatoria transitoria sancita dall'art. 24, co. 4, d.lgs. n. 93 del 2011 (secondo cui <<4. Gli enti locali che, per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale, alla data di entrata in vigore del presente decreto, in caso di procedura di gara aperta, abbiano pubblicato bandi di gara, o, in caso di procedura di gara ristretta, abbiano inviato anche le lettere di invito, includenti in entrambi i casi la definizione dei criteri di valutazione dell'offerta e del valore di rimborso al gestore uscente, e non siano pervenuti all'aggiudicazione dell'impresa vincitrice, possono procedere all'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale secondo le procedure applicabili alla data di indizione della relativa gara....>>), prima dell'indefettibile applicazione dell'obbligo, imposto agli enti locali dall'art. 46 bis, co. 2, d.l. n. 159 del 2007, di gestire il servizio in oggetto esclusivamente attraverso ambiti territoriali minimi predeterminati *ex lege*.

1.2. Per una migliore comprensione della vicenda in esame, è opportuno dare conto in modo analitico delle principali statuizioni dell'impugnata sentenza rese con dovizia di argomenti; in particolare:

- a) ha respinto l'eccezione di inammissibilità dei ricorsi sollevata sotto il profilo della carenza di interesse ad agire e di una posizione differenziata legittimante;
- b) ha assodato la tardività della legge di gara (pubblicata in G.U. del 1 aprile 2011), rispetto alla norma di sbarramento introdotta dal d.m. 31 marzo 2011 che, in attuazione delle norme sancite dal combinato disposto degli artt. 14, d.lgs. n. 164 del 2000 e 46 bis, co. 2, d.l. n. 159 del 2007, ha previsto la formazione obbligatoria dell'ambito ottimale pratese, l'obbligo della messa a gara del servizio gara su base unitaria d'ambito, nonché la salvezza delle sole gare bandite antecedentemente alla data del 1° aprile 2011 (tale capo non è stato impugnato dal comune di Prato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);
- c) ha assodato che il comune di Prato ha dato comunque corso alla procedura di gara per la scelta del concessionario e che, nelle more, è entrata in vigore la norma sancita dal richiamato art. 24, co. 4, d.lgs. n. 93 del 2011;
- d) ha individuato la natura giuridica e la portata applicativa soggettiva ed oggettiva della norma in questione, stabilendo la tempestività della gara rispetto alla sua entrata in vigore (29 giugno 2011);
- e) ha respinto tutte le censure incentrate sulla illegittimità delle rettifiche subite dalla legge di gara, in relazione ai due elementi della individuazione del valore del rimborso da conferire al gestore uscente nonché dei criteri per la valutazione delle offerte; sotto tale angolazione ha ritenuto integrati i requisiti divisati dall'art. 24, co. 4, cit. per la sanatoria delle procedure di gara *in itinere*;
- f) ha dichiarato improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse le censure proposte nell'ambito del ricorso allibrato al nrg. 984/2010 proposto dalla società Estra (nonché degli altri due ricorsi identici *in parte qua*), avverso i seguenti atti (in quanto non portati ad esecuzione): delibera giuntale n. 194 del 4 maggio 2010, determinazione dirigenziale n. 1329 del 1 giugno 2010; tale capo non è stato impugnato; sempre nell'ambito del medesimo ricorso di Estra ha ritenuto inammissibili, sotto plurimi profili, le censure proposte nei confronti dei successivi provvedimenti che hanno dato corso alla procedura di gara in attuazione della deliberazione consiliare n. 35 del 2010;
- g) ha respinto tutte le doglianze sviluppate in tutti e tre i ricorsi di primo grado (e nei connessi motivi aggiunti) avverso la deliberazione consiliare n. 35 del 2010;
- h) ha parimenti respinto o dichiarato inammissibili le censure rivolte alla delibera giuntale n. 96 del 25 marzo 2011, alle determinazioni dirigenziali nn. 641 del 21 marzo 2011 e 706 del 25 marzo 2011, al bando di gara ed alla lettera di invito (approvata con determinazione dirigenziale n. 1432 del 6 giugno 2011 e successive rettifiche fra cui in particolare la determinazione dirigenziale n. 1792 dell'8 luglio 2011 e la nota del r.u.p. in pari data);
- h) ha condannato i soccombenti a rifondere le spese di lite in favore del comune che ha liquidato in complessivi euro 10.000,00 oltre accessori di legge.

2. Avverso la su indicata sentenza n. 1596 del 2011 hanno interposto rituale appello al Consiglio di Stato:

- a) Consiag s.p.a. e Estra Reti Gas s.r.l. (successivamente incorporata da Estra s.p.a.), con ricorso allibrato al n.r.g. 8361 del 1011 e depositato il 2 dicembre 2013; all'interno di questo giudizio hanno proposto appello incidentale i comuni facenti parte dell'ambito territoriale dal quale si è distaccato il comune di Prato;
- b) Estra s.p.a., con ricorso allibrato al n.r.g. 9591 del 2011 e depositato in data 5 dicembre 2013.

2.1. In entrambi i giudizi si sono costituiti il comune di Prato e Toscana Energia s.p.a. – nelle more divenuta aggiudicataria della gara indetta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas nel comune di Prato – (in

proseguo società Toscana), eccedendo sotto plurimi profili l'improcedibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza dei gravami principali e incidentali.

3. Con due ordinanze di questa sezione (nn. 198 e 200 del 18 gennaio 2012), si è preso atto della rinuncia alle istanze cautelari proposte dalle società appellanti per ottenere la sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza n. 1596 del 2011.

4. Il comune di Prato ha quindi proceduto all'espletamento della gara per la scelta del gestore del servizio di distribuzione del gas naturale per il solo ambito comunale che ha aggiudicato alla società Toscana Energia s.p.a. (cfr. determinazione dirigenziale n. 2085 del 20 agosto 2012).

5. I comuni d'ambito (con ricorso allibrato al n.r.g. 1433 del 2012) e la società Estra Reti Gas s.r.l. (successivamente confluita nella società Estra. s.p.a., con ricorso allibrato al n.r.g. 1403 del 2012), hanno impugnato davanti al T.a.r. per la Toscana gli atti di gara e l'aggiudicazione; con il primo motivo, comune ad entrambi i ricorsi, è stata prospettata l'invalidità derivata della gara discendente dalla illegittimità della originaria scelta del comune di Prato di staccarsi dal preesistente ambito territoriale; con ulteriori censure è stata aggredita la procedura di gara per vizi propri e per la carenza di requisiti soggettivi in capo all'aggiudicataria.

6. Nelle more del giudizio di appello:

a) il comune di Prato e le società Estra hanno stipulato, in data 7 dicembre 2011, accordo transattivo globale (cui ha espressamente aderito la società Consiag sottoscrivendo l'atto), recante, *inter alios*, la rinuncia delle società all'azione contenziosa; tale accordo è stato formalmente approvato dal comune di Prato con la delibera giuntale n. 509 del 13 dicembre 2011;

b) con delibera n. 23243 del 25 gennaio 2012, pubblicata nel Bollettino n. 4 del 13 febbraio 2012, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (in prosieguo Autorità antitrust), ha sanzionato le società Estra e Estra Reti Gas per abuso di posizione dominante, in relazione alla procedura oggetto del presente giudizio, condannandole al pagamento della pena pecuniaria di euro 276.132,00 (tale delibera non risulta sospesa o annullata).

7. La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 13 dicembre 2013.

8. I due appelli, proposti avverso la medesima sentenza, devono essere riuniti a mente dell'art. 96, co. 1, c.p.a.

9. In ordine logico è prioritario l'esame delle eccezioni di improcedibilità degli appelli principali proposti dalle società Consiag e Estra, sollevate dalle difese del comune di Prato e della società Toscana.

9.1. Le eccezioni sono fondate.

Si ravvisano, nel peculiare caso di specie, due autonomi fatti impeditivi del giudizio (meglio descritti in precedenza, *retro* n. 6), intervenuti nel corso del processo in appello, che privano i ricorrenti di un effettivo ed attuale interesse alla definizione dell'impugnazione.

Da qui l'applicabilità della norma sancita dall'art. 35, co. 1, lett. c), c.p.a. secondo cui <<...il giudice dichiara ...il ricorso ...improcedibile quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse delle parti alla decisione>>, estensibile alle impugnazioni in virtù del rinvio interno operato dall'art. 38 c.p.a. alle disposizioni che disciplinano il processo di primo grado (cfr. Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2012, n. 3440).

9.1.1. La prima causa di improcedibilità si ravvisa nella intervenuta stipulazione, in data 7 dicembre 2011, di una transazione globale fra la società Estra da un lato, ed il comune di Prato dall'altro (cui ha espressamente aderito la società Consiag sottoscrivendo l'atto), rivolta <<...a prevenire eventuali future liti e ricomporre i contrasti già in corso ...>> di tutte le pendenze e i contenziosi; nell'ambito dell'accordo, fra l'altro, è stato definito il valore dell'indennizzo (pari a euro 90.500.000,00 da riconoscersi al proprietario della rete da parte dell'affidatario della gara bandita dal comune di Prato (art.6), è stato previsto l'obbligo del comune di rettificare la legge di gara (art. 7), è stato riconosciuto il diritto di proprietà di Estra s.p.a. sugli impianti (artt. 2 e 6), infine, Consiag e Estra <<rinunciano altresì alla coltivazione dell'appello proposto innanzi al Consiglio di Stato per la riforma della sentenza del TAR Toscana nrg 1596/2011 e, pertanto, si impegnano a trasmettere al Comune una espressa rinuncia alla prosecuzione del giudizio, pendente in Consiglio di Stato Rg. 9591/2011 impegnandosi altresì a che Estra Reti Gas rinunci anch'essa alla coltivazione dell'impugnazione....le parti provvederanno al deposito in giudizio della rinuncia in modo congiunto....>> (art. 8).

Sostengono le società appellanti che tale rinuncia, mai formalizzata, sarebbe venuta meno a seguito del verificarsi della condizione risolutiva divisata dall'art. 10 dell'accordo secondo cui <<Le parti convengono che il presente accordo è risolutivamente condizionato al seguente evento: che entro il 31.12.2011 i Comuni che hanno proposto appello avverso

la sentenza del TAR Toscana n. 1596/2011 non rinuncino alla prosecuzione del giudizio; pertanto qualora entro la predetta data i Comuni predetti non abbiano formalizzato la rinuncia il presente accordo sarà privo di ogni efficacia>>; che l'avverarsi della condizione risolutiva (il mancato accordo dei comuni di ambito), avrebbe privato di efficacia la rinuncia che non sarebbe mai stata formalizzata; che comunque l'accordo conteneva un mero impegno alla rinuncia, e che dal punto di vista sostanziale residuano interessi diversi e ulteriori rispetto a quelli regolamentati nell'accordo.

In contrario si osserva che:

- a) l'art. 8 della transazione contiene una manifestazione attuale della consapevolezza delle società circa l'inutilità della coltivazione ulteriore del ricorso in appello; tale volontà ha prodotto i suoi effetti immediatamente ed è oggettivamente indipendente dalle altre clausole dell'accordo (dunque non suscettibile di essere posta nel nulla dal verificarsi della condizione risolutiva);
- b) effettivamente è mancata la formalizzazione della rinuncia, secondo le modalità indicate nell'accordo (conformemente alla disciplina processuale); tuttavia è noto che a mente dell'art. 84, co. 4, c.p.a., anche in assenza delle formalità prescritte per la rinuncia <<...il giudice può desumere dall'intervento di fatti o atti univoci dopo la proposizione del ricorso ed altresì dal comportamento delle parti argomenti di prova della sopravvenuta carenza di interesse alla decisione della causa>>;
- c) il comportamento delle parti successivo al verificarsi della condizione risolutiva dimostra che, nella sostanza, esse hanno tenuto per buone tutte le clausole dell'accordo che ha definito in modo globale l'intero assetto dei contrapposti interessi.

9.1.2. Una seconda autonoma causa di improcedibilità (cfr. la pertinente eccezione sollevata alle pagine 8 dell'atto di opposizione e sviluppata alle pagine 8 – 10 della memoria della società Toscana, in relazione alla quale nulla hanno osservato le controparti neppure in sede di discussione orale), discende dall'intervenuta pronuncia dell'Autorità antitrust (retro n. 6).

L'Autorità, all'esito di un'accurata istruttoria condotta in contraddittorio con le parti, ha assodato in sintesi che:

- a) Consiag s.p.a. è la controllante al 61,10% di Estra s.p.a. (che successivamente ha incorporato Estra Reti Gas s.r.l. a sua volta avente causa da Consiag Reti s.r.l. a sua volta cessionaria, da Consiag s.p.a., del ramo dell'azienda gestore del servizio di distribuzione del gas);
- b) le società Estra e Estra Reti Gas hanno posto in essere una strategia volta ad impedire e comunque a differire il più possibile la gara autonoma del comune di Prato allo scopo di evitare una perdita di ricavo e una decurtazione del valore dei cespiti centralizzati;
- c) tale strategia è stata attuata secondo varie direttrici, fra cui l'esperimento di ricorsi giurisdizionali da parte delle società Consiag, Estra e Estra Reti Gas.

Tanto premesso in fatto, osserva il collegio che l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali (titolo, interesse ad agire, legittimazione attiva/passiva) che, valutate in astratto con riferimento alla *causa petendi* della domanda e non *secundum eventum litis*, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione finale (allo stesso principio soggiacciono i mezzi di impugnazione). Per quanto di interesse ai fini della presente controversia, viene in rilievo la prima delle condizioni dell'azione, ovvero il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione (cioè la posizione giuridica soggettiva configurabile in astratto da una norma come di diritto soggettivo o interesse legittimo, che ricomprende, secondo la comune opinione, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo).

Soprattutto in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto e affidamenti di servizi, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata alla circostanza che l'instaurazione del giudizio non appaia finalizzata a tutelare interessi illegittimi (cfr. da ultimo, sul principio generale e sulla sua applicazione in materia di gare di appalto, Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131; sez. V, 23 maggio 2011, n. 3084; sez. V, 12 febbraio 2010, n. 746; sez. V, 7 settembre 2009, n. 5244, cui si rinvia a mente degli artt. art. 74 e 120, co. 10, c.p.a.).

Nella vicenda odierna, già sul piano astratto dell'ordinamento di settore, si coglie appieno il venir meno dell'interesse al ricorso proposto in appello dalle società: nessuna posizione di interesse legittimo è enucleabile dall'esame della *causa petendi* del ricorso delle due società perché essa si risolve, all'evidenza, nella richiesta di tutela di un interesse materiale *contra ius*, se messo in relazione alle norme ed ai principi comunitari e nazionali che tutelano i valori del libero mercato e della concorrenza, così come accertato dall'Autorità antitrust. Invero, la disciplina europea e nazionale in materia di contratti pubblici mira alla tutela della libertà di impresa e di stabilimento e, per tale via, alla creazione di un mercato

unico e non certo a favorire gli operatori già presenti sul territorio e affidatari di appalto o servizi senza gara, evitando di scoraggiare, se non di impedire, l'accesso al mercato da parte di nuovi competitori.

10. Residua l'esame dell'appello incidentale articolato dai comuni facenti parte del disciolto ambito pratese. Stante l'evidente infondatezza, nel merito, di tale gravame, si può prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità sollevate dalle controparti per l'asserita carenza dei presupposti legittimanti la proposizione di un ricorso collettivo.

10.1. Con il primo motivo (pagine 11 – 22 del gravame incidentale) si lamenta l'erroneità della sentenza per le seguenti ragioni:

- a) assenza dei presupposti per l'applicazione della norma sancita dall'art. 24, co. 4, cit.; si sostiene la natura eccezionale della norma, il conseguente obbligo di stretta interpretazione, l'assenza, nella legge di gara, di un valore di rimborso certo e immutabile da destinare al precedente gestore, e di altrettanto definitivi criteri di selezione delle offerte;
- b) inattendibilità intrinseca dei criteri utilizzati per individuare il valore di rimborso posto a base della legge di gara, dal momento che tale valore è stato, successivamente, all'incirca raddoppiato dal comune di Prato; violazione dei criteri sanciti dall'art. 24, r.d. n. 2578 del 1925 nella parte in cui stabilisce un preciso percorso procedurale per determinare l'entità del valore di rimborso (fondato sul mutuo consenso delle parti o in subordine affidato ad un collegio arbitrale);
- c) omessa valutazione, in sede di redazione della documentazione di gara, dei costi conseguenti alla separazione fisica dell'infrastruttura energetica; si assume la certezza dei costi in questione (e non la loro eventualità come affermato dalla sentenza del T.a.r.) e la necessità di individuare i soggetti chiamati a sopportare il relativo onere con il rischio che essi siano sostenuti dalla comunità degli utenti;
- d) infine, a pagina 20 e 21 del gravame incidentale i comuni hanno rinviato agli argomenti ed alle censure sviluppati nei motivi di prime cure.

10.1.1. Il mezzo è inammissibile e infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

10.1.2. Preliminarmente e in rito, il collegio rileva l'inammissibilità:

- a) della mera riproposizione delle censure articolate in primo grado, mediante la tecnica del rinvio ai relativi scritti difensivi, per violazione dell'obbligo di specificità dei motivi di appello sancito dall'art. 101, co.1, c.p.a. (cfr. Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10; successivamente Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1058);
- b) del mezzo incentrato sull'omessa indicazione dei c.d. "costi di separazione", in quanto: I) la declaratoria, da parte del T.a.r., di carenza di legittimazione al ricorso da parte dei soggetti che non partecipano alla gara non è stata oggetto di specifico mezzo di gravame; pertanto, sul punto, si è formato il giudicato interno; II) in ogni caso, è evidente l'inammissibilità della censura poiché certamente tali costi non potranno essere sostenuti dai comuni appellanti e tantomeno dai loro concittadini ma, tutt'al più, dai cittadini del comune di Prato, ovvero dal gestore uscente, o direttamente dal medesimo comune; III) si tratta di pregiudizi non attuali perché in astratto incidenti nella fase esecutiva del rapporto, come tali inidonei a sostenere l'interesse ad agire dei comuni.

10.1.3. Per la restante parte il motivo risulta infondato sia in fatto che in diritto.

Si riporta per comodità di lettura il più volte menzionato comma 4 dell'art. 24 cit.: <<4. *Gli enti locali che, per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale, alla data di entrata in vigore del presente decreto, in caso di procedura di gara aperta, abbiano pubblicato bandi di gara, o, in caso di procedura di gara ristretta, abbiano inviato anche le lettere di invito, includenti in entrambi i casi la definizione dei criteri di valutazione dell'offerta e del valore di rimborso al gestore uscente, e non siano pervenuti all'aggiudicazione dell'impresa vincitrice, possono procedere all'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale secondo le procedure applicabili alla data di indizione della relativa gara....>>.*

Il giudice delle leggi (cfr. Corte cost. 7 giugno 2013, n. 134), nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, co. 4, d. lgs. 1° giugno 2011, n. 93, nella parte in cui prevede che, a far data dall'entrata in vigore del medesimo decreto, le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale sono effettuate unicamente per ambiti territoriali di cui all'art. 46-bis, co. 2, d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, in l. 29 novembre 2007, n. 222, in riferimento all'art. 76 Cost. – ha rilevato come la norma censurata risulta strumentale al perseguimento dell'obiettivo di realizzare un sistema di affidamento della distribuzione del gas naturale improntato a criteri di trasparenza ed efficienza nell'ambito di un mercato concorrenziale e realizza il passaggio da un sistema caratterizzato da estrema frammentazione (affidamento su base territoriale comunale) al c.d. sistema degli ambiti.

Pure nell'ottica del bilanciamento fra sviluppo effettivo (e non *sine die*) del mercato del gas e tutela della certezza del diritto (sub specie di conservazione degli affidamenti in corso), si è collocata la giurisprudenza della Corte di giustizia che

- nel "salvare" la legittimità della disciplina italiana recante il prolungamento del periodo di proroga degli affidamenti diretti
- ha esortato comunque il giudice nazionale ad un riscontro casistico improntato alla necessità di non frustrare l'apertura effettiva del mercato (cfr. Corte giust. Ce, Sez. II, 17 luglio 2008, C-347/06). Su analoghe posizioni si è collocato il giudice delle leggi nel giudicare la legittimità della norma (art. 1, co. 69, l. n. 164 del 2000), che ha fatto salva la facoltà del riscatto anticipato nel periodo transitorio, sia pure a certe condizioni (cfr. Corte cost., 14 maggio 2008, n. 132).

In buona sostanza la norma in esame costituisce il punto di equilibrio (e bilanciamento) di due concorrenti esigenze: da un lato, quella di non procrastinare il superamento del regime dell'affidamento diretto oggetto di numerose proroghe legali (dunque lesivo dei fondamentali valori europei e nazionali del mercato e della concorrenza); dall'altro, quella di far gestire il servizio di distribuzione del gas da ambiti adeguati per raggiungere ottimali livelli di efficienza ed economicità.

Ricostruito il quadro dei valori, delle norme e dei principi all'interno del quale collocare la vicenda che occupa, è più agevole individuare - sulla scorta del precedente di questo Consiglio, sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5553 (essendo del tutto in conferente rispetto al caso di specie l'invocata sentenza di questa Sezione 16 aprile 2013, n. 2078) - il significato della norma di cui all'art. 24, co. 4, cit., nel senso della sufficienza dell'indicazione dei criteri di computo del valore di rimborso senza necessità dell'indicazione di una cifra puntuale; a sostegno di detta interpretazione si pone il dato letterale, che richiede la definizione dei criteri di valutazione delle offerte e del valore del rimborso al gestore uscente senza imporre in modo esplicito l'enucleazione di una somma puntuale, in una con l'argomento teleologico secondo cui si deve preferire una soluzione ermeneutica che eviti l'imposizione di una condizione di difficile esigibilità che implichi la frustrazione della *ratio* di conservazione che anima la norma; inoltre, il contenzioso relativo all'esatta definizione del credito pecuniario vantato dal gestore uscente, in caso di contrasto tra stima dell'amministrazione e rivendicazione del gestore, rimane in ogni caso estraneo all'oggetto della procedura di gara e, a *fortiori*, alla scelta operata, a monte, dall'ente locale di staccarsi dall'ambito per non proseguire un servizio gestito grazie ad un affidamento diretto.

Nel caso di specie è pacifico che:

- a) la procedura di gara è stata indetta in epoca anteriore all'entrata in vigore, in data 29 giugno 2011, dello *jus superveniens* che ha previsto, a regime, l'espletamento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione per gli ambiti territoriali di cui al più volte menzionato art. 46-bis, co. 2, d.l. n. 159 del 2007;
- b) risulta integrata anche l'ulteriore condizione richiesta dalla normativa sopravvenuta in ordine alla necessità che la disciplina di gara preveda la definizione dei criteri di valutazione dell'offerta e del valore di rimborso al gestore uscente;
- c) tali criteri sono nel complesso attendibili; in particolare, in relazione ai criteri di stima delle offerte dei potenziali concorrenti è sufficiente osservare che la rettifica ha riguardato, nella sostanza, solo la tabella di attribuzione dei punteggi e non già i criteri individuati a monte nella lettera di invito; circa il valore di rimborso, la necessità della rettifica trae origine dal comportamento abusivo posto in essere dalle società appellanti principali così come accertato e sanzionato dall'Autorità antitrust;
- d) in ogni caso è irrilevante, sul piano della validità della legge di gara, che entrambi tali elementi siano stati oggetto, nello sviluppo della procedura, di successiva parziale rettifica; deve ritenersi, sul punto, che la norma sancita dall'art. 24, co. 4, cit., alla luce del suo tenore letterale e della sua *ratio essendi* (come in precedenza ricostruiti), non abbia certamente introdotto un divieto implicito di autotutela ad opera della stazione appaltante.

10.2. Con il secondo motivo (pagine 22 – 23 del gravame incidentale), si deduce l'erroneità della sentenza per i seguenti aspetti:

- a) la scadenza del periodo transitorio al 31 dicembre 2010 non era condizione sufficiente a legittimare il distacco del comune di Prato dall'ambito c.d. naturale;
- b) in presenza di un ambito già formato, gli artt. 14, d.lgs. n. 164 del 2000, 46 bis d.l. n. 159 del 2007 e 24, d.lgs. n. 93 del 2011, impedivano in ogni caso all'ente di staccarsi da tale ambito mediante l'indizione di una gara isolata;
- c) in ogni caso il divieto di indire una gara isolata scaturiva dalle caratteristiche tecniche della infrastruttura di supporto che formava una realtà unica ed indistinta in relazione alla quale sarebbe stata ipotizzabile solo una gara indetta e gestita dall'insieme dei comuni d'ambito.

10.2.1. Il motivo è infondato.

10.2.2. In diritto è sufficiente osservare che nelle procedure per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale l'Amministrazione ha un'ampia discrezionalità nel determinare gli elementi di valutazione dell'offerta, alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura in relazione alle condizioni della rete; in tali procedure, la mancata individuazione dei criteri di selezione e degli ambiti territoriali di utenza, di cui all'art. 46 bis d.l. n. 159 del 2007, non può costituire una moratoria *sine die* delle relative gare; l'ordinamento di settore, per come si è andato

formando nel tempo, non ha inteso prorogare gli affidamenti in essere fino alla definizione degli ambiti ottimali (fatto salvo quanto previsto dall'art. 24 cit.); pertanto, un comune può legittimamente bandire isolatamente la propria gara anche in assenza di tali criteri (cfr., all'interno di una pacifica giurisprudenza, Cons. St., Sez. V, 4 gennaio 2011, n. 2; 6 luglio 2010, n. 4311; sez. V, 22 giugno 2010, n. 3890).

E' irrilevante che, nel caso di specie, il comune di Prato facesse parte di un ambito per così dire naturale, cioè a suo tempo costituito su base volontaria attraverso l'adesione, prima al Consorzio e poi, alla società Consiag; tale scelta, infatti, non coperta da una previsione legale cogente, trovava rispondenza in valutazioni tecniche, politiche ed economiche rimesse a ciascun ente locale. Sicché, una volta scaduto il periodo di proroga legale dell'affidamento diretto (al 31 dicembre 2010), la disciplina di settore, in attesa della definizione dei nuovi ambiti ottimali (questi sì obbligatori per legge), ha consentito ai comuni di optare, sulla scorta di una valutazione ampiamente discrezionale (della medesima natura rispetto a quella precedente), fra il perpetuare l'originario affidamento diretto (certamente non in linea con i parametri comunitari), ovvero procedere all'indizione di una gara per la scelta dell'affidatario e le modalità ritenute più consone alle necessità del proprio territorio: a fronte della timidezza e delle lungaggini opposte dai comuni facenti parte dell'ambito naturale a mettere a gara il servizio di distribuzione del gas, il comune di Prato ha deciso di procedere legittimamente "in solitaria".

Infine, come correttamente statuito dal T.a.r. sul punto, nessuna caratteristica tecnica o strutturale, legata alla morfologia ed al funzionamento dell'infrastruttura, rendeva impossibile al comune di operare il contrastato distacco.

Si evidenzia, infine, che la decisione di staccarsi dal c.d. ambito naturale (deliberazione n. 35 del 2010), frutto della insindacabile valutazione politica ed amministrativa dell'ente, è adeguatamente motivata in relazione al contesto normativo dianzi illustrato.

10.3. Con il terzo motivo (pagine 23 – 29 del gravame incidentale), si articolano i seguenti mezzi:

- a) omessa considerazione degli obblighi assunti dal comune di Prato nei confronti degli altri comuni circa la prosecuzione della gestione unitaria del servizio di distribuzione del gas;
- b) violazione dell'art. 15, l. n. 241 del 1990, sotto il profilo dell'omessa indizione di una gara unitaria in spregio agli accordi conclusi sul punto, con lesione dell'affidamento maturato dai comuni d'ambito;
- c) violazione della delibera consiliare n. 48 del 31 marzo 2005 recante l'assunzione dell'impegno, da parte del comune di Prato, al termine del periodo transitorio, di effettuare un'unica gara per l'intero ambito.

10.3.1. Il motivo è infondato.

Invero:

- a) sebbene più volte richiamato (anche con rinvio ai documenti nn. 19 – 32 della produzione di primo grado, v. fra l'altro pag. 26 dell'appello incidentale), non è stato versato in atti alcun accordo specificamente e formalmente stipulato fra i comuni ai sensi dell'art. 15, l. n. 241 del 1990 (norma che pure impone la forma scritta mercé il rinvio all'art. 11 della medesima legge);
- b) l'asserito obbligo del comune di Prato di bandire una gara unitaria con tutti i comuni d'ambito (e la conseguente lesione dell'affidamento di questi ultimi), non discende neppure dalla delibera n. 48 del 2005; tale delibera, infatti, si è limitata a prorogare sino alla data ultima del 31 dicembre 2010, l'affidamento diretto senza gara a Consiag s.p.a. del servizio di distribuzione del gas (cfr. pagine 6 e 7 dell'univoco dispositivo della delibera); nel corpo della motivazione (pagina 5, lett. c) e d), il comune si è limitato a prefigurare alcune ipotesi circa evenienze future relative al periodo successivo al 31 dicembre 2010; fra queste, oltre alla valorizzazione dell'ambito comunale, è stata adombrata anche la possibilità di indire una gara unitaria;
- c) in definitiva, come correttamente rilevato dall'impugnata sentenza, nel particolare caso di specie, una volta scaduto il periodo di proroga della gestione unitaria del servizio di distribuzione del gas, il comune di Prato ha riacquisito per intero il più ampio spazio di libertà politica ed amministrativa in ordine alla scelta di gestione unitaria o collettiva del servizio in questione.

11. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza dichiarare improcedibili gli appelli principali e infondato l'appello incidentale.

12. Gli onorari del presente grado di giudizio, regolamentati secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe meglio specificati:

- a) dichiara improcedibili gli appelli principali proposti da Consiag s.p.a. e Estra s.p.a. quest'ultima anche nella qualità di incorporante Estra Reti Gas s.r.l.;
- b) respinge l'appello incidentale proposto dai comuni di Sesto Fiorentino, Scandicci, Calenzano, Campi Bisenzio, Cantagallo, Carmignano, Montemurlo, Montespertoli, Poggio A Caiano, Signa, Vaiano, Vernio e Agliana, e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;
- c) condanna gli appellanti principali e incidentali, in solido fra loro, a rifondere in favore del comune di Prato e di Toscana Energia s.p.a. le spese del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 15.000/00 (quindicimila), oltre accessori come per legge (I.V.A. e C.P.A.), in favore di ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Sabato Malinconico, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/12/2013

IL SEGRETARIO

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