

AS1262 - GARE PER IL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NATURALE PREVISTE DALL'ART. 14 DEL D.LGS N. 164/2000

Roma, 11 marzo 2016

Presidente del Senato della Repubblica
Presidente della Camera dei Deputati
Presidente del Consiglio dei Ministri
Ministero dello Sviluppo Economico

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 9 marzo 2016, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ha deliberato di formulare le seguenti proposte di modifica normativa alla luce di alcune problematiche concorrenziali rilevate in materia di gare per il servizio di distribuzione del gas naturale, originariamente previste dall'articolo 14 del D.Lgs. n. 164/2000 e ad oggi ancora mai celebrate.

Introduzione

La distribuzione del gas è una attività che costituisce un monopolio naturale e dunque non può essere efficientemente gestita in un regime di concorrenza *nel* mercato. Di conseguenza, la migliore modalità per ottenere i benefici in termini di efficienza, di qualità del servizio e di più contenuti prezzi per i consumatori finali, che derivano dal confronto concorrenziale è quella di scegliere il concessionario attraverso una gara (cd. concorrenza *per* il mercato).

La normativa che presiede allo svolgimento delle gare negli Ambiti ottimali normativamente definiti (i 177 Ambiti Territoriali Minimi (Atem) di cui ai DM 19 gennaio 2011 e 18 ottobre 2011¹) individua numerosi aspetti – sia di tipo qualitativo sia di tipo più prettamente economico – sui quali è possibile un confronto tra diverse offerte tra loro in concorrenza.

Per questo motivo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sempre ritenuto prioritario l'obiettivo di preservare, nel settore, tutti gli spazi disponibili per l'esercizio di un effettivo confronto concorrenziale nell'ambito delle gare ².

Evidenze emerse nelle prime fasi di attuazione della riforma e considerazioni sulle modifiche introdotte con la Legge 15 febbraio 2016, n. 21³

I notevoli benefici derivanti dalla concorrenza *per* il mercato rendono particolarmente grave la circostanza che, ad oggi, le disposizioni che prevedono l'effettuazione delle procedure competitive per la scelta del gestore dei servizi siano state di fatto disattese. Infatti, per oltre la metà degli Atem è ormai decorso il termine di legge per la pubblicazione dei bandi di gara e tuttavia i bandi effettivamente pubblicati risultano essere solo nell'ordine di una decina; per gran parte dei quali, peraltro, non è stato rispettato l'obbligo di inviare preventivamente la documentazione di gara all'Autorità di regolazione settoriale (AEEGSI) per ottenere il necessario parere. Questo è avvenuto nonostante le scadenze di cui al DM n. 226/2011⁴ fossero state rese note con largo anticipo, e nonostante i successivi e ripetuti interventi con i quali le stesse erano state già più volte prorogate⁵.

¹ [L'aggregazione di comuni in Atem è stata disposta dall'art. 46 bis del d.l. 1° ottobre 2007, n. 159 (introdotto, in sede di conversione, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222).]

² [Si vedano, tra gli altri, Provv. n. 23794 del 2 agosto 2012, caso I740 - COMUNE DI CASALMAGGIORE-GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS; Provv. n. 24320 del 17 aprile 2013, caso C11878 - ITALGAS - ACEGAS-APS/ISONTINA RETI GAS. In tutti i propri interventi in questo settore l'Autorità ha poi avuto l'avallo del giudice amministrativo.]

³ [La suddetta norma reca "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2015, n. 210, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative", ed è stata pubblicata in GU n. 47 del 26 febbraio 2016.]

⁴ [Cfr. Decreto Ministeriale 12 novembre 2011, n. 226 –regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'art. 46-bis del decreto legge 1 ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222.]

⁵ [Il calendario per la pubblicazione dei bandi prefigurato dal DM n. 226/2011 prevedeva già scadenze con un orizzonte molto ampio e lontano nel tempo, così che l'intero programma di gare avrebbe dovuto aver luogo con bandi pubblicati tra il novembre 2013 e il febbraio 2017. Su questo calendario è poi intervenuta una fitta sequenza di proroghe, disposte dapprima con il DL n. 69/13 (convertito con legge n. 98/13), poi con il DL n. 145/13 (convertito con legge n. 9/14), quindi con il DL n. 91/14 (convertito con legge n. 116/14) e, infine, con il DL n. 192/14 (convertito con legge n. 11/2015).]

In altri termini, a fronte di un originario quadro normativo che aveva previsto un ampio termine per la predisposizione delle gare, poi peraltro ripetutamente prorogato, le stazioni appaltanti si sono comunque mostrate inottemperanti; e le poche che si sono attivate – ancorché in massima parte in maniera parziale e insufficiente – sembrerebbe siano state indotte dalla minaccia della penalizzazione economica prevista dalla legge per i comuni appartenenti all'Atem la cui stazione appaltante non avesse provveduto nei termini a pubblicare il bando di gara.

In questo contesto, in via preliminare l'Autorità non può che valutare negativamente le previsioni contenute nei commi 2bis e 2ter dell'articolo 3 del recente decreto-legge 30 dicembre 2015, n. 210, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative, convertito con la citata legge n. Legge 15 febbraio 2016, n. 21, che comprendono una nuova consistente proroga dei termini per la pubblicazione dei bandi, che agisce peraltro retroattivamente anche per gli Atem per i quali i termini sono già scaduti⁶, nonché l'eliminazione di alcune misure volte ad assicurare la perentorietà e cogenza dei termini di legge per la pubblicazione dei bandi di ciascun Atem, quali la previsione di una penalizzazione economica per i comuni degli Atem che non rispettano la scadenza per la pubblicazione del bando⁷ e l'immediata azionabilità del potere sostitutivo della Regione una volta decorso il termine di legge per la pubblicazione del bando, potere sostitutivo che oggi può invece essere esercitato solo dopo ulteriori sei mesi⁸.

In primo luogo, l'Autorità osserva che le nuove consistenti proroghe, introdotte peraltro senza che la norma ne menzioni esplicitamente una motivazione, oltre a ritardare ulteriormente la data attesa di effettuazione delle gare, con le conseguenti gravi ripercussioni in termini di mancata attribuzione agli utenti finali dei benefici derivanti dalla concorrenza tra gli operatori, rischiano anche, verosimilmente, di riprodurre gli esiti indesiderabili delle numerose proroghe già concesse in passato, allo scadere delle quali le stazioni appaltanti hanno continuato a perseverare nella loro inerzia.

Appare in tal senso particolarmente grave l'effetto di perdita di credibilità per questo importante processo di introduzione della concorrenza per il mercato nel settore, fortemente voluto dal legislatore già dal 2000.

In secondo luogo, l'abrogazione delle previste penalizzazioni pecuniarie per le stazioni appaltanti in caso di ritardo nella pubblicazione dei bandi comporta l'eliminazione dell'unico strumento che risulta aver avuto una qualche efficacia nel dar corso alle procedure di gara, e quindi rende elevatissima la probabilità che le proroghe nuovamente introdotte conducano di fatto a rinvii *sine die* delle procedure di gara.

A fronte di questo quadro estremamente negativo dal punto di vista concorrenziale per il settore, l'Autorità ritiene indispensabile che vengano ristabiliti alcuni vincoli e individuate nuove misure al fine di **(a)** introdurre chiari e corretti incentivi in capo a tutti i soggetti coinvolti (i gestori uscenti, gli enti locali, le stazioni appaltanti) a celebrare le gare; **(b)** eliminare ingiustificate barriere all'accesso alle gare e alla partecipazione alle stesse; **(c)** semplificare le procedure così da rendere più spedito l'assolvimento dei relativi compiti non solo da parte dei richiamati soggetti ma anche di quelli preposti ad effettuare i necessari controlli, prima fra tutti l'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico.

Tutto ciò al fine di garantire che i nuovi termini da ultimo normativamente stabiliti saranno rispettati e che le procedure competitive verranno finalmente effettuate con modalità tali da assicurare la loro regolarità e minimizzare il rischio di futuri contenziosi.

Possibili interventi normativi per l'effettuazione delle gare d'ambito

L'introduzione di meccanismi che rendano cogenti le nuove scadenze previste

Appare indispensabile in primo luogo la reintroduzione di un meccanismo sanzionatorio nel caso di mancato rispetto delle scadenze, che nella precedente esperienza si è dimostrato l'unico fattore in grado di esercitare una effettiva pressione sulle stazioni appaltanti; in tal senso, l'Autorità ritiene che detto meccanismo andrebbe esteso fino a garantire l'ottemperanza non solo al rispetto del termine per la pubblicazione del bando ma anche agli obblighi di invio

⁶ [Il citato comma 2bis dell'art. 3 del DL n. 210/2015 prevede infatti che i termini entro i quali deve essere pubblicato il bando prima dell'intervento del potere sostitutivo della Regione siano ulteriormente procrastinati di oltre un anno per i primi cinque raggruppamenti di Atem (12 mesi per il primo, 14 per il secondo, 13 per terzo, quarto e quinto), di nove mesi per il sesto e settimo raggruppamento, di cinque per l'ottavo. Inoltre, a tali proroghe vanno aggiunti gli ulteriori sei mesi concessi dal successivo comma ter (di cui si dirà anche nel seguito) alla stazione appaltante prima della possibilità per le Regioni di esercitare il loro potere sostitutivo.]

⁷ [La penalizzazione era contenuta nel comma 5 dell'art. 4 del DL 21 giugno 2013 n. 69, convertito con legge 9 agosto 2013 n. 98, e consisteva in un abbattimento del 20% del canone che il concessionario deve versare al comune ai sensi dell'art. 8, comma 4, del DM n. 226/2011. La norma prevedeva altresì che, in caso di applicazione della sanzione agli Enti locali, le relative somme fossero comunque destinate alla riduzione delle tariffe di distribuzione per gli utenti situati nell'Atem corrispondente. Il comma 2ter dell'art. 3 del DL n. 210/2015 abroga in toto il comma 5 dell'art. 4 del DL n. 69/2013.]

⁸ [Il comma 2 dell'art. 4 del DL n. 69/2013, oltre a stabilire la perentorietà dei termini per la pubblicazione dei bandi stabiliti dal DM n. 226/2011 (come modificati dalle successive proroghe), prevedeva l'immediata attivazione, in caso di mancato rispetto di tali termini, del potere sostitutivo della Regione competente attraverso la nomina di un commissario ad acta, ai sensi dell'art. 14 comma 7 del d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164. A sua volta, ai sensi del successivo comma 4 dell'art. 4 del DL n. 69/2013, la Regione disponeva di quattro mesi per l'esercizio del potere sostitutivo, prima che tale potere passasse al Ministero dello Sviluppo Economico. Il comma 2ter dell'art. 3 del DL n. 210/2015 modifica tale norma, stabilendo che, una volta decorso il termine di legge, la Regione, anziché intervenire, dovrà assegnare ulteriori sei mesi di tempo alla stazione appaltante per provvedere alla pubblicazione del bando di gara. Solo dopo gli ulteriori sei mesi la Regione, in caso di persistente inadempienza, potrà nominare il commissario ad acta, e nel caso questa fosse a sua volta inadempiente, devono trascorrerne altri due prima che possa intervenire direttamente il Ministero.]

preventivo - e nei tempi previsti dalla normativa e dalla regolazione - della documentazione ad AEEGSI per le relative valutazioni di competenza.

L'eliminazione di restrizioni soggettive alla partecipazione in ATI

In secondo luogo, nella prospettiva di garantire la più ampia partecipazione alle future gare, l'Autorità segnala altresì l'esistenza di una ingiustificata restrizione della possibilità di partecipare in ATI, contenuta nei commi 6 e 7 dell'articolo 10 del DM n. 226/2011. Tali norme prevedono che alcuni requisiti soggettivi volti a dimostrare l'esperienza e la capacità delle imprese di operare nel settore della distribuzione del gas (possesso di certificazioni specifiche, dimostrazione di competenze in materia di sicurezza relative al servizio di distribuzione del gas, ecc.) siano posseduti da ogni singolo partecipante ad un raggruppamento di imprese affinché quest'ultimo sia ammesso a partecipare alla gara. L'Autorità osserva che una simile restrizione, oltre ad eccedere quanto previsto, in materia di requisiti per la partecipazione alle gare, dal d.lgs. n. 164/2000 (articolo 14, comma 5), appare non necessaria, in quanto sarebbe sufficiente che le capacità specifiche venissero detenute da almeno uno dei partecipanti all'ATI. Viceversa, il requisito attualmente previsto impedisce la partecipazione a soggetti che intendessero svolgere nell'ambito dell'ATI esclusivamente il ruolo di finanziatori, escludendo altresì dalla partecipazione alle gare quelle imprese del settore che, avendo bisogno della disponibilità di una maggior capacità finanziaria per essere in grado di effettuare la propria offerta, avrebbero potuto reperirla associandosi in ATI con un finanziatore. L'Autorità auspica quindi che tale norma venga opportunamente rivista in maniera da consentire una più ampia partecipazione alle gare, nel senso sopra descritto.

Il superamento delle disposizioni transitorie sugli scostamenti VIR-RAB

Con riguardo alle misure di semplificazione che valgano a rimuovere efficacemente i principali ostacoli allo svolgimento del programma di gare, l'Autorità ritiene infine necessario che venga valutata la perdurante validità, a più di quindici anni dalla sua introduzione, di una delle disposizioni *transitorie* contenute nel d.lgs. n. 164/2000, e segnatamente, di quella secondo la quale il gestore uscente ha diritto ad un riconoscimento del valore di rimborso per gli impianti la cui proprietà è trasferita al nuovo gestore (cd. VIR)⁹, non nella misura - prevista a regime - del valore delle immobilizzazioni nette di località calcolato secondo la metodologia della regolazione tariffaria vigente (cd. RAB)¹⁰ bensì in quella, di norma più elevata, calcolata, da ultimo, secondo le linee guida su criteri e modalità operative per la valutazione del valore di rimborso di cui all'articolo 4, comma 6, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98¹¹.

La *ratio* della richiamata previsione transitoria, che assegnava, per la prima tornata di gare, un premio al gestore uscente attraverso il riconoscimento di un VIR più elevato della RAB, deve essere ritrovata nella scelta di compensare i concessionari esistenti, a fronte di una interruzione *ope legis* del rapporto concessorio, nei casi in cui tale interruzione avesse luogo prima che l'affidamento arrivasse alla sua scadenza naturale¹².

Tuttavia, in considerazione della mancata effettuazione delle gare d'ambito, le gestioni all'epoca esistenti sono state di fatto prorogate per una durata ormai superiore a quindici anni, venendo quindi meno con il trascorrere del tempo lo stesso presupposto - l'interruzione anticipata della concessione - della misura transitoria di riconoscimento al gestore uscente del premio consistente in un VIR superiore alla RAB.

L'abrogazione della corrispondente norma transitoria contenuta nel d.lgs. n. 164/2000 - o anche, in alternativa, l'introduzione in via normativa di una definizione standard, parametrata alla RAB, di un premio per il gestore uscente che ne conservi il titolo¹³- comporterebbe indubbiamente una importante semplificazione delle procedure, una drastica riduzione dei tempi richiesti dalla predisposizione dei bandi, un minore dispendio di risorse da parte di tutti i soggetti coinvolti (ivi incluso il regolatore settoriale), l'eliminazione di una potenziale fonte di incertezza per i partecipanti alle gare e una consistente diminuzione delle possibili occasioni di contenzioso in merito alle gare stesse¹⁴.

⁹ [Il diritto al riconoscimento di un VIR al gestore uscente è stabilito dal comma 8 dell'art. 14 del d.lgs. n. 164/2000.]

¹⁰ [Al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati.]

¹¹ [Oppure sulla base di quanto previsto dalle convenzioni in essere, purché non stipulate dopo l'entrata in vigore del DM 226/2011 (cfr. art. 15, comma 5, d.lgs. 164/2000).]

¹² [Il d.lgs. n. 164/2000 aveva definito un "periodo transitorio" fissato in cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000 (art. 15, comma 7), che poteva essere prorogato di uno o due anni al ricorrere di alcune condizioni fissate nel medesimo comma e poi oggetto di ulteriori specifiche normative. Il premio del riconoscimento di un VIR superiore alla RAB era riservato ai concessionari uscenti titolari degli affidamenti e delle concessioni in essere all'entrata in vigore del decreto per i quali non fosse previsto un termine di scadenza o fosse previsto un termine che superava il periodo transitorio. Il decreto prevedeva infatti, al comma 5 dell'art. 15, che per tali concessioni venisse fissata una scadenza anticipata, coincidente con la data di conclusione del periodo transitorio.]

¹³ [Il premio, in questa forma, potrebbe anche essere condizionato al rispetto dei tempi per la pubblicazione del bando di gara da parte della stazione appaltante, in modo da incentivare anche il gestore uscente a consentire un rapido espletamento delle relative procedure.]

¹⁴ [L'individuazione di un VIR che, anziché risultare dalle valutazioni già svolte a fini tariffari dall'autorità di regolazione, richieda l'effettuazione di una specifica determinazione in ordine alla consistenza effettiva della rete e degli investimenti nonché delle detrazioni dovute agli specifici contributi privati introduce in effetti diversi elementi di complessità nello svolgimento delle procedure necessarie per l'effettuazione della gara. In primo luogo il gestore uscente deve fornire un gran numero di informazioni all'Ente locale concedente,

In particolare, l'Autorità sottolinea come la riduzione dell'incertezza sull'entità del rimborso da riconoscere al gestore uscente e la scomparsa delle differenze tra le gare oggi generate dal diverso livello di VIR individuato in ciascun ambito, che deriverebbero dalla eliminazione -o quantomeno dalla standardizzazione- della differenza tra VIR e RAB, agirebbero come un importante stimolo alla partecipazione alle gare, abbattendo una barriera di partecipazione finanziaria, creando altresì un contesto di maggiore stabilità, trasparenza e affidabilità. Per questo motivo, nonché per il contributo che la stessa darebbe alla semplificazione e dunque alla speditezza del processo di effettuazione delle gare, l'Autorità ritiene auspicabile che venga adottata una siffatta misura, che vale a promuovere la realizzazione della concorrenza per il mercato nel settore della distribuzione del gas naturale.

In conclusione, l'Autorità ritiene che la recente definizione di nuove proroghe per la pubblicazione dei bandi delle gare d'Atem, accompagnate da un allentamento dei meccanismi sanzionatori e di esercizio del potere sostitutivo delle Regioni previsti nei casi di ritardo nell'operatività delle stazioni appaltanti, rischino di determinare un grave *vulnus* per l'auspicato sviluppo concorrenziale dei mercati della distribuzione del gas.

Al fine di non minare ulteriormente la credibilità di un programma di gare previsto per legge da ormai più di quindici anni e tuttavia non ancora avviato, l'Autorità ritiene quindi necessario che il legislatore prenda in considerazione le misure di razionalizzazione e semplificazione sopra delineate, finalizzate a garantire l'assoluto e rigoroso rispetto delle nuove tempistiche di gare previste, a massimizzare la partecipazione alle gare e la regolarità di svolgimento delle stesse.

L'Autorità ricorda in tal senso che ogni eventuale provvedimento in materia dovrà necessariamente avere un carattere di urgenza, al fine di evitare il ricorso a nuove dilazioni. A riguardo, va infatti notato, che considerando i tempi attualmente previsti per le verifiche preventive di spettanza di AEEGSI¹⁵ e alla luce dell'entità della proroga concessa dal DL n. 210/2015, la data entro la quale la grande maggioranza degli Atem del primo raggruppamento avrebbe dovuto effettuare le prime notifiche ad AEEGSI, nel contesto regolamentare vigente, ad oggi è già decorsa¹⁶.

L'Autorità confida che le suesposte considerazioni siano tenute nella dovuta considerazione al fine di introdurre le necessarie modifiche proconcorrenziali alla normativa in commento e garantire, senza ulteriori indugi, l'esplicitarsi della concorrenza per il mercato nell'offerta dei servizi di distribuzione del gas naturale.

p. IL PRESIDENTE

Gabriella Muscolo

e le due parti dovrebbero auspicabilmente giungere alla determinazione di un VIR condiviso, in assenza della quale la gara deve comunque essere bandita lasciando un margine di incertezza sul valore che l'aggiudicatario dovrà effettivamente corrispondere al gestore uscente (si veda l'art. 5 del DM n. 226/11, in particolare il comma 16). Anche in caso di accordo tra Ente locale e gestore uscente, inoltre, il livello del VIR non può comunque essere reso vincolante senza un controllo esterno, posto che esso, in quanto costo sostenuto dal nuovo gestore, va a ricadere direttamente sulla tariffa di distribuzione e dunque, in ultima analisi, sugli utenti finali. Per questo motivo lo stesso d.lgs. 164/2000 prevede (art. 15, comma 5) che nei casi in cui si verifichi uno scostamento tra VIR e RAB superiore al 10%, l'Ente locale invii preventivamente ad AEEGSI la relativa documentazione al fine della verifica di una corretta determinazione del VIR stesso. Al fine di consentire lo svolgimento di tale verifica, che evidentemente presenta un elevato livello di complessità, le disposizioni vigenti prevedono che il regolatore disponga di novanta giorni (di cui all'art. 5 comma 14, DM n. 226/11), che dovranno decorrere prima della redazione del bando di gara, atteso che, sempre a termini di legge, la stazione appaltante dovrà tener conto delle eventuali osservazioni della stessa AEEGSI ai fini della determinazione del VIR da inserire nel bando di gara. Vale a dire che la verifica degli scostamenti tra VIR e RAB deve precedere anche la ulteriore fase di controllo da parte del regolatore, quella sulla rispondenza della documentazione di gara ai criteri stabiliti dalle norme vigenti, per la quale ai sensi dell'art. 9 comma 2 del DM n. 226/2011 l'AEEGSI dispone di altri trenta giorni. La stessa AEEGSI ha poi disposto (del. 155/2014/R/gas del 3 aprile 2014) che in caso di richiesta di integrazioni tale termine può essere esteso fino a sessanta giorni, stabilendo pertanto che la documentazione di gara dovrà essere inviata dalle stazioni appaltanti alla stessa AEEGSI almeno sessanta giorni prima del termine fissato dalla legge per la pubblicazione del bando.]

¹⁵ [Ovvero i novanta giorni per il controllo dello scostamento VIR-RAB e gli ulteriori sessanta per la verifica della documentazione di gara.]

¹⁶ [Gli ambiti del primo raggruppamento per i quali, prima della conversione in legge del DL n. 210/2015, il termine per la pubblicazione del bando scadeva l'11 luglio 2015 hanno avuto una proroga di dodici mesi per tale termine, oggi fissato all'11 luglio 2016. Considerando a ritroso rispetto a tale data i cinque mesi previsti per le verifiche del regolatore, eventuali scostamenti tra VIR e RAB superiori al 10% avrebbero quindi dovuto esser notificati ad AEEGSI entro l'11 febbraio 2016.]