

DELIBERAZIONE 25 OTTOBRE 2022
528/2022/R/GAS

CRITERI PER LA FORMULAZIONE DELLE OSSERVAZIONI AI BANDI DI GARA PER L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NATURALE NELLE LOCALITÀ INDIVIDUATE DALL’ARTICOLO 114-TER DEL DECRETO-LEGGE 19 MAGGIO 2020, N. 34

L’AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETE E AMBIENTE

Nella 1224^a riunione del 25 ottobre 2022

VISTI:

- la direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale;
- il regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018 sulla governance dell’Unione dell’energia e dell’azione per il clima che modifica le direttive (CE) n. 663/2009 e (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e (UE) 2015/652 e che abroga il regolamento (UE) n. 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio (di seguito: Regolamento (UE) 2018/1999);
- la legge 3 dicembre 1971, n. 1102;
- la legge 14 novembre 1995, n. 481 (di seguito legge 481/95);
- il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 (di seguito decreto legislativo 164/00);
- la legge 27 ottobre 2003, n. 290;
- la legge 23 agosto 2004, n. 239;
- la legge 23 luglio 2009, n. 99;
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93;
- il decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato con la legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77 (di seguito: decreto-legge 34/20);
- il decreto del Presidente della Repubblica 26 agosto 1993, n. 412 (di seguito: DPR 412/93);
- il decreto del Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro per i Rapporti con le Regioni e la Coesione Territoriale, 12 novembre 2011, n. 226 (di seguito: decreto 226/11)
- la deliberazione del Comitato interministeriale per la programmazione economica 28 gennaio 2015, n. 5/2015;

- la deliberazione dell’Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 28 dicembre 2000, n. 237/00 (di seguito: deliberazione 237/00);
- la deliberazione dell’Autorità 6 novembre 2008, ARG/gas 159/08 e il relativo Allegato A, recante la Parte II del Testo Unico delle disposizioni della regolazione della qualità e delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2009-2012 (TUDG 2009-2012) (di seguito: deliberazione ARG/gas 159/08);
- la deliberazione dell’Autorità 12 dicembre 2013, 573/2013/R/GAS (di seguito: deliberazione 573/2013/R/GAS);
- la deliberazione dell’Autorità 1 dicembre 2016, 704/2016/R/GAS (di seguito: deliberazione 704/2016/R/GAS);
- la deliberazione dell’Autorità 27 dicembre 2017, 905/2017/R/GAS (di seguito: deliberazione 905/2017/R/GAS);
- la deliberazione dell’Autorità 27 dicembre 2019, 570/2019/R/GAS (di seguito: deliberazione 570/2019/R/GAS);
- la Parte II del Testo Unico delle disposizioni della regolazione della qualità e delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2020-2025 (TUDG), recante “Regolazione delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2020-2025”, approvata con la deliberazione 570/2019/R/GAS, come successivamente modificata e integrata (di seguito: RTDG 2020-2025);
- la segnalazione dell’Autorità a Parlamento e Governo del 27 ottobre 2020, 406/2020/I/GAS, in merito all’articolo 114-ter del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito nella legge 17 luglio 2020, n. 77, recante “Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19” (di seguito: segnalazione 406/2020/I/GAS);
- la deliberazione 3 novembre 2020, 435/2020/R/GAS (di seguito: deliberazione 435/2020/R/GAS);
- il documento per la consultazione dell’Autorità 19 luglio 2022, 337/2022/R/GAS (di seguito: documento per la consultazione 337/2022/R/GAS), per la formazione di provvedimenti nell’ambito del procedimento avviato con deliberazione 435/2020/R/GAS.

CONSIDERATO CHE:

- ai sensi dell’articolo 1 della legge 481/95, l’Autorità, nell’esercizio delle sue funzioni, persegue la finalità di garantire la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza e dell’efficienza nei servizi, nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull’intero territorio nazionale;
- a corollario di tali principi generali lo stesso articolo 1 prevede altresì che il sistema tariffario definito dall’Autorità debba armonizzare gli obiettivi

economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse;

- secondo quanto stabilito dall'articolo 2, comma 12, lettera e), della legge 481/95, l'Autorità stabilisce e aggiorna, in relazione all'andamento del mercato, la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse, tenendo separato dalla tariffa qualsiasi tributo od onere improprio;
- l'articolo 14 del decreto legislativo 164/00 contiene i principi relativi all'assetto giuridico dell'attività di distribuzione del gas naturale; in particolare: a) qualifica il servizio di distribuzione come attività di servizio pubblico; b) specifica che titolare del servizio di distribuzione è l'ente locale, inteso come comune, unione di comuni o comunità montana, che è tenuto ad affidarne la gestione esclusivamente mediante gara, rimanendo titolare delle “attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e controllo sull'attività di distribuzione”; c) prevede che i rapporti tra titolare e gestore del servizio siano regolati da un contratto di servizio formulato sulla base di un contratto tipo predisposto dall'Autorità ed approvato dal Ministro dello sviluppo economico (ora Ministro della transizione ecologica);
- il regime giuridico del servizio di distribuzione del gas naturale, in analogia a quanto previsto per le altre attività dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale che si esplicano mediante la gestione di *essential facilities*, e che sono qualificabili dalla legge alla stregua di servizi pubblici, è caratterizzato dalla presenza di due soggetti istituzionali distinti e investiti di funzioni orientate alla tutela di specifici e distinti interessi generali; in particolare:
 - a) l'Autorità di regolazione persegue la promozione della concorrenza e la tutela dei consumatori, ed è pertanto intestataria di funzioni di regolazione dell'erogazione del servizio nei confronti degli utenti; tale attività incide direttamente sui fondamentali economici dei rapporti commerciali nei quali si traduce l'espletamento del servizio, quali la definizione delle condizioni economiche, delle condizioni di accesso e di erogazione del servizio (quali gli standard qualitativi minimi);
 - b) l'Ente locale, titolare del servizio, persegue finalità di natura politica (“attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo”), legate a profili quali la sicurezza, l'universalità del servizio, lo sfruttamento di risorse di natura demaniale o l'uso del territorio; la tutela di tali interessi viene perseguita ponendo vincoli e obblighi in capo all'operatore economico, i quali costituiscono il contenuto tipico dell'atto di assenso (che generalmente assume la forma della concessione) col quale il titolare autorizza il gestore ad esercitare il servizio.

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- gli obiettivi dell’Unione dell’energia, come indicato nel Regolamento (UE) 2018/1999, coprono cinque dimensioni: la sicurezza energetica; il mercato interno dell’energia; l’efficienza energetica; il processo di decarbonizzazione; la ricerca, l’innovazione e la competitività; a livello nazionale, il Ministero dello Sviluppo Economico, il Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nell’ambito della Piano nazionale integrato per l’energia e il clima intendono dare attuazione a una visione di ampia trasformazione dell’economia, nella quale la decarbonizzazione, l’economia circolare, l’efficienza e l’uso razionale ed equo delle risorse naturali rappresentano insieme obiettivi e strumenti per una economia più rispettosa delle persone e dell’ambiente, condividendo l’approccio proposto dal citato Regolamento (UE) 2018/1999, che mira a una strategia organica e sinergica sulle cinque dimensione dell’energia;
- in particolare, l’obiettivo di combattere il cambiamento climatico da perseguire anche mediante politiche di decarbonizzazione dell’energia, sembra condurre il settore energetico verso nuovi assetti nei quali il ruolo del gas negli usi finali potrebbe variare rispetto a oggi. Il gas naturale rappresenta una fonte fondamentale per permettere la transizione energetica da fonti fossili più inquinanti (carbone, petrolio e derivati) a fonti più pulite, in particolare per Paesi come l’Italia caratterizzati da una penetrazione molto spinta di questa fonte energetica negli usi finali; tuttavia, in particolare su orizzonti temporali molto lunghi alcune componenti della domanda aggregata di gas naturale potrebbero essere destinate a una progressiva sostituzione negli usi finali a favore di altre fonti energetiche – tra cui i c.d. green gas - che consentano il pieno perseguimento degli obiettivi di decarbonizzazione; secondo quanto riportato nello studio *“Future role of gas from a regulatory perspective”* del Consiglio dei regolatori europei dell’energia (CEER) la prospettiva di lungo periodo di contrazione degli usi finali del gas potrebbe comportare una riduzione dell’utilizzo delle infrastrutture di distribuzione del gas naturale, con il rischio di avere dei c.d. *“stranded asset”*, ossia infrastrutture finanziate dal sistema che saranno sfruttate per un tempo non sufficiente a ripagarne l’investimento.

CONSIDERATO CHE:

- ai sensi dell’articolo 23, comma 4, del decreto legislativo 164/00, le tariffe di distribuzione del gas naturale devono perseguire non solo l’obiettivo di non penalizzare le aree in corso di metanizzazione e quelle con costi unitari elevate, ma anche quello di *“innalzare l’efficienza di utilizzo dell’energia e a promuovere l’uso delle fonti rinnovabili”* (in coerenza con le finalità, di cui all’articolo 1 della legge 481/95, di promozione dell’efficienza nei servizi, da svolgere *“in condizioni di economicità”* sulla base di un sistema tariffario che armonizzi gli obiettivi

economico-finanziari degli esercenti con gli obiettivi generali di uso efficiente delle risorse);

- in tale prospettiva, l’Autorità, sin dal primo periodo di regolazione tariffaria, non ha inteso il dettato normativo del richiamato articolo 23 del decreto legislativo 164/00 come una missione al perseguimento della metanizzazione del Paese a ogni costo, ma ha temperato l’esigenza di favorire la metanizzazione del Paese con gli obiettivi di efficienza allocativa, previsti dalla legge 481/95; infatti, come chiarito sin dalla relazione tecnica alla deliberazione 237/00, *“il servizio gas, diversamente da quello elettrico, non riveste caratteristiche di servizio insostituibile, in quanto si rivolge a necessità e tipi di utilizzo che possono essere soddisfatti per mezzo di altre fonti energetiche, anche con impatto ambientale comparabile”* (cfr. par. 5 della relazione tecnica alla deliberazione 237/00);
- il suddetto approccio si radica nel differente assetto legislativo (nazionale e comunitario) che caratterizza i due settori (elettrico e gas), atteso che, diversamente dal settore elettrico, in cui il servizio (anche a livello comunitario) è sottoposto a un obbligo di universalità (cfr. direttiva 2009/73/CE), cui è connesso il principio della tariffa unica nazionale (articolo 3 della legge 481/95), non così invece per il settore del gas naturale in cui, in assenza di analoghe disposizione legislative (a livello comunitario o nazionale) *“l’universalità del servizio”* è stata da sempre declinata dall’Autorità come disponibilità del servizio medesimo *“a condizioni di costo che riflettono condizioni economiche trasparenti, mentre non appare giustificata la diffusione generalizzata del servizio, che comporterebbe aggravii nel costo del soddisfacimento dei bisogni energetici del Paese”*;
- in secondo luogo, pertanto, e in coerenza con la lettera del medesimo articolo 23, comma 4, del decreto legislativo n. 164/00, l’Autorità, nel temperare l’esigenza di evitare penalizzazioni nelle nuove metanizzazioni con il principio di efficienza ed economicità del servizio ha la *facoltà*, e non l’obbligo, di introdurre appositi strumenti di perequazione *“anche transitori”*, i quali non possono essere intesi come equalizzazione delle tariffe, ma solo come strumenti volti a garantire una compensazione parziale di maggiori costi, giustificati comunque in termini di analisi costi-benefici;
- rispetto ai principi sopra enucleati, il sistema tariffario per il servizio di distribuzione del gas naturale definito dall’Autorità con la deliberazione ARG/gas 159/08 ha previsto di estendere gli ambiti tariffari, di applicazione della tariffa obbligatoria ai punti di riconsegna, da un perimetro limitato riferito nel caso generale al singolo impianto o alla singola concessione (quindi riferita al singolo comune per i Comuni di più grande dimensione e riferita a una pluralità di comuni contigui nel caso di comuni di minore dimensione) agli attuali ambiti sovraregionali; tale estensione degli ambiti tariffari, peraltro, risponde unicamente a finalità pro-competitive nei mercati della vendita al dettaglio, riducendo quindi la variabilità tariffaria del servizio di distribuzione del gas sul territorio nazionale (a beneficio delle società di vendita che sull’intero territorio nazionale operano);
- al fine di contenere e limitare le inefficienze e distorsioni, verificatesi successivamente all’adozione di ambiti tariffari sovra-regionali e dei meccanismi

perequativi in tal modo introdotti, e quindi con lo scopo di favorire uno sviluppo efficiente del servizio, l’Autorità, con la deliberazione 573/2013/R/GAS, ha avviato un procedimento finalizzato tra l’altro all’individuazione di un tetto al riconoscimento unitario dei costi di capitale per le località in avviamento;

- con la deliberazione 704/2016/R/GAS l’Autorità, ribadendo la necessità di applicare il principio generale secondo cui possano essere ammessi a riconoscimento tariffario solo i costi riferiti a investimenti supportati da adeguate analisi costi-benefici (efficienza allocativa) e che riflettano condizioni di efficienza produttiva, ha adottato una logica *output-based* per la fissazione del tetto agli investimenti, al fine di favorire uno sviluppo equilibrato del servizio nelle aree non ancora metanizzate;
- la citata deliberazione 704/2016/R/GAS è stata oggetto di contenzioso avanti al giudice amministrativo, promosso da società di distribuzione operanti sia in territori montani situati nella zona climatica F dell’articolo 2 dPR 412/93, sia in territori oggetto di programmi di metanizzazione del Mezzogiorno; il giudice amministrativo, tuttavia, ha riconosciuto la legittimità dell’impostazione adottata dall’Autorità; tra l’altro, il Consiglio di Stato Sez. VI, con sentenze 778/2020, 779/2020, 780/2020 ha evidenziato che “[l]a metanizzazione non è quindi un obiettivo sempre perseguibile ma va raccordato ad una valutazione in concreto dei costi da affrontare per ottenerla. Una tale opzione totalizzante non può essere neppure dedotta dalle disposizioni di cui agli artt. 1, comma 2, e 2, comma 12, lett. e), della legge n. 481 del 1994 e nell’art. 23, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 164 del 2000, atteso che da esse si deduce certamente un principio di favor in relazione alla adeguata diffusione delle reti di trasporto e distribuzione, senza tuttavia che tale preferenza debba andare a discapito del necessario controllo dei costi ad essa collegati”;
- la presenza dei tetti ai riconoscimenti tariffari per gli investimenti effettuati costituisce, quindi, un bilanciamento necessario (e quindi legittimo) dell’estensione degli ambiti di socializzazione dei costi, finalizzato a evitare distorsioni in termini di efficienza nelle decisioni di investimento delle imprese esercenti il servizio di distribuzione dovute al fatto che i distributori, in assenza di tali tetti, possono ribaltare i costi degli stessi investimenti anche sui clienti finali non appartenenti alle località servite, ma comunque compresi nel macro-ambito tariffario, così diluendone l’impatto, e senza curarsi della sostenibilità dell’investimento, ossia senza verificare che i benefici attesi superino i costi;
- nella deliberazione 570/2019/R/GAS l’Autorità ha ribadito che il rispetto del criterio di efficienza (di cui all’articolo 1 della legge 481/95) è un principio generale dell’ordinamento tariffario e risulta incompatibile con esso il riconoscimento di investimenti che non risultino economici e che, in un contesto in cui le imprese distributrici operano in ambiti tariffari che trascendono il perimetro dell’impianto gestito, il tetto individuato rappresenti una soglia al di là della quale si ritiene che non sia rispettato tale principio di efficienza;
- di conseguenza, con la medesima deliberazione 570/2019/R/GAS, l’Autorità ha ritenuto opportuno confermare, anche per il quinto periodo di regolazione,

l'adozione di tetti ai riconoscimenti tariffari nella misura fissata con la deliberazione 704/2016/R/GAS, prevedendone l'applicazione a tutte le località con anno di prima fornitura successivo al 2017, indipendentemente dall'anno di affidamento della concessione;

- la medesima deliberazione 570/2019/R/GAS, inoltre, al punto 5., lettera c) prevede l'avvio di un procedimento per la riforma del sistema tariffario da applicare nel secondo semi-periodo del quinto periodo regolatorio (2023-2025) con una possibile revisione degli ambiti tariffari, da condurre con l'obiettivo di favorire uno sviluppo del servizio improntato a criteri di economicità, al fine di evitare aggravii nel costo del soddisfacimento dei fabbisogni energetici del Paese che saranno già toccati dalle politiche di decarbonizzazione e al fine responsabilizzare maggiormente enti locali e imprese nell'estensione e nello sviluppo del servizio, evitando di incentivare comportamenti, i cui costi sarebbero coperti da altre imprese e/o dalla collettività degli utenti, consentendo altresì maggiore flessibilità nelle scelte locali connesse alle politiche di decarbonizzazione;
- in relazione all'avvio di procedimento richiamato al punto precedente, nella motivazione della deliberazione 570/2019/R/GAS, l'Autorità ha rappresentato che, nell'ambito di tale procedimento, sarà approfondito l'orientamento di definire ambiti tariffari in coerenza con quelli previsti per l'affidamento del servizio, consentendo però agli enti locali concedenti di concordare aggregazioni anche solo ai fini tariffari di ambiti tariffari appartenenti alla stessa regione, prevedendo opportune forme transitorie di compensazione per i clienti finali di durata triennale per le aree di nuova metanizzazione con costi unitari elevati.

CONSIDERATO, ALTRESÌ, CHE:

- l'articolo 7, comma 2, lettera f), dell'Allegato B alla deliberazione 905/2017/R/GAS prevede che, ai fini della formulazione di eventuali osservazioni sui bandi di gara trasmessi dalle stazioni appaltanti all'Autorità in attuazione delle disposizioni dell'articolo 9, comma 2, del decreto 226/11, l'Autorità effettui verifiche sulla documentazione trasmessa che hanno per oggetto l'analisi della coerenza delle analisi costi-benefici e la congruità delle condizioni minime di sviluppo individuate nelle linee guida predisposte dalla stazione appaltante;
- come indicato nel paragrafo 2.2 del documento per la consultazione 15 ottobre 2019, 410/2019/R/GAS l'Autorità ritiene di fondamentale importanza che lo sviluppo infrastrutturale, in particolare nelle aree di nuova metanizzazione, sia subordinato allo svolgimento di adeguate analisi costi-benefici ovvero al rispetto delle condizioni minime di sviluppo ritenute ragionevoli dall'Autorità nell'ambito delle valutazioni dei bandi di gara, come indicato, in particolare, nei chiarimenti pubblicati in data 7 agosto 2017; in tali chiarimenti, in particolare, è espressamente precisato che siano meritevoli di riconoscimento tariffario solo gli investimenti effettuati in condizioni di economicità e che, di conseguenza, le condizioni minime di sviluppo debbano individuare livelli compatibili con lo sviluppo economico del servizio;

- l'impostazione indicata al punto precedente è riflessa nelle deliberazioni con le quali l'Autorità ha formulato proprie osservazioni rispetto ai bandi di gara;
- in particolare, in occasione di tali deliberazioni, l'Autorità, oltre a formulare osservazioni rispetto alle condizioni minime di sviluppo individuate e alle analisi costi-benefici effettuate, ha avuto modo di precisare che in caso di estensioni di rete che eccedano il livello individuato nelle condizioni minime di sviluppo è previsto:
 - un onere a carico delle imprese, per la quota relativa a quanto le imprese si impegnano a offrire in sede di gara ai sensi di quanto previsto dall'articolo 13, comma 1, lettera c, del decreto 226/11; pertanto gli investimenti che le imprese aggiudicatarie effettuano in esito alle offerte, per la parte che eccede il livello corrispondente alle condizioni minime di sviluppo, non potrà concorrere alla determinazione del livello del capitale investito rilevante ai fini tariffari (riconoscimento di ammortamento e remunerazione del capitale investito);
 - un onere diretto a carico dei clienti finali che richiedano la connessione, per la parte di estensione della rete che eccede il livello delle condizioni minime di sviluppo e quello offerto in sede di gara dalle imprese.

CONSIDERATO, QUINDI, CHE:

- l'articolo 114-ter del decreto-legge 34/20 ha modificato l'articolo 23 del decreto legislativo 164/00 e ha in particolare introdotto un nuovo comma 4bis dal seguente tenore: *“Le estensioni e i potenziamenti di reti e di impianti esistenti nei comuni già metanizzati e le nuove costruzioni di reti e di impianti di comuni da metanizzare appartenenti alla zona climatica F prevista dall'articolo 2 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 agosto 1993, n. 412, e classificati come territori montani ai sensi della legge 3 dicembre 1971, n. 1102, nonché nei comuni che hanno presentato nei termini previsti la domanda di contributo relativamente al completamento del programma di metanizzazione del Mezzogiorno ai sensi della deliberazione del Comitato interministeriale per la programmazione economica n. 5/2015 del 28 gennaio 2015, nei limiti delle risorse già assegnate, si considerano efficienti e già valutati positivamente ai fini dell'analisi dei costi e dei benefici per i consumatori. Il Comitato interministeriale per la programmazione economica aggiorna conseguentemente i tempi per le attività istruttorie sulle domande di cui alle deliberazioni adottate in materia. A tal fine l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente ammette a integrale riconoscimento tariffario i relativi investimenti”*;
- la predetta disposizione tenta di superare a livello legislativo le pronunce giurisprudenziali sopra richiamate, formatesi sulla deliberazione 704/2016/R/GAS nella parte in cui l'Autorità ha deciso di introdurre il tetto agli investimenti (come visto, inoltre, le predette pronunce sono state rese su ricorsi proposti da imprese che operano proprio nelle aree geografiche previste dalla nuova disposizione legislativa);

- l'articolo 114-*ter* del decreto-legge 34/20, infatti, pone in capo all'Autorità un obbligo di riconoscere un'integrale copertura tariffaria degli investimenti relativi al potenziamento o alla nuova costruzione di reti e impianti nelle località ivi individuate, indipendentemente dall'ammontare di tali investimenti: al riguardo, infatti, la medesima legge introduce una presunzione assoluta che sancisce, come se fosse stata effettivamente verificata in termini positivi, l'efficienza e la convenienza economica per i consumatori (in termini di costi-benefici) di ogni tipo di investimento che sia compiuto nelle predette località;
- in tal modo, la richiamata disposizione legislativa deroga alla regola generale, prevista per gli sviluppi infrastrutturali delle reti di distribuzione del gas naturale, regola che, come visto, richiede appunto lo svolgimento di analisi costi-benefici; conseguentemente, e in altre parole, il citato articolo 114-*ter*, ha effetto anche:
 - sulla disciplina dell'Autorità in materia di ambiti tariffari, vietando a quest'ultima di applicare il c.d. tetto agli investimenti ai fini dei riconoscimenti tariffari relativi alle località considerate;
 - sulla disciplina dei criteri di valutazione dei bandi di gara, che l'Autorità è tenuta a compiere, vietando a quest'ultima di subordinare il riconoscimento tariffario degli investimenti agli esiti dell'analisi costi-benefici;
- anzi, come già detto, la norma di legge in esame impone all'Autorità di assicurare il pieno riconoscimento degli investimenti che gli operatori intendano compiere, *qualunque ne sia l'ammontare*;
- con la segnalazione 406/2020/I/GAS, che deve intendersi qui interamente richiamata, l'Autorità ha subito manifestato forti preoccupazioni in ordine ai potenziali rilevanti effetti distorsivi della predetta disposizione, in primo luogo in termini di aumento ingiustificato dei costi del servizio, che deriverebbero dall'attuazione di detta disposizione rispetto ai principi di efficienza, economicità e tutela dei clienti finali, alla base della legge istitutiva dell'Autorità (legge 481/95) e dell'assetto regolatorio definito dalla medesima Autorità, con concreti rischi di discriminazioni tra gli operatori e, in ultima analisi, di maggiori e ingiustificati costi a carico dei clienti finali del settore del gas naturale;
- con la deliberazione 435/2020/R/GAS, invece, l'Autorità ha avviato un procedimento per l'adozione di uno o più provvedimenti che, considerando le disposizioni dell'articolo 114-*ter* del decreto-legge 34/20, abbiano a oggetto:
 - a) i criteri individuati dall'Autorità per la formulazione delle osservazioni ai bandi di gara trasmessi dalle stazioni appaltanti ai sensi delle disposizioni di cui all'articolo 9, comma 2, del decreto 226/11;
 - b) la revisione degli ambiti tariffari riferiti alla tariffa obbligatoria applicata nei punti di riconsegna, nel quale valutare tempi e modi per la riduzione degli ambiti di socializzazione (anche al fine di eventualmente mitigare e bilanciare gli effetti del citato articolo 114-*ter*).
- con particolare riferimento alla revisione degli ambiti tariffari di cui alla precedente lettera b), la medesima deliberazione 435/2020/R/GAS ha altresì ricompreso nel procedimento così avviato, il procedimento in precedenza avviato con la deliberazione 570/2019/R/GAS (punto 5, lettera c); l'Autorità ha altresì

chiarito che un tale procedimento deve essere condotto con l'obiettivo di favorire uno sviluppo del servizio improntato a criteri di economicità, al fine di evitare aggravamenti nel costo del soddisfacimento dei fabbisogni energetici del Paese che saranno già toccati dalle politiche di decarbonizzazione, e al fine di responsabilizzare maggiormente enti locali e imprese nello sviluppo del servizio, evitando di incentivare comportamenti, i cui costi sarebbero coperti da altre imprese e/o dalla collettività degli utenti.

CONSIDERATO, ANCORA, CHE:

- col documento per la consultazione 337/2022/R/GAS, l'Autorità ha esposto i suoi orientamenti in materia di individuazione dei criteri per la formulazione delle osservazioni ai bandi di gara trasmessi dalle stazioni appaltanti ai sensi delle disposizioni dell'articolo 9, comma 2, del decreto 226/11, rinviando a un successivo documento, la consultazione sugli orientamenti in tema di revisione degli ambiti tariffari riferiti (ritenendo che tale secondo tema richieda maggiori approfondimenti e un bilanciamento più complesso tra le diverse e conflittuali esigenze coinvolte);
- in particolare, nel predetto documento per la consultazione 337/2022/R/GAS, l'Autorità, richiamando anche le considerazioni svolte nella segnalazione 406/2020/I/GAS, ha ribadito gli effetti distorsivi prodotti dall'articolo 114-ter del decreto-legge 34/20, mettendo in rilievo il grave squilibrio che essa determina nella regolazione tariffaria, con un conseguente incremento delle tariffe e dei connessi oneri posti in capo ai clienti finali, chiamati a sostenere il costo di infrastrutture sviluppate nonostante possano di fatto comportare costi (per punto servito) ben al di sopra dei limiti previsti e potenzialmente ben superiori ai benefici attesi, e dunque inefficienti (e ciò a dispetto di quanto affermato dalla legge che, come visto, si limita a introdurre una presunzione assoluta di efficienza in termini di analisi costi-benefici, senza che tale analisi sia mai stata effettivamente compiuta);
- inoltre, nel medesimo documento per la consultazione 337/2022/R/GAS l'Autorità ha pure evidenziato che l'attuale disciplina degli ambiti tariffari comporta che un tale costo, potenzialmente inefficiente, verrebbe posto a carico anche di clienti finali che, pur ubicati all'interno del medesimo ambito, tuttavia, si trovano in località che non sono interessate dall'investimento realizzato, venendosi quindi a generare oneri impropri per tali clienti che sarebbero così costretti a sostenere il costo d'un investimento inefficiente effettuato in altre località;
- infine, le suddette criticità risultano enfatizzate e acute nell'attuale momento storico, connesso con la crisi dei prezzi del gas naturale e il conflitto russo-ucraino, alla luce del quale la disposizione di cui all'articolo 114-ter diviene ancor più irragionevole; infatti, da un lato, essa incentiva la realizzazione di nuove metanizzazioni e sviluppi di rete, slegati da ogni reale valutazione in termini di costi-benefici, a fronte di uno scenario internazionale in cui il gas naturale diviene una risorsa potenzialmente scarsa, e, dall'altro lato, determina un incremento

tariffario (visto che impone all’Autorità di riconoscere il costo di ogni investimento qualunque esso sia) che andrà a stressare ulteriormente la dinamica rialzista dei prezzi che sta determinando una situazione di sofferenza per i consumatori finali;

