Come il Comune sceglie il concessionario del servizio

La distribuzione del gas naturale

di Paolo Ati

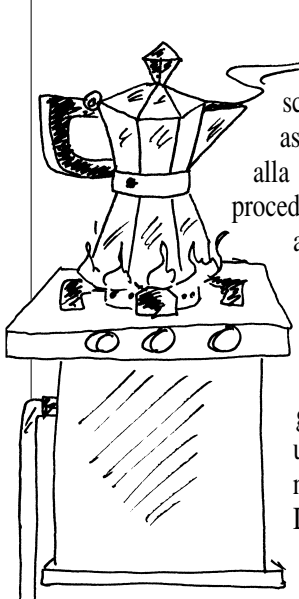
"*L'odore del caffè nella cucina...*", così cantava *Riccardo Cocciante*.
Immaginiamo una bella *moka* fumante sul fornello: se il fornello funziona a metano, un po' c'entra anche il Comune.
Sì, perché il gas arriva nelle nostre case attraverso condotte che, se non sono di proprietà comunale, sono comunque gestite da un *distributore* scelto dal Comune.
La filiera del gas naturale trova la sua fondamentale disciplina nel dlgs 23 maggio 2000, n. 164 (noto come decreto "Letta") con cui l'Italia ha recepito le direttive comunitarie finalizzate alla liberalizzazione del mercato del gas naturale.
Occorre distinguere il servizio di distribuzione dalla vendita del gas. La distribuzione è definita "*attività di servizio pubblico*" e consiste nella costruzione, gestione e manutenzione del gasdotto locale. Il *distributore* è scelto, generalmente a titolo di concessionario, dal Comune e agisce in un sistema assimilabile al monopolio naturale. Il venditore svolge un'attività completamente liberalizzata: lo scegliamo fra tanti fornitori (e siamo liberi di cambiarlo) e... ci manda la bolletta!
Il Comune deve scegliere il distributore con una "gara", ma la maggior parte delle concessioni tuttora in corso furono affidate con trattativa diretta quando - soprattutto a partire dalla fine degli anni '50 - la preoccupazione principale delle Amministrazioni era "*portare il metano*" per dare un migliore tenore di vita ai propri cittadini. Oggi invece, con la "metanizzazione" ormai completata e divenuta un settore economicamente *maturo*, l'obiettivo dei Comuni è il reperimento di una consistente fonte di finanziamento mediante la riscossione di un buon canone dal gestore dell'impianto di distribuzione.

Il periodo transitorio
Proprio per disciplinare il passaggio da un sistema per lo più basato su affidamenti diretti (senza gara) a quello di ispirazione comunitaria di affidamenti con gara (o procedura "ad evidenza pubblica"), il decreto "Letta" ha previsto un regime di transizione (art. 15) ancora in corso e oggetto di ripetute modifiche da parte del Legislatore.

Paolo Ati

La scadenza del periodo transitorio non è stabilita in modo univoco: se la prima è il 31 dicembre 2007, a certe condizioni la più lontana è fissata al 31 dicembre 2010; tuttavia in sede di conversione del decreto legge n. 159 del 1° ottobre (collegato alla Finanziaria 2008), i termini della transizione sono stati prorogati rispettivamente di altri due anni (art. 46 bis introdotto dalla legge 29 novembre 2007, n. 222).
Non si tiene conto di queste date quando la concessione (pur affidata senza gara) ha una scadenza naturale - cioè contrattualmente pattuita - anteriore.
Su tutto aleggia l'attesa pronuncia della Corte europea di giustizia, chiamata dal TAR Brescia (ordinanza 4 agosto 2006, n. 963) ad esprimersi sulla compatibilità della lunghezza del periodo transitorio con gli obiettivi di liberalizzazione enunciati dalle direttive europee.
Le gestioni in corso affidate con gara proseguono anch'esse fino alla loro scadenza naturale, ma non oltre il 2012.
Rispetto alla disciplina originaria introdotta nel 2000 dal decreto "Letta", con le nuove disposizioni recate dalla conversione del DL n. 159/07 è ormai molto limitata la differenza di durata del regime transitorio degli affidamenti avvenuti con gara rispetto a quelli senza gara.

Come è stata fatta la "gara"?
Nella maggior parte delle gestioni il distributore uscente è ancora lo stesso che si è occupato della "metanizzazione" del Comune alcuni decenni fa, sebbene la ragione sociale possa essere cambiata per effetto di successive aggregazioni societarie.
Per stabilire quando scadono le concessioni in corso è pertanto necessario capire come è avvenuta la loro assegnazione.
Non mancano le esperienze di Amministrazioni che avevano scelto il distributore dopo aver interpellato alcuni operatori locali di diretta conoscenza: in questi casi si può parlare di affidamento avvenuto con "gara"?
Ancora. Il primo distributore è stato



scelto mediante asta pubblica, ma alla scadenza si è proceduto al rinnovo (o alla proroga) della concessione: il rinnovo di un contratto (aggiudicato con gara) è a sua volta un'aggiudicazione con "gara"?

La risposta ad entrambe le domande è negativa, come confermano i principi enucleati dalla giurisprudenza (in particolare si veda il TAR Brescia):

1. sentenza 12 maggio 2005, n. 490: la consultazione di imprese specializzate direttamente individuate dall'ente locale si qualifica come procedura a trattativa privata nell'affidamento del servizio di distribuzione del gas;
2. sentenza 19 dicembre 2005, n. 1355: il riaffidamento del servizio al medesimo operatore, dopo una "gara esplorativa" senza la pubblicazione del bando, attiene a una procedura a trattativa privata.

Lo stato di "consistenza" dei gasdotti locali

Il dlgs n. 164/00 stabilisce (art. 14, comma 7) che la procedura di gara per l'affidamento del servizio secondo le nuove regole della riforma del 2000 venga avviata non oltre un anno prima della scadenza. Ad esempio, quando la concessione scade il 31 dicembre 2009, la procedura viene avviata entro la fine del 2008; è un termine ordinatorio, nel senso che il procedimento può iniziare anche più tardi (nei primi mesi del 2009).

E' bene ricordare che trattandosi di bandi complessi e di importo rilevante è frequente l'insorgenza di contenziosi sia con il distributore uscente sia con quelli candidati a succedergli. Non solo, ma la problematica maggiore - e che richiede più tempo - è la redazione dello stato di consistenza dell'impianto di distribuzione (gasdotti e cabine di trasformazione) e la successiva stima del suo "valore industriale" per determinare l'indennizzo dovuto al distributore uscente per gli investimenti effettuati durante la concessione con oneri a suo carico.

Conseguentemente è opportuno che il Comune abbia a disposizione più di un anno per completare la procedura che - lo ripetiamo - comprende la fase più problematica della consistenza e della stima dell'impianto. Non è semplice determinare quantità, dimensioni, stato di "vetustà" e degrado: stiamo infatti parlando di condotte interrate, la cui documentazione - vecchia di decenni - è spesso carente o comunque non facilmente reperibile negli archivi comunali.

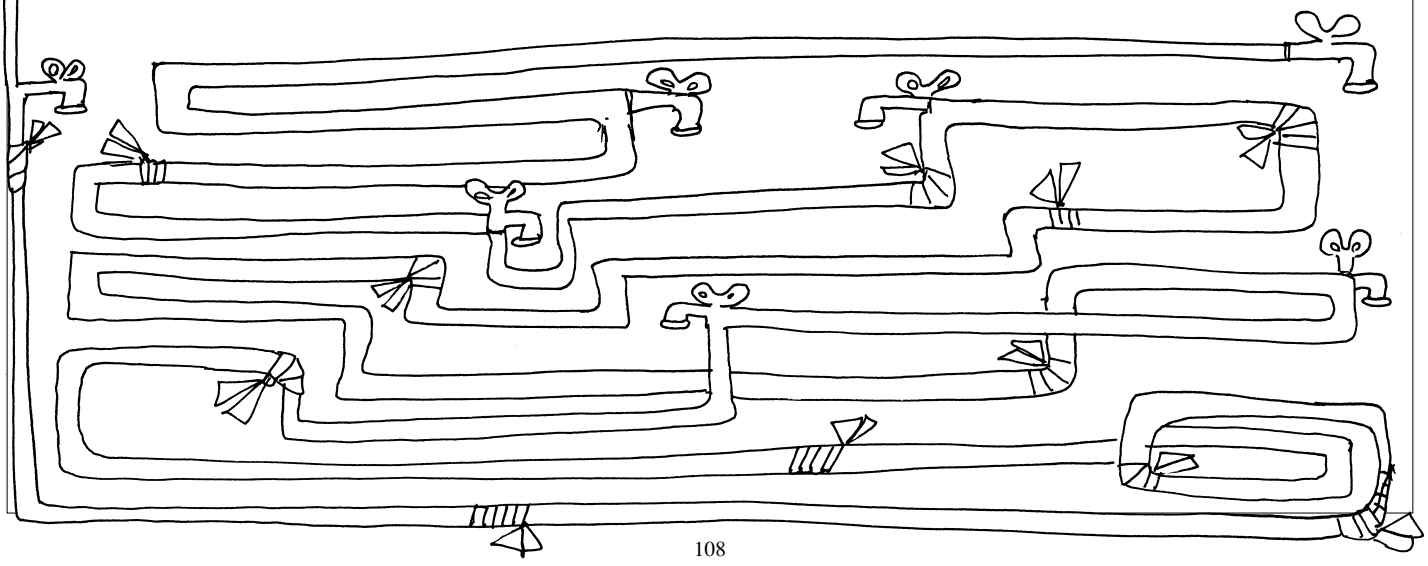
E' il concessionario che redige la consistenza in contraddittorio con l'ente concedente che, a sua volta, ha il dovere di procedere a verifiche; in caso di inerzia (o di rapporti conflittuali) è invece l'ente ad agire unilateralmente, in analogia alla disciplina contenuta nell'art. 10 del DPR 4 ottobre 1986, n. 902, prevista per l'esercizio della facoltà di riscatto del servizio.

Innanzitutto si tratta di individuare gli impianti già di proprietà in quanto devoluti al Comune alla scadenza originaria della precedente concessione. Prima della scadenza inizialmente pattuita, si è spesso decisa la proroga della durata della concessione affinché il concessionario potesse remunerarsi con i proventi della gestione anche per l'ulteriore sviluppo della rete richiesto dal Comune.

Fino al dicembre 2001 questa gestione comprendeva sia la distribuzione sia la vendita del gas: poi è stato l'art. 21 del dlgs n. 164/00 a imporre la separazione societaria delle due attività per liberalizzare gradualmente il mercato della vendita.

Alla luce delle clausole della "convenzione aggiuntiva" di proroga, va accertato se - al sopraggiungere della scadenza originaria - il primo tratto di rete, realizzato in conformità al concordato progetto iniziale, sia stato devoluto e acquisito al patrimonio del Comune.

Con le nuove lottizzazioni molte opere di urbanizzazione vengono realizzate direttamente dal costruttore lottizzante a scomputo totale o parziale dei relativi oneri e poi cedute in *proprietà* al Comune, in esecuzione degli obblighi contenuti nella convenzione urbanistica.

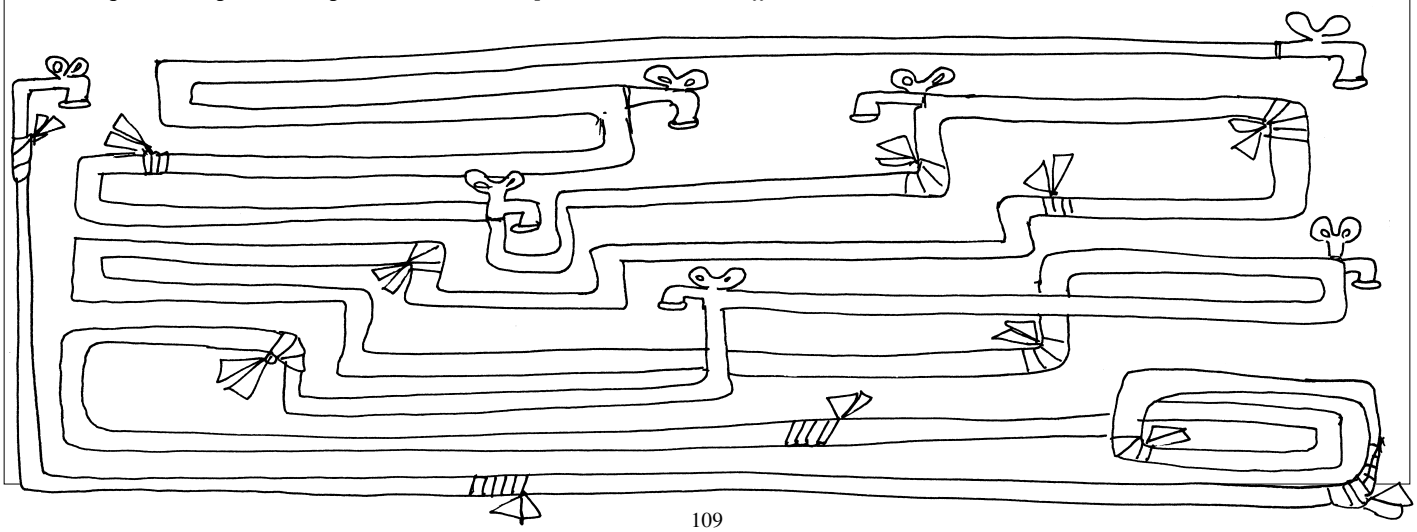


Nell'atto notarile di trasferimento dal lottizzante al Comune della proprietà dell'area attrezzata sono citate, oltre alle strade e ai parcheggi, anche le reti tecnologiche interrate (i cosiddetti "*sottoservizi*"), fra cui i gasdotti posati dal lottizzante.
Questo è un punto cruciale nella redazione della consistenza per evitare di considerare di proprietà del distributore ciò che per atto pubblico è già divenuto patrimonio del Comune.

L'indennizzo al distributore uscente
Finalmente giunti alla determinazione del valore dell'impianto di proprietà del gestore attuale (uscente), si individua il soggetto obbligato a rimborsarlo. L'art. 15, comma 5 (richiamando a sua volta l'art. 14, comma 8) del decreto "Letta" afferma che questo rimborso è a carico del nuovo aggiudicatario che sarà scelto con la gara in base alle regole introdotte nel 2000. Non mancano Amministrazioni che, per favorire la più ampia partecipazione delle imprese interessate alla gara, decidono di assumersi in proprio questo onere, chiedendo poi in sede di offerta economica un canone annuale più alto comprensivo dell'uso della rete.
Sulla discrezionalità dei Comuni nel fissare le modalità del rimborso sono pertinenti i principi espressi in una recente pronuncia del TAR Brescia (sentenza 6 novembre 2007, n. 1134) della quale, sebbene riferita specificatamente al riscatto del servizio, è comunque utile riportare ampi stralci:

"*... si prendono le mosse da due dati di fatto in sé indiscutibili. La prima è che l'art. 14 del decreto Letta prevede che il Comune il quale ... eserciti il riscatto del servizio dovrebbe porre gli oneri relativi a carico del gestore subentrante, cioè a dire dell'aggiudicatario della successiva gara per l'assegnazione del servizio. La seconda è che molte amministrazioni comunali... hanno scelto una strada diversa, quella di assumere in proprio l'onere in questione, finanziandolo in vario modo, nel caso di specie con l'accensione di un mutuo. E' poi ovvio che, dal punto di vista politico ed economico, l'amministrazione faccia conto anche sul canone che percepirà dall'aggiudicatario per far fronte al mutuo in questione...*"
"*... in termini generali, va anzitutto affermato che il Comune, per disposto anche della Costituzione, è ente autonomo a fini generali, ed è pertanto perfettamente abilitato a prendere decisioni politico amministrative come quella di assumersi o non assumersi un dato onere economico, entro beninteso i vincoli di bilancio... Il Comune stesso potrebbe esser privato di tale capacità quanto ad una fattispecie particolare.... solo per una norma precisa ed inequivoca, che per rispettare la sua autonomia costituzionalmente garantita dovrebbe oltretutto essere ispirata ad interessi di ordine superiore. Tale non è l'art. 14 del decreto Letta, che trattando dell'indennizzo da corrispondere in sede di riscatto non commina alcuna proibizione espressa di procedere in modo difforme...*".

Il bando per la nuova gara
In vista della fine del periodo transitorio o della scadenza naturale delle concessioni in corso, un altro importante adempimento è la preparazione del bando con i criteri di valutazione delle offerte e le clausole del contratto di servizio.
Una parte rilevante del servizio è soggetta alla regolamentazione e alla vigilanza dell'*Autorità per l'energia elettrica e il gas*.
L'Autorità stabilisce annualmente per ogni ambito tariffario il VRD (vincolo sui ricavi della distribuzione) che individua, in modo trasparente, i costi massimi riconosciuti al distributore relativi alla gestione, agli ammortamenti e alla congrua remunerazione del capitale investito, laddove per "ammortamento" si intende l'accantonamento per finanziare i lavori di manutenzione straordinaria e di mantenimento in efficienza e sicurezza degli impianti.
Il VRD ha effetto sulla tariffa che il *distributore* chiede ai *venditori* per il passaggio del gas nelle condutture locali (monopolio naturale) e, a cascata, sul prezzo di vendita pagato dai consumatori ai venditori (mercato libero).
L'Autorità, fra l'altro, formula le prescrizioni tecniche vincolanti per assicurare parità di trattamento, qualità e soprattutto la sicurezza della somministrazione del gas.
Il decreto "Letta" prevede che il servizio di distribuzione venga affidato per un massimo di dodici anni, dopo i quali si provvede ad una nuova ag-



giudicazione. Il rapporto con l'ente affidante (solitamente il Comune, ma anche Unioni di Comuni e Comunità montane) e concessionario è regolato da un contratto di servizio che può ispirarsi ai modelli predisposti dall'Autorità con la delibera n. 8 aprile 2004, n. 55 (anche se non ancora approvati dal Ministero dello sviluppo economico).

Il contratto di servizio disciplina, come recita l'art. 14 del dlgs n. 164/00, "*la durata, le modalità di espletamento del servizio, gli obiettivi qualitativi, l'equa distribuzione del servizio sul territorio, gli aspetti economici del rapporto, i diritti degli utenti, i poteri di verifica dell'ente che affida il servizio, le conseguenze degli inadempimenti, le condizioni del recesso anticipato dell'ente stesso per inadempimento del gestore del servizio*".

L'aggiudicazione avviene con il criterio della "offerta economicamente più vantaggiosa": il punteggio è attribuito sia tenendo conto del canone offerto al Comune sia delle modalità con cui il servizio verrà svolto in termini di qualità, sicurezza e tutela dell'ambiente, piani di investimento (sviluppo, potenziamento, rinnovo e manutenzione) e grado di innovazione tecnologica e gestionale.

Il canone di concessione

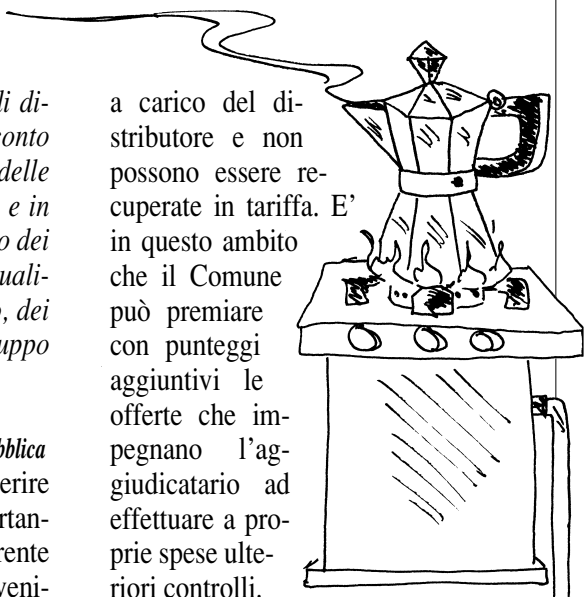
Il canone di concessione ha un duplice fondamento:

1. è il corrispettivo offerto al Comune a titolo di *concedente* di un servizio pubblico;
2. è il corrispettivo per l'uso della rete offerto al Comune in quanto (e se) *proprietario*: questa è la componente più rilevante del canone.

In un noto parere (31 luglio 2003, n. 2263, chiesto dal TAR Brescia) l'Autorità ha affermato il principio generale secondo cui l'adeguata remunerazione del capitale investito per la realizzazione della rete è compresa fra il 35% e il 40% del VRD: si tratta della percentuale - economicamente sostenibile per il distributore - che il Comune, se *proprietario* della rete, può porre a base di gara nell'ambito dell'offerta economica. E' preferibile che i bandi prevedano due tipologie di offerta economica distinguendo gli eventuali investimenti a carico del Comune da quelli che sosterrà il gestore per l'estensione della rete.

Nelle gare svoltesi in questi anni sono stati offerti canoni a volte notevolmente superiori alle percentuali suggerite dall'Autorità (si è giunti ad offerte superiori all'80% del VRD!) ponendo seri dubbi sulla capacità del distributore - in condizioni di perdurante squilibrio economico - di garantire nel tempo un servizio adeguato in termini di qualità e sicurezza.

L'Autorità ha posto al Parlamento e al Governo la questione dell'anomalia di tali offerte economiche sproporzionate con la segnalazione del 18 ottobre 2005, da cui è estratto il seguente brano: " *...l'attuale assenza di criteri per*



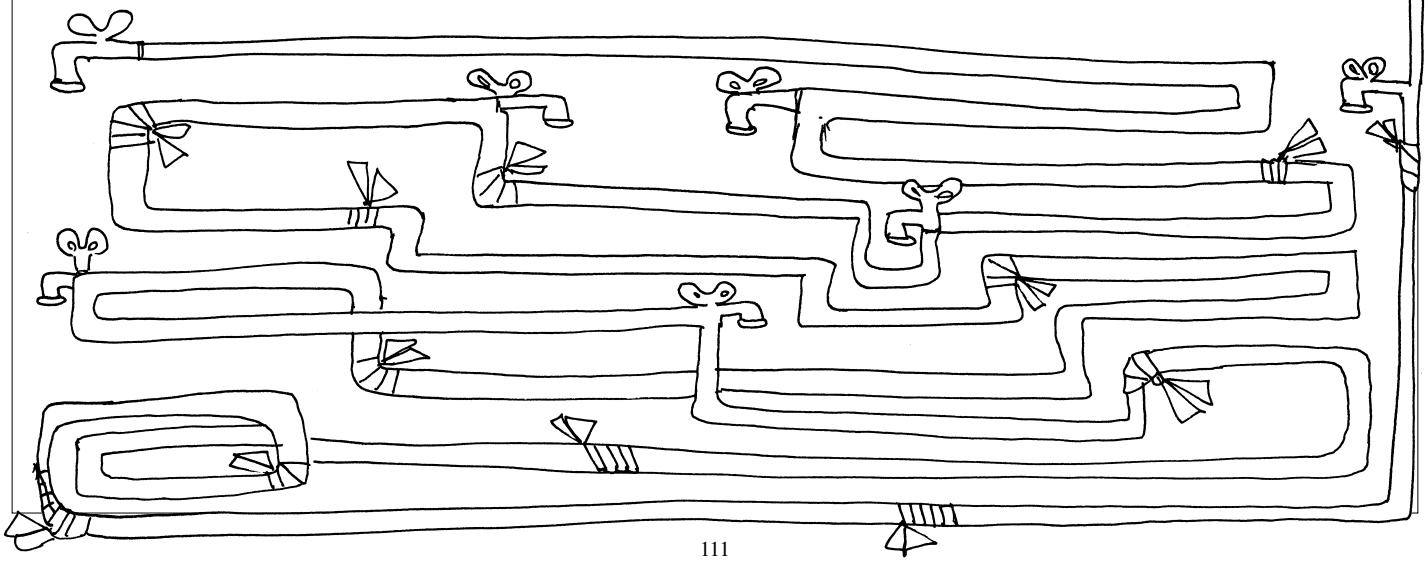
la valutazione, in sede di aggiudicazione della gara, del corrispettivo offerto dal gestore del servizio di distribuzione del gas all'Ente locale per l'affidamento del servizio e di criteri per la determinazione di tale corrispettivo, ha fatto sì che in alcune gare recenti l'assegnazione del servizio sia avvenuta prevalentemente sulla base del corrispettivo offerto e che esso sia stato paragonabile alla somma degli ammortamenti e della remunerazione del capitale investito. Poiché ... non è consentito né auspicabile che il gestore del servizio di distribuzione recuperi in alcuna misura a tariffa l'onere che gli deriva dal pagamento del corrispettivo all'Ente locale concedente il servizio, in tali casi è elevato il rischio che il distributore sia portato a privilegiare un'ottica di breve periodo, nella quale conseguire comunque dei margini a discapito sia dei costi di gestione sia dei costi di investimenti per la sicurezza, con gravi conseguenze per la pubblica incolumità della popolazione interessata ..."

Il citato art. 46 bis introdotto dalla legge n. 222/07, oltre a prevedere gare a livello di "ambiti territoriali minimi", assegna ai Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, sentita la Conferenza unificata e su parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, l'individuazione dei "*criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas ... tenendo conto in maniera adeguata, oltre che delle condizioni economiche offerte - e in particolare di quelle a vantaggio dei consumatori - degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti*".

Verifiche a vantaggio dell'incolumità pubblica

Già ora il Comune può inserire nel bando di gara un importante criterio di valutazione inerente alla sicurezza, al fine di prevenire fughe di gas soprattutto nelle località con estesi centri storici. L'Autorità (delibera 18 marzo 2004, n. 40) ha adottato il regolamento per l'attività di accertamento della sicurezza degli impianti privati. Si tratta di una verifica esclusivamente documentale (acquisizione della dichiarazione di conformità rilasciata dall'installatore) per accertare che "*l'impianto di utenza sia stato eseguito e sia mantenuto in stato di sicuro funzionamento nei riguardi della pubblica incolumità*". Mentre il Comune ha la facoltà di esercitare accertamenti, il distributore effettua una percentuale di verifiche documentali sugli impianti di utenza in servizio compresa fra un *minimo* (quindi verifiche obbligatorie) e un massimo stabilito dall'Autorità stessa, coprendo le relative spese mediante la tariffa di distribuzione. Le ulteriori verifiche sono invece a carico del distributore e non possono essere recuperate in tariffa. E' in questo ambito che il Comune può premiare con punteggi aggiuntivi le offerte che impegnano l'aggiudicatario ad effettuare a proprie spese ulteriori controlli.

Contributi per il "caro metano"

Sul ruolo dei Comuni in materia di distribuzione del gas metano è, infine, opportuno ricordare uno strumento che risulta ancora poco utilizzato, ma significativo quando la spesa per il riscaldamento tende ad appesantirsi. Ai sensi della delibera dell'Autorità del 28 dicembre 2000, n. 237 (art. 10), i Comuni hanno la facoltà di chiedere al distributore l'applicazione di una quota aggiuntiva non superiore all'1% della tariffa di distribuzione. Questa "addizionale" - che può influenzare anche il prezzo finale di vendita - è destinata dai Comuni all'erogazione di contributi alle persone economicamente disagiate, anziane e disabili, aiutandole a fronteggiare le crescenti spese di fornitura del gas.

Paolo Ati
Dottore Commercialista