



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

SEGNALAZIONE

ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287

in merito a:

Proposte di riforma concorrenziale,
ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza
anno 2021

Inviata al

Presidente del Consiglio dei Ministri

Obblighi per i concessionari di esternalizzare parte dei contratti affidati senza gara

L'art. 1, comma 9-bis, del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8 (c.d. Decreto Milleproroghe) ha modificato il testo dell'art. 177, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, disponendo: i) la proroga al 31 dicembre 2021 del termine a decorrere dal quale i titolari di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del CCP - non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica - devono affidare mediante procedure ad evidenza pubblica una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiori a 150.000 euro; ii) la conferma dell'obbligo per i titolari di concessioni autostradali già in essere di affidare entro il 31 dicembre 2020, mediante procedure ad evidenza pubblica, una quota pari al 60% dei propri contratti.

A tale riguardo, deve evidenziarsi che l'ulteriore proroga al 31 dicembre 2021 del termine per l'operatività dell'obbligo in capo ai concessionari di esternalizzare i propri contratti affidati senza gara rappresenta un ostacolo nuovamente posto da legislatore allo sviluppo di un mercato concorrenziale⁹⁹.

Quanto alla seconda modifica normativa che conferma, per i titolari di concessioni autostradali, la diversa percentuale del 60% dei contratti di lavori, servizi e forniture da esternalizzare tramite procedure ad evidenza pubblica, si ribadisce quanto già in passato segnalato dall'Autorità circa la necessità di equiparare tale quota percentuale a quella percentuale prevista per la generalità degli altri concessionari (80%), anche in considerazione del fatto che la quasi totalità delle concessioni autostradali è stata affidata senza procedure ad evidenza pubblica e per durate particolarmente lunghe¹⁰⁰.

Si propone l'innalzamento della quota prevista dall'articolo 177, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici per i concessionari autostradali dal 60% all'80% e si sollecita il rapido espletamento delle procedure di gara per l'affidamento delle quote.

L'accelerazione delle gare per le concessioni di distribuzione del gas naturale

La selezione del concessionario del servizio di distribuzione del gas attraverso procedure di concorrenza per il mercato, già stabilita dal d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (c.d. Decreto Letta), definisce un'occasione importante per massimizzare l'impegno del gestore negli investimenti e ottimizzare le condizioni economiche alle quali viene svolto il servizio¹⁰¹.

⁹⁹ Il termine era stato dapprima fissato a 24 mesi dalla data di entrata in vigore del CCP e poi prorogato al 31 dicembre 2020 dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, di conversione del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32.

¹⁰⁰ Cfr. *AS1679 - Distorsioni concorrenziali derivanti da alcune previsioni contenute nel Decreto Milleproroghe* del 17 giugno 2020, in Boll. 27/2020, *AS1550 - Concessioni e criticità concorrenziali* del 12 dicembre 2018, in Boll. 48/2018, nonché Audizione del Segretario Generale dell'Autorità, Avv. Filippo Arena, Camera dei Deputati – Commissioni VIII e IX, 8 ottobre 2018.

¹⁰¹ Al netto della definizione della tariffa, che come noto viene comunque stabilita dal regolatore di settore.

Nonostante il quadro normativo per l'espletamento delle gare d'ATEM sia definito da tempo, il programma di svolgimento delle stesse è in grave ritardo: ad oggi sono state avviate solo 35 delle 177 gare previste¹⁰². L'Autorità è intervenuta più volte per sottolineare tale ritardo, invitare il governo a esercitare i propri poteri sostitutivi e suggerire modifiche alle norme esistenti volte a favorire una più rapida attuazione del programma di gare; anche alla luce dell'esperienza maturata attraverso l'applicazione della normativa *antitrust* in questo settore, intende quindi suggerire in questa sede alcune modifiche normative idonee a velocizzare il processo di predisposizione dei bandi e/o ad accrescere la partecipazione e la concorrenza attesa alle future gare.

In primo luogo, si ritiene necessario accrescere gli incentivi degli enti locali (sia le stazioni appaltanti che gli altri comuni dell'ATEM) a bandire le gare in tempi brevi, considerando che detti incentivi possono risultare affievoliti nel caso in cui gli enti locali siano proprietari della rete esistente o di una sua parte. In questo caso, infatti, la prassi attualmente in vigore prevede che per acquisire tali *asset* il gestore subentrante paghi una somma inferiore (la cd. RAB) rispetto a quella percepita dal gestore uscente per la cessione degli impianti di sua proprietà (il cd. VIR, valore di rimborso)¹⁰³. Al fine di evitare resistenze e, al contempo, incentivare l'indizione delle gare, sarebbe quindi opportuno equiparare per legge la remunerazione che i comuni possono ottenere dalla cessione degli impianti di loro proprietà a quella garantita ai gestori uscenti, integrando opportunamente l'art. 14, comma 8, del d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164.

In secondo luogo, appare necessario eliminare le situazioni di conflitto di interesse che possono generarsi nei casi, non infrequenti, in cui le stazioni appaltanti risultano essere anche azionisti, spesso di controllo, delle società di distribuzione che partecipano alle gare. Al fine di evitare che situazioni simili finiscano non solo per nuocere all'effettivo dispiegarsi in gara della concorrenza per il mercato ma anche per scoraggiare la stessa partecipazione alla gara, si ritiene opportuno istituire un albo nazionale di commissari di gara. A tale albo, che avrebbe anche il vantaggio di garantire una riserva di esperti in grado di apportare una adeguata competenza tecnica e amministrativa alle commissioni di gara, si dovrebbe attingere quantomeno in casi di conflitto di interesse, al fine di garantire la terzietà delle valutazioni compiute per conto delle stazioni appaltanti. In tal senso andrebbe modificato l'art. 11 del DM 12 novembre 2011 n. 226, così come modificato con DM 20 maggio 2015, che definisce

¹⁰² Tra queste, solo cinque sono state definitivamente aggiudicate (ma due sono state impugnate al TAR), altre tredici sono state revocate, annullate o sospese e solo le restanti diciassette sono attualmente in corso, benché perlopiù ancora nelle fasi preliminari (Arthur D. Little, *Gare gas tra innovazione e transizione*, marzo 2021).

¹⁰³ L'art. 14, comma 8 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, prevede che "il nuovo gestore [...] è tenuto [...] a corrispondere una somma al distributore uscente in misura pari al valore di rimborso per gli impianti la cui proprietà è trasferita dal distributore uscente al nuovo gestore". La norma che prevede la corresponsione del VIR riguarda dunque solo il corrispettivo per gli impianti del gestore uscente e nulla dice invece in merito al valore di alienazione degli impianti di proprietà degli enti locali. L'indicazione di corrispondere a questi ultimi solo il valore delle immobilizzazioni nette di località al netto dei contributi pubblici e privati (c.d. RAB) è contenuta solo in una delle FAQ in merito alle gare d'ATEM pubblicate dal MISE sul proprio sito.

nomina e caratteristiche della commissione delle gare per l'aggiudicazione delle concessioni d'ATEM.

In terzo luogo, ai fini di una accelerazione nell'indizione delle gare, sarebbe opportuna una semplificazione di alcune delle procedure propedeutiche allo svolgimento delle stesse, anche mediante una riduzione dei casi di verifica dello scostamento tra VIR e RAB di competenza del regolatore di settore ARERA.

Da ultimo, al fine di tutelare la concorrenza effettiva in sede di gara, si ritiene indispensabile che le inevitabili asimmetrie informative tra gestori uscenti e potenziali terzi partecipanti siano minimizzate, in modo da evitare che i primi godano di eccessivi vantaggi nella predisposizione dell'offerta. Gli obblighi informativi cui sono assoggettati i gestori uscenti per predisporre dei bandi di gara sono stabiliti dagli artt. 4 e 5 del DM n. 226/2011. Nella propria esperienza applicativa l'Autorità ha verificato che la attuale definizione di tali obblighi non risulta sempre sufficientemente chiara e inequivocabile. In particolare, con riferimento ad un importante elemento informativo come la cartografia dell'impianto, che fa parte dello stato di consistenza che il gestore uscente deve fornire ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettera a), del citato DM, è emerso che l'obbligo che la stessa sia fornita in formato aperto e interoperabile (e dunque effettivamente fruibile dai potenziali concorrenti), si deduce solo da un chiarimento pubblicato sul sito del MISE. Al fine di scongiurare incertezze interpretative che si potrebbero riverberare negativamente sulla predisposizione degli atti di gara, è essenziale che tale obbligo sia chiarito attraverso una adeguata modifica del predetto comma 1 dell'art. 4 del DM n. 226/2011. Più in generale, è necessario che sia fatta definitiva chiarezza su tutte le prescrizioni in materia di obblighi informativi dei gestori uscenti per le quali possano emergere dubbi interpretativi.

Sempre al fine di tutelare la concorrenza effettiva in sede di gara, e ridurre le inevitabili asimmetrie informative tra gestori uscenti e potenziali terzi partecipanti alla gara, si ritiene necessaria una modifica della normativa primaria tesa a ampliare i poteri delle stazioni appaltanti, mediante la previsione di meccanismi di penalizzazione per i distributori che non forniscano i dati richiesti.

Al fine di accelerare lo svolgimento delle gare d'ATEM per la concessione del servizio di distribuzione del gas e accrescere il livello di concorrenza nelle medesime, si propone di:

- 1. modificare l'art. 14, comma 8, del d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164, prevedendo che anche gli impianti di proprietà comunale siano valorizzati a VIR, anziché a RAB, in caso di loro cessione al gestore entrante;*
- 2. modificare l'art. 11 del DM n. 226/2011, prevedendo l'istituzione di un albo nazionale di commissari di gara cui si possa attingere per la formazione delle commissioni, quantomeno nei casi in cui si palesino dei conflitti di interesse tra la stazione appaltante e i possibili partecipanti alla gara;*

3. *introdurre una casistica più ampia di situazioni in cui lo scostamento tra VIR e RAB non richiede la verifica da parte di ARERA;*
4. *specificare, al comma 1 dell'art. 4 del DM n. 226/2011, che la cartografia e le altre componenti dello stato di consistenza dell'impianto per le quali ciò sia applicabile vengano fornite in formato aperto e interoperabile, e, più in generale, evitare che residuino margini di discrezionalità o incertezza interpretativa in merito al contenuto degli obblighi informativi dei gestori uscenti nei confronti delle stazioni appaltanti;*
5. *adottare una norma di fonte primaria finalizzata a rafforzare il potere delle stazioni appaltanti nei confronti dei gestori uscenti nel raccogliere le informazioni, prevedendo meccanismi di penalizzazione per i distributori che non forniscano i dati richiesti*

B. Rimozione degli ostacoli al commercio al dettaglio

Nella *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia*¹⁰⁴ il Consiglio dell'Unione Europea sottolinea come migliori condizioni concorrenziali favorirebbero un'allocazione più efficiente delle risorse e aumenti di produttività. In tale ottica, il documento evidenzia come permangano ostacoli rilevanti alla concorrenza in alcuni settori, tra cui i servizi alle imprese e il commercio al dettaglio, in relazione ai quali la terza delle quattro raccomandazioni invita alla rimozione delle restrizioni alla concorrenza, anche mediante una nuova legge annuale sulla concorrenza.

Inoltre, nella *Relazione per paese* relativa all'Italia, pubblicata del 2020¹⁰⁵, la Commissione europea sottolinea che nessun progresso è stato compiuto nell'affrontare le restrizioni alla concorrenza, che restano elevate nel settore del commercio al dettaglio. Dall'indicatore *PMR* (*Product Market Regulation*) 2018 dell'OCSE e dall'indicatore di restrittività della Commissione europea (*IRR*), emerge che l'Italia è lo Stato membro più restrittivo per quanto riguarda la regolamentazione relativa alla creazione di nuovi negozi e il secondo più restrittivo con riferimento sia agli stabilimenti commerciali sia alle operazioni quotidiane dei dettaglianti.

Il rafforzamento della competitività nel settore del commercio al dettaglio può contribuire in misura considerevole alla crescita economica nel lungo periodo. Ciò in quanto, da un lato, è il principale settore economico non finanziario¹⁰⁶ e, dall'altro, presenta significative

¹⁰⁴ Consiglio (2019), *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 dell'Italia*, COM(2019) 512 final, 5 giugno 2019.

¹⁰⁵ Commissione Europea (2020), *Relazione per paese relativa all'Italia 2020 che accompagna il documento Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale europea e all'Eurogruppo, Semestre europeo 2020: valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del regolamento (UE) n. 1176/2011*, SWD(2020) 511 final, 26 febbraio 2020.

¹⁰⁶ Il commercio al dettaglio è il maggiore settore dell'economia non finanziaria. Secondo gli ultimi dati Eurostat disponibili (relativi all'anno 2017) a livello dell'UE, il settore rappresenta il 4,5 % del valore aggiunto dell'economia europea e l'8,3% dell'occupazione totale. In Italia, il settore del commercio al dettaglio