

## Problematiche giuridiche delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas \*

### *Competitive bidding processes in gas distribution services: legal issues*

di **Auretta Benedetti** \*\*

#### ABSTRACT

L'articolo esplora il quadro giuridico in materia di affidamento del servizio di distribuzione del gas e le problematiche relative alle difficoltà attuative dello stesso. Con l'occasione vengono svolte riflessioni in ordine alla gestione associata dei servizi locali e dell'intreccio tra procedure di gara e logica regolatoria dell'ARERA.

**Parole Chiave:** Servizi di pubblica utilità – Concessioni di distribuzione del gas – Gara pubblica – Regolazione del servizio gas

*The article explores the legal framework regarding the assignment of the gas distribution service and the problems related to the difficulties in implementing them. On this occasion, reflections are made regarding the associated management of local services and the intertwinement of tender procedures and ARERA's regulatory logic.*

**Key Words:** *Public Utilities – Concession of gas distribution – Competitive bidding procedure – Regulation of gas service*

**SOMMARIO:** 1. Un quadro normativo complesso. – 2. La difficile transizione di “ruolo” dei comuni concedenti, nella prospettiva dell'esternalizzazione del servizio e dell'associazione in ambiti. – 3. La discrasia tra programmabilità degli interventi per l'intero periodo concessorio e necessità di una previsione certa, funzionale ai meccanismi di gara. – 4. La limitazione dell'autonomia negoziale della stazione appaltante nella predisposizione di bandi, capitolati e contratti di servizio. – 5. Le valutazioni di ARERA e l'intersezione della logica regolatoria con la logica di gara. – 6. Continuità e discontinuità nel raffronto tra la disciplina delle concessioni di distribuzione del gas e il modello di concessione di servizio del codice dei contratti pubblici. – 7. Qualche riflessione conclusiva.

## 1. Un quadro normativo complesso

A oltre vent'anni dall'emanazione del decreto Letta (d.lgs. n. 164/2000) in

---

\* Il presente saggio prende le mosse dalla ricerca svolta sullo stato di avanzamento dell'attuazione delle riforme nel mercato del gas, condotta nel 2020 nell'ambito del centro di ricerca Cesisp, dell'Università degli studi di Milano Bicocca. Le valutazioni espresse nel presente saggio sono interamente dell'autrice.

\*\* Professore associato di diritto amministrativo, Università di Milano Bicocca.

tema di riordino del mercato del gas naturale, uno dei suoi punti cardine, vale a dire la riorganizzazione del servizio di distribuzione del gas secondo affidamenti a gara, strutturati in ambiti sovracomunali, non ha trovato ancora una soddisfacente attuazione, come dimostra il numero assolutamente esiguo di gare celebrate<sup>1</sup> e il ricco contenzioso sviluppatosi in materia. La produzione alluvionale di norme di legge e regolamentari, interventi dell'Autorità di regolazione, proroghe e semplificazioni, spinta dalla necessità di imprimere, di volta in volta, un'accelerazione al processo, non ha prodotto risultati positivi in questa direzione, con il risultato del perdurare di una situazione di stallo, che alimenta fondati interrogativi sulla tenuta del disegno originariamente prospettato<sup>2</sup>.

Si tratta, infatti, di un quadro giuridico che, come segnalato al Governo e al Parlamento dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel 2016<sup>3</sup>, non riesce a realizzare lo scopo primo che il d.lgs. n. 164/2000 intendeva perseguire, cioè la transizione ad un regime di mercato che, stante le caratteristiche di monopolio naturale del servizio pubblico di distribuzione del gas, sia affidato alla gara come unica modalità per la selezione del concessionario (concorrenza per il mercato).

Costituisce un ostacolo la complessità dell'iter procedurale prodromico alla pubblicazione del bando, che vede il coinvolgimento degli enti territoriali raggruppati in ambiti, i quali mantengono una posizione di centralità nonostante le fondamentali funzioni affidate alle stazioni appaltanti di ambito, ai fini della gestione della gara e del successivo contratto. Così come presenta ricadute rilevanti il richiesto intervento dell'Autorità di regolazione (ARERA) nella procedura che precede la pubblicazione del bando, al fine di garantire decisioni efficienti delle stazioni appaltanti (in sede di predisposizione degli atti di gara), funzionali alla successiva definizione delle tariffe del servizio e di un corretto

---

<sup>1</sup> Con l'atto di segnalazione al Ministero dello Sviluppo economico AS 1633, del 12 novembre 2019, l'AGCM denuncia che, su un totale di 107 ambiti territoriali, solo 28 bandi sono stati emanati e solo due gare sono state aggiudicate. Ciò ha dato origine ad una serie di proroghe dei termini fissati per bandire le gare, puntualmente disattese, sulle quali si v. già G.F. LICATA, *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas naturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 2, 2011, p. 523 ss.

<sup>2</sup> Sulla riforma del mercato del gas come caso emblematico del processo di liberalizzazione (e di regolazione pro-concorrenziale) dei servizi di pubblica utilità si v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006 e, da ultimo, dello stesso Autore, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019; con riferimento al servizio di distribuzione del gas naturale si v. R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 363 ss.; M. CAPANTINI, *Attività amministrativa privata nei servizi di interesse economico generale e principi dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 1, 2008, p. 71 ss.; M.A. QUAGLIA, *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale tra la tutela della concorrenza e quella dell'affidamento*, in *Riv. trim. appalti*, 2007, p. 353 ss.; P. CAVALIERE-A. VEDASCHI, *Il mercato del gas naturale: un obiettivo ancora da raggiungere*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 878 ss.; A. PINTO, *Il pubblico servizio di distribuzione del gas tra riordino e disordine*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, p. 177 ss.; V. CIOFFO, *La fuga dalla distribuzione del gas*, *ivi*, p. 395 ss.; L. AMMANNATI, *La forza espansiva del modello di affidamento in house. Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del modello comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 6, 2005, p. 1709 ss.; M. MONTINI, *Il nuovo modello di gestione del servizio di distribuzione del gas naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 452 ss.

<sup>3</sup> Si tratta dell'atto di segnalazione al Governo e al Parlamento AS n. 1262, dell'11 marzo 2016, in cui l'Autorità formula proposte di modifica della normativa in esame, con specifico riferimento alla definizione di incentivi per favorire l'indizione delle gare da parte degli enti territoriali; all'introduzione di misure volte a facilitare la partecipazione di raggruppamenti di impresa alle gare e per la semplificazione della procedura di indizione.

rapporto con l'utenza.

Lo stesso strumento della gara quale modalità esclusiva per la selezione del concessionario presenta problematicità, come si può dedurre anche da un'indagine condotta dall'ANAC nel 2018<sup>4</sup>, da cui emerge una struttura del mercato in cui è concreto il rischio che il meccanismo di gara diventi strumento per il perpetuarsi di situazioni di potere di mercato e barriera all'accesso di operatori di più ridotte dimensioni<sup>5</sup>.

Per questo insieme di fattori, lo studio delle problematiche che riguardano il sistema di affidamento delle concessioni di distribuzione del gas acquista una significatività che ne supera l'orizzonte settoriale: gli interrogativi sollevati sulla natura dei vincoli di gara, nel loro impatto sulla conformazione reale del mercato, e sul rapporto tra la logica di gara e quella regolatoria, danno origine a riflessioni di interesse più generale, che toccano l'intero sistema delle *public utilities* interessate da processi di liberalizzazione e basati su schemi analoghi.

L'analisi che segue si articola, dunque, in diversi livelli di verifica, in cui possono dirsi concentrate le maggiori problematiche connesse al sistema delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, a partire dall'analisi del ruolo dei comuni concedenti e della difficoltà di prefigurare lo sviluppo certo del servizio per l'intero periodo di affidamento (come rigidamente richiesto dalla logica della gara). Inoltre si analizzeranno le questioni legate alla limitata autonomia delle stazioni appaltanti e alle complessità procedurali connesse all'intervento preventivo di ARERA. A conclusione di questa disamina si volgerà l'attenzione al nuovo quadro risultante dal recepimento della direttiva europea 2014/23/UE in materia di concessioni, tramite il codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), con l'intento di verificare quali potrebbero essere possibili percorsi di ripensamento della disciplina speciale dell'affidamento delle concessioni di distribuzione del gas, per superarne le criticità.

Si tratta di una riflessione necessaria anche alla luce delle nuove prospettazioni di *new green economy*, che nei prossimi anni cambieranno il volto delle politiche energetiche nazionali, rendendo quanto mai urgente e attuale la riflessione su un adattamento flessibile del quadro normativo vigente alle future prospettive di sviluppo del servizio.

## 2. La difficile transizione di “ruolo” dei comuni concedenti, nella prospettiva dell'esternalizzazione del servizio e dell'associazione

---

<sup>4</sup> Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento n. 4, del 17 ottobre 2018.

<sup>5</sup> La posizione dominante degli ex-concessionari è stata ritenuta dall'AGCM presupposto per qualificare taluni comportamenti non collaborativi con le amministrazioni concedenti quali abusi di posizione dominante. Si v., in particolare, il caso di cui AGCM A432, decisione n. 23114 del 14 dicembre 2011, relativa all'espletamento delle gare di affidamento del servizio di distribuzione del gas. In questo caso Italgas, concessionario uscente nei comuni di Roma e Todi, si era rifiutata di fornire le informazioni necessarie ai comuni per redigere i bandi di gara dei nuovi affidamenti. L'Autorità, qualificando suddette informazioni come *essential facilities*, ha ritenuto che il comportamento non collaborativo dell'*incumbent* Italgas costituisse un abuso in quanto diretto a ostacolare l'accesso al mercato di altri operatori che avrebbero potuto partecipare alle relative gare. Sulla vicenda si v. F. DI PORTO, *Scambi di informazioni e abusi di posizione dominante: una rilettura degli «abusi informativi» e dei relativi rimedi*, in *Concorrenza e mercato*, fasc. 1, 2014, p. 27 ss. Da ultimo l'Autorità ha aperto un'istruttoria per una fattispecie analoga, concernente una gara bandita dal comune di Venezia, con delibera 27 maggio 2020.

## in ambiti

Il primo terreno di verifica concerne, dunque, il modello (ormai comune ai servizi locali a contenuto economico) di gestione associata del servizio, organizzato secondo ambiti territoriali ottimali<sup>6</sup>.

Ai sensi del d.lgs. n. 164/2000, l'attività di distribuzione del gas naturale è attività di servizio pubblico rispetto alla quale gli enti locali affidanti svolgono «attività di indirizzo, vigilanza, programmazione e di controllo sull'attività di distribuzione» (art. 14), ma in modo differente rispetto al passato, quando l'ente locale, attraverso il sistema di concessioni (affidate a gestori scelti *intuitus personae*) esercitava una sorta di delega delle funzioni essenziali relative alla gestione del servizio.

La previsione dell'affidamento del servizio a gara contenuta nel decreto Letta chiede agli enti locali di muoversi nella logica della contrattualizzazione del servizio<sup>7</sup>, con tutto ciò che ne consegue in termini di attivazione di un'adeguata capacità tecnico/gestionale (si pensi alla difficoltà di individuare il valore residuo delle infrastrutture da mettere a gara, o alla mancata, corretta, imputazione in bilancio della valorizzazione delle reti di proprietà degli enti).

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, viene in gioco l'asimmetria informativa esistente tra comuni concedenti e gestori: una condizione "naturale" nel contesto precedente, in cui il concessionario era una sorta di "delegato" esperto a cui il servizio era affidato direttamente (e che si rapportava agli utenti in qualità di sostituto dell'amministrazione). Nella mutata prospettiva l'ente concedente deve avere piena conoscenza di tutti i dati informativi che consentano di poter affidare il servizio, nella prospettiva degli sviluppi futuri, all'impresa che dimostri di avere i migliori requisiti in risposta al bando, a prescindere da qualsiasi rapporto diretto.

Il quadro è divenuto più complesso dopo la riforma di cui all'art. 46-bis del d.l. n. 159/2007, convertito dalla legge n. 222/2007, che ha introdotto l'obbligatoria organizzazione del servizio di distribuzione del gas per ambiti territoriali minimi, al fine di «garantire al settore della distribuzione di gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali»<sup>8</sup>. La

---

<sup>6</sup> Si v. M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in *Federalismi.it*, 13 gennaio 2016; L. AMMANNATI-E. CANEPA, *Un difficile percorso verso la concorrenza. Gli ambiti di gara per la distribuzione locale del gas*, in M. Passalacqua (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 83 ss.; F. ANDREONI, *Strumenti giuridici per una gestione associata dei servizi e problematiche antitrust*, *ivi*, p. 353 ss.; G. CARULLO, *Obbligo di esercizio «associato» delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in *Foro amm. CdS*, fasc. 10, 2013, p. 35 ss.

<sup>7</sup> Il processo, con riferimento generale ai servizi pubblici locali, è ben spiegato da F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici e la tutela della concorrenza*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), n. 17/2010, secondo la quale la stessa sostituzione del termine concessione con «affidamento» implica il superamento della conformazione pubblicistica dell'istituto concessorio, quale modalità di assimilazione del privato alla gestione di compiti pubblici. Sul tema si v. anche F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazioni*, in *Federalismi.it*, 2016. Sulla necessità di una nuova riflessione in tema di servizi pubblici locali, specie alla luce vincoli comunitari, si v. G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2, 2011, p. 381 ss.

<sup>8</sup> Con successivo art. 24, comma 4, del d.lgs. n. 93/2011, è stato stabilito che le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale siano effettuate unicamente per ambiti territoriali minimi (di cui al citato art. 46-bis della legge n. 159/2007). Interpellata sull'articolo in

definizione degli ambiti, rimessa al ministero dello sviluppo economico in parallelo alla specificazione della disciplina di gara per l'affidamento del servizio<sup>9</sup>, è espressamente orientata all'identificazione di «bacini ottimali di utenza» ai fini di un incremento dell'efficienza e di un abbattimento dei costi. Secondo le previsioni della legge, i comuni dell'ambito delegano ad una «stazione appaltante»<sup>10</sup> i compiti di preparazione e pubblicazione del bando di gara e del disciplinare (in conformità ai rispettivi modelli-tipo), di aggiudicazione della gara, di stipulazione del contratto di servizio e di gestione del contratto stesso.

La peculiarità è che la definizione di ambiti minimi risulta orientata all'ottimizzazione dell'affidamento, con un minor rilievo della funzione programmatica che caratterizza altre esperienze simili nell'ambito dei settori di pubblica utilità<sup>11</sup>. Le linee guida di ambito, formulate dalla stazione appaltante sulla base degli indirizzi dei comuni, sono infatti funzionali alla procedura di affidamento perché costituiscono la base necessaria per la predisposizione del piano di sviluppo del servizio che gli operatori sono chiamati a formulare ai fini della partecipazione alla gara.

La riorganizzazione per ambiti non esclude una funzione centrale dei comuni, ai quali spettano tutte le decisioni che riguardano la proprietà, la formalizzazione degli accordi con il precedente gestore, la formulazione degli indirizzi che sono alla base delle linee programmatiche di ambito. Gli stessi comuni partecipano alla funzione di vigilanza e controllo sul gestore (tramite un comitato di monitoraggio costituito dai rappresentanti degli enti locali concedenti, per un massimo di quindici) e alla determinazione (assunta a maggioranza dei comuni di ambito, in base alle utenze) di risoluzione del rapporto per gravi e reiterate inadempienze del contratto di servizio da parte del gestore.

---

questione, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata, con riferimento all'art. 76 Cost., la questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega, ritenendo che nel caso di specie plurime disposizioni della legge delega (legge n. 96/2010, art. 17, comma 4) autorizzassero tale disposizione «sui presupposti, non contestati, dell'effetto pro concorrenziale e dell'incremento di efficienza del servizio del cosiddetto sistema ambiti», in ragione del fatto che «la disposizione censurata rende applicabile la nuova disciplina degli affidamenti, evitando il rinnovo delle concessioni su base comunale e, con esse, l'ulteriore frazionamento delle gestioni» (Corte Cost. 7 giugno 2013, n. 134). Questa disposizione ha anticipato la riforma introdotta per la generalità dei servizi. Infatti l'obbligatorietà della partecipazione degli enti locali in enti o istituti designati per il governo degli ambiti (sanzionata con i poteri sostitutivi in capo ai presidenti delle regioni) è stata disposta dall'art. 1, comma 609, legge n. 190/2014, dichiarata legittima dalla Corte Cost. con sentenza 7 luglio 2016, n. 160. La *ratio* di simili disposizioni è stata rinvenuta, dalla corte, nella necessità di perseguire meglio risultati economici nella gestione dei servizi locali a contenuto economico, nonché un contenimento della spesa pubblica, senza che sia ritenuta lesa l'autonomia degli enti locali. Norme di questo tipo, infatti, si limiterebbero a «razionalizzare le modalità di esercizio, al fine di superare la frammentazione nella gestione, preservando uno specifico ruolo agli enti locali titolari di autonomia costituzionalmente garantita, nella forma della partecipazione agli organismi dotati dei poteri decisionali».

<sup>9</sup> Successivi decreti ministeriali del Ministero dello sviluppo economico hanno definito il quadro: con il d.m. 19 gennaio 2011 sono stati individuati gli ambiti territoriali ottimali per la distribuzione del gas; con il successivo d.m. 18 ottobre 2011 sono stati determinati i comuni appartenenti ai diversi ambiti territoriali; con d.m. 12 novembre 2011, n. 226, è stato emanato il regolamento per i criteri di gara e per la valutazione delle offerte.

<sup>10</sup> Sulle questioni relative alla designazione della stazione appaltante si v. Cons. Stato, sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7029.

<sup>11</sup> Si pensi alla declinazione degli obiettivi di raccolta e smaltimento dei rifiuti per ambito, nel caso del servizio di igiene urbana, o dell'identificazione dei servizi minimi di trasporto (finanziati con risorse regionali) nel caso dei trasporti pubblici.

Secondo lo schema organizzativo, la stazione appaltante agisce sulla base di una delega da parte dei comuni, che può essere più o meno ampia (potendo comprendere anche il reperimento, da parte della stessa, delle informazioni direttamente presso i gestori), senza che i comuni siano mai esautorati nelle proprie funzioni<sup>12</sup>. Si tratta di una delega che non determina il venir meno della responsabilità dell'ente locale, rilevante anche nella formalizzazione dell'accordo con il gestore uscente relativo all'individuazione dello stato di consistenza e di valutazione delle reti esistenti e finalizzato alla determinazione dei valori di rimborso (VIR), essenziale per la celebrazione delle gare.

Qui viene in evidenza il nodo dei poteri sostitutivi nei casi di grave inerzia degli enti locali nell'assolvimento dei loro compiti. L'AGCM non ha salutato favorevolmente la norma che ha abolito le sanzioni originariamente previste verso gli enti inadempienti<sup>13</sup>, proprio nel presupposto delle conseguenze negative riconducibili all'impossibilità di sanzionare o, quantomeno, superare l'inerzia degli enti locali interessati per accelerare il processo di avvio delle gare. Il principio di sussidiarietà che regge il sistema di riparto delle competenze tra enti territoriali implica «naturalmente» la riconduzione di poteri sostitutivi in capo all'ente territoriale «superiore» rispetto a quello titolare delle funzioni rimaste non adempiute. Proprio in questa chiave il d.m. n. 266/2011 ha definito un procedimento in base al quale, allo scadere dei termini per la pubblicazione dei bandi di gara, spetta alle Regioni di intervenire in via sostitutiva; e, in caso di inerzia regionale, allo stesso Ministero dello sviluppo economico (secondo una norma di legge introdotta nel 2013)<sup>14</sup>. Ma si tratta di norme rimaste inattuato, lasciando aperto l'interrogativo sulla concreta attivabilità di poteri sostitutivi in questo contesto.

### **3. La discrasia tra programmabilità degli interventi per l'intero periodo concessorio e necessità di una previsione certa, funzionale ai meccanismi di gara**

In base all'art. 9, comma 3, d.m. n. 226/11, la stazione appaltante deve redigere le linee guida programmatiche di ambito con le condizioni minime di sviluppo, differenziate in relazione al grado di metanizzazione raggiunto nel comune, alla vetustà dell'impianto, all'espansione territoriale e alle caratteristiche territoriali, in modo tale da garantire l'equilibrio economico e finanziario del gestore. Gli interventi previsti dalle linee programmatiche devono

---

<sup>12</sup> Nel rapporto con i gestori, in particolare, i report delle Autorità di vigilanza mettono in evidenza come gli enti concedenti abbiano svolto un ruolo definito «carente», perché spesso limitato ad una «presa d'atto» senza verifiche in concreto. Si v. la citata segnalazione dell'ANAC, n. 4/2018. Le cause sono ascrivibili, secondo l'Autorità, sia a scarsa consapevolezza del ruolo che a schemi di convenzione troppo risalenti.

<sup>13</sup> Si v. il citato atto di segnalazione al MiSE, AS n. 1633 del 12 novembre 2019.

<sup>14</sup> Si tratta dell'art. 4, comma 2, d.l. n. 69/2013, convertito con legge n. 98/2013 e modificato dalla legge n. 21/2016 in tema di proroga dei termini. Il suddetto procedimento sostitutivo, con intervento del Ministero in ultima istanza, è stato ulteriormente disciplinato (al fine di agevolarne l'avvio) con l'art. 3, commi 2-*bis* e 2-*ter*, d.l. n. 210/2015, conv. dalla legge n. 21/2016.

essere giustificati da un'analisi costi/benefici per i consumatori <sup>15</sup>.

La stazione appaltante redige il documento-guida per gli interventi di estensione, manutenzione e potenziamento nei singoli comuni, che funge da riferimento per la redazione, da parte dei concorrenti, del piano di sviluppo della rete e degli impianti, atto fondamentale ai fini della partecipazione alle gare.

Con riferimento a questo aspetto si pone un'ulteriore criticità della gara per l'affidamento delle concessioni di distribuzione gas: la discrasia tra il grado di previsione degli sviluppi desiderati del servizio (specie in termini di estensioni e potenziamenti) da parte degli enti concedenti e il grado di precostituzione certa delle condizioni di gara, necessaria ai fini del confronto concorrenziale <sup>16</sup>.

Se, infatti, la durata di dodici anni è funzionale al recupero degli investimenti da parte dei gestori concessionari, gli enti locali si trovano di fronte ad un quadro programmatico per certi tratti incerto, o comunque non definibile con un sufficiente grado di attendibilità in un arco temporale così lungo.

Questa problematica sembra emergere nell'art. 9, comma 4, d.m. n. 266/2011, quando, al momento di definire i contenuti del documento guida, stabilisce che lo stesso debba contenere «gli interventi *di massima* di estensione della rete ritenuti compatibili con lo sviluppo territoriale del Comune e con il periodo di affidamento» (lett. a). Questa condizione presuppone un apprezzamento dell'interesse pubblico, legato essenzialmente alle questioni di sviluppo e potenziamento delle reti, che possa essere soggetto a nuove valutazioni nel tempo, in una prospettiva che il meccanismo di gara sembrerebbe escludere.

La gara ristretta (o aperta), qual è quella scelta come metodo di selezione dal decreto Letta e dal d.m. n. 266/2011, presuppone, infatti, che l'oggetto del confronto concorrenziale sia puntualmente definito nella *lex specialis* della gara, per l'intero periodo di svolgimento del servizio che si deve affidare; e che, una volta scelto il contraente, le condizioni contrattuali siano modificabili solo entro i margini stabiliti dal codice dei contratti pubblici, nel presupposto che un'ampia facoltà di modifica violerebbe il principio di par condicio nella partecipazione alla gara <sup>17</sup>.

L'estrema rigidità e formalizzazione della modalità di gara strutturata secondo il modello della procedura ristretta (o aperta) sembra, perciò, mal conciliarsi con le esigenze di affidamento delle concessioni di distribuzione del

---

<sup>15</sup> Si v. gli atti regolatori di ARERA in materia (a partire dalla delibera 468/2018/R/gas in tema di requisiti minimi dei piani di sviluppo) e in particolare la delibera attuativa 230/2019/R/gas, in tema di criteri applicativi della metodologia di analisi costi benefici.

<sup>16</sup> La problematica sussiste ogni qualvolta l'amministrazione debba concludere contratti complessi, che mal si adattano all'estrema rigidità e formalizzazione dei meccanismi di gara. L'assenza di discrezionalità, anziché essere un vantaggio, diventa un ostacolo alla definizione dei migliori contenuti, perché, ad esempio, impedisce il processo di apprendimento nascente da un processo di negoziazione, volto ad una definizione concordata, nell'incentivo della massimizzazione degli interessi reciproci. La questione è analizzata molto efficacemente da M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 5-6, 2013, p. 991 ss.; in questo senso si v. anche G. COMPARTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e società*, 2017, p. 177 ss.; ID., *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, *Il dir. dell'econ.*, fasc. 3, 2012, p. 575 ss.

<sup>17</sup> Il tema è comune alle concessioni di servizio, nella misura in cui il codice dei contratti pubblici ne ha assimilato il regime giuridico all'esecuzione degli appalti, salvo che per la questione del ripristino dell'equilibrio economico-finanziario del concessionario. Su questo tema si v. M. CALCAGNILE, *Durata delle concessioni di servizi pubblici e regime della gestione*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 2020, p. 81 ss.

gas, connesse all'asimmetria informativa nonché alle difficoltà programmatiche e previsionali degli enti concedenti. La gestione associata moltiplica queste difficoltà, non potendo le stazioni appaltanti sostituirsi agli enti concedenti in valutazioni che sono necessariamente proprie di ciascuno, o uniformare previsioni e obiettivi programmati. La rigidità e l'uniformità dell'unico modello di gara previsto non favorisce, del resto, la ricerca di soluzioni differenziate per ambiti, che meglio potrebbero rispondere alle specificità di contesto socio-territoriale e di mercato<sup>18</sup>.

#### **4. La limitazione dell'autonomia negoziale della stazione appaltante nella predisposizione di bandi, capitolati e contratti di servizio**

Nell'ambito delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, la stazione appaltante si muove nel complesso intreccio di una serie di vincoli, il primo dei quali è quello relativo al rapporto con i comuni, espresso nella delega e negli indirizzi relativi alla formulazione del documento programmatico di ambito.

Come si è anticipato, le stazioni appaltanti sono chiamate a formulare le *Linee guida programmatiche di ambito* con le *condizioni minime di sviluppo* (in rapporto al grado di metanizzazione, alla vetustà impianti, all'espansione e alle caratteristiche territoriali), con tutto ciò che ne consegue in ordine alla necessità di razionalizzare dati disomogenei provenienti dai comuni e delle risultanze di una necessaria analisi costi benefici. Ai singoli comuni spettano anche valutazioni complesse come quelle relative alla determinazione dei valori di rimborso dell'impianto che il gestore entrante deve corrispondere al gestore uscente (cd VIR, valore industriale residuo), che ha una incidenza diretta sulla gara, perché sullo scostamento tra i valori VIR e RAB (*Regulatory Asset Base*), relativo alla remunerazione del capitale investito per la realizzazione degli impianti (riconosciuto in tariffa) è chiamata a esprimersi l'ARERA (ove lo stesso superi il 10%, circostanza ordinaria tenuto conto che il VIR, riproducendo i valori convenzionali, è in genere molto superiore alla RAB)<sup>19</sup>. La questione influisce, infatti, direttamente sia sull'entità della tariffa che sull'ammontare della somma che il gestore entrante è tenuto a rimborsare, con inevitabili riflessi di estrema problematicità laddove i comuni (a monte) non raggiungano un accordo con i gestori uscenti. In questi casi, infatti, nel bando devono essere rappresentate le valutazioni degli enti territoriali, con evidenti criticità pendenti nella fase successiva all'aggiudicazione della gara. È questo un ambito in cui le stazioni

---

<sup>18</sup> La tensione tra autonomia e uniformità/tipizzazione legislativa è una problematica che ha attraversato le diverse stagioni di riforma dei servizi locali: si v. G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>19</sup> Sul fitto intreccio di disposizioni in materia si v. il d.m. 22 maggio 2014, recante le linee guida per il calcolo del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas; nonché, in ultimo, la deliberazione di ARERA 905/2017/R/gas, aggiornata dalla deliberazione 130/2018/R/GAS, il cui allegato A reca il «testo delle disposizioni dell'Autorità in materia di determinazione del valore di rimborso delle reti di distribuzione del gas naturale ai fini delle gare di ambito». Su questi temi si v. S.C. CEREDA, *Le gare del gas su base d'ATEM e il disaccordo nella valorizzazione dei cespiti: chi sono i protagonisti del successivo contenzioso?*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 21 settembre 2018.

appaltanti non possono che riprodurre le valutazioni degli enti locali.

Con riferimento alla limitazione dell'autonomia delle stazioni appaltanti, l'apprezzamento relativo alle condizioni di gara e di svolgimento del servizio successivo è condizionato dalla necessità di uniformazione al bando e al capitolato tipo predisposti dal Ministero (allegati al d.m. n. 266/2011), nonché al contratto di servizio-tipo predisposto dall'Autorità e approvato dal Ministero<sup>20</sup>, per l'esigenza di uniformare le gare e la gestione del servizio a livello nazionale.

I margini di scostamento rispetto ai bandi e ai capitolati tipo, per le stazioni appaltanti, sono davvero ridotti, e devono essere descritti in un'apposita nota giustificativa, nei limiti del rispetto degli elementi cardine del sistema: la prevalenza attribuita agli interventi di sviluppo e agli interventi in materia di sicurezza, nonché il mantenimento dell'equilibrio economico finanziario (non a discapito dell'equilibrio tariffario).

Anche relativamente al contratto di servizio, le possibili modifiche rispetto al contratto tipo riguardano ambiti ristretti: la clausola compromissoria; la previsione circa la possibile realizzazione di interventi di pari valore a impianti non realizzati per ragioni di natura tecnica o di pianificazione territoriale; il possibile riconoscimento della quota di ammortamento nella tariffa a favore degli enti locali, se proprietari dei beni messi a disposizione del gestore.

## **5. Le valutazioni di ARERA e l'intersezione della logica regolatoria con la logica di gara**

I contenuti discrezionali dei documenti di gara (scostamenti VIR/RAB superiori al 10%; le note giustificative di modifiche dei bandi, disciplinari e servizi tipo) sono soggette alla verifica di un modello di efficienza da parte di ARERA.

Nella disciplina delle gare gas si realizza, infatti, questo intreccio tra due sistemi che seguono una propria logica: il sistema della gara e il sistema della regolazione.

Il sistema della gara presuppone che l'amministrazione abbia una capacità di prefigurare in modo analitico le proprie esigenze connesse allo sviluppo del servizio e ai requisiti dell'operatore da selezionare, in modo tale da preconstituire tutto, con una limitata possibilità di scostamento successivo. Il meccanismo premiale della gara dovrebbe favorire chi riesce a offrire le migliori condizioni (verificabili) nel quadro dato. La regolazione di ARERA segue un proprio sistema di meccanismi incentivanti che trovano nella tariffa il punto di snodo, il discrimine tra ciò che può essere riconosciuto e ciò che non può esserlo (gravando sul concessionario).

Dalla sovrapposizione tra i due meccanismi discende che i margini di scostamento delle stazioni appaltanti sono oggetto di valutazione da parte dell'Autorità indipendente con aggravamento del sistema.

Originariamente il controllo dell'Autorità era prefigurato secondo i meccanismi semplificatori del silenzio assenso (ove l'Autorità non si fosse espressa entro 30 gg l'assenso si considerava acquisito). Successivamente si è passati ad un diverso regime, che punta sulla definizione di apposite procedure semplificate: così la deliberazione di ARERA 905/2017/R/gas,

---

<sup>20</sup> Il contratto tipo è stato predisposto da ARERA e approvato dal Ministero dello Sviluppo economico con d.m. 5 febbraio 2013.

aggiornata con la del. 130/2018/R/gas, ha definito tre differenti procedure di verifica: il regime ordinario individuale per Comune; quello semplificato per Comune, e quello semplificato d'ambito. Il meccanismo semplificatorio è tale solo in apparenza: esso si basa sulla possibilità, ricorrendo determinati presupposti, di ricorrere ad una certificazione di un soggetto terzo, che è comunque soggetta a verifica dell'Autorità sotto il profilo della completezza delle informazioni riportate.

La tempistica di emanazione del bando è così fortemente condizionata dalle verifiche dell'Autorità, che pur non essendo formalmente vincolanti (tali cioè da inficiare l'efficacia o la validità del bando che non ne tenesse conto), sono però essenziali sotto il profilo del successivo riconoscimento dei costi in tariffa e, quindi, ai fini della gestione del rapporto con il concessionario <sup>21</sup>.

## 6. Continuità e discontinuità nel raffronto tra la disciplina delle concessioni di distribuzione del gas e il modello di concessione di servizio del codice dei contratti pubblici

L'emanazione del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) non ha comportato un sovvertimento della disciplina delle concessioni di distribuzione del gas, posto che una specifica norma al suo interno fa salva la disciplina speciale riguardante le procedure di affidamento, «in quanto compatibili con il codice» <sup>22</sup>.

Premessa, dunque, questa preventiva valutazione di «non incompatibilità» tra le due discipline, è di interesse il riferimento ai profili differenziali che emergono da un raffronto tra le due discipline, perché possono concorrere ad una riforma del meccanismo di affidamento delle concessioni di distribuzione del gas, che ne superi le criticità attuali.

Come è noto la direttiva 2014/23/UE è stata la prima dedicata espressamente alle concessioni di servizi e di lavori ed è stata recepita dal legislatore italiano in un'apposita sezione del codice dei contratti pubblici (la parte III del d.lgs. n. 50/2016) <sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Su queste basi, ad es., il Consiglio di Stato ha ritenuto corretta la decisione del giudice di primo grado di annullare un bando di gara emanato senza che la stazione appaltante avesse preventivamente coinvolto l'ARERA (sez. V, 3 aprile 2019, n. 2202). Sottolinea come le misure di regolazione asimmetrica temporanee siano funzionali al perseguimento delle finalità concorrenziali delle gare, a beneficio degli utenti, la decisione del Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2017, n. 4197.

<sup>22</sup> Si tratta dell'art. 216, comma 27-*quinquies* del codice, in base al quale alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione del servizio di distribuzione del gas naturale continuano ad applicarsi le disposizioni del d.lgs. n. 164/2000, in quanto compatibili con il codice, nonché le norme in materia di organizzazione obbligatoria delle gare a livello di ambiti. Resta ferma la durata massima delle concessioni in dodici anni.

<sup>23</sup> Sulla direttiva in esame si v. G. GRECO, *La direttiva in materia di «concessioni»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1095 ss.; Id., *Le concessioni di lavori e servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 3, 2018, p. 505 ss.; F. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della dir. 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 101 ss.; G.D. COMPARTI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, 25 marzo 2015; H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2014, p. 1135 ss.; L. TORCHIA, *La nuova direttiva*

Ai sensi della nuova normativa la concessione è un contratto centrato sul concetto di rischio operativo, con ciò intendendo possibile che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario (art. 165, c. 1). Per questo ha un solido ancoraggio nel principio di equilibrio economico finanziario del concessionario, che giustifica la possibilità che sia stabilito un prezzo (accanto alla remunerazione rappresentata dal prezzo del servizio pagato dagli utenti); equilibrio che deve essere ripristinato nel caso di sopravvenienze non imputabili a colpa del concessionario<sup>24</sup>. Nella logica della direttiva, il rischio è uno specifico profilo differenziale delle concessioni rispetto all'appalto, e configura le prime come comportanti un rapporto necessariamente trilatero<sup>25</sup>: per loro natura le concessioni di servizi si riferiscono ad attività erogate verso gli utenti, che ne costituiscono la principale fonte di remunerazione.

