

PRIMI VERDETTI DEL TAR SULL'IMPIANTO NORMATIVO DELLE GARE GAS

RIFERIMENTI NORMATIVI

- DM 106/2015
- DM 22 maggio 2014 (Linee Guida)
- DI 145/2013
- DI 69/2013
- DM 226/2011
- Dlgs 93/2011

ARTICOLI CORRELATI

- VIR o RAB? Questo è il problema ... (Newsletter 188)

TAG
gare gas

In un contesto di ancora forte incertezza in cui la pubblicazione dei bandi è ormai ferma da tempo e le uniche notizie riguardano il rinvio dei termini dei pochi bandi finora pubblicati, il respingimento da parte del TAR dei ricorsi presentati da vari operatori relativi alle norme che disciplinano la valutazione del valore di rimborso degli impianti può forse costituire un elemento che fornisce certezza a un contesto normativo ormai stratificato e consolidato.

In una fase di stallo per la pubblicazione dei bandi di gara e di loro invio all'Autorità per la valutazione di legge, il capitolo giustizia amministrativa ha visto degli aggiornamenti di rilievo riconducibili al respingimento da parte del TAR del Lazio di tre ricorsi presentati da diverse aziende del settore¹. I ricorsi in questione fanno fondamentalmente riferimento al medesimo tema, cioè le norme che disciplinano la valutazione del valore di rimborso degli impianti in preparazione alle gare d'ATEM, con conseguente impugnazione del DM di approvazione della "Linee guida su criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale" e del DM 106/2015 che modifica il "Regolamento criteri" (DM 226/2011), recependo così, tra le altre, le significative novità introdotte dalle Linee Guida stesse.

EVOLUZIONE DEL CONTESTO NORMATIVO: CONTRATTI VS LINEE GUIDA

Per capire quali siano le motivazioni addotte dai ricorrenti bisogna partire dai Dlgs 164/2000, c.d. "Decreto Letta", nella sua versione originaria, dove veniva definito chi avesse diritto ad avere il valore di rimborso e come questo dovesse essere calcolato. In particolare l'art. 15 stabiliva che per gli affidamenti in essere per i quali non era previsto un termine di scadenza o era previsto un termine che superava il periodo transitorio, al completamento del periodo transitorio stesso, ai gestori uscenti sarebbe dovuto essere riconosciuto un rimborso calcolato secondo quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti, secondo i criteri inclusi nel Regio Decreto 25781/1925.

Questa disposizione è stata completata e modificata da una serie di normative che si sono succedute nel corso del tempo, volte a facilitare lo svolgimento delle gare. Infatti la stima del valore di rimborso (VIR) è sempre stata uno degli aspetti più critici di tutto l'impianto normativo, anche perché foriero di potenziale elevato contenzioso.

Già con la versione originaria del Regolamento Criteri (DM 226/2011) era stata definita una disciplina articolata che prevedeva che il riferimento ai documenti contrattuali fosse possibile solo nel caso in cui questi specificassero la metodologia di calcolo, altrimenti, cioè nel caso in cui la metodologia non fosse specificata o vi fosse un generico riferimento ai prezzi di mercato, si sarebbero dovuti applicare i criteri del Regio Decreto del 1925 e le modalità applicative specificate nel Regolamento stesso. Il ricorso a tali documenti trovava spazio anche in via integrativa, cioè per quei dettagli applicativi che i documenti contrattuali non avessero specificato.

La disciplina così definita è stata successivamente modificata sia per meglio dettagliare aspetti di stima ancora incerti in modo da minimizzare il potenziale futuro contenzioso, sia perché, con il riconoscimento in tariffa del differenziale VIR/RAB, sorgerà la necessità di ridurre il più possibile il differenziale stesso in modo da tutelare i clienti finali.

È, quindi, prima stato affidato al Ministero dello Sviluppo Economico il compito di redigere delle Linee Guida (art. 4 DI 69/2013) per la valutazione del valore di rimborso al gestore uscente con l'espresso fine di facilitare lo svolgimento delle gare e di ridurre i costi per gli enti locali e per le imprese ed è poi stato eliminato (DI 145/2013) il riferimento al Regio decreto del 1925. Infine (DI 91/2014) è stato sancita la non applicabilità degli accordi tra le parti inseriti in convenzioni o contratti nel caso in cui tali accordi fossero stati stipulati dopo l'11 febbraio 2012, cioè la data di entrata in vigore del DM 226/2011.

¹ Un ricorso era stato presentato da A2A Reti Gas, un altro da Gas Plus Reti, e infine un terzo da un gruppo di aziende formato da Ascopiave, Bim Belluno Infrastrutture, Centria, Gelsia Reti, Pasubio Distribuzione Gas, Pasubio Group, Unigas Distribuzione.

La disciplina vigente² sulla valutazione del valore di rimborso risulta quindi stratificata e anche molto articolata in quanto distingue la metodologia di calcolo in funzione della diversa tipologia di:

- scadenza della concessione (scadenza naturale antecedente alla fine del periodo transitorio; scadenza legale per le concessioni per cui non è previsto un termine di scadenza naturale o il cui termine è successivo alla fine del periodo transitorio)
- devoluzione (gratuita o onerosa)
- data di conclusione degli accordi contrattuali (pre o post data di entrata in vigore del DM 226/2011)

A oggi la maggior parte delle concessioni è scaduta ex lege, cioè sono scadute per l'esaurirsi del periodo transitorio fissato dalla legge. Per tali concessioni, il valore di rimborso per le porzioni di impianto a devoluzione onerosa è calcolato in base a quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti, purché tali accordi siano stati stipulati prima del 11 febbraio 2012 e contengano tutti gli elementi metodologici (voci di prezzario, trattamento degrado fisico e vite utili). Se invece la metodologia non è desumibile dai contratti, il valore di rimborso è calcolato in base ai criteri definiti

nel Regolamento Criteri e alle modalità operative specificate nelle Linee Guida (**Tabella 1**). Il ricorso a quest'ultimi non opera solo in via suppletiva, cioè quando il contratto non riporta per niente la metodologia di calcolo, ma anche in via integrativa, cioè limitatamente a quegli elementi per i quali non siano previsti i dettagli applicativi.

In base alla normativa così modificata rispetto all'impianto originario tracciato dal Decreto Letta, gli accordi tra le parti per la determinazione del valore di rimborso risultano prevalenti solo se sussistono un serie articolata di condizioni e ciò per molti operatori ha implicato una riduzione del valore di rimborso su cui facevano affidamento prima della variazione del quadro normativo stesso, aprendo così la strada a numerosi ricorsi alla giustizia amministrativa.

TABELLA 1. CASISTICHE PER LA VALUTAZIONE DEL VALORE DI RIMBORSO IN CASO DI DEVOLUZIONE ONEROSA

Scadenza concessione	Data stipula contratto	Contenuto contratti	Riferimento per calcolo
Naturale	-	-	Contratti
Ex lege	pre 11-02-2012	Metodologia di calcolo completa	Contratti
Ex lege	pre 11-02-2012	Generico riferimento a Regio Decreto 1925	DM 226/2011 e ss.mm. Linee Guida
Ex lege	pre 11-02-2012	Generico riferimento a valutazione a prezzi di mercato	DM 226/2011 e ss.mm. Linee Guida
Ex lege	pre 11-02-2012	Indicazione valore di rimborso senza metodologia di calcolo	DM 226/2011 e ss.mm. Linee Guida
Ex lege	post 11-02-2012	-	DM 226/2011 e ss.mm. Linee Guida

Fonte: elaborazioni REF-E su DM 226/2011 e ss.mm.

PROFILI DEL RICORSO

I ricorsi qui in esame fanno fondamentalmente riferimento a due diversi aspetti:

- illegittimità di norme che, subordinando la prevalenza degli accordi tra le parti sulle Linee Guida al verificarsi di una serie di condizioni, di fatto negano un diritto considerato acquisito e confermato dal Decreto Letta
- contestazione di disposizioni specifiche relative alle modalità di calcolo del valore di rimborso.

VOLONTÀ NEGOZIALE DELLE PARTI

Nei ricorsi in esame, i distributori hanno lamentato l'illegittimità dei progressivi aggiustamenti sopra descritti, che avrebbero modificato la disciplina relativa al calcolo del valore di rimborso in modo peggiorativo rispetto a quanto stabilito originariamente dal Decreto Letta. Di seguito si riportano alcune delle principali motivazioni addotte dai ricorrenti.

- Vi è una ingiustificata disparità di trattamento tra accordi sottoscritti prima e accordi sottoscritti dopo la data di entrata in vigore del DM 226/2011, infatti le modifiche normative limitano la prevalenza della volontà contrattuale relativamente alla determinazione del valore di rimborso agli accordi stipulati precedentemente al 11 febbraio 2012, per gli accordi stipulati dopo tale data si applicano invece solo le Linee Guida.
- Il Decreto Letta nella sua versione originaria privilegiava la volontà negoziale conferendo ad essa piena tutela, invece la nuova disciplina sancisce la prevalenza delle Linee Guida sia nel caso in cui le parti si siano accordate su un valore di rimborso senza specificarne la metodologia di calcolo sia a fronte di contratti

² DM 226/2011 come modificato dal DM 106/2015.

stipulati prima del 11 febbraio 2012 e che abbiano definito un'esplicita metodologia di calcolo coerente con la normativa che era allora vigente. In tal modo verrebbe leso il principio di tutela della proprietà privata e dell'iniziativa economica.

- Quando le disposizioni derivanti dal DL 145/2013, relativamente all'eliminazione del riferimento al Regio Decreto del 1925, hanno iniziato a produrre i loro effetti³, il periodo transitorio era già concluso e quindi i gestori uscenti avevano maturato il diritto a un rimborso definito in base ai criteri fissati antecedentemente al DL 145/2013 stesso.

Il TAR ha respinto le suddette motivazioni considerandole infondate, partendo dall'idea che lo stesso Decreto Letta in origine poneva l'accento sul procedimento logico-matematico che porta alla definizione del valore di rimborso quindi la prevalenza della volontà delle parti non può prescindere dall'esplicitazione della metodologia di calcolo. La mancanza di criteri certi o sufficientemente dettagliati potrebbe anche creare le condizioni per futuri contenziosi che sarebbero in chiaro contrasto con l'obiettivo delle modifiche introdotte dal legislatore proprio per facilitare le gare stesse. La presenza di un'esplicita metodologia risulta poi necessaria anche alla luce del fatto che è stato affidato all'Autorità il compito di validare il valore di rimborso nei casi in cui il delta VIR/RAB risulti superiore al 10%. L'Autorità è chiamata a fare delle "valutazioni di dettaglio del valore di rimborso", a seguito delle quali può formulare eventuali osservazioni di cui la stazione appaltante dovrà tener conto per la determinazione del valore da inserire nel bando, valutazioni di dettaglio per le quali la presenza di una metodologia di calcolo risulta imprescindibile.

Per quanto riguarda la rimostranza sul carattere retroattivo delle disposizioni con cui è stato eliminato il riferimento al Regio decreto del 1925, il TAR ha sostenuto che il diritto al rimborso sorge nel momento di effettiva cessazione del servizio quindi è legittimo che per il suo calcolo si applichino i criteri e le modalità vigenti nel momento di pubblicazione del bando di gara. Di conseguenza, il carattere retroattivo che andrebbe a ledere la certezza del diritto non sussiste.

Il TAR ha infine ritenuto ragionevole anche il limite temporale del 11 febbraio 2012, in quanto se non fosse stato fissato si sarebbero ammessi degli accordi eventualmente in contrasto i criteri introdotti dal DM 226/2011 e con le Linee Guida, vanificando così gli obiettivi espressamente dichiarati dal legislatore di maggior concorrenza e contenimento dei costi per gli enti locali e le imprese, e delle tariffe.

SCOMPUTO DEI CONTRIBUTI PRIVATI

Anche la previsione⁴ peggiorativa di decurtazione dal valore di rimborso dei contributi privati sarebbe illegittima secondo i ricorrenti in quanto la normativa vigente prima di tale modifica rimandava al Regio Decreto del 1925 che prescriveva la sola decurtazione dei contributi pubblici.

IL TAR ha ritenuto infondata anche tale motivazione specificando che se i contributi privati non fossero decurtati il gestore uscente verrebbe sovracompenso visto che gli sarebbero riconosciute somme che di fatto ha già ricevuto in quanto versategli dai privati per l'allacciamento della rete tanto più che la differenza VIR/RAB verrà riconosciuta in tariffa quindi ci sarebbe una ricaduta anche sul cliente finale.

MODIFICHE AI PREZZIARI

Il TAR ha respinto, perché ritenute infondate, anche le motivazioni addotte per richiedere l'illegittimità dei criteri di definizione dei prezziari.

In merito ai prezziari, il Regolamento Criteri, come modificato dal DM 106/2015 che recepisce i contenuti delle Linee Guida, stabilisce che:

- in prima battuta va applicato il prezziario contenuto nei documenti contrattuali (che può essere anche un prezziario provinciale o regionale), se esplicitamente previsto
- in caso di sua assenza dai documenti contrattuali, vanno applicati i prezziari provinciali e, in loro assenza, quelli regionali.

I valori dei suddetti prezziari devono però risultare idonei in base alle Linee Guida,

³ Dall'entrata in vigore della legge 9/2014 di conversione del DL 145/2013.

⁴ L'art 24 del Dlgs 93/2011 prevedeva la decurtazione dei contributi privati per la situazione a regime, cioè al termine della durata delle nuove concessioni. L'art 16 del DL 145/2013 ha esteso tale prescrizione fin dal primo periodo di affidamento per ATEM.

altrimenti per le modalità di determinazione dei prezzi si deve far riferimento alle Linee Guida stesse, al prezzario AEEGSI, o in sua mancanza ai “valori di mercato come risultano dai contratti più recenti”.

I ricorrenti hanno trovato illegittima, fra le altre, l'introduzione di una valutazione di “inidoneità” che potrebbe imporre di disattendere il rinvio ai documenti contrattuali e quindi violerebbe il principio di autonomia contrattuale. Il TAR non ha invece riscontrato tale illegittimità in quanto ha ritenuto che la presenza di valori inidonei sia omologabile all'assenza di accordi, in termini di contenzioso che ciò potrebbe produrre. Quindi, sempre con l'ottica di favorire il processo di gara garantendo una maggior concorrenza, anche questa motivazione è stata respinta.

MOTIVAZIONI RITENUTE INAMMISSIBILI, MA QUESTIONI ANCORA APERTE

Nel ricorso presentato da A2A, vengono espresse anche delle rimozioni in merito ad aspetti che andranno ad interessare il potenziale gestore subentrante nel momento cui si troverà a partecipare alla gara.

Primo aspetto oggetto di ricorso riguarda la facoltà degli enti locali di rinunciare (in tutto o in parte) alla proprietà dell'impianto in caso di cessione anticipata delle concessioni con devoluzione gratuita al comune concedente. In caso di rinuncia, il gestore subentrante si troverebbe a dover corrispondere una somma pari all'integrale valore dell'impianto (una parte a favore dell'uscente e l'altra dell'ente concedente rinunciatario) e ciò, secondo il ricorrente, dipenderebbe da una scelta discrezionale dell'ente concedente stesso e in quanto tale si configurerebbe come una prestazione patrimoniale imposta.

Il TAR ha ritenuto inammissibile tale motivazione in quanto non sussisterebbe al momento l'interesse del ricorrente: un'eventuale lamentela in tal senso potrà aver rilievo solo nel momento in cui ci fosse l'effettiva partecipazione ad una gara in cui l'ente locale rinunciasse alla devoluzione gratuita dell'impianto.

Altro punto caldo sollevato dalla *multi-utility* lombarda concerne le modifiche apportate dal DM 106/2015 relativamente agli investimenti in efficienza energetica addizionali nella misura massima del 20% rispetto all'obbligo di base, modifiche che non permetterebbero al concorrente di fare un'offerta consapevole in quanto al momento della presentazione della domanda l'offerente:

- non conoscerebbe l'obbligo di base per i 12 anni di durata della concessione
- non conoscerebbe valore dei titoli di efficienza energetica che è stabilito annualmente
- non avrebbe certezza della copertura dei relativi costi di produzione (nella misura minima del 50% o del 100% a seconda dei decreti ministeriali di fissazione degli obiettivi nazionali).

Data quindi l'incertezza sui costi e ricavi connessi con l'assolvimento dell'impegno preso in gara, il concorrente potrebbe essere incentivato a disattendere l'eventuale obbligo e subire le penali il cui costo è certo, in quanto riportato negli atti di gara.

Anche in questo caso le motivazioni sono state ritenute inammissibili da parte del TAR in quanto a giudizio del tribunale amministrativo non dimostrerebbero l'impossibilità di presentare un'offerta consapevole. Tuttavia, al di là dell'inammissibilità dichiarata dal TAR in merito, i punti sollevati sono tutt'oggi aperti e il tema efficienza energetica è uno di quelli che presenta ancora i maggiori profili di incertezza per gli operatori.

POSSIBILI CONSEGUENZE

In un sistema in cui ancora dopo più di quindici anni dal provvedimento che ha introdotto le gare per l'assegnazione delle concessioni gas, nessuna gara per ATEM è stata ancora portata a termine e il contenzioso è all'ordine del giorno, il respingimento dei ricorsi in esame non esaurisce la diatriba sul calcolo del VIR e di conseguenza sul differenziale VIR/RAB, anche perché potrebbero esserci ancora dei ricorsi in attesa di giudizio e non è esclusa la possibilità di appello al Consiglio di Stato. Tuttavia le motivazioni fornite dal TAR, che confermano la prevalenza delle Linee Guida sulla volontà contrattuale a meno che non si sia in presenza di determinate condizioni, potrebbero servire a sgombrare il campo da alcuni degli elementi di incertezza che certo non favoriscono un processo che ormai da anni si trova impantanato in uno stato di continuo rimando e indeterminazione.