

IL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS TRA REGOLAZIONE STATALE E REGIONALE DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N.16 DEL 2020¹

Gaetano Armao²

*Docente di Diritto Amministrativo dell'Università di Palermo
Vicepresidente e Assessore all'Economia della Regione Siciliana*

Abstract (it) Lo studio tratta la complessa evoluzione normativa del mercato del gas naturale che ha imposto, dopo vari rinvii, alle amministrazioni comunali l'obbligo di assumere, in tempi brevi, decisioni e provvedimenti con forte impatto sulla futura organizzazione del servizio di distribuzione del gas e sugli interessi degli utenti. In particolare si approfondisce la disciplina statale, quella regionale siciliana, con riguardo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 16 del 2020 con la quale si è ritenuto che sebbene alla Regione Siciliana sia attribuita, ai sensi dello Statuto di autonomia, la competenza legislativa concorrente in materia di servizi pubblici di prevalente interesse regionale, tale potestà deve in ogni caso essere esercitata entro i limiti dei principi ed interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato e, nel caso di specie, del servizio di distribuzione del gas naturale.

Abstract (en) *The work covers the complex regulatory evolution of the natural gas market that has required, after several postponements, municipal administrations to take, in a short time, decisions and measures with a strong impact on the future organization of the gas distribution service and the interests of citizenship. In particular, the judgment of the Constitutional Court no. 16 of 2020 is examined in detail, whereby it was held that, although the Sicilian Regional Administration is attributed, in accordance with the Statute of Autonomy, concurrent legislative competence in the field of public services of main regional interest, this power must, in any case, be exercised within the limits of the principles and general interests underlying the legislation of the State and, in the case in point, of the natural gas distribution service.*

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo statale - **2.** La normativa della Regione Siciliana.

1 Questo scritto è dedicato alla memoria di un gran gentiluomo del diritto siciliano, Vito Augusto Candia, illustre avvocato amministrativista ed a lungo docente di diritto costituzionale dell'Università di Palermo, recentemente scomparso.

2 Docente di diritto amministrativo nell'Università di Palermo -Vicepresidente ed Assessore all'Economia della Regione siciliana.

1. IL QUADRO NORMATIVO STATALE.

1.1. La gestione delle reti territoriali di distribuzione del gas naturale agli utenti finali, monopolio naturale soggetto a regolazione, costituisce un'attività strategica per l'accesso, al contempo diffuso e puntuale, all'utilizzo del gas e per la definizione di condizioni di concorrenza nel mercato della vendita ai clienti finali.

Il mercato del gas naturale è stato oggetto di una complessa evoluzione normativa - originata dalla direttiva n. 98/30/CE³ poi seguita dalla direttiva europea 2003/55/CE e dai successivi recepimenti nazionali - avente l'obiettivo di liberalizzare il settore ed aprirlo alla concorrenza⁴. L'attività di distribuzione del gas è infatti un monopolio naturale, e che 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

3 Sulla quale si vedano, tra gli altri, G. ZAVATTONI, *La direttiva gas e l'accesso dei terzi alle reti*, in *Rass. giur. en. elett.*, 1998, 759 e ss.; V. FALCE, *La normativa comunitaria per il gas naturale: la direttiva 98/30/CE.*, in <http://archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/osservatori/intellettuale/Falce.pdf>, 1999; G. CAIA, S. COLOMBARI, *Regolazione amministrativa e mercato interno del gas naturale*, in *Rass. giur. en. elett.*, 2000, 339 e ss.; G. ZAVATTONI, *Il decreto Letta sulla direttiva gas: profili antitrust e commerciali*, ivi, 337; A. COLAVECCHIO, *I mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale: profili comunitari*, ivi, 2001, 524 e ss.; R. GALBIATI, G. VACIAGO, L.R. PERFETTI, *Il governo dell'energia dal decentramento alla riforma costituzionale*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 359 e ss.; M. MONTEDURO, *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale nella riforma operata dal d.lg. n. 164 del 2000: profili sostanziali e procedurali*, in *Il Foro amm. - TAR*, 2002, 590 e ss. Più in generale sulla disciplina del gas v., tra gli altri, G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, 2189 e ss.; R. VILLATA, *Un esempio di liberalizzazione di pubblici servizi: la riforma del settore della distribuzione del gas naturale*, in *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003, 363 e ss.; L. AMMANNATI, *Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali: il caso del gas*, in ID. (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005, 311 e ss.; ed E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, 30 e ss. e più recentemente S. FERLA, *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale*, Rimini, 2012; A. POLICE, *Distribuzione del gas e protezione degli utenti: il ruolo dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas*, in G. NAPOLITANO E A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2013, Quali regole per il mercato del gas?*, Bologna, 2014, 217 ss.; S. M. SAMBRI, S. VERNILE, *Le attività down-stream nel settore dell'energia elettrica e del gas naturale*, in E. PICOZZA, S.M. SAMBRI (a cura di), *Diritto dell'Energia*, Padova, 2015, 421 e ss.; A. COLAVECCHIO, *La materia "energia" tra "nuovo" e "nuovissimo" Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 341 e ss.; R. MICCÙ, *Regolazione e governo multilivello del mercato europeo dell'energia*, in ID. (a cura di), *Multilevel Regulation and Government in Energy Markets*, Napoli, 2016, 3 e ss.; V. TERMINI, *A strategic vision for gas. Italy in the equilibrium of the East Mediterranean region*, LUISS-SEP, 12 maggio 2017, in https://host.uniroma3.it/docenti/termini/pubblicazioni/2017_eastmed.pdf; M. GIACHETTI FANTINI, *La liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e del gas naturale: il caso italiano nel panorama europeo*, in <https://www.apertacontrada.it/wp-content/uploads/2017/07/Giachetti-Fantini-sulla-liberalizzazione-del-mercato-dellenergia.pdf>; R. MICCÙ, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Torino, 2019

4 Sul modello che emerge dalla normativa europea, seppur risalente, resta un riferimento P. CAMERON. *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*, Oxford, 2002, 401 e ss. e, più recentemente, P. D. CAMERON, R. J. HEFFRON, *Legal Aspects of EU Energy Regulation: The Consolidation of Energy Law Across Europe*, 2nd ed, Oxford, 2016.

dal confronto concorrenziale, è quella di scegliere il concessionario attraverso una gara (cd. concorrenza per il mercato).

È stata così avviata la profonda modifica dell'assetto del mercato, imponendo, dopo vari rinvii, alle amministrazioni comunali l'obbligo di assumere, in tempi brevi, decisioni e provvedimenti con forte impatto sulla futura organizzazione del servizio di distribuzione del gas e sugli interessi della cittadinanza.

Al livello europeo va poi ricordata la direttiva 2009/73/CE⁵ che indica gli obiettivi che possono porsi in relazione con il sistema degli ambiti territoriali minimi, in particolare, il primo considerando invita a perseguire l'efficienza del sistema, i prezzi competitivi e un più elevato livello di servizio, e l'art. 3, comma 8, promuove l'efficienza energetica e l'ottimizzazione del servizio, perseguendo, con norme puntuali, altri obiettivi, in particolare la separazione delle reti di distribuzione dalle attività di produzione e fornitura di gas (considerando n. 25).

La direttiva 2009/73/CE, al primo considerando richiama l'obiettivo della realizzazione del mercato interno del gas naturale, al fine di conseguire, complessivamente, una maggiore efficienza e più elevati livelli di servizio. I principi generali così richiamati trovano specificazione nell'art. 3 della stessa direttiva, che impone agli Stati membri l'adozione di misure pro concorrenziali, anche in riferimento alle procedure amministrative di ingresso nel mercato del gas, complessivamente considerato, comprensivo quindi del settore della distribuzione. Al comma 8 dello stesso art. 3 il legislatore europeo stabilisce che gli Stati membri o le rispettive Autorità di regolamentazione debbano attivarsi per potenziare i sistemi interni di attuazione della concorrenza, lasciando, come di regola, ai legislatori nazionali la scelta delle misure strumentali a perseguire l'obiettivo.

In tale prospettiva non può revocarsi in dubbio, quindi, che, nel novero delle misure idonee a realizzare un'organizzazione concorrenziale ed efficiente del mercato interno della distribuzione di gas naturale⁶, debba essere inserita l'attuazione del sistema di affidamento per bacini ottimali minimi di utenza⁷.

Giova ricordare in tal senso che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 325 del 2010, ha già evidenziato, sul piano generale, che la disciplina concernente le

⁵ Recepita con il decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93 (Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE),

⁶ La dottrina ha avuto modo di osservare che il problema delle reti rappresenta uno dei principali punti di debolezza della regolazione del mercato dell'energia, sia essa elettrica che del gas, non solo poiché nella transizione dal monopolio alla concorrenza le infrastrutture disponibili sono nell'esclusiva disponibilità del solo ex monopolista, ma soprattutto perché gli *incumbent*, che entrano nel mercato a seguito della liberalizzazione, sovente non hanno adeguata disponibilità economica per sostenere la realizzazione di nuove infrastrutture. Ci si trova quindi di fronte all'esigenza di sottrarre la gestione delle reti agli operatori più forti al fine di garantire l'effettività della concorrenza. Sul punto si veda D. SORACE, *Il modello di regolazione dell'energia: profili generali*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, 5 ss.

⁷ Per un'analisi economica del mercato del gas v. E. CORALI, *Il mercato del gas naturale in Italia*, Milano, 2000, *passim*

modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica va ricondotta all'ambito della tutela della concorrenza, «tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato».

1.2. Il primo organico e dettagliato intervento di normazione statale della materia si rinviene nel D. Lgs. 23 maggio 2000, n. 164, con il quale il legislatore italiano ha inteso avviare un processo di adeguamento ai principi dell'ordinamento europeo del mercato interno nel settore del gas, in particolare conformandosi ai canoni fondamentali in tema di libertà di stabilimento e di apertura alla concorrenza di cui all'art. 3 lettera g) del Trattato UE.

In particolare, l'atto normativo ha natura di decreto delegato di recepimento della normativa europea ed ha inteso dare attuazione alla direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale al fine di aprire il sistema alla concorrenza, alla promozione della qualità e dell'efficienza dei servizi nonché per incrementare la sicurezza degli approvvigionamenti.

L'obiettivo, enunciato dall'art. 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144 (contenente come si evince dal titolo disparate norme in materia economica nel c.d. Collegato alla legge di bilancio del 1999), che detta i criteri per l'esercizio della delega e che invero suona quasi icastico rispetto ai risultati ai quali si è sino ad oggi approdati, è quello di "promuovere la liberalizzazione del mercato del gas naturale, con particolare riferimento all'attività di trasporto, stoccaggio e distribuzione".

In particolare la norma delegante affida alla disciplina di dettaglio l'ulteriore compito di ridefinire "tutte le componenti rilevanti del sistema nazionale del gas, ivi incluse quelle relative al servizio di pubblica utilità", nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi per l'esercizio del potere normativo delegato:

A) prevedere che l'apertura del mercato del gas naturale avvenga nel quadro di regole che garantiscano, nel rispetto dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, - poi Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEGSI)⁸ ed adesso Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) organismo di regolazione riconducibile alle cd. autorità amministrative indipendenti, già istituita con l. 14 novembre 1995, n. 4812⁹ - lo svolgimento del servizio pubblico, compresi i relativi obblighi, l'universalità, la qualità e la sicurezza del medesimo, l'interconnessione e l'interoperabilità dei sistemi¹⁰;

8 Sull'AEEGSI vedi per tutti S. Lanza, S. Lucattini, *L'Autorità per l'Energia tra competizione e cooperazione*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 2/2014, 156 e ss.

9 Per alcune notazioni di scenario si v. A. BENEDETTI, *Disciplina europea e regolazione dei servizi pubblici locali tramite autorità indipendenti*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 1/2019, 21 e ss.

10 L'Autorità - come noto - operava originariamente nei settori dell'energia elettrica e del gas ed ha poi esteso l'attività al settore idrico, al risparmio energetico e al ciclo dei rifiuti e svolge la propria funzione nel rispetto degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo e dal Parlamento e della disciplina normativa dell'Unione europea. Giova ricordare che l'indipendenza e l'autonomia dell'Autorità hanno subito un irrobustimento con il Terzo Pacchetto Energia europeo anche per quanto riguarda l'organizzazione, il funzionamento e il finanziamento. L'Autorità adotta le proprie decisioni sulla base della legge istitutiva e definisce le procedure ed i regolamenti per l'organizzazione interna, il funzionamento e la contabilità. Sotto il profilo finanziario occorre poi

B) prevedere che, in considerazione del crescente ricorso al gas naturale e per conseguire un maggiore grado di interconnessione al sistema europeo del gas, le opere infrastrutturali per lo sviluppo del sistema del gas siano dichiarate di pubblica utilità nonché urgenti e indifferibili a tutti gli effetti della legge 25 giugno 1865, n. 2359 e s.m.i.;

C) eliminare ogni disparità normativa tra i diversi operatori nel sistema del gas, garantendo, nei casi in cui siano previsti contributi, concessioni, autorizzazioni o altra approvazione per costruire o gestire impianti o infrastrutture del sistema del gas, uguali condizioni e trattamenti non discriminatori alle imprese;

D) prevedere misure affinché nei piani e nei programmi relativi ad opere di trasporto, di importazione e di stoccaggio di gas sia salvaguardata la sicurezza degli approvvigionamenti, promossa la realizzazione di nuove infrastrutture di produzione, stoccaggio ed importazione, e favorito lo sviluppo della concorrenza e l'utilizzo razionale delle infrastrutture esistenti;

E) prevedere che le imprese integrate nel mercato del gas costituiscano, ove funzionale allo sviluppo del mercato, società separate, e in ogni caso tengano nella loro contabilità interna conti separati per le attività di importazione, trasporto, distribuzione e stoccaggio, e conti consolidati per le attività non rientranti nel settore del gas, al fine di evitare discriminazioni o distorsioni della concorrenza;

F) garantire trasparenti e non discriminatorie condizioni per l'accesso regolato al sistema del gas;

G) stabilire misure che possano garantire l'apertura del mercato nazionale del gas avvenga nel quadro dell'integrazione europea dei mercati sia per quanto riguarda la definizione dei criteri per i clienti idonei su base di consumo per località, sia per facilitare la transizione del settore italiano del gas ai nuovi assetti europei, sia per assicurare alle imprese italiane, mediante condizioni di reciprocità con gli altri Stati UE, uguali condizioni di competizione sul mercato europeo del gas.

Il decreto delegato, per quel che qui interessa, prevede altresì all'art. 37 il riconoscimento delle prerogative delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano stabilendo che: "*sono fatte salve le prerogative statutarie delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano*".

ricordare che le risorse per il funzionamento dell'Autorità non sono trasferite dal bilancio dello Stato, ma scaturiscono da un contributo sui ricavi degli operatori regolati. Tale contributo è stato ridotto (volontariamente dall'Autorità) rispetto all'1 per mille stabilito *ex lege*, con differenziazioni in funzione del settore e dell'attività svolta da diversi soggetti. Gli atti di regolazione tariffaria non disciplinano un mercato libero, ma un servizio pubblico e definiscono la tariffa applicabile come controprestazione rispetto alla sua erogazione, in merito cfr. E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'ARERA; la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale*, in *Giustizia amministrativa*, 11 marzo 2019 e S. FOÀ, *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo*, in *federalismi.it*, n.28/2020, 66 e ss.

Più in generale sulle Autorità di regolazione si veda da ultimo M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, *Relazione per il corso di formazione per Magistrati amministrativi*, Milano, 2019; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ.*, n. 1/2019.

Ciò ha fatto sì che alcune Regioni, come si vedrà con specifico riguardo alla Sicilia, abbiano immorato nell'applicazione della normativa di liberalizzazione, consolidando posizioni ben oltre i limiti sanciti dalla normativa di recepimento e risolvendo il bilanciamento degli interessi in termini purtroppo pregiudizievoli per l'utenza e le amministrazioni comunali.

Nella disciplina richiamata vanno ricordati i tratti qualificanti del mercato del gas:

1) l'Approvvigionamento mediante importazione o coltivazione (artt. 3-7 che rinviano ai regimi autorizzatori e concessori, questi ultimi modificati dal c.d. decreto sblocca Italia con l'obiettivo di implementare la c.d. strategia energetica nazionale e le cui norme sono adesso al vaglio della corte costituzionale con riguardo al c.d. provvedimento concessorio unico ex artt. 36, 36 bis e 38 del d.l. n.133 del 2014, nonché al residuo referendum dopo che i restanti quesiti sono stati superati dall'ultima legge di stabilità);

2) il trasporto e dispacciamento di gas naturale (definita attività di interesse pubblico - art.8) ed è oggetto di separazione amministrativa e contabile (unbundling) da tutte le altre attività del settore del gas, ad eccezione dell'attività di stoccaggio, che è comunque oggetto di separazione contabile e gestionale dall'attività di trasporto e dispacciamento e di separazione societaria da tutte le altre attività del settore del gas¹¹;

3) lo stoccaggio del gas naturale in giacimenti o unità geologiche profonde (assoggettato a concessione ventennale - artt. 11-13)¹²;

4) il servizio di distribuzione di gas naturale (qualificata come attività di servizio pubblico) affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni (art.14). È indicato all'art. 15 un periodo transitorio (che avrebbe dovuto protrarsi sino al 2005 ma è giunto sino al 2012 ed oltre a questo punto, stante il prolungamento dei tempi di gara, come si vedrà oggetto di proroghe sino al dicembre 2015). Le imprese di distribuzione di gas naturale hanno altresì "l'obbligo di allacciare i clienti, che ne facciano richiesta, che abbiano sede nell'ambito dell'area territoriale alla quale si riferisce l'affidamento sulla base del quale esse operano, purché esista la capacità del sistema di cui dispongono e le opere necessarie all'allacciamento del cliente siano tecnicamente ed economicamente realizzabili in base a criteri stabiliti con delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas nel rispetto degli obblighi di universalità del servizio pubblico"(art. 16);

5) la vendita ai clienti finali sottoposta a specifica autorizzazione (Art. 17) e come

11 Il trasporto consiste nella veicolazione di quantitativi di gas, attraverso gasdotti ad alta pressione, dai luoghi in cui sono stati prodotti o stoccati, e cioè immagazzinati, fino alle utenze finali industriali o alle cd. utenze intermedie, e cioè alle imprese di distribuzione, le quali, a loro volta, li veicoleranno, attraverso gasdotti a bassa pressione, fino alle utenze finali civili, in tal senso si veda F. SCLAFANI, *Energia elettrica e gas*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 257. In termini analoghi M. E. SALERNO, *Il mercato del gas naturale in Italia*, in L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione pro concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005, 93, nota 71.

12 Sullo stoccaggio v. A. CAVALIERE, *Liberalizzazione e accesso alle essential facilities: regolamentazione e concorrenza nello stoccaggio di gas naturale*, in *Politica economica*, n. 1/2007, 29 ss;

nota la separata dalla distribuzione.

Passando alle procedure di gara che il decreto 164 del 2000 si limita ad enunciare giova rilevare che esse trovano la propria disciplina nel regolamento adottato con il Decreto Ministeriale 12 novembre 2011, n. 226, poi modificato Decreto Ministeriale 20 maggio 2015, n. 106 (G.U. serie generale n. 161 del 14 luglio 2015) che disciplina i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222.

Tale regolamento introduce modifiche al DM n. 226 del 2011 per renderlo coerente con le innovazioni legislative nel frattempo intervenute e con la regolazione del IV periodo tariffario (2014-2019)¹³, definisce le modalità operative da seguire per il rispetto del criterio di gara relativo agli interventi di efficienza energetica nell'A.TE.M. e precisa i chiarimenti all'art.5 sul calcolo del valore di rimborso già forniti con le Linee Guida su criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale, approvate con DM 22 maggio 2014.

Vengono, in particolare, delineati i principi generali per il riconoscimento dei costi di capitale e dei costi operativi, che prevedono schemi di regolazione incentivante limitatamente ai soli costi operativi e schemi di regolazione del tipo *rate of return* con riferimento ai costi di capitale, prevedendo, al contempo, di introdurre elementi propedeutici a una eventuale transizione verso logiche di riconoscimento dei costi basate sulla spesa totale (*totex*), quali un maggior coordinamento tra la regolazione tariffaria e le valutazioni dei piani decennali di sviluppo della rete di trasporto, l'avvio di una specifica attività di monitoraggio degli investimenti e sperimentazioni di incentivi all'efficientamento delle spese di investimento. Al regolamento sono poi allegati: il *Bando di gara tipo* ed il *Disciplinare di gara tipo*.

Decorso il periodo transitorio si sono così determinate le condizioni giuridiche ed amministrative per procedere ad avviare le procedure ad evidenza pubblica sulla scorta delle quali si provvede ad affidare le concessioni per il periodo previsto (massimo 12 anni).

Disciplina, quella richiamata, che si riconnette poi con quella di individuazione degli A.TE.M. e di perimetrazione degli stessi che ci si limita a richiamare in questa

¹³ Giova sottolineare che il Legislatore ha chiarito che nella determinazione delle tariffe di distribuzione deve tenersi conto della necessità di remunerare le iniziative finalizzate a rendere più efficiente l'utilizzo delle energie, nonché a promuovere l'uso delle fonti rinnovabili, la qualità, la ricerca e l'innovazione, allo scopo ultimo di migliorare il servizio e di non penalizzare le aree ancora in corso di metanizzazione. In proposito, si veda T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 10 ottobre 2013, n. 2274, che seppure, con riferimento alla determinazione delle tariffe per la distribuzione del gas, chiarisce il principio in base al quale "occorre coniugare l'interesse dell'operatore ad ottenere un giusto profitto con quello del cliente ad ottenere un servizio di buona qualità a prezzi accessibili; occorre inoltre fare in modo che l'operatore sia spinto a trovare soluzioni tecniche innovative e più convenienti". In merito va ricordato che sono stati da poco approvati i *Criteri di regolazione tariffaria per il servizio di trasporto e misura del gas naturale per il quinto periodo di regolazione tariffaria (2020-2023)* (5PRT), in esito al procedimento avviato con deliberazione ARERA 23 febbraio 2017, 82/2017/R/gas.

sede e che, come noto, ha superato il vaglio di costituzionalità. In tal senso il giudice delle leggi ha ritenuto che essa risponda alla *"acquisita consapevolezza che l'aumento di dimensione degli ambiti di gara consente di ridurre significativamente le tariffe di distribuzione, a vantaggio dei consumatori, di migliorare la qualità del servizio e di ridurre i costi relativi allo svolgimento delle gare."*, sicché *"non sembra dubitabile che, nel novero delle misure idonee a realizzare un'organizzazione concorrenziale ed efficiente del mercato interno della distribuzione di gas naturale, debba essere inserita l'attuazione del sistema di affidamento per bacini ottimali di utenza."* (Corte cost. 134/2013).

Successivamente, e ad evidenti fini di tutela della concorrenza, l'art. 15, comma 9, del D. Lgs. n. 164 del 2000, nella versione risultante all'esito delle modifiche apportate dalla legislazione successiva, ha stabilito una durata massima, anche per le concessioni già affidate mediante gara *"per un periodo non superiore a dodici anni a partire dal 31 dicembre 2000"*, mentre un diverso termine, e cioè il 21 giugno 2012, è stato fissato nei casi di reti costruite con il finanziamento della legge speciale sulla metanizzazione del Mezzogiorno (legge 28 novembre 1980, n. 784 e s.m.i.).

In questo contesto, allo scopo di agevolare l'esercizio in forma aggregata del servizio pubblico della distribuzione del gas naturale è intervenuto l'art. 46 bis del d.l. 1° ottobre 2007, n. 159 (introdotto, in sede di conversione, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222), il quale ha conferito delega al Governo (per esso al Ministro dello Sviluppo Economico ed al Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie Locali) per l'emanazione di due distinti decreti.

Un primo, finalizzato a stabilire *"i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas"*, ed un secondo, destinato a determinare *"gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio"*, nonché *"misure per l'incentivazione delle relative operazioni di aggregazione"*.

Dopo alcune proroghe del termine fissato originariamente per l'adozione dei provvedimenti delegati, il secondo dei due decreti è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 31 marzo 2011, e poi integrato con provvedimento pubblicato sulla G.U.R.I. del 28 ottobre 2011. Sono stati così ormai definiti e perimetrati i 177 ambiti territoriali minimi, per i quali occorrerà procedere alle gare per l'affidamento del servizio su base d'ambito (ATEM)¹⁴ nella acquisita consapevolezza che *"l'aumento di dimensione degli ambiti di gara consente di ridurre significativamente le tariffe di distribuzione, a vantaggio dei consumatori, di migliorare la qualità del servizio e di ridurre i costi relativi allo svolgimento delle gare"* (Corte cost. 3 giugno 2013, n.134).

Successivamente, a seguito degli aggiustamenti intervenuti sul piano normativo - e per i quali si rimanda all'allegata tabella - con il Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico e del Ministro per gli Affari Regionali e per le Autonomie del 20 maggio 2015, è stato approvato il *"Regolamento recante modifica al decreto 12 novembre 2011, n.*

¹⁴ Si è ritenuto in precedenza che, fino all'approvazione della normativa secondaria sopra indicata, rimanesse integra la potestà dei Comuni di bandire la gara limitatamente al proprio territorio (TAR per l'Umbria, sentenza 13 gennaio 2011, n. 1), e che «il ricorso all'ambito territoriale minimo» fosse meramente facoltativo (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 4 gennaio 2011, n. 2).

226, *concernente i criteri di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale*".

Il regolamento introduce modifiche alla previgente normativa (contenuta nel DM n. 226/2011) che regolava le procedure ad evidenza pubblica per gli affidamenti nel settore al fine di adeguarla alle modifiche legislative introdotte successivamente alla sua emanazione e con la regolazione del IV periodo tariffario (2014-2019).

Il provvedimento individua, altresì, le modalità applicative per il rispetto del criterio di gara relativo agli interventi di efficienza energetica nell'ambito ed esplicita i chiarimenti all'art.5 sul calcolo del valore di rimborso già forniti con le Linee Guida su criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale, approvate con DM 22 maggio 2014.

A compendio di quanto sin qui sinteticamente illustrato va ricordato che, giusta il parere reso dalla Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia (3 luglio 2013 n. 295), si è precisato che la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni destinate al servizio di distribuzione del gas di proprietà pubblica è alienabile a soggetti privati. In tal guisa è consentita la commercializzazione a condizione che ne sia garantita la destinazione all'esercizio del pubblico servizio.

Tale orientamento è stato confermato con il parere dello stesso organo di controllo n. 141 del 30 marzo 2015 secondo il quale: *"la proprietà degli impianti, delle dotazioni e delle reti necessarie a svolgere il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale è essenzialmente pubblica, confluisce nel patrimonio indisponibile dell'ente locale ed è attribuibile, oltre che direttamente all'ente territoriale, a società patrimoniali, totalmente partecipate dal medesimo ente e, nei limiti del legame funzionale inscindibile fra proprietà e gestione del servizio, ai soggetti privati che posseggono i requisiti legali individuati dall'art. 14 comma 5 del D. Lgs. n.164/2000 per la partecipazione alle gare di affidamento del servizio, alla stregua dei criteri concorrenziali imposti dalle norme comunitarie"*.

Ciò in quanto, l'attribuzione della disponibilità in capo al privato delle reti, delle dotazioni e degli impianti di distribuzione del gas, si giustifica e si legittima *"esclusivamente se strettamente correlata con la durata contrattuale del regime concessorio, costituito a seguito di gara regolarmente condotta secondo i principi di tutela della concorrenza previsti dall'ordinamento interno e dal diritto comunitario"*.

Un notevole problema risulta costituito dalla metodologia di calcolo del valore residuo dell'investimento del gestore uscente (VIR valore industriale residuo) che ha dato luogo alla gran parte dei ricorsi pendenti in sede amministrativa.

Va ricordato che a norma dell'art. 1, c.16 del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145 coordinato con la legge di conversione 21 febbraio 2014, n. 9 (c.d. *Destinazione Italia*) è stata introdotta una modifica significativa all'art. 15 del d.lgs 164 del 2000 e s.m.i. prevedendo che la determinazione del valore di rimborso da inserire nel bando di gara vada sottoposta all'*Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente* ed il sistema idrico per la verifica prima della pubblicazione del bando di gara, delle eventuali osservazioni di quest'ultima deve tener conto la stazione appaltante.

Infine, con un intervento a dir poco confusionario, connotato che caratterizza la recente legislazione energetica, l'art. 30 *bis* del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91,

coordinato con la legge di conversione 11 agosto 2014, n. 116 nel prevedere *“Interventi urgenti per la regolazione delle gare d’ambito per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale”* ha introdotto:

A) all'articolo 15, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e successive modificazioni, dopo le parole: *«calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti»* le seguenti: *«purché stipulati prima della data di entrata in vigore del regolamento di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro per i rapporti con le regioni e la coesione territoriale 12 novembre 2011, n. 226»*;

B) nonché ulteriori proroghe dei termini di cui all'articolo 3, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro per i rapporti con le regioni e la coesione territoriale 12 novembre 2011, n. 226, relativi alla mancata pubblicazione del bando di gara, *“in aggiunta alle proroghe di cui all’articolo 1, comma 16, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9”*.

E qui si giunge al paradosso di una fonte legislativa che addirittura modifica un regolamento sottordinato, a fronte di un ordinamento che avrebbe scelto la delegificazione quale tratto qualificante.

Va infine ricordato che con l'art 3, comma 2 *bis* e ss., del d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, conv. con modificazioni dalla l. 25 febbraio 2016, n. 21 recante: *“Proroga di termini previsti da disposizioni legislative”*¹⁵ è stato concesso un nuovo differimento dei termini per la pubblicazione dei bandi e dettate nuove disposizioni in materia di intervento sostitutivo. Ancora una volta si interviene, in tal guisa, con un atto legislativo a

15 Art. 3 - *Proroga di termini in materie di competenza del Ministero dello sviluppo economico. 2-bis. I termini di cui all'art. 3, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro per i rapporti con le regioni e la coesione territoriale 12 novembre 2011, n. 226, relativi alla mancata pubblicazione del bando di gara di cui all'allegato 1 annesso allo stesso regolamento, sono prorogati 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 vigenti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.*

2-ter. All'art. 4 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 2, il secondo periodo e' sostituito dai seguenti: «Scaduti tali termini, la Regione competente sull'ambito assegna ulteriori sei mesi per adempiere, decorsi i quali avvia la procedura di gara attraverso la nomina di un commissario ad acta, ai sensi dell'art. 14, comma 7, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164. Decorsi due mesi dalla scadenza di tale termine senza che la Regione competente abbia proceduto alla nomina del commissario ad acta, il Ministero dello sviluppo economico, sentita la Regione, interviene per dare avvio alla gara nominando un commissario ad acta.

L'importo eventualmente anticipato dai gestori uscenti per la copertura degli oneri di gara, di cui all'art. 1, comma 16-quater, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9, e' trasferito dalla stazione appaltante al commissario ad acta entro un mese dalla sua nomina, al netto dell'importo relativo agli esborsi precedentemente effettuati per la preparazione dei documenti di gara.»;

b) i commi 4 e 5 sono abrogati.

modificare un provvedimento ministeriale ed accentuando quella vera e propria panoplia di fonti normative che connota la peculiare disciplina della fattispecie.

Giusta il decreto ministeriale 22 maggio 2014 (GU n.129 del 6 giugno 2014) come noto sono state approvate le *“Linee guida su criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale”* del 7 aprile 2014 ai sensi dell'articolo 4, comma 6, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. *decreto del fare*) convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 e dell'articolo 1, comma 16, del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con modificazioni in legge 21 febbraio 2014, n. 9 (con *errata corrige* 27 giugno 2014).

E tale decreto stabilisce, all'art. 5, che il *“valore di rimborso ai titolari degli affidamenti e concessioni cessanti, per i quali è previsto un termine di scadenza naturale non posteriore alla data di cessazione del servizio prevista nel bando di gara del nuovo affidamento, viene calcolato in base a quanto stabilito dalle convenzioni o dai contratti alla scadenza naturale dell'affidamento”* e che il *“valore di rimborso al gestore uscente è ottenuto deducendo dal valore industriale di cui al comma 5 le anticipazioni e sussidi concessi dai Comuni e da altri finanziatori pubblici e i contributi privati relativi ai cespiti di località, limitatamente alla porzione di impianto che non sia ceduta all'ente locale concedente a devoluzione gratuita, e aggiungendo eventuali premi pagati agli enti locali concedenti, valutati con le modalità di cui ai commi 12 e 13”*.

Va inoltre ricordata la deliberazione dell'AEEGSI (adesso ARERA) 24 luglio 2014 367/2014/R/gas *“Regolazione tariffaria dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2014-19 per le gestioni d'ambito e altre disposizioni in materia tariffaria”*, come noto oggetto di impugnazione, è stata ritenuta esente da censure con alcune pronunce del giudice amministrativo avverso le quali pende appello al Consiglio di Stato.

Si tratta della controversa, ma fondamentale questione, della discrasia tra i valori degli asset *“contrattualizzati”* nei rapporti tra i gestori e gli enti affidanti (*Vir*, o valore di rimborso a base di gara) e il valore dei medesimi asset ai fini regolatori (*Rab*, o *regulatory asset base*). La corretta definizione della *Rab* risulta rilevante per garantire l'efficacia della regolazione rispetto a uno dei suoi obiettivi, cioè il contenimento dei costi. Ed è su questo punto si incentrano gran parte delle censure dei ricorsi proposti contro i bandi anche da chi copriva solo una parte dei comuni dell'A.TE.M.¹⁶.

Orbene, come si possa in tal modo ragionevolmente ritenere di riordinare un sistema, avendo la pretesa di conferirgli altresì efficienza e magari attrarre investimenti, è valutazione che esula da questa riflessione, ma che consente quantomeno di revocare in dubbio un modo di regolare un mercato che si intende liberalizzare ed aprire alla concorrenza come quello del gas naturale¹⁷.

¹⁶ Se ci si riferisce solo ai termini di espletamento della procedura ad evidenza pubblica si registrano così: il d.l. n.69/2013 convertito con l. n.98/2013, il d.l. n. 145/2013 convertito con l n. 9/2014, il d.l. n.91/2014 convertito con l. n. 116/2014, il d.l. n. 192/2014 convertito con l. n. 11/2015. Un ulteriore differimento è stato poi previsto giusta l'articolo 3 del d.l. 210/2015, convertito in legge 21/2016.

¹⁷ Ed è su tale forte farraginosità che si innesta l'articolato contenzioso che sta riguardando alcuni bandi, ma che concerne anche gli atti normativi e regolativi a monte. Vero e' peraltro che stante la

Sembra opportuno richiamare altresì in merito il parere reso dall'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) nella seduta del 9 marzo 2016, giusta l'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ha espresso talune proposte di modifica normativa alla luce di alcune problematiche concorrenziali emerse in materia di gare per il servizio di distribuzione del gas naturale, originariamente previste dall'articolo 14 del D.Lgs. n. 164/2000 rivolte al Presidente del Senato della Repubblica, al Presidente della Camera dei Deputati, al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Ministero dello Sviluppo Economico a seguito delle ulteriori proroghe disposte dalla legge n. 21/2016 (*"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2015, n. 210, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative"*) per la pubblicazione dei bandi, che svolgevano effetti retroattivi anche per gli A.T.E.M. per i quali i termini fossero già scaduti, nonché l'eliminazione di alcune misure volte ad assicurare la perentorietà e cogenza dei termini di legge per la pubblicazione dei bandi di ciascun A.T.E.M., quali la previsione di una penalizzazione economica per i comuni che non rispettano la scadenza per la pubblicazione del bando.

L'AGCM ha ritenuto, infatti, tali proroghe fonte di gravi pregiudizi per l'utenza a causa della postergata dalla di celebrazione delle procedure ad evidenza pubblica in termini di mancata attribuzione agli utenti finali dei benefici derivanti dalla concorrenza tra gli operatori rischiando altresì di di reiterare *"gli esiti indesiderabili delle numerose proroghe già concesse in passato, allo scadere delle quali le stazioni appaltanti hanno continuato a perseverare nella loro inerzia"*. Con l'aggravante che la prevista abrogazione delle penalizzazioni pecuniarie sancite per le stazioni appaltanti in caso di ritardo nella pubblicazione dei bandi avrebbe comportato la sostanziale eliminazione dell'unico deterrente efficace all'inerzia nello svolgimento delle gare¹⁸.

configurazione del reticolo delle discipline che regolano le procedure ad evidenza pubblica ogni impugnazione del bando potrebbe - in virtù delle precipue disposizioni del processo amministrativo - comportare una nuova ed autonoma impugnazione degli atti a monte indipendentemente dalla tempestività dei ricordi avverso gli atti stessi ed in uno col bando (atti presupposti).

18 In particolare l'Autorità sottolineava il rischio che le proroghe nuovamente introdotte potessero condurre a rinvii *sine die*, individuando tre possibili interventi normativi per l'effettuazione delle gare d'ambito:

1. l'introduzione di meccanismi che rendano cogenti le nuove scadenze previste: è necessario reintrodurre il meccanismo sanzionatorio nel caso di mancato rispetto delle scadenze;
2. l'eliminazione di restrizioni soggettive e di barriere all'accesso alle gare e alla partecipazione alle stesse: la normativa vigente (in particolare il D.M. 226/2011) prevede 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. Tale restrizione, a detta dell'Autorità, non è necessaria, perché basterebbe che tali capacità siano possedute da un solo partecipante: è quindi necessario rivedere la norma al fine di garantire una più ampia partecipazione;
3. il superamento delle disposizioni transitorie: la normativa vigente (disposizioni transitorie, d.lgs. n. 164/2000) prevede che il gestore uscente abbia diritto ad un riconoscimento del valore di rimborso per gli impianti la cui proprietà è trasferita al nuovo gestore (cd. VIR), secondo 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.

La l. n. 124 del 2017 (*“legge sulla concorrenza”*) all’art. 1, commi 93-97 ha poi introdotto talune semplificazioni procedurali per la valutazione dei valori di rimborso che il gestore entrante deve corrispondere all’uscente e dei bandi di gara per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale. Mentre al fine di dare attuazione a tale ulteriore disciplina è poi intervenuta la deliberazione dell’ARERA n. 905/2017/R/gas del 27 dicembre 2017 in materia di semplificazione dell’iter di valutazione dei valori di rimborso e dei bandi di gas relativi all’affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, con la quale sono stati approvati il *“Testo integrato delle disposizioni dell’Autorità in materia di determinazione e verifica del valore di rimborso delle reti di distribuzione del gas naturale ai fini delle gare d’ambito”* e il *“Testo integrato delle disposizioni dell’Autorità in materia di bandi di gara per il servizio di distribuzione del gas naturale ai fini delle gare d’ambito”*¹⁹.

Giova comunque ricordare che al fine di contrastare ipotesi di inerzia, con il già menzionato articolo 4 del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni nella legge 9 agosto 2013, n. 98, e successive modificazioni e integrazioni, è stato fissato un termine perentorio per l’avvio della gara d’ambito, già fissato dall’articolo 3 del decreto ministeriale del 12 novembre 2011, n. 226, e più volte prorogato è stato attribuito alla Regione, e in via sussidiaria al Ministero dello sviluppo economico, il potere sostitutivo per l’avvio della procedura di gara, mediante la nomina di un commissario *ad acta*.

Per quanto concerne la disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, entrato in vigore il d.lgs. n. 50 del 2016 e successive modifiche ed integrazioni (c.d. *“Codice degli appalti”*) il MISE ha emanato la circolare direttoriale 23 marzo 2017, recante *“Gare per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale. Campo di applicazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 alla luce dello schema di decreto correttivo”*²⁰, che precisa la portata delle previsioni dell’art. 164 del codice in questione sulle procedure relative agli affidamenti ed in generale nella previsione che fa salva l’applicazione degli articoli 14 e 15 del decreto legislativo n. 164 del 2000, compatibilmente alle disposizioni previste in materia di affidamento di concessioni, limitandosi ad imporre l’obbligo di affidare il servizio con lo strumento della gara e si rivela pertanto del tutto compatibile con la sopravvenuta disciplina dell’affidamento dei contratti di concessione nei settori speciali.

Va poi rilevato, giusta l’articolo 24, comma 4, del decreto legislativo 1 giugno 2011,

98. Tale previsione trovava la sua *ratio* nella compensazione dei 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 naturale. Tuttavia, poiché le gare d’ambito non sono state effettuate, le concessioni sono state prorogate così a lungo che il presupposto della norma (eventuali interruzioni anticipate) è venuto meno. Ecco quindi che l’abrogazione di tale disposizione comporterebbe anche 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 stesse, perché ridurrebbe in maniera consistente l’incertezza sull’entità del rimborso da riconoscere al gestore uscente. Vedila in <https://www.osservatorioantitrust.eu/it/wp-content/uploads/AS1262.pdf>.

19 Consultabile in <https://www.arera.it/it/docs/17/905-17.htm>.

20 La si può consultare in https://www.mise.gov.it/images/stories/energia/Normativa/circ_23032017.pdf

n. 93, che il legislatore ha stabilito che l'affidamento del servizio pubblico della distribuzione del gas debba avvenire esclusivamente con lo strumento della gara unica d'ambito e, al fine di favorire la realizzazione di economie di scala e lo sviluppo della metanizzazione, ha previsto forme di aggregazione tra enti locali concedenti, sostanzialmente imponendo agli enti locali appartenenti ad un medesimo A.TE.M. di individuare, mediante l'utilizzo dello strumento della delega, il soggetto aggregatore per la gestione della gara unica per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale.

Al riguardo deve farsi discendere dall'interpretazione testuale dell'articolo 24, comma 4, del citato decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, e più specificatamente dall'utilizzo dell'espressione "unicamente", il vincolo in testa alle autonomie locali ricomprese negli A.TE.M., di non poter procedere autonomamente ad indire gare per l'affidamento del servizio, dovendosi quindi ritenere sussistente la regola della gara unica per ogni A.TE.M.²¹

Le procedure prevedono che la scelta del soggetto affidatario del servizio avvenga con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinata in base ad elementi di valutazione, da ponderarsi con punteggio nei limiti massimi previsti per ognuno: A) Offerta economica, B) Criteri di sicurezza e qualità, C) Piano di sviluppo degli impianti.

In termini fattuali va osservato che la proposizione di ricorsi in sede giurisdizionale, con riguardo specifico alla determinazione dei parametri per la quantificazione dei valori di rimborso al gestore uscente, ha invero assunto proporzioni assai diffuse. Anche in questo caso può rilevarsi un evidente caso di eterogenesi dei fini: una normativa che dovrebbe garantire il consolidamento della concorrenza viene censurata dagli operatori già insediati (cd. *incumbent*) poiché ne determinerebbe l'illegittima restrizione. Il gioco di specchi, di incastri contraddittori nei quali sarebbe caduta l'attuazione normativa renderebbe impossibile - a dire dei ricorrenti - un'offerta congrua.

2. LA NORMATIVA DELLA REGIONE SICILIANA.

2.1. Nell'ordinamento siciliano le disposizioni nazionali più risalenti sono state recepite con alcune modifiche, principalmente, nelle sezioni dedicate al mercato del gas naturale della L.R. 26 marzo 2002, n. 2 (art. 67) e della L.R. 16 aprile 2003, n. 4 (art. 86). In particolare, l'art. 67 della L.R. n. 2 del 2002, se, da un lato, provvedeva a richiamare nell'ordinamento regionale la disciplina statale di recepimento di quella europea, dall'altro, introduceva precise differenziazioni di regime.

E così nel definire la distribuzione del servizio pubblico e, in quanto tale affidato con procedura di gara per un periodo non superiore a venti anni ed affidare ai singoli enti locali ampi poteri di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo sulle

²¹ Cfr. al riguardo TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 giugno 2020 n. 1009, in <http://www.public-utilities.it/tar-lombardia-milano-sez-i-8-6-2020-n-1009/>

attività distributive, d'altra parte, si operava un'interdizione alla proroga delle concessioni per le singole imprese affidatarie, le quali avrebbero, comunque, dovuto proseguire nel mantenimento di dette concessioni fino alla data naturale della loro scadenza²².

Ne scaturiva un consolidamento di posizione degli affidatari sulla scorta del quale in molti casi le concessioni sarebbero cessate addirittura nel 2025, con un chiaro pregiudizio per le entrate delle amministrazioni pubbliche e per gli utenti ed un evidente vantaggio per i concessionari che, nella gran parte dei casi, avevano completato i piani di ammortamento degli investimenti effettuati.

Tale scelta poteva ascriversi alla presenza, al tempo del varo della normativa richiamata, di un'impresa a partecipazione regionale e di alcune società a partecipazione comunale²³ e concessionaria di molti comuni che tuttavia nel frattempo era stata privatizzata, facendo venir meno pure la motivazione protezionistica che pur aveva ispirato la misura.

La L.R. 7 maggio 2015, n. 9, all'art. 94 ha apportato sensibili modifiche all'attività di gestione ed affidamento delle reti di gas naturale in Sicilia, eliminando una "differenziazione regolativa" che ormai avvantaggiava soltanto i titolari di concessione in essere e stabilendo che, qualora non sia ancora stata avviata alcuna procedura di gara nei termini di cui al D.lgs. 164/2000 e s.m.i., debbano provvedere entro un anno dalla pubblicazione della legge regionale (e cioè entro il 15 maggio 2016); qualora poi non ci si uniformasse a detto termine la Regione siciliana attraverso il competente Assessorato può esercitare il potere sostitutivo nominando un commissario *ad acta* incaricato di bandire la procedura di gara²⁴.

22 In particolare, con l'articolo 67, erano state adottate disposizioni che modificano, per il solo territorio della Regione siciliana, la normativa in materia di clienti idonei nel settore del gas naturale, ma soprattutto ha differito il termine dal quale la libertà di scelta del fornitore da parte dei clienti del gas naturale è stata estesa al mercato, con la conseguenza di determinare una differenza di condizioni tra clienti del servizio in relazione alla loro localizzazione sia una differenza di condizioni competitive tra imprese.

Con una disposizione che ha garantito oltre misura le imprese già operanti sul mercato era infatti stabilito che: "le concessioni in essere alla data di entrata in vigore della presente legge devono essere mantenute fino alla data di scadenza dell'affidamento del servizio fissata nelle medesime convenzioni, senza possibilità di proroga" (quinto comma).

Giusta la successiva l.r. 16 aprile 2003, n. 4, art. 86, era poi previsto con riguardo alle "Concessioni gas naturale" che: "1. La data di scadenza di cui al comma 5 dell'articolo 67 della legge regionale 26 marzo 2002, n. 2, laddove non esplicitamente fissata nell'atto di concessione o di affidamento, ma determinabile con riferimento al periodo transitorio di cui al comma 7 dell'articolo 15 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, si intende fissata al 31 dicembre 2015."

23 Si tratta della *Sicilianagas* s.p.a. concessionaria di circa 80 comuni che nel 2006 l'ESPI (Ente Siciliano per la Promozione Industriale in liquidazione) ha ceduto il 50% della società ad *Eni* S.p.A. che ne deteneva la restante parte e sulla scorta della previsione statutaria del diritto di prelazione per l'acquisto della partecipazione posseduta da ESPI.

Sulla privatizzazione delle imprese pubbliche in Sicilia sia consentito rinviare al mio lavoro *L'attuazione dell'autonomia differenziata della Regione siciliana*, Napoli, 2013, 131 e ss.

24 Art. 94, recante "Modifiche all'articolo 67 della legge regionale 26 marzo 2002, n. 2 e abrogazione dell'articolo 86 della legge regionale 16 aprile 2003, n. 4 in materia di gas naturale"

1. L'articolo 67, comma 1, della legge regionale 26 marzo 2002, n. 2, è così sostituito: "1. Le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 riguardante 'Attuazione della direttiva

Giova ricordare che anche l’Autorità di regolazione aveva reiteratamente espresso a questo riguardo gravi preoccupazioni sugli impedimenti alla realizzazione degli obiettivi di liberalizzazione del mercato nazionale ed europeo del gas naturale determinati dalla norma regionale, nonché potenziali rilevanti ripercussioni sullo sviluppo della concorrenza e sulle condizioni di approvvigionamento. In altre parole la normativa regionale manteneva irragionevoli ostacoli all’ingresso, operando un indebito rallentamento all’apertura del mercato del gas naturale e danneggiando utenti ed amministrazioni concedenti.

Ulteriormente, viene richiamato il disposto del comma 5 dell’art. 67 della citata legge regionale del 2002, che traspone in ben più chiare lettere un vero e proprio obbligo, riposante in capo al concessionario, di garantire il servizio di distribuzione fino al subentro del nuovo vincitore della gara per la concessione della rete²⁵.

È poi prevista la facoltà per i Comuni dell’Isola di applicare un canone del 10 % del *Vincolo sui ricavi di distribuzione* (V.R.D.), ovvero di innalzarlo sino a tale soglia, qualora già previsto in percentuale inferiore. Tali incrementi d’entrata sono vincolati all’attivazione di misure di tutela delle fasce depresse della popolazione ed attività di riequilibrio finanziario degli enti locali destinatari di questo extragettilo.

Per procedere, poi, al dato riguardante le scadenze, i commi successivi abrogano: tanto la disposizione che prevedeva il mantenimento delle concessioni fissato alla data di scadenza dell’affidamento del servizio, quanto la scadenza *ope legis* a far data dal 31 dicembre 2015 delle concessioni per le quali il termine finale non fosse desumibile dal co. 7 dell’art. 15 D.lgs 23 maggio 2000, n. 164 e s.m.i..

Da ultimo giova ricordare che giusta l’art. 69, comma 2, della L.R. n. 8 del 2018

n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell’articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144’ e successive modifiche ed integrazioni, si applicano nel territorio della Regione siciliana, osservando altresì le disposizioni di cui ai seguenti commi”.

2. All’articolo 67 della legge regionale 26 marzo 2002, dopo il comma 4, sono aggiunti i seguenti: “4 bis. Gli enti locali che, in forza di disposizioni legislative previgenti, non abbiano potuto avviare la procedura di gara nei termini di cui all’articolo 14, comma 7, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, provvedono entro un anno dalla pubblicazione della presente legge. In caso di mancato rispetto del termine indicato, la Regione avvia la procedura di gara a mezzo di un commissario ad acta appositamente nominato. 4 ter. E’ fatto obbligo, al titolare della concessione in essere alla data della pubblicazione della presente legge, di garantire l’erogazione del servizio fino al subentro del nuovo concessionario. 4 quater. Nelle more dell’espletamento delle gare, i comuni possono applicare un canone pari al 10 per cento del Vincolo sui ricavi di distribuzione (VRD) di cui alla delibera dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas n. 237 del 28 dicembre 2000, pubblicata nel supplemento ordina-rio alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 4 del 5 gennaio 2001, e successive modificazioni. I comuni, nei quali il canone già esistente risulta inferiore, possono incrementarlo fino alla misura del 10 per cento del VRD. Le risorse aggiuntive sono destinate, prioritariamente, all’attivazione di misure di tutela sociale per le fasce deboli della popolazione, a spese di investimento o al supporto delle procedure di riequilibrio finanziario previste dall’articolo 243 bis del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267”.

3. Il comma 5 dell’articolo 67 della legge regionale 26 marzo 2002, n. 2 è abrogato. 4. L’articolo 86 della legge regionale 16 aprile 2003, n. 4 è abrogato.

25 Reti ed impianti destinati all’erogazione del servizio di distribuzione del gas vanno ricondotti ai beni del patrimonio indisponibile delle amministrazioni pubbliche in tal senso: v. TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 16 marzo 2010, n. 1256; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 24 agosto 2009, n. 1564; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 11 giugno 2007, n. 490; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 24 ottobre 2005, n. 3893.

rubricato «*Disposizioni in materia di produzioni di idrocarburi liquidi e gassosi*», al comma 2 ha stabilito, novellando l'art. 67 della legge della Regione Siciliana 26 marzo 2002, n. 2 (Disposizioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2002), che «*[n]ella Regione non si applica l'art. 46 bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159*». La norma in questione è stata impugnata ritenendola in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in quanto lesiva della potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia «*tutela della concorrenza*»²⁶.

Ed infatti, giusta l'art. 46-bis, rubricato «*Disposizioni in materia di concorrenza e qualità dei servizi essenziali nel settore della distribuzione del gas*», del citato decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159 («*Interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale*»), convertito, con modificazioni, nella legge 29 novembre 2007, n. 222, spetta ad un apposito decreto ministeriale, adottato su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (come ricordato adesso *Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente*) e sentita la Conferenza unificata, la determinazione di ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas.

Alla stregua di quanto previsto dalla stessa disposizione, inoltre, «*al fine di garantire al settore della distribuzione di gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali*», si è demandato ad altro decreto ministeriale, adottato sempre sentita la Conferenza unificata e su parere della citata Autorità, l'individuazione dei criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas.

Nell'impaginazione proposta dal Governo centrale è stato sostenuto che entrambi i citati decreti ministeriali fossero stati adottati e vigenti sul territorio italiano²⁷, sottolineandosi che la disposizione regionale impugnata, nell'escludere l'applicazione nell'ordinamento regionale del citato art. 46-bis, determini la conseguenza che, in tale porzione di territorio, la gara per l'affidamento del servizio dovrà essere svolta singolarmente per ciascun Comune e secondo criteri disomogenei rispetto alla normativa applicata nel resto del territorio italiano²⁸ e dovendosi riconoscere che la distribuzione del gas naturale rientri tra i servizi pubblici la cui disciplina attiene alle materie attribuite alla potestà legislativa regionale concorrente, ai sensi dell'art. 17, lettera h), del regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 (recante «*Approvazione*

²⁶ La norma, contenuta nella legge di stabilità regionale per il 2018 era di matrice parlamentare.

²⁷ Si tratta, in particolare, dei già menzionati decreto del Ministro dello sviluppo economico 19 gennaio 2011 (Determinazione degli ambiti territoriali nel settore della distribuzione del gas naturale) e decreto del Ministro dello sviluppo economico 12 novembre 2011 (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'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222).

²⁸ E ciò nel presupposto che giusta la sentenza n. 93 del 2017, la Corte costituzionale, pronunciandosi su un'altra legge della Regione Siciliana in materia di servizi pubblici locali, avrebbe chiarito che la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sarebbe riferibile alla competenza legislativa statale in tema di «*tutela della concorrenza*», sicché la deroga introdotta dal legislatore regionale, comportando un effetto restrittivo sull'assetto competitivo del mercato di riferimento, si porrebbe in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

dello statuto della Regione siciliana”), convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2.

Le materie di competenza esclusiva dello Stato e nel contempo trasversali, come la tutela della concorrenza e la tutela dell'ambiente di cui all'art. 117, secondo comma, lettere e) e s), Cost., in virtù del loro carattere finalistico, possono influire su altre materie attribuite alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni fino ad incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano²⁹. Conclusioni che risultano pienamente applicabili anche al servizio pubblico locale della distribuzione del gas, sicché la disposizione regionale censurata è stata ritenuta in contrasto con le esigenze di tutela della concorrenza, come declinate dal legislatore nazionale con l'art. 46-bis del decreto-legge n. 159 del 2007 (conv. in l. n. 222/2007), nel quale sono state definite – con disciplina destinata ad applicarsi su tutto il territorio nazionale – le modalità di svolgimento e i criteri di partecipazione alla gara per l'affidamento della gestione del servizio della distribuzione del gas naturale.

In linea con tale interpretazione la Corte costituzionale la sentenza n. 16 del 2020 ha ritenuto che sebbene alla Regione Siciliana sia attribuita, ai sensi dell'art. 17, lett. h) dello Statuto di autonomia, la competenza legislativa concorrente in materia di servizi pubblici di prevalente interesse regionale, tale potestà deve in ogni caso essere esercitata entro i limiti dei principi ed interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato e, nel caso di specie, del servizio di distribuzione del gas naturale.

In tal guisa è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., l'art. 69, comma 2, lett. a), della legge regionale n. 8 del 2018, che disapplicava sul territorio siciliano il sistema dei c.d. ambiti territoriali minimi per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, imposto dalla legislazione statale nel presupposto che la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sia pienamente riferibile alla competenza legislativa statale in tema di “*tutela della concorrenza*”, con la conseguenza che allo Stato spetta la disciplina del relativo regime, sia per i profili che incidono in maniera diretta sul mercato, sia per quelli connessi alla gestione unitaria del servizio. La deroga inopinatamente introdotta dalla disposizione impugnata all'art. 46-bis del d.l. n. 159 del 2007, come convertito, si è quindi posta in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lett. e), in quanto determina a un evidente effetto restrittivo sull'assetto competitivo del mercato di riferimento³⁰ giungendo, con il prolungamento implicito delle connessioni, al paradossale effetto di tutelare gestori che hanno da tempo ammortizzato gli investimenti e che quindi traggono benefici ulteriori dalla tariffa pagata dai cittadini.

La statuizione del Giudice delle leggi ha eliminato dall'ordinamento il tentativo

²⁹ In tal senso milita una robusta giurisprudenza costituzionale cfr. le sentenze n. 2 del 2014, n. 291 e n. 150 del 2011, n. 288 del 2010, n. 249 del 2009 e n. 80 del 2006 e la citata n. 93 del 2017.

³⁰ A compendio della giurisprudenza costituzionale citata alla nota precedente si vedano anche le pronunce n. 119 del 2019, n. 65 del 2019, n. 173 del 2017, n. 287 del 2016, n. 285 del 2016, n. 160 del 2016, n. 30 del 2016, n. 32 del 2015, n. 165 del 2014, n. 125 del 2014, n. 134 del 2013 e n. 62 del 2012.

del legislatore siciliano di derogare alla disciplina statale, epifenomeno di quella tendenza, recentemente declinata con nitore da Marcello Clarich, che manifesta l'opposizione crescente all'apertura dei mercati a livello nazionale ed a livello globale (ma che trova conferma anche a livello regionale) che incontra la regolazione, la quale determina che le *“idee e le certezze che hanno costituito i pilastri fondanti della regolazione economica da almeno un trentennio sono in crisi e le stesse democrazie liberali non sembrano in buona salute”*³¹. La sentenza riconduce, conseguentemente, l'ordinamento regionale siciliano a quello nazionale, consentendo così alle amministrazioni locali di procedere agli adempimenti previsti da una disciplina di liberalizzazione ormai risalente.

2.2. Alla stregua del quadro normativo pur sinteticamente delineato le Amministrazioni comunali debbono quindi poter procedere alla celebrazione delle procedure ad evidenza pubblica secondo le previsioni della normativa statale da ultimo integrate giusta il d.m. 20 maggio 2015³².

L'articolato quadro normativo e regolamentare che disciplina il servizio pubblico della distribuzione del gas naturale, a seguito delle modifiche ed integrazioni apportate dal legislatore siciliano in sede di recepimento normativo - che in questa sede si è solo sinteticamente potuto illustrare - richiede quindi alle amministrazioni comunali di avviare tempestivamente le procedure di nuovo affidamento. Ciò corrisponde non solo all'esigenza di garantire il rispetto delle leggi, ma anche di conseguire positivi effetti patrimoniali e finanziari di non lieve momento sulle comunità amministrate.

Pur se resta la segnalata preoccupazione per le politiche di regolazione, anche nel settore del gas, che *“per ritornare in auge...devono imboccare il “corridoio stretto” i cui confini sono segnati da uno Stato forte e autorevole e da una società civile altrettanto forte e vigile”*³³.

31 Così M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 1/2020, 230 e ss.

32 I documenti ai quali occorre far riferimento per lo svolgimento della gara sono:

- a) il bando di gara con gli allegati;
- b) la lettera di invito ed il disciplinare di gara;
- c) lo schema di “Contratto di servizio”;
- d) le informazioni di cui all'articolo 9, comma 6 del regolamento sui criteri di gara per ciascuno dei Comuni dell'ambito territoriale.

La scelta del soggetto affidatario del servizio avverrà con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinata in base ai sotto elencati elementi di valutazione, da valutarsi con punteggio nei limiti massimi predeterminati e sulla scorta di adeguata ponderazione:

- della documentazione legislativa e normativa del settore;
- delle informazioni di base relative al comune ed all'A.T.E.M. di cui fa parte;
- di valutazioni di carattere legale;
- della determinazione dei Vincoli di Ricavo della Distribuzione (V.R.D.);
- del ricavo di competenza del proprietario della rete (compreso nel V.R.D.);
- della stima (su base parametrica) del valore di riscatto della rete.

33 Così ancora M. CLARICH, *op. ult. cit.*