Nonostante questa chiara configurazione trilatera, la direttiva (e conseguentemente il codice) non si occupa della concessione nel suo aspetto di attività doverosa nell'interesse degli utenti: questi ultimi quasi non sono nominati e l'istituto viene disciplinato proprio al fine di assimilarne i meccanismi di selezione a quelli dell'appalto, quindi nella prospettiva della garanzia del mercato<sup>26</sup>. Ai sensi della nuova disciplina, alle concessioni si applicano le norme in materia di appalti *per quanto compatibili* (principi comuni, clausole sociali, pubblicità dei bandi, ruolo del RUP, fasi delle procedure di affidamento/evidenza pubblica, requisiti, criteri di aggiudicazione, modalità di comunicazione agli offerenti, termini, esecuzione).

Nella prospettiva della ridefinizione del regime delle concessioni di distribuzione del gas, il dato è rilevante nel senso che trova conferma il passaggio, già avviato con il d.lgs. n. 164/2000, dalla conformazione pubblicistica della concessione a quella «contrattuale»<sup>27</sup>; al contempo emerge

---

europea in materia di appalti di servizi e fornitura nei settori ordinari, in *Dir.amm.*, 2015, p. 291 ss.

<sup>24</sup> Si v., per questi aspetti, le Linee guida dell'ANAC n. 9, approvate con delibera 28 marzo 2018, n. 318, relative ai contratti di partenariato pubblico – privato (in cui rientrano le concessioni di servizio). Ai sensi di tali linee guida, per ogni contratto di questo tipo le amministrazioni sono tenute a svolgere preliminarmente un'analisi dei rischi (e a redigere un'apposita matrice dei rischi), oltre che a dettagliare analiticamente nel contratto le ipotesi di forza maggiore che possono alterare l'equilibrio economico finanziario del concessionario.

<sup>25</sup> Si v. F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nelle direttive 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 743 ss.; e già ID., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2011, p. 703 ss.

<sup>26</sup> Questo aspetto viene chiaramente evidenziato da G. GRECO, *Le concessioni di lavori e servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016)*, cit., p. 505 ss., secondo il quale la direttiva disciplina la concessione di servizio nella sua dimensione di operazione economica. Sui vincoli che derivano al concessionario nell'ambito della propria attività contrattuale, si v. M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 1, 2018, p. 153 ss.

<sup>27</sup> Sembra così superata quella configurazione pubblicistica della concessione di servizi che la inquadrava come un particolare procedimento organizzativo dell'amministrazione, in virtù della quale era trasferito al privato l'esercizio di una serie di funzioni e poteri, pur mantenendone l'ente concedente la titolarità (Cass., sez. un., n. 24824/2015; Cons. Stato, sez. VI, n. 3571/2015). Sul l'originario dibattito relativo all'inquadramento teorico delle concessioni di servizi si v. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 257 ss.; F. G. SCOCA, *La concessione e gli altri strumenti di gestione dei servizi pubblici*,

evidente la necessità di un aggiornamento nel modo di inquadrare un simile contratto, in direzione della logica propria del regime degli appalti ai sensi del nuovo codice.

Le direttive eurounitarie unificate, in particolare quelle del 2014, segnano infatti un fondamentale passaggio verso un superamento della concezione del mercato come esclusivamente oppositivo rispetto al potere pubblico discrezionale e della conseguente necessità di esasperare i vincoli volti a «oggettivare» quanto più possibile la scelta pubblica. Il nuovo approccio sembra piuttosto focalizzarsi sulle dinamiche della *domanda pubblica*, con una conseguente attenzione alla sua qualificazione e regolazione, nel presupposto che il mercato non può vivere in assenza del potere pubblico o di un potere pubblico interamente vincolato<sup>28</sup>.

Da qui nascono le disposizioni che aprono spazi valutativi all'amministrazione, definendo nuove procedure (come il dialogo competitivo o la procedura negoziata competitiva nei settori speciali); prediligendo il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; assimilando il responsabile del procedimento ad un *Project Manager*<sup>29</sup>.

Con riferimento specifico alle concessioni di servizio, è espressione di questo nuovo approccio il *principio di libera amministrazione*, secondo il quale «le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di organizzare la procedura per la scelta del concessionario ... di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire un livello elevato di qualità, sicurezza, ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici» (art. 166). Si tratta di un principio il cui ambito si riduce notevolmente ove si consideri che il codice assimila la concessione agli appalti per molti aspetti dell'affidamento, e tuttavia è significativo del fatto che il legislatore presuppone un'autonomia che, come si

---

in F. Roversi Monaco (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, Maggioli, Rimini, 1988, p. 27; D. SORACE-C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Digesto (discipl. pubbl.)*, vol. III, UTET, Torino, 1989, p. 298 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. e gov. locale*, 1992, p. 87 ss.; nonché i contributi raccolti negli Atti del Convegno tenutosi a Santa Margherita Ligure il 26-27 marzo 1993 su *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995, tra i quali: A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, *ivi*, 21 ss.; G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, *ivi*, p. 93 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, *ivi*, p. 187 ss.; M. RAMAJOLI, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario. Autonomia e responsabilità degli Stati membri nei confronti del disegno di liberalizzazione comunitario*, *ivi*, p. 321 ss.; A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato: un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 3, 1995, p. 567 ss.; G. DELLA CANANEA, *The Regulation of public services in Italy*, in *68 International Review of Administrative Sciences*, n. 1, 2002, p. 79 ss.; sulla tendenza alla sostituzione della concessione con strumenti di diritto comune nel periodo delle liberalizzazioni si v. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova, 2008, p. 257 ss.

<sup>28</sup> Si v., sotto questo profilo, l'analisi di G. COMPORTE, negli scritti *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, cit., p. 177 ss; *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, cit., p. 575 ss.

<sup>29</sup> Vengono in rilievo, sotto questo profilo, le linee guida (interpretative del codice) dell'ANAC n. 3/2016 (aggiornate nel 2017), secondo le quali, a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti «il RUP dovrà possedere ... adeguata competenza quale Project Manager, acquisita anche attraverso la frequenza, con profitto, di corsi di formazione in materia di Project Management». E ancora: «È necessario enfatizzare le competenze di pianificazione e gestione dello sviluppo di specifici progetti, anche attraverso il coordinamento di tutte le risorse a disposizione, e gli interventi finalizzati ad assicurare l'unitarietà dell'intervento, il raggiungimento degli obiettivi nei tempi e nei costi previsti, la qualità della prestazione e il controllo dei rischi».

è visto, nel settore delle concessioni di distribuzione del gas non esiste.

Inoltre il codice prevede che, per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta (quindi l'ipotesi delle gare per il servizio di distribuzione del gas), nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una *consultazione preliminare* con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni, decorrenti dalla comunicazione agli interessati (art. 165, comma 3).

In sede di aggiudicazione la stazione appaltante può, inoltre, condurre liberamente *negoziazioni* con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni (art. 171, comma 7).

Rimane la mancanza di previsioni specifiche che rendano più flessibile l'esecuzione del servizio, in ragione magari delle esigenze connesse all'utenza: il fatto che il nuovo codice consideri la concessione essenzialmente nella sua dimensione di operazione economica porta a svalutare le conseguenze che invece sono naturalmente riconducibili alla sua connotazione trilatera. I soli aspetti per i quali sembra riemergere una connotazione pubblicistica delle concessioni sembrano essere concentrati nei poteri di risoluzione, autotutela, caducazione del contratto, definiti in capo alle amministrazioni concedenti.

In altre parole, il nuovo codice dei contratti, pur nell'assimilazione (per molti aspetti) delle concessioni agli appalti, sembra aprire spazi significativi ad una certa flessibilità, costringendo a rivedere nelle fondamenta l'opportunità di una disciplina di affidamento costruita sui canoni di una oggettivizzazione che non lascia alcuno spazio a valutazioni e negoziazioni. Le conseguenze per un ripensamento della rigida disciplina in tema di affidamento delle concessioni del servizio di distribuzione del gas appaiono non di poco conto.

## 7. Qualche riflessione conclusiva

Il riferimento al modello codicistico della concessione tratteggia un quadro in chiaroscuro che offre significative prospettive evolutive senza esaurire il complesso delle problematiche analizzate.

La disciplina di gara per l'affidamento della concessione di distribuzione del gas può certo essere migliorata aprendo a quegli spazi di valutazione discrezionale della stazione appaltante, consultazione preventiva del mercato, utilizzazione di procedure non solo rigidamente meccaniche, potenziamento della partecipazione degli operatori di piccole dimensioni, che il codice consente e che meglio si conformano alla complessità dei contratti concessori. In questo quadro la circolazione e il regime dei beni informativi ha un'indubbia rilevanza ai fini dell'effettiva apertura al mercato, come dimostrano le decisioni antitrust che qualificano come *essential facilities* le informazioni che devono essere rese dai gestori uscenti.

Rimangono tuttavia alcuni interrogativi che sono collegati allo stesso inquadramento della concessione quale mera operazione economica (modello proprio anche del codice dei contratti pubblici) di cui è enfatizzata la ricerca

dell'efficienza, secondo canoni di uniformità che comprimono le dimensioni di differenziazione e di adattabilità ai contesti locali, connaturati alla natura di un servizio pubblico locale. È per questo aspetto che lo studio delle concessioni di distribuzione del gas offre elementi per riflessioni di carattere più generale.

La flessibilità e l'adattabilità dello strumento concessorio ai contesti locali diventano tanto più rilevanti alla luce degli indirizzi di politica energetica nazionale che prefigurano importanti sviluppi in direzione della decarbonizzazione e della conversione delle reti del gas secondo una modalità integrata con quelle elettriche, per favorire l'accumulo di lungo termine di energia rinnovabile<sup>30</sup>.

Sotto questo profilo non è difficile intercettare un'autentica tensione tra l'assetto delle regole a tutela della concorrenza e le nuove politiche ambientali europee, che rimettono in gioco uno spazio significativo di decisione e di intervento pubblico, al di là degli automatismi dei meccanismi di mercato. La stessa risposta che il sistema dei servizi pubblici dev'essere in grado di offrire alle questioni più impellenti legate a fattori di alto impatto come il cambiamento climatico, implica capacità di adattabilità e di resilienza, con significative ripercussioni sulla tenuta di strumenti progettati per essere sostanzialmente non modificabili entro una durata temporale piuttosto lunga (quali sono appunto le concessioni).

Secondo tale prospettiva anche la regolazione indipendente acquista una nuova centralità, nella misura in cui sia funzionale a sostenere un nuovo ruolo decisionale pubblico, in direzione non solo della dimensione dell'efficienza economica e della spinta ad un'uniformità delle condizioni di erogazione del servizio a livello nazionale, ma anche della sostenibilità sociale e ambientale.

In questo quadro l'auspicio sarebbe quello di una rivisitazione organica della disciplina, nonostante la situazione di stallo nell'affidamento delle concessioni del servizio di distribuzione del gas richieda risposte urgenti, che nell'immediato non potranno prescindere dalla collaborazione di tutti gli attori in gioco.

---

<sup>30</sup> Il riferimento è al Piano nazionale integrato per l'energia e il clima, del dicembre 2019, e alle prospettive di sviluppo ivi delineate per rispondere ai cambiamenti climatici e all'emergenza ambientale, in coerenza con le linee di sviluppo europee del *Green New Deal*.