

## **Deliberazione n. 50 Adunanza del 16 maggio 2012**

**Oggetto:** Affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio di Roma Capitale

Importo a base d'asta: 1.245.400.000 euro. Durata: 12 anni

**Stazione appaltante:** Roma Capitale

**Esponente:** Enel Rete Gas S.p.a.

**Riferimenti normativi:** art. 46 bis, commi 1 e 2, L. 222/2007 e ss.mm.; Decreti del Ministero dello sviluppo economico in data 19/01/2011 (G.U.R.I. n. 74 del 31/03/2011) e 18/10/2011 (G.U.R.I. n. 252 del 28/10/2011); art. 83, comma 4, D.Lgs 163/2006

### **Il Consiglio**

Vista la normativa sopra richiamata

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Contratti

### **Considerato in fatto**

Il 23/12/2011 è pervenuta a questa Autorità una segnalazione (ns. prot. n. 127344) della società Enel Rete Gas S.p.A. in merito alla gara in oggetto.

Secondo l'esponente, la gara in questione avrebbe dovuto avere ad oggetto la distribuzione del gas non per il solo territorio di Roma Capitale, ma per l'intero ambito territoriale minimo, ossia l'ambito "Roma I - Città ed impianto di Roma" comprendente il Comune di Roma, Frascati, Grottaferrata, Marino, Rocca di Papa, Ciampino e Fiumicino.

Con nota prot. 17822 del 23/02/2012 l'Autorità ha quindi chiesto informazioni e chiarimenti a Roma Capitale in merito a quanto segnalato dall'esponente, oltre a due ulteriori potenziali criticità emerse dall'esame degli atti di gara, ovvero:

- Le motivazioni tecniche e giuridiche che hanno indotto la Stazione appaltante a precisare nel punto A2) - Criteri di valutazione dell'offerta tecnica, economