

Publicato il 08/06/2020

N. 01009/2020 REG.PROV.COLL.

N. 02037/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2037 del 2019, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Zi Rete Gas s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Bardelli e Maria Alessandra Bazzani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Guido Bardelli in Milano, via Visconti di Modrone, 12;

contro

Comune di Cislano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Angela Francesca Canta e Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Rozzano, in persona del Sindaco in carica, Regione Lombardia, in persona del Presidente della Giunta in carica, Ministero dello sviluppo economico, in persona del Ministro in carica, non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

Società Impianti Metano a r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Alfredo Lanzalone e Stefano Sonzogni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Alfredo Lanzalone in Milano, corso Monforte, 2;

per l'annullamento

o per la declaratoria di nullità,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del bando di gara della procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nella località tariffaria di Cisliano, pubblicato nella G.U.U.E. in data 5 agosto 2019;
- del disciplinare di gara, del contratto di servizio e di tutti gli ulteriori atti di cui si compone la *lex specialis* della predetta procedura;
- della nota del 19 settembre 2019, reg. n. 7063/2019, a firma del responsabile del procedimento;
- di tutti gli atti e provvedimenti della predetta procedura;
- di ogni atto ad essi presupposto, consequenziale e connesso, ivi compresa la deliberazione del Consiglio del Comune di Cisliano n. 11 del 29 aprile 2019, la nota del responsabile del procedimento del 10 giugno 2019, prot. 4496, e la deliberazione della Giunta del Comune di Cisliano n. 109/2018:

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati in data 13 novembre 2019:

- della deliberazione del Consiglio del Comune di Cisliano n. 16 del 15 luglio 2019 con la quale è stata prevista l'alienazione della rete di distribuzione del gas di proprietà comunale all'affidatario del servizio.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione in giudizio del Comune di Cisliano;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di intervento *ad opponendum* della Società Impianti Metano a r.l.;

Visti i documenti, le memorie e la memoria di replica depositati dalla società ricorrente;

Visti i documenti, la memoria e la memoria di replica depositati dal Comune di Cisliano;

Vista la memoria di replica depositata dalla società interveniente;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2020 la dott.ssa Rosanna Perilli e trattenuta la causa in decisione sulla base degli atti depositati, ai sensi dell'articolo 84, comma 5, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 2020, n. 27;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Zi Rete Gas p.a., subentrata per incorporazione ai precedenti concessionari, è concessionaria del servizio di distribuzione del gas naturale nella località tariffaria del Comune di Cisliano, in virtù di un contratto di concessione, il cui termine naturale di scadenza è spirato il 31 dicembre 2015.

Con deliberazione consiliare n. 22 del 12 maggio 2016 il Comune di Cisliano ha delegato il Comune di Rozzano, individuato quale ente capofila nell'ambito territoriale minimo MI 3 (d'ora in avanti solo A.TE.M. MI 3), a bandire la gara d'ambito per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, ai sensi dell'articolo 24, comma 4, del decreto legislativo n. 93 del 2011.

Con deliberazione consiliare n. 11 del 29 aprile 2019, notificata alla società ricorrente in data 10 giugno 2019, il Comune di Cisliano, considerato che la gara d'ambito non era stata ancora bandita, ha deciso di indire una procedura di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, ai sensi dell'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo n. 164 del 2000, con previsione della clausola risolutiva espressa, in caso

di sopravvenuta aggiudicazione all'esito della gara d'ambito entro il termine massimo previsto per il suo svolgimento.

Con bando pubblicato nella G.U.U.E. del 5 agosto 2019, non pubblicato sulla G.U.R.I., il Comune di Cislano ha avviato la procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale, per la durata di 144 mesi e per un valore stimato di euro 1.000.000,00.

Con nota del 6 settembre 2019 la società 2i Rete Gas p.a. ha chiesto al Comune di Cislano di ritirare o, in subordine, di sospendere gli atti della procedura, in attesa che l'A.TE.M. MI 3 definisca il processo per l'indizione della gara per l'affidamento di distribuzione del gas naturale, avviato ai sensi dell'articolo 24, comma 4, del decreto legislativo n. 93 del 2011.

Con nota del 19 settembre 2019 il Comune di Cislano ha comunicato alla società 2i Rete Gas p.a. il mancato accoglimento dell'istanza di autotutela.

1.1. Con ricorso notificato il 27 settembre 2019 e depositato il 30 settembre 2019, la società 2i Rete Gas p.a. ha domandato l'annullamento del bando di gara pubblicato nella G.U.U.E. in data 5 agosto 2019, della *lex specialis* di gara e degli atti presupposti e successivi, inclusa la nota del 19 settembre 2019, specificando i seguenti motivi:

a) con il primo motivo ha eccepito la nullità per difetto di attribuzione o comunque l'illegittimità per insussistenza dei presupposti per l'adozione di tutti gli atti impugnati, in quanto l'articolo 24, comma 4, del decreto legislativo n. 93 del 2011 attribuisce in via esclusiva agli A.TE.M. l'esercizio del potere di indire gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale;

b) con il secondo motivo ha dedotto l'illegittimità della previsione, contenuta al punto A.1. del disciplinare di gara e all'articolo 28 del contratto di servizio, di un canone parametrato ai ricavi tariffari complessivi in una percentuale offerta nel massimo dal concorrente, in quanto contraria all'articolo 46-bis, comma 4, del

decreto legge 1 ottobre 2007, n. 159, convertito con modificazioni nella legge 29 novembre 2007, n. 222, e alla deliberazione A.E.E.G. n. 237 del 28 dicembre 2000;

c) con il terzo motivo ha contestato l'illogicità della previsione contenuta nell'articolo 5 del disciplinare di gara, che impone all'affidatario della gara comunale l'obbligo di acquistare la rete di proprietà comunale, imposto dalla legge solo per l'affidatario della gara d'ambito, nonché la sua contraddittorietà con la deliberazione del Consiglio del Comune di Cisliano n. 11 del 29 aprile 2019, che tale obbligo non contempla;

d) con il quarto motivo ha allegato l'illegittimità del bando per mancata pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana.

1.2. Ha resistito al ricorso il Comune di Cisliano, formulando le seguenti difese:

a) quanto al primo motivo, ne ha preliminarmente eccepito l'irricevibilità e l'inammissibilità per intempestiva impugnazione della deliberazione consiliare n. 11 del 29 aprile 2019, impugnata solo con il presente ricorso, quale atto presupposto alla *lex specialis*; nel merito ha dedotto che i comuni, ai sensi del vigente articolo 14 del decreto legislativo n. 164 del 2000, sono comunque legittimati a bandire gare per l'affidamento del servizio del gas naturale, specialmente in una fattispecie, quale quella in oggetto, in cui la gara comunale è stata bandita in via temporanea e provvisoria, in attesa della definizione della gara d'ambito, e non siano stati esercitati da parte della Regione e del Ministero dello sviluppo economico i poteri sostitutivi previsti in caso di inerzia dei soggetti legittimati all'indizione delle gare per A.TE.M.;

b) quanto al secondo motivo ha contestato l'applicazione della disciplina prevista per le gare d'ambito alle gare bandite dai comuni, per le quali l'articolo 14, comma 6, del decreto legislativo n. 164 del 2000, non fissa limiti alla predeterminazione del canone di concessione;

c) quanto al terzo motivo ha affermato che con la deliberazione n. 11 del 29 aprile 2019, il Consiglio comunale di Cisliano, divenuto proprietario della rete, in virtù

dell'articolo 14, comma 4, del decreto legislativo n. 164 del 2000, alla scadenza naturale della precedente concessione, ha legittimamente previsto l'alienazione della proprietà della stessa all'operatore economico che si aggiudicherà la gara ponte, rimettendo a successive deliberazioni solo la determinazione dei relativi criteri di valorizzazione;

d) quanto al quarto motivo ha osservato che la mancata pubblicazione nella G.U.R.I. di una gara di rilevanza euro-unitaria incide esclusivamente sulla decorrenza del termine per la proposizione del ricorso, il quale è stato tuttavia regolarmente proposto dalla società ricorrente.

Con determinazione n. 99 del 4 ottobre 2019 il Comune di Cislano ha ritenuto opportuno di dover sospendere i termini per la presentazione delle offerte nella procedura di gara per l'affidamento temporaneo del servizio, fino alla trattazione del merito del presente giudizio.

1.3. Con atto per motivi aggiunti, notificato il 31 ottobre 2019 e depositato il 13 novembre 2019, la società 2i Rete Gas p.a. ha domandato l'annullamento della deliberazione consiliare del Comune di Cislano n. 16 del 15 luglio 2019, con la quale è stata prevista l'alienazione della rete di distribuzione del gas di proprietà comunale in sede di affidamento del servizio, riformulando sostanzialmente le medesime censure specificate nei primi tre motivi del ricorso introduttivo.

1.4. Con atto notificato il 4 marzo 2020, depositato in pari data, la società Impianti Metano a r.l., operatore economico interessato a partecipare alla procedura di gara bandita dal Comune di Cislano, ha spiegato intervento *ad opponendum*.

1.5. In vista della trattazione del merito del giudizio tutte le parti hanno depositato documenti, memorie e memorie di replica.

1.6. Alla camera di consiglio del 13 maggio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione sulla base degli atti depositati, ai sensi dell'articolo 84, comma 5, del

decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 2020, n. 27.

2. Il Collegio deve innanzitutto scrutinare le eccezioni preliminari, formulate dal Comune di Cisliano e dall'interventore *ad opponendum*, di irricevibilità del ricorso per tardiva impugnazione della deliberazione consiliare n. 11 del 29 aprile 2019, notificata alla società ricorrente in data 10 giugno 2019, nonché di inammissibilità per carenza di interesse alla decisione.

Dette eccezioni devono essere disattese.

La deliberazione consiliare n. 11 del 29 aprile 2019, con la quale il Comune ha manifestato la volontà di indire per suo conto una gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel proprio territorio, senza dover attendere la conclusione della gara d'ambito delegata al Comune di Rozzano, ha natura di atto programmatico.

La società ricorrente, la quale aspira a proseguire la gestione del servizio sino all'affidamento disposto all'esito della gara d'ambito, ha fatto valere il suo interesse ad opporsi all'indizione della gara comunale.

Tale interesse oppositivo è divenuto attuale solo al momento della pubblicazione del bando di gara da parte del Comune, atto con il quale si è concretizzata la volontà di porre fine alla precedente gestione del servizio pubblico mediante un nuovo affidamento.

D'altro canto sia il Comune di Cisliano che la Società Impianti Metano a r.l. non hanno evidenziato profili immediatamente lesivi della sfera giuridica della società ricorrente, direttamente riconducibili all'approvazione della deliberazione consiliare n. 11 del 29 aprile 2019.

3. Prima di procedere all'escussione del primo motivo di ricorso, con il quale la società ricorrente ha contestato in radice la scelta del Comune di Cisliano di indire in proprio una gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale,

senza attendere la definizione della gara d'ambito, è necessario ripercorrere in senso diacronico il quadro normativo di riferimento.

3.1. Con la direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 sono state indicate agli Stati membri le norme comuni per realizzare la graduale apertura concorrenziale dei mercati interni del servizio di interesse economico generale della distribuzione del gas naturale secondo criteri di trasparenza e di efficienza.

Per quanto di interesse per la risoluzione della presente controversia, l'articolo 9, comma 2, della direttiva prevede che <<Gli Stati membri possono imporre alle imprese di distribuzione e/o alle imprese di fornitura l'obbligo di rifornire i clienti in una data zona o l'obbligo di rifornire i clienti di una data categoria, o entrambi>>.

La direttiva 90/30/CE è stata attuata con il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, il quale, all'articolo 14, comma 1, dispone che <<L'attività di distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico. Il servizio è affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni. Gli enti locali che affidano il servizio, anche in forma associata, svolgono attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo sulle attività di distribuzione...>>, specificando, al comma 2, che <<Ai fini del presente decreto, per enti locali si intendono comuni, unioni di comuni e comunità montane>>, con lo scopo di valorizzare la dimensione territoriale dell'affidamento per conseguire standard di equa distribuzione del servizio.

L'articolo 46-bis del decreto legge 1 ottobre 2007, n. 159, convertito con modificazioni nella legge 29 novembre 2007, n. 222, ha demandato al Ministero dello sviluppo economico l'adozione dei <<criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas previsto dall'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164...>> (comma 1) ed ha introdotto il sistema degli <<ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per

l'affidamento del servizio di distribuzione del gas...in base a criteri di efficienza e di riduzione dei costi>> (comma 2).

Il Ministero dello sviluppo economico ha emanato una serie di decreti attuativi degli articoli 14 e 15 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, di seguito indicati:

a) con il decreto del 19 gennaio 2011 sono stati determinati in numero di 177 gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare (articolo 1), ossia le aggregazioni di comuni da affidare ad un unico gestore, ed è stato disciplinato lo svolgimento delle gare d'ambito, ossia le gare uniche per l'affidamento di tutti gli impianti di distribuzione del gas dello stesso ambito territoriale minimo (articolo 2);

b) con il decreto del 18 ottobre 2011 sono stati individuati i comuni appartenenti a ciascun ambito territoriale (articolo 1) e il Comune di Cisliano è stato inserito, insieme ad altri 49 comuni, in quello denominato Milano 3 - Provincia Sud (allegato 1);

c) con il decreto del 20 maggio 2015, n. 106, recante modificazioni al decreto del 12 novembre 2011, n. 226, che già aveva disposto in conformità, sono stati individuati i soggetti competenti a gestire le gare uniche per l'affidamento della distribuzione del gas naturale in forma associata (articolo 2) e, in particolare, è stato così disposto:

- al comma 1 che <<Nel caso in cui il Comune capoluogo di provincia non appartenga all'ambito, i sopra citati Enti locali individuano un Comune capofila, o la Provincia, o un altro soggetto già istituito, quale una società di patrimonio delle reti, al quale demandare il ruolo di stazione appaltante. La convenzione fra i Comuni facenti parte dell'ambito è approvata con la maggioranza qualificata dei Comuni d'ambito di cui all'articolo 4, comma 3, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni in legge 9 agosto 2013, n. 98>>;

- al comma 4 che <<La stazione appaltante prepara e pubblica il bando di gara e il disciplinare di gara, svolge e aggiudica la gara per delega degli Enti locali concedenti>>;

- al comma 5 che << Salvo l'individuazione, da parte degli Enti locali concedenti, di un diverso soggetto, sempre con le modalità di cui al comma 1, la stazione appaltante cura anche ogni rapporto con il gestore, in particolare svolge la funzione di controparte del contratto di servizio, per delega degli Enti locali concedenti, ed è coadiuvata, nella funzione di vigilanza e controllo, da un comitato di monitoraggio costituito dai rappresentanti degli Enti locali concedenti appartenenti all'ambito, per un massimo di 15 membri>>.

Nelle more è intervenuto il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, di attuazione delle direttive 2009/72/CE e 2008/92/CE, il quale, all'articolo 24, comma 4, considerata disposizione meramente ricognitiva della normativa precedente, ha stabilito la regola che <<...le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione sono effettuate unicamente per ambiti territoriali di cui all'articolo 46-bis, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222>>.

In deroga a tale regola, l'articolo 24, comma 4, ha previsto che gli enti locali possono affidare il servizio di distribuzione in autonomia ove, alla data di entrata in vigore del decreto, ossia al 29 giugno 2011, abbiano già pubblicato i relativi bandi o inviato le lettere di invito.

Con sentenza del 7 giugno 2013, n. 134, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 24, comma 4, del decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, sollevata in riferimento all'articolo 76 della Costituzione, ed ha affermando che <<la moratoria temporanea delle gare di affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale su base territoriale diversa dagli ambiti individuati...evita il rinnovo delle concessioni su base comunale e, con esse, l'ulteriore frazionamento delle gestioni>>.

Con il già menzionato articolo 4 del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni nella legge 9 agosto 2013, n. 98, e successive modificazioni e

integrazioni, è stato fissato un termine perentorio per l'avvio della gara d'ambito, già fissato dall'articolo 3 del decreto ministeriale del 12 novembre 2011, n. 226, e più volte prorogato; è stato inoltre attribuito alla Regione e in via sussidiaria al Ministero dello sviluppo economico il potere sostitutivo per l'avvio della procedura di gara, mediante la nomina di un commissario *ad acta*.

3.2. Il Comune ha fondato la propria legittimazione ad indire la procedura di gara oggetto del presente giudizio sulla circostanza che il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ha fatto salva l'applicazione degli articoli 14 e 15 del decreto legislativo n. 164 del 2000, compatibilmente alle disposizioni previste in materia di affidamento di concessioni.

Secondo il Comune l'articolo 14 si limita ad imporre l'obbligo di affidare il servizio con lo strumento della gara e si rivela pertanto del tutto compatibile con la sopravvenuta disciplina dell'affidamento dei contratti di concessione nei settori speciali.

Dalla normativa sopravvenuta, in particolare dall'articolo 24, comma 4, del decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, si ricava tuttavia che il legislatore ha previsto che, a decorrere dal 29 giugno 2011, l'affidamento del servizio pubblico della distribuzione del gas debba avvenire esclusivamente con lo strumento della gara unica d'ambito e, al fine di favorire la realizzazione di economie di scala e lo sviluppo della metanizzazione, ha previsto forme di aggregazione tra enti locali concedenti.

A tal uopo ha imposto agli enti locali appartenenti ad un medesimo A.TE.M. di individuare, mediante l'utilizzo dello strumento della delega, il soggetto aggregatore per la gestione della gara unica per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale.

3.3. Il Comune di Cislano ha adempiuto agli obblighi positivi che discendono dalla normativa vigente e, con deliberazione del Consiglio comunale n. 22 del 12 maggio

2016, ha conferito la delega per la gestione della gara d'ambito al Comune di Rozzano.

Dall'interpretazione letterale dell'articolo 24, comma 4, del decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, e in particolare dall'utilizzo dell'avverbio <<unicamente>>, discende tuttavia anche un obbligo negativo in capo agli enti locali ricadenti negli A.TE.M., che è quello di non poter bandire gare per l'affidamento del servizio.

Tale divieto è altresì confermato dall'interpretazione logica della norma la quale, alla regola della gara unica per ogni A.TE.M. contrappone l'unica eccezione della gara che risulti già bandita dall'ente locale concedente; la *ratio* di tale eccezione deve essere rinvenuta nel principio generale di conservazione degli atti e dell'attività e pertanto essa non può essere estesa alle gare che gli enti locali hanno bandito successivamente alla data del 29 giugno 2011, per lo svolgimento delle quali è imposto loro l'obbligo di conferire la delega ai soggetti che il decreto ministeriale del 20 maggio 2015, n. 1061, ha tassativamente individuato quali stazioni appaltanti e tra i quali non ha ricompreso i comuni appartenenti all'A.TE.M..

Dall'interpretazione sistematica della norma si ricava anche un altro obbligo negativo imposto ai comuni, il cui fondamento deve essere rinvenuto nel generale dovere di buona fede, che è quello di non interferire nella gestione della gara d'ambito, in qualunque fase essa si trovi, inclusa quella preparatoria anteriore alla pubblicazione del bando, al fine di non eludere le finalità imposte dalla disciplina del sistema degli A.TE.M..

Come evidenziato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 134 del 2013, la valorizzazione della dimensione sovracomunale è strumentale ad ovviare alla estrema frammentazione dell'affidamento del servizio su base territoriale comunale e dunque a ridurre in maniera significativa le tariffe a vantaggio dei consumatori, a migliorare la qualità del servizio e ad abbattere i costi dello svolgimento della gara.

La disciplina delle gare d'ambito impone agli enti territoriali complessi oneri informativi, li obbliga a conferire la delega a soggetti tassativamente individuati quali stazioni appaltanti e predispone un efficace sistema di poteri sostitutivi per contrastarne l'inerzia.

Osserva il Collegio tali elementi sono tutti indicatori della complessità e della delicatezza dell'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale che il singolo comune non è in grado di gestire in autonomia con la medesima efficienza garantita dalla gestione per A.TE.M..

Il Collegio ritiene che l'indizione di una gara, sia pure condizionata, da parte di un singolo ente territoriale concedente non si presti a realizzare neppure l'obiettivo dell'economicità nell'affidamento del servizio.

L'affidamento del servizio a mezzo della gara d'ambito assicura infatti il conseguimento di significativi risparmi di spesa mediante l'acquisizione di un complesso bagaglio di informazioni aggregate, che tutti gli enti locali ricompresi nell'A.TE.M. hanno il dovere di fornire alla stazione appaltante, e l'utilizzo dell'esperienza pratica maturata nella pregressa gestione del servizio su un territorio più esteso, connotato da caratteristiche geomorfologiche e di sviluppo omogenee, oltre che il conseguimento di economie di scala derivanti dal maggior valore della prestazione oggetto di affidamento.

Pertanto, anche ove un singolo ente locale dovesse ottenere condizioni di affidamento del servizio più vantaggiose, queste non rappresenterebbero un vantaggio effettivo per gli enti ricompresi nell'A.TE.M., non fosse altro per la duplicazione dei costi derivanti dalla gestione della gara comunale e dalla doppia alienazione della rete, dapprima all'affidatario della gara comunale e poi all'affidatario della gara d'ambito.

3.4. Il Comune ha giustificato l'indizione di una procedura di gara in autonomia, sia pure condizionata e temporalmente limitata dalla conclusione della gara d'ambito in

corso di svolgimento, con l'esigenza di interrompere la prosecuzione della gestione del servizio in regime di proroga di una concessione ormai scaduta, al fine di non incorrere nel divieto di rinnovo tacito della concessione e di arginare l'indebito arricchimento dell'attuale gestore, nonché il danno erariale per l'ente.

Il Collegio non ritiene plausibile tale giustificazione, in quanto il legislatore ha provveduto a disciplinare espressamente anche la quantificazione del canone concessorio, dovuto dal gestore in proroga, nel periodo compreso tra la cessazione della concessione e l'affidamento del servizio all'esito della gara d'ambito.

A tal proposito, l'articolo 14, comma 7, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, prevede espressamente che «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»; a sua volta l'articolo 46-bis, comma 4, del decreto legge 1 ottobre 2007, n. 159, prevede che «A decorrere dal 1 gennaio 2008, i comuni interessati dalle nuove gare...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...>>».

Tale ultima previsione, allorché consente un aumento del canone, presuppone che il pagamento dello stesso possa essere previsto anche nel tempo necessario all'espletamento della gara d'ambito, senza escludere il periodo di prosecuzione in questione.

La normativa di settore fornisce pertanto al Comune di Cisliano i rimedi per addivenire, nel più breve tempo e con il minor sacrificio possibili, alla proroga della concessione scaduta fino al nuovo affidamento, mediante l'incremento del canone concessorio nella misura massima consentita dalla legge, ovvero la sollecitazione dei

soggetti istituzionalmente preposti ad esercitare i poteri sostitutivi per dare corso alla gara d'ambito.

Al di fuori di tali rimedi normativi, sufficienti a garantire la continuità del servizio, non ve ne sono altri.

Il Comune di Cisliano non può dunque esercitare il potere di indire una procedura di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, dal momento che ne ha temporaneamente trasferito l'esercizio esclusivo al Comune di Rozzano.

Considerata l'importanza degli obiettivi perseguiti, è infatti ragionevole sostenere che il legislatore abbia configurato una disciplina imperativa dell'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, dalla quale discende l'irrevocabilità della delega con cui l'ente locale ha trasferito al soggetto individuato come stazione appaltante l'esercizio del potere di gestire la gara unica d'ambito.

Una diversa conclusione si presterebbe invero ad eludere l'unitarietà e la coerenza di detta disciplina e gli obiettivi di efficienza e di economicità ad essa sottesi.

3.5. Alla luce delle precedenti considerazioni, il Collegio deve ritenere parzialmente fondato il primo motivo di ricorso poiché la gara indetta dal Comune di Cisliano per l'affidamento temporaneo del servizio di distribuzione del gas nel territorio comunale è illegittima, in quanto adottata da un soggetto non legittimato.

3.6. Il Collegio deve invece disattendere la tesi prospettata dalla società ricorrente per cui i provvedimenti impugnati sarebbero nulli, siccome viziati per difetto di attribuzione: il Comune è infatti l'ente concedente del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale, per cui non può considerarsi completamente estraneo al suo affidamento, in quanto conserva pur sempre un interesse a parteciparvi, mediante il conferimento della delega all'ente capofila, e ad effettuare l'attività di vigilanza e di controllo, sia proponendo un proprio rappresentante quale componente del comitato di monitoraggio che stimolando l'esercizio dei poteri sostitutivi previsti dalla legge.

L'aggregazione di enti territoriali all'interno di un unico A.T.E.M. esclude inoltre in radice che il Comune possa considerarsi alla stregua di un soggetto appartenente ad un plesso dell'amministrazione radicalmente diverso e dunque la sussistenza del vizio del difetto di attribuzione.

4. Allo scrutinio favorevole del primo motivo di ricorso consegue il doveroso assorbimento degli altri motivi di ricorso e dei motivi aggiunti, i quali hanno ad oggetto poteri non esercitati dal soggetto individuato dalla legge come legittimato ad esercitare il potere.

5. In conclusione deve essere accolto il primo motivo di ricorso e, per l'effetto, deve essere annullato il bando di gara con il quale il Comune di Cisliano ha indetto la procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nella località tariffaria di Cisliano, pubblicato nella G.U.U.E. in data 5 agosto 2019, oltre a tutti gli atti della *lex specialis* e a quelli presupposti.

Devono inoltre dichiararsi assorbiti, stante l'evidente pregiudizialità logica del motivo accolto, i restanti motivi di ricorso e i motivi aggiunti presentati in data 13 novembre 2019.

6. La peculiarità e la novità della questione trattata giustificano la compensazione delle spese del giudizio tra le parti, in deroga alla regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il primo motivo nei limiti indicati in motivazione e, per l'effetto, annulla il bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. del 5 agosto 2019 e tutti gli atti presupposti e conseguenti.

Dispone l'assorbimento dei restanti motivi e dei motivi aggiunti.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2020 con
l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Rosanna Perilli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rosanna Perilli

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO