

Consiglio di Stato: parere sullo schema di decreto ministeriale recante modifiche al decreto ministeriale 12 novembre 2011, n. 226 concernente i criteri di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale

Numero 04107/2014 del 17/12/2014

REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato
Sezione Consultiva per gli Atti Normativi
Adunanza di Sezione del 6 novembre 2014

NUMERO AFFARE 02178/2014

OGGETTO: Ministero dello sviluppo economico. Schema di decreto ministeriale recante modifiche al decreto ministeriale 12 novembre 2011, n. 226 concernente i criteri di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale.

LA SEZIONE

Vista la relazione 23 ottobre 2014 n. 24952, con la quale il Ministero dello sviluppo economico - Ufficio legislativo - ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento in oggetto; esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Elio Toscano;

Premesso.

Il Ministero dello sviluppo economico rappresenta che con lo schema di decreto in oggetto, predisposto di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni e la coesione territoriale, intende modificare il decreto ministeriale 12 novembre 2011, n. 226 (cosiddetto Regolamento criteri), recante il “regolamento per i criteri di gara e per la valutazione delle offerte per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'art. 46 bis del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222”.

Con le modifiche proposte, che intervengono in materia di affidamento del servizio negli ambiti territoriali minimi (ATEM), si intende innanzitutto adeguare la relativa disciplina alle novità legislative introdotte dall'art. 4 del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 e dall'art. 1, commi 16 e 16 quater, del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9.

Le modifiche consentono, altresì, all'Amministrazione proponente, sulla scorta dell'esperienza maturata in fase di prima applicazione del Regolamento criteri, di integrarne le disposizioni in più punti, rendendole coerenti con i criteri interpretativi delle linee guida ministeriali in tema di calcolo del valore di rimborso (d.m. 22 maggio 2014), e, nel contempo, di aggiornarle con riferimento alla regolazione del IV° periodo tariffario (2014-2019), oggetto di delibera dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (di seguito Autorità). Sul provvedimento in esame, ai sensi dell'articolo 46 bis, comma 1 del sopracitato decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, è stato acquisito il parere dell'Autorità ed è stata sentita la Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. La bozza di decreto si compone di 4 articoli.

L'art. 1, che consta di 44 commi, contiene le modifiche da apportare agli articoli del d.m. 12 novembre 2011, n. 226.

I primi 5 commi introducono alcuni correttivi che hanno lo scopo di:

- a) evitare che il dissenso di un solo comune possa paralizzare l'attività dell'ATEM, applicando il criterio della maggioranza qualificata a tutte le decisioni che coinvolgono i comuni;
- b) modificare i termini fissati dal Regolamento criteri in ragione delle proroghe per l'indizione delle gare intervenute recentemente con norme di legge;
- c) concentrare su un unico soggetto la rappresentanza dell'ATEM;
- d) ampliare gli spazi operativi della stazione appaltante attribuendole anche la responsabilità della gestione del contratto dopo l'aggiudicazione della gara.

Con il comma 6 viene modificata la definizione dell'inadempimento che può comportare la risoluzione del contratto di servizio, in seguito alla sentenza del T.A.R. Lazio n. 3555/2014, che ha annullato la previsione, contenuta nel d. m. n. 226 del 2011, di un "grave e reiterato inadempimento" quale presupposto per la risoluzione del contratto, evidenziando che l'inadempimento del distributore deve rispondere ai criteri dell'art. 1455 del codice civile improntati all'"Importanza dell'inadempimento".

I commi 9, 11 e 12 intervengono in tema di rimborso al gestore uscente, fissando un termine entro il quale eventuali accordi integrativi tra ente locale e distributore devono essere stati stipulati per essere ritenuti validi ai fini della determinazione del Valore Industriale Residuo dell'impianto (VIR). Detto termine coincide con l'11 febbraio 2012, la data di entrata in vigore del d.m. n. 226 del 2011.

Per i casi in cui i documenti contrattuali stipulati prima di tale data non riportino una metodologia di calcolo dettagliata, si prevede che il calcolo del valore di rimborso debba essere conforme a quanto prescritto dal Regolamento criteri, secondo le modalità operative dettate dalle "Linee guida" ministeriali.

Sul punto l'Amministrazione proponente chiarisce di essersi discostata dall'avviso dell'Autorità per l'energia, che aveva richiesto di far risalire il termine per la validità degli accordi in questione alla data di entrata in vigore del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (cd. decreto Letta), ovvero all'entrata in vigore della legge n. 222 del 2007, in quanto tale impostazione avrebbe per effetto l'annullamento degli accordi integrativi, stipulati successivamente a tali date, con inevitabile contenzioso. Ugualmente è stata disattesa la proposta dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani, emersa in sede di Conferenza unificata, che ha richiesto di far riferimento alla data di pubblicazione delle Linee Guida ministeriali o, in alternativa, di entrata in vigore della legge n. 9 del 2014, per garantire l'omogeneità delle valutazioni relative al valore di rimborso e prevenire effetti negativi sulla competitività delle gare e aggravii sulle tariffe.

Il comma 10 recepisce la novità legislativa introdotta con l'articolo 1, comma 16, del d.l. n. 145 del 2013, che ha previsto la detrazione dei contributi privati relativi ai cespiti di località - corrisposti durante tutto il periodo della concessione - dal calcolo del valore del rimborso che l'aggiudicatario della gara d'ambito dovrà corrispondere al gestore uscente all'atto del subentro nella gestione del servizio.

I commi 15 e 16 dettano disposizioni chiarificatrici sull'utilizzazione dei prezziari di riferimento nei documenti contrattuali.

I commi da 17 a 25 introducono modifiche:

- sulla vita utile per i misuratori tradizionali fino al calibro G6; sulla metodologia di calcolo del degrado dei contributi privati, la cui detrazione è stata introdotta dall'articolo 1, comma 16, del più volte citato d.l. n. 145 del 2013;
- sulle verifiche dell'Autorità sulle valutazioni compiute dall'ente locale sul VIR, laddove questo valore risulti superiore del 10% rispetto al valore della RAB (Regulatory Asset Base);
- sulla detraibilità dei debiti per obbligazioni finanziarie, sottoscritte dal gestore uscente, dall'importo del valore di rimborso dovuto dal gestore entrante che subentri a dette obbligazioni;
- sulle informazioni contrattuali;
- sulle modalità, rese più flessibili, di devoluzione della rete da parte dell'ente locale direttamente al gestore subentrante;
- sull'anticipazione da parte dei gestori uscenti dell'onere di gara previsto in favore della stazione appaltante a copertura delle spese di gara (cd. corrispettivo una tantum) e sulla sua restituzione;
- sull'innalzamento, dal 5% al 10%, del tetto massimo della percentuale di remunerazione del capitale di località relativo ai servizi di distribuzione e misura che il gestore entrante può corrispondere all'ente locale (indipendentemente dal fatto che esso sia proprietario o meno della rete), come elemento dell'offerta presentata in gara e che quindi non incide direttamente sulle tariffe (sul punto, l'ANCI aveva richiesto l'innalzamento della soglia fino al 15%).

Il comma 26 interviene in materia di titoli di efficienza energetica generati dagli interventi di risparmio energetico realizzati dai gestori entranti nell'ATEM durante il periodo di affidamento, precisando che le modalità di gestione di detti titoli sono affidate al Gestore Servizi Energetici (GSE), in coerenza con il decreto ministeriale 28 dicembre 2012 del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (pubblicato in G.U. - Serie Generale n.1 del 2 gennaio 2013 - Suppl. Ordinario n. 1).

Nel comma si chiarisce, altresì, che la copertura tariffaria prevista per i titoli di efficienza energetica spetta anche ai titoli da interventi offerti in sede di gara. In proposito, l'Autorità ha osservato che la copertura tariffaria comporterebbe l'assenza di competitività economica in gara sul criterio dell'efficienza economica e un aggravio delle tariffe.

L'Amministrazione è di diverso avviso, in quanto l'importo derivato dalla copertura tariffaria è trasferito al Comune, sicché le spese per gli interventi di efficienza energetica offerti dal gestore (direttamente o tramite acquisto di titoli da società di servizi energetici) rimangono a completo carico del gestore stesso, garantendo la piena competitività economica nella gara anche sul criterio relativo all'efficienza energetica. Inoltre, i titoli di efficienza energetica effettuati volontariamente dai distributori di gas sono conteggiati ai fini della riduzione di energia primaria degli impegni nazionali, per cui gli oneri pagati dai clienti per tali titoli andranno a ridurre gli obblighi nazionali per gli anni successivi.

Secondo l'Amministrazione è verosimile che a livello europeo entro la fine del 2014 vengano stabiliti nuovi e maggiori target da raggiungere per l'efficienza energetica da parte degli Stati membri e che, quanto all'impatto sulle tariffe, il primo incremento tariffario non si avrà prima nel 2020.

Sempre in tema di titoli di risparmio energetico, il comma 35, accogliendo anche le segnalazioni delle associazioni di categoria, introduce la previsione che gli obblighi, assunti dal distributore in sede di gara con riferimento agli interventi addizionali di efficienza energetica, possano essere soddisfatti non soltanto tramite interventi sugli usi finali del gas (come previsto finora), ma tramite qualsiasi intervento che dia luogo a titoli di efficienza energetica di qualunque tipologia.

La modifica si rende necessaria, sia per accrescere la competitività delle gare, sia per esigenze procedurali che devono necessariamente tener conto del cambio di responsabilità - nel processo di gestione, certificazione e verifica dei titoli - dall'Autorità al GSE, secondo quanto previsto dal sopracitato d.m. 28 dicembre 2012 per il rispetto degli obiettivi nazionali di risparmio energetico.

I restanti commi dell'articolo 1:

- prevedono l'applicazione della procedura di gara aperta (invece della procedura ristretta normalmente prevista) per gli ATEM nei quali vi è un gestore uscente che gestisce più del 60% dei punti di riconsegna;
- precisano alcuni adempimenti relativi alle gare;
- adeguano da un anno a due anni la tolleranza sugli interventi di efficienza energetica, prima di applicare le penali, in coerenza con quanto previsto dalla normativa per il rispetto degli obblighi nazionali sull'efficienza energetica.

Gli articoli 2 e 3 dello schema di decreto in oggetto adeguano, in coerenza con le esposte modifiche, gli allegati 2 e 3 del d.m. n. 226 del 2011, contenenti rispettivamente il bando e il disciplinare di gara.

In particolare, l'articolo 3, comma 2, aggiorna le modalità operative per la gestione, certificazione e verifica del rispetto degli impegni relativi agli interventi di efficienza energetica, necessarie per l'effettuazione della gara e per la cui definizione il vigente Regolamento criteri rinvia a successivi provvedimenti dell'Autorità.

Considerato.

Va innanzitutto apprezzato l'impegno dell'Amministrazione proponente di procedere ad un aggiornamento del regolamento concernente i criteri di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, sulla base delle innovazioni legislative nel frattempo intervenute e dei dati di esperienza, tenendo ben presenti gli obiettivi perseguiti dal legislatore, che ha inteso favorire la concorrenza nei servizi di distribuzione del gas naturale e i livelli minimi di qualità anche in contesti obiettivamente meno appetibili, quali sono appunto gli ambiti territoriali minimi, ai quali si riferisce l'art. 46 bis del d.l. n. 159 del 2007.

Avuto riguardo agli scopi suddetti, è da condividere la scelta dei Ministeri concertanti di ritenere validi soltanto gli accordi integrativi stipulati tra ente locale e distributore anteriormente alla data di entrata in vigore del d.m. n. 226 del 2011, coincidente con l'11 febbraio 2012.

Tuttavia, pur ritenendo di esprimere parere favorevole alla prosecuzione dell'iter di approvazione dello schema di regolamento, la Sezione ritiene opportuno formulare alcune osservazioni di carattere sostanziale e formale e sottoporre i conseguenti correttivi all'attenzione dell'Amministrazione proponente.

Va innanzitutto premesso che il preambolo appare ridondante, perché non soddisfa le esigenze di sinteticità nei richiami normativi, che devono limitarsi a citare una sola volta ciascuna legge o regolamento con l'aggiunta del solo riferimento numerico degli articoli di interesse, senza descriverne l'oggetto.

In aggiunta al criterio generale, si suggeriscono le seguenti modifiche:

- alla pagina 1, espungere il richiamo all'art. 87 della Costituzione, non pertinente, poiché il regolamento ministeriale, ai sensi dell'art. 17, commi 3 e 4, della legge 23 agosto 1988, n. 400, non è emanato dal Presidente della Repubblica; conseguentemente sostituire alla pag. 7 dello schema proposto, prima dell'articolato, la parola "emanano" con "adottano";

- alla pagina 2, decimo visto, inserire, dopo la parola “recante” e prima di “criteri”, le parole “regolamento concernente i” ed unificare nello stesso visto il successivo, che richiama l’articolo 13 del medesimo regolamento;
- alla pagina 2, dodicesimo visto, con riferimento al decreto 28 dicembre 2012 del Ministro dello sviluppo economico adottato di concerto con il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, aggiungere il riferimento al numero e alla data della Gazzetta ufficiale su cui è stato pubblicato;
- espungere alla pagina 4 il secondo, il terzo e il quarto considerato; alla pag. 5 il primo considerato; alla pag. 6 il primo considerato nonché il primo ed il terzo ritenuto;
- alla pagina 5, terzo considerato, dopo “decreto del 5 febbraio 2013” inserire il numero e la data della Gazzetta ufficiale su cui è stato pubblicato, e sostituire le parole “di effettuare” con le altre “dell’effettuazione”;
- alla pagina 6, ultimo ritenuto, depennare l’espressione “che potrebbero condurre a interpretazioni differenti dalle previsioni riportate nel testo del regolamento”;
- infine, alla pagina 6, penultimo visto, depennare tutte le parole dopo “regolamento criteri”, sostituendole con “di cui al decreto ministeriale 12 novembre 2011, n. 226”.

Passando all’esame dell’art. 1, viene innanzitutto in evidenza la formulazione del comma 6, che, in materia di importante inadempienza del gestore del contratto di servizio, intende introdurre la riscrittura dell’art. 7, comma 2, del vigente Regolamento criteri, annullato dal Tar del Lazio (Sezione Terza Ter, 1° aprile 2014, n. 3555) per l’illegittimità della deroga alle disposizioni del codice civile introdotta con norma regolamentare.

A parere della Sezione il testo proposto non supera del tutto il rilievo del giudice amministrativo, mancando un esplicito richiamo all’art. 1455 del codice civile, che subordina il rimedio della risoluzione del contratto alla sola valutazione giudiziale della gravità dell’inadempimento. Si invita, pertanto, l’Amministrazione proponente a sostituire l’intero comma 6 come segue: “Il soggetto di cui al comma 5, previa determinazione che può essere assunta dalla maggioranza dei comuni dell’ambito di cui all’art. 4, comma 3, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, può - ricorrendone le condizioni - chiedere la risoluzione del contratto di affidamento del gestore dell’ambito, ai sensi dell’art. 1455 del codice civile”.

La Sezione ritiene, poi, che debbano essere considerate con particolare attenzione le disposizioni del comma 8, che consentono di trasferire in tariffa gli oneri relativi agli interventi di efficienza energetica (come risultanti dal valore dei titoli di efficienza energetica), a cui i gestori entranti risultano impegnati all’esito della gara. Al riguardo, si condivide l’avviso dell’Autorità, che nell’intento di minimizzare gli oneri a carico dei clienti finali e consentire una piena competizione economica tra i soggetti che partecipano alla gara sui diversi aspetti rilevanti per l’efficiente erogazione del servizio, suggerisce di consentire il trasferimento in tariffa soltanto di una quota parte di detti oneri. Sul punto si rimette al prudente apprezzamento dell’Amministrazione l’opportunità di riconsiderare la misura degli oneri da trasferire sulle bollette pagate dagli utenti, che non sembrano invero bilanciati dagli asseriti vantaggi arrecati al sistema nazionale: prudenzialmente sarebbe opportuno quantomeno ammettere tali titoli alla copertura dei costi nel limite del 50 %, con riserva di modificare in futuro detta percentuale.

Sul piano formale, si suggeriscono poi i seguenti ulteriori aggiustamenti:

- alla pagina 10, comma 15, sostituire “comma 2c”, con “comma 2 lettera c”;
- alla pagina 11, comma 18, sostituire “e quindi escludendo l’IRES” con “con esclusione dell’IRES”;
- alla pagina 13, comma 24, modificare “s.m.i.” in “successive modificazioni ed integrazioni” (ovviamente anche nei successivi analoghi richiami);

- alla pagina 14, comma 24, all'ultima riga, inserire, dopo la parola "interessi", l'aggettivo "corrispettivi";
- alla pagina 15, comma 29, modificare le parole "primo periodo" in "secondo periodo";
- alla pagina 16, comma 35, dopo "decreto ministeriale 5 settembre 2011", aggiungere il numero e la data della Gazzetta ufficiale su cui è stato pubblicato;
- alla pagina 18, articolo 2, comma 2, modificare le parole "o possedere" in "o per possedere";
- sempre alla pagina 18, comma 5, sostituire le parole "alla fine dell'ottavo periodo" con "alla fine del sesto capoverso, secondo periodo";
- alla pagina 19, comma 10, modificare le parole "nel terzo periodo" con "nell'ultimo periodo";
- alla pagina 20:
 - a) al comma 16, sostituire la parola "esiste" con "sussiste";
 - b) al comma 18, sostituire la parola "settimo" con "ottavo" e cancellare la parentesi prima della parola "Nota";
 - c) al comma 19, sostituire la parola "ottavo" con "nono" e cancellare la parentesi prima della parola "Nota";
 - d) al comma 20, modificare l'espressione "al termine dell'elenco delle informazioni sono aggiunte le parole" con "al termine della nota sono aggiunte - a capo - le parole";
- alla pagina 22, comma 2, secondo capoverso, alla quinta riga prima delle parole "due anni" inserire la parola "nei";
- alla pagina 25, articolo 4, depennare l'ultima espressione "ed entra in vigore il quindicesimo giorno successivo alla data di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana".

P.Q.M.

Con le suesposte osservazioni esprime parere favorevole.

L'ESTENSORE

Elio Toscano

IL PRESIDENTE

Giuseppe Faberi

IL SEGRETARIO

Maria Luisa Salvini