

Consiglio di Stato, 28/9/2011 n. 3598

**Parere del Consiglio di Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, sullo schema di regolamento recante i criteri di gara e valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale.**

REPUBBLICA ITALIANA  
Consiglio di Stato  
Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 30 agosto 2011

NUMERO AFFARE 01455/2011

**OGGETTO:**

Ministero dello sviluppo economico- Ufficio legislativo.

**Schema di regolamento recante i criteri di gara e valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale.**

**LA SEZIONE**

Vista la relazione del 07/04/2011 con la quale il Ministero dello sviluppo economico - Ufficio legislativo ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull' affare consultivo in oggetto;

Visto il proprio parere interlocutorio reso nell'adunanza del 5 maggio 2011;

Vista la nota del Ministero dello sviluppo economico del 4 agosto 2011, con la quale vengono forniti i chiarimenti precedentemente richiesti;

Esaminati gli atti e udito il relatore ed estensore Consigliere Giancarlo Montedoro;

**Premesso:**

Il Ministero dello sviluppo economico ha trasmesso al Consiglio di Stato lo schema di regolamento per i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, da adottarsi in attuazione dell'art. 46 bis, comma 1, della legge n. 222 del 2007, concernente la conversione, con modificazioni, del decreto legge n. 159 del 2007, in cui, nell'ambito delle disposizioni in materia di concorrenza e qualità dei servizi essenziali nel settore della distribuzione del gas, si stabilisce che, con decreto dei Ministri dello sviluppo economico e dei rapporti con le regioni, sentita la Conferenza Unificata e su parere dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, sono individuati i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas previsto dall'art. 14 comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2000 n. 164, tenendo conto in maniera adeguata, oltre che delle condizioni economiche offerte, e in particolare quelle a vantaggio dei consumatori, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e sviluppo delle reti e degli impianti.

Il regolamento costituisce uno dei tre provvedimenti essenziali per il riassetto territoriale e la apertura del settore della distribuzione del gas naturale alla concorrenza.

Il primo è il decreto di definizione territoriale degli ambiti minimi che il Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni e la coesione territoriale, deve emanare ai sensi dell'art. 46 bis comma 2, della legge n. 222 del 2007 emanato in data 19 gennaio 2011, non passato all'esame del Consiglio di Stato.

Il secondo è un decreto sulla tutela dell'occupazione del personale a seguito delle gare del servizio di distribuzione del gas naturale ai sensi dell'art. 28 comma 6 del decreto legislativo n. 164 del 2000 in corso di emanazione all'atto di trasmissione dello schema di regolamento in esame.

Gli obiettivi perseguiti dal regolamento sono complessi e tengono conto delle difficoltà finora affrontate dal processo di liberalizzazione del pubblico servizio di attività di distribuzione del gas. In proposito si è verificata una nutrita serie di pronunce giurisprudenziali sulla portata e sulla durata del regime transitorio (quale definito dall'art. 15 del decreto legislativo 23 maggio 2000 n. 164 e dal successivo articolo 1, comma 69, della legge 23 agosto 2004 n. 239), sicché a distanza di oltre dieci anni dal decreto legislativo n. 164 del 2000 il processo di liberalizzazione del settore non appare compiuto.

Va notato che l'incertezza sul periodo transitorio è stata in buona parte risolta in via normativa dal decreto legge 30 dicembre 2005 n. 273 convertito in legge 23 febbraio 2006 n. 51 con il quale si è chiarita la portata delle norme contenute nell'art. 1, comma 69, della legge 23 agosto 2004 n. 239 prorogando il termine del periodo transitorio al 31 dicembre 2007, ed automaticamente disponendo un 'ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2009 nel caso in cui, nel rapporto concessorio, ricorra almeno una delle condizioni indicate nell'art. 15 comma 7 del decreto legislativo n. 164 del 2000 (termine prorogabile di un ulteriore anno per comprovate e motivare ragioni di pubblico interesse dall'ente locale).

Va anche fatto un cenno alla disciplina dell'art. 23 bis della legge 6 agosto 2008 n. 133 concernente i servizi pubblici locali di rilevanza economica, che prevedeva, al comma 1, l'applicazione delle disposizioni in esso contenute a tutti i servizi pubblici locali e la prevalenza sulle discipline di settore con esse incompatibili.

La norma aveva dato origine ad incertezze applicative sulla sua applicabilità al settore del gas risolte dall'art. 30 comma 26 della legge 23 luglio 2009 n. 99, che fa salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 164 e dell'art. 46 bis del decreto legge 1 ottobre 2007 n. 159, convertito in legge 29 novembre 2007 n. 222.

Con parere interlocutorio reso nell'adunanza del 5 maggio 2011 la Sezione ha disposto istruttoria ordinando alcuni incumbenti nel senso che segue:

“In primo luogo occorre acquisire al fascicolo l'avviso reso dall'ANCI e dall'UPI sullo schema di regolamento in esame in sede di Conferenza Unificata.

Poi vanno acquisiti documentati chiarimenti dal Ministero sulle seguenti questioni :

in relazione all'art.2 le ragioni per le quali al comma 3 non si prevede immediatamente la competenza del Comune più popoloso (o della Provincia competente) a fungere da stazione appaltante senza passare dal complesso procedimento sostitutivo della Regione (che rischia di rendere veramente macchinosa e complessa la fase preparatoria delle gare, con un contenzioso fra enti locali);

in relazione all'art. 3 le ragioni per le quali non si prevede un intervento sostitutivo limitato al caso in cui la stazione appaltante non abbia pubblicato il bando di gara, risolvendo l'ipotesi dell'ambito territoriale in cui non sia presente un Comune non capoluogo di provincia, con la diretta investitura del Comune più popoloso (o della Provincia competente) quale stazione appaltante come indicato in precedenza sub n 1 ;

in relazione all'art. 3 si chiedono chiarimenti sull'adeguatezza di un termine lungo 18 mesi dal termine fissato dall'allegato 1 per l'esercizio del potere sostitutivo e sull'eventualità di accorciare detto termine;

in relazione all'allegato 1 si osserva che il termine fissato con riferimento alla media ponderale delle scadenze ope legis denominato scadenza media d'ambito non appare di facile ed immediata applicazione e rischia di innescare contenziosi, per il rischio di mancanza di uniformità delle scadenze, per cui si chiede di valutare se possano essere fissati termini certi, sia pure scadenzati nel tempo in modo da evitare il rischio della concentrazione delle gare;

in relazione all'art. 5 occorrono chiarimenti, eventualmente anche integrando la relazione al Ministro, sulla necessità di dettare una disciplina normativa sul rimborso al gestore uscente nel primo periodo, quando l'art. 46 bis del d.l. 1 ottobre 2007 n. 159 definisce l'oggetto del regolamento come individuazione dei "criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale ;

ove si ritenga di confermare la disciplina del punto 5, giustificandone la necessità e l'imprescindibilità, nonché chiarendone il fondamento normativo e la base giuridica, si chiede di chiarire meglio il rapporto fra l'art. 5 (norma secondaria) e l'art. 24 del r.d. 15 ottobre 1925 n. 2578, che regola esattamente la materia dell'indennità dovuta al concessionario uscente in caso di riscatto e se si tratti e perché solo di modalità applicative di tali criteri di liquidazione dell'indennità o se non siano dettati piuttosto veri e propri criteri integrativi o derogatori;

in particolare si chiede al Ministero di chiarire se e perché il calcolo del valore industriale di cui all'art. 5 comma 5 e 10 sia in linea con il disposto della norma primaria di cui all'art. 24 comma 4 lett. a) del r.d. n. 2578 del 1925 e ne costituisca una metodologia di sviluppo od una modalità applicativa;

nella stessa logica si chiede al Ministero di chiarire quale sia il rapporto fra l'art. 5 comma 12 del regolamento e l'art. 24 comma 4 lett. b) del r.d. 15 ottobre 1925 n. 2578;

inoltre si chiede di chiarire le ragioni della specifica disciplina di cui all'art. 5 comma 14 che riguarda il caso di concessioni nelle quali sia pattuita la devoluzione gratuita di una porzione di impianto che - a norma dell'art. 5 comma 14 - si chiede comunque di assoggettare a rimborso;

in ultimo si chiede se la disposizione che chiude l'art. 5 - prevedendo che "l'eventuale differenza tra il valore determinato a valle della definitiva risoluzione del contenzioso e quello versato dal gestore subentrante è regolata fra l'ente locale concedente e il gestore uscente" chiarendo se essa genera oneri finanziari che non sarebbero ammissibili in un atto regolamentare e nel caso in cui non generi oneri ove trovi copertura tale previsione di spese per gli enti locali; sul punto si chiede anche di acquisire l'avviso della Ragioneria Generale dello Stato;

le ragioni di una disciplina di dettaglio così articolata del rimborso nel primo periodo a confronto con la asciutta disposizione dell'art. 6, che disciplina il rimborso a regime;

in relazione all'art.9 del regolamento si chiede di chiarire come mai al comma 1 non sia stato previsto il valore vincolante del bando e del disciplinare di gara;

in relazione all'art 10, comma 2, si chiede di rivedere la scelta di non prevedere fra le cause di esclusione l'applicazione di sanzioni da parte dell'Autorità ove le stesse non siano di minima gravità;

in relazione all'art. 10 comma 4 andrebbe considerato che nel caso in cui la procedura di emersione dal sommerso non sia conclusa e sia in corso senza rilievi e non vi siano situazioni di morosità fiscale o contributiva, l'esclusione dalla gara potrebbe risultare non del tutto rispettosa del principio di proporzionalità;

in relazione all'art, 10 comma 6 lett. b 1) dello schema di regolamento appare necessario, al fine di evitare situazioni di discriminazione degli operatori su base territoriale, valutare se chiedere comunque a chi abbia il requisito di cui alla lett. b1) le capacità di cui alle lettere b 2.2 e seguenti;

in relazione all'art. 11 comma 3 si ritiene che, in ossequio ai consueti criteri di trasparenza, la nomina della commissione debba avvenire prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta e non dopo e si chiedono eventuali ragioni della diversa disposizione regolamentare;

In ultimo si trasmette al Ministero la nota di osservazioni pervenuta da Federutility chiedendo eventuali valutazioni in ordine ai rilievi in essa contenuti.

Il Ministero ovviamente potrà ritrasmettere un testo opportunamente riformulato a seguito della risposta ai chiarimenti richiesti."

Il Ministero ha risposto con la nota del 4 agosto 2011, di cui conviene riportare il contenuto:

" A) in ordine all'avviso reso dall'ANCI e dall'UPI sullo schema di regolamento in esame in sede di Conferenza Unificata.

Si allegano le note presentate da ANCI nelle riunioni tecniche di Conferenza Unificata del 9 e 14 dicembre 2010

UPI non ha presentato alcuna nota, ma, come riportato nel parere della Conferenza Unificata del 16 dicembre (inviato precedentemente), ha richiesto la modifica dell'art.2, comma 1, per reinserire la Provincia come possibile Amministrazione svolgente il ruolo di Stazione appaltante nel caso in cui nell'ambito non vi è il capoluogo di provincia.

Di conseguenza l'art.2, comma 1, è stato modificato dalla versione presentata il 16 dicembre.

In relazione all'art.2 sono state chieste le ragioni per le quali al comma 3 non si prevede immediatamente la competenza del Comune più popoloso (o della Provincia competente) a fungere da stazione appaltante senza passare dal complesso procedimento sostitutivo della Regione (che rischia di rendere veramente macchinosa e complessa la fase preparatoria delle gare, con un presumibile incremento del contenzioso fra enti locali)

Il Comune più popoloso di un ambito non ha sempre le migliori competenze per svolgere la funzione di stazione appaltante dell'affidamento della distribuzione del gas, né, a differenza del Comune capoluogo, ha un ruolo riconosciuto rispetto agli altri Comuni dell'ambito.

Mentre sull'assegnazione di ruolo di stazione appaltante al capoluogo di Provincia, se presente nell'ambito, vi è stato consenso in Conferenza Unificata, non vi è stato invece accordo ad individuare una amministrazione, nel caso di non presenza del Comune capoluogo nell'ambito.

Infatti relativamente all'assegnazione sistematica del ruolo di stazione appaltante alla Provincia non c'è l'accordo dell'ANCI, in quanto il ruolo di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo sulle attività di distribuzione è assegnato dal d.lgs 164/00 agli Enti locali (cioè Comuni, Unioni di Comuni e Comunità montane, come definito nell'art.14, comma 2 del d.lgs 164/00).

Pertanto ANCI ritiene che solo con esplicito consenso degli Enti locali appartenenti all'ambito sia possibile delegare tale ruolo ad altre amministrazioni, quali la Provincia. UPI ha richiesto la modifica dell'art.2 comma 1, per inserire esplicitamente anche la Provincia come possibile stazione appaltante nel caso in cui non sia presente il capoluogo di provincia.

Pertanto l'unica soluzione nel rispetto della normativa, senza un consenso in Conferenza unificata, in particolare fra ANCI e UPI, è che gli Enti locali appartenenti all'ambito decidano l'amministrazione con ruolo di stazione appaltante, prevedendo, in caso di mancato accordo entro un tempo ragionevole, un'altra amministrazione con tale ruolo. L'art.14, comma 7, del D.lgs 164/2000 assegna tale ruolo alla Regione, anche se nella formulazione "in caso di mancato avvio della procedura di gara".

In relazione all'art.3 le ragioni per le quali non si prevede un intervento sostitutivo limitato al caso in cui la stazione appaltante non abbia pubblicato il bando di gara, risolvendo l'ipotesi dell'ambito territoriale in cui non sia presente un Comune non capoluogo di provincia, con la diretta investitura del Comune più popoloso (o della Provincia competente) quale stazione appaltante come indicato in precedenza sub n.1

Si concorda che l'art. 14, comma 7, del d.lgs 164/2000 prevede il potere sostitutivo alla Regione in caso di mancato avvio della procedura di gara, che in senso stretto potrebbe interpretarsi come pubblicazione del bando di gara. Tuttavia, come riportato nella risposta al quesito precedente, l'assegnazione diretta del ruolo di stazione appaltante ad una precisa amministrazione prevede almeno il consenso di Regioni, UPI, ANCI e UNCEM, che non c'è.

In relazione all'art.3 si chiedono chiarimenti sull'adeguatezza di un termine lungo 18 mesi dal termine fissato dall'allegato 1 per l'esercizio del potere sostitutivo e sull'eventualità di accorciare detto termine

Premesso che né le Regioni né gli Enti locali vorrebbero arrivare all'esercizio del potere sostitutivo, il termine di 18 mesi dall'inizio del processo dopo il quale viene esercitato il potere sostitutivo dalla Regione è stato posto con le seguenti considerazioni:

6 mesi è un tempo ritenuto necessario per fornire alla stazione appaltante la documentazione necessaria per la preparazione del bando di gara da parte dei singoli Comuni (v. art.2, comma 6), considerato il tempo necessario per ottenere le informazioni dal gestore, in particolare quelle relative allo stato di consistenza della rete che nel caso peggiore può arrivare da solo a 180 giorni

(v. art.4, commi 3 e 4) e, nel caso di rifiuto a fornire l'informazione, anche oltre tale termine (v. art.4, comma 5)

6 mesi è il tempo ritenuto necessario per la preparazione del bando di gara d'ambito. In particolare, si ritiene molto impegnativa la preparazione dei documenti guida, cioè dei documenti contenenti gli interventi di massima da programmare nei singoli Comuni nel periodo di affidamento, in base ai quali i concorrenti redigono i piani di sviluppo degli impianti, oggetto di valutazione. Infatti tale fase prevede una mediazione delle esigenze dei singoli Comuni anche mediante analisi costi-benefici (v. art. 9, commi 3 e 4). Tale intervallo di tempo è anche ritenuto necessario, nel primo periodo, per la stima e gli accordi fra distributori e Comuni sul valore di rimborso, da inserire nel bando di gara. Stima che può essere effettuata solo dopo la consegna dello stato di consistenza della rete di cui al precedente punto.

Un tempo addizionale è da aggiungere per l'individuazione del ruolo di stazione appaltante, nel caso in cui nell'ambito non sia presente il capoluogo di Provincia, per costituire legalmente una forma associata fra gli Enti locali e per l'organizzazione operativa della stazione appaltante. Nel caso in cui non è presente un capoluogo di Provincia tale tempo può stimarsi in 6 -8 mesi al massimo (in quanto scaduto il settimo mese senza l'individuazione della stazione appaltante è previsto l'intervento sostitutivo nell'art.3, comma 1). Nel caso in cui è presente il Comune capoluogo di provincia tale tempo potrebbe essere ridotto, essendo limitato all'organizzazione iniziale, ma comunque si ritengono necessari almeno 2-3 mesi.

In relazione all'allegato 1 si osserva che il termine fissato con riferimento alla media ponderale delle scadenze ope legis denominato "scadenza media d'ambito" non appare di facile ed immediata applicazione e rischia di innescare contenziosi, a causa del rischio di mancanza di uniformità delle scadenze, per cui si chiede di valutare se possono essere fissati termini certi, sia pure scadenzati nel tempo in modo da evitare il rischio della concentrazione delle gare;

La scadenza media d'ambito non è utilizzata in valore assoluto come data per la gara, né come data da cui inizia il conteggio per l'esercizio del potere sostitutivo, ma è solo un elemento operativo utilizzato dal Ministero per fissare un ordine di priorità fra i vari ambiti. Una volta effettuato l'elenco di tutti gli ambiti ordinati secondo tale parametro, per redigere l'Allegato 1 si raggruppano 25 ambiti dell'elenco per volta, agli ambiti del primo gruppo è associata la data di sei mesi dall'entrata in vigore del regolamento, mentre la data dei gruppi successivi è scaglionata di sei mesi da quella del gruppo precedente.

Questa data è il momento da cui parte, per ciascun ambito, il conteggio dei 18 mesi di cui all'art.3, comma 1, trascorsi i quali, in assenza di pubblicazione del bando di gara, è previsto l'intervento sostitutivo della Regione (o per gli ambiti senza capoluogo di provincia, il conteggio dei 7 mesi, in cui è previsto l'intervento sostitutivo se non è individuata la stazione appaltante).

Pertanto con l'Allegato 1 è fissata solo la data a cui inizia il conteggio per l'eventuale esercizio del potere sostitutivo, mentre l'effettivo avvio delle gare è deciso dagli Enti locali del singolo ambito, che potrebbero anticiparla rispetto alla data indicata nell'Allegato 1 ed effettuare quindi le gare con priorità differente da quella indicata nell'Allegato 1 stesso.

Per quanto riguarda la scadenza delle concessioni, utilizzate solo come indicatore di priorità ed in forma aggregata per ambito, il Ministero ha richiesto al singolo distributore non solo la scadenza "ope legis" in base ad un preciso formulario, ma anche elementi oggettivi per verificarla, quale la tipologia di affidamento (diretto o mediante gara), se la rete è stata realizzata usufruendo del finanziamento del Mezzogiorno, in tal caso, la data del decreto del Ministero delle Finanze di collaudo, il possesso delle condizioni di cui all'art. 15, comma 7 del Dlgs 164/2000 per l'estensione

del periodo transitorio, l'esistenza di delibere comunali concedenti l'anno di proroga e la scadenza naturale per le concessioni ante il d.lgs. 164/00. Nei casi in cui in cui la scadenza "ope legis" indicata dal distributore contrasta con gli elementi riportati, dopo una richiesta di chiarimenti, si sono apportate correzioni per uniformare i dati.

Considerato che il valore della scadenza media d'ambito è una media fra tutti i Comuni dell'ambito, pesati sul numero dei clienti (forniti dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas come utilizzati per determinare le tariffe dell'anno 2010), e soprattutto l'uso della media come un indicatore di priorità per l'eventuale intervento sostitutivo e non come data per l'effettuazione della gara, si ritiene che tale parametro possa costituire una base più solida dell'utilizzo di altri metodi ancora più soggettivi, oltre essere stato già oggetto di consultazione delle imprese e di parere dell'Autorità per l'energia elettrica e della Conferenza Unificata.

In relazione all'art.5 occorrono chiarimenti, eventualmente anche integrando la relazione al Ministro, sulle necessità di dettare una disciplina normativa sul rimborso al gestore uscente nel primo periodo, quando l'art.46 bis del d.l. 1 ottobre 2007, n. 159, definisce l'oggetto del regolamento come individuazione dei criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale;

E' da premettere che il valore di rimborso nel periodo transitorio è stato un elemento di contenzioso nella maggior parte delle gare finora effettuate, in quanto la normativa di riferimento (art.15, comma 5, del D.lgs 164/2000, art.24 del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, e art.13 del DPR 4 ottobre 1986, n.902) fissa solo alcuni criteri ma non consente il calcolo univoco, mancando la indicazione dei parametri da utilizzare e di alcune modalità applicative. Tanto è vero che spesso le valutazioni delle imprese sono molto differenti (maggiori anche di 4-5 volte) dalle stime dei consulenti degli Enti locali. Ciò, oltre a creare incertezze e ritardi nelle gare, genera costosi contenziosi e arbitrati e, in molti casi, ingenti e imprevisi oneri per gli Enti locali a conclusione di tali arbitrati.

Si veda, ad esempio, il lodo del 9.01.2008 per la risoluzione della controversia fra il Comune di Pescara, che ha riscattato nel 2006 la rete prima di bandire la gara per l'affidamento della gestione della rete, e il gestore uscente, Enel Rete Gas, i cui atti sono di pubblico dominio e in cui il collegio arbitrale è stato presieduto da un consigliere della Corte dei Conti. La valutazione finale del valore di rimborso è risultata 3 volte superiore alla stima del Comune, che ha dovuto anche farsi carico dei 2/3 delle spese di arbitrato.

Il valore di rimborso nel primo periodo, come si vedrà meglio nella risposta ai quesiti successivi, è in genere maggiore del valore della rete riconosciuto dalla regolazione tariffaria, in quanto il primo è il valore industriale dell'impianto mentre il secondo è un valore basato solo sui costi storici degli investimenti effettivi.

Il valore di rimborso è parte integrante dei criteri di gara e di valutazione dell'offerta, in particolare del bando di gara e del disciplinare di gara, infatti:

è uno degli oneri previsti nel bando di gara (art. 9, comma 6, lettera d);

è un elemento determinante, per la sua entità, per la decisione dei singoli concorrenti sulla partecipazione o meno alla gara;

è rilevante ai fini della concorrenza, infatti un valore eccessivo porterebbe all'esclusione di molti concorrenti, favorendo il gestore uscente;

è utilizzato nella verifica dei requisiti economico-finanziari di partecipazione alla gara (art. 10, comma 5, lettera b)

determina il tetto sullo sconto sulle tariffe che i concorrenti possono offrire in gara (art.13, comma 1, lettera a)

è parte del piano industriale (art. 15, comma 8, lettera e) e quindi della valutazione di sostenibilità del piano industriale ai fini della verifica di offerte anomali (art.16, comma 3).

D'altronde, l'art. 24, comma 3, del d.lgs. 93/2011, recante attuazione delle nuove Direttive Europee sul mercato interno dell'energia elettrica e il gas, riconosce esplicitamente che il valore di rimborso è parte integrante dei criteri di gara e valutazione dell'offerta, e che quindi è determinato come riportato nel regolamento oggetto di parere. Infatti, al fine di ridurre la penalizzazione del gestore entrante, che nel primo periodo versa al gestore uscente una somma pari al valore industriale delle reti, che generalmente è maggiore del valore riconosciuto dalla regolazione tariffaria, l'art.24, comma 3, suddetto riconosce in tariffa al gestore entrante l'ammortamento della differenza fra i due valori. E' importante, a tutela dei clienti, che tale riconoscimento parta da valutazioni del valore rimborso oggettive e uniformi in campo nazionale, che sono proprio quelle disciplinate dal regolamento sui criteri e valutazioni dell'offerta. Peraltro il regolamento e in particolare l'art.5 è la conclusione di un lungo processo di consultazione con le imprese ed ha recepito i commenti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e delle Regioni, UPI, ANCI e UNCEM, che su tale punto hanno tutti espresso parere favorevole.

Ove si ritenga di confermare la disciplina del punto 5, giustificandone la necessità e l'imprescindibilità, nonché chiarendone il fondamento normativo e la base giuridica, si chiede di chiarire meglio il rapporto fra l'art.5 (norma secondaria) e l'art.24 del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, che regola esattamente la materia dell'indennità dovuta al concessionario uscente in caso di riscatto e se si tratti e perché solo di modalità applicative di tali criteri di liquidazione dell'indennità o se non siano dettati piuttosto veri e propri criteri integrativi o derogatori;

Le previsioni dell'art. 5 del regolamento sono conformi all'art.15, comma 5, del d.lgs 164/2000, all'art.24 del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 e all'art.13 del DPR 4 ottobre1986, n.902, come precisato in seguito.

L'art.15, comma 5, del d.lgs 164/2000 prevede che il calcolo del valore di rimborso ai titolari di affidamenti e concessioni, per cui non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio, è effettuato "nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti" e che solo per quanto non desumibile dalla volontà delle parti il calcolo viene effettuato in base ai criteri di cui alle lettere a) e b), dell'art.24, comma 4, del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578.

Ciò è quanto stabilito nei commi 2, 3 e 4 dell'art.5 del regolamento sui criteri di gara.

La lettera a) del comma 4 dell'art.24 del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 prevede che si tenga conto del "valore industriale dell'impianto e del relativo materiale mobile e immobile, tenuto conto del tempo trascorso dall'effettivo cominciamento dell'esercizio e dagli eventuali ripristini avvenuti nell'impianto o nel materiale ed inoltre considerate le clausole che nel contratto di concessione siano contenute circa la proprietà di detto materiale, allo spirare della concessione medesima"

Nel DPR 4 ottobre 1986, n.902 recante approvazione del nuovo regolamento delle aziende di servizi dipendenti dagli enti locali, all'art.13 è prevista la modalità applicativa del valore industriale di cui alla lettera a) del comma 4 dell'art.24 del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, anche se il DPR non riporta i

valori dei parametri da utilizzare né dettagliate modalità operative. In particolare tale articolo prevede:

“Il valore degli impianti di cui alla lettera a) del quarto comma dell'art. 24 del testo unico 15 ottobre 1925, n. 2578, è determinato sulla base dello stato di consistenza di cui al precedente art. 11 e del costo che dovrebbe essere sostenuto alla data di scadenza del preavviso di cui al secondo comma del precedente art. 10 per la ricostituzione dell'impianto stesso, deducendo dall'importo risultante:

il valore del degrado fisico degli impianti, avuto riguardo al tempo trascorso dall'inizio della concessione ed alla prevista durata utile degli impianti stessi. Il degrado si presume direttamente proporzionale al decorso del tempo, salvo prova contraria fornita da una delle parti mediante perizia tecnica;

il valore degli impianti divenuti obsoleti, al netto dell'eventuale valore di recupero, nonché i costi per la trasformazione degli impianti onde adeguarli alle esigenze del processo produttivo

In particolare si chiede al Ministero di chiarire se e perché il calcolo del valore industriale di cui all'art.5, commi 5 e 10 sia in linea con il disposto della norma primaria di cui all'art.24, comma 4, lett. A) del r.d. n. 2578 del 1925 e ne costituisca una metodologia di sviluppo od una modalità applicativa;

Come riportato in risposta alla precedente richiesta di informazione il calcolo del valore industriale di cui all'art.5, dai commi 5 a 10 è conforme alla norma primaria di cui alla lettera a) del comma 4 dell'art.24 del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, come integrato dall'art.13 del DPR 4 ottobre 1986, n.902, stabilendo parametri e modalità applicative, che per quanto riguarda gli effetti del tempo trascorso considerano anche quanto i clienti hanno già rimborsato in tariffa come ammortamento accelerato degli impianti. Ciò al fine di evitare che i clienti paghino indebitamente due volte l'impresa.

Nella stessa logica si chiede al Ministero di chiarire quale sia il rapporto fra l'art.5, comma 12, del regolamento e l'art.24, comma 4, lett. b), del r.d. 15 ottobre 1925 n. 2578

Come dimostrato in risposta alla richiesta di informazione 6, l'art. 5, comma 12, del regolamento è conforme con la parte della lettera b, comma 4, art.4 del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 relativa alla detrazione dei contributi pubblici tenendo conto del tempo trascorso. In particolare il comma 12 suddetto specifica le modalità attuative per:

- il calcolo della rivalutazione del contributo pubblico iniziale
- il calcolo della riduzione (degrado) del valore residuo col tempo trascorso, in base a come annualmente è stata restituita una quota dei contributi pubblici attraverso le tariffe di distribuzione (ammortamento e costi operativi).

La riduzione annuale del contributo pubblico è calcolata con la stessa modalità del degrado fisico del bene finché la tariffa ha riconosciuto un ammortamento degli investimenti al netto dei contributi pubblici (pari cioè a quanto l'impresa ha realmente pagato).

Tuttavia in anni recenti le tariffe di distribuzione pagate dai clienti all'impresa hanno riconosciuto un valore dell'ammortamento degli investimenti al lordo dei contributi pubblici (cioè come se gli investimenti fossero stati finanziati completamente dal distributore), in tale periodo i contributi pubblici non sono stati ridotti. Pertanto per il calcolo del degrado dei contributi pubblici con il tempo trascorso, l'art.5, comma 12 del regolamento fa riferimento alle formule del Testo unico

della regolazione tariffaria in cui l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha ricostruito come ha considerato in tariffa il degrado dei contributi pubblici nei vari anni e come lo considererà in futuro.

Qualora non si tenesse conto di come i contributi pubblici si sono effettivamente degradati, il gestore uscente, che ha già usufruito di una maggiore tariffa, avrebbe indebitamente un valore di rimborso superiore a quanto spettante, la cui maggiorazione, in base all'art.24, comma 3, del d.lgs 93/2011 sull'attuazione delle nuove direttive europee sarebbe alla fine pagata dai clienti finali.

Inoltre si chiede di chiarire le ragioni della specifica disciplina di cui all'art.5, comma 14, che riguarda il caso di concessioni nelle quali sia pattuita la devoluzione gratuita di una porzione di impianto che - a norma dell'art.5 comma 14 - si chiede di assoggettare a rimborso;

L'art. 15, comma 5, del d.lgs 164/2000 prevede che il valore di rimborso sia calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti, con i criteri di cui alle lettere a) e b) dell'art.24, comma 4, del r.d. 2578/1925.

Qualora un contratto di concessione preveda che gli impianti, realizzati e finanziati totalmente o in parte dal gestore, diventino di proprietà del Comune alla data di scadenza naturale (cioè alla data prevista nella concessione originale o in un successivo rinnovo, precedente all'entrata in vigore del d.lgs. 164/00), senza alcun rimborso per il gestore uscente, è evidente che la volontà delle parti era il pagamento da parte dell'impresa della somma equivalente al valore industriale dell'impianto alla scadenza naturale a fronte del diritto alla gestione del servizio fino alla data di scadenza naturale.

Qualora con l'entrata in vigore del decreto legislativo 164/2000, e successive modifiche ed integrazioni, il termine della cessazione effettiva della concessione risulti anticipato rispetto alla scadenza naturale, si crea uno squilibrio fra quanto speso dall'impresa per realizzare gli investimenti e il numero degli anni di gestione dell'impianto, rispetto alla volontà delle parti.

Pertanto in tal caso, si applicheranno le previsioni previste dal contratto in caso di cessazione anticipata, rimanendo però sempre esclusa la valutazione del mancato profitto (ai sensi dell'art.15, comma 5, del decreto legislativo 164/00).

Qualora il contratto non preveda specifici criteri per la cessazione anticipata, si applicano le regole generali per il calcolo del valore del rimborso al gestore uscente previste nel regolamento modificate per quanto riguarda il calcolo del degrado in base alla lettera b dell'art.15, comma 14, che rispetta la volontà delle parti.

Infatti, le parti, prevedendo la devoluzione gratuita alla scadenza naturale, avevano concordato che gli investimenti si degradassero ogni anno in maniera anticipata rispetto al degrado fisico, in modo da avere un valore residuo nullo alla scadenza naturale. Quindi la quota annua di ammortamento di tali investimenti è pari al valore dell'investimento diviso il numero di anni fra l'anno di scadenza naturale e l'anno di realizzazione dell'investimento. Se la concessione cessa anticipatamente, rimangono un numero di quote annue di ammortamento degli investimenti pagati dal gestore uscente, pari al numero degli anni mancanti alla scadenza naturale, che non sarebbero ammortizzate. La somma di tali quote è il valore di rimborso che dovrà pagare l'Ente locale per acquisire la proprietà della rete; valore comunque inferiore al caso generale.