- conseguentemente, nel documento per la consultazione 337/2020/R/GAS, l’Autorità ha manifestato il proprio orientamento circa la necessità di adeguate analisi costi-benefici per garantire uno sviluppo efficiente del servizio a tutela dei consumatori; necessità che risulta imprescindibile nell’attuale contesto di crisi energetica connesso anche al conflitto russo-ucraino;
- in tale prospettiva, a fronte di una tale disposizione di legge, che “simula” gli esiti di un procedimento amministrativo che dovrebbe essere invece svolto dall’Autorità, e ne definisce autoritativamente gli esiti, senza tuttavia che si siano svolte le necessarie attività istruttorie e specificamente la suddetta analisi costi-benefici, sui singoli investimenti in questione, l’Autorità, in estrema sintesi, almeno nelle more del procedimento di revisione degli ambiti tariffari, ha espresso il proprio orientamento a disapplicare l’articolo 114-ter: infatti, con tale disposizione il legislatore nazionale si è sostituito all’Autorità, comprimendone, in modo inedito (e indebito) le prerogative e le competenze proprie dell’Autorità, le quali, sebbene siano previste dal legislatore nazionale (in particolare dalla legge 481/95 e dall’articolo 23 del decreto legislativo 164/00), tuttavia, trovano il loro fondamento nel diritto dell’Unione europea, in particolare negli articoli 39 e 41 della direttiva 2009/73/CE;
- queste ultime disposizioni comunitarie, infatti, impongono agli Stati membri di garantire *“l’indipendenza dell’autorità di regolamentazione [...] affinché essa eserciti i suoi poteri con imparzialità e trasparenza”* e possa *“prendere decisioni autonome, in maniera indipendente da qualsiasi organo politico”*, in una serie di materie ben precise tra cui anche quella di *“stabilire o approvare, in base a criteri trasparenti, tariffe di trasporto o di distribuzione o le relative metodologie di calcolo”*; da tali norme discende quindi un preciso vincolo negativo per gli Stati membri, ossia un divieto di frustrare l’esercizio delle suddette competenze, sostituendosi ad esempio nella stessa attività istruttoria, in termini di valutazioni dell’efficienza degli investimenti compiuti e dell’analisi costi-benefici relativa a essi, nonché nella stessa decisione sulle proposte tariffarie, come avvenuto con l’articolo 114-ter del decreto legge 34/20;
- poiché, come noto, i c.d. limiti negativi che discendono da previsioni di direttive comunitarie sono direttamente applicabili negli Stati membri, l’Autorità (che, in quanto pubblica amministrazione è pure tenuta, al pari del giudice nazionale, a disapplicare la legislazione nazionale contrastante col diritto dell’Unione direttamente applicabile) ha ritenuto doveroso disapplicare il citato articolo 114-ter; e ciò anche con riferimento ai criteri per la formulazione di osservazione ai bandi di gara;
- conseguentemente, l’Autorità ha espresso il proprio orientamento a confermare l’indispensabilità di un’analisi dei benefici per i consumatori rispetto ai costi da sostenere e rispetto anche ad eventuali soluzioni alternative all’utilizzo del gas

naturale negli usi finali, anche con riferimento ai bandi di gara relativi alle località contemplate dall'articolo 114-ter;

- in particolare, l'Autorità ha manifestato di voler prevedere, anche con riferimento alle località contemplate dal citato articolo 114-ter, che gli investimenti che le imprese aggiudicatrici effettuano in esito alle offerte, per la parte che eccede il livello corrispondente alle condizioni minime di sviluppo, e che non sia quindi supportata da un'adeguata analisi costi-benefici, non potranno concorrere alla determinazione del livello del capitale investito rilevante ai fini tariffari (riconoscimento di ammortamento e remunerazione del capitale investito).

CONSIDERATO CHE:

- rispetto al documento per la consultazione 337/2022/R/GAS, sono pervenute osservazioni da parte di alcuni Comuni, un Consorzio di comuni e una Provincia in qualità di stazione appaltante, ubicati in zone geografiche contemplate dall'articolo 114-ter del decreto-legge 34/20, tre imprese distributrici operanti anche in tali territori, tre associazioni rappresentative degli interessi di imprese distributrici, di multiutilities e di operatori nella produzione e vendita (*traders*);
- l'associazione rappresentativa degli interessi dei *traders* ha espresso piena condivisione sugli orientamenti in relazione ai criteri di valutazione dei bandi di gara, e sulla disapplicazione prospettata, *“considerando di fondamentale importanza che gli investimenti relativi al potenziamento o alla nuova costruzione di reti e impianti, effettuati dalle imprese distributrici, trovino in ogni caso fondamento e giustificazione in adeguate analisi costi-benefici, al fine di garantire uno sviluppo efficiente del servizio, e, in ultima analisi, a tutela dei consumatori finali, sui quali ricadono i relativi costi”*;
- una delle associazioni rappresentative degli interessi di imprese distributrici e *multiutilities* ha rimarcato la necessità di implementare uno strumento di analisi costi-benefici completo, univoco e di validità nazionale, esprimendo però preoccupazione per l'incertezza nell'espletamento delle gare gas, che sarà determinata dalla disapplicazione del richiamato articolo 114-ter (pur comprendendone le ragioni);
- i restanti soggetti intervenuti, invece, hanno formulato osservazioni critiche, che possono essere sintetizzate nei termini seguenti:
 - (a) è stato sostenuto che non vi sarebbero i presupposti per una disapplicazione, essendo le disposizioni invocate dall'Autorità, a tal fine, norme contenute in una direttiva, quindi non direttamente applicabili; piuttosto, la previsione di tetti agli investimenti sarebbe, a dire di alcuni soggetti, incompatibile col decreto legislativo 164/00, laddove prevede che le tariffe di distribuzione non devono penalizzare le aree in corso di metanizzazione e quelle con elevati costi unitari (articolo 23, comma 4);
 - (b) si sarebbe comunque formato, in capo ai distributori interessati, un legittimo affidamento sul pieno riconoscimento tariffario degli investimenti di cui parla l'articolo 114-ter, dato il lungo tempo trascorso dalla sua entrata in vigore e da

alcuni atti della stessa Autorità che avrebbero fatto salvo proprio quanto disposto da tale norma;

- (c) a quest'ultimo riguardo, inoltre, a ulteriore argomento del loro presunto legittimo affidamento, alcuni soggetti hanno invocato il fatto che l'Autorità, nel 2020 (dopo l'adozione dell'articolo 114-ter) e nel 2021, avrebbe formulato alcune osservazioni a bandi di gara, in cui avrebbe "fatto salvo" quanto disposto dall'articolo 114-ter, manifestando in tal modo l'intenzione di volerne dare piena esecuzione;
- (d) è stato affermato che l'intervento dell'Autorità determinerebbe incertezza sull'efficiente gestione delle stesse gare di affidamento, mettendo non solo in crisi i distributori, ma andando anche a detrimento dei clienti finali, che verrebbero pregiudicati e discriminati rispetto agli altri clienti che possono beneficiare della fornitura di gas naturale;
- (e) è stato altresì affermato che la disapplicazione della norma in questione inciderebbe sulle procedure di gara allorché le stazioni appaltanti, contrariamente all'Autorità, dovessero decidere di applicarla, ovvero abbiano già aggiudicato la gara d'ambito prevedendo piani di sviluppo che interessano anche le località di cui all'articolo 114-ter.

CONSIDERATO, INFINE, CHE:

- tutte le considerazioni critiche svolte dai soggetti intervenuti, e sopra sinteticamente richiamate, sono destituite di fondamento per le seguenti ragioni;
- in primo luogo, errate sono le affermazioni secondo cui non vi sarebbero i presupposti per compiere una disapplicazione – cfr. precedente lettera (a); come sopra chiarito, infatti, la disapplicazione avviene rispetto a un preciso limite negativo che discende dalle disposizioni della direttiva 2009/73/CE sopra richiamate (e, come noto, i limiti negativi derivanti dalle direttive comunitarie sono direttamente applicabili nel diritto nazionale); inoltre, che il tetto agli investimenti sia pienamente compatibile col decreto legislativo 164/00, ivi compreso col principio di non penalizzazione delle aree del Mezzogiorno e con elevati costi unitari, è stato chiaramente affermato dal Consiglio di Stato nelle citate sentenze nn. 778/2020, 770/2020 e 780/2020, alle quali pertanto ci si limita a rinviare;
- parimenti infondati sono gli argomenti sul legittimo affidamento, richiamati alla precedente lettera (b); da un lato, infatti, è noto che alcun affidamento può formarsi rispetto a una disposizione illegittima, la cui illegittimità è stata denunciata dall'Autorità in più atti amministrativi (sin dalla citata segnalazione 405/2020/I/GAS); dall'altro lato, inoltre, è lo stesso Consiglio di Stato che, con la recente sentenza 2924/2022, ha precisato che la "concreta applicazione [dell'articolo 114-ter] è comunque soggetta alla valutazione della potestà regolatoria dell'Autorità [...]" che non solo può stabilirne le modalità esecutive, ma anche, se del caso, "contestarne il portato giuridico nelle forme previste"; in coerenza con quest'ultima precisazione, pertanto, l'Autorità è chiamata dunque,

sussistendone i presupposti, a disapplicare la norma legislativa in esame, incompatibile coi limiti negativi discendenti dalla direttiva 2009/73/CE sopra richiamati;

- a quest'ultimo riguardo, sono anche privi di pregio gli argomenti – richiamati alla precedente lettera (c) – secondo cui un legittimo affidamento sarebbe stato ingenerato anche dalle stesse osservazioni dell'Autorità a bandi di gara in cui quest'ultima avrebbe “*fatto salvo*” quanto previsto dall'articolo 114-*ter* del decreto-legge 34/20; in realtà, con tali osservazioni, l'Autorità si è limitata a prendere atto della sopravvenuta disposizione legislativa, ma al contempo, nello stesso testo, ha dato anche informazione del procedimento avviato al riguardo con la deliberazione 435/2020/R/GAS; il richiamo a tale procedimento avrebbe dovuto costituire, per un operatore professionale del settore (quali sono i soggetti che hanno sollevato i predetti rilievi), proprio una indicazione in senso contrario a quella da essi indicata, nel senso che, sino all'esito del procedimento avviato con la deliberazione 435/2020/R/GAS, il sorgere di qualsiasi aspettativa o altro affidamento sarebbe stato impedito;
- come noto, infatti, l'avvio d'un procedimento per l'adozione di provvedimenti regolatori (qual è anche la deliberazione 435/2020/R/GAS) ha il solo fine di informare i soggetti interessati dell'intenzione dell'Autorità di adottare atti di sua competenza in una certa materia, atti che, però, saranno decisi solo alla fine del procedimento, col relativo provvedimento; inoltre, è anche noto a tutti che l'adozione d'una tale decisione è normalmente anticipata da un documento per la consultazione, in cui l'Autorità rappresenta i propri orientamenti (peraltro, non vincolanti);
- ora, al tempo in cui l'Autorità ha adottato le osservazioni ai bandi di gara, invocate dai soggetti intervenuti nel presente procedimento, quest'ultimo era stato solo avviato, e non erano stati neppure adottati documenti per la consultazione; anzi, negli unici documenti all'epoca pubblicati dall'Autorità (la segnalazione 405/2020/I/GAS e la stessa deliberazione d'avvio 435/2020/R/GAS), quest'ultima aveva manifestato solo valutazioni fortemente critiche verso l'articolo 114-*ter*, evidenziandone anche le criticità sotto il profilo del diritto comunitario;
- in tale contesto, pertanto, nessun operatore del settore, usando la dovuta diligenza, poteva ragionevolmente confidare nel fatto che l'Autorità non avrebbe valutato (come poi invece ha fatto) di disapplicare l'articolo 114-*ter*, ma avrebbe invece deciso in termini favorevoli ai propri interessi;
- quanto, poi, ai paventati effetti destabilizzanti della disapplicazione per distributori e clienti, richiamati alla precedente lettera (d), si tratta di mere petizioni di principio, in quanto, con riferimento agli investimenti dei distributori, si tratta di applicare, anche nelle località contemplate dall'articolo 114-*ter*, l'ordinaria regolazione tariffaria, che assicura una congrua remunerazione del capitale investito, sebbene in coerenza col fondamentale principio di efficienza che, nel settore del gas (in cui il gas non costituisce un servizio insostituibile come l'energia elettrica), risulta incompatibile con il riconoscimento di investimenti che non risultino economici;

- come detto sopra, è sempre il giudice amministrativo, infatti, ad aver chiarito che la metanizzazione non è “*un obiettivo sempre perseguibile ma va accordato a una valutazione in concreto dei costi da affrontare per ottenerla*”: i clienti finali che possono accedere a forme alternative al gas naturale, ma più economiche, non risultano affatto discriminati rispetto a coloro che accedono alla fornitura di gas; è piuttosto vero il contrario: l’eventuale assenza di tetti agli investimenti rischia di scaricare su altri cittadini il costo d’un investimento che andrebbe a beneficio di altri e diversi clienti;
- le ragioni sopra esposte valgono anche in relazione alle osservazioni relative all’elaborazione dei bandi di gara da parte delle stazioni appaltante che ritenessero di non disapplicare la norma in questione – cfr. la precedente lettera (e); al riguardo, si deve anche rilevare che, da un lato, la regolazione delle condizioni per i riconoscimenti tariffari spetta unicamente all’Autorità, e non agli enti locali, ed è evidentemente alla luce di tale regolazione che l’Autorità formula le proprie osservazioni alle previsioni dei bandi di gara che interferiscono con tale aspetto; da un altro lato, come già chiarito in altre occasioni dall’Autorità, l’assetto delle funzioni di regolazione tariffaria a essa assegnate (sia dalla legge 481/95, sia dal decreto legislativo 164/00) non può incontrare un limite nello specifico contenuto degli affidamenti in essere, essendo al contrario l’affidamento che, al più, deve adeguarsi al contenuto della regolazione (eventualmente aggiornandosi e ponendosi in linea con la regolazione), tecnico ed economica, del servizio di distribuzione che la legge assegna esclusivamente all’Autorità;
- infine, appare evidente che la disapplicazione dell’articolo 114-ter non può che comportare l’applicazione di tutti gli istituti regolatori su cui essa interferisce, con la conseguenza che, sebbene il profilo di maggiore evidenza in cui si realizza tale interferenza (illegittima) sia quello delle valutazioni dei bandi di gara (oggetto principale del documento per la consultazione 337/2022/R/GAS), essa evidentemente incide anche sull’applicazione dell’istituto tariffario del tetto agli investimenti.

RITENUTO CHE:

- sia necessario concludere il procedimento avviato con la deliberazione 435/2020/R/GAS, con riferimento ai criteri di valutazione dei bandi delle gare gas;
- sia in particolare necessario anche disapplicare a tal fine l’articolo 114-ter del decreto-legge 34/2020, in quanto incompatibile, nei termini sopra precisati, coi limiti negativi derivanti dagli articoli 39 e 41 della direttiva 2009/73/CE;
- sia conseguente opportuno prevedere, anche con riferimento alle località contemplate dal citato articolo 114-ter, che gli investimenti che le imprese aggiudicatrici effettuano in esito alle offerte, per la parte che eccede il livello corrispondente alle condizioni minime di sviluppo, e che non sia quindi supportato da un’adeguata analisi costi-benefici, non potranno concorrere alla determinazione del livello del capitale investito rilevante ai fini tariffari (riconoscimento di ammortamento e remunerazione del capitale investito)

DELIBERA

1. di integrare l'articolo 7 dell'Allegato B alla deliberazione 27 dicembre 2017, 905/2017/R/GAS, prevedendo che, dopo il comma 7.2, siano inseriti i seguenti commi:
 - “7.3 Il presente articolo trova sempre applicazione, anche con riferimento alle località contemplate dall'articolo 114-ter del decreto-legge 34/2020.
 - 7.4 Gli investimenti che le imprese aggiudicatrici effettuano in esito alle offerte, per la parte che eccede il livello corrispondente alle condizioni minime di sviluppo, in assenza di un'adeguata analisi costi-benefici, non concorrono alla determinazione del livello del capitale investito rilevante ai fini tariffari.”
2. di pubblicare il presente provvedimento, ed il testo della deliberazione 905/2017/R/GAS come risultante dalle modifiche di cui al presente provvedimento, sul sito internet dell'Autorità www.arera.it.

25 ottobre 2022

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini