



**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 4978 del 2019, proposto da Comune di Brembate di Sopra, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Di Lascio e Saul Monzani, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***contro***

2i Rete Gas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariagrazia Romeo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Lo Pinto in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sez. II, n. 1153/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di 2i Rete Gas s.p.a. con appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 ottobre 2020 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Lubrano per delega di Di Lascio, e Romeo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.-La presente controversia concerne la determinazione del valore di rimborso della rete di distribuzione del gas del Comune di Brembate di Sopra, ed in particolare il sindacato di legittimità sulla legittimità della delibera di G.C. n. 20 in data 17 febbraio 2018, con cui la predetta amministrazione ha annullato in autotutela la precedente determinazione del valore della rete stessa, gestita da 2i Rete Gas s.p.a.

A seguito della riforma del mercato del gas naturale (ai sensi del d.lgs. n. 164 del 2000) l'amministrazione ha incaricato la società Ge.Vi. s.r.l. della determinazione del valore industriale residuo; in data 25 maggio 2016 vi è stato un incontro tra un rappresentante di quest'ultima società e quello di 2i Rete Gas, titolare della concessione del servizio del gas in scadenza, all'esito del quale veniva redatto un verbale in cui si dava atto del raggiungimento di un accordo in merito alla determinazione del valore di rimborso della rete di distribuzione del gas, determinato in euro 2.597.942,43. In data 3 febbraio 2017 veniva stipulato l'accordo determinativo del valore di rimborso, previa autorizzazione con delibera di G.C. 15 settembre 2016, n. 97.

Rendendosi necessario l'aggiornamento della stima del valore di rimborso al 31 dicembre 2015, il Comune di Brembate di Sopra affidava l'incarico allo Studio Professionale Multidisciplinare Cavaggioni s.c. a r.l., che ha rilevato errori in ordine ai criteri di calcolo seguiti nella perizia Ge.Vi. s.r.l., in particolare riconducibili al riconoscimento (al gestore uscente) di tratti di rete realizzati a scomputo degli oneri di urbanizzazione (e dunque da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente) ed al riconoscimento dei "premi" dallo stesso corrisposti al Comune; di conseguenza ha provveduto ad un nuovo calcolo del valore di

rimborso, come da relazione del 17 luglio 2017.

Al fine di correggere gli errori evidenziati, ed enucleare un valore di rimborso corretto, il Comune avviava il procedimento di annullamento in autotutela della delibera di G.C. n. 97 del 2016, con comunicazione trasmessa a 2i Rete Gas il 5 dicembre 2017.

Instauratosi il contraddittorio, l'amministrazione comunale con la delibera di Giunta 17 febbraio 2018, n. 20, oggetto del presente gravame, annullava la precedente delibera del 2016, dichiarando inefficace l'accordo intercorso a valle della medesima.

2.-Con il ricorso in primo grado la società 2i Rete Gas ha impugnato la delibera di annullamento in autotutela, deducendone l'illegittimità nell'assunto che il "prezzario" allegato alla convenzione poteva essere utilizzato per calcolare il valore di rimborso, che l'annullamento aveva inciso unilateralmente su di un valore di rimborso oggetto di condivisione con il gestore, cui era stata preclusa qualsivoglia partecipazione al procedimento di secondo grado, ed aggiungendo, ancora, che l'inclusione delle opere di urbanizzazione primaria nel valore di rimborso si giustificerebbe in base agli accordi stipulati da 2i Rete Gas con i singoli lottizzanti, prevedenti che tali opere sarebbero rimaste di proprietà del gestore.

3. - Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Brescia, sez. II, con la sentenza 3 dicembre 2018, n. 1153, disattese le eccezioni di inammissibilità per difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo e per mancata notificazione al controinteressato Comune di Dalmine, ha accolto in parte il ricorso, relativamente ai motivi inerenti l'espunzione dal valore di rimborso delle porzioni di rete realizzate dal distributore a scomputo degli oneri di urbanizzazione dovuti dai lottizzanti ed alla violazione dell'art. 2 della convenzione del 2006.

4.- Avverso tale sentenza ha esperito appello il Comune di Brembate di Sopra, deducendo l'erroneità dei capi con i quali è stata respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione (seppure in via subordinata), nonché l'eccezione di inammissibilità per mancata notificazione del ricorso al Comune capofila dell'Atem (ambito

territoriale minimo), del capo nel quale è stata parzialmente accolta la censura inerente l'espunzione dal valore di rimborso dei tratti di rete realizzati dal gestore del servizio gas a scomputo degli oneri di urbanizzazione, ed, ancora, del capo che, pronunciando *ultra petitem*, ha accertato la mancata applicazione dell'art. 2 dell'atto aggiuntivo del 2006 (in ordine alle modalità di nomina del perito in caso di disaccordo), disposizione applicabile invece al solo caso della scadenza naturale della concessione.

5. - Si è costituita in resistenza la 2i Rete Gas s.p.a. chiedendo la reiezione del ricorso, ed al contempo sperando appello incidentale nei confronti della statuizione di primo grado che, pur riconoscendo il difetto di istruttoria in ordine agli obblighi assunti dai singoli lottizzanti, ha disatteso però la domanda volta all'accertamento del diritto, inferibile dalle convenzioni, al conteggio nel valore di rimborso degli estendimenti non previsti nel progetto esecutivo iniziale, e dunque dell'esistenza di una disciplina convenzionale escludente la proprietà comunale dei tratti di rete realizzati nell'ambito delle aree interessate da strumenti di pianificazione attuativa e costituenti estendimenti non previsti nel progetto esecutivo iniziale (art. 2, comma 3, della convenzione del 19 giugno 1990). L'appello incidentale ha altresì censurato i criteri di quantificazione del valore di rimborso, nonché la mancata inclusione, nel computo del valore stesso di rimborso, della somma di euro 300.000,00, cui è stata attribuita la natura di premio.

6.- All'udienza pubblica dell'1 ottobre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Il primo motivo critica la sentenza per non avere accolto l'eccezione di inammissibilità del ricorso di 2i Rete Gas, svolta nella considerazione della sua mancata notificazione al Comune di Dalmine (Comune capofila dell'Atem), nei confronti del quale influisce il valore di rimborso delle reti dell'intero Atem Bergano 3, e dunque da qualificarsi quale controinteressato.

Il motivo è infondato.

Secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, il controinteressato è colui che è individuato testualmente dall'atto e quello facilmente individuabile in ragione delle indicazioni contenute nell'atto impugnato nonché chi, oltre ad essere nominativamente indicato nel provvedimento impugnato o comunque ivi agevolmente individuabile (il c.d. elemento formale), si presenti come portatore di un interesse giuridicamente qualificato alla conservazione dell'atto (c.d. elemento sostanziale), in quanto questo, di norma, gli attribuisce in via diretta una situazione giuridica di vantaggio; tale interesse deve essere di natura eguale e contraria a quella del ricorrente (Cons. Stato, III, 17 agosto 2020, n. 5052); anche il controinteressato deve pertanto essere necessariamente portatore di un interesse concreto ed attuale (Cons. Stato, V, 14 novembre 2019, n. 7836).

Si intende bene come l'interesse del Comune di Dalmine, ai fini della predisposizione degli atti della gara di ambito quale "stazione appaltante" dell'Atem, non sia concreto ed attuale, ponendosi su di un piano diverso e diacronicamente successivo rispetto a quello derivante dal rapporto giuridico tra il Comune di Brembate di Sopra e la società appellata, inerente la definizione dei rapporti con il gestore uscente.

2. - Con il secondo ed il terzo motivo viene criticato, per violazione dell'art. 16, comma 2, del t.u. edilizia (d.P.R. n. 380 del 2001), l'assunto motivazionale secondo cui i tratti di rete del gas realizzati a scomputo degli oneri di urbanizzazione primaria, nell'ambito dei piani di lottizzazione, sono di proprietà di 2i Rete Gas e pertanto da ricomprendere nel calcolo del valore di rimborso alla medesima spettanti (in quanto realizzati, almeno in parte, dalla stessa società, e non dal costruttore), laddove la norma ne prevede invece l'acquisizione al patrimonio indisponibile del Comune, in assenza di una specifica pattuizione convenzionale (nel caso di specie mancante sia nella convenzione del 1990, sia nell'atto aggiuntivo del 2006). Aggiunge l'amministrazione appellante che l'art. 2 dell'atto aggiuntivo non fa riferimento alla proprietà delle opere realizzate a scomputo degli oneri, prevedendo un indennizzo corrispondente al valore residuo di tutte le opere

costituenti l'impianto di distribuzione del gas naturale di proprietà della concessionaria. Nella fattispecie in esame, i piani attuativi chiariscono che la rete del gas è di proprietà comunale; i piani attuativi "Borgogna" e "Centurelli" recano clausole di appalto che prevedono il riconoscimento della proprietà degli impianti a 2i Rete Gas ma non sono stati sottoscritti dal Comune e comunque sono nulli per contrasto con norme imperative.

I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente in ragione del loro rapporto di complementarità, sono fondati.

Va premesso che l'art. 2 dell'atto aggiuntivo al contratto del 19 giugno 1990 per il rinnovo della concessione di costruzione e gestione dell'impianto di distribuzione del gas naturale sul territorio comunale nulla afferma in ordine al regime proprietario della rete del gas, atteso che l'indennizzo di fine concessione riguarda generalmente il valore residuo delle opere costituenti l'impianto.

E' necessario dunque esaminare le singole convenzioni di lottizzazione stipulate dal Comune di Brembate di Sopra per desumere la presenza di una disciplina speciale sull'assetto proprietario della rete, conseguente a specifiche pattuizioni intervenute con i soggetti costruttori, dovendosi, in difetto, fare applicazione dell'art. 16, commi 2 e 7, del d.P.R. n. 380 del 2001 che riconosce la proprietà comunale della rete, a prescindere dal fatto che essa sia stata realizzata direttamente dal lottizzante o quest'ultimo si sia avvalso per la realizzazione del distributore, nella prospettiva che anche in tale eventualità quest'ultimo abbia agito nella veste di mero appaltatore del lottizzante (in termini Cons. Stato, V, 29 gennaio 2018, n. 593).

In particolare, con riferimento alla documentazione versata in atti, emerge l'assenza di prescrizioni derogatorie alla disciplina della realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria a scomputo degli oneri di urbanizzazione, implicante l'acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del Comune.

Il riferimento è, in specie, alla convenzione relativa via Conti Brembati (allegato n. 10 del fascicolo di primo grado dell'amministrazione comunale), alla convenzione

relativa a via Cesare Battisti, lotto n. 2 (allegato n. 12), alla convenzione relativa a via Cesare Battisti, lotto n. 3 (allegato n. 13), alla convenzione relativa a via Moroni (allegato n. 16), alla convenzione relativa a via XXIV Maggio (allegato 18), pur prevedendosi nella stessa la possibilità che le opere siano realizzate dal terzo concessionario o gestore dell'infrastruttura, alla convenzione "Brembo Verde" (allegato 20), anche in tale caso prevedendosi che il lavoro sia effettuato dalla società metanifera, alla convenzione Carducci (allegato 21), alla convenzione Edera (allegato 23), alla convenzione Borgogna 1 (allegato 25), alla convenzione Domus Adiutrix (allegato n. 12), alla convenzione Tresolzio-Nordimmobili (allegato n. 14), alla convenzione Tresolzio di Sotto (allegato n. 16), alla convenzione Briolo (allegato n. 17), alla convenzione Borgogna 2 (allegato n. 2), alla convenzione IV Novembre (allegato n. 4), alla convenzione Tresolzio (allegato n. 5), alla convenzione Palazzo Caproni (allegato n. 7), alla convenzione integrativa Palazzo Caproni (allegato n. 8), ed alla convenzione Sorte (allegato n. 9).

Rispetto a tale assetto convenzionale, alcun rilievo può assumere l'eventuale presenza di contratti intercedenti tra la società appellata ed i singoli soggetti lottizzanti (ove anche astrattamente idonei a dimostrare la proprietà delle reti in capo a 2i Rete Gas), rispetto ai quali il Comune è terzo. E ciò anche in conformità della disciplina civilistica in tema di sottosuolo di cui all'art. 840 Cod. civ., finalizzata proprio a dirimere conflitti che possano insorgere con soggetti terzi, alla cui stregua la proprietà del suolo (nel caso di specie è incontestato che il Comune sia proprietario dei terreni al di sotto dei quali insistono le reti) si estende al sottosuolo con tutto ciò che vi si contiene, salva l'esistenza di uno specifico titolo giuridico.

Ne discende che legittimamente la deliberazione di G.C. n. 20 del 17 febbraio 2018 ha rilevato l'erroneo computo ed attribuzione nello stato di consistenza degli impianti del concessionario (società odierna appellata) delle porzioni di rete realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione primaria, annullando la delibera del 2016.

3. - Il quarto motivo di appello critica la statuizione di primo grado che ha ravvisato il vizio procedimentale nell'impugnato provvedimento di autotutela, derivante dalla mancata applicazione dell'art. 2 dell'atto aggiuntivo del 2006, deducendo l'ultrapetizione e comunque l'inapplicabilità della clausola in questione concernente la nomina del perito, riguardante la diversa fattispecie della scadenza naturale della concessione, e non già quella in oggetto, caratterizzata dalla sopravvenienza legislativa che ha disposto la cessazione delle concessioni di gestione in essere, determinando il valore di rimborso spettante al gestore uscente.

Il motivo è fondato.

Va premesso che la sentenza ha ritenuto legittima la scelta *«di procedere alla revoca della precedente determinazione del VIR, -[ma ha ritenuto che]- la quantificazione del nuovo valore di riscatto risulta essere in parte non conforme alla vigente disciplina, con la conseguenza che il Comune dovrà provvedere alla sua rideterminazione sulla scorta di quanto più sopra evidenziato»*, sostenendo la necessaria applicazione dei criteri ministeriali nelle modalità di contraddittorio previste dall'art. 2 dell'atto aggiuntivo.

A bene considerare, peraltro, posto che è incontestata la circostanza che sia stato rispettato il contraddittorio procedimentale, appare difficilmente sostenibile l'applicabilità dell'atto aggiuntivo (prevedente la scadenza della concessione al 31 dicembre 2012) alla data di adozione del provvedimento impugnato.

Quanto, poi, al computo nel valore di indennizzo da riconoscere al gestore uscente dell'importo di euro 300.000,00 (versato dal gestore in favore del Comune in occasione della stipula dell'atto integrativo), osserva il Collegio che appare risolutiva, al fine di escluderne la valutabilità, la disposizione delle linee guida del M.I.S.E. (approvate con il d.m. 22 maggio 2014) prevedente che i premi da considerare sono quelli eventualmente versati prima del 21 giugno 2000 al Comune per l'affidamento, la prosecuzione od il rinnovo della gestione per avviare e gestire l'impianto fino alla data di scadenza naturale.

Anche su questo piano appare dunque legittima la deliberazione di G.C. n. 20 del 17 febbraio 2018.

4. - L'accoglimento degli scrutinati motivi dell'appello principale consente di prescindere dalla disamina del quinto mezzo, posto in via subordinata, concernente il capo della sentenza che ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo.

5. - Procedendo ora alla disamina dell'appello incidentale di 2i Rete Gas s.p.a., va disatteso anzitutto il primo motivo, volto a contestare il computo del valore degli impianti, non foss'altro (e dunque in aggiunta a quanto evidenziato al punto *sub* 2 della presente motivazione) perché basato sulla previsione dei commi due e tre dell'art. 2 della convenzione del 19 giugno del 1990, senza tenere conto della modifica apportata dall'atto aggiuntivo del 2006.

6. - Infondato è anche il secondo motivo dell'appello incidentale, secondo cui i contributi di allacciamento pagati dagli utenti non debbono essere detratti dal VIR, secondo quanto previsto dal comma 3 dell'art. 2 dell'atto aggiuntivo.

Il motivo è infondato; a prescindere da quanto precedentemente evidenziato in ordine all'applicabilità di tale disciplina nel caso di specie, dalla medesima non è dato desumere un regime convenzionale che esclude la proprietà comunale della rete di distribuzione del gas.

7. - Con il terzo motivo incidentale si deduce poi la violazione dell'art. 16 del d.P.R. n. 380 del 2001, nella considerazione che ad oggi il Comune non sarebbe divenuto proprietario delle reti di distribuzione del gas.

Il motivo, nella sua genericità, è infondato, in quanto non è dato evincere quale limite giuridico sarebbe configurabile all'acquisizione delle opere realizzate nel patrimonio indisponibile del Comune, atteso che, all'evidenza, un problema di prescrizione può prospettarsi in relazione alla determinazione e liquidazione del contributo, espressione di una pretesa creditoria priva di natura autoritativa, ma non anche a fronte dell'acquisizione, che costituisce un effetto legale autoritativo connesso alla realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale della quota di contributo degli oneri di urbanizzazione.

8. - Il quarto motivo contesta poi i criteri di quantificazione del VIR, con particolare riguardo alla mancata applicazione dell'elenco prezzi allegato all'atto aggiuntivo (ove sono indicate le singole tipologie di lavori), a fronte di un'erronea applicazione delle linee guida, che risulterebbero invece subordinate alla disciplina convenzionale precedente all'11 febbraio 2012 (data di entrata in vigore del d.m. 12 novembre 2011), e con valore meramente suppletivo.

Il motivo è infondato.

Occorre anzitutto evidenziare che l'elenco prezzi allegato all'atto aggiuntivo non enuclea una metodologia di calcolo dei prezzi, ciò comportando la necessaria applicazione delle linee guida, come rappresentato al punto *sub* A) della delibera di Giunta oggetto del ricorso di primo grado.

La giurisprudenza ha chiarito che l'applicazione retroattiva dei criteri di determinazione dell'entità del rimborso da corrispondere ai concessionari uscenti del servizio di distribuzione di gas naturale, anche in deroga a precedenti pattuizioni convenzionali, non si pone in contrasto con i principi del diritto europeo, né con gli artt. 3 Cost. e 6 Cedu, costituendo un "motivo imperativo di interesse generale", che nel caso in esame si individua nell'esigenza di conformare il sistema delle concessioni in vigore ad un regime concorrenziale attraverso procedure di gara per la scelta del gestore (regolando in via transitoria gli effetti della cessazione delle concessioni in corso mediante introduzione di criteri di calcolo in parte sostitutivi a quelli precedentemente individuati dalle parti in via convenzionale) (in termini Cons. Stato, VI, 23 settembre 2019, n. 6315).

9. - Con riguardo, infine, all'ultimo mezzo incidentale, volto a contestare l'esclusione dal computo del VIR della somma di euro 300.00,00, appare sufficiente rinviare al punto *sub* 3) della presente motivazione.

10. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, va accolto l'appello principale, mentre va respinto quello incidentale; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

La complessità della questione giuridica trattata e qualche inevitabile margine di incertezza fattuale della fattispecie controversa costituiscono ragioni giustificatrici della compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale e respinge quello incidentale; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**