

ROMA, 12 giugno 2019  Gas

L'INTERVENTO

Distribuzione gas: la Cassazione chiude la vertenza Vir/Rab, ma quale futuro per le gare?

Dall'adozione della delibera Arera all'origine del contenzioso il quadro è cambiato significativamente: il problema ora non è determinare le regole da applicare ma fare le gare. E la soluzione all'impasse va trovata a livello nazionale

 di Avv. Francesco M. Salerno* e Avv. Giacomo Zennaro**

Con la sentenza pubblicata il 24 maggio 2019, la Suprema Corte ha definitivamente chiuso la vicenda contenziosa iniziata cinque anni or sono in relazione ad uno dei nodi più spinosi della regolazione prodromica allo svolgimento delle gare per il servizio di distribuzione del gas.

Nel 2014 l'Arera, adottava la delibera n. 367/2014/R/Gas destinata a disciplinare il regime tariffario del servizio nel primo periodo regolatorio successivo all'affidamento delle gara Atem affrontando in maniera innovativa il tema del trattamento tariffario del differenziale tra il valore di rimborso dovuto al gestore uscente alla chiusura anticipata delle vecchie concessioni (Vir) e il valore dei cespiti riconosciuti ai fini tariffari (regulatory asset base – Rab).

In particolare, esercitando il proprio potere di regolazione asimmetrica, l'Autorità stabiliva che l'ammortamento tariffario del differenziale Vir/Rab sarebbe spettato solo a un genuino nuovo entrante, escludendone quindi il riconoscimento tariffario per gli incumbent riconfermatasi nei rispettivi ambiti (o meglio differendolo alla scadenza dei primi affidamenti, quando la Rab sarà assestata sui valori del Vir). Ad avviso del regolatore, infatti, il riconoscimento tariffario del differenziale Vir/Rab anche al gestore uscente, che non deve sostenere finanziariamente il costo del Vir a rimborso, avrebbe provocato effetti distorsivi della concorrenza.

La decisione di Arera è stata duramente osteggiata da numerosi incumbent, perlopiù a capitale pubblico, che si sono rivolti al Giudice Amministrativo contestando la legittimità di tale regolazione asimmetrica e difesa da Assogas, l'associazione che raccoglie i distributori di medie e piccole dimensioni. Con sentenza del 2015 (RG 3157/2014), il Tar Lombardia rigettava il ricorso, riconoscendo la legittimità delle scelte del regolatore in quanto preordinate a massimizzare il dispiegarsi del libero gioco della concorrenza.

Nel 2016 le ricorrenti in primo grado presentavano appello al Consiglio di Stato che, con pronuncia del 2017 (n. 4198/2017), lo respingeva; secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, le censure sollevate trasmodavano nel sindacato di merito dell'azione amministrativa, nel caso di specie improntato a criteri di ragionevolezza tecnica. Alcuni degli appellanti si rivolgevano, quindi, alla Suprema Corte lamentando

che con la sentenza summenzionata il Consiglio di Stato avrebbe di fatto operato un vero e proprio diniego di giurisdizione.

Con la sentenza sopra ricordata, la Cassazione aderendo agli insegnamenti giurisprudenziali invocati da Assogas e Arera ha dichiarato inammissibile il ricorso.

Tuttavia, è innegabile che, dall'adozione della delibera all'origine della fattispecie contenziosa, il quadro complessivo è mutato significativamente e il problema principale non è tanto quello di determinare quali siano le regole da applicare in sede di gara, ma piuttosto effettuare le gare stesse.

Come constatava l'Agcm nella segnalazione dell'11 marzo 2016, infatti, "a fronte di un originario quadro normativo che aveva previsto un ampio termine per la predisposizione delle gare, poi peraltro ripetutamente prorogato, le stazioni appaltanti si sono comunque mostrate inottemperanti". Nella stessa segnalazione l'Agcm auspica addirittura l'abrogazione della norma che prevede la corresponsione del Vir, dato che, sempre secondo l'Agcm, la mancata effettuazione delle gare d'ambito e le conseguenti proroghe per una durata ormai superiore a quindici anni ha fatto venir meno lo stesso presupposto - l'interruzione anticipata della concessione - della misura transitoria di riconoscimento al gestore uscente del premio consistente in un Vir superiore alla Rab.

