

i quaderni di
.net
n. 37/2006 di Net

Analisi delle Gare di Concessione per l'aggiudicazione del Servizio di Distribuzione del Gas Naturale



CISPEL Confservizi TOSCANA
confederazione nazionale
dei servizi

edizioni
AIDA
FIRENZE

.net

i quaderni NET

n. 37/2006 di Net
Aut. n. 4472 del 6.4.1995
del Tribunale di Firenze

Coordinamento redazionale
Linda Pieragnoli

Periodico di Cispel Confservizi Toscana



Confederazione italiana pubblici servizi

Via Alamanni, 41 - 50123 Firenze
Tel. 055 211342 fax 055 282182
www.cispeltoscana.net
e-mail: cispelto@cispeltoscana.net

Direttore responsabile
Vanessa Prati

*A*edizioni
AIDA
FIRENZE
Progetto grafico e impaginazione
AIDA srl

Via Maragliano, 31a
50144 Firenze
tel. 055 321841
fax 055 3215216
www.aidanet.com



CISPEL **Confservizi** TOSCANA
confederazione nazionale
dei servizi

Analisi delle Gare di Concessione per l'aggiudicazione del Servizio di Distribuzione del Gas Naturale

di
Nicola Doni
Università di Firenze
e
Fulvio Fontini
Università di Padova

In collaborazione con



Si ringrazia per la collaborazione in questa ricerca la Commissione Energia di Cispel Toscana, le aziende Coingas, Fiorentinagas e Italgas per il materiale messo a disposizione, Angelo Diario e Lorenzo Bardelli di Utilitatis per la proficua cooperazione nella raccolta dei dati, e tutti i funzionari dei Comuni interpellati che gentilmente ci hanno fatto pervenire la documentazione richiesta. Fulvio Fontini ringrazia Brunetto Bardi per gli utili commenti ad una prima versione del testo. Chiaramente la responsabilità di ogni inesattezza ricade soltanto sugli autori.

SOMMARIO

Premessa	7
1. Introduzione	11
1.1. La riforma del mercato interno del gas naturale	11
1.2. La nuova disciplina della distribuzione locale del gas	11
1.3. Il periodo transitorio	14
1.4. L'attualità della materia: le gare già effettuate e il relativo contenzioso	14
1.5. Lo schema dello studio	15

Parte prima: Il contesto

2. La regolazione della distribuzione del gas	19
2.1. La regolazione tariffaria	19
2.2. Il contratto tipo redatto dall'AEEG	24
3. Il valore atteso del canone ed il problema del riscatto della rete	27
3.1. La disciplina del subentro: normativa e contenzioso	27
3.2. Valutazione di una gara-tipo per l'aggiudicazione del servizio di distribuzione del gas	33

Parte seconda: L'analisi empirica

4. Analisi delle gare per la distribuzione del gas	39
4.1. Analisi descrittiva di un panel di bandi di gara	39
4.2. Localizzazione e tempistica	39
4.3. Oggetto del contratto	40
4.4. Indennizzo, rimborso e valore residuo	41
4.5. La durata	42
4.6. La procedura di aggiudicazione	43
4.7. Le "formule" di assegnazione dei punteggi	45
4.8. Il canone richiesto	45
4.9. Le offerte anomale	46
4.10. I criteri di aggiudicazione: ragionevolezza giuridica e razionalità economica	46
4.10.1. <i>Gli aspetti considerati in fase di aggiudicazione e il loro peso ponderale</i>	46
4.10.2. <i>Le formule di attribuzione dei punteggi</i>	49
4.10.3. <i>Basi d'asta e congruità delle offerte</i>	53
4.11. Un'analisi dei verbali di gara	56

5. Conclusioni: alcune proposte di linee guida	59
A. Una rassegna della letteratura economica sulle gare per l'affidamento di concessioni	63
A.1. Il dibattito teorico sulla “concorrenza per il mercato”	63
A.2. I principali limiti della “concorrenza per il mercato”	63
A.3. La relazione fra tipo di affidamento e tipo di regolazione tariffaria	65
A.4. Le offerte anomale e il rischio di fallimento	65
A.5. Lo scadimento qualitativo delle prestazioni	66
A.6. La strategia anticoncorrenziale	67
Bibliografia	69

PREMESSA

Il presente studio si inquadra nel vasto dibattito sulla liberalizzazione dei mercati, in particolare dell'energia, e sui conseguenti benefici che questa dovrebbe produrre per l'utente finale.

Lo studio si concentra sulla "Distribuzione" del gas, che rappresenta l'ultimo anello della catena fisica di trasporto, ed ha per oggetto le Metodiche di gara per l'aggiudicazione del "servizio", qualificabile come "pubblico" perché in capo all'Ente Locale.

Attraverso la gara infatti, di per sé strumento di un sistema competitivo, si può contribuire allo sviluppo dell'efficienza del sistema e quindi dei benefici attesi dal processo di liberalizzazione, solo se si ricorre a metodiche appropriate che consentano di scegliere l'offerta più vantaggiosa nel rispetto dei livelli di qualità del servizio, che acquistano particolare rilievo con riferimento al settore del gas perché strettamente correlati alla sicurezza.

È con questa motivazione che la Commissione Energia di CISPEL Confservizi Toscana ha ritenuto opportuno un approfondimento sul tema in questione a sei anni dalla emanazione del Decreto Letta, quindi in presenza di una nutrita messe di dati, ed in vista della stagione di gare che si dispiegherà in modo intenso e concentrato entro i prossimi quattro anni, fatte salve non improbabili modifiche normative.

L'impatto delle norme

Dallo studio emerge innanzitutto l'estrema importanza del consolidamento e della certezza del quadro normativo, regolamentare e giurisprudenziale di settore, che dovrebbe consentire ai soggetti concedenti ad alle aziende concessionarie di affrontare la delicata fase del periodo transitorio in vista della prossima ondata di rinnovi di concessione.

Come già accennato, nel passato quinquennio la normativa italiana si è sviluppata attraverso il Decreto Letta DLgs 164/2000, per il settore gas ed il Decreto Bersani DLgs 79/1999, per il settore elettrico, evolvendosi successivamente con provvedimenti volti a regolare l'intero comparto dei servizi pubblici locali nell'intento, da un lato, di "...dare una maggiore efficacia ai principi di trasparenza, concorrenza e pubblicità..." (dalla relazione introduttiva al DLgs 269/03), dall'altro, di allineare la normativa italiana sui servizi pubblici al dettato europeo.

Sotto il profilo normativo, a fronte di alcune certezze come la durata massima delle concessioni a regime, stabilita in dodici anni, e l'obbligo di affidamento in concessione tramite gara, restano dubbi di interpretazione su:

- criteri di valutazione patrimoniale alla scadenza
- titolarità dell'onere del riscatto della rete
- definizione delle condizioni minime di salvaguardia occupazionale a cui assoggettare i nuovi gestori delle concessioni
- remunerazione degli investimenti effettuati

A ciò si aggiunge che solo il 30 dicembre 2005 si è stabilito chiaramente il criterio per la determinazione del periodo transitorio entro il quale termineranno le concessioni in essere.

Sotto il profilo regolamentare, a fronte di una vasta produzione di regole in tema di tariffe e di qualità del servizio al cliente finale, l'AEEG ha rilasciato la bozza del Contratto di Servizio Tipo fra concedente e concessionario, peraltro mai approvata dal Ministero delle Attività Produttive, che rappresenta comunque solo uno degli elementi necessari per la definizione del bando di gara e la valutazione delle offerte; tale valutazione resta pertanto di totale competenza dell'Ente concedente e dovrebbe essere effettuata, così come previsto dal Decreto Letta, sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa ma tenendo conto dei livelli di qualità del servizio e di sicurezza, del piano degli investimenti, dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale.

Nessuna meraviglia quindi se fino ad oggi si è registrato un alto tasso di contenzioso, con ricadute fortemente negative per il sistema in termini di costi e ritardi.

Le metodiche di gara e la simulazione economica

Questo quadro di incertezza e di incompletezza normativa e regolamentare ha favorito comportamenti non sempre virtuosi sia dei Comuni concedenti che delle società partecipanti, in occasione delle gare già bandite ed oggetto dello studio.

I primi infatti hanno predisposto capitolati spesso improntati al mero ritorno finanziario ponendo talvolta a base delle offerte corrispettivi per l'uso della rete pari all'intero ricavo della gestione, così penalizzando altri criteri di valutazione direttamente correlati con la qualità resa al cliente finale, e lasciando spazio ad offerte anomale e comportamenti "predatori" da parte dei concorrenti.

Le seconde si sono rese disponibili a scendere su un terreno competitivo rischioso perché privo di un minimo ritorno economico e suscettibile di indurre un'immagine distorta della redditività di comparto.

Il forte peso attribuito dal Comune al valore del canone, o corrispettivo, nei criteri di valutazione delle offerte emerge inoltre come elemento di forte squilibrio a favore del gestore uscente in tutti gli scenari analizzati, ponendosi come fattore frenante per lo sviluppo della concorrenza nel settore.

In attesa della fine del periodo transitorio e del contemporaneo rinnovo della stragrande maggioranza delle attuali concessioni, l'assenza di metodiche di valutazione standard, pur in presenza di una bozza del Contratto Tipo, sta quindi consolidando una procedura di gara che, lasciando ai Comuni totale discrezionalità sul metodo di comparazione delle offerte e focalizzando la valutazione sul vantaggio finanziario per il Comune, rischia di appiattire la gestione sui soli parametri qualitativi minimi regolati dall'AEEG.

Conclusioni

In assenza di provvedimenti correttivi, un simile scenario potrebbe portare ad un rapido degrado, quantomeno di una parte del sistema distribuzione del gas:

- in Comuni economicamente marginali, privi della volontà politica o delle risorse organizzative e finanziarie necessarie per la predisposizione di gare aperte anche alla valutazione positiva di parametri gestionali significativi per la qualità del servizio;
- con la rinuncia dei grandi operatori a partecipare a gare prive di tali requisiti o a mantenere nel proprio portafoglio tali concessioni;
- con il ritorno a gestioni "artigianali" ed al massiccio ricorso al subappalto favorito dalla mancanza di clausole di salvaguardia per il personale;
- con la riduzione degli investimenti anche in settori essenziali per la sicurezza.

A seguito delle gare e della ulteriore concentrazione dei grandi operatori su macro aree gestite con standard d'eccellenza, si verrebbe a creare una nuova, estesa catego-

ria di gestioni con standard qualitativi minimi, ancorché teorici viste le ridotte capacità di controllo sia dei Comuni che dell'AEEG, ed il paradossale ritorno alla frammentazione delle gestioni, giustamente ritenuta fra le maggiori cause d'inefficienza del sistema.

È pertanto auspicabile:

- rimuovere le incertezze sul tipo di valutazione finale del patrimonio, sulla titolarità dell'onere del riscatto e sulle regole di salvaguardia dei dipendenti, al fine di perequare le condizioni di gara per tutti i partecipanti;
- standardizzare ed incentivare regole di gara che consentano la corretta valutazione di offerte differenziate sotto il profilo della qualità del servizio e degli interventi proposti;
- favorire le aggregazioni di Comuni in occasione delle gare di concessione, per suddividere i costi della gara, qualificare i capitolati, incrementare l'efficienza della gestione.

1. INTRODUZIONE

1.1. La riforma del mercato interno del gas naturale

Negli ultimi anni si sta assistendo ad un profondo processo di cambiamento dell'organizzazione di tutti i servizi pubblici. La filosofia generale delle leggi di riforma è stata contraddistinta da un cambiamento di ruolo dello Stato, che da "fornitore" diretto di tali servizi è divenuto principalmente "regolatore". Gli strumenti adottati sono stati la netta separazione fra autorità pubblica e imprese pubbliche operanti in tali settori, la privatizzazione delle ex aziende monopoliste, la liberalizzazione dei mercati interessati, l'assegnazione tramite gara delle concessioni di pubblico servizio¹.

Il settore del gas naturale, da sempre caratterizzato dalla presenza di una grande impresa a partecipazione statale, l'ENI, è stato riformato a seguito della direttiva europea n. 98/30/CE, recepita in Italia con il DLgs 23 maggio 2000, n. 164, conosciuto come Decreto Letta. La principale caratteristica della nuova disciplina è stata la disarticolazione della filiera produttiva e la necessaria separazione fra le aziende che operano a diversi livelli. Lo scopo principale di queste nuove norme era quello di liberalizzare il più possibile il settore, anche se alcuni segmenti, come quello dell'importazione e del trasporto, rimanevano caratterizzate dalla presenza dominante di ENI².

A livello locale, il maggiore cambiamento è stato sicuramente la separazione obbligatoria fra la distribuzione e la vendita ai clienti finali. In questo ultimo segmento della filiera si è attuata una vera liberalizzazione, lasciando ad ogni utente la libertà di scegliere il proprio fornitore commerciale³. Nel settore della distribuzione, al contrario, a causa della presenza di condizioni di costo tali da impedire una concorrenza fra più operatori, si è mantenuto il potere degli Enti Locali di assegnare la gestione della rete ad una unica impresa.

Lo scopo di questo quaderno è quello di analizzare più in profondità la nuova disciplina che riguarda questo particolare segmento del settore del gas, cercando di valutare quanto l'applicazione delle nuove norme sia effettivamente coerente con i principi desumibili dalla teoria economica. Più nello specifico, indagheremo le caratteristiche attuali della regolazione della distribuzione del gas, cercando di approfondire le interazioni fra le scelte dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG) e quelle degli Enti Locali.

1.2. La nuova disciplina della distribuzione locale del gas

Il segmento della distribuzione è disciplinato all'articolo 14 del Decreto Letta. In esso si prevede l'obbligo dell'affidamento mediante gara, escludendo così le altre possibilità ammesse in materia di affidamento di servizi pubblici dall'articolo 113 del

¹ Per una analisi dei mercati energetici in cui si evidenziano le similitudini dei mercati elettrici e del gas, vedi Biancardi e Fontini (2005).

² Cf. Polo e Scarpa (2000) e Polidori (2005).

³ Cf. AEEG (2006) per una prima analisi della concorrenza effettiva che si è sviluppata ad oggi in tale segmento della filiera del gas naturale.

T.U. sugli Enti Locali⁴. Tale obbligo non è presente nella direttiva comunitaria, e se si tiene conto anche del fatto che le gare dovranno ripetersi almeno ogni dodici anni, limite massimo fissato per i nuovi affidamenti, si comprende il tentativo del Legislatore italiano di utilizzare tutti gli strumenti disponibili per sfruttare la pressione competitiva a beneficio di un incremento dell'efficienza.

L'articolo 14 contiene pure alcune norme riguardanti la regolazione dei rapporti fra Ente affidante e vincitore della gara e fra quest'ultimo e il gestore preesistente. È previsto che i rapporti fra Ente Locale e impresa debbano essere disciplinati mediante appositi contratti di servizio, stipulati sulla base di un contratto tipo redatto dall'AEEG e approvato dal Ministero dell'Industria, i cui contenuti principali sono enumerati al comma 3; fra questi vi è la durata (che non può comunque essere superiore a dodici anni), gli obiettivi qualitativi, gli aspetti economici del rapporto, i poteri di verifica dell'ente che affida il servizio e le conseguenze degli inadempimenti.

Inoltre il contratto di servizio deve essere integrato dal contenuto dell'offerta proposta in gara dall'impresa aggiudicataria: in essa dovranno essere specificate infatti alcune condizioni economiche, gli impegni relativi ai livelli di qualità e sicurezza, i piani di investimento per il mantenimento e lo sviluppo delle reti.

La lettura congiunta dei commi 4, 8 e 9 sembra indicare che a regime gli impianti dovranno essere di proprietà dell'Ente Locale, che ogni volta ne affida la gestione all'impresa vincitrice della gara, riacquistandone la disponibilità alla scadenza della concessione. Il gestore subentrante deve pagare al gestore precedente solo gli eventuali investimenti non completamente ammortizzati. L'entità di tale indennizzo deve essere resa nota già nel bando di gara.

BOX 1.1: l'articolo 14 del DLgs 164/00

1. L'attività di distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico. Il servizio è affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni. Gli enti locali che affidano il servizio, anche in forma associata, svolgono attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo sulle attività di distribuzione, ed i loro rapporti con il gestore del servizio sono regolati da appositi contratti di servizio, sulla base di un contratto tipo predisposto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed approvato dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto.
2. Ai fini del presente decreto, per enti locali si intendono comuni, unioni di comuni e comunità montane.
3. Nell'ambito dei contratti di servizio di cui al comma 1 sono stabiliti 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.
4. Alla scadenza del periodo di affidamento del servizio, le reti, nonché gli impianti e le dotazioni dichiarati reversibili, rientrano nella piena disponibilità dell'ente locale. Gli stessi beni, se realizzati durante il periodo di affidamento, sono trasfe-

⁴ Si ricorda, per altro, come la modifica dell'articolo 113 del TUEL, che ha introdotto le tre forme di affidamento dei servizi tramite gara per la concessione, affidamento diretto a società mista e affidamento *in house* è intervenuta successivamente all'emanazione del Decreto Letta.

riti all'ente locale alle condizioni stabilite nel bando di gara e nel contratto di servizio.

5. Alle gare di cui al comma 1 sono ammesse, senza limitazioni territoriali, società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, e società cooperative a responsabilità limitata, sulla base di requisiti oggettivi, proporzionati e non discriminatori, con la sola esclusione delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica. Alle gare sono ammessi inoltre i gruppi europei di interesse economico.
6. Nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza, la gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese concorrenti. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio.
7. Gli enti locali avviano la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento, in modo da evitare soluzioni di continuità nella gestione del servizio. Il gestore uscente resta comunque obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento. Ove l'ente locale non provveda entro il termine indicato, la regione, anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, avvia la procedura di gara.
8. Il nuovo gestore, con riferimento agli investimenti realizzati secondo il piano degli investimenti oggetto del precedente affidamento o concessione, è tenuto a subentrare nelle garanzie e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere queste ultime e a corrispondere una somma al distributore uscente in misura pari all'eventuale valore residuo degli ammortamenti di detti investimenti risultanti dai bilanci del gestore uscente e corrispondenti ai piani di ammortamento oggetto del precedente affidamento, al netto degli eventuali contributi pubblici a fondo perduto. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, con proprio provvedimento, stabilisce, in coerenza col sistema tariffario, le modalità dell'eventuale rivalutazione del suddetto valore residuo in relazione all'andamento dei prezzi.
9. Gli oneri gravanti sul nuovo gestore ai sensi del comma 8 sono indicati nel bando di gara. Il gestore subentrante acquisisce la disponibilità degli impianti dalla data del pagamento della somma corrispondente agli oneri suddetti, ovvero dalla data di offerta reale della stessa.

Vedremo nei capitoli successivi (cf. cap. 3.1) come la disciplina del subentro rappresenti uno dei punti di più controversa interpretazione, soprattutto per la difficoltà di coordinamento fra il presente articolo e quello successivo che disciplina il regime transitorio. L'articolo 15 infatti ha dovuto tenere in considerazione il fatto che alla vigilia della riforma la maggioranza delle reti era gestita in concessione da aziende private⁵ e che nel 90% di tali casi le reti risultavano di proprietà degli esercenti stessi, per cui occorre stabilire degli opportuni criteri di indennizzo per la loro devoluzione.

⁵ Cf. AEEG (2001), p. 85. Sulla base dei dati riportati nella Tav. 23, nel 1998 ben 4465 reti su 5757 erano gestite da aziende private.

1.3. Il periodo transitorio

La transizione a questo nuovo tipo di affidamenti era inizialmente disciplinata dall'articolo 15 del Decreto Letta. Esso stabiliva che le concessioni in essere potevano continuare fino alla loro regolare scadenza purché essa non andasse oltre il limite fissato per il periodo transitorio. Tale limite era fissato ordinariamente per il 31 dicembre 2005, ma poteva essere prorogato di alcuni anni nel caso fossero verificate alcune condizioni stabilite al comma 7. Il termine massimo era accordato in caso di concessioni in essere affidate tramite gara, che potevano essere mantenute fino al 2012.

Nel caso di interruzione del rapporto concessorio prima del termine di scadenza naturale si prevedeva che il gestore avesse diritto ad un rimborso a carico del nuovo gestore calcolato nel rispetto dei principi stabiliti nei contratti o, in assenza di essi, sulla base dei criteri dell'articolo 24 R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, escludendo però in ogni caso la valutazione del mancato profitto.

Le pressioni esercitate da molti degli attori in gioco, interessati ad avere una maggiore gradualità nell'applicazione della riforma, hanno portato in seguito all'emanazione della legge 239 del 2004, cd. legge Marzano, il cui intento, come ben chiarito dalla circolare interpretativa n. 2355 dell'11 novembre 2005 emanata dal Ministero delle attività produttive, era quello di posticipare la scadenza del periodo transitorio al 31 dicembre 2007.

Le nuove disposizioni avevano però sollevato un forte problema interpretativo che ha causato un notevole contenzioso davanti al giudice amministrativo che, in più sentenze⁶, aveva stabilito che il termine ordinario del periodo transitorio rimaneva quello del 2005 e che il 2007 rappresentava la "barriera" non oltrepassabile dalle proroghe, salvo il caso di proroga eccezionale per ragioni di pubblico interesse, o il caso di affidamento in essere avvenuto tramite gara.

La disciplina è stata però ulteriormente modificata con il recente decreto legge 30 dicembre 2005 n. 273, cd "milleproroghe", che all'articolo 23 stabilisce che il nuovo termine del periodo transitorio è il 31 dicembre 2007 e che può essere prorogato fino al 2009 se ricorre almeno una delle condizioni previste nel Decreto Letta, e di un ulteriore anno se il Comune delibera che ciò è utile all'interesse generale.

1.4. L'attualità della materia: le gare già effettuate e il relativo contenzioso

La recente proroga del periodo transitorio non rende però meno attuale l'argomento di questo lavoro. Infatti le gare dovranno ugualmente essere effettuate nel giro di pochi anni, e nel frattempo si sta assistendo ad un notevole contenzioso amministrativo riguardo all'applicazione effettiva delle disposizioni del Decreto Letta.

In primo luogo esiste un ampio insieme di ricorsi delle imprese al fine di differire nel tempo l'indizione delle gare o quanto meno ad aumentare al massimo il rimborso dovuto per il trasferimento delle reti. Ma ciò che a noi più interessa è che si è avuto pure un notevole contenzioso sulle modalità di svolgimento delle gare effettuate fino ad oggi. Nel prosieguo del lavoro si farà riferimento diretto ad alcuni ricorsi e alle sentenze con cui sono stati decisi. Qui si può comunque anticipare che i motivi di contestazione sono stati molto diversificati, riguardando le disposizioni incluse negli allegati al bando di gara, come il contratto di servizio, le disposizioni del bando di gara stesso in merito ai criteri di ammissione e di aggiudicazione, le modalità di svolgimento della gara. In alcuni casi si è contestato la illogicità dei criteri di aggiudicazione e in altri si è accusato gli Enti affidanti di non garantire una sufficiente remuneratività al nuovo gestore o di aver accettato offerte "anomale" senza aver verificato la loro fondatezza oggettiva.

⁶ Cf. Cons. Stat. Sez. V n. 3815 del 19 luglio 2005, Cons. Stat. Sez. VI n. 6187 del 7 novembre 2005.

In alcuni di questi ricorsi⁷ è stata chiamata ad intervenire la stessa AEEG che ha espresso un esplicito parere⁸ in proposito.

BOX 1.2: La posizione dell'AEEG e la sua recente segnalazione al Governo

Nel citato parere rivolto al TAR Lombardia l'AEEG afferma che la base d'asta riguardante il canone richiesto al nuovo gestore dovrebbe tenere conto della necessità di lasciare a quest'ultimo un margine di ricavo sufficiente a coprire interamente i costi di gestione e quelli per l'ammortamento del capitale investito, oltre a parte di quelli riconosciuti per la remunerazione di tale capitale e che devono servire a ripagare eventuali interventi non remunerati dalla tariffa.

Pur riconoscendo che il Decreto Letta pone le migliori condizioni economiche fra i criteri di aggiudicazione della gara, e che quindi sia possibile per l'ente affidante richiedere ai partecipanti alla gara la loro disponibilità ad erodere il corrispettivo ad essi riconosciuto in tariffa, l'AEEG, come ben chiarito nella segnalazione inviata al Governo in data 18 ottobre 2005, ritiene che sia comunque necessario che tale erosione risulti contenuta e lamenta come molte delle gare fin oggi svolte abbiano privilegiato il parametro economico a discapito degli aspetti qualitativi e del piano di potenziamento delle reti. In tali casi infatti si ha il rischio, secondo l'AEEG, che il distributore sia indotto ad agire secondo una ottica di breve periodo, con gravi pericoli conseguenti per la sicurezza della popolazione.

1.5. Lo schema dello studio

Il presente lavoro vuole approfondire le preoccupazioni espresse dall'AEEG nel parere al TAR Lombardia e valutare quali possano essere gli accorgimenti da attuare nelle procedure di gara per eliminare, o quanto meno attenuare, i rischi paventati.

Nel prossimo capitolo si sintetizzeranno alcuni aspetti rilevanti della regolazione del settore della distribuzione del gas, esaminando le caratteristiche del metodo tariffario adottato dall'AEEG, le modalità di regolazione della qualità e della sicurezza del servizio, la disciplina dei rapporti fra ente affidante e gestore.

Nel capitolo 3 si inizierà l'approfondimento analitico delle problematiche emerse mostrando la modalità di calcolo della percentuale di VRD (Vincoli sui Ricavi di Distribuzione) che dovrebbe essere posta a base di gara. Dopo una analisi del contenzioso sviluppatosi di fronte ai TAR in merito alla disciplina sul trasferimento degli impianti, si analizzerà come, nel caso la proprietà delle reti sia del gestore preesistente, la percentuale del VRD che può essere ragionevolmente richiesta dal Comune è influenzata dalle decisioni dell'Ente Locale circa le modalità di riscatto e si confronteranno gli esiti di tre scelte alternative, quali: l'assunzione dell'indennizzo da parte dell'Ente Locale stesso, il suo trasferimento sul gestore subentrante prevedendo una cessione gratuita alla fine della nuova concessione, o il trasferimento sul nuovo gestore accompagnata dal trasferimento di proprietà e il riconoscimento di un nuovo indennizzo allo scadere della nuova concessione.

⁷ Cf. ricorso 258/2003 presentato al TAR Lombardia – Sez. di Brescia da Assogas e altri contro il Comune di Mapello e ricorsi 252, 263 e 267/2003 presentati al TAR Lombardia – Sez. di Brescia da varie imprese distributrici contro il Comune di Soave.

⁸ Cf. parere prot. amm. 2263 del 31 luglio 2003.

Nel capitolo 4 si analizzeranno i dati relativi ad alcune concessioni messe a gara nel periodo 2001-06, costruendo a riguardo una banca dati dei bandi relativi: oltre ad una descrizione sommaria delle maggiori caratteristiche si cercherà di esaminare la coerenza logica dei criteri di aggiudicazione e delle formule prescelte per la comparazione delle diverse offerte, facendo pure un confronto fra l'approccio della giurisprudenza e quello dell'analisi economica.

Il capitolo 5 riporterà le principali conclusioni, mirate soprattutto a delineare delle possibili linee guida per il legislatore nazionale e regionale, nel caso decida di disciplinare la discrezionalità delle amministrazioni locali nel condurre le gare, o per gli stessi amministratori che si troveranno a dover scegliere le regole del bando di gara.

Nell'appendice si farà una rassegna della letteratura economica sul tema dell'affidamento mediante gara di concessioni, in modo da avere una chiara base teorica per inquadrare le maggiori problematiche esistenti nel contesto esaminato⁹.

⁹ L'appendice si pone l'obiettivo di fornire alcune chiavi interpretative che la teoria economica propone per risolvere le potenziali inefficienze dei servizi offerti in condizioni di monopolio naturale. I capitoli, viceversa, risultano essere di matrice empirica ed applicativa.

Parte prima
Il contesto

2. LA REGOLAZIONE DELLA DISTRIBUZIONE DEL GAS

In Italia molte materie in tema di distribuzione del gas sono demandate all'attenta disciplina dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG), e qui ci soffermeremo in particolare sulla regolazione della tariffa e della qualità e sicurezza del servizio. Inoltre il Decreto Letta aveva delegato l'AEEG a redigere un contratto tipo che disciplinasse i rapporti fra Ente concedente e impresa distributrice. Tale contratto tipo è stato emanato con la delibera 55/04, ma è ancora in attesa della indispensabile approvazione da parte del Ministero competente e questo fatto ha creato notevoli incertezze fra gli operatori, riverberandosi in parte anche nel contenzioso. Nell'analisi successiva dedicheremo spazio ad una sommaria descrizione dei contenuti del contratto tipo, al fine di avere dei termini di riferimento quando analizzeremo le principali previsioni contenute nei contratti allegati ai bandi di gare già effettuate.

2.1. La regolazione tariffaria

I ricavi derivanti dall'attività di distribuzione del gas vengono regolati dall'AEEG a causa del fatto che l'esistenza di condizioni di monopolio naturale in questo segmento della filiera impedisce un efficiente funzionamento di un libero mercato. La legge istitutiva dell'AEEG, la 81/95, prevedeva che le tariffe nel settore del gas fossero determinate con un metodo *price cap*. Sulla base di tale indicazione l'Authority aveva inizialmente elaborato un metodo tariffario ordinario¹⁰ che prevedeva che i ricavi massimi del gestore di una rete dovessero essere inferiori ad un tetto massimo, definito Vincolo ai Ricavi di Distribuzione (VRD)¹¹, calcolato in modo parametrico e quindi del tutto slegato dai costi effettivi delle imprese.

A seguito del ricorso di alcuni gestori il TAR Lombardia¹² confermò la validità di una tale impostazione, ma dichiarò che il metodo era illegittimo nella parte in cui non permetteva alle imprese dotate di dati di bilancio certi e concreti, di riportare le tariffe al capitale investito risultante dai libri contabili. A seguito di ciò si è giunti all'elaborazione di un metodo individuale¹³ che permette alle imprese aventi bilanci certificati di calcolare il vincolo tariffario sulla base, almeno in parte, dei dati contabili.

A prima vista la compresenza dei due metodi sembra lasciare alle imprese la scelta fra l'essere regolate tramite un criterio *price cap* o tramite uno *cost plus*¹⁴. Fra l'altro, se inizialmente il metodo individuale era visto come un metodo eccezionale, applicabile soltanto dalle imprese dotate di contabilità attendibile, dal 2003 è divenuto un

¹⁰ Per il primo periodo di regolazione il metodo ordinario è stato disciplinato dalla delibera 237/00, mentre per il secondo periodo è stato inizialmente definito con la delibera 170/04, che però ha subito modifiche a seguito dei ricorsi che menzioneremo nel testo.

¹¹ Il VRD è composto da due voci, il costo di gestione (CGD), calcolato in funzione del numero di utenti dell'impianto, della densità abitativa e del volume di gas immesso in rete, e il costo del capitale (CCD), comprensivo sia degli ammortamenti tecnici che della remunerazione del capitale investito. Dato che molte imprese non avevano inizialmente una contabilità attendibile per la definizione del loro capitale investito, l'Authority definì un criterio parametrico anche per la definizione di tale voce.

¹² Cf. TAR Lombardia, sentenze 6694/01, 6695/01, 6698/01.

¹³ Tale metodo è stato dapprima definito con la delibera 87/03, mentre attualmente è disciplinato dalla delibera 171/05.

¹⁴ Vedi in proposito il paragrafo 3 dell'Appendice.

metodo alla portata di tutti i gestori, in quanto vige la certificazione obbligatoria del bilancio per ogni impresa operante nel settore.

Ad un esame più approfondito però le differenze fra i due metodi si assottigliano. In primo luogo il metodo individuale non permette di coprire qualsiasi tipo di costo. Inizialmente esso era applicato soltanto per valutare il Capitale Investito Netto, sulla cui base veniva calcolata una delle due componenti del VRD, quella relativa agli ammortamenti e alla remunerazione del capitale (CCD). Con la recente delibera 171/05 si è previsto di definire sulla base delle risultanze contabili anche i costi operativi, ma nel caso che tali costi differiscano oltre una certa soglia da un valore di riferimento calcolato parametricamente, il gestore deve essere in grado di dimostrare che tale scostamento è dovuto a circostanze esogene all'organizzazione dell'impresa, altrimenti non si vedrà riconosciuto tale importo in eccesso. Inoltre, anche nel caso di metodo individuale si applica un criterio di aggiornamento annuale delle tariffe che prevede un recupero di produttività, ad oggi fissato pari al 5% della parte di VRD associata ai costi di gestione e agli ammortamenti tecnici.

Allo stesso tempo, la forza incentivante del metodo ordinario è stata smorzata nel tempo. Infatti l'AEEG aveva previsto che nel secondo periodo di regolazione, disciplinato dalla delibera 170/04, il metodo ordinario consistesse semplicemente nell'aggiornamento del VRD calcolato parametricamente negli anni precedenti. Una tale misura ha però provocato il ricorso di diversi gestori in quanto non permetteva loro di recuperare in tariffa gli investimenti effettuati a seguito dell'ultimo anno termico del primo periodo di regolazione. In realtà il metodo ordinario permetteva di coprire ogni anno un livello di investimenti pari all'ammortamento del capitale investito e incentivava così a raggiungere gli standard di servizio con la minima entità possibile di nuovi investimenti.

Il TAR Lombardia¹⁵ ha però ritenuto opportuno accogliere le lamentele delle imprese riguardo a questo punto in quanto, secondo la sua lettura, un tale metodo viola il principio di equa remunerazione del capitale investito e risulta pure dannoso in quanto disincentiva le imprese dall'effettuare investimenti per il miglioramento del servizio. L'Authority è così dovuta intervenire¹⁶ per adeguare il metodo ordinario a tale sentenza e ha previsto un metodo misto, in cui i costi operativi sono fissati secondo un metodo parametrico, mentre il capitale investito netto, che determina la quota di remunerazione e ammortamenti coperti in tariffa, è annualmente incrementato sulla base degli investimenti realizzati nell'anno precedente, al netto degli ammortamenti già riconosciuti in tariffa e dei contributi a fondo perduto ricevuti dalla PA o da privati.

Quindi entrambi i metodi finiscono per spingere le imprese ad un risparmio sui costi operativi mentre sono più complessi gli incentivi ad una riduzione dei costi associati ai nuovi investimenti. Infatti l'impresa può avere una duplice tentazione:

- la prima è quella di limitare tali costi sotto il livello della quota riconosciuta in tariffa per gli ammortamenti, in modo da appropriarsi della differenza;
- la seconda è quella di eccedere negli investimenti, in modo da aumentare il capitale investito riconosciuto ed anche la conseguente remunerazione.

¹⁵ Cf. TAR Lombardia Milano – Sez. IV – Sent. 11 marzo 2005, n. 531.

¹⁶ Cf. Delibere 192/04, 62/05, 122/05.

Quindi i Comuni, nella fase di gara, devono stare attenti a due possibili distorsioni: la prima è quella che una richiesta di alti canoni causi un incentivo al risparmio sugli investimenti, a cui sarebbe correlato uno scadimento della qualità e della sicurezza del servizio. Si potrebbe pensare di ovviare a tale problema premiando le imprese che si impegnano ad offrire un elevato ammontare di investimenti, ma in tal caso però si cade nel rischio opposto, quello di incentivare investimenti inutili. Infatti il metodo tariffario assicura alle imprese il recupero dei costi sostenuti a tale fine e le imprese troveranno conveniente fare offerte eccessivamente generose.

Nel regime tariffario vigente permangono infine alcuni elementi di incertezza che non permettono agli operatori di conoscere con sufficiente precisione i loro margini di profitto futuri e questo fatto introduce una notevole difficoltà nel calcolo che ogni impresa deve effettuare quando si accinge a proporre un canone per l'intera durata di una concessione.

In primo luogo vi è il problema che le tariffe sono regolate ogni tre anni, mentre le concessioni durano dodici. Ogni impresa è così costretta a basare un'offerta su un metodo tariffario forzatamente transitorio e corre il rischio di trovarsi poi a gestire il contratto con tariffe diverse rispetto a quelle attese. Inoltre, ad oggi non è chiaro quale sarà il tasso di recupero di produttività. Come già detto, l'AEEG nella delibera 170/04 ha previsto che ogni anno il VRD debba diminuire in misura pari al 5% della quota relativa a costi di gestione e ammortamenti. Ma il TAR Lombardia, nella sentenza 541/05, ha affermato che tale previsione è illogica nella parte in cui prevede un recupero di produttività costante per tutto il periodo regolatorio, in quanto, avvicinandosi alla frontiera della massima efficienza, è fisiologico che i miglioramenti possibili diminuiscano. Recentemente il Consiglio di Stato ha dichiarato infondato il ricorso promosso dall'AEEG su quest'ultimo aspetto, per cui la percentuale di recupero di efficienza per gli anni a venire resta indefinita¹⁷.

Questo paragrafo non ha certo esaurito le vicissitudini dei metodi tariffari con cui l'Authority ha cercato di regolare la tariffa della distribuzione, ma è stato sufficiente a evidenziare come questa disciplina sia stata molto mutevole e spesso caratterizzata da una forte incertezza nella sua applicazione a causa del frequente contenzioso che ha provocato.

La teoria economica, come spiegato in appendice, sta sempre più sottolineando come i criteri per aggiudicare tramite gara una concessione dovrebbero essere in qualche modo raccordati con il metodo che disciplina le tariffe che il concessionario può chiedere agli utenti. Appare però evidente come nella realtà istituzionale italiana questo raccordo sia piuttosto critico; vi è infatti il problema che la gara e la tariffa sono disciplinati da soggetti diversi (i Comuni e l'Authority) e sono pure "aggiornate" nel tempo con cadenze diverse (le gare si ripetono ogni dodici anni, le tariffe sono aggiornate ogni tre). Infine, è alquanto complicato stabilire dei criteri di aggiudicazione capaci di fornire incentivi corretti ai concorrenti se non si può sapere con precisione come la tariffa sarà disciplinata nel tempo.

¹⁷ Cf. Consiglio di Stato, Sez. VI, dispositivo 6 dicembre 2005, n. 652; la sentenza con le relative motivazioni non è ancora stata pubblicata.

BOX 2.1: La regolazione della qualità e della sicurezza: il ruolo dell'AEEG

I poteri dell'AEEG in materia di regolazione della qualità dei servizi trovano la loro origine già nella legge istitutiva, la 481/95, secondo cui l'AEEG può stabilire gli standard da raggiungere, gli indennizzi automatici agli utenti nel caso di inadempimenti dannosi nei loro confronti, le penalità generali, da inserire nella stessa formula tariffaria. Con tali previsioni si voleva superare lo stato preesistente in cui la qualità era autoregolamentata dagli stessi esercenti, che nelle proprie carte dei servizi avevano stabilito obblighi molto disomogenei e generalmente prudenziali. I primi atti significativi dell'AEEG su questi aspetti sono la deliberazione 236/00, in materia di sicurezza e continuità del servizio di distribuzione, e la 47/00 in materia di qualità commerciale. Tali delibere hanno individuato dei chiari indicatori della qualità, hanno fissato degli standard generali, riferiti al complesso delle prestazioni rese ai clienti, e degli standard specifici, associati alle singole prestazioni. Nel caso di mancato raggiungimento di questi ultimi sono previsti dei rimborsi automatici agli utenti, mentre quando l'inadempimento riguarda i primi si ha una riduzione delle entrate tariffarie mediante l'applicazione di apposite penalità. Il controllo delle prestazioni è basato su un obbligo di registrazione e comunicazione dei dati relativi agli indicatori da parte delle singole imprese distributrici, pur in presenza di un potere di ispezione da parte dell'AEEG.

Recentemente la regolazione della qualità è stata aggiornata dal Testo integrato, emanato con la delibera 168/04, e dalle sue successive modifiche in tema di incentivi alla sicurezza, contenute nella delibera 243/05.

Senza voler scendere nel dettaglio degli aspetti qualitativi sottoposti a controllo, crediamo importante, ai fini di questo lavoro, descrivere la struttura di fondo di tale attività regolatoria, evidenziandone i principali pregi e difetti alla luce dei principi delineati dalla teoria economica.

Gli indicatori prescelti dall'AEEG sono stati individuati in linea con le prescrizioni della teoria in quanto essi sono:

- associati ad aspetti fortemente connessi all'utilità sociale del servizio,
- abbastanza influenzabili dalle scelte e dai comportamenti del gestore,
- facilmente misurabili e verificabili da parte del regolatore.

Inoltre tali indicatori sono basati in buona parte sulla verifica delle conseguenze della prestazione delle singole imprese più che su un controllo della loro spesa o delle loro soluzioni adottate per raggiungere gli obiettivi qualitativi. In tal modo il rischio connesso alla mancata efficacia delle azioni intraprese per garantire la qualità del servizio è interamente spostato sulle imprese che così saranno incentivate ad utilizzare al meglio le loro conoscenze tecnologiche in materia.

Dalla lettura dei documenti di consultazione che precedono le delibere e delle relazioni tecniche che le accompagnano si rileva il forte impegno dell'AEEG a migliorare la regolazione della qualità attraverso un innalzamento degli standard da raggiungere e l'individuazione di indicatori che siano capaci di monitorare tutti i comportamenti dei gestori.

Quindi la struttura degli incentivi sembra potenzialmente ben costruita, ma un suo primo evidente punto debole è il reale controllo delle prestazioni registrate e comunicate dai singoli gestori. Infatti, data la forte frammentazione presente nel settore della distribuzione del gas, è impensabile che l'AEEG possa fare ispezioni in tutte le imprese per verificare la veridicità dei dati da queste comunicati. Per questo motivo nel testo integrato è istituita una procedura di controllo a campione sulla conformità dei dati. In tal modo sarà possibile ridurre i tempi delle ispezioni e sottoporre a controllo un maggior numero di aziende. Il controllo a campione rischia chiaramente in alcuni casi di assegnare delle penalità superiori rispetto a

quelle che l'azienda avrebbe "meritato", ma per evitare che ciò possa creare distorsioni troppo ampie l'AEEG ha previsto che l'impresa che si senta eccessivamente punita può sempre chiedere di essere sottoposta ad un controllo più approfondito.

È evidente quindi che per comprendere quanto la regolazione della qualità da parte dell'AEEG sia sufficiente a incentivare correttamente i gestori ad adempiere alle prestazioni prefissate occorrerà aspettare la messa a regime del sistema dei controlli. Infatti i dati comunicati dalle aziende fino ad oggi sembrano indicare un livello di qualità medio delle loro performance più che soddisfacente, ma desta sospetto il fatto che alcune aziende in risposta al documento di consultazione abbiano richiesto un abbassamento delle penali in vista del numero di prestazioni che potrebbero risultare non conformi a seguito dei controlli.

L'altro punto debole consiste proprio nell'entità delle penali. Oltre a quelle previste nella legge 481/95 articolo 2.20 nei casi di gravi negligenze, il testo integrato fissa sanzioni solo per il mancato raggiungimento del livello di riferimento dello standard generale relativo ai tempi di risposta alle chiamate di pronto intervento e in caso di violazione di standard specifici. Il mancato raggiungimento dei livelli di riferimento per gli altri indicatori di sicurezza non dà luogo a penali, ma è utilizzato soltanto per valutare la performance relativa di ogni impianto di distribuzione mediante una tecnica di *benchmarking*.

L'efficacia delle penali nel disincentivare i comportamenti opportunistici dipende dall'ammontare delle sanzioni. I termini attuali, che prevedono una penale pari a 500 euro per ogni caso che contribuisce al mancato raggiungimento dello standard, mentre è di alcune decine di euro nel caso di violazione di standard specifico, è difficile che siano efficaci in quanto appaiono minori rispetto ai risparmi di costo che le aziende possono ottenere assicurando prestazioni non conformi agli obblighi ad esse imposti.

Infine, un ulteriore punto debole, rilevato anche dalla stessa AEEG, è la difficoltà di dare corretti incentivi alla sicurezza del servizio a causa della mancanza di indicatori affidabili connessi a tale aspetto. In tale situazione vi è il grave rischio che il metodo tariffario ispirato al *price cap*, obbligando le imprese a recuperi efficienza annuali, induca i gestori a risparmiare proprio su quei costi necessari a garantire la sicurezza. La stessa AEEG nel documento di consultazione sugli incentivi alla sicurezza, riconosceva che tale rischio era aggravato dai termini di concessione molto brevi previsti dal Decreto Letta e dalla tendenza dei Comuni a richiedere alti canoni¹⁸.

La recente delibera 243/05 ha introdotto dei nuovi incentivi per fronteggiare questo rischio. Si prevede infatti che ogni impianto di distribuzione riceva un punteggio basato sul miglioramento delle prestazioni in termini di riduzione delle dispersioni e aumento delle misure del grado di odorizzazione del gas. Sulla base del punteggio ottenuto al gestore di tale impianto possono essere riconosciuti dei premi fino ad un max del 2% sul VRD dell'impianto in questione. Tali somme non saranno però assegnate se in tale impianto si verificheranno degli incidenti da gas e se il gestore non saprà dimostrare la sua completa estraneità rispetto a tale accadimento.

Questi nuovi accorgimenti hanno sicuramente l'obiettivo di fronteggiare il rischio che i recuperi di efficienza vengano fatti a scapito della sicurezza, ma viene da chiedersi se un incentivo pari ad un massimo del 2% sul VRD di un impianto sia sufficiente a ricompensare i costi della sicurezza. La forte erosione del VRD mediante la offerta di alti canoni di concessione nelle gare d'altronde lascia, in molti casi, pochi margini per trovare ulteriori fondi con cui finanziare tali tipi di interventi.

¹⁸ Cf. AEEG, documento di consultazione del 20 dicembre 2004, punto 2.2.

La nostra opinione è che fino ad oggi l'AEEG abbia ben svolto il compito di regolazione della qualità, e che le imprese si siano dimostrate mediamente all'altezza degli obiettivi che sono stati fissati in termini di sicurezza e qualità del servizio. Tutto ciò è avvenuto però mentre le imprese erano obbligate ai soli recuperi di produttività previsti dal metodo tariffario; tale metodo crea incentivi al risparmio dei costi ma, coerentemente agli stessi obiettivi dell'AEEG, non mette certo a repentaglio l'equilibrio economico finanziario delle imprese. L'obbligo di affidamento mediante gara del servizio introduce però una pressione molto più forte sugli operatori del settore in quanto viene minacciato non solo il livello dei loro profitti, ma la loro stessa sopravvivenza. È in questa ottica che si possono comprendere le offerte fortemente aggressive dal punto di vista economico a cui si è assistito in alcune gare. La domanda legittima è se il sistema degli incentivi alla qualità disegnato fino ad oggi possa essere capace di reggere l'urto di questa dinamica concorrenziale o se non si corra il rischio che ceda, portando allo "scoppio" di problemi ad oggi assenti.

2.2. Il contratto tipo redatto dall'AEEG

Recentemente nella teoria economica si è sviluppato un dibattito¹⁹ sui diversi assetti istituzionali con cui in diversi paesi vengono regolati i monopoli naturali, in cui si contrappone il modello di regolazione attraverso una "Agenzia", come è stato scelto nel Regno Unito nella fase delle privatizzazioni, a quello basato sui "contratti" siglati fra impresa e autorità pubblica, come avviene ad esempio in Francia nel settore idrico.

Senza voler entrare nel merito di quel dibattito, basta qui rilevare che il settore della distribuzione del gas che esaminiamo in questo quaderno si trova ad essere disciplinato attraverso una forma ibrida in cui alla regolazione dell'AEEG si affiancano anche i poteri assegnati agli Enti Locali. La delibera 55/04 con cui l'AEEG ha sottoposto al Ministero il contratto tipo che dovrebbe regolare i rapporti fra PA e gestore del servizio di distribuzione del gas ha una relazione tecnica molto interessante in quanto esplica quale sia la ripartizione dei compiti fra Authority e Ente Locale secondo l'interpretazione normativa dell'AEEG stessa.

Il regolatore ha il compito di perseguire la promozione della concorrenza e la tutela dei consumatori mentre gli Enti Locali sono ritenuti titolari dei compiti di natura politica, quali l'indirizzo, la programmazione, la vigilanza e il controllo. È evidente come l'Autorità si trovi quindi a dover tutelare un intero settore mentre ogni Comune sovrintende esclusivamente alla sua specifica concessione, per cui non sorprende la forte asimmetria che si rileva fra questi due poteri: quello dell'Autorità è di natura indipendente e non può essere condizionato dagli atti dei Comuni; questi ultimi invece nelle loro deliberazioni devono tenere conto di quanto previsto dall'Autorità stessa.

In tal senso si può comprendere il potere assegnato all'AEEG di emanare il contratto tipo: esso rappresenta infatti uno schema di disposizioni che potranno essere integrate, ma non derogate, dai singoli contratti di servizio siglati dagli Enti affidanti. La forza delle delibere dell'Autorità è tale che all'entrata in vigore del contratto tipo i contratti di servizio siglati in seguito ad un nuovo affidamento dovranno essere modificati nel caso contengano previsioni contrastanti con il contratto tipo stesso. Ma l'asimmetria risulta chiara anche dal reale ruolo svolto dal contratto stesso, che dovendo recepire tutti gli atti di regolazione dell'AEEG mantiene una autonoma rilevanza sol-

¹⁹ Cf. Foster (2005) e Bakovic et al. (2003).

tanto in merito alla disciplina della organizzazione del servizio e della gestione delle infrastrutture²⁰.

La gestione delle infrastrutture è ritenuta un ambito dove i Comuni possono esercitare il loro potere discrezionale in funzione della loro proprietà sulle infrastrutture stesse; nel caso in cui l'Ente Locale sia proprietario della rete, infatti, questa viene affidata soltanto in gestione, mentre l'Ente Locale rimane titolare della nuda proprietà e mantiene quindi i diritti tipici del locatore, cioè quello alla conservazione in buono stato del bene locato e del percepimento dei frutti civili che derivano dallo sfruttamento del bene stesso. In particolare, nella parte II il contratto tipo prevede che vengano disciplinati gli interventi di sviluppo della rete e degli impianti e distingue fra interventi previsti e interventi ulteriori, lasciando alle parti la libertà di regolare i rapporti economici derivanti da essi, anche nel caso in cui parte degli interventi realizzati non risulti completamente ammortizzato alla scadenza dell'affidamento.

Quindi nella analisi di caso che svolgeremo nel capitolo 4 sarà interessante evidenziare le scelte operate dai diversi Comuni in merito alla liquidazione degli eventuali investimenti non completamente ammortizzati. Possiamo già anticipare che molti dei contratti allegati ai recenti bandi prevedono che il gestore si debba impegnare a non richiedere nessun indennizzo al termine dell'affidamento per gli investimenti che realizzerà nei dodici anni, a meno che non si tratti di interventi non previsti nel piano industriale iniziale e che siano stati in seguito richiesti, o quanto meno autorizzati, dal committente. Ma questo tipo di clausola contrattuale appare di dubbia legittimità ed è infatti stata fonte di contenzioso.

È interessante anche rilevare come nella relazione tecnica esaminata l'AEEG riconosca agli Enti affidanti il potere di richiedere, in sede di presentazione delle offerte, la proposta di standard di qualità e sicurezza più elevati rispetto a quelli minimi previsti nelle sue delibere, ma non è chiarito chi verificherà il corretto adempimento dato che il contratto tipo non prevede un controllo strutturato sulle prestazioni da parte dell'Ente titolare, ma solo episodico. Il testo integrato sulla qualità prevede che in tali casi i nuovi standard dovranno essere comunicati anche all'AEEG.

Infine sono interessanti le disposizioni del contratto tipo riguardo alle conseguenze degli inadempimenti e alla disciplina delle controversie. In merito ai primi l'AEEG ha scelto di lasciare alla libera scelta delle parti la determinazione dell'entità delle penali degli obblighi contrattuali. Manca però la strutturazione, attraverso appositi termini contrattuali, di un efficace sistema di controllo delle prestazioni da parte dell'ente affidante, al quale è semplicemente assegnato un generico diritto di fare ispezioni e di essere annualmente informato sull'andamento della gestione.

È evidente che secondo tale schema di contratto il compito di controllare la qualità delle prestazioni resta una prerogativa dell'AEEG, la quale però, come evidenziato nel capitolo precedente, si basa sui dati autocertificati dalle imprese e svolge solo controlli a campione per verificare il reale rispetto degli standard prefissati.

Rispetto alle possibili controversie è prevista l'introduzione sia di una clausola compromissoria obbligatoria, secondo cui tutte le controversie sull'interpretazione del contratto saranno devolute ad un collegio arbitrale, sia una clausola ulteriore che prevede

²⁰ Secondo le parole della stessa AEEG (ultimo paragrafo cap. 1 della rel. tecn. alla delibera 55/04): *“la figura dell'affidamento del servizio, e del relativo contratto, è del tutto residuale, posto che la maggior parte delle disposizioni che regolano le modalità di svolgimento del servizio medesimo risiedono in provvedimenti dell'Autorità. (...) il contratto tipo conserva una autonoma rilevanza solamente in relazione alla disciplina relativa all'organizzazione e alla gestione delle infrastrutture mediante le quali viene espletato il servizio. Per i restanti profili invece il contratto tipo deriva il suo contenuto dai provvedimenti posti dall'Autorità, in relazione ai quali o contiene norme che consentono un adeguato raccordo, col contenuto di tali provvedimenti, o si limita a prevedere meri rinvii”*.

la possibilità per le parti di sottoporre ad un esperto la soluzione di controversie esclusivamente tecniche. In tale caso la sua decisione è definitiva e vincolante per le parti.

Quindi, per quanto riguarda la disciplina contrattuale del rapporto fra Comune e concessionario, possiamo concludere che in questo caso gli elementi di incertezza sono costituiti dalla mancata approvazione, fino ad oggi, del contratto tipo proposto dall'AEEG, da una poco chiara allocazione del controllo sugli standard “promessi” dall'impresa e dall'ampia libertà lasciata agli Enti Locali nel disciplinare gli obblighi del gestore in termini di investimenti da realizzare e di determinazione del valore residuo degli investimenti stessi.

Nel prossimo capitolo riprenderemo proprio quest'ultimo punto, cercando di analizzare da vari punti di vista il legame esistente fra disciplina della gestione della rete e valore “atteso” del canone di concessione.

3. IL VALORE ATTESO DEL CANONE ED IL PROBLEMA DEL RISCATTO DELLA RETE

3.1. La disciplina del subentro: normativa e contenzioso

Le gare svolte fino ad oggi sono state accompagnate da un ampio contenzioso fra imprese e Enti affidanti. Cercheremo qui di seguito di limitare la nostra sintesi agli aspetti che riguardano più da vicino le problematiche analizzate in questa ricerca, evidenziando alcuni elementi contestati dalle imprese e riportando la posizione espressa dai giudici in proposito. In questo capitolo esamineremo le contestazioni relative ai problemi riguardanti i termini contrattuali sull'avvicendamento dei gestori e la disciplina del passaggio della proprietà sugli impianti. Nel capitolo successivo dedicheremo invece un paragrafo all'esame del contenzioso sui bandi di gara.

Un primo punto sollevato dalle imprese riguarda il problema dell'indennizzo al gestore uscente per il riscatto degli impianti. La disciplina del subentro prevista dal Decreto Letta è purtroppo di difficile interpretazione a causa della difficoltà di coordinare le disposizioni contenute negli articoli 14 e 15.

Secondo il comma 8 dell'articolo 14 il nuovo entrante sarebbe tenuto a rimborsare il gestore preesistente gli eventuali investimenti realizzati da quest'ultimo e non ancora ammortizzati completamente; il criterio previsto per il calcolo dell'indennizzo è puramente contabile e deve considerare sia gli eventuali contributi a fondo perduto ricevuti, sia la rivalutazione del valore dei beni. Secondo il comma 4 invece, alla scadenza della concessione i beni rientrano nella piena disponibilità dell'ente affidante e le condizioni di trasferimento di tali beni e di quelli eventualmente costruiti nel corso della nuova concessione sarebbero quelle stabilite nel bando di gara o nel contratto di servizio.

Viene da chiedersi quindi se gli Enti Locali possano introdurre nel contratto di servizio disposizioni differenti rispetto alle previsioni del comma 8. Il contratto tipo redatto dall'AEEG, come si è già detto, non entra nel merito della disciplina dei rapporti economici conseguenti alla manutenzione ed estensione delle infrastrutture, per cui l'unica traccia per analizzare queste norme è data da una analisi dei comportamenti adottati dai Comuni e delle pronunce della giurisprudenza in caso di contenzioso su questo aspetto.

La complicazione ulteriore tuttavia deriva dalla lettura dell'articolo 15, secondo cui, nel periodo transitorio, i gestori subentranti dovranno pagare a quelli uscenti l'intero valore a stima industriale degli impianti di cui sono proprietari. Non si comprende però in tal caso come possano recuperare tale indennizzo dato che la loro gestione durerà soltanto dodici anni e che alla fine di questi non avranno diritto ad un pari indennizzo, ma soltanto al rimborso degli investimenti da essi realizzati e non ammortizzati. Per comprendere più a fondo questo aspetto vediamo come si è pronunciata la giurisprudenza fino ad oggi.

In un Comune in cui la concessione del gas era giunta a scadenza naturale, era stato emanato un bando per il riaffidamento del servizio che prevedeva che il gestore entrante potesse scegliere fra la realizzazione ex novo dell'impianto di distribuzione o il riscatto dell'impianto già esistente a seguito di autonoma negoziazione con il precedente gestore, legittimo proprietario delle reti. L'*incumbent* in questione ha fatto ricorso al

TAR che ha accolto le sue lamentele, riconoscendo il suo diritto all'indennizzo secondo quanto stabilito dall'articolo 15 del Decreto Letta²¹.

Più controversa appare la decisione circa chi debba pagare tale indennizzo. Secondo l'indirizzo già espresso dallo stesso giudice in un diverso ricorso²², in caso di termine della concessione per scadenza naturale l'indennizzo deve gravare sull'Ente Locale, mentre in caso di scadenza anticipata ex articolo 15 del Decreto Letta tale indennizzo dovrebbe essere pagato dall'impresa subentrante. È questa l'interpretazione che il Tribunale amministrativo di Milano ha dato del quinto comma dell'articolo 15 del Decreto Letta, cercando di trovare un equilibrio fra l'obiettivo di garantire una effettiva contendibilità del mercato con quello di assicurare un equo indennizzo ai gestori che fossero costretti ad una scadenza anticipata della loro concessione.

L'interpretazione del TAR Lombardia però è basata su motivazioni non prive di aporie logiche, come già rilevato da autorevole dottrina²³. Infatti la ratio del Decreto Letta a regime è quella di prevedere gare in cui gli impianti sono di proprietà del Comune, che di volta in volta li mette a disposizione del nuovo gestore. In fase di subentro quest'ultimo, ai sensi dell'articolo 14 del decreto, è tenuto a pagare al gestore uscente soltanto il valore residuo degli investimenti realizzati e non completamente ammortizzati. Alla luce di questi principi non si capisce la logica con cui la norma sul regime transitorio obbligherebbe i nuovi gestori a pagare l'intero valore industriale degli impianti. Le possibilità infatti sono due, ed entrambe alquanto problematiche: infatti, se a fronte di tale indennizzo il nuovo gestore acquisisce la proprietà degli impianti, allora si ha una contraddizione con l'articolo 14, che prevede a regime che la proprietà degli impianti sia dell'Ente Locale; oppure si assume che il gestore subentrante sia tenuto a pagare l'indennizzo senza per questo divenire proprietario, ma in tal caso è difficile capire come la sua gestione possa divenire remunerativa, favorendo così in modo evidente gli attuali *incumbent* e vanificando l'intento del Decreto Letta di aprire il settore ad una efficace concorrenza.

Per superare tali aporie, la dottrina ha proposto alcune diverse interpretazioni dell'articolo 15, difficilmente riconducibili per la verità al dato letterale della norma, ma in astratto più coerenti dal punto di vista logico. Secondo l'autore già citato si potrebbero dedurre dalla legge tre possibilità:

- anche nel regime transitorio il nuovo gestore è tenuto a pagare solo gli investimenti non ammortizzati del gestore uscente, mentre il valore industriale degli impianti dovrebbe essere corrisposto dal Comune;
- il gestore subentrante paga l'indennizzo ma diviene proprietario, e alla fine della sua gestione riscuote la parte di valore industriale non ancora ammortizzata tecnicamente;
- la proprietà degli impianti passa all'Ente Locale ma l'indennizzo è pagato dal gestore subentrante il quale però ha diritto, alla fine dei dodici anni, a richiedere un contributo al nuovo entrante pari alla quota di indennizzo non ammortizzato finanziariamente.

Vedremo nel capitolo 4 quali siano state le scelte effettuate sino ad oggi dagli Enti Locali posti in questa incertezza normativa. Nel paragrafo successivo invece cercheremo di valutare quale di queste ipotesi sia più efficiente dal punto di vista economico.

L'incertezza normativa non è limitata soltanto all'imputazione dell'indennizzo per il riscatto degli impianti, ma si estende pure all'entità del valore residuo che, ai sensi

²¹ Cf. TAR Lombardia Milano – Sez. III, Sent. 14 ottobre 2005, n. 3794.

²² Cf. TAR Lombardia Milano – Sez. III, Sent. 28 settembre 2005, n. 3688.

²³ Cf. Ferla S. (2006).

dell'articolo 14, dovrà essere pagato dal subentrante all'*incumbent* per gli investimenti realizzati da quest'ultimo e non completamente ammortizzati. Esiste già un diffuso contenzioso sulla materia provocato dalla previsione contenuta in alcuni contratti di servizio allegati ai bandi, secondo cui il gestore si deve impegnare a consegnare gli impianti alla scadenza della concessione senza aver diritto a riscuotere dal subentrante l'indennità per il valore residuo degli investimenti realizzati e non ancora ammortizzati completamente²⁴. Tale contestazione appare ad esempio nel ricorso 81/2004 presentato al TAR Abruzzo, ma la sentenza²⁵ non entra nel merito del quesito in quanto giudica inammissibile, per motivi procedurali, il ricorso stesso.

Un esame di alcune pronunce del TAR Lombardia Sez. di Brescia su questo punto dimostra la difficoltà della giurisprudenza nel dare indicazioni certe. In una prima ordinanza²⁶ relativa ad un ricorso contro il Comune di Lonato le lamentele delle ricorrenti sono state rigettate, riconoscendo al Comune la potestà discrezionale di obbligare il futuro gestore a completare gli ammortamenti entro la durata dell'affidamento. In una recente sentenza²⁷ però, lo stesso giudice amministrativo esprimendosi su alcuni ricorsi contro il Comune di Vigasio, ha rilevato come l'obbligo di non prevedere valori residui a carico dell'impresa subentrante sia un onere eccessivamente gravoso per il gestore. Infatti il metodo previsto dalla delibera 237/00 dell'AEEG prevede che la tariffa copra l'ammortamento del capitale nella misura del 2%, per cui in dodici anni non è possibile recuperare più di un quarto degli investimenti effettuati. Secondo il giudice amministrativo, se il Comune ha l'obiettivo che il valore residuo degli investimenti non costituisca un ostacolo alla concorrenza nel momento della gara successiva, può prevedere un limite ragionevole alla sua entità o può premiare in gara le imprese si offrono di rinunciare a parte dell'ammortamento.

Questo orientamento è confermato anche dal TAR Lombardia – Milano Sez. III con la sentenza 14 ottobre 2005 n. 3793. In essa il giudice ha affermato che la previsione contenuta all'articolo 14 del Decreto Letta, secondo cui il gestore uscente ha diritto ad un indennizzo per gli investimenti realizzati e non ammortizzati, costituisce una architave fondamentale del nuovo regime di gestione della distribuzione del gas. Per cui l'Ente affidante non può inserire nel bando disposizioni che contrastino con essa, in quanto ciò obbligherebbe i concessionari a realizzare investimenti senza una adeguata copertura finanziaria e ciò attenterebbe alla reale apertura del settore anche alle piccole imprese.

Anche su questo ultimo punto vedremo nel capitolo 4 quali siano le scelte adottate dai singoli Enti Locali, per vedere se il contenuto dei bandi sia in linea con quanto richiesto dalla giurisprudenza più recente.

²⁴ Una formulazione tipica di tale clausola è: “non dovranno risultare valori residui di ammortamenti a carico del Gestore subentrante alla fine del periodo di affidamento del servizio, se non quelli inerenti a investimenti che vengano eventualmente eseguiti nel corso del periodo di affidamento del servizio, in via straordinaria e con previa approvazione da parte dell'Ente affidante”.

²⁵ Cf. TAR Abruzzo – Sez. L'Aquila, Sent. 29 aprile 2004, n. 753.

²⁶ Cf. TAR Lombardia – Sez. di Brescia, Ord. 14 maggio 2004, n. 802.

²⁷ Cf. TAR Lombardia – Sez. di Brescia, Sent. 10 febbraio 2006, n. 183.

BOX 3.1: Il valore della concessione di distribuzione di gas

Ci proponiamo qui l'obiettivo di fornire un criterio di analisi utile a misurare il valore della concessione del gas di una concessionaria-tipo al fine di analizzare il risultato di un'ipotetica gara per l'attribuzione del servizio di distribuzione del gas. Ci concentriamo sugli aspetti quantitativi relativi al valore annuo della concessione per elaborare il massimo canone di concessione che l'Ente Locale si può aspettare di ricevere in una gara. Più precisamente, consideriamo i possibili risultati di una gara-tipo di aggiudicazione che avesse come unico parametro rilevante per l'aggiudicazione il valore della concessione, valutando le interazioni strategiche tra l'amministrazione concedente, l'operatore *incumbent* ed i potenziali subentranti nella concessione. Mostriamo come l'analisi dipenda in modo cruciale dai diversi possibili assetti proprietari della rete di distribuzione. In particolare, distinguiamo il caso in cui la rete sia di proprietà dell'Amministrazione concedente da quello in cui l'operatore attualmente *incumbent* è anche proprietario della rete. In quest'ultima fattispecie, valutiamo sia l'ipotesi in cui l'Amministrazione riscatti la rete finanziandosi tramite il flusso di ricavi che ottiene dal canone di concessione sia il caso in cui il vincitore della gara di aggiudicazione subentri nella proprietà, ottenendo quindi il diritto all'indennizzo alla scadenza del periodo di concessione, a meno che non risulti vincitore della successiva gara di aggiudicazione.

Si noti come il problema del riscatto della rete qui descritto sia, nella sua struttura, del tutto simile al problema del finanziamento dei nuovi tratti di infrastruttura. Infatti, il caso in cui la rete è di proprietà dell'Ente Locale coincide, nel problema di investimento, con l'ipotesi in cui l'Ente Locale realizzi o appalti per conto proprio la nuova rete e poi metta in gara la concessione; similmente, il caso in cui la rete è di proprietà dell'operatore *incumbent* coincide con l'ipotesi in cui il concessionario realizzi per proprio conto i nuovi tratti di rete, rimanendone proprietario al termine della concessione (avendo quindi il diritto all'indennizzo nel caso in cui non dovesse vincere la nuova gara), oppure la devolva gratuitamente all'Ente Locale (rinunciando quindi al diritto all'indennizzo per la quota non ammortizzata). Le ultime due possibilità rispecchiano, ovviamente, la situazione in cui l'*incumbent* è proprietario di una rete esistente ed abbia diritto all'equo indennizzo e la fattispecie di riscatto a titolo gratuito per l'Ente Locale a scadenza della concessione. Si comprende, quindi, come il caso-studio da noi qui analizzato abbia una valenza più generale, in grado di fornire alcuni spunti di riflessione utili a rappresentare anche i problemi di investimento, che spesso sono estremamente rilevanti nelle gare per l'aggiudicazione dei servizi di distribuzione di gas.

Dall'osservazione dei dati relativi al canone di concessione ottenuto nelle gare già espletate nel periodo 2001-06 si ricava un dato fortemente differenziato. In particolare, sulla base delle osservazioni di un panel²⁸ di concessioni poste a gara si ricava un dato medio del canone pari al 56,11% del VRD, fortemente disperso (deviazione standard pari a 17; valore minimo = 30,7%; massimo = 82,8%).

Al riguardo, è opportuno rammentare come il Giudice Amministrativo (TAR Lombardia) si sia espresso in relazione al canone massimo richiedibile in condizioni "normali" dalle amministrazioni nelle gare per l'aggiudicazione del servizio di distribuzione di gas. Nelle già citate sentenze 165 del 2 marzo 2005 e 205 del 29 marzo 2005²⁹, si sottolinea come, anche sulla base delle indicazioni dell'AEEG,

²⁸ Si fa riferimento al panel ristretto di gare di cui siamo riusciti ad entrare in possesso del verbale di gara. Si sono però dovuti escludere tre casi poiché l'importo del canone era espresso in termini assoluti e non era noto il valore del VRD.

²⁹ Vedi anche TAR Brescia, Sent. 183/05 già citata.

“prendendo come riferimento un costo di gestione dell’attività di distribuzione (CGD) mediamente pari a circa il 45% del VRD complessivo, e considerando che al gestore deve essere riconosciuta per l’attività di manutenzione straordinaria anche una parte del costo del capitale (CCD), solitamente nella misura del 15-20% del VRD, si può ritenere che un canone normale (ossia astrattamente idoneo a permettere una gestione remunerativa e di adeguato livello qualitativo) sia pari al 35-40% del VRD”³⁰.

Pertanto, secondo l’AEEG, valori del canone di concessione superiori a tale cifra non sembrano giustificati economicamente, ma riconosce che i partecipanti alle gare possono comunque offrire una percentuale maggiore “rinunciando ad una parte di remunerazione spettante e garantendo la qualità del servizio attraverso una diversa e più efficiente organizzazione interna”. Peraltro, valori del canone superiori al 60% sembrano addirittura “sospetti”, in quanto non in grado di remunerare neppure i costi di gestione operativi (salvo prova contraria, ovviamente). Questa è anche la posizione desumibile dall’analisi della letteratura. In particolare, Pastorino e Repetto (2005) calcolano il *cash-flow* residuo degli operatori in funzione del canone osservando come per valore del canone di concessione superiori al 40% non si abbia la possibilità di remunerare neppure gli investimenti di mantenimento, mentre nell’ipotesi in cui il concessionario esegua anche gli investimenti in espansione (“straordinari”) tale valore si riduce al 10% del VRD.

Possiamo verificare tale ipotesi calcolando il flusso di profitti atteso derivante dall’esercizio dell’attività di distribuzione di gas³¹. Misuriamo il *cash-flow* derivante dall’esercizio della concessione di gas per un operatore-tipo. Per fare ciò, è necessario elaborare il valore dei ricavi, nonché dei costi (operativi e di investimento) e di tutti gli altri parametri che entrano nel calcolo del *cash-flow*. Per quanto attiene al valore del ricavo, consideriamo il VRD per “Punto Di Riconsegna” (PDR) calcolato sulla base dei ricavi da VRD di un panel di imprese di riferimento di cui sono disponibili i dati³², pari a 110 euro per PDR. Anche il dato medio degli oneri di investimento è stato da noi calcolato prendendo il valore medio dei dati relativi agli oneri di investimento delle imprese che compongono il panel suddetto. Esso è pari a 40 euro per PDR. Si noti come tale valore sostanzialmente coincide sia con quanto calcolato da Sabetta (2005) che da Pastorino e Repetto (2005). Tale dato incorpora una quota di lavori di manutenzione ordinaria pari al 10% del totale degli oneri di investimento, essendo il rimanente derivante da lavori di manutenzione straordinaria, ampliamento e sostituzione della rete esistente. Il costo di gestione è posto pari al dato medio nazionale³³, come riportato da Pastorino e Repetto (2005), arrotondato a 50 euro per PDR.

Per definire poi il valore del canone massimo “ottenibile” da un’Amministrazione abbiamo calcolato il massimo canone compatibile con un *cash-flow* non negativo. Ipotizziamo che le poste di bilancio rimangano invariate in termini reali, e riportiamo nella tabella 1 i dati relativi al primo anno, riferiti sia al caso in cui la concessionaria effettui una quota “minima” di investimenti, sia qualora effettui un livello “massimo” teorico di investimenti, comprensivi di ampliamento ed espansione.

³⁰ L’AEEG nel parere specifica che tale ragionamento è da ritenersi valido quando le reti appartengono all’Ente Locale. Ne consegue che nel caso in cui la gara preveda pura la necessità di indennizzare l’*incumbent*, il canone dovrà essere ulteriormente ridimensionato, in quanto anche la quota di tariffa riconosciuta come remunerazione del capitale investito dovrebbe legittimamente essere assegnata al nuovo gestore. Nel capitolo 5 vedremo come i giudici amministrativi abbiano applicato il ragionamento dell’AEEG ad alcuni casi concreti.

³¹ I dati utilizzati nel testo hanno un valore illustrativo e si riferiscono ad un “caso tipo”. Chiaramente la metodologia proposta può essere adattata a ciascun caso specifico utilizzando i dati effettivi.

³² Abbiamo ricavato tale dato dall’analisi dei bilanci 2004 di alcune imprese medio grandi quali AEM Milano, ESP Torino, Acegas-APS Padova e Trieste (e considerando anche il dato aggregato delle concessioni di Italgas S.p.A).

³³ Non essendo disponibile il dato relativo alle imprese di riferimento.

Per comodità di analisi della tabella esprimiamo i dati medi come relativi ad una concessione di distribuzione-tipo in cui vi siano 10.000 PDR. Si noti come il canone massimo medio sia pari ad un valore del 2% circa, qualora la concessionaria svolga anche i lavori di ampliamento ed estensione della rete. Tale dato diviene pari al 32% circa qualora questa si occupi solamente di mantenere in ordine ed efficienza la rete svolgendo la quota “minima” di investimenti, misura che non si discosta molto da quanto ipotizzato dal TAR. Si può quindi ipotizzare che da un’eventuale gara-media per l’aggiudicazione della concessione del servizio di distribuzione del gas, che prescindendo dalle necessità di ampliamento ed ammodernamento straordinario della rete si possa ottenere un canone pari per lo meno al 32% del VRD. Tale valore potrebbe essere ragionevolmente ritenuta il prezzo di riserva dell’Amministrazione in un’eventuale gara pubblica. Difatti, è calcolato sulla base dei dati di costo ipotetici da noi previsti, relativi ad un operatore *incumbent*. Pertanto, un concorrente che avesse dei costi inferiori potrebbe proporre un canone superiore per aggiudicarsi la gara, potendo contare su di un *cash-flow* superiore a quello ipotetico da noi calcolato.

Tabella 1

tot. PDR	10.000	10.000	tot. PDR
totale investimenti (40E/PDR)	400.000	40.000	investimenti “minimi” (10% tot. inv.)
costi gestione teorici (50E/PDR)	500.000	500.000	costi gestione teorici (50E/PDR)
ricavi da VRD (110E/PDR)	1.100.000	1.100.000	ricavi da VRD (110E/PDR)
imposte teoriche	236.160	218.016	imposte teoriche con soli inv. ordinari
MOL	656.000	605.600	MOL
cash-flow*	19.840	347.584	cash-flow* (con soli inv. ordinari)
canone max in % vrd	1,80%	31,60%	canone max in % vrd

* = nel cash-flow gli investimenti sono calcolati al netto della quota di lavoro capitalizzato

Partendo dai dati dell’operatore *incumbent* tipo da noi ipotizzato, è semplice estendere l’analisi precedente per calcolare il canone massimo ottenibile come funzione (decescente) degli oneri di investimento. Nella tabella 1 si vede, infatti, che il canone assume il livello massimo, pari al 32% del VRD (corrispondente ad un valore di 348.000 euro nel caso in cui vi fossero 10.000 PDR) nell’ipotesi in cui non vi siano altri oneri di investimento al di là della quota minima di investimenti “ineludibili” che noi ipotizziamo essere pari al 10% del totale degli investimenti, per un controvalore di 4 euro per PDR. La funzione di ricavo dell’Ente Locale, che esprime il canone come il *cash-flow* massimo estraibile dall’operatore, dipende, oltre che dai parametri di VRD, dai costi operativi di gestione e dagli investimenti “minimi”, da noi posti pari a 4 euro per PDR, anche da tutti gli altri oneri di investimento, comprensivi degli oneri di estensione e manutenzione straordinaria³⁴, che abbiamo posto pari ad un valore di 36 euro per PDR. La formula che esprime il canone massimo annuale³⁵ esigibile in una gara, ipotizzato pari al massimo *cash-flow* (annuale) estraibile dall’aggiudicataria, è la seguente:

$$Ca = CF = R - C_{op} - Imp - x (1 - \lambda)$$

³⁴ Non siamo in grado di distinguere ulteriormente i costi di estensione e manutenzione straordinaria in oneri di investimento in nuove estensioni, di rimpiazzo di linee esistenti completamente ammortizzate e di nuove realizzazioni diverse dalle reti. Inglobiamo tali oneri, pertanto, tutti nella voce “totale investimento”.

³⁵ Se i dati dei parametri necessari per calcolare il *cash-flow* sono costanti in termini reali per tutta la durata della concessione, la formula indica il canone annuale esigibile. Se i parametri non sono costanti (come presumibilmente accade nella realtà), si può comunque utilizzare la metodologia di calcolo indicata nel testo utilizzando i valori medi di ciascun parametro.

dove Ca indica il canone, CF il *cash-flow* della concessionaria³⁶, R indica i ricavi da VRD, C_{op} indica i costi operativi di gestione, Imp le imposte, x sono gli oneri di investimento e λ è la quota di lavoro capitalizzata degli oneri di investimento. Semplificando l'espressione precedente, si ottiene:

$$Ca = (1 - \epsilon) \cdot (R - C_{op}) - x \cdot (1 - \lambda \cdot (1 - \epsilon))$$

dove ϵ indica l'aliquota fiscale³⁷. Per la concessionaria-tipo del nostro esempio, i dati di R e C_{op} espressi in euro per PRD sono stati posti pari a 110 e 50; ϵ è stato ipotizzato essere pari a 0,36; λ a 0,14; x , come detto, è stato posto pari a 4 euro per PDR nell'ipotesi di investimenti "minimi", e 40 euro per PDR nel caso in cui gli investimenti comprendono anche le estensioni e gli ampliamenti della rete. La formula precedente indica chiaramente come il canone sia una funzione lineare decrescente degli oneri di investimento, che si annulla quando i costi di investimento totali equivalgono ai profitti netti dell'impresa (al netto delle imposte e scontati per la quota di lavoro capitalizzato degli investimenti), ovvero

$$[(1 - \epsilon) \cdot (R - C_{op}) / (1 - \lambda \cdot (1 - \epsilon))].$$

3.2 Valutazione di una gara-tipo per l'aggiudicazione del servizio di distribuzione del gas.

Il valore della concessione dipende in modo cruciale dalle modalità con cui è regolata la proprietà dell'*asset*, ed in particolare, dall'attribuzione della proprietà all'operatore *incumbent* o all'Amministrazione concedente. A tale proposito, distinguiamo diversi scenari. Se la rete è di proprietà dell'Amministrazione, la gara porta (o dovrebbe portare) ad individuare l'operatore più efficiente, essendo quello in grado di offrire il canone più elevato³⁸. In tal caso, possiamo fare riferimento a quanto già calcolato nella tabella 1, e ritenere che il vincitore della gara possa offrire un canone di concessione pari al $32 + \delta$ % del VRD, ove l'incremento δ rispetto a quanto da noi calcolato per il concorrente-tipo dipende dall'effettiva capacità di ridurre i costi rispetto ai valori medi da noi ipotizzati. Se invece la rete non è di proprietà dell'Amministrazione diventa rilevante valutare le conseguenze delle diverse strutture proprietarie sui possibili risultati della gara, distinguendo inoltre tra le modalità con cui si può realizzare il riscatto, ovvero se questo sia effettuato a favore dell'Amministrazione a scadenza della gara, o se invece l'*asset* passi nella disponibilità del vincitore della gara. Se l'Amministrazione sceglie di riscattare l'*asset*, si trova di fronte a due strade. Può riscattare autonomamente la rete (finanziandosi, ad esempio, tramite l'emissione di titoli di credito), mettendo poi a gara la "sua" rete, oppure può stabilire che il vincitore della gara debba riscattare la rete dal proprietario esistente (se del caso), devolvendola poi a titolo gratuito all'Amministrazione alla scadenza della concessione messa a gara.

Nel primo caso, l'Amministrazione provvede a finanziarsi autonomamente, cercando poi di massimizzare il canone di concessione. Ipotizziamo che la rete abbia un costo di riscatto pari a 530 euro per PDR³⁹, che la concessione abbia una durata di

³⁶ Nei nostri calcoli, abbiamo utilizzato una definizione semplificata di *cash-flow* che trascura alcune voci residuali quali gli accantonamenti per T.F.R. e la variazione di circolante.

³⁷ Nella formula abbiamo trascurato il recupero del *cash-flow* derivante dall'ammortamento degli investimenti. Nel caso in cui si volesse tenere conto anche di tale componente, la formula del testo andrebbe modificata per includere il tasso medio di ammortamento α :

$$Ca = (1 - \epsilon) \cdot (R - C_{op}) - x \cdot (1 - \lambda \cdot (1 - \epsilon) - \alpha \epsilon)$$

Si noti, peraltro, che nell'esercizio che abbiamo svolto nel testo, appare del tutto accettabile semplificare il calcolo del *cash-flow* adottando l'ipotesi $\alpha = 0$, per lo meno laddove si è ipotizzato una quota di investimenti "minimi".

³⁸ Ovviamente, nel caso in cui il canone fosse il parametro decisivo per l'aggiudicazione, e trascurando quindi gli ulteriori aspetti pur rilevanti su cui torneremo nella seconda parte del lavoro.

dodici anni e che il VRD si aggiorni ad un tasso del 2% annuo. Supponiamo inoltre che l'Amministrazione possa finanziarsi ad un tasso del 4%⁴⁰, e che ottenga un canone di concessione pari al 32% del VRD di ciascun anno. Il prospetto finanziario è riportato nella tabella 2.

Tabella 2

anno	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	totale
oneri di finanziamento	564.727	564.727	564.727	564.727	564.727	564.727	564.727	564.727	564.727	564.727	564.727	564.727	6.776.718
di cui interessi	212.000	197.891	183.218	167.957	152.086	135.581	118.415	100.562	81.996	62.687	42.605	21.720	1.476.718
entrate da canone (32% VRD)	352.000	359.040	366.221	373.545	381.016	388.636	396.409	404.337	412.424	420.673	429.086	437.668	4.721.056
cash-flow	140.000	161.149	183.003	205.588	228.930	253.056	277.994	303.775	330.428	357.986	386.481	415.948	3.244.337
rendimento (con canone = 32% VRD)	2,64%	3,04%	3,45%	3,88%	4,32%	4,77%	5,25%	5,73%	6,23%	6,75%	7,29%	7,85%	5,10%
rendimento (con canone = 30% VRD)	2,23%	2,62%	3,02%	3,44%	3,87%	4,32%	4,78%	5,25%	5,75%	6,26%	6,79%	7,33%	4,64%
rendimento (con canone = 25% VRD)	1,19%	1,45%	1,73%	2,02%	2,32%	2,63%	2,95%	3,29%	3,64%	4,01%	4,38%	4,78%	2,87%
rendimento (con canone = 20% VRD)	0,15%	0,50%	0,86%	1,24%	1,62%	2,02%	2,44%	2,87%	3,32%	3,78%	4,26%	4,75%	2,32%
													media

Si noti come un tale investimento finanziario per l'Amministrazione avrebbe un rendimento positivo che dipende notevolmente dal canone ottenibile in fase di gara: nel caso in cui si riuscisse ad estrarre (quasi) tutto il *cash-flow* della concessionaria si potrebbe ottenere un rendimento medio del 5,1%; tale rendimento decresce via via che diminuisce il canone⁴¹.

Di contro, l'Ente Locale interessato può decidere di non riscattare subito la rete, ma di mettere a gara la concessione stabilendo poi la devoluzione della rete a proprio favore alla scadenza della concessione. In questo caso, sia per il *potential entrant* che per l'operatore *incumbent* il valore della rete diviene una voce di costo, finanziario per il *potential entrant*, in quanto dovrà riscattare la rete dall'operatore *incumbent*, e costo-opportunità per l'*incumbent*, che, se vince la gara, perde la possibilità di ottenere (*ex ante*) la compensazione finanziaria per la perdita (*ex post*) dell'*asset*. Calcoliamo al riguardo il tasso interno di rendimento dell'attività di distribuzione. Ipotizziamo una crescita costante dei costi e dei ricavi ad un tasso del 2% annuo (di modo da mantenere invariato in termini reali il valore del *cash-flow* in percentuale del VRD). Notiamo come nonostante la concessione sia di durata massima possibile, l'operazione finanziaria avrebbe un tasso interno di rendimento negativo (-0,4%). Si veda la tabella 3.

Difficilmente esistono potenziali entranti che godono di un risparmio nei costi così ampio da consentire loro di raggiungere il *break-even* durante il periodo di concessione. In ogni caso, nessuno avrebbe alcun incentivo ad offrire un canone significativo (ovvero l'offerta sarebbe comunque molto bassa per vincere la gara). Si tratterebbe, pertanto, per l'Amministrazione di una mera operazione finanziaria con cui acquisterebbe a termine la proprietà della rete per il tramite della concessionaria (cioè attraverso i risparmi derivanti dai mancati canoni non applicati all'aggiudicataria). Alla luce di quanto sostenuto, appare lecito mostrare ben più di qualche dubbio sull'interesse che una tale operazione possa suscitare in un qualche operatore. Inoltre, questi avrebbero tutto l'interesse a minimizzare gli investimenti che si dovessero rendere comunque

³⁹ Tale dato deriva dall'analisi del valore medio del CIN per PdR derivato da colloqui personali degli autori con operatori del settore. Il valore è simile al dato disponibile in letteratura, cf. Pastorino e Repetto (2005).

⁴⁰ Per comodità, consideriamo una rata di finanziamento costante.

⁴¹ Si ricordi peraltro che sono state qui tralasciate le esigenze di investimenti in ampliamento ed ammodernamento della rete, che richiederebbero ulteriori finanziamenti.

Tabella 3

anno	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
tot. PDR	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000
investimenti "minimi" (10% tot. inv.)	40.000	40.800	41.616	42.448	43.297	44.163	45.046	45.947	46.866	47.804	48.760	49.735
costi gestione teorici (50E/PDR)	500.000	510.000	520.200	530.604	541.216	552.040	563.081	574.343	585.830	597.546	609.497	621.687
ricavi da VRD (110E/PDR)	1.100.000	1.122.000	1.144.440	1.167.329	1.190.675	1.214.489	1.238.779	1.263.554	1.288.825	1.314.602	1.340.894	1.367.712
imp. teoriche (con soli inv. "minimi")	218.016	222.376	226.824	231.360	235.988	240.707	245.521	250.432	255.440	260.549	265.760	271.075
MOL	605.600	617.712	630.066	642.668	655.521	668.631	682.004	695.644	709.557	723.748	738.223	752.987
cash-flow* (con soli inv. "minimi")	347.584	372.386	379.833	387.430	395.179	403.082	411.144	419.367	427.754	436.309	445.035	453.936

* = nel cash-flow gli investimenti sono calcolati al netto della quota di lavoro capitalizzato

Costo (valore rete da riscattare -530€/PDR-)	5.300.000
Entrate (flussi cassa anni 2005-2016)	4.879.039
T.I.R.	-0,36%

necessari per garantire la sicurezza della rete (ovvero gli investimenti in un *asset* che comunque, a scadenza, non avrebbe alcun valore per il concessionario) tendendo a stressare la rete pregiudicandone la sicurezza. Lo stesso discorso varrebbe per gli investimenti in estensioni che l'Amministrazione dovrebbe comunque finanziare od incentivare finanziariamente il concessionario a realizzare.

L'Amministrazione può imporre, come requisito per l'aggiudicazione della gara, che il nuovo aggiudicatario versi all'uscente una quota pari al valore di riscatto dell'*asset*, divenendone a sua volta proprietario. In tal caso, osservando la tabella 4, possiamo vedere come, a fronte dell'investimento iniziale di un capitale pari a 530 euro per PDR (per un totale di 5,3 milioni di euro), il partecipante-tipo alla gara che avesse i costi come specificato innanzi nel testo (e riportati in tabella) godrebbe di un rendimento finanziario medio del proprio investimento (al lordo dell'onere di finanziamento) pari all'8% circa⁴².

Tabella 4

Immobilizzazione finanziari	5.300.000												
Ricavi (flussi di cassa anni 2006-2017)	347.584	372.386	379.833	387.430	395.179	403.082	411.144	419.367	427.754	436.309	445.035	453.936	
rendimento finanziario investimento (in assenza di canone)	6,56%	7,03%	7,17%	7,31%	7,46%	7,61%	7,76%	7,91%	8,07%	8,23%	8,40%	8,56%	7,67%
rendimento finanziario investimento (canone = 10% VRD)	4,48%	4,91%	5,01%	5,11%	5,21%	5,31%	5,42%	5,53%	5,64%	5,75%	5,87%	5,98%	5,35%
rendimento finanziario investimento (canone = 15% VRD)	3,44%	3,85%	3,93%	4,01%	4,09%	4,17%	4,25%	4,34%	4,42%	4,51%	4,60%	4,69%	4,19%
rendimento finanziario investimento (canone = 20% VRD)	2,41%	2,79%	2,85%	2,90%	2,96%	3,02%	3,08%	3,14%	3,21%	3,27%	3,34%	3,40%	3,03%
rendimento finanziario investimento (canone = 30% VRD)	0,33%	0,68%	0,69%	0,70%	0,72%	0,73%	0,75%	0,76%	0,78%	0,79%	0,81%	0,82%	0,71%
													media

Totale valore della rete (530mila€/PDR) 5.300.000

⁴² Nell'esempio del testo abbiamo ipotizzato che alla scadenza della concessione l'operatore possa rientrare in possesso della quota di capitale versata alla precedente concessionaria, ovvero il valore del capitale a scadenza è posto equivalente in termini reali a quanto versato all'ingresso. Chiaramente se il vincitore non fosse in grado di recuperare per intero (in termini reali) il valore dell'investimento (cioè, se l'aumento del valore dell'*asset* per effetto, ad esempio, di possibili aumenti dei ricavi non incorporati nella tariffa ma ottenuti alla scadenza della concessione fosse più che compensato dalla svalutazione derivante dall'ammortamento) il rendimento finanziario ne risulterebbe proporzionalmente ridotto.

Tale dato però, se può essere aumentato sulla base dell'ipotesi che un effettivo partecipante possa avere dei costi inferiori rispetto al nostro operatore-tipo, va però ridotto per tenere presente, come detto, gli oneri finanziari derivanti da una tale operazione (che possiamo supporre esser pari per lo meno al 5% del capitale investito) nonché il degrado tecnico del capitale investito. Si ricordi poi che il rendimento del 8% è calcolato in assenza di canone. È facile calcolare come, all'aumentare del canone, si riduca tale rendimento. Nella tabella 4 abbiamo riportato i dati del *cash-flow* derivanti da diverse ipotesi sul canone. Con un canone pari al 10%, il rendimento sul capitale investito diviene di poco inferiore al 5,4%, che scende al 4,2% con un canone pari al 15% del VRD, inferiore rispetto all'ammontare dell'onere di finanziamento ipotizzato.

È necessario inoltre distinguere tra la prospettiva finanziaria dell'operatore *incumbent* e quella dell'entrante potenziale. Infatti, quest'ultimo, se anche fosse in grado di godere di un risparmio sui costi operativi rispetto all'*incumbent*, avrebbe comunque l'onere di dover finanziare il riscatto ad un dato tasso di mercato. Per quanto attiene all'operatore *incumbent*, invece, se è vero che, vincendo la gara, perderebbe il diritto al riscatto della propria rete (il che rappresenterebbe per lui un costo-opportunità), è pur anche vero che potrebbe trovare più conveniente vincere la gara e rimanere proprietario della rete (piuttosto che puntare a "monetizzare" il riscatto della stessa), dato che l'eventuale decadimento fisico (e quindi il deprezzamento) della stessa è presumibilmente compensato dagli investimenti in manutenzione⁴³. In altri termini, l'onere di finanziamento per l'entrante potenziale è presumibilmente maggiore del costo-opportunità dell'*incumbent* (composto dal tasso di deprezzamento del valore della rete più il tasso di sconto finanziario dell'*incumbent*)⁴⁴. Vi è quindi un vantaggio competitivo nella gara a favore dell'operatore *incumbent*, che può essere bilanciato solo da eventuali forti guadagni di produttività nei costi da parte di un entrante potenziale.

Possiamo quindi riassumere quanto visto come segue: il problema dell'eventuale messa a gara della concessione dipende, in primo luogo, dal problema della proprietà della rete stessa e dall'altro dalla necessità di realizzare le attività di investimento e manutenzione straordinaria. Al riguardo, se le necessità di investimento non sono notevoli e/o strettamente necessarie, si può ipotizzare di esperire la strada della gara con sufficiente successo economico, in termini di canone di concessione atteso. In tal caso, l'esito gara e la scelta strategica migliore per l'Amministrazione in relazione al problema della proprietà della rete dipende dalla capacità, da parte dell'Amministrazione, di vedere al di là del momentaneo flusso di cassa, e di rendersi conto che le gare sono ripetute nel tempo. Se l'Amministrazione valuta sufficientemente i benefici futuri, rispetto ai maggiori costi attuali, preferirà riscattare autonomamente la rete e metterla a gara. Di contro, se preferirà trovare una soluzione che tenga presente più i valori nel breve periodo che le scelte di lungo periodo, lascerà la proprietà all'operatore vincitore, stabilendo però che questo debba versare l'equa indennità di riscatto al proprietario uscente. In tal caso, è altamente probabile che il vincitore della gara risulti essere l'operatore *incumbent*. Chiaramente, tali aspetti dipendono, in modo cruciale, dagli effettivi margini di efficienza dei vari concorrenti rispetto alle voci di costo (e di ricavo) da noi ipotizzate.

⁴³ Purché remunerati attraverso il metodo individuale.

⁴⁴ Si noti come il costo opportunità finanziario (mancato utilizzo alternativo di quanto potrebbe ottenere come compensazione per la perdita di proprietà della rete) è plausibilmente pari ad un tasso, quale ad esempio il tasso di sconto dei titoli di stato, inferiore rispetto al migliore prime-rate di qualsiasi istituzione finanziaria.

Parte seconda
L'analisi empirica

4. ANALISI DELLE GARE PER LA DISTRIBUZIONE DEL GAS

4.1. Analisi descrittiva di un panel di bandi di gara

In questo capitolo utilizzeremo un campione di gare per estrarre alcune informazioni utili circa le modalità di svolgimento delle procedure competitive fino ad oggi organizzate dai Comuni. Il campione a nostra disposizione è costituito da 67 gare ed è stato in parte raccolto scaricando il materiale da internet o chiedendolo ai Comuni quando sulla rete si fosse trovato solo una notizia sull'avvenuto svolgimento della gara. Alcuni bandi sono stati reperiti grazie ad operatori del settore. Un panel più ristretto è costituito da quelle gare (15) per le quali disponiamo non solo dei documenti di gara, ma anche dei verbali di aggiudicazione. Infine molte informazioni sono state ottenute dalle sentenze emanate su questa materia negli ultimi anni.

4.2. Localizzazione e tempistica

Nella tabella 5 si può trovare una sintesi della localizzazione geografica e della popolazione inerente ai Comuni che costituiscono il campione. Si può vedere come la metà delle gare da noi esaminate siano state svolte in Lombardia o Veneto, ma in totale sono rappresentate ben 12 Regioni. Rispetto alla popolazione possiamo notare come la maggior parte dei Comuni interessati fino ad oggi dalla materia delle gare per la distribuzione del gas naturale abbia meno di 15000 abitanti. Solo 4 dei bandi esaminati riguardava gare svolte in Comuni con più di 30000 abitanti, e solo due di questi sono capoluoghi di provincia.

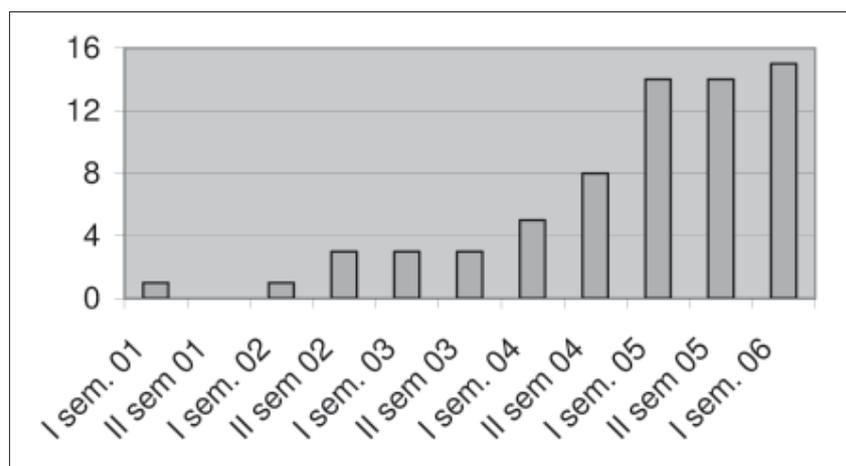
La figura 1 mostra invece la scansione temporale dei bandi da noi esaminati. Si osserva come quasi i due terzi delle gare esaminate sono state effettuate nell'ultimo anno e mezzo, ma si hanno esempi anche di gare precedenti. Tredici di queste sono tuttora in corso di svolgimento, mentre solo per 34 si è avuta notizia certa della loro conclusione. Delle gare restanti, 6 sono state sospese o annullate a causa di contenzioso davanti al giudice amministrativo, e delle altre 14 non si è riusciti a conoscere l'esito.

Tabella 5

Popolazione Regione	0-1000	1001-5000	5001-15000	15001-30000	>30000	Com. mont.	Totale
Abruzzo	3	3	1	0	1	1	9
Calabria	0	0	1	0	0	0	1
Campania	0	2	1	1	0	0	4
Lazio	1	0	2	0	0	1	4
Lombardia	4	4	13	1	1	1	24
Marche	0	0	2	0	0	0	2
Molise	0	2	1	0	0	0	3
Piemonte	0	1	0	1	0	2	4
Puglia	0	0	0	0	1	0	1
Sicilia	0	0	1	1	0	0	2
Toscana	0	1	1	2	0	0	4
Veneto	0	1	6	1	1	0	9
Totale	8	14	29	7	4	5	67

Popolazione: dati Istat censimento 2001

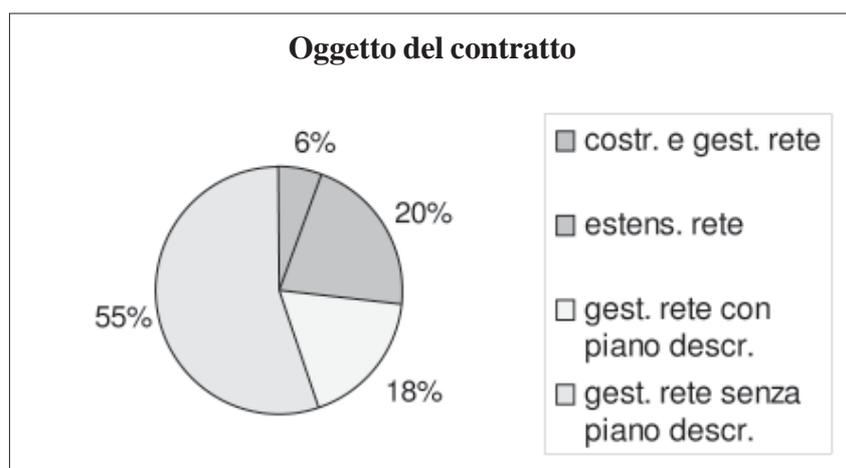
Figura 1



4.3. Oggetto del contratto

Dalla figura 2 si rileva come la maggior parte dei bandi analizzati riguardino semplicemente la gestione della rete, mentre in 14 casi è richiesto esplicitamente il suo potenziamento, tramite alcune estensioni definite nel bando stesso, e in 4 infine è stata messa in gara la realizzazione della rete e la sua gestione. I bandi che richiedevano la sola gestione della rete possono essere distinti in due diversi tipi: alcuni prevedevano un elenco descrittivo degli interventi di ammodernamento, potenziamento e possibile sviluppo degli impianti e delle reti, che fungeva da base per il piano industriale che ogni offerente doveva formulare. In altri invece si metteva a disposizione solamente la descrizione dello stato di consistenza e si richiedeva agli offerenti di proporre un piano industriale senza dare alcuna indicazione in merito.

Figura 2



Non essendo ancora scaduto il periodo transitorio, le gare possono essere state indette a seguito di diverse eventualità:

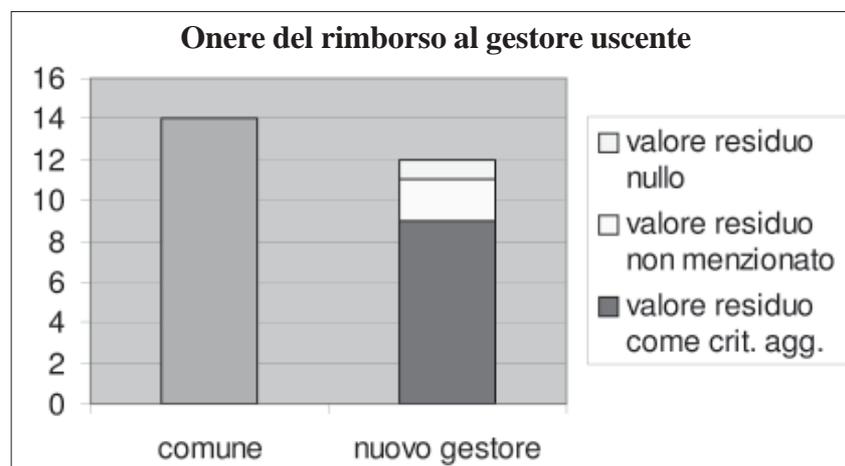
- concessione per la realizzazione di una rete non ancora esistente;
- scadenza naturale di una concessione preesistente;
- fine anticipata della concessione preesistente e successivo affidamento tramite gara;
- affidamento tramite gara di un servizio precedentemente gestito in economia da parte del Comune.

Purtroppo i bandi spesso non riportano alcuna informazione circa il motivo per cui è terminata la gestione precedente; l'unico dato desumibile è quello circa la proprietà delle reti in quanto il bando deve precisare se è necessario pagare un indennizzo al gestore preesistente per la devoluzione degli impianti. Nel nostro campione si hanno 36 casi in cui la proprietà degli impianti è dell'Ente Locale, mentre nei restanti 26 (in un caso non si è riusciti a conoscere tale informazione) la rete è di proprietà del gestore. In questi ultimi casi, diverse sono le disposizioni che abbiamo incontrato circa il soggetto a cui veniva assegnato il compito di pagare l'indennizzo (cf. figura 3): in 14 casi i Comuni si sono addossati questo onere, mentre in 12 casi lo hanno trasferito sul gestore subentrante. Si noti come, alla luce della sentenza 28 settembre 2005, n. 3688 del TAR Lombardia Milano – Sez. III, questi ultimi bandi sembrerebbero scorretti. Infatti secondo l'opinione del TAR l'indennizzo all'*incumbent* è un onere che deve essere sopportato dall'Ente Locale, tranne il caso in cui la concessione precedente sia terminata in anticipo. La sentenza però non chiarisce se tale fine anticipata vada individuata esclusivamente con quella dovuta alla scadenza del periodo transitorio, ex articolo 15 del Decreto Letta, o anche nel caso più generale di riscatto anticipato degli impianti. Sicuramente su questo punto continua ad esservi una certa confusione, come dimostrato dal fatto che ben 5 di quei 12 bandi sono successivi alla sentenza citata.

4.4. Indennizzo, rimborso e valore residuo

Sempre con riguardo a questi 12 bandi che trasferiscono sul nuovo gestore l'onere di indennizzare l'*incumbent*, si può registrare, dalla figura 3, come in 9 casi sia esplicitamente previsto che alla fine del contratto il nuovo gestore dovrà ricevere un rimborso che tenga conto sia dell'indennizzo inizialmente pagato, sia dei nuovi investimenti effettuati. In 4 di questi bandi è richiesto che il rimborso per l'indennizzo non sia maggiore del 76% della somma inizialmente pagata. Ciò sta a significare che dalla cifra iniziale viene tolto il 2% annuo che corrisponde al tasso di deperimento tecnico medio degli impianti. Ma in tutti e 8 i casi menzionati, uno dei criteri di aggiudicazione riguarda proprio il rimborso richiesto dal nuovo gestore al termine della sua concessione, ed ovviamente viene premiato chi presenta un piano finanziario che prevede un rimborso minore.

Figura 3



Negli altri 3 casi non è fatta una menzione esplicita al problema del rimborso dell'indennizzo pagato inizialmente, ed anzi, in uno di essi è previsto che alla fine della concessione il nuovo gestore non richieda nessun indennizzo neppure per i nuovi investimenti effettuati. Da questi dati risulta quindi come la scelta circa l'imputazione dell'onere dell'indennizzo al vecchio gestore non è stata determinata in modo identico fra i vari Enti Locali.

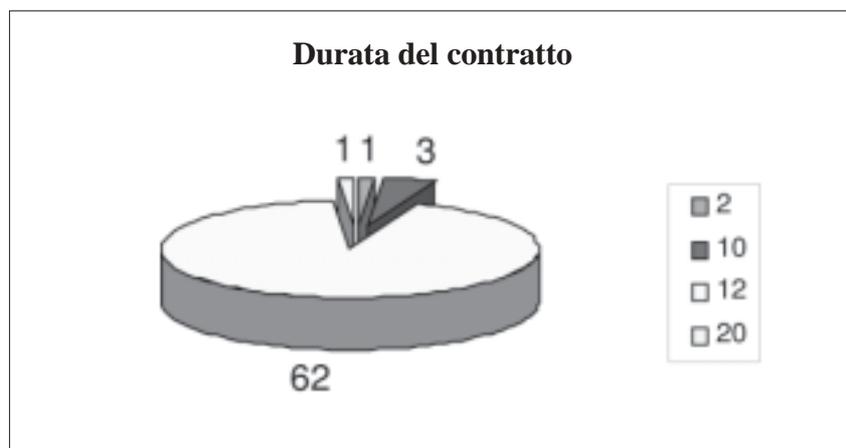
Purtroppo nei 14 casi in cui il Comune ha deciso di liquidare autonomamente l'*incumbent* non abbiamo il dato di quanto fosse l'entità del rimborso, per cui non è possibile svolgere nessuna analisi per comprendere quanto questo elemento possa aver condizionato la scelta dei Comuni.

Infine, riguardo al nodo del valore residuo della concessione che dovrebbe essere liquidato al nuovo gestore per gli investimenti non ammortizzati, è interessante notare come in ben 17 casi il contratto di servizio richiede che alla fine della gestione non risulti nessun ammortamento residuo. Sono quasi tutti bandi che riguardano Comuni lombardi o veneti e che probabilmente hanno una ispirazione comune, che mira a rendere massima la concorrenza nella fase della gara successiva, ma che sembra essere in contrasto con i principi stabiliti dal TAR Lombardia – Milano Sez. III con la sentenza 14 ottobre 2005 n. 3793. In essa, si ricorderà, è stabilito che è illegittimo fissare per contratto un valore nullo degli investimenti non ammortizzati e si afferma che l'unico modo per perseguire l'obiettivo sopra citato è quello di introdurre fra i criteri di aggiudicazione il valore del rimborso richiesto alla fine della concessione. È interessante notare comunque come ben 6 dei bandi con tale previsione siano stati indetti dopo la pubblicazione della sentenza appena citata.

4.5. La durata

La durata dei contratti di servizio (cf. figura 4) è generalmente fissata pari a dodici anni, il massimo concesso dal Decreto Letta, e questo dato sembra confermare che tale periodo è ritenuto insufficiente per la pianificazione di una gestione efficiente.

Figura 4

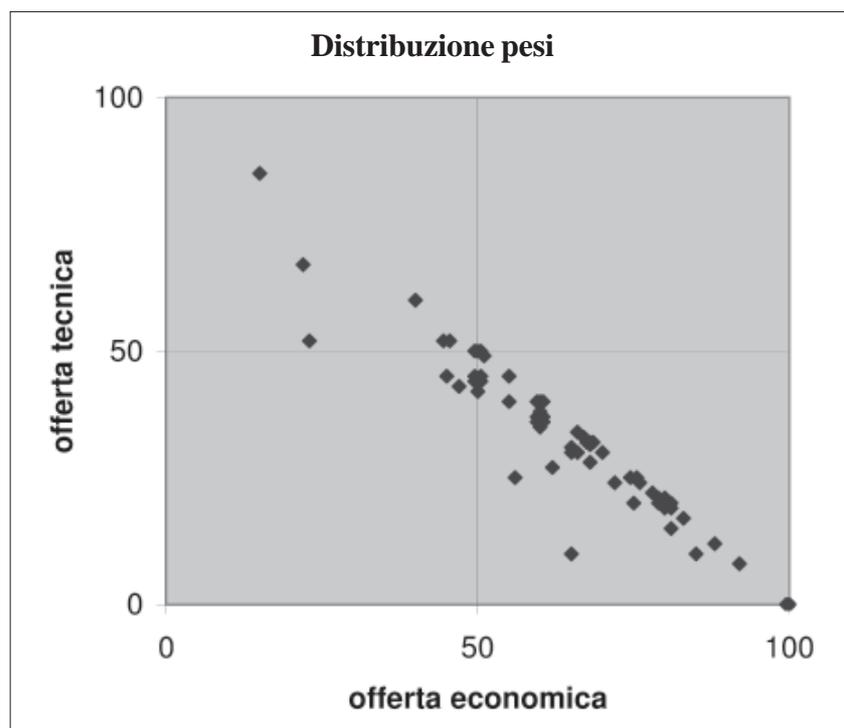


Le eccezioni più "frequenti" sono costituite da 3 casi in cui si è scelto di limitare a 10 gli anni di concessione. Sono poi da segnalare due casi peculiari in cui la concessione siglata è risultata particolarmente breve, cioè solo 2 anni, o particolarmente lunga, cioè pari a 20 anni. I motivi sottostanti alla particolare brevità della prima ci sono ignoti, ma segnalano una situazione di provvisorietà del contesto, mentre nel secondo caso l'eccezione è dovuta al fatto che il Comune è siciliano e quindi può derogare dai principi del Decreto Letta.

4.6. La procedura di aggiudicazione

Per quanto riguarda il tipo di procedura, si deve notare che la normativa europea sugli appalti in questo caso non si applica in quanto tali contratti sono configurati come “concessioni di servizio”. La remunerazione dell’impresa infatti deriva esclusivamente dalla gestione del servizio stesso. Anche il Decreto Letta fissa l’obbligo di gara, ma è piuttosto generico sul tipo di procedura che gli Enti Locali devono seguire, richiamando soltanto alcuni principi in merito ai criteri di ammissione e aggiudicazione. Ciò nonostante, tutti i bandi esaminati hanno richiamato espressamente la normativa standard sugli appalti di servizi (DLgs 17 marzo 1995, n. 158) senza adottare alcun tipo di procedura innovativa.

Figura 5



Da un punto di vista descrittivo, in 43 dei bandi esaminati è stato utilizzato il pubblico incanto, mentre nei restanti 24 è stata adottata la licitazione privata. Il criterio di aggiudicazione è stato nella quasi totalità dei casi quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ma si sono trovati 2 casi in cui è stato prescelto il criterio del maggior canone offerto.

Informazioni molto interessanti possono essere derivate da una analisi approfondita dei criteri di aggiudicazione. In primo luogo possiamo osservare i pesi assegnati alle tre diverse componenti rilevanti di una offerta, cioè l’offerta economica, quella tecnica e le caratteristiche soggettive dell’offerente⁴⁵. La figura 5 è costruita collocando sulle ascisse il peso assegnato all’offerta economica, sulle ordinate quello all’offerta tecnica, mentre il peso assegnato ai requisiti soggettivi può essere dedotto osservando la

⁴⁵ Nel valutare il peso assegnato a ciascuna di queste categorie di aspetti si è utilizzato un criterio personale, non sempre coincidente con quello trovato nei bandi. Può infatti accadere che elementi riguardanti il lato economico dell’offerta fossero ricompresi nella valutazione del piano industriale (entità degli investimenti, valore residuo a fine concessione ecc.) e che, allo stesso tempo, vi sono esempi di aspetti inerenti alla affidabilità del piano industriale, come il TIR, che sono stati considerati come componenti dell’offerta economica.

distanza del punto dalla retta che riunisce tutti i punti la cui somma è 100. Come si può vedere, la maggior parte dei bandi assegna un peso maggiore all'offerta economica rispetto a quella tecnica. Infatti la figura presenta una maggiore concentrazione nel quadrante in basso a destra. I punti più interni rappresentano dei bandi in cui veniva assegnato un certo punteggio anche ai requisiti soggettivi delle imprese, ma come si può notare tali aspetti sono raramente considerati e mai è loro assegnato un peso rilevante.

Mediamente, il peso assegnato alle componenti economiche delle offerte è pari al 64,7%, mentre l'offerta tecnica è ponderata solo per il 32,1% (il 18,7% è assegnato al piano industriale, il 13,4% agli standard qualitativi) e i requisiti soggettivi pesano soltanto per un piccolo 3,2%.

Il maggior peso assegnato agli aspetti economici può sicuramente essere spiegato dalla tendenza di tutte le PA a privilegiare gli aspetti valutabili in modo automatico, al fine di garantire una maggiore trasparenza alla procedura. Si riscontra infatti che gli aspetti valutati in modo automatico pesano mediamente per il 68,5%, mentre quelli assoggettati a valutazione discrezionale pesano solo per il restante 31,5%, per cui ciò significa che ad alcuni aspetti non economici spesso viene attribuito un punteggio attraverso criteri strettamente matematici.

Allo stesso tempo è facile riscontrare anche la volontà degli Enti Locali di sfruttare l'affidamento della concessione per la distribuzione del gas come occasione per ottenere un flusso di entrate. Il peso medio assegnato al canone, o a contributi una tantum offerti dalle imprese, è pari al 48%, cioè più dei 2/3 del peso assegnato agli aspetti economici. Il peso restante è assegnato ad aspetti associati a miglioramenti economici per l'utenza, come il ribasso sui contributi di allaccio o il ribasso sui prezzi di realizzazione di nuove opere (che è direttamente collegato ad una diminuzione del VRD e quindi della tariffa), o a miglioramenti per il futuro gestore (ribasso sul valore residuo degli investimenti non ammortizzati). Quindi i miglioramenti di efficienza, che possono essere ottenuti mediante la competizione indotta dalla gara, sono in genere direzionati verso la cassa degli Enti Locali piuttosto che verso le tasche dei cittadini.

Spesso fra i criteri economici si è trovato anche la valutazione del Tasso Interno di Rendimento del piano industriale proposto dai concorrenti. Noi abbiamo però preferito classificare tale aspetto fra gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica. Infatti la PA non ha nessun beneficio diretto dal valore del TIR. Un TIR sufficientemente elevato indica una buona affidabilità della gestione dell'impresa, ma niente dice in sé sui benefici pubblici associati ad essa. Ad esempio, un piano industriale potrebbe avere un TIR più alto solo perché l'impresa ha offerto un canone minore, oppure ha richiesto prezzi più alti per la realizzazione delle opere. Paradossalmente quindi si può avere un'offerta che riceve un punteggio più alto di una più conveniente per l'amministrazione solo perché l'impresa ha dichiarato di avere costi di gestione più bassi.

Il problema della "circolarità" fra più criteri si è riscontrato anche in altri casi: in alcuni bandi l'offerta una tantum e il canone sono valutati in modo disgiunto, ma è evidente che il valore atteso delle entrate dell'Ente Locale è una funzione diretta di queste due voci considerata assieme. In un solo bando però si è trovata una formula che assegnava il punteggio sulla base del valore atteso delle entrate complessive. Un problema simile si riscontra in quei bandi dove è assegnato punteggio sia al valore delle opere a prezzo di mercato contenute nel piano industriale, sia al valore residuo degli investimenti non ammortizzati. È evidente che un basso valore residuo può essere dovuto sia ad un ammortamento finanziario particolarmente conveniente per la collettività, sia ad una offerta con un piano industriale molto limitato. Anche in questo caso una valutazione disgiunta dei due elementi può essere fonte di notevoli contraddizioni. Questo problema sarà approfondito in seguito, quando mostreremo come il tipo di formule utilizzate per l'aggiudicazione può incidere sulla coerenza delle scelte della PA.

4.7. Le “formule” di assegnazione dei punteggi

Infine, un ultimo dato interessante riguarda proprio la tipologia di formule adottate per assegnare i punteggi alle componenti economiche delle diverse offerte. Tali formule possono essere distinte in due grandi categorie: la prima è quella delle formule relative, in cui il punteggio ricevuto dall’offerta di una generica impresa rispetto ad uno degli elementi considerati dipende direttamente dal raffronto con le offerte presentate dalle sue concorrenti. Il così detto metodo proporzionale è uno degli esempi più classici, ma vi rientrano tutte quelle formule in cui vi sono parametri collegati all’offerta massima, a quella minima, a quella media ecc, tutti valori che dipendono dal comportamento dei concorrenti. Le formule assolute hanno invece la proprietà che il punteggio assegnato all’offerta di una impresa rispetto all’elemento così valutato è del tutto indipendente dalle offerte delle concorrenti. È questo il caso delle formule che assegnano un punto ogni x punti percentuali di rialzo (o di ribasso) offerti rispetto alla base d’asta.

Nel nostro campione formule di tipo assoluto sono state incontrate solo in 12 bandi su 67 e riguardano in genere la valutazione del canone offerto, a parte alcuni casi dove formule simili sono state utilizzate anche per valutare il ribasso sugli allacci e il valore delle opere contenute nel piano industriale⁴⁶. Vedremo nei paragrafi successivi come questa evidente preferenza dei Comuni verso formule di tipo relativo non sia giudicata positivamente dalla teoria economica.

4.8. Il canone richiesto

In 37 dei bandi esaminati risultavano presenti delle basi d’asta rispetto al valore del canone richiesto alle imprese; 28 di queste erano definite in percentuale sul VRD, mentre le restanti erano fissate in valore assoluto o in €cent per mc distribuito. La base d’asta media⁴⁷ è risultata pari al 30% del VRD, ma le variazioni sono rilevanti, andando da una percentuale minima del 1,2% ad una max del 65%. Si può notare una certa tendenza nel tempo alla diminuzione del valore delle basi d’asta circa la percentuale di VRD da destinare come canone. Infatti il valore medio dei bandi in scadenza fino ad un anno e mezzo fa è pari al 43%, mentre quello relativo ai bandi più recenti è pari al solo 24%.

Se si considerano soltanto le gare in cui al nuovo gestore non è stato addossato l’onere di pagare l’indennizzo all’*incumbent* si ottiene una base d’asta media del 34%, a dimostrazione del fatto che i Comuni sono più “esigenti” quando tale onere è assente. È interessante notare che alcuni bandi hanno fissato esplicitamente anche un massimo al canone che poteva essere offerto. 13 bandi riportano pure basi d’asta ulteriori, riguardanti altri elementi come il tempo di esecuzione dei lavori, i ml di estensione della rete, il contributo richiesto per gli allacci all’utenza, il valore residuo degli investimenti non ammortizzati risultanti alla scadenza della concessione, una offerta *tantum* alla stipulazione del contratto.

⁴⁶ In realtà sono da considerarsi come metodi assoluti anche quelli con cui, in genere, è assegnato il punteggio ai requisiti soggettivi dell’azienda. Ogni volta che si dice che un’impresa riceve un punteggio x se ha una data certificazione di qualità, se ha un certo numero di utenti serviti, se non dista più di tanti Km dal Comune in cui si svolge la gara, si sta assegnando dei punteggi che sono indipendenti dalle offerte e dalle caratteristiche delle altre concorrenti.

⁴⁷ Tale valore tiene conto anche di alcuni bandi in cui la base d’asta era espressa in valore assoluto ma per cui è stato possibile stimare il valore del VRD.

4.9. Le offerte anomale

Infine, un ultimo dato interessante da riportare riguarda la disciplina prevista nella *lex specialis* del bando rispetto alla individuazione delle offerte anomale. Si ricordi infatti che secondo i principi ormai affermati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, non è possibile prevedere l'esclusione automatica delle offerte troppo basse, ma si possono prefissare i criteri con cui individuare i casi in cui è necessario effettuare il contraddittorio per la verifica dell'affidabilità dell'offerta.

Molti bandi si richiamano esplicitamente all'articolo 25 del DLgs 158/1995 che regola questa materia per gli appalti nei settori esclusi, ma tale norma, a differenza di quella contenuta nel DLgs 157/95, è molto vaga, in quanto non definisce alcun metodo per chiarire quando una offerta debba essere sospettata di anomalia. In 10 bandi si sono invece trovati dei criteri più precisi per regolare questo aspetto. Nella maggior parte di essi si prefissava che tutte le offerte che avessero ricevuto un punteggio superiore ad una certa soglia (in genere, 80/100 pt) avrebbero dovuto essere sottoposti ad un controllo⁴⁸. Due bandi invece riportano la definizione di anomalia di un'offerta al Tasso Interno di Rendimento risultante dal piano industriale presentato e fissano un limite sotto cui le offerte sono ritenute poco affidabili.

Il primo criterio è classificabile come "relativo" in quanto i punteggi ricevuti dalle offerte scaturiscono sempre da un raffronto con le proposte delle concorrenti, per cui un'offerta contrattuale alla fine viene definita anomala in quanto molto migliore delle altre. Al contrario il secondo criterio è di tipo "assoluto" poiché il TIR di un piano industriale è indipendente dalle offerte delle concorrenti.

Finita la descrizione degli aspetti principali del panel di bandi a nostra disposizione, passiamo ad una analisi critica dei diversi aspetti delle procedure di gara mediante una rassegna critica delle pronunce della giurisprudenza rispetto ai criteri di aggiudicazione.

4.10. I criteri di aggiudicazione: ragionevolezza giuridica e razionalità economica

Nel capitolo 4 si sono già riportati alcuni casi di contenzioso riguardanti i problemi collegati al potenziale avvicendamento fra imprese diverse al termine di ogni affidamento. In questo paragrafo invece si analizzerà un secondo gruppo di problemi che hanno creato contenzioso. I punti contestati in questi casi riguardano principalmente i criteri di aggiudicazione scelti dai Comuni, i pesi relativi assegnati a singoli fattori e le formule per l'attribuzione dei punteggi per ogni elemento di valutazione.

4.10.1. Gli aspetti considerati in fase di aggiudicazione e il loro peso ponderale

Come si è visto nel paragrafo precedente, nella maggior parte dei casi le gare sono aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La legge prevede che in tale caso la gara sia aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio in termini di qualità, sicurezza, piani di investimento e contenuti di innovazione tecnologica e gestionale.

⁴⁸ La commissione di aggiudicazione di un Comune del nostro campione aveva elaborato un criterio secondo cui potevano essere considerate anomale le offerte che avessero ricevuto più dei 4/5 sia dei punti assegnati all'offerta tecnica, sia dei punti assegnati all'offerta economica. Il TAR Piemonte con la sentenza 1118/06 ha approvato tale scelta riconoscendo la legittimità della motivazione della commissione, secondo cui "in presenza di una qualità molto elevata risulta anomala e pertanto deve essere giustificata una offerta economica altrettanto elevata".

Non è sempre facile ricondurre ad uno di questi aspetti gli elementi a cui i Comuni attribuiscono punteggio in fase di aggiudicazione. Una impresa ad esempio ha contestato ad un Comune di aver illegittimamente attribuito fino a 5 punti in base alla titolarità di concessioni di distribuzione gas in Comuni limitrofi o comunque nel raggio di 30 Km. Secondo il giudice amministrativo⁴⁹ tale criterio sarebbe illegittimo se fosse posto come criterio di ammissione, in quanto restringerebbe la concorrenza su base geografica. È invece ammissibile come criterio di aggiudicazione in quanto “la sussistenza di precedenti concessioni nei Comuni limitrofi entro il raggio di 30 km incide sulla prestazione del servizio e sui livelli di sicurezza”⁵⁰ e sarebbe pertanto coerente con le previsioni dell’articolo 14 del Decreto Letta.

Senza voler entrare nel merito della pronuncia giurisprudenziale, non si può non rilevare come l’inclusione di criteri di tal specie⁵¹ nella procedura di aggiudicazione rischi di indebolire fortemente il processo di liberalizzazione in quanto dimostrerebbe una chiara preferenza dei Comuni per le imprese già operanti nel loro territorio. D’altronde, se fosse vero che la gestione di concessioni in Comuni limitrofi è un elemento che permette all’impresa di raggiungere con più facilità i livelli di qualità e sicurezza richiesti, allora significherebbe che tale impresa gode di un vantaggio competitivo e ciò le dovrebbe consentire di presentare offerte più vantaggiose per il Comune. Quindi l’inclusione di tale elemento fra i criteri di aggiudicazione risulta ridondante e rischia di indebolire ulteriormente la contendibilità del mercato.

Altri ricorsi hanno sollevato lamentele circa l’attribuzione di peso eccessivo a elementi considerati secondari. In genere il giudice amministrativo si astiene dal pronunciarsi sul merito delle scelte discrezionali dei pubblici funzionari, ma può intervenire quando ravvisi una manifesta illogicità delle decisioni prese.

Così ad esempio, nell’ordinanza 1096/2005 il TAR Lombardia Sez. di Brescia ha ritenuto che un Ente banditore avesse ingiustificatamente attribuito un peso troppo ridotto al ribasso proposto sui lavori di ampliamento della rete vista la loro rilevanza fra i termini contrattuali, ed assommando questo ad altri motivi, ha deciso di sospendere la gara⁵². In un altro caso il giudice amministrativo⁵³ ha rilevato l’eccessivo peso attribuito al tempo di apertura dello sportello clienti rispetto a quello ricevuto da un aspetto ben più rilevante per il servizio di distribuzione, cioè il tempo di risposta in caso di chiamata al pronto intervento.

⁴⁹ Cf. TAR Lazio – Sez. II bis, Sent. 24 giugno 2004, n. 7035.

⁵⁰ Cf. pag. 9 Sent. cit..

⁵¹ La stessa critica vale per altri criteri incontrati in alcuni bandi quali quelli collegati al numero di utenti già serviti; è legittimo inserire tale aspetto fra i criteri di ammissione, ma è meno accettabile che a tale aspetto vengano assegnati dei punti in fase di aggiudicazione, in quanto si rischia di favorire la concentrazione del settore.

⁵² Tale Ente ha recentemente pubblicato un nuovo bando e il disciplinare di gara adesso attribuisce un maggior peso al ribasso sui lavori di estensione.

⁵³ Cf. TAR Lombardia – Sez. di Brescia, Sent. 29 marzo 2005, n. 205.

BOX 4.1: Considerazioni economiche

Il punto di vista dell'economista su questi aspetti è abbastanza diverso da quello della giurisprudenza. Ciò che rileva da un punto di vista sostanziale non è infatti il massimo punteggio attribuibile ad un singolo aspetto, ma quanto le singole offerte possono essere differenziate sulla base di quell'elemento. Può accadere infatti che ad un elemento sia attribuito peso pari a 50, ma che si adotti una formula per l'attribuzione dei punteggi tale che la differenza fra l'offerta migliore e quella posta a base d'asta è pari solo a 10. In tale caso il peso effettivo di tale aspetto sulla valutazione finale è inferiore a quello di un possibile elemento ulteriore a cui sia stato assegnato un peso formale pari solo a 20, ma che sia stato utilizzato per tutto il campo di variazione. Per valutare la reale significatività dei pesi resi noti nei bandi di gara si è deciso di misurare la relazione esistente in ognuno dei bandi del nostro panel "ristretto" fra i pesi formali e quelli effettivi. Questi ultimi sono stati dedotti dai verbali di gara, misurando la differenza di punteggio fra l'offerta migliore e la base d'asta (o l'offerta peggiore nei casi in cui non vi era base d'asta rispetto a tale voce). Emerge che il peso formale dell'offerta economica era in media pari a 64,7 punti, ma nella realtà il peso effettivo di questi elementi è stato pari, in media, solo a 32,8 punti. Diverso è il risultato se si osserva la valutazione della offerta tecnica, che in genere è espressa senza riferimenti a formule automatiche. In questo caso a fronte di un peso formale medio pari a 32,1 punti si è registrato un peso effettivo di 26,8 punti. Si comprende quindi che il peso reale di un elemento varia a seconda che la valutazione sia espressa in modo automatico o discrezionale. Ma è interessante notare pure che nel nostro panel ristretto vi sono 11 casi in cui il peso effettivo non rappresenta mai più del 75% di quello formale, con una media pari a 42%, mentre negli altri quattro casi il peso effettivo è sempre superiore al 90% di quello formale con una media del 95%. Se si osservano attentamente le formule con cui sono attribuiti i punteggi si nota che vi sono delle differenze marcate fra i due sottoinsiemi di gare: nelle prime 11 si usa in genere il metodo proporzionale, che è uno dei più utilizzati metodi relativi⁵⁴:

$$P_x = PP \frac{x_i}{x_{max}}$$

dove PP è il peso ponderale attribuito all'elemento x , x_i è l'offerta soggetta a valutazione, e x_{max} è l'offerta migliore rispetto all'elemento x .

Nelle altre 4 si utilizzano:

- metodi relativi che tengono conto della base d'asta:

$$P = PP \frac{x_i - x_B}{x_{max} - x_B}$$

dove x_i è l'offerta presentata, x_B è la base d'asta⁵⁵ e x_{max} è l'offerta migliore presentata.

- metodi assoluti:

$$P = (x_i - x_B)k$$

dove x_i è l'offerta presentata, x_B è la base d'asta e k è il punteggio assegnato ad ogni unità di differenza dalla base d'asta. In questo caso il peso ponderale PP associato all'elemento x ha un significato tutto particolare in quanto indica, implicitamente, l'offerta massima oltre cui non si riceve punteggio incrementale:

$$x_{max} = x_B + \frac{PP}{k}$$

Quindi, anche in presenza di formule automatiche per l'attribuzione dei punteggi, il metodo di calcolo prescelto incide in qualche modo sul peso effettivo dell'elemento sottoposto a giudizio.

⁵⁴ Gli esempi di formule sono pensati per elementi su cui le imprese devono offrire dei rialzi, come ad esempio il canone. In caso di elementi soggetti a ribasso, come l'importo degli allacci, occorre adeguare opportunamente le formule.

⁵⁵ In un caso invece della base d'asta si utilizza la peggiore offerta presentata rispetto a quell'elemento.

4.10.2. Le formule di attribuzione dei punteggi

Su questo ulteriore aspetto si è pronunciato anche il giudice amministrativo che si è trovato, in alcuni casi, a valutare la congruità delle formule di aggiudicazione prescelte dai Comuni. Anche in questo caso il giudice non si è espresso sul merito delle scelte, spettanti alla discrezionalità della PA, ma ha rilevato in alcuni casi dei vizi di illogicità.

Un primo interessante contenzioso⁵⁶ riguarda la scelta del valore da utilizzare nelle formule di valutazione del canone; si può infatti basare il calcolo sulla percentuale che tale valore rappresenta rispetto al VRD, o come rialzo della base d'asta, oppure si può considerare l'importo in valore assoluto. La procedura contestata nel caso in oggetto era caratterizzata da un bando piuttosto ambiguo in merito. Esso prevedeva infatti che fra gli elementi di valutazione, con peso pari a 50, vi fosse "la percentuale di aumento del valore del canone" e che per l'attribuzione del punteggio fosse applicata la seguente formula: "punteggio al concorrente = punteggio max previsto x (importo offerto/importo più alto offerto)". L'impresa ricorrente sollevava il problema che in fase di aggiudicazione la commissione inseriva nel calcolo i valori assoluti dei canoni offerti e non il rialzo percentuale. Tale scelta aveva fra l'altro pesato in modo rilevante sull'aggiudicazione in quanto l'utilizzo del metodo alternativo avrebbe invertito la graduatoria finale.

Il giudice amministrativo però pur rilevando l'ambiguità del bando, non ha censurato il comportamento della PA. Secondo la sua valutazione infatti il criterio adottato dalla commissione non è manifestamente illogico, ma anzi, secondo l'opinione del giudice, produce esiti più coerenti rispetto a quelli ottenibili con l'inserimento degli importi in percentuale. Infatti nel caso di due offerte che si distanzino solo per poche migliaia di euro, ma che prevedano la prima un rialzo del 2% sulla base d'asta e la seconda un rialzo pari solo all'1, si avrebbe che la formula basata sulle percentuali le distanzierebbe di ben 25 punti percentuali, mentre quella basata sui valori assoluti attenuerebbe tale distanza e ciò appare al giudice più ragionevole.

BOX 4.2: Considerazioni economiche

Il punto di vista della teoria economica su questa disputa è abbastanza diverso. Le formule di attribuzione dei punteggi infatti vengono giudicate non solo per la coerenza della valutazione che possono produrre, ma anche per gli incentivi che forniscono ai concorrenti. Per questo motivo si ritiene opportuno che tali formule siano sempre comunicate alle imprese prima della presentazione delle offerte. L'ambiguità del bando in oggetto, che è stato interpretato in modo diverso dai partecipanti alla gara, è stata tale quindi da distorcere il gioco concorrenziale e sarebbe stato più opportuno ripetere la gara. Vedremo poi in seguito come il ragionamento del giudice sulla logicità di tale criterio di attribuzione dei punteggi risulti abbastanza superficiale, in quanto non si spinge fino a individuare alcune illogicità presenti in entrambe le metodologie esaminate.

Una ulteriore pronuncia del giudice amministrativo sulle formule di attribuzione dei punteggi si trova nella sentenza 183/06 del TAR Lombardia Sez. Brescia già citata. La censura riguarda due diverse formule, la prima relativa alla valutazione del contributo di allaccio richiesto ai nuovi utenti, e la seconda al canone offerto al Comune.

⁵⁶ Cf. TAR Abruzzo Sez. Pescara, sentenza 25 marzo 2004, n. 299.

Nel primo caso, le offerte avrebbero ricevuto dei punteggi secondo il seguente calcolo:

$$P = PP - 8,8PP \frac{IO - I_{min}}{IO}$$

dove PP è il peso ponderale attribuito all'elemento in questione, IO il contributo richiesto dall'offerta sottoposta a valutazione e I_{min} è il contributo più basso fra tutti quelli richiesti nelle offerte presentate. La censura del giudice si basa sull'osservazione che, nel caso in cui l'offerta migliore preveda un contributo nullo, tutte le altre offerte si trovano a ricevere lo stesso punteggio, quale che sia il contributo richiesto. Un tale fatto è manifestamente illogico, secondo il giudice, in quanto porta ad attribuire lo stesso punteggio ad offerte economicamente diverse.

È interessante notare come dall'esame di alcune gare precedenti a quella appena riportata si è potuto rilevare che alcuni Enti Locali avevano utilizzato formule con lo stesso difetto rilevato dal giudice amministrativo e che per superare la contraddizione avevano introdotto alcune regole aggiuntive, come il sostituire al valore 0 il valore 1. Allo stesso tempo, in bandi successivi a quello contestato si è trovato una riformulazione del sistema di attribuzione del punteggio che risulta immune dal difetto rilevato dal giudice, ovvero:

$$P = PP - 8,8PP \frac{IO - I_{min}}{I_{max} - I_{min}}$$

dove I_{max} è il contributo più alto fra quelli richiesti.

Una tale formula ha la proprietà di attribuire il punteggio massimo all'offerta migliore, e, nel caso che questa richieda un contributo nullo, la formula attribuisce $0,2PP$ all'offerta peggiore. Nel caso in cui invece l'offerta migliore richieda comunque un contributo positivo, l'offerta peggiore riceverà un punteggio maggiore di $0,2PP$.

Si può quindi notare come tale formula pur risultando immune dal difetto rilevato dal giudice, ha comunque la caratteristica di non usare mai tutto lo spettro del relativo peso, per cui tale parametro conduce a informazioni economicamente distorte.

L'altra formula contestata dal giudice riguardava la valutazione del canone offerto, il cui punteggio era così attribuito:

$$P = PP \frac{CO}{C_{max}} - (C_{max} - CO)0,5$$

dove CO è il canone, in percentuale del VRD, offerto dall'impresa sottoposta a valutazione e C_{max} è il massimo canone offerto in gara. Il giudice amministrativo in questo caso ha censurato il fatto che un tale metodo poteva astrattamente portare all'attribuzione di punteggi negativi. Si noti infatti, come esempio, che se il canone massimo offerto fosse pari al peso ponderale attribuito a tale elemento, il punteggio sarebbe negativo ogni volta che il canone offerto risultasse minore della terza parte del canone più alto. Anche in questo caso il punto di vista economico non può non rilevare come la ragionevolezza giuridica non si spinga ad approfondire la coerenza degli esiti di tale metodo di valutazione.

Questa formula appartiene infatti alla tipologia delle formule relative che, come osservato nel paragrafo precedente, risultano largamente maggioritarie nei bandi analizzati. Il grande fascino esercitato da queste formule è che sono completamente automatiche e che richiedono un minimo contributo da parte della PA, che deve infatti prefissare solo i pesi dei vari elementi, lasciando poi che il raffronto fra proposte contrattuali diverse scaturisca direttamente dalle offerte, senza che vi sia necessità di una preliminare analisi dei costi e dei benefici connessi.

La letteratura economica invece dimostra una chiara preferenza verso i metodi basati sull'analisi costi-benefici, ma a nostro avviso non ha espresso con sufficiente forza la sua critica verso l'utilizzo delle formule di tipo relativo⁵⁷. Si riportano a tal fine alcune delle contraddizioni più evidenti dal punto di vista della razionalità economica.

Il primo difetto è la palese illogicità di alcuni esiti a cui possono portare tali metodi. Si consideri una gara su due soli parametri, il canone offerto Ca , e un contributo Co ⁵⁸. Per semplicità assumiamo che la concessione duri solo due anni e che il tasso di sconto intertemporale utilizzato dal Comune per attualizzare i flussi di entrata sia pari a 0. È evidente che in tal caso il Comune dovrebbe ordinare le offerte sulla base delle entrate che ne ricava, cioè $2Ca+Co$.

Supponiamo però che utilizzi un metodo relativo e che attribuisca al canone un peso pari a 67 e al contributo un peso pari a 33, e che per ciascuno di questi elementi assegni i punteggi alle diverse offerte secondo il più tradizionale dei metodi relativi, cioè quello proporzionale:

$$P_x = PP \frac{x_i}{x_{max}}, \quad x = Ca, Co$$

dove x_i è l'offerta dell'impresa sottoposta a valutazione relativa ad uno dei due elementi, e x_{max} l'offerta migliore per quell'elemento. Si riportano qui di seguito tre possibili offerte, che possono essere intese sia in valore assoluto (migliaia di euro), sia in valore percentuale (percentuale su un ipotetico VRD pari ad esempio a 100):

	Co	Pco	Ca	Pca	E	Ptot
A	30	33	44	49,13333	118	82,13333
B	23	25,3	50	55,83333	123	81,13333
C	8	8,8	60	67	128	75,8

La colonna E mostra le entrate complessive per il Comune, mentre la colonna Ptot riporta il punteggio complessivo ricevuto dalle tre offerte. Risalta in questo esempio come la graduatoria prodotta dal metodo relativo sia esattamente invertita rispetto a quella che premierebbe l'offerta veramente più vantaggiosa per il Comune. L'esempio è stato costruito *ad hoc*, ma tale incoerenza è connessa a qualsiasi metodo relativo e non dipende dai pesi assegnati o dalla particolare formula con cui sono attribuiti i punteggi.

Un secondo difetto è che la classificazione relativa di due diverse offerte dipende dal contenuto delle altre offerte presentate in gara. Per dimostrare tale affermazione si riprende l'esempio precedente e si assume questa volta che l'offerta dell'impresa C sia diversa da quella precedente:

	Co	Pco	Ca	Pca	E	Ptot
A	30	33	44	57,80392	118	90,80392
B	23	25,3	50	65,68627	123	90,98627
C	8	8,8	51	67	110	75,8

In questo caso la graduatoria è coerente rispetto ai benefici economici del Comune, ma risalta come a parità di termini economici offerti, la proposta dell'impresa B ottiene un punteggio più alto o più basso di quello della proposta A sulla base del contenuto dell'offerta dell'impresa C. Questo fatto costituisce una violazione del principio di indipendenza dalle alternative irrilevanti, che secondo la teoria economica dovrebbe invece essere rispettato da ogni scelta razionale.

⁵⁷ Per una prima analisi critica dei metodi relativi utilizzati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa si veda Mori (1997).

⁵⁸ L'esempio è specifico, ma il ragionamento vale per la valutazione di tutti quegli elementi che sono economicamente "connessi"; ad esempio, l'entità degli investimenti e il loro valore residuo. Una sentenza che affronta il problema della valutazione congiunta di questi due aspetti è TAR Piemonte, sentenza 25 febbraio 2006, n. 1118.

Si potrebbe obiettare che in realtà il contenuto dell'offerta C è fonte di informazioni che permettono di valutare in modo più accurato la reale differenza fra le proposte di A e di B. Ciò potrebbe essere vero quando ci si trova a raffrontare proposte su elementi molto variegati, quali il valore di mercato degli investimenti proposti o ml contenuti nel contributo ordinario di allaccio.

Il problema è che però non esiste garanzia che l'offerta di C non possa essere presentata al solo fine di favorire un concorrente alleato. Con ciò si vuole sottolineare come un terzo grave difetto dei metodi relativi è la loro manipolabilità in quanto i punteggi ricevuti dalle imprese sono correlati al contenuto delle offerte degli avversari.

Infine, un ulteriore problema dei metodi relativi è che non forniscono alle imprese un chiaro metro di giudizio che permetta ad esse di elaborare offerte razionali. Si supponga che una impresa sappia che aumentando il personale è capace di dimezzare mediamente il tempo di risposta alle chiamate per il pronto intervento. Può quindi scegliere se offrire un livello standard, pari a 60 min, e un canone pari a x , o se offrire un tempo di 30 min con un canone pari a $x-y$, dove y è il costo annuo del personale aggiuntivo. Dal punto di vista delle imprese queste due offerte sono indifferenti, per cui vorrà proporre quella capace di conseguire il punteggio più alto. Il problema è che con un metodo di valutazione relativo l'impresa non ha la possibilità di raffrontare le due offerte in quanto il punteggio ricevuto da ciascuna dipende dal contenuto delle offerte dei concorrenti. Quindi i metodi relativi hanno il difetto di non fornire una scala di valutazione *ex-ante* alle imprese, che si trovano così costrette a scegliere "alla cieca" fra proposte contrattuali per loro indifferenti.

Al contrario, le formule di tipo assoluto non vanno incontro a nessuno di questi difetti; è facile dimostrare infatti che se ben calibrati sono sempre capaci di ordinare le offerte secondo la loro effettiva vantaggiosità. Inoltre, essendo il punteggio di ogni offerta indipendente dal contenuto delle offerte concorrenti, non si può avere un cambiamento di graduatoria a seconda dei termini di una offerta irrilevante. Infine tali formule danno informazioni molto chiare alle imprese in quanto, permettono di comprendere "quanti soldi vale" un punto della commissione e perciò indicano alle imprese quanto possano risparmiare in termini di canone se sono disposte ad offrire una qualità più alta. Per dimostrare la validità di questa affermazione, si supponga che il punteggio attribuito al canone sia del tipo già mostrato:

$$P = (x_i - x_B)k$$

dove x_i rappresenta la percentuale di VRD offerta come canone; in tal caso le imprese sanno che ricevere un punto in meno rispetto ad un altro aspetto significa, al fine di ricevere lo stesso punteggio, dover offrire x_i/k punti percentuali in più di VRD come canone annuale.

La valutazione degli aspetti economici (canone, sconto sulla tariffa, contributo allacci, ecc) dovrebbe essere effettuata mediante meccanismi capaci di assicurare che "il valore" di un punto arrechi lo stesso beneficio alla collettività, quale che sia l'elemento preso in considerazione. Per cui se è possibile ottenere un punto in più sul canone offrendo 10.000 € in più, allora è necessario che un punto in più sulla voce dei contributi di allaccio significhi che gli utenti pagheranno circa 10.000 € in meno per i nuovi allacci. Si è visto che tale coerenza non può essere raggiunta mediante metodi di tipo relativo, per cui si dovrebbero invitare i Comuni ad adottare formule di tipo assolute con coefficienti ben ponderati fra loro. È possibile anche formulare degli algoritmi matematici capaci di valutare diversi aspetti in modo congiunto.

Ad esempio, un comune che aveva inserito fra i criteri di aggiudicazione sia il

canone che una somma iniziale una tantum, ha utilizzato la seguente formula per la valutazione congiunta dei due elementi:

$$P = S_0 + \sum_{t=1}^{12} \frac{C_t}{(1 + 0,04)^t}$$

dove S_0 è la somma iniziale e C_t il canone annuale. Una formula simile era utilizzata per valutare congiuntamente anche valore degli investimenti e valore residuo. Affinché la competizione sugli aspetti economici sia ben coordinata con quella sugli aspetti qualitativi sarà poi necessario che anche l'assegnazione dei punteggi rispetto a questi ultimi sia fatta in modo da garantire la coerenza su menzionata. Ciò significa che se un progetto riceve un punto in più di un altro ciò deve significare, agli occhi dei commissari, che il suo valore in termini di benefici collettivi è superiore di almeno 10.000 €.

Si noti infine che quando si adottano metodi assoluti il peso assegnato ad ogni elemento assume un particolare significato. Nell'esempio fin qui seguito, se al canone annuo sono assegnati 40 punti significa che al massimo si è disposti ad accettare un aumento rispetto alla base d'asta pari a 400.000 €. Se invece all'offerta tecnica sono assegnati 60 punti, significa che il massimo che si è disposti a spendere per delle migliorie rispetto alle prescrizioni base sono 600.000 € l'anno. Tutto questo ragionamento sulle formule di aggiudicazione può sembrare solo un aspetto secondario e molto tecnico, ma la nostra opinione è che l'utilizzo diffuso dei metodi relativi nella valutazione delle offerte delle imprese non aiuti il settore a sviluppare dinamiche competitive trasparenti ed efficienti sotto il punto di vista degli incentivi.

4.10.3. Basi d'asta e congruità delle offerte

Infine, l'ultimo aspetto di nostro interesse, fra quelli che hanno provocato contenzioso, è la valutazione della ragionevolezza dei termini contrattuali proposti nel bando e di quelli offerti dall'impresa aggiudicataria. In vari casi qualche impresa ha fatto ricorso al TAR per denunciare la scarsa remuneratività del servizio messo in gara a causa di termini del contratto e di basi d'asta troppo onerosi. Tale doglianza era contenuta anche nel già citato caso del ricorso 81/2004 presentato al TAR Abruzzo. Il giudice, come già detto, ha rigettato tale ricorso a causa di irregolarità procedurali, ma nel testo della sentenza sembra dubitare della fondatezza di tale contestazione rilevando che alla gara hanno in realtà partecipato ben 7 imprese, alcune delle quali anche di piccole dimensioni. Viene da chiedersi se l'affluenza alle gare è un dato sufficiente a valutare la reale economicità dei termini proposti. Alla luce delle considerazioni illustrate nell'appendice teorica la risposta è chiaramente negativa. In caso di contratti poco remunerativi infatti la scelta delle imprese può essere quella di partecipare comunque, visto che non hanno sbocchi alternativi, ma la conseguenza potrebbe essere il fallimento dell'impresa aggiudicataria, con gravi ripercussioni sulla continuità del servizio, o lo scadimento della qualità da questa fornita.

I due casi che invece hanno portato ad un maggiore approfondimento della problematica della remuneratività delle gestioni proposte sono quelli che hanno visto alcune imprese ricorrere contro due Comuni lombardi⁵⁹. In entrambi i casi il bando prevedeva delle basi d'asta per il canone che doveva essere versato al Comune sotto forma di

⁵⁹ Cf. TAR Lombardia – Sez. di Brescia, Sent. 2 marzo 2004, n. 165 e Sent. 18 marzo 2004, n. 223.

percentuale sul VRD. Per arrivare ad una decisione equa su una materia così tecnica il giudice ha chiesto un parere all'AEEG. Quest'ultima ha redatto una nota in cui ha spiegato che il VRD può essere suddiviso in tre componenti: copertura dei costi di gestione, mediamente pari al 45% del VRD, finanziamento della manutenzione straordinaria, incidente per circa il 15-20% del VRD, e remunerazione del capitale investito, pari a circa il 35-40% del VRD. A detta dell'AEEG solo quest'ultima quota potrebbe essere richiesta legittimamente dal Comune nel caso in cui sia il proprietario degli impianti affidati. Livelli maggiori di erosione del VRD non potrebbero essere posti a base d'asta, ma potrebbero essere liberamente offerti dalle imprese concorrenti. Il giudice ha preso atto del parere dell'AEEG e ha annullato le 2 gare⁶⁰ (nella prima si richiedeva un canone pari ad almeno il 65% del VRD, nella seconda la percentuale richiesta era il 55,24).

Occorre però commentare tale vicenda: il ragionamento espresso dall'AEEG nel suo parere vale per un caso medio, ma non tiene conto in alcun modo delle possibili obbligazioni contenute in uno specifico contratto. È evidente che la percentuale di VRD che può essere offerta senza annullare la remuneratività del servizio cambierà in funzione del livello degli investimenti richiesti, del valore residuo che sarà pagato alla fine dal nuovo gestore, come anche di tutte le altre condizioni del servizio che possono incidere sui costi o sui ricavi del gestore.

In particolare, il ragionamento dell'Authority parte dal presupposto che il capitale investito appartenga all'Ente Locale e che quindi la richiesta di un canone sia economicamente legittimato dalla necessità di veder riconosciuta all'Ente Locale la remunerazione di tale capitale riconosciuta in tariffa. Dalla lettura della sentenza TAR Piemonte, 13 febbraio 2006, n. 889 si comprende invece che secondo il giudice amministrativo il canone non è assimilabile ad un affitto per la cessione in uso degli impianti di proprietà comunale, ma è piuttosto il corrispettivo richiesto per la concessione in esclusiva del servizio, per cui è legittimo richiederlo anche qualora gli impianti siano stati riscattati dal nuovo gestore attraverso il pagamento dell'indennizzo all'*incumbent*. Non sta a noi giudicare la pronuncia del TAR, ma dal punto di vista economico è importante rilevare che, evidentemente, quando l'impresa deve pagare l'indennizzo, il massimo canone che può pagare deve essere calcolato tenendo conto anche dell'onere finanziario associato al riscatto degli impianti e quindi sarà minore di quello espresso nel parere citato dell'AEEG. In questo senso ci sembra che la sentenza citata sia contraddittoria nel punto in cui valuta la credibilità dell'offerta vincente sulla base del ragionamento espresso nelle sentenze 165/04 e 205/05 del TAR Lombardia, basate sul parere dell'Authority.

Emerge la necessità di un metro di giudizio a cui ancorare le valutazioni in ogni caso specifico, senza dover ogni volta richiedere un apposito parere all'Authority. La metodologia presentata nel capitolo precedente cerca proprio di supplire a questo problema, fornendo un primo metodo, per quanto ancora approssimativo, per calcolare la massima percentuale di VRD richiedibile in funzione delle prestazioni richieste nel contratto.

Il secondo problema è che il parere dell'Authority permette di mettere un tetto al massimo canone che l'Ente Locale può porre come obbligo al gestore, ma non dà nessuna indicazione su come possa essere valutata l'eventuale anomalia di un'offerta molto generosa autonomamente presentata da una impresa. Vedremo dall'esame dei bandi che in molti casi delle percentuali di VRD ben più elevate del 65% sono state offerte anche in assenza di basi d'asta.

⁶⁰ Cf. pure TAR Lombardia – Sez. di Brescia, ordinanza 25 agosto 2005, n. 1065 che ha sospeso una gara per motivi simili.

Occorre quindi capire come gli Enti Locali possano affrontare il problema dell'anomalia delle offerte. Nella sentenza 29 marzo 2005 n. 205 il TAR Lombardia Sez. di Brescia ha annullato l'aggiudicazione effettuata di una gara per il solo fatto che dal verbale risultava che non era stata effettuata nessuna verifica della plausibilità dell'offerta vincitrice, che proponeva un canone pari all'81% del VRD, oltre ad altre prestazioni migliorative per il servizio. Il giudice riteneva che una possibile soglia per dichiarare l'anomalia di una offerta poteva essere il 60%, pari ad un incremento del 50% sul canone "legittimo" previsto nel parere dell'Authority. Vista l'elevatezza del canone proposto rispetto a tale soglia il giudice affermava che il Comune avrebbe dovuto effettuare una verifica della congruità dell'offerta.

Il TAR Molise ha dovuto giudicare su alcuni ricorsi in cui una delle imprese perdenti accusava l'Ente Locale di non aver adeguatamente considerato l'anomalia dell'offerta risultata vincente. Dalla lettura delle sentenze si rileva una certa difficoltà del giudice a valutare la fondatezza di tale lamentela. Nella sentenza TAR Molise 18 maggio 2005 n. 745, il giudice ha rigettato il ricorso su questo punto asserendo che il canone offerto dall'offerta vincitrice era pari alla componente CCD e lasciava quindi impregiudicata la componente CGD. Per cui l'offerta era tale, a parere del giudice, di coprire i costi di gestione e quindi poteva essere ritenuta affidabile. Dalla sentenza si deduce però che l'impresa vincitrice non si è proposta per la semplice gestione ordinaria delle reti, ma ha anche promesso la realizzazione investimenti pari a 300000 euro nell'arco dei dodici anni e il piano finanziario prevedeva un valore residuo di soli 79200 €, per cui il giudice avrebbe dovuto chiedersi in quale modo l'impresa avrebbe potuto finanziare tali interventi. In una sentenza che affronta un caso simile, la n. 746 del 18 maggio 2005 lo stesso giudice arriva ad asserire che anche un'offerta pari al 69% del VRD non è da ritenere anomala in quanto non erode completamente i margini di ricavo del gestore⁶¹.

La necessità di valutare l'anomalia dell'offerta in stretto rapporto alle prestazioni contrattuali richieste emerge pure nel caso già citato su cui si è dovuto pronunciare il TAR Piemonte. Si è già visto che nella sentenza 889/06 il giudice ha teso a giustificare la credibilità dell'offerta vincente, pari al 36% del VRD, sulla base dei ragionamenti espressi nelle sentenze 165/04 e 205/05e del TAR Lombardia senza però considerare che nel caso di specie al nuovo gestore era richiesto anche di pagare un elevato indennizzo all'*incumbent* per il riscatto degli impianti. È vero però che lo stesso TAR Piemonte, chiamato ancora a pronunciarsi sullo stesso caso, nella sentenza 13 febbraio 2006, n. 896, asserisce che il giudizio espresso dal TAR Lombardia nelle sentenze appena citate non può essere assunto a metodo assoluto per la valutazione della anomalia delle offerte e che è necessario in ogni caso valutare le peculiarità dell'offerta in giudizio. Nel caso di specie il giudice ha rilevato che la procedura per la valutazione dell'anomalia dell'offerta era stata formalmente corretta e che quindi non vi erano motivi per censurare le scelte del Comune.

Appare quindi evidente quanto i giudici si trovino in difficoltà a considerare tutti gli aspetti di un'offerta e a dare una valutazione complessiva della affidabilità di un piano economico finanziario. Anche per quanto riguarda i Comuni, si è visto come i bandi in genere non chiariscano la modalità con cui può essere individuata una offerta anomala. I casi in cui si adotta il metodo di "sospettare" di anomalia una offerta in base ai punti ricevuti sono abbastanza criticabili in quanto i punteggi dipendono dal confronto con le offerte delle concorrenti per cui una proposta pienamente affidabile

⁶¹ Ulteriore sentenza che riguarda la valutazione dell'anomalia dell'offerta è TAR Lombardia – Sez. Milano III, sentenza 1 dicembre 2003, n. 5477.

potrebbe avere ricevuto molti punti solo per la mancanza di proposte migliori. Una via interessante sembra quella di collegare l'analisi della anomalia di una proposta contrattuale alla redditività che scaturisce dal piano finanziario allegato. Si potrebbe richiedere a tutte le imprese di allegare un piano che comprenda tutti gli investimenti promessi e che sia capace di assicurare un Tasso Interno di Rendimento esogenamente prefissato. A quel punto l'Ente Locale, nel caso che l'offerta vincente abbia un TIR molto vicino a quello limite dovrebbe semplicemente verificare l'attendibilità delle voci di costo inserite nel piano, valutando i reali vantaggi competitivi a disposizione dell'impresa in questione.

In genere comunque si rileva una estrema difficoltà nel valutare *ex-post* la reale congruità di una offerta molto conveniente. La maggiore dimostrazione di questo fatto è la assenza di casi, all'interno del nostro campione, in cui l'offerta vincente, una volta sottoposta a verifica, sia stata giudicata anomala ed esclusa. Visto il notevole contenzioso che può sorgere su questo aspetto con le imprese, si ritiene opportuno introdurre delle chiare modifiche alle regole di aggiudicazione della gara che aiutino a risolvere, o quanto meno ad attenuare, il problema. Nel prosieguo del lavoro suggeriremo alcuni accorgimenti in proposito.

4.11. Un'analisi dei verbali di gara

In questo paragrafo cercheremo di estrarre alcune utili informazioni dal materiale sui 15 verbali di gara a nostra disposizione. Un primo dato che emerge è che il mercato è abbastanza conteso: in tutte le gare si sono avuti infatti più di due partecipanti. Il numero massimo è stato di 11, quello minimo di 3 e quello medio è vicino a 7; occorre però considerare che, probabilmente, alcune imprese partecipavano solo per avere informazioni sulla gara, senza avere un reale interesse ad aggiudicarsela (lo si comprende dalle offerte molto vicine alle basi d'asta su tutti i parametri).

La competizione comunque appare in genere reale. In primo luogo, in nessuna delle gare esaminate ha vinto l'impresa *incumbent*, nonostante in ben 8 di esse fosse fra i partecipanti. In secondo luogo, la distanza fra i punteggi ricevuti dalle prime due offerte in ben 7 casi è stata inferiore a 5 punti. Inoltre, nei casi in cui è stata superiore, è difficile dire a priori se ciò sia frutto di una reale mancanza di interesse a competere, o se non sia piuttosto la conseguenza di un'offerta arrischiata da parte dell'impresa aggiudicataria.

Le componenti economiche delle offerte giocano un ruolo molto importante in genere: in ben 9 casi su 15 il punteggio ricevuto rispetto a questi elementi è stato determinante, nel senso che ha portato a vincere un'impresa diversa da quella che aveva presentato la migliore offerta tecnica. Inoltre, solo in un caso è risultata vincitrice un'impresa diversa da quella che aveva ricevuto il punteggio maggiore rispetto all'offerta economica. Inoltre, all'interno degli elementi economici sicuramente il canone ha una posizione di rilievo: soltanto in 4 casi l'impresa che ha offerto il canone più alto non si è aggiudicata la gara. Le due percentuali di VRD più alte offerte come canone si sono registrate in 2 gare dove non vi era nessuna base d'asta, per cui sembra quasi che la mancanza di riferimenti spinga le imprese ad essere più aggressive.

Sarebbe interessante calcolare, attraverso la metodologia introdotta al paragrafo 4.2, quale sia la percentuale di VRD che un'impresa di media efficienza potrebbe offrire come canone in ogni contesto particolare. Tale calcolo dovrebbe tener conto anche di altri elementi dell'offerta presentata, in particolare del valore degli investimenti promessi e del loro valore residuo a fine concessione. L'indicatore della potenziale anomalia di un'offerta potrebbe così essere dedotto allora dalla differenza fra la percentuale di VRD offerto e quella calcolata come base secondo questo metodo.

Questa metodologia potrebbe essere molto più robusta di quelle che valutano la sospetta anomalia di una offerta sulla base del punteggio totale ricevuto o del TIR del piano industriale proposto dall'impresa stessa, in quanto si baserebbe sulle tecniche di *benchmarking* utilizzate dalla Authority.

Purtroppo, non tutti i verbali sono completi in quanto di alcuni abbiamo soltanto la griglia con i punteggi assegnati ai partecipanti rispetto alle diverse componenti delle offerte, per cui manchiamo delle informazioni riguardanti il reale contenuto delle loro proposte e quindi non possiamo calcolare tale indicatore all'interno del nostro campione. Una ricerca più approfondita potrebbe mirare a testare l'esistenza di correlazioni fra alcuni elementi della gara (come il peso assegnato all'offerta economica, il numero di utenti del Comune, il numero di partecipanti, ecc.) e tale indicatore per analizzare l'esistenza di fattori che rendono eccessivamente aggressive le offerte delle imprese.

Nel panel di verbali a disposizione si è rilevato che le commissioni hanno deciso di sottoporre a verifica di anomalia l'offerta vincitrice solo in 5 casi; in due di questi era previsto nel bando che l'offerta vincente sarebbe stata sottoposta a verifica quale che fosse il suo contenuto. In un altro caso l'offerta aggiudicataria aveva superato gli 80 pt., limite stabilito come soglia di potenziale anomalia. In un quarto caso, l'offerta vincente non era anomala, sulla base dei criteri predeterminati, ma la commissione ha deciso comunque di chiedere chiarimenti circa la congruità dei parametri proposti. Nell'ultimo caso non esisteva un criterio predeterminato, ma la commissione ha deciso di procedere alla verifica in seguito alle perplessità espresse in sede di aggiudicazione dalle concorrenti. In tutti questi casi comunque l'offerta vincente è stata ritenuta legittima e ha ricevuto la concessione. A dimostrazione di quanto sostenuto nel paragrafo precedente.

5. CONCLUSIONI: ALCUNE PROPOSTE DI LINEE GUIDA

Il principale obiettivo di questo lavoro è stato quello di analizzare le procedure di gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas. A tal fine è stato necessario fare una ricognizione dell'attuale assetto della regolazione del settore, della normativa che disciplina le regole di fondo e della recente giurisprudenza che tali regole ha cercato di interpretare.

Un primo elemento che è emerso è la mancanza di un quadro stabile e chiaro di regole che permettano agli operatori di elaborare le loro strategie imprenditoriali. Il succedersi di norme che precisano o modificano la lettera originale del Decreto Letta e il cospicuo contenzioso davanti ai TAR, con sentenze spesso fra loro contraddittorie, hanno contribuito a rendere lo scenario alquanto incerto e mutevole. Per cui un primo intervento necessario è quello di chiarire in modo inequivocabile alcuni dei punti più rilevanti delle procedure di affidamento. Altrimenti il rischio è che gli incrementi di efficienza ottenibili mediante la pressione competitiva siano inferiori ai costi di transazione associati al contenzioso che la pressione competitiva stessa produrrà.

Si è visto pure come la stessa AEEG abbia espresso delle perplessità sull'andamento delle gare in corso e abbia richiamato l'attenzione sul rischio che l'assegnazione di un peso rilevante agli aspetti economici delle offerte, porti a trascurare gli aspetti tecnici, provocando alla lunga uno scadimento della qualità del servizio e un peggioramento della sicurezza delle reti. Tali preoccupazioni sono d'altronde coerenti con alcune delle previsioni fatte dalla teoria economica che analizza procedure di gara in contesti dove è difficile valutare la qualità delle prestazioni. L'esame del panel dei bandi di gara a nostra disposizione ha confermato questa tendenza dei Comuni a privilegiare il canone come criterio di aggiudicazione più importante, per cui l'obiettivo di questo ultimo capitolo consiste anche nel dare delle indicazioni che mirino a limitare i rischi paventati dall'AEEG.

Si vuole qui provare a delineare alcune risposte a queste problematiche emerse nella fase di analisi. Rispetto al problema dell'incertezza delle regole, crediamo che vi siano alcuni nodi interpretativi che devono essere sciolti quanto prima, possibilmente con una legge chiara e inequivocabile che definisca:

- le modalità di calcolo dell'indennizzo da pagare al gestore uscente;
- il soggetto su cui viene allocato tale onere;
- le caratteristiche minime del piano economico finanziario che viene richiesto in accompagnamento alle offerte.

Secondo la giurisprudenza più recente il calcolo e l'allocazione dell'indennizzo dipendono dalla fattispecie che porta al termine della concessione preesistente: in caso di scadenza naturale o di riscatto anticipato l'onere ricade sull'ente concedente e il calcolo avverrà secondo quanto previsto nell'atto di concessione. In caso di interruzione della concessione causata dalla scadenza del periodo transitorio invece l'onere ricadrebbe sul nuovo gestore e l'entità dell'indennizzo dovrebbe essere calcolata ai sensi dell'articolo 15 comma 8 del Decreto Letta. Infine, il piano economico finanziario dovrebbe lasciare ad ogni impresa la libertà di pianificare degli investimenti con la possibilità di richiedere, alla fine della concessione, il valore residuo non ammortizzato.

Secondo l'analisi da noi svolta, sarebbe opportuno lasciare ai Comuni la libertà di scegliere fra l'assunzione in prima persona dell'onere di indennizzare il gestore uscente, e l'allocazione di tale onere sul nuovo entrante. L'importante è che in quest'ultimo caso si preveda una adeguata diminuzione del canone di concessione e un chiaro piano di ammortamento che definisca il valore residuo a cui avrà diritto il nuovo gestore al termine della sua concessione.

La prima formula è chiaramente preferibile, quando possibile, perché capace di assicurare una reale par condicio sia nella prima che nelle gare successive. La capacità infatti di pagare un pesante indennizzo può infatti favorire le imprese molto capitalizzate, ma ciò non è di per sé indice di maggiore efficienza. Non si vede quindi il motivo di obbligare i Comuni ad imputare tale onere sul nuovo gestore. Allo stesso tempo però non si può non riconoscere le difficoltà finanziarie di un Comune che dovesse riscattare un asset con un grande valore monetario, per cui occorre lasciare pure l'opzione opposta.

Definito il quadro generale di regole in cui si iscrive la procedura di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, resta il problema di come evitare la presentazione di offerte antieconomiche da parte delle imprese. In tal caso infatti la pressione competitiva non porterebbe ad un miglioramento dell'efficienza, ma minaccerebbe piuttosto la sopravvivenza delle imprese del settore, minerebbe la qualità delle loro prestazioni e il corretto gioco concorrenziale nel settore.

A tale fine è necessario, a nostro avviso, che siano preparate quanto prima delle linee guida da destinare ai Comuni, al fine di indirizzare e omogeneizzare le loro scelte in merito al meccanismo di gara. Non auspichiamo che venga varato un ulteriore regolamento, ma che piuttosto siano redatti dei testi di *Best Practices* a cui i singoli funzionari possano ispirarsi, ma da cui possano pure discostarsi, esplicitando nelle motivazioni la peculiarità del contesto che devono disciplinare.

Viste le profonde interazioni esistenti fra regolazione tariffaria e impostazione della procedura di gara, crediamo che sia opportuno che tali linee guida siano stilate sotto la supervisione dell'AEEG che, per tale occasione, dovrebbe affiancare ai suoi funzionari un panel di esperti (economisti, giuristi, tecnici del settore) con particolari competenze sulla materia delle gare pubbliche.

Il contenuto delle linee guida dovrebbe riguardare:

- indicazione delle formule con cui valutare in modo congiunto le componenti economiche incluse nelle diverse offerte (possibilmente di tipo assoluto),
- i criteri per equilibrare in modo coerente offerta tecnica e offerta economica,
- gli elementi reputazionali da prendere in considerazione,
- i principi su cui fissare le basi d'asta e su cui valutare l'anomalia delle offerte.

Gli Enti Locali dovranno però essere liberi di applicare le linee guida ai casi concreti nel modo ritenuto più consono e la coerenza delle loro scelte non dovrebbe essere oggetto di giurisdizione amministrativa. I TAR infatti stanno dimostrando una certa difficoltà nel valutare il merito di molte delle questioni sollevate dinanzi a loro e sarebbe quindi opportuno che la loro competenza rimanesse limitata ai soli aspetti formali delle procedure di gara e al rispetto della normativa di legge. Le questioni più tecniche al contrario, come la presenza di basi d'asta che impediscono offerte remunerative, o la anomalia delle offerte presentate in gara, dovrebbero essere risolte da un organo dotato di competenze economiche più che giuridiche.

La vera soluzione comunque crediamo che consista nel trovare degli accorgimenti capaci di prevenire l'emergere di questo tipo di problemi, piuttosto che nel nominare un organo *ad hoc* chiamato ogni volta a risolverli. Per evitare che i Comuni fissino delle basi d'asta tali da impedire la presentazione di offerte remunerative, crediamo opportuno stabilire che la base d'asta relativa al canone debba essere pari all'incirca

alla quota di remunerazione del capitale previsto nel CCD, tranne il caso in cui l'onere del riscatto non sia allocato sul nuovo entrante. In quest'ultima evenienza, la base d'asta deve essere prossima a 0, in quanto i Comuni dovrebbero al massimo essere legittimati a richiedere una somma fissa annua di lieve entità per finanziare le spese di gara e quelle necessarie all'amministrazione del contratto.

Per garantire una sufficiente remuneratività del contratto occorre però anche vietare altri tipi di clausole "vessatorie", come quella che obbliga il concessionario ad ammortizzare forzatamente tutti i suoi investimenti nell'arco di dodici anni. Ugualmente, particolari investimenti che fossero necessari per l'ammodernamento della rete possono essere resi obbligatori nel bando di gara solo dopo aver chiarito che la tariffa sia sufficiente a garantirne la copertura finanziaria.

Rispetto alla seconda problematica, quella di evitare la presentazione di offerte potenzialmente "anomale" da parte di imprese spregiudicate, alcuni autori⁶² hanno proposto di vietare espressamente l'inserimento del canone di concessione fra i criteri di aggiudicazione e di trasformare la base di gara in una somma fissa predefinita che il Comune riscuoterà ogni anno, quale che sia l'impresa aggiudicataria. La competizione dovrebbe avvenire infatti su altri elementi.

Questa soluzione ha sicuramente dei pregi, in quanto evita che eventuali recuperi di produttività di cui l'impresa aggiudicataria è capace vadano a trasformarsi in un beneficio esclusivo delle casse dell'Ente Locale invece che dell'utenza. Per cui le linee guida potrebbero lasciare ai Comuni la libertà di scegliere fra la richiesta di offerte in aumento sul canone o, in alternativa, quella di sconti percentuali sul VRD riconosciuto dall'AEEG⁶³.

Una soluzione diversa, incontrata in alcuni bandi, è stata quella di porre un tetto al canone attraverso la previsione che oltre una certa soglia non sono attribuiti punti incrementali. Tale metodo è risultato particolarmente efficace in quanto ha garantito a tutte le imprese il fatto che nessuna avrebbe potuto cercare di vincere mediante un canone molto alto. È evidente che con questo metodo il peso "strategico" di tale elemento viene ridotto in modo significativo.

Resta però vero che, se le imprese hanno motivi per farsi una concorrenza aggressiva fino a presentare offerte "diseconomiche", il problema rimarrà e si tradurrà in offerte anomale in termini di sconti sulla tariffa, di investimenti proposti, di valore residuo degli stessi o di altri termini del contratto. La letteratura economica citata in appendice mostra come il problema delle offerte anomale debba essere affrontato aumentando la responsabilità del gestore a fronte di prestazioni inferiori rispetto a quelle promesse. Ciò può essere fatto con strumenti contrattuali, come le penali per inadempimento, le cauzioni, la frequenza dei controlli, o con strumenti extracontrattuali, come i meccanismi reputazionali.

Rispetto ai controlli della performance, si è visto come l'impianto creato dall'AEEG sia teoricamente ben strutturato, ma rischia di divenire poco efficace a causa delle poche risorse umane da destinare alla verifica puntuale di ogni gestore. Sarebbe forse opportuno formare i funzionari comunali destinati a questi uffici⁶⁴ a svolgere un controllo di routine e lasciare all'AEEG il compito di intervenire solo in casi eccezionali, su richiesta dei "controllori" locali.

⁶² Cf. IEFE (2006).

⁶³ I due aspetti possono anche essere considerati in contemporanea, ma in tal caso la formula di aggregazione dei punteggi deve essere assolutamente di tipo assoluto. Una ulteriore alternativa interessante, dal punto di vista teorico, è l'impegno ad assicurare un recupero di efficienza maggiore di quello richiesto nel metodo tariffario.

⁶⁴ Le risorse per pagare questi funzionari dovrebbero provenire da una quota del canone di concessione che, come chiarito nel testo, dovrebbe essere destinata proprio al finanziamento dei costi di amministrazione del contratto.

I meccanismi reputazionali invece potrebbero essere introdotti prevedendo che l'esercizio di *benchmarking*, con cui fino ad oggi l'Authority ha comparato le prestazioni di diversi gestori rispetto a diversi aspetti della qualità del servizio, divenga un elemento che può essere considerato in fase di affidamento del servizio. Nei bandi analizzati si è trovato in alcuni (rari) casi l'assegnazione di punteggi in base al numero di multe ricevute dall'AEEG. Questo è di fatto un esempio di meccanismo reputazionale, per quanto primitivo e poco strutturato. Crediamo che se la qualità delle prestazioni presenti diventasse un elemento chiave capace di condizionare l'aggiudicazione di altri affidamenti in futuro, allora si potrebbe davvero riuscire a limitare il rischio che la pressione concorrenziale porti ad un deterioramento delle performance delle imprese.

In questa linea, un altro modo per evitare che le gare incentivino le imprese a competere solo sugli aspetti economici delle offerte è quello di diminuire il peso "strategico" di tali elementi a favore del peso assegnato ad aspetti come la sicurezza e la qualità. Ciò provoca sicuramente l'aumento del grado di discrezionalità dei decisori, ma ciò non significa che non si possa evitare di assegnare loro un potere di scelta arbitrario.

Se si seguisse questa strada sarebbe necessario fornire un programma base degli obiettivi che si vogliono raggiungere negli anni successivi in termini di qualità, e nei casi in cui sia possibile una maggiore precisione, si può definire in anticipo anche il programma di massima degli interventi. In questo modo le offerte delle diverse imprese sarebbero più facilmente comparabili. È evidente che a tal fine il Comune deve avere le competenze per eseguire una pianificazione minima del servizio e per valutare la bontà delle diverse soluzioni presentate da ogni impresa. Ma anche in questo caso sarebbe opportuno valutare non solo le promesse contenute nelle singole offerte, ma anche le credenziali delle imprese che le propongono. Ad esempio, la loro reputazione potrebbe essere valutata attraverso un riscontro della loro capacità di realizzare secondo i tempi promessi i piani presentati in altre gare. Si noti che le valutazioni dei fattori reputazionali non sarebbero basate sulla discrezionalità della commissione di aggiudicazione, ma sulle valutazioni che l'Authority e altri Comuni hanno dato delle prestazioni medie di ciascuna impresa, per cui l'inserimento di questo criterio di aggiudicazione non indebolirebbe la trasparenza della procedura di scelta.

Altre indicazioni possono emergere da una analisi più approfondita sulle gare fin qui condotte. Si tratterebbe di raccogliere materiale non solo sul bando e sull'aggiudicazione di alcune gare, ma anche sugli indicatori di qualità nello svolgimento del servizio aggiudicato, per monitorare quanto le allettanti offerte economiche emerse in questa prima fase di concorrenza corrispondano davvero a recuperi di efficienza e quanto invece possano trasformarsi in boomerang per la collettività. La risposta è molto rilevante e anche piuttosto urgente.

A. UNA RASSEGNA DELLA LETTERATURA ECONOMICA SULLE GARE PER L’AFFIDAMENTO DI CONCESSIONI

A.1. Il dibattito teorico sulla “concorrenza per il mercato”

Nel testo si è evidenziato come la riforma del settore del gas dettata nel Decreto Letta abbia previsto la disarticolazione della filiera produttiva, in modo da liberalizzare i settori in cui era possibile introdurre una effettiva concorrenza.

La distribuzione del gas a livello locale è però caratterizzata dalle condizioni classiche del monopolio naturale, in quanto i costi principali sono quelli associati alla realizzazione e manutenzione della rete, per cui non avrebbe senso una sua duplicazione. In questo caso la teoria economica evidenzia come si abbia un fallimento del mercato ed occorranza strumenti alternativi per raggiungere una situazione di soddisfacimento del benessere collettivo.

Negli anni Settanta vi è stato un acceso dibattito sui pro e i contro di due politiche viste come completamente alternative: una prima soluzione, proposta per la prima volta da Demsetz nel suo *seminal paper* del 1968, consisteva nell’utilizzare la così detta “concorrenza per il mercato”; l’idea di questo autore era che, anche se le condizioni di costo erano tali da rendere impossibile lo sviluppo di un normale mercato, era però possibile instaurare un meccanismo di confronto competitivo fra più imprese con in palio la possibilità di agire come monopoliste in tale settore. Alcuni studiosi appartenenti ad una diversa scuola di pensiero cercarono di contestare tale idea, quanto meno nella misura in cui veniva proposta come soluzione sufficiente a perseguire gli obiettivi di equità sociale ed efficienza. Secondo economisti come Williamson e Goldberg, la gara per la scelta del monopolista il più delle volte produceva risultati ambigui e difficilmente implementabili nel tempo, per cui era comunque necessario prevedere una stretta regolazione dell’impresa aggiudicataria.

La teoria più recente⁶⁵ riconosce che la regolazione e la gara non devono essere visti come soluzioni contrapposte, ma piuttosto come strumenti complementari e questo lavoro cercherà proprio di sottolineare gli stretti legami che possono esserci fra la regolazione del servizio e i criteri di aggiudicazione della gara. A tal fine dedicheremo il capitolo successivo ad una sintetica ricognizione della regolazione di questo settore in Italia, non prima però di aver fatto una breve rassegna dei maggiori aspetti problematici connessi alla formula della concorrenza per il mercato.

A.2. I principali limiti della “concorrenza per il mercato”

Uno dei primi problemi sollevato da Williamson (1976) era stato quello della inevitabile incompletezza dei contratti che disciplinavano il rapporto fra ente committente e monopolista. I settori in cui si riscontrano le condizioni di monopolio naturale sono infatti solitamente caratterizzati da una notevole complessità del contesto e ciò rende impossibile la previsione di tutte le circostanze future. Una tale situazione rende più controverso l’affidamento tramite gara del contratto in quanto l’inevitabile

⁶⁵ Cf. Klein (1998), Crew e Harstad (1999), Doni (2003), Doni (2005).

rinegoziazione dei termini indebolisce la rilevanza degli impegni iniziali e depotenzia l'efficacia del meccanismo competitivo.

Questo problema non è fra i più gravi nel caso della distribuzione del gas in quanto il settore è tecnologicamente maturo ed inoltre il legislatore ha scelto di limitare a dodici anni la durata massima dei contratti, rendendo così meno probabile la necessità di rinegoziarli.

Anche nel caso di contratti di breve durata messi in gara frequentemente, i problemi sollevati dagli istituzionalisti sono comunque molto rilevanti. Il nocciolo della questione consiste nella così detta "specificità" degli investimenti, nel senso che le infrastrutture necessarie alla realizzazione del servizio sono in buona parte non utilizzabili al di fuori del rapporto contrattuale esistente, per cui, nel caso in cui si preveda la possibilità di un ricambio di gestori, occorre capire come le regole riguardanti il trasferimento degli *assets* incidano sugli incentivi a investire correttamente nella loro manutenzione e espansione.

Posner (1972), sostenitore dell'idea di Demsetz, suggeriva che fosse sufficiente assicurare al gestore pre-esistente (*incumbent*) una cifra pari ai costi contabili sostenuti per gli investimenti e non ancora ammortizzati. Ma i suoi "avversari" ribattevano che un tale metodo è molto vulnerabile rispetto ai trucchi contabili, ed inoltre non è capace di ripagare gli investimenti in base alla loro produttività, ma solo sulla base dei costi, disincentivando così una politica realmente efficiente.

La teoria economica⁶⁶ riconosce oggi l'esistenza di un chiaro *trade-off* fra incentivi all'investimento efficiente e possibilità di avere un'efficace competizione in fase di gara. Infatti, se il criterio per la valutazione degli *assets*⁶⁷ è poco attento al reale valore del capitale investito, si ha un forte disincentivo ad investire nella rete in quanto l'*incumbent* vorrà tutelarsi a fronte della possibilità che il gestore subentrante si appropri del valore da lui prodotto; nel caso opposto di criteri che cerchino di tutelare l'*incumbent* si ha il problema di creare un effetto discriminatorio nella fase di gara, in quanto l'impresa concorrente che volesse scalzare il monopolista dovrebbe accollarsi un valore del riscatto che pesa in modo rilevante sul suo equilibrio economico finanziario, rendendo più difficile formulare un'offerta realmente competitiva.

In letteratura sono stati proposti dei modelli⁶⁸ che suggeriscono di far emergere il valore dell'equo indennizzo da ripagare all'*incumbent* mediante un particolare procedimento di gara, in modo che dal confronto competitivo possa emergere la reale efficienza produttiva degli *assets* e l'indennizzo non debba essere ancorato al poco significativo valore contabile. Ma tali meccanismi al momento non sono stati testati in nessuna gara e la scelta del legislatore italiano, specificata all'articolo 14 comma 8 del Decreto Letta, si richiama al più noto criterio del netto contabile.

In questa fase transitoria comunque vale quanto scritto nei contratti di concessione in essere o la disciplina generale sul riscatto anticipato. Nel prosieguo cercheremo di rilevare nei bandi come si siano comportati i Comuni nei casi in cui vi fosse da ripagare il gestore esistente, e valuteremo le loro scelte sulla base del confronto fra soluzioni diverse. Sarà importante capire pure come abbiano disciplinato nei nuovi contratti di servizio la materia riguardante la regolazione dei rapporti fra Comune, impresa *incumbent* e nuovo gestore alla scadenza del termine della concessione.

Si comprende quindi come la combinazione di criterio contabile e di brevità della scadenza possa preoccupare molti osservatori e la stessa AEEG che, nella sua già

⁶⁶ Cf. Armstrong et al. (1994), Meister (2005).

⁶⁷ Per una rassegna ragionata dei diversi criteri di valutazione degli asset si veda Parrini e Passarelli (1999).

⁶⁸ Cf. Crew e Harstad (1999).

citata segnalazione, paventa il rischio che i gestori vengano indotti a comportamenti miopi che potrebbero avere gravi ripercussioni sulla qualità e sicurezza del servizio.

A.3. La relazione fra tipo di affidamento e tipo di regolazione tariffaria

Un ulteriore aspetto molto sottolineato dalla teoria più recente è lo stretto legame fra tipo di regolazione tariffaria e modalità di affidamento del servizio. Nella letteratura economica sui contratti si distingue fra contratti *cost plus*, in cui l'appaltatore non sopporta nessun rischio e ha un profitto assicurato e indipendente dai costi effettivi, e i contratti *fix price*, in cui, al contrario, ad essere fisso è il corrispettivo e il profitto dipende dai costi. Il primo tipo di contratti è assimilabile ad una regolazione tariffaria fortemente ancorata ai dati contabili, come nel caso del metodo *rate of return*. In caso invece di regolazione *price cap* si trovano evidenti similarità con il modello *fix price* in quanto si ha un forte potere incentivante del meccanismo rispetto ai comportamenti dell'impresa.

McAfee e Mc Millan (1986), in uno dei primi lavori sull'affidamento mediante gara di contratti, rilevarono come non fosse mai efficiente utilizzare una gara per aggiudicare un contratto *cost plus*. In un lavoro più recente Bajari et al (2003) hanno studiato un panel di contratti affidati nel settore privato delle costruzioni negli USA e hanno rilevato che, quando il contratto è tendente alla tipologia cost-plus, l'affidamento avviene prevalentemente mediante una procedura negoziata, in cui il corrispettivo richiesto non ha un peso rilevante nella scelta. I meccanismi classici di gara basata sul prezzo sono invece generalmente adottati quando il contratto è di tipo *fix price*.

Ci aspettiamo quindi che l'obbligo di gara previsto dal Decreto Letta sia associato ad un sistema di regolazione tariffaria improntato alla filosofia del *price cap*, ma vedremo che, per quanto questa sia vero in caso di applicazione del metodo ordinario, vi è la possibilità per il gestore di adottare anche un regime alternativo, definito individuale. Quest'ultimo, basandosi sui dati contabili, appare a prima vista simile ad un metodo di tipo *cost plus*. Nel paragrafo 3.1. abbiamo approfondito i problemi connessi a questi aspetti.

Fin qui si sono evidenziate delle problematiche inevitabilmente connesse alla scelta effettuata dal legislatore di innestare nel settore della distribuzione del gas il modello dell'affidamento mediante gara di contratti di media durata. Nei paragrafi successivi si vogliono invece segnalare dei potenziali fenomeni negativi che potrebbero accompagnare l'implementazione di questo modello e che forse sono alla base delle preoccupazioni che l'AEEG sembra esprimere nella sua già citata segnalazione al Governo. In tutti e tre i casi che solleveremo la presentazione di offerte molto convenienti per l'ente affidante è in realtà associata ad effetti potenzialmente dannosi per la collettività.

A.4. Le offerte anomale e il rischio di fallimento

Il primo problema è quello che l'introduzione ex-novo di un meccanismo competitivo in un settore caratterizzato ad oggi dalla presenza di tanti operatori, anche di piccole dimensioni, possa far nascere il fenomeno delle offerte anomale. Come già ben evidenziato nel settore delle costruzioni, il ricevere un'offerta molto conveniente non è sempre una buona notizia per una PA; spesso infatti è il segno che l'impresa chiederà di rinegoziare i termini del contratto in seguito, e/o che l'impresa rischierà la bancarotta nel caso di minimi eventi imprevisti.

In un modello teorico Calveras et al. (2004) hanno mostrato come, in presenza di regole che disciplinano il fallimento in modo garantista, le imprese che offrono in modo più aggressivo, e che hanno quindi la maggiore possibilità di aggiudicarsi la gara, sono quelle con minori garanzie finanziarie. Il risultato è che la gara tende a selezionare le imprese che possono incorrere in fallimento con maggiore probabilità.

Questa interpretazione è coerente con il frequente contenzioso che si registra nel settore dei lavori pubblici, e con l'alto "tasso di mortalità" delle imprese ivi operanti.

I vari Stati hanno provato a risolvere il problema sollevato dalle offerte anomale in vari modi e in Italia si era arrivati a prevedere l'esclusione automatica dalla gara di offerte che si discostassero in modo rilevante dalle altre. Molti hanno però invitato a dubitare⁶⁹ della efficacia e ragionevolezza di tali regole e la Corte di Giustizia ha infine previsto che l'esclusione non possa mai avvenire senza un contraddittorio con l'impresa che ha presentato l'offerta "anomala". Ciò però ha portato i nostri funzionari ad un atteggiamento passivo in quanto è sempre difficile escludere un'offerta molto conveniente, per cui il problema rimane irrisolto.

Fino ad oggi il settore della distribuzione del gas non è stato interessato da fenomeni di fallimento degli operatori. Cercheremo di capire se a seguito dell'introduzione dell'obbligatorietà di affidamento mediante gara possano crearsi anche in questo settore gli incentivi perversi alla presentazione di offerte tanto aggressive quanto arrischiate e vedremo come questa problematica sia stata affrontata nelle gare che analizzeremo in seguito. In particolare faremo una rassegna dei casi in cui i Comuni hanno annunciato dei criteri espliciti per individuare delle offerte potenzialmente anomale.

A.5. Lo scadimento qualitativo delle prestazioni

Il secondo problema è che le migliori condizioni economiche ottenute tramite la gara possono però significare una peggiore qualità delle prestazioni. La teoria economica⁷⁰ mette in guardia dal fatto che quando si adottano regole contrattuali molto incentivanti l'impresa avrà forti incentivi alla riduzione dei costi, ma ciò può andare a scapito della qualità delle sue prestazioni. In particolare, una recente ricerca (Ter-Martirosyan, 2003) su un campione di 78 *utilities* in vari Stati degli USA ha evidenziato come metodi di regolazione tariffaria di tipo *price* o *revenue cap* siano fortemente correlati al peggioramento di alcuni indicatori relativi alla qualità del servizio.

Questa problematica è ben chiara per l'AEEG che, come vedremo, ha affiancato ad un metodo tariffario di tipo parametrico una serie di delibere che mirano a tutelare la qualità del servizio e ad incentivare gli investimenti per la sicurezza. Il sistema scelto per dissuadere i comportamenti opportunistici rispetto alla qualità delle prestazioni è stato quello di misurare tramite indicatori la qualità effettiva delle prestazioni e di istituire un insieme di penali da comminare in caso di adempimento non rispettoso degli standard prefissati.

Il problema di un tale meccanismo è che spesso le prestazioni non sono perfettamente verificabili, nel senso che non è possibile addossare all'impresa una penale attesa pari al danno effettivo di un suo comportamento sleale. Ciò può dipendere da vari fattori, come la difficoltà di rilevare l'inadempimento o di provarlo dinanzi ad un terzo e/o la necessità di limitare le penali entro termini proporzionali al fatturato dell'impresa, più che ai possibili danni derivanti dalle sue mancanze. In tali casi le imprese adotteranno un livello di impegno minore rispetto a quello ottimale e si avrà mediamente un inadempimento diffuso dei termini contrattuali iniziali⁷¹.

Nel settore della distribuzione del gas fino ad oggi non sembra che questa problematica sia presente in quanto le statistiche pubblicate dall'Autorità rispetto agli standard

⁶⁹ Si veda in proposito l'interessante rapporto European Commission, DG III (1999).

⁷⁰ Cf. Sappington (2005) e Holmstrom e Milgrom (1991).

⁷¹ Vedi Doni (2005) per una modellizzazione teorica di tale dinamica negativa di un sistema di affidamento tramite gara di contratti.

assicurati dai diversi gestori sembrano più che soddisfacenti⁷². L'introduzione dell'obbligatorietà della gara tende però a mettere il sistema sotto pressione in quanto il risparmio sui costi può essere indotto non dalla volontà di aumentare i profitti, ma da quella di rimanere sul mercato, che è una necessità ben più stringente per una impresa. Inoltre vi è il rischio che alcuni operatori assumano in pieno un'ottica di breve periodo e adottino una strategia del tipo "mordi e fuggi", facendo offerte aggressive per aggiudicarsi il contratto in presenza di reti in buono stato e poi però evitino completamente di investire nella manutenzione, lasciando in eredità al gestore successivo una rete scadente.

È evidente come il problema dello scadimento qualitativo nel settore della distribuzione del gas possa motivare un certo allarmismo in quanto potrebbe avere ripercussioni negative sulla stessa sicurezza. Occorre quindi chiedersi se l'introduzione della obbligatorietà mediante gara degli affidamenti non possa richiedere un rafforzamento degli strumenti volti a garantire la qualità del servizio.

La teoria economica più recente (cf., ad esempio, Montefiori, 2004) ha evidenziato come, in presenza di contratti ripetutamente affidati mediante gare in cui concorre lo stesso gruppo di soggetti, esista un possibile modo per contrastare il problema dello scadimento qualitativo delle prestazioni; esso consiste nella introduzione di meccanismi reputazionali all'interno dei criteri di aggiudicazione. Come suggerito da Doni (2005), occorre adottare delle procedure di gara in cui chi ha fatto registrare in passato delle prestazioni scadenti si trovi ad avere minori probabilità di vittoria. Nei capitoli successivi approfondiremo i possibili benefici e l'applicabilità di un tale meccanismo.

A.6. La strategia anticoncorrenziale

L'ultimo motivo di preoccupazione verso la presentazione di offerte molto aggressive è quello che esse rappresentino una strategia anticoncorrenziale. Il normale funzionamento dei mercati in genere assicura risultati efficienti per la collettività, ma occorre assicurare che i comportamenti delle imprese ivi operanti non siano volti a viziare la necessaria dinamica concorrenziale. È per questo motivo che in tutti i paesi sviluppati esistono delle Autorità indipendenti con il compito di vigilare sulla reale concorrenzialità dei mercati: esse hanno il compito di intervenire in caso di eccessiva concentrazione di un mercato o di utilizzo di strategie anticoncorrenziali da parte delle imprese.

In un recente rapporto alla Competition Commission⁷³, Klemperer, uno dei maggiori studiosi dei meccanismi di asta, sottolinea come l'esistenza di procedure di gara, più o meno formalizzate, non sia sufficiente ad assicurare la correttezza del libero gioco concorrenziale e suggerisce che in futuro le Autorità in materia di concorrenza dovrebbero interessarsi in modo più approfondito dei mercati regolati attraverso gare. Le procedure di gara formalizzate, soprattutto se aperte alla possibilità di rilanci competitivi, possono essere infatti facilmente vulnerabili rispetto a fenomeni come la collusione dei partecipanti o la deterrenza all'entrata di nuovi soggetti nel mercato.

Una particolare strategia anticoncorrenziale, che risulta interessante per la nostra analisi, è quella dei prezzi "predatori": tale termine è utilizzato per descrivere la pratica di imprese che vendono i loro prodotti sotto costo al solo fine di indurre i concorrenti

⁷² Per una consultazione dei dati sulla sicurezza e continuità del servizio riportati dai vari distributori, cf. http://www.autorita.energia.it/cgi-bin/sintesi_cont_gas/sintesi_datigas.

⁷³ Cf. Klemperer (2005).

ad abbandonare il settore, in modo da poter in seguito approfittare del maggior potere di mercato a scapito del benessere della collettività. In questo caso la presentazione di offerte “anormalmente basse” potrebbe essere scambiata nel breve periodo per una buona notizia, ma le cui conseguenze indesiderate potrebbero essere scoperte quando è già troppo tardi.

Questo filone di indagine non sarà approfondito nel prosieguo della nostra analisi in quanto il materiale raccolto non permette di studiare la reale finalità delle imprese che presentino offerte notevolmente più convenienti rispetto a quanto ci si potrebbe attendere. Resta il fatto che, anche se uno dei risultati attesi dalla riforma del settore della distribuzione del gas è proprio quello di una riduzione degli operatori e di un loro accorpamento che permetta di sfruttare al meglio le economie di scala, crediamo comunque utile che l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato vigili sin da subito sulle dinamiche di maggiore concentrazione che si innescheranno nel settore, senza confidare che l’esistenza di meccanismi di gara sia sufficiente a garantire l’efficace funzionamento del gioco concorrenziale.

BIBLIOGRAFIA

- Armstrong M., Cowan S. e Vickers J. (1994), *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*, MIT Press, London.
- Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (2001), "La distribuzione del gas a mezzo reti urbane in Italia: analisi del settore alla vigilia della liberalizzazione", a cura di O. Bernardini e T. Di Marzio, Milano.
- Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (2006), "Situazione del mercato della vendita di gas naturale ai clienti finali in Italia", Milano.
- Bajari P., McMillan R. e Tadelis S. (2003), "Auctions versus negotiations in procurement: an empirical analysis", NBER working paper w9757.
- Bakovic T., Tenenbaun B. e Woolf F. (2003), "Regulation by Contract", World Bank Working Paper n. 14, The World Bank, Washington, D.C.
- Biancardi A., Fontini F. (2005), *Liberi di Scegliere? Mercati e regole nei settori liberalizzati dell'energia*, Il Mulino, Bologna.
- Calveras A., Ganuza J.J. e Hauk E. (2004), "Wild bids: gambling for resurrection in procurement contracts", *Journal of Regulatory Economics* 26(1):41-68.
- Crew M.A. e Harstad R.M. (1999), "Franchise bidding without holdups: utility regulation with efficient pricing and choice of provider", *Journal of Regulatory Economics*, 15:141-163.
- Demsetz H. (1968), "Why regulate utilities?", *The Journal of Law and Economics*, 11:55-65.
- Doni N. (2003), "L'interazione fra competizione e regolazione nella aggiudicazione mediante gara di una concessione", *Rivista Italiana degli Economisti*, 8(1):97-120.
- Doni N. (2005), "L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione", *Politica Economica*, 21(2):307-335.
- European Commission, DG III (1999), "Prevention, detection and elimination of abnormally low tenders in the European construction industry", Working Group on Abnormally Low Tenders, Bruxelles.
- Ferla S. (2006), "Il "nodo" dei rimborsi ai gestori uscenti nel settore della distribuzione del gas metano: note a margine di TAR Lombardia Milano – Sez. III, sentenza 28 settembre 2005, n. 3688", www.dirittodeiservizipubblici.it.
- Foster V. (2005), "Ten years of water service reform in America Latina: toward an anglo-french model", *Water Supply and Sanitation Sector Board Discussion Paper Series*, paper n. 3, The World Bank, Washington, D.C.
- Goldberg V.P. (1976), "Regulation and administered contracts", *Bell Journal of Economics*, 7:426-447.
- Holmstrom B. e Milgrom P. (1991), "Multitask Principal-Agent analysis: incentive contracts, asset ownership and job design", *Journal of Law, Economics and Organization*, 7:24-51.
- IEFE (2006), "Il settore della distribuzione di gas naturale in Italia: problematiche e prospettive alla luce del processo di ristrutturazione in atto", a cura di Dorigoni S., Linares E., Portatadino S., Sileo A., Vedaschi A., Università Commerciale Luigi Bocconi, Milano.

- Klein M. (1998), "Bidding for concessions", *Policy Research Working Papers* n. 1957, World Bank, Washington D.C..
- Klemperer P. (2005), "Bidding Markets", Competition Commission, London.
- McAfee R.P. e McMillan J. (1986), "Bidding for contracts: a Principal-Agent analysis", *Rand Journal of Economics*, 17(3):326 – 338.
- Meister U. (2005), "Franchise bidding in the water industry - Auction schemes and investment incentives", *Working Paper*, University of Zurich.
- Montefiori M. (2004), "Reputazione come credibilità per comportamenti passati nei contratti tra acquirente e fornitore di servizi sanitari", *Politica Economica*, 20(1):89-116.
- Mori P.A. (1997), "Quando l'offerta economicamente più vantaggiosa è davvero più vantaggiosa?", *Economia Pubblica*, 27(2):5-26.
- Parrini M. e Passarelli M. (1999), "Criteri di valutazione adottabili in relazione alle attività patrimoniali delle aziende che forniscono servizi pubblici locali", CRS-PROAQUA, Paper n. 33/99.
- Pastorino D. e Repetto G.P. (2005), "Messa a gara delle concessioni di distribuzione del gas: una scelta oculata?", *Energia*, 1:30-35.
- Polidori P. (2005), "Trasporto e vendita del gas naturale in Italia dopo il recepimento della direttiva comunitaria", *Economia Pubblica*, 35(1-2):189-218.
- Polo M. e Scarpa C. (2000), "Gas: quanta concorrenza passerà attraverso i tubi?", *Mercato Concorrenza e Regole*, 2(2):363-376.
- Posner R.A. (1972), "The appropriate scope of regulation in the cable television industry", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 3:98-129.
- Sabetta S. (2005) "La difficile apertura del mercato del gas. Analisi di un sistema a rete fissa", *Altalex*, 1066.
- Sappington D.E.M. (2005), "Regulating service quality: a survey", *Journal of Regulatory Economics*, 27(2):123-154.
- Ter-Martirosyan A. (2003), "The effects of incentive regulation on quality of service in electricity markets", *Working Paper*, George Washington University
- Williamson O.E. (1976), "Franchise bidding for natural monopolies. in general and with respect to CATV", *Bell Journal of Economics*, 7:73-104.

Finito di stampare nell'ottobre 2006
presso la Tipografia Next'99