In ultimo si chiede se la disposizione che chiude l'art.5 - prevedendo che "l'eventuale differenza tra il valore determinato a valle della definitiva risoluzione del contenzioso e quello versato dal gestore subentrante è regolata fra l'ente locale concedente e il gestore uscente" chiarendo se essa

genera oneri finanziari che non sarebbero ammissibili in un atto regolamentare e nel caso in cui non generi oneri ove trovi copertura tale previsione di spese per gli enti locali; sul punto si chiede anche l'avviso della Ragioneria dello Stato;

Effettivamente la formulazione è tale che nel caso in cui il contenzioso si risolvesse con la definizione di un importo superiore sia alla stima dell'Ente locale concedente sia del valore previsto in tariffa vi sarebbero degli oneri per l'Ente locale, anche se la proprietà dell'impianto passa al nuovo gestore.

Considerato che l'art.24, comma 3, del decreto legislativo 93/2011, recante attuazione della direttiva 2009/73/CE, prevede il riconoscimento in tariffa dell'ammortamento fra il valore di rimborso pagato al gestore uscente e il valore corrispondente nella regolazione tariffaria, il testo viene modificato per:

prevedere nel bando, in caso di contenzioso, sia il valore stimato dell'impresa sia il valore stimato dagli Enti locali, e quindi l'impegno per il concorrente a pagare la somma risultante alla risoluzione del contenzioso;

prevedere nel bando di gara un valore preciso di riferimento del valore di rimborso, il valore maggiore fra il valore di rimborso stimato dall'Ente locale e il corrispondente valore tariffario, in base al quale viene svolta la gara, in particolare, verificato il possesso dei requisiti di partecipazione e sviluppato il piano industriale di cui all'art.15, comma 8, in modo che possa essere effettuata la gara;

prevedere lo sconto tariffario di cui al comma 1 dell'art.13 in percentuale del valore soglia.

In tal caso l'indeterminazione del valore di rimborso, nota ai concorrenti e comunque di entità limitata rispetto alle incertezze odierne, date le modalità di calcolo dettagliate dell'art.5 del regolamento, e, inoltre, stimabile indipendentemente dai concorrenti che riceveranno tutti gli elementi per una propria valutazione, avrebbe un effetto molto limitato sui concorrenti in quanto l'ammortamento del maggior valore è pagato in tariffa dai clienti ai sensi dell'art.24, comma 3, del d.lgs 93/2011 di attuazione delle nuove direttive europee sull'energia.

Il testo dell'art.5, comma 16, è così modificato

“Qualora, trascorso il periodo di tempo disponibile per emettere il bando di gara d'ambito, si manifesti un disaccordo tra l'Ente locale concedente e il gestore uscente con riferimento alla determinazione del valore di rimborso del gestore uscente, il bando di gara riporta per l'impianto oggetto del disaccordo e soggetto a passaggio di proprietà al gestore subentrante, oltre alla stima dell'Ente locale concedente e la stima del gestore uscente, un valore di riferimento da utilizzare ai fini della gara, in particolare per la verifica dei requisiti di partecipazione e della valutazione delle offerte, determinato come il più grande fra i seguenti valori:

la stima dell'Ente locale concedente;

il valore delle immobilizzazioni nette di località, al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di località, riconosciuto dal sistema tariffario.

Il gestore subentrante versa al gestore uscente il valore di riferimento, previsto nel bando di gara all'atto del passaggio di proprietà dell'impianto. L'eventuale differenza tra il valore accertato in esito alla definitiva risoluzione del contenzioso e quello di riferimento versato dal gestore subentrante è regolata fra il gestore subentrante e il gestore uscente.”

Il testo modificato non presenta più alcun onere di spesa per gli enti locali concedenti, pertanto il Ministero non ritiene più necessario richiedere l'avviso della Ragioneria dello Stato.

Inoltre sono state chieste le ragioni di una disciplina di dettaglio così articolata del rimborso nel primo periodo a confronto con l'asciutta disposizione dell'art.6, che disciplina il rimborso a regime;

La disciplina per il rimborso a regime (recentemente modificata dall'art.24, comma 1, del d.lgs. 93/2011 sull'attuazione delle nuove direttive europee sull'energia) rinvia alla regolazione tariffaria dove sono definite tutte le modalità operative e i parametri, invece per il valore di rimborso nel primo periodo occorre definire sia le modalità operative dettagliate e sia i parametri da utilizzare per determinare il valore industriale, nel rispetto delle norme primarie, in quanto, come anticipato al quesito 6, l'art.15, comma 5 del dlgs 164/2000 e l'art.24 del r.d. n. 2578 del 1925, incluso l'art.13 del DPR n. 902 del 1986, fissano solo i criteri generali.

In relazione all'art.9 del regolamento si chiede di chiarire come mai al comma 1 non sia stato previsto il valore vincolante del bando e del disciplinare di gara;

Il bando di gara tipo e il disciplinare di gara tipo contenuti negli Allegati 2 e 3 sono stati dettagliati in modo da uniformare l'applicazione dei criteri di gara e di valutazione di gara anche nel dettaglio, tuttavia è stato previsto che la stazione appaltante possa discostarsi in alcuni aspetti per meglio cogliere le specificità locali e le necessità della distribuzione del gas nello specifico ambito, oltre alla necessità di una limitata flessibilità per piccoli aggiustamenti che si rendessero necessari nella loro applicazione pratica o nel tempo. Ciò vale in particolare per i punteggi utilizzati nei criteri di valutazione della gara, in quanto negli ambiti (ad es. dell'Italia Meridionale), in cui la rete è in fase di sviluppo, saranno più alti i punteggi legati allo sviluppo della rete rispetto agli interventi di sostituzione e viceversa nelle aree in cui la metanizzazione è matura e la rete sta divenendo obsoleta.

D'altronde la normativa (art. 14, comma 1, del d.lgs. 164/2000) affida agli Enti locali lo svolgimento di attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo ed anche per il contratto di servizio prevede che sia redatto "sulla base" di un contratto tipo predisposto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed approvato dal Ministero.

A garanzia che il bando di gara e il disciplinare di gara non venga modificato dalla stazione appaltante in punti importanti o in maniera non giustificata, alcune previsioni importanti sono riportate nel testo del regolamento stesso e, quindi, sono di natura vincolante e si è inserito l'obbligo di giustificare in una nota i motivi di eventuali scostamenti rispetto agli allegati previsti nel decreto.

E' da notare che in esito all'esperienza delle prime gare potrebbero rendersi necessari aggiustamenti di minore entità sul bando di gara o disciplinare di gara che possono essere apportati dalle stazioni appaltanti anche attraverso i chiarimenti previsti dal comitato di cui all'art.17, comma 2, del regolamento, da citare nella nota giustificativa, senza necessità di una emanazione continua di modifiche al decreto anche per aspetti non rilevanti.

In relazione all'art.10, comma 2, si chiede di rivedere la scelta di non prevedere fra le cause di esclusione l'applicazione di sanzioni da parte dell'Autorità ove le stesse non siano di minima gravità;

Le sanzioni da parte dell'Autorità non sono previste fra le cause di esclusioni per le seguenti ragioni:

L'entità effettiva della sanzione sarebbe molto maggiore della sanzione pecuniaria se essa comportasse anche l'esclusione dalle gare;

Il prevedere come cause di esclusione le sanzioni dell'Autorità condizionerebbe fortemente la stessa Autorità nel processo di irrogazione delle sanzioni, per la gravità delle conseguenze della esclusione di una impresa dal partecipare a nuove gare, come fatto presente dai rappresentanti dell'Autorità stessa nelle riunioni di preparazione del decreto, posizione avvalorata dal parere favorevole emesso all'attuale schema di regolamento;

La normativa attribuisce all'Autorità dell'energia elettrica e il gas solo il potere sanzionatorio ma non di esclusione o di sospensione dall'attività di un'impresa, né è facile per altri soggetti decidere sulla gravità della sanzione in base alle delibere dell'Autorità; infatti l'entità della sanzione non può essere un elemento oggettivo per la decisione di esclusione da parte della stazione appaltante, in quanto, ai sensi dell'art.11 della legge 24 novembre 1981, n. 689, l'entità della sanzione dipende da molteplici fattori, quale la gravità della sanzione, l'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, la personalità dell'agente, le condizioni economiche dell'agente. Ognuno di tali fattori è solo qualitativamente descritto nei provvedimenti sanzionatori ad eccezione del fatturato.

Il provvedimento sanzionatorio è a volte oggetto di ricorso, per cui la causa di esclusione non potrebbe essere applicata dal momento in cui la sanzione è irrogata, ma al termine dell'iter della giustizia amministrativa, con il risultato che tutte le sanzioni sarebbero in futuro oggetto di ricorso fino alla decisione del Consiglio di Stato, ciò se non altro per guadagnare tempo.

Molte società di distribuzione gas, sono state oggetto di sanzioni per aspetti specifici. Il provvedimento di esclusione automatica dalla gara non potrebbe riguardare comportamenti commessi precedentemente all'entrata in vigore del regolamento; e dati anche i tempi per il completamento dell'istruttoria da parte dell'Autorità e per il completamento dell'iter della giustizia amministrativa, è molto probabile che l'effetto di un'eventuale previsione di includere le sanzioni fra le cause di esclusione possa farsi sentire solo nella seconda tornata di gare fra 12 anni.

Pur non prevedendo un collegamento automatico fra l'applicazione di sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e l'esclusione della gara, avendo citato nel medesimo art.10, comma 2, le cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 risultano comunque esclusi dalla gara "i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante."(Art.38, comma 1, lettera f) del d.lgs 163/2006)

Per una migliore comprensione del testo e per lasciare aperta tale possibilità si modifica il secondo periodo dell'art. 10, comma 2 come segue:

"Non rientra nelle cause di esclusione automatica la applicazione di sanzioni da parte dell'Autorità".

In relazione all'art.10, comma 4, andrebbe considerato che nel caso in cui la procedura di emersione dal sommerso non sia conclusa e sia in corso senza rilievi e non vi siano situazioni di

morosità fiscale o contributiva, l'esclusione dalla gara potrebbe risultare non del tutto rispettosa del principio di proporzionalità;

Nell'art.10, comma 2, richiamando le cause di esclusione di cui all'art.38 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, si escludono dalla gara i soggetti che "hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali o assistenziali secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti"(art.38, comma 1, punto i, del d.lgs 12 aprile 2006, n.163).

Nell'art.10, comma 4, si escludono invece i soggetti che si sono avvalsi dei piani di emersione di cui alla legge 18 ottobre 2001, n.383, finché i piani non si sono conclusi. L'art.10, comma 4, è conforme all'art. 1, comma 14, del decreto-legge 25 settembre 2002, n.210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 che prevede "I soggetti che si avvalgono dei piani individuali di emersione sono esclusi dalle gare di appalto (pubblico) fino alla conclusione del periodo di emersione"

Pertanto nell'art. 10 non si escludono i soggetti con accertamenti pendenti.

In relazione all'art.10, comma 6, lett. b1), dello schema di regolamento appare necessario, al fine di evitare situazioni di discriminazione degli operatori su base territoriale, valutare se chiedere comunque a chi abbia il requisito di cui alla lett. b1) le capacità di cui alle lettere b.2.2 e seguenti;

Nel lungo processo di consultazione con le imprese, la previsione attuale è un compromesso per consentire la partecipazione anche ad imprese differenti dai distributori gas, come d'altra parte richiesto dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, assicurando allo stesso tempo che i nuovi entranti abbiano capacità di operare in continuità e sicurezza la gestione della rete e di mantenere la qualità del servizio con le società di vendita e, quindi, con i clienti finali, fin dal momento del subentro nella gestione delle reti nell'ambito oggetto di gara, senza gravare con inutili appesantimenti burocratici su gli altri partecipanti e sulla stazione appaltante.

Le richieste di cui alle lettere b.2.2 e b.2.3 rappresentano l'insieme minimo di requisiti per dimostrare di possedere tali capacità, dato che comunque il personale "operativo" del gestore precedente è assunto dal nuovo gestore, ai sensi del decreto 24 aprile 2011 sulla tutela dell'occupazione nel settore della distribuzione del gas naturale.

In questa categoria di partecipanti sono state anche incluse le imprese di piccole dimensioni con esperienza di distribuzione di gas naturale che volessero partecipare alla gara, pur avendo la possibilità di partecipare in raggruppamenti di imprese che cumulativamente abbiano esperienza della gestione del 50% dei clienti dell'ambito.

Anche queste imprese di modesta dimensione - che gestiscono un numero più piccolo di clienti e che complessivamente hanno poche unità di personale, management che accentra diverse funzioni, sistemi informativi e mezzi di esercizio e pronto intervento adeguati alla gestione di un piccolo territorio - devono dimostrare di poter crescere nell'organizzazione dal momento dell'eventuale affidamento della gestione dell'ambito, dimostrando di possedere i requisiti di cui alle lettere b.2.2 e b.2.3.

Ovviamente la verifica dei requisiti di cui alle lettere b.2.2 e b.2.3 è più impegnativa per la stazione appaltante, per cui nello spirito di non richiedere informazioni non necessarie, per semplificare gli oneri alla stazione appaltante e la trasmissione di documentazione non strettamente necessaria, la verifica non è richiesta ai concorrenti che già hanno un'organizzazione e mezzi per la gestione di un numero consistente di clienti (almeno il 50% dei clienti dell'ambito oggetto di gara). Per tali

imprese si ritengono implicitamente soddisfatti i requisiti b.2.2 e b.2.3 da non richiedere un appesantimento burocratico, non necessario, per le imprese per le stazioni appaltanti.

E' da tener presente che l'art.10 non può essere considerato discriminante ma è anzi un'apertura alla concorrenza, in quanto la partecipazione di nuovi entranti o di gestori di distribuzione gas di dimensioni piccole rispetto al territorio da gestire rappresenta una novità nelle gare della distribuzione gas, dove in passato è stata richiesta la specifica esperienza di gestione di distribuzione del gas per un numero di clienti superiore o pari al territorio messo a gara; in più il regolamento consente ai nuovi entranti e alle piccole imprese di rientrare direttamente nella casistica di cui al punto b1 se partecipanti in raggruppamenti di imprese che cumulativamente soddisfano tali requisiti.

In relazione all'art.11, comma 3, si ritiene che, in ossequio ai consueti criteri di trasparenza, la nomina della commissione debba avvenire prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta e non dopo e si chiedono eventuali ragioni della diversa disposizione regolamentare;

La formulazione attuale è la stessa dell'art. 84, comma 10, del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 (codice degli appalti)

In ultimo si trasmette al Ministero la nota di osservazioni pervenuta direttamente al Consiglio di Stato da Federutility chiedendo eventuali valutazioni in ordine ai rilievi in essa contenuti.

Si premette che tutte le osservazioni di Federutility presentate nel lungo processo di consultazione, inclusa quella di cui all'ultima lettera del 2 agosto 2010, sono state attentamente valutate, come quelle delle altre organizzazioni. In particolare anche la maggior parte delle considerazioni della lettera 2 agosto 2010 sono state recepite. Pertanto la maggior parte delle osservazioni pervenute al Consiglio di Stato sono superate, in quanto si riferiscono a vecchie versioni di lavoro, come anche comunicato a questo Ministero dalla stessa Federutility con nota del 15 giugno che si allega."

A seguito di tale nota di documentati chiarimenti e della riformulazione del testo, l'affare è stato chiamato nuovamente all'esame della Sezione nell'adunanza del 30 agosto 2011.

Considerato:

La Sezione ritiene che, a seguito della riformulazione del testo e dei chiarimenti resi, lo schema di regolamento meriti parere favorevole, con le seguenti, limitate, osservazioni.

In primo luogo va rilevato che sono stati acquisiti i pareri ANCI ed UPI.

Sulla questione principale che è quella dei rimborsi, di cui all'art. 5, si prende atto che la disciplina dettata ha una base normativa in linea con le disposizioni vigenti, ed, in particolare, costituente sviluppo di quanto disposto dal d.p.r. 4 ottobre 1986 n. 902 (art. 13).

Sul piano dell'opportunità il Consiglio di Stato invita l'amministrazione a considerare i seguenti punti come possibile oggetto di nuova formulazione nel testo dello schema di regolamento:

in relazione all'art. 2 apparirebbe utile l'indicazione diretta nel regolamento del Comune più popoloso o della Provincia a fungere da stazione appaltante nel caso in cui in un ambito territoriale non vi sia un comune capoluogo, l'intervento sostitutivo regionale potrebbe essere limitato ai casi in cui o lo stesso comune più popoloso o la maggioranza dei comuni dell'ambito non ritengano possibile che tale ente svolga convenientemente le funzioni di stazione appaltante;

conseguentemente valuti il Ministero se modificare anche l'art. 3 circoscrivendo i casi di intervento sostitutivo in armonia con l'art. 2;

Valuti altresì se ridurre il termine di diciotto mesi di cui all'art. 3 ed all'allegato 1 prevedendo un termine inferiore, prorogabile a richiesta degli enti fino al massimo di diciotto mesi;

Valuti in ultimo se sia più opportuno fissare termini certi in luogo della scadenza media d'ambito prevista dall'allegato 1;

Valuti se, all'art. 10 comma 2, non debbano comunque essere indicati dei parametri per le stazioni appaltanti al fine della delibazione della rilevanza delle sanzioni da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici;

In relazione all'art. 11 comma 3 dello schema di regolamento si prende atto dell'orientamento di recente maturato in sede giurisdizionale, volto a considerare l'art. 84 comma 10 del d.lgs. n. 163 del 2006 una norma di carattere generale applicabile anche alle concessioni di servizi, nonostante l'art. 30 comma 1 dello stesso codice degli appalti (CdS Sez. V 23 maggio 2011 n. 3086).

All'art. 17 comma 2, il testo andrebbe riformulato nel senso che il comitato di monitoraggio esamina l'opportunità di eventuali chiarimenti e proposte di modifica al presente regolamento;

All'art. 19 la clausola di inserzione nella Raccolta ufficiale degli atti normativi deve essere inserita a parte dopo il comma 1, non costituendo un comando autonomo, ma solo una misura di conoscenza.

In relazione al preambolo l'inciso "visto l'articolo 17 commi 3 e 4 della legge 3 agosto 1988 n. 400 va spostato alla fine del preambolo; i "considerato" dovrebbero essere alleggeriti in ossequio allo stile italiano degli atti normativi (essendo stati redatti in stile europeo, alla stregua delle necessarie premesse usuali delle direttive comunitarie che, non avendo gli organi comunitari autonomi attributi di sovranità nazionale, devono giustificare dettagliatamente la base giuridica del potere normativo esercitato) ; in particolare dovrebbero essere eliminati l'ultimo "ritenuto" e l'ultimo "considerato" di pag. 5 del testo trasmesso il 5 agosto 2011, ed il secondo "considerato" di pag 6 dello stesso testo; il parere dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (pag 7 del testo) non è "visto" ma "acquisito"; la Conferenza Unificata va menzionata citando la fonte istitutiva ossia l'art. 8 del d.lgs. n. 281 del 1997.

#### **P.Q.M.**

Esprime parere favorevole, nei sensi e con le osservazioni di cui in parte motiva.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro  
Giuseppe Faberi

IL SEGRETARIO

Massimo Meli