In disparte dalla questione sull'applicabilità o meno del Vir, la vicenda conclusasi con la recente sentenza si presta ad una serie di rilievi nell'ottica più generale della regolazione per il mercato, che è l'obiettivo sotteso alle norme emanate a suo tempo dall'Arera e oggi confermate dai giudici della Suprema Corte.

1) La regolazione promana da autorità indipendenti, ma è pur sempre soggetta alla legge del Parlamento. Il circuito di legittimità della regolazione che promana dalle autorità indipendenti si alimenta della dialettica con il giudice. Ma la regolazione e il regolatore non sono *legibus solutis*. Le proroghe delle concessioni vigenti sono state in buona parte il frutto di norme legislative. Di conseguenza, l'attuale situazione di stallo sembrerebbe trovare la sua origine in una precisa volontà del Legislatore nazionale.

2) L'esercizio del potere legislativo nazionale è inserito in un quadro più ampio, in cui dialoga con le istituzioni europee. Il Legislatore nazionale non è una monade e il potere legislativo del Parlamento non si esercita in splendido isolamento. Le norme sulle gare si inseriscono in un quadro normativo di derivazione euro-unitaria. Spesso è stata la Commissione europea a intervenire nel caso di gare non espletate e di gare espletate secondo regole ritenute non idonee a dispiegare un corretto confronto competitivo. Basta ricordare le procedure d'infrazione connesse con le gare per le concessioni idro-elettriche, in cui la Commissione si è soffermata sul non dissimile problema della compensazione al concessionario uscente.

3) Nei nuovi assetti tra istituzioni europee e Stati membri, la questione delle gare per i servizi di distribuzione del gas va definita al livello nazionale. Siamo stati abituati a una dialettica tra Commissione e Italia in cui alla riluttanza di quest'ultima ad aprire i mercati sopperiva il pungolo della prima. Tuttavia, questo ruolo dell'Europa come vincolo esterno ai percorsi di liberalizzazione in Italia forse è avviato al tramonto. La percezione della concorrenza come valore fondante dell'Ue, infatti, va

cambiando. In un'Europa che protegge, secondo la formula molto diffusa sotto la presidenza Juncker, si parla di riformare il diritto della concorrenza per proteggerci dal monopolio dei big tech. Francia e Germania, ritenute il motore dell'integrazione europea, hanno pubblicato un manifesto per la riforma del diritto della concorrenza, che vuole introdurre maggiore flessibilità per permettere il formarsi di campioni europei, in grado di competere per dimensioni (si dice) con le imprese extra-Ue che beneficiano, direttamente o indirettamente, del sostegno statale. In questo quadro, dunque, è improbabile che la Commissione intervenga come fattore risolutore dell'impasse che avvolge la distribuzione del gas. Spetta, dunque, al livello nazionale, trovare una risposta alla questione delle gare che non si celebrano.

La distribuzione del gas è un monopolio naturale. La temporaneità di tale monopolio fa sì che si possano costruire una serie di incentivi affinché il monopolista condivida con gli utenti le rendite di monopolio, ad es., effettuando investimenti che migliorano la qualità del servizio. Al contrario, le proroghe del monopolio, specie quelle di cui non si intravede la fine, forniscono incentivi nel senso esattamente opposto: trattenere al massimo le rendite ed erogare servizi di bassa qualità.

Se il coraggioso intervento di regolazione asimmetrica dell'Arera non è bastato da solo a dar corso ad una effettiva dinamica concorrenziale, l'auspicio è che la sentenza della Suprema Corte pubblicata pochi giorni fa possa dare l'impulso agli interventi normativi indispensabili per sbloccare le gare Atem. La rimozione delle incertezze residue del quadro normativo di riferimento certo non basta a stimolare l'indizione delle gare, ma quantomeno cessa di rappresentare la scusa per differimenti ormai ingiustificabili.

***Gianni, Origoni, Grippo Cappelli & Partners - Partner**

****Gianni, Origoni, Grippo Cappelli & Partners – Senior Associate**

TUTTI I DIRITTI RISERVATI. È VIETATA LA DIFFUSIONE E RIPRODUZIONE TOTALE O PARZIALE IN QUALUNQUE FORMATO.

Privacy policy (GDPR)
www.quotidianoenergia.it