

PARERE

ai sensi
dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990 n. 287

relativo all'art. 46-*bis*, recante “*Disposizioni in materia di concorrenza e qualità dei servizi essenziali nel settore della distribuzione del gas*” del Ddl (AC 3194) Conversione in legge del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, recante *interventi urgenti in materia economico - finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale (Collegato alla legge finanziaria 2008)*

Inviato

Al Senato della Repubblica
Alla Camera dei Deputati
Alla Presidenza del Consiglio dei Ministri
Al Ministero dello Sviluppo Economico
Al Ministero degli Affari Regionali e delle Autonomie Locali

1. L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato intende esprimere un parere ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/90, sull’art. 46-*bis* del Disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica nella seduta del 26 ottobre 2007 per la Conversione in legge del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, *recante interventi urgenti in materia economico - finanziaria, per lo sviluppo e l’equità sociale (Collegato alla legge finanziaria 2008)*, che contiene “*Disposizioni in materia di concorrenza e qualità dei servizi essenziali nel settore della distribuzione del gas*”.

2. L’art. 46-*bis* intende promuovere lo svolgimento delle procedure di gara per l’affidamento del servizio in questione, le quali, a fronte dell’obbligo di ricorrere a tali procedure fin dal 2000 (art. 14, comma 1, del D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164 di attuazione della Direttiva n. 98/30/CE che liberalizza il settore del gas naturale), si sono finora svolte soltanto in misura del 5% e sulla base di criteri di aggiudicazione non propriamente competitivi, incentrati, come si illustrerà meglio in prosieguo, sull’ammontare del canone concessorio.

Correlativamente, la disposizione in esame intende trovare soluzioni che consentano agli Enti Locali di gestire al meglio le altre gare – che sono la maggior parte - da espletare alla fine del periodo transitorio, superando l’attuale circoscritta portata delle stesse, che coincide, nella quasi totalità dei casi, con il territorio dell’ente concedente.

3. In particolare, l’art. 46-*bis*, comma 2, demanda al Ministero dello Sviluppo Economico (di seguito MSE) e degli affari regionali e delle autonomie locali (di seguito MARAL), sentita la Conferenza Unificata e su parere dell’Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas (di seguito AEEG), la determinazione di ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare, a partire da quelli tariffari, secondo l’identificazione di bacini ottimali di utenza, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi, nonché misure per incentivare le relative operazioni di aggregazione.

4. Il terzo comma della disposizione citata mantiene la previsione di un doppio periodo transitorio per le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 164/00 e originariamente affidate senza procedure di gara, attualmente previsto, dall’art. 23, comma 1, della legge 23 febbraio 2006, n. 51. Come noto, tale regime prevede un periodo transitorio base, fino al 31 dicembre 2007, e un ulteriore periodo qualificato dal verificarsi di specifiche ipotesi di crescita sul mercato¹, che termina entro il 31 dicembre 2009.

¹ Ai sensi dell’art. 15, comma 7, del D.Lgs. n. 164/00, il termine del 31 dicembre 2009 è applicabile qualora: *i)* si sia realizzata una fusione societaria che consenta di servire un’utenza complessivamente almeno doppia di quella originariamente servita; *ii)* i clienti finali serviti siano più di 100.000; *iii)* siano distribuiti più di 100

L'art. 46-*bis*, comma 3, prevede che, al fine di favorire lo svolgimento di gare su basi territoriali più ampie come sopra definite, entrambi i periodi siano prorogati di altri due anni, arrivando, rispettivamente, al 31 dicembre 2009 e al 31 dicembre 2011. Resta, peraltro, ferma, in quest'ultimo caso, la facoltà dell'Ente Locale di prorogare il termine di un altro anno, per comprovate e motivate ragioni di pubblico interesse (arrivando, così, al 2012).

5. In proposito, si rappresenta che, nella situazione attuale, caratterizzata da un'estrema frammentazione di ambiti serviti e operatori, le soglie dimensionali e quantitative (100.000 clienti o 100 mmc/anno) già individuate dal D.Lgs. n. 164/00 al fine di far scattare la durata maggiore del periodo transitorio si riferiscono ai Comuni più grandi e alle maggiori imprese del settore. Tuttavia, tali concessioni sono una minima parte, in quanto, come conferma l'analisi di alcune gare effettuate, i Comuni medi in Italia hanno circa 5.000 utenti, per circa il 70% dei Comuni censiti.

Conseguentemente, la maggior parte delle concessioni per la distribuzione di gas naturale sono verosimilmente in scadenza al 31 dicembre 2007 e sono le prime a beneficiare della ulteriore proroga proposta dall'art. 46-*bis*, terzo comma, del Collegato alla Finanziaria 2008.

6. Infine, la disposizione in esame prevede che, a decorrere dal 1° gennaio 2008, il canone delle concessioni interessate dalle nuove scadenze appena indicate, possa essere incrementato dai Comuni, solo ove minore e limitatamente al periodo di proroga, fino al 10% del Vincolo dei Ricavi di Distribuzione (di seguito VRD) definito dall'AEEG n. 237/00, 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.

7. L'Autorità ritiene che tali misure, con particolare riferimento alla proroga del periodo transitorio e alla definizione dei criteri di gara, laddove adottate dal Parlamento, non siano in grado di rispondere effettivamente ai sottesi obiettivi pro-concorrenziali e non sarebbero idonee a contrastare significativamente i deludenti esiti delle gare finora svolte.

8. Quanto al primo profilo, l'Autorità ricorda che, come evidenziato in precedenti segnalazioni, il ricorso a procedure di gara per l'individuazione dei concessionari di servizi è strettamente collegato alla realizzazione dei principi a tutela della concorrenza. Una fase transitoria che consenta di rinviare l'esperimento di procedure pubbliche per un periodo eccessivamente lungo,

mmc/anno di gas naturale; iv) l'impresa operi almeno nell'intera Provincia; v) il capitale privato rappresenti almeno il 40% del capitale sociale.

quale è stato ritenuto dall’Autorità già quello originariamente individuato dal D.Lgs. n. 164/00, “*concorre a determinare ritardi sull’avvio del processo di liberalizzazione del servizio*”².

9. Sulla base di questa premessa, l’Autorità ritiene che ulteriori slittamenti della fine del periodo transitorio risultino difficilmente compatibili con questo quadro, tanto più guardando all’evoluzione del diritto comunitario. Per completare il mercato interno del gas e consentire a ogni consumatore di scegliere liberamente il proprio fornitore e viceversa, la direttiva 2003/55/CE³, dopo aver ribadito l’importanza del ricorso a procedure di gara, ha ritenuto opportuno individuare un “*approccio graduale, con un termine ultimo specifico*” per completare il mercato interno del gas naturale, fissato al 1° luglio 2007, prendendo proprio in considerazione anche il tempo massimo necessario alle imprese per adeguarsi (considerando 4, 8, 10, 18 e art. 23, comma 1, di tale Direttiva).

Pertanto, come evidenziato dal recente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee da parte del TAR Lombardia⁴, il periodo transitorio potrebbe addirittura rivelarsi già esaurito, qualora la Corte di Giustizia avallasse l’interpretazione proposta dal giudice del rinvio, che collega funzionalmente l’esperimento delle gare al termine previsto dalla suddetta direttiva per realizzare l’effettiva apertura del mercato della distribuzione, ovvero il 1° luglio 2007.

10. L’Autorità è consapevole che la proroga viene asseritamente finalizzata a favorire i fenomeni di aggregazione territoriale, rispetto ai quali risulterebbe, secondo il legislatore, propedeutica la definizione per via ministeriale dei nuovi ambiti territoriali da mettere a gara.

Tuttavia, anche tenendo conto di questa esigenza, non trova giustificazione una proroga generalizzata di tutte le gare. Infatti, il processo di individuazione degli ambiti territoriali, per definizione, riguarderà l’intero territorio nazionale e dovrà concludersi necessariamente prima del 31 dicembre 2009, data alla quale terminerebbero, secondo il disposto dell’art. 46-*bis*, le concessioni in scadenza al 31 dicembre 2007 in base alla normativa vigente.

² Cfr. Segnalazione del 23 marzo 2000, (AS197) *Norme comuni per il mercato interno del gas*, in *Boll.* n. 11/00 e, più in generale, riguardo al *favor* espresso rispetto al ricorso a procedure di gara, si vedano anche le segnalazioni del 20 ottobre 1998, (AS152) *Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative*, in *Boll.* n. 42/98, e dell’8 novembre 2001, (AS222) *Disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Boll.* n. 43/01.

³ Direttiva del Parlamento e del Consiglio del 26 giugno 2003 *relativa a norme comuni per il mercato interno e che abroga la direttiva 98/30/CE*, GUUE 2003 L176/57 ss..

⁴ Cfr. Ordinanza di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 234 CE, Sez. Brescia, del TAR Lombardia, Sez. Brescia, 4 agosto 2006, n. 963/o, ASM Brescia c. Comune di Rodengo Saiano, in *Foro Amministrativo*, TAR, 2006, p. 3778 ss..

Pertanto, l’Autorità ritiene che prorogare di due anni, fino al 2011, le concessioni che, attualmente, sono in scadenza al 31 dicembre 2009, costituisca una misura eccessivamente restrittiva e che, non potendo trovare giustificazione nell’asserita esigenza di incentivare aggregazioni territoriali, essa non sia necessaria né proporzionata al giusto obiettivo di efficienza che il nuovo modello di gara proposto dal legislatore intende perseguire.

11. Più in generale, l’Autorità invita a riconsiderare la stessa desiderabilità della definizione autoritativa degli ambiti produttivi del servizio di gestione delle reti di gas, in quanto ciò equivale a una configurazione, per via amministrativa, del mercato dal lato della domanda.

12. Infatti, l’Autorità ritiene che definire ambiti territoriali minimi “*in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi*” per via esogena e autoritativa implica l’oneroso compito di acquisire informazioni e dati su tali aspetti in condizioni di asimmetria informativa del regolatore rispetto a realtà tecnico-economiche locali. Inoltre, tali asimmetrie potrebbero favorire la definizione di ambiti che non riproducono strettamente le esigenze tecniche e di riduzione dei costi riscontrabili sul mercato, ma finiscono per rispondere, ad esempio, a esigenze di mera semplificazione amministrativa che, in realtà, non esauriscono gli obiettivi di efficienza sottesi alla riforma.

13. Da questo punto di vista, il legislatore, nel valutare la desiderabilità di configurare autoritativamente il mercato, dovrebbe soppesare i costi dell’attuale frammentazione delle concessioni messe a gara e quelli connessi alla regolazione del processo di riaccorpamento.

E’ evidente, infatti, che la frammentazione delle concessioni e l’attuale assenza di un quadro uniforme contenente i requisiti di partecipazione e i criteri di aggiudicazione determinano in capo agli enti locali, che rappresentano la domanda dei servizi di distribuzione, ingenti oneri per dover bandire oltre 5000 gare, quasi tutte con scadenze vicine tra loro. Dal lato dell’offerta, l’attuale frammentazione determina costi anche in capo alle imprese interessate a partecipare alle gare. Gli operatori, a causa proprio di tale frammentazione, della contestualità delle gare bandite e della possibile individuazione di requisiti di partecipazione diversi, potrebbero non riuscire a monitorare la situazione su scala nazionale e cogliere tutte o quantomeno le migliori opportunità di gara.

14. Tali considerazioni, tuttavia, mettono in rilievo che già la definizione di un bando tipo a livello nazionale potrebbe ridurre i costi suddetti sia dal lato della domanda, nell’organizzare la procedura di gara, sia dal lato dell’offerta, nel programmare la propria attività in funzione dei risultati da raggiungere.

15. In tal senso, l’Autorità auspica che nella definizione di un bando-tipo trovino applicazione, in quanto compatibili, i principi definiti in precedenti segnalazioni al fine di favorire la più ampia partecipazione alla gara⁵. In particolare, al fine di favorire un accesso ampio e non discriminatorio alla procedura di gara, l’Autorità auspica che il bando-tipo preveda requisiti di fatturato proporzionati al valore del servizio oggetto di concessione, consenta alle imprese di nuova costituzione di dimostrare la propria capacità economica e finanziaria con documentazione alternativa al bilancio, non faccia ricorso a parametri di esperienza o di utenza servita che potrebbero favorire le imprese maggiori o da più tempo attive nel mercato.

Inoltre, poiché e nella misura in cui i livelli di qualità e sicurezza sono regolati dall’AEEG, essi potrebbero costituire requisiti minimi di partecipazione alla stessa, salva la facoltà per l’Ente Locale di attribuire punteggi aggiuntivi in fase di aggiudicazione alle imprese che propongono investimenti ulteriori nella rete e/o nel servizio.

16. L’Autorità, peraltro, evidenzia la scarsa chiarezza dell’art. 46-*bis*, primo comma, proprio con riguardo a questo aspetto, poiché l’espressione “*Criteri di gara e di valutazione dell’offerta*” potrebbe riferirsi unicamente alla definizione dei criteri di aggiudicazione della gara, senza riguardare anche la definizione uniforme di requisiti di partecipazione in un bando-tipo. Pertanto, l’Autorità auspica che il legislatore preveda espressamente anche la definizione di un bando-tipo, indicandone criteri guida rispondenti ai suesposti principi.

17. Si osserva, infine, che la definizione uniforme di requisiti di gara e di criteri di aggiudicazione avrebbe anche il pregio di fornire in tempi brevi una soluzione alle condivisibili esigenze di efficienza avvertite dal legislatore, senza al contempo provocare le ingiustificate restrizioni alla concorrenza sopra viste in merito al regime di proroga proposto dall’art. 46-*bis*, terzo comma.

18. Con riferimento ai criteri di aggiudicazione, l’Autorità ricorda che, in presenza di servizi offerti in regime di monopolio, la procedura di gara ha l’obiettivo di replicare i risultati che si avrebbero se si fosse in presenza di un mercato concorrenziale e di assicurare, “*nella forma quanto più ampia possibile, il ricorso al mercato attraverso procedure competitive per la scelta*

⁵ Cfr. segnalazioni del 28 settembre 1999, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici (AS187)*, in *Boll. n. 48/99*, e del 30 gennaio 2003, *Bandi predisposti dalla Concessionaria Servizi Informatici pubblici – CONSIP S.p.A. (AS251)*, in *Boll. n. 5/03*.

dell'impresa offerente, attivando una concorrenza che assicuri la scelta dell'operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari e offrire il servizio migliore al minor costo"⁶. In tal senso, la definizione in via uniforme anche dei criteri di valutazione delle offerte ai fini dell'aggiudicazione della concessione assume sicuro rilievo.

19. Da questo punto di vista, non appare che l'obiettivo della gara possa essere soddisfatto da una selezione basata sulla misura del canone offerto per svolgere il servizio, anziché sui prezzi all'utente finale e sul miglior rapporto con la qualità del servizio reso.

Invece, l'evidenza raccolta all'esito delle prime gare esperite mostra che l'Ente Locale ha attribuito notevole rilievo, fra gli aspetti economici, al canone concessorio, che, oltre ad aver rappresentato nella maggior parte delle gare la variabile competitiva principale, ha assorbito anche fino al 70-80% del VRD, come definito dall'AEEG. Ciò potrebbe aver eroso parte dei margini di ricavo dell'impresa che, in un'ottica di breve periodo, potrebbe preferire di ridurre gli investimenti, con ripercussioni negative sui livelli di sicurezza e qualità del servizio.

20. Peraltro, l'Autorità osserva che, in un settore caratterizzato dalla presenza di operatori in cui gli enti concedenti possono avere partecipazioni azionarie o di controllo, il ricorso a criteri quanto più oggettivi e trasparenti, quale potrebbe essere nel caso di specie il prezzo del servizio, potrebbe ridurre la discrezionalità nell'apprezzamento delle offerte da parte dell'Ente Locale e, dunque, le potenziali situazioni di conflitto di interesse in fase di aggiudicazione.

21. Tale meccanismo sarebbe, peraltro, reso possibile se le tariffe per il servizio di distribuzione, attualmente fissate dal regolatore, fossero considerate come tariffe massime, rispetto alle quali l'operatore potrebbe proporre sconti da ripercuotere a vantaggio dell'utenza.

22. Sulla base di queste premesse, l'Autorità ritiene che l'attuale formulazione dell'art. 46-*bis*, secondo comma, non soddisfi pienamente le esigenze pro-concorrenziali sottese alle osservazioni appena esposte, in quanto sembra incentrato prevalentemente sugli aspetti qualitativi a scapito di quelli di natura economica, lasciati come parametri residuali.

⁶ Cfr., da ultimo, la segnalazione del 14 dicembre 2006, (AS375) *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, in *Boll.* n. 50/06, e, con specifico riferimento, all'attività di distribuzione del gas naturale, la segnalazione del 23 marzo 2000, (AS197) *Norme comuni per il mercato interno del gas*, in *Boll.* n. 11/00.

In proposito, l’Autorità, pur condividendo l’importanza di salvaguardare gli standard di qualità e sicurezza nel servizio della distribuzione di gas, avverte, tuttavia, il legislatore che incentrare l’aggiudicazione della gara prevalentemente su tali aspetti potrebbe non rispondere pienamente alle esigenze pro-concorrenziali in ragione degli ampi margini di discrezionalità lasciati nella fase di valutazione delle offerte.

23. Inoltre, l’attuale formulazione della norma non esclude che il canone concessorio continui ad essere una variabile competitiva di rilievo, anche se non più l’unica, nell’ambito delle “*condizioni economiche offerte*” e che, quindi, sia mantenuta invariata la situazione attuale.

24. L’Autorità, peraltro, ritiene che già l’attuale quadro normativo consentirebbe di considerare il canone concessorio come elemento del solo contratto di servizio e non quale criterio di aggiudicazione. In particolare, l’art. 14, comma 1, del D.Lgs. n. 164/00 distingue il momento della gara, considerata la modalità necessaria di affidamento del servizio di distribuzione di gas, da quello relativo alla disciplina dei rapporti fra l’ente e l’impresa affidataria, demandato a un separato contratto di servizio. Conseguentemente, gli aspetti economici che deve regolare il contratto di servizio sono espressamente riferiti al rapporto fra ente e impresa (art. 14, comma 3), mentre, ai fini dell’individuazione dei criteri di aggiudicazione della gara, le “*migliori condizioni economiche*” sono riferite al servizio, unitamente alle condizioni di prestazione del medesimo (comma 6).

Pertanto, poiché le indicazioni fornite dal D.Lgs. n. 164/00 avrebbero già consentito di tenere fuori dai criteri di aggiudicazione il canone concessorio e, ciò nonostante, la maggior parte delle gare sono state aggiudicate su questa base, sarebbe, infine, auspicabile che l’art. 46-*bis* esplicitasse che il canone concessorio non costituisca la variabile principale di aggiudicazione della gara.

L’Autorità confida nell’accoglimento delle suesposte considerazioni.

IL PRESIDENTE