

COMUNICATO

Da Autorità energia e Antitrust segnalazioni su gare gas

Milano, 11 marzo 2016 - A fronte dello stato attuale delle procedure di gara per l'assegnazione del servizio di distribuzione gas naturale sul modello degli ambiti territoriali ottimali (ATEM), l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato hanno ritenuto di segnalare a Governo e Parlamento le diverse problematiche presenti, ritenendo che queste rappresentino un ostacolo alla piena realizzazione della riforma del settore e limitino l'effettivo confronto concorrenziale previsto dalla normativa.

Alla luce di nuove ulteriori proroghe per lo svolgimento di tali procedure competitive, introdotte con la legge 15 febbraio 2016, n. 21 che ha convertito il cosiddetto "decreto milleproroghe", entrambe le Autorità hanno evidenziato le diverse criticità che hanno determinato, a oggi, gravi ritardi nell'effettuazione delle gare, indicando con le rispettive **segnalazioni 86/2016/I/gas e S2470** alcune necessarie linee di intervento normativo per accelerare l'attuazione del processo di riforma del sistema di affidamento delle concessioni di distribuzione del gas.

Nello specifico, ai fini di garantire l'assoluto e rigoroso rispetto delle nuove tempistiche, di massimizzare la partecipazione alle gare e la regolarità del loro svolgimento, nonché di minimizzare gli eventuali contenziosi, le Autorità propongono misure di razionalizzazione e semplificazione delle procedure, la reintroduzione di meccanismi sanzionatori nel caso di mancato rispetto delle tempistiche per la pubblicazione dei bandi di gara e l'eliminazione di alcune ingiustificate barriere alla partecipazione alle procedure.

Gli interventi normativi segnalati bilanciano la tutela degli interessi dei clienti finali, grazie al contenimento dei costi che verranno riconosciuti in tariffa, con una più decisa spinta all'effettivo svolgimento delle gare in condizioni di trasparenza e concorrenza.

Le rispettive segnalazioni sono disponibili sui siti internet delle Autorità.

SEGNALAZIONE

86/2016/I/GAS

**AGGIORNAMENTO RELATIVO ALLA SITUAZIONE DELLE GARE PER
L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS PER AMBITO
TERRITORIALE MINIMO (ATEM)**

8 marzo 2016

Sommario

1. Introduzione.....	3
2. Evidenze emerse nelle prime fasi di attuazione della riforma e considerazioni sulle modifiche introdotte con la legge 21/16.....	6
3. Possibili ambiti di intervento normativo.....	8

1. Introduzione

Con la presente segnalazione al Governo e Parlamento si vuole fornire un quadro aggiornato relativo alle procedure per l'assegnazione del servizio di distribuzione gas naturale sul modello degli Ambiti Territoriali Ottimali (ATEM), ponendo in rilievo alcune criticità che permangono e che possono costituire un ostacolo alla piena attuazione della riforma avviata dall'articolo 46-bis, del decreto-legge 1 ottobre 2007, n. 159¹ (di seguito: decreto-legge 159/07).

Per la realizzazione di tale riforma, che si pone gli obiettivi principali di garantire efficienza e riduzione dei costi e di assicurare sia maggiore concorrenza sia livelli minimi di qualità dei servizi essenziali, è stato predisposto un articolato quadro normativo all'interno del quale gli Enti locali devono procedere all'affidamento del servizio.

Per quanto riguarda gli obiettivi di efficienza e riduzione dei costi, vale ricordare che, sulla base del secondo comma dell'articolo 46-bis del decreto-legge 159/07, l'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, come convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, ha stabilito che gli ambiti territoriali minimi siano determinati² tenendo anche conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali. Tale individuazione degli ambiti territoriali minimi è avvenuta con il decreto ministeriale 19 gennaio 2011, che ha identificato 177 ambiti territoriali per lo svolgimento del servizio di distribuzione del gas naturale, definiti alla luce delle esigenze di sviluppo efficiente del servizio, di riduzione dei costi a favore dei clienti finali e di rimozione delle barriere che ostacolano lo sviluppo della concorrenza nel settore della vendita di gas.

In relazione agli obiettivi di maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali, il decreto-legge 159/07 ha attribuito ai Ministri dello Sviluppo Economico e gli Affari Regionali e le Autonomie Locali, sentita la Conferenza unificata e su parere dell'Autorità, il compito di definire i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas³, tenendo conto in maniera adeguata, oltre che delle condizioni economiche offerte, e in particolare di quelle a vantaggio dei

¹Per una disamina approfondita della normativa di settore si rimanda al "Rapporto relativo all'attività dell'Autorità in relazione all'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale per ambito territoriale minimo", del 30 Luglio 2015, disponibile al link http://www.autorita.energia.it/allegati/gas/garegas_rapporto.pdf.

² Dal Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro per i Rapporti con le Regioni, sentite la Conferenza unificata e l'Autorità.

³ Previsto dall'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 (di seguito: decreto legislativo 164/00).

consumatori, degli *standard* qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti.

Con il decreto ministeriale 12 novembre 2011, n. 226, è stato adottato il Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale (di seguito: Regolamento gare). Tale Regolamento gare prevede che gli Enti locali concedenti, appartenenti a ciascun ambito, demandino, in linea generale, al Comune capoluogo di provincia il ruolo di stazione appaltante per la gestione della gara per l'affidamento del servizio, che ha il compito di preparare e pubblicare il bando di gara e il disciplinare di gara e di svolgere e aggiudicare la gara per delega degli Enti locali concedenti. In particolare, nello svolgere dette attività la stazione appaltante deve attenersi agli schemi e alle indicazioni del bando di gara tipo e del disciplinare di gara tipo - di cui, rispettivamente agli allegati 2 e 3 del medesimo Regolamento gare – giustificando eventuali scostamenti; al termine di tali attività, la stazione provvederà ad inviare il bando di gara e il disciplinare di gara, insieme alla nota giustificativa degli scostamenti, all'Autorità, la quale può inviare proprie osservazioni alla stazione appaltante, entro trenta giorni. Lo stesso Regolamento gare, all'articolo 3, ha previsto anche poteri sostitutivi della Regione, nel caso in cui gli Enti locali concedenti non abbiano identificato la stazione appaltante o qualora la stazione appaltante non abbia pubblicato il bando di gara, prevedendo specifiche scadenze dei termini. Nello specifico, l'Allegato 1 del Regolamento gare elenca, per ogni ambito, la data limite entro la quale la provincia, in assenza del comune capoluogo di provincia, convoca i comuni d'ambito per la scelta della stazione appaltante e da cui decorre il tempo per l'eventuale intervento della Regione.

Successivamente, il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 è intervenuto a disciplinare il riconoscimento in tariffa del valore di rimborso delle reti esistenti (VIR) da riconoscere al gestore uscente, precisando che l'Autorità, limitatamente al primo periodo di esercizio delle concessioni assegnate per ambiti territoriali minimi, riconosce in tariffa al gestore entrante l'ammortamento della differenza tra il valore di rimborso e il valore delle immobilizzazioni nette, al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di località (RAB).

Tramite specifiche linee guida, approvate dal Ministero dello Sviluppo Economico con il decreto 22 maggio 2014 (di seguito: Linee guida), in conformità con il Regolamento Gare, sono stati definiti i criteri e le modalità operative per la valutazione del rimborso degli impianti di distribuzione.

Sul punto, il decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9 (di seguito: decreto-legge 145/2013), modificando il

decreto legislativo 164/00, ha inoltre previsto che, qualora il VIR risulti maggiore del 10% del valore della RAB, la stazione appaltante concedente trasmetta all'Autorità le valutazioni di dettaglio per verifica, prima della pubblicazione del bando di gara, al fine di tenere conto delle eventuali osservazioni dell'Autorità per la determinazione del valore di rimborso da inserire nel bando di gara.

Su tale articolato quadro di norme, brevemente riportato senza pretesa di esaustività, si sono innestate diverse proroghe in relazione alle scadenze originariamente previste per la predisposizione dei bandi di gara, da ultimo con la legge 25 febbraio 2016, n. 21, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2015, n. 210, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative (di seguito: legge 21/16).

Nella versione originaria, il Regolamento gare conteneva un cronoprogramma per lo svolgimento delle gare, cadenzato sulla base delle date limite previste per l'intervento sostitutivo della Regione, in caso di mancato avvio della gara da parte dei Comuni. Secondo tale cronoprogramma, le gare per l'affidamento del servizio nei 177 ATEM, avrebbero dovuto svolgersi in un arco temporale di 3 anni a partire dal 2012, declinate in 8 raggruppamenti.

Le date limite individuate nel Regolamento gare, come già segnalato, sono state oggetto di diversi interventi di modifica, a partire dal decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 98 (di seguito: decreto-legge 69/13) e successivamente con il decreto-legge 145/2013, con il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, con il decreto legge 31 dicembre 2014, n. 192, come convertito dalla legge 27 febbraio 2015, n. 11 e in ultimo con la legge 21/16.

In particolare, la legge 21/16 prevede, all'articolo 3, comma 2-bis, ulteriori rinvii rispettivamente di dodici mesi per gli ambiti del primo raggruppamento, di quattordici mesi per gli ambiti del secondo raggruppamento, di tredici mesi per gli ambiti del terzo, quarto e quinto raggruppamento, di nove mesi per gli ambiti del sesto e settimo raggruppamento e di cinque mesi per gli ambiti dell'ottavo raggruppamento, in aggiunta alle proroghe già vigenti alla data di entrata in vigore della legge di conversione in analisi.

Al comma successivo, inoltre, lo stesso provvedimento modifica i poteri sostitutivi in materia di inadempimenti previsti dall'articolo 4 del decreto-legge 69/13.

In primo luogo, vengono eliminati i commi 4 e 5 di tale articolo 4, che stabilivano rispettivamente il potere sostitutivo statale in caso di inerzia della Regione e una forma

di penalizzazione economica per gli enti locali nei casi in cui gli stessi non avessero rispettato i termini per la scelta della stazione appaltante.

In secondo luogo la nuova previsione ha, inoltre, definito che, scaduti tali termini, la Regione competente sull'ambito assegni alle stazioni appaltanti ulteriori sei mesi per adempiere, decorsi i quali avvia la procedura di gara attraverso la nomina di un commissario *ad acta*. Trascorsi due mesi dalla scadenza di tale termine senza che la Regione competente abbia proceduto alla nomina del commissario *ad acta*, il Ministro dello Sviluppo Economico dà avvio alla gara, nominando il commissario.

2. Evidenze emerse nelle prime fasi di attuazione della riforma e considerazioni sulle modifiche introdotte con la legge 21/16

Attualmente, l'*iter* procedimentale per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale è in corso, anche se è necessario segnalare che sono stati pubblicati solo 15 bandi (alcuni dei quali peraltro successivamente ritirati in autotutela) sui 95 giunti in scadenza, molti dei quali con contenuto parziale o comunque non conforme a quello del bando-tipo, e per la maggior parte dei casi senza aver rispettato l'obbligo di invio all'Autorità del bando di gara e del disciplinare di gara, insieme alla nota giustificativa degli scostamenti. Ed infatti l'Autorità, ad oggi, ha espresso parere solo su due bandi di gara, quello dell'Atem Roma 1 e Milano 1. Per quanto riguarda gli scostamenti tra valore di rimborso e valore degli *asset* ai fini regolatori, solo 7 stazioni appaltanti hanno trasmesso all'Autorità la documentazione relativa, e per tre di esse (Atem Belluno, Torino 2 e Forlì-Cesena) l'Autorità ha potuto trasmettere le sue osservazioni al riguardo.

Il ritardo generatosi nella prima fase di attuazione può, per alcuni versi, essere spiegato dall'esigenza di consolidamento dell'imponente apparato normativo-regolamentare che si è andato sedimentando nel corso del tempo e che ha assunto una sua stabilità definitiva (fatti salvi gli effetti dei ricorsi pendenti in sede di giustizia amministrativa) solo nel corso del 2015, con la pubblicazione del decreto ministeriale 20 maggio 2015, n. 106 che ha modificato il Regolamento gare.

D'altro canto, non si possono tacere le oggettive complessità tecnico/amministrative connesse allo sviluppo del processo e in particolare:

- esigenze di coordinamento tra Enti locali;

- individuazione stato di consistenza e valutazione delle reti esistenti, con potenziali conflitti tra gestori ed Enti locali per la corretta identificazione della proprietà delle reti e della loro valutazione;
- ottenimento e successivo controllo da parte degli Enti locali concedenti dei dati che devono essere trasmessi dai gestori di rete;
- corretta applicazione delle Linee guida per il calcolo del VIR;
- attività di controllo degli scostamenti VIR-RAB a livello locale e a livello centrale, da parte dell'Autorità;
- redazione dei bandi di gara e predisposizione della documentazione di gara da parte delle stazioni appaltanti con effettiva *disclosure* delle informazioni rilevanti per i partecipanti alla gara;
- attività di analisi a livello centrale, da parte dell'Autorità, dei bandi di gara sul rispetto delle prescrizioni del Regolamento gare.

Rispetto alla più recente evoluzione normativa, l'Autorità ritiene che l'intervento di nuova proroga dei termini e il parallelo indebolimento delle disposizioni miranti a incentivare il rispetto delle scadenze di gara, come in precedenza descritti, non risultino efficaci rispetto all'obiettivo di assicurare l'effettivo ed ordinato svolgimento delle gare per l'assegnazione delle concessioni di distribuzione del gas naturale. Una ulteriore proroga, che non si associ ad interventi normativi specifici, focalizzati alla soluzione delle criticità emerse nelle fasi di prima attuazione della riforma, rischia di allontanare ulteriormente il raggiungimento degli obiettivi individuati originariamente dalla legge 159/2007, di maggiore concorrenza, sviluppo di efficienza e qualità, e contenimento dei costi del servizio.

Il ritardo evidenziatosi nell'avvio dell'attuazione della riforma e le conseguenti proroghe, hanno nei fatti portato all'accorciamento dell'arco temporale su cui devono svolgersi le gare rispetto al disegno originario. Tale accorciamento, a parere dell'Autorità, può tramutarsi in un ostacolo alla concorrenza, dal momento che lo svolgimento simultaneo di un numero elevato di gare potrebbe tradursi in una riduzione dei partecipanti alla singola gara, anche considerata la complessità connessa all'analisi degli stati di consistenza e alla valutazione puntuale delle differenti condizioni di gara.

Sotto questo profilo la legge 21/16 produce un leggero miglioramento della distribuzione temporale delle scadenze previste per le pubblicazioni dei bandi di gara, ma non risolve in modo adeguato la criticità connessa alla elevata numerosità di gare contestuali o quasi contestuali, con una concentrazione notevole tra il secondo semestre del 2016 e il primo semestre del 2017.

I criteri del Regolamento gare portano in generale a una riduzione degli introiti per gli Enti locali concedenti rispetto alla situazione *pre-vigente*, in cui il livello del canone di concessione era uno degli elementi su cui venivano valutate le condizioni economiche delle offerte presentate dai partecipanti alla gara.

In questo contesto si inserisce l'eliminazione delle sanzioni prevista dalla legge n. 21/2016, che, peraltro, avevano indotto alcune stazioni appaltanti a non rispettare l'*iter* procedurale previsto, con ricadute negative sul piano della trasparenza e certezza delle procedure e, dunque, della concorrenza.

L'Autorità ritiene, infine, essenziale che vengano consolidate e razionalizzate le norme che mirano ad assicurare l'ordinato e trasparente svolgimento delle procedure di gara disincentivando il ripetersi di casi di pubblicazione di bandi in manifesta violazione degli *iter* procedurali e di controllo previsti, a detrimento della trasparenza ed effettiva concorrenza nelle gare e con l'ulteriore conseguenza di protrarre gli affidamenti in essere, a beneficio del gestore uscente. L'Autorità ha peraltro fornito informazioni al riguardo all'Autorità Nazionale Anticorruzione per eventuali seguiti di competenza.

3. Possibili ambiti di intervento normativo

Al fine di realizzare la riforma prospettata dal decreto-legge 159/07, l'Autorità ritiene che debbano essere valutati i seguenti interventi normativi che mirano, ove possibile, ad alleggerire l'*iter* procedurale, bilanciando la tutela degli interessi dei clienti finali al contenimento dei costi che verranno riconosciuti in tariffa con una più decisa spinta all'effettivo svolgimento delle gare, in condizione di trasparenza e concorrenza, condizioni che dovrebbero anch'esse favorire il contenimento del costo del servizio:

- rivedere le scadenze per la pubblicazione dei bandi di gara, ripristinando una scansione temporale ragionevole, maggiormente coerente con quella prevista dal Regolamento gare, dunque evitando il concentrarsi di un numero eccessivo di gare in periodi ridotti. Tale intervento potrebbe essere attuato redistribuendo almeno 40 ATEM, suddivisi in due raggruppamenti, nel primo semestre 2018;
- rafforzare la posizione degli Enti locali concedenti nei confronti dei gestori nell'acquisizione delle informazioni e dei dati, individuati nel Regolamento gare, necessari per la predisposizione delle gare, prevedendo specifiche sanzioni per i ritardi nella messa a disposizione dei dati. Questi interventi potrebbero ridurre i tempi per la predisposizione della documentazione di gara;

- semplificare l'*iter* di analisi degli scostamenti VIR-RAB da parte dell'Autorità, mediante l'identificazione di percorsi accelerati per i casi in cui le stazioni appaltanti siano nella condizione di certificare l'applicazione delle Linee guida per il calcolo del VIR e lo scostamento VIR-RAB aggregato d'ambito non risulti superiore ad una soglia predeterminata, che secondo l'Autorità non dovrebbe comunque eccedere il 6%-8%. Qualora si verificano tali condizioni, potrebbe essere prevista una deroga alla disposizione contenuta nell'articolo 15, comma 5, del decreto legislativo 164/00 sull'obbligo di segnalazione all'Autorità degli scostamenti VIR-RAB superiori al 10% a livello di singolo comune. In altri termini, per l'invio degli scostamenti VIR-RAB all'Autorità, sono individuati due percorsi. Un percorso ordinario che si applica agli scostamenti VIR-RAB superiori al 10% a livello di singolo comune, nei casi in cui lo scostamento aggregato d'ambito sia superiore alla soglia prestabilita (da fissare al massimo al 6%-8%) e un percorso accelerato per i casi in cui lo scostamento aggregato d'ambito sia invece inferiore alla soglia prestabilita;
- semplificare l'*iter* di analisi dei bandi di gara, dando mandato all'Autorità di adottare provvedimenti che consentano di definire corsie preferenziali per i casi di bandi di gara che siano stati redatti nel sostanziale rispetto del bando di gara tipo, del disciplinare tipo, limitando l'analisi alla valutazione della congruità delle analisi costi-benefici e delle condizioni minime di sviluppo e prevedendo che, qualora tali condizioni non siano rispettate, siano identificati, nell'ambito delle osservazioni che l'Autorità rende alla stazione appaltante, secondo quanto previsto dal Regolamento gare, i limiti ai futuri riconoscimenti tariffari; in altri termini le osservazioni dell'Autorità sarebbero limitati agli aspetti che più possono impattare sullo sviluppo efficiente del servizio;
- introdurre incentivi economici, eventualmente nella forma di sanzioni, che possano indurre al rispetto delle tempistiche previste per la pubblicazione dei bandi e del rispetto dell'*iter* procedimentale previsto dalla legge e dal Regolamento gare. Tali incentivi devono essere proporzionati e simmetrici rispetto al tema delle tempistiche e al tema del rispetto dell'*iter*;
- prevedere che, a fronte di un mancato rispetto della tempistica prevista per l'invio all'Autorità della documentazione necessaria per le verifiche relative agli scostamenti VIR-RAB da parte delle stazioni appaltanti, il valore del VIR riconoscibile ai fini tariffari relativo ai Comuni nei quali sia stato determinato uno scostamento superiore al 10%, venga d'ufficio limitato al valore della RAB incrementata del 10%;
- al fine di consentire una più ampia partecipazione alle gare, rivedere i requisiti di partecipazione previsti per i raggruppamenti temporanei di impresa e per i

consorzi ordinari, in particolare allentando il vincolo relativo al possesso individuale di requisiti specifici che impediscono la partecipazione ai raggruppamenti e ai consorzi a soggetti che non operano nel settore della distribuzione del gas, fermi restando, da un lato l'obbligo previsto nel Regolamento gare, in caso di aggiudicazione della gara, a costituire, entro un mese dall'aggiudicazione medesima, un soggetto giuridico unitario avente la forma di società di capitali, dall'altro il rispetto del vincolo di destinazione all'uso pubblico per le infrastrutture di rete, quali beni patrimoniali indisponibili;

- poiché per il periodo di svolgimento delle gare d'ATEM, le risorse a disposizione dell'Autorità per le analisi degli scostamenti VIR-RAB e per le analisi dei bandi di gara, non risultano quantitativamente adeguate, prevedere uno specifico allentamento dei vincoli alle riduzioni di spesa, per potersi avvalere, in via straordinaria, di specifiche e competenti ulteriori risorse.

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'art. 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 gare².

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.

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.

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'art. 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

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).

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.

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 trascorrere altri due prima che possa intervenire direttamente il Ministero.

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 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'art. 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 (possesto 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 (art. 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

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.

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.

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

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

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, 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.

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

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.