

Pubblicato il 30/01/2023

N. 00196/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00290/2021 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 Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 290 del 2021, proposto da Italgas Reti S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giuseppe Caia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'Avvocato Agostino Meale in Bari, via Sagarriga Visconti n. 64;

contro

il Comune di Andria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Giuseppe De Candia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 3065 del 22 dicembre 2020 del Dirigente del Settore Lavori Pubblici, Manutenzioni Straordinarie ed Ordinarie, Edilizia Scolastica, Infrastrutture, Espropri, Patrimonio e Demanio del Comune di Andria avente ad oggetto “*Adempimento ai sensi dell'art. 46-bis, comma 4 del d.l. n. 159/2007 e smi, relativo al canone di concessione del servizio di distribuzione del gas naturale per l'anno 2020*”, comprensiva del visto contabile,

trasmessa a mezzo posta elettronica certificata con nota avente ad oggetto *“Concessione servizio distribuzione gas nel Comune di Andria: trasmissione determinazione dirigenziale n. 3065 del 22/12/2020; Trasmissione determinazione dirigenziale n. 3070 del 22/12/2020”*, pervenuta all'Italgas Reti il 4 febbraio 2021, che parimenti, anch'essa impugnata;

- di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti, anche non conosciuti dalla ricorrente ivi compresi, per quanto occorrer possa gli atti citati nella determinazione dirigenziale:

- della nota prot. n. 95352 del 23 novembre 2020, delle note del Responsabile Servizio Autonomo Avvocatura prot. n. 96954 del 27 novembre 2020 e prot. n. 107672 del 7 dicembre 2016, della nota prot. n. 96585 del 26 novembre 2020;

- delle delibere di Consiglio comunale n. 37 e n. 38 del 29/08/2018, relative alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale cui l'Ente ha ricorso;

- della delibera di Consiglio Comunale n. 56 del 27 novembre 2018 avente ad oggetto *“Piano di Riequilibrio Finanziario Pluriennale del Comune di Andria ai sensi degli artt. 243 bis e segg. TUEL. Accesso al Fondo di Rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli Enti Locali di cui all'art. 243 ter TUEL. Approvazione”*;

- della deliberazione del Commissario Straordinario assunta con i poteri del Consiglio comunale n. 39 del 20/07/2020 con la quale è stato approvato il Documento Unico di Programmazione (D.U.P.) per il triennio della programmazione finanziaria 2020/2021;

- della deliberazione del Commissario Straordinario assunta con i poteri del Consiglio comunale n. 40 del 21/07/2020 avente come oggetto: *“Approvazione del Bilancio di Previsione Finanziaria 2020/2022 e documenti allegati (art.11 del D.lgs 118/2011)”*;

- della deliberazione del Commissario straordinario assunta con i poteri del Consiglio comunale n. 46 del 10 agosto 2020, di approvazione del rendiconto della gestione dell'esercizio 2019;

- della deliberazione del Commissario Straordinario assunta con i poteri della Giunta Comunale n. 138 del 18 settembre 2020 relativa all'approvazione del Piano delle *Performance* 2020/2022: P.D.O. su base triennale; atti tutti non in possesso della ricorrente, menzionati nella determinazione dirigenziale n. 3065/2019, qualora e nelle parti in cui impongano a Italgas Reti il pagamento del canone di cui all'art. 46 bis, comma 4, del d.l. n. 159/2007.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Andria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2023 il Consigliere Rita Tricarico e udito l'Avvocato Agostino Meale, su delega orale dell'Avvocato Giuseppe Caia, per la ricorrente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Italgas Reti S.p.A., già Italgas S.p.A., certamente al momento della proposizione del ricorso in epigrafe gestiva il servizio di distribuzione del gas nel Comune di Andria, avendo incorporato Metano Città S.p.A., alla quale SNAM aveva conferito, con decorrenza dal 1° settembre 1981, il complesso aziendale comprendente, fra l'altro, proprio l'impianto di distribuzione del gas nel territorio di detto Comune.

1.1. Con il ricorso in esame Italgas Reti S.p.A. ha impugnato la determina con la quale il Comune di Andria ha preteso di stabilire, a suo carico, per l'anno 2020, la maggiorazione del canone prevista dall'art. dell'art. 46 bis, comma 4 del d.l. n. 159/2007, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222/2007, unitamente alla nota di trasmissione del predetto provvedimento ed a tutti gli atti specificamente indicati in epigrafe e nello stesso richiamati.

3. Si è costituito in giudizio l'intimato Comune di Andria con memoria di stile.

- 3.1. Fissata l'udienza pubblica del 10 gennaio 2023, entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 73 c.p.a.
- 3.2. In particolare, il Comune resistente ha *in primis* eccepito il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo ed ha altresì sostenuto la legittimità del proprio operato.
- 3.3. Quindi nella suindicata udienza pubblica del 10 gennaio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.
4. In via preliminare, va disaminata l'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo.
- 4.1. In proposito è sufficiente richiamare la giurisprudenza che sulle controversie riguardanti il canone dell'art. 46 bis, comma 4, del d.l. n. 159/2007, quale è quella qui in esame, ha affermato la giurisdizione del Giudice amministrativo.
- Si è precisato in merito alla medesima fattispecie tra le stesse parti: *“Non si può mettere in dubbio che la previsione del legislatore affida alle amministrazioni che ne abbiano titolo un potere autoritativo – valutativo, poiché esse possono incrementare il canone di concessione fino a nuovo affidamento ed entro una misura che non può superare il dieci per cento del vincolo sui ricavi di distribuzione, quindi un potere generale di incremento ed una scelta, sia pure entro i limiti quantitativi fissati dalla legge, prevedendone la destinazione sì a favore delle fasce deboli di utenti, ma nella misura sempre affidata alla potestà dei comuni”* (Cons. St., V, 7 gennaio 2019, n. 128, di riforma della sentenza di I grado [dichiarativa del difetto di giurisdizione] e di rinvio a questo T.a.r. che l'aveva pronunciata).
- 5.1. Occorre partire dall'esame dell'art. 46 bis, comma 4, del d.l. n. 159/2007, di cui nel caso che ci occupa l'Amministrazione comunale ha fatto applicazione: *“A decorrere dal 1° gennaio 2008, i comuni interessati dalle nuove gare di cui al comma 3 possono incrementare il canone delle concessioni di distribuzione, solo ove minore e fino al nuovo affidamento, fino al 10 per cento del vincolo sui ricavi di distribuzione di cui alla delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas n. 237 del 28*

dicembre 2000 [...], destinando prioritariamente le risorse aggiuntive all'attivazione di meccanismi di tutela relativi ai costi dei consumi di gas da parte delle fasce deboli di utenti".

6. Deve rilevarsi che, quando è entrata in vigore la su richiamata norma, le gare a livello di ATEM erano, per gli Enti locali, un'opportunità, e non un obbligo.

Perciò l'incremento del canone di concessione di cui al citato art. 46 bis, comma 4, del d.l. n. 159/2007 rappresentava uno degli incentivi introdotti dal legislatore, al fine di condurre gli Enti locali verso la soluzione – all'epoca appunto non obbligata, ma volontaria – di procedere, al termine del periodo transitorio di legge, a nuovi affidamenti a livello sovracomunale (cfr.: Cons. St., V, 4 gennaio 2011, n. 2; *id.*, 22 giugno 2010, n. 3890; 23 febbraio 2015, n. 869, quest'ultima riferita al rapporto tra il Comune di Andria e l'Italgas S.p.A.).

6.1. Tuttavia, in ragione del sopravvenuto art. 24, comma 4, del d.lgs. n. 93/2011, le gare a livello di ATEM sono divenute, non sono più facoltative (e incentivate), ma obbligatorie. La norma in ultimo citata dispone, infatti, che, ferme le gare già avviate, *"a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto 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"*.

Si è quindi sostenuto che *"la previsione legislativa di cui al citato art. 46 bis va interpretata nel senso di aver introdotto un incentivo per quegli enti locali che, esaurito il periodo di proroga dei rapporti concessori in atto, avessero indetto le gare per la selezione del nuovo affidatario; con l'effetto dell'impraticabilità dell'adeguamento dopo l'entrata in vigore del richiamato art. 24, comma 4, del d.lgs. n. 93/2011 che ha reso obbligatorie le gare d'ambito"* (cfr.: T.a.r. Lazio, Roma, II bis, 8 gennaio 2021, n. 256; T.a.r. Puglia, Bari, III, 10 agosto 2020, n. 1081).

6.2. Di conseguenza il Comune di Andria non può pretendere l'applicazione degli incentivi (qual è il canone qui contestato) che l'ordinamento aveva introdotto al solo fine di promuovere procedure competitive a livello

aggregato, in passato meramente volontarie. Le disposizioni che contemplavano detti incentivi devono in ultima analisi ormai ritenersi “superate” (*rectius*: abrogate implicitamente) dalle norme sopravvenute.

7. Deve poi considerarsi che il canone come stabilito dall’art. 46 bis, comma 4, del d.l. n. 159/2007 citato può essere richiesto solo dai Comuni che, al termine delle precedenti concessioni, abbiano avviato le gare per il nuovo affidamento del servizio pubblico.

7.1. Ciò posto, nel “Cruscotto bandi di gara” rinvenibile sul sito dell’ARERA, alla data della proposizione dell’odierno giudizio, non risultano avviate gare nella Regione Puglia e tanto meno lo erano nel 2020, anno cui si riferisce il presente contenzioso.

Pertanto, è inequivocabile che, al momento dell’emanazione degli atti impugnati, la gara per il nuovo affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale non era stata avviata, sicché anche sotto questo profilo illegittimamente il Comune ha richiesto il canone *de quo*.

8. Deve aggiungersi che il Comune ha adottato l’impugnata determina senza aver cura di previamente definire le modalità di utilizzo dei proventi aggiuntivi, mentre la norma in rilievo condiziona la facoltà di incremento del canone al presupposto della “*attivazione di meccanismi di tutela relativi ai costi dei consumi di gas da parte delle fasce deboli di utenti*”.

9. Sotto l’aspetto procedimentale si ravvisa la violazione dei diritti partecipativi della Società ricorrente, stante la mancata comunicazione di avvio del procedimento, cui il Comune di Andria era invece tenuto. Sul punto si condivide la giurisprudenza che si è espressa nei termini appena rappresentati con riguardo agli atti concernenti il canone di cui all’art. 46 bis, comma 4, del d.l. n. 159/2007 (cfr.: T.a.r. Campania, Napoli, VII, 4 aprile 2019, n. 1886; Cons. St., V, 9 marzo 2020, n. 1653).

10. In conclusione, assorbite le ulteriori censure dedotte, per le sopra esposte motivazioni il ricorso va accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

11. È evidente che, ove nelle more la Società ricorrente dovesse aver versato l'extra-canone, il Comune, in forza del disposto annullamento del provvedimento che ne costituiva titolo, è tenuto alla restituzione dell'intero importo, maggiorato degli interessi e, in accoglimento di apposita richiesta dalla Società ricorrente, rivalutazione monetaria dalla data di ciascun versamento fino a quella di effettiva restituzione.

12. Le spese possono, tuttavia, essere compensate integralmente tra le parti, attesa la peculiarità delle questioni poste.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- accoglie nei modi di cui in motivazione il ricorso, come in epigrafe proposto;
- compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2023 con l'intervento dei Magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere, Estensore

Lorenzo Ieva, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Rita Tricarico

IL PRESIDENTE
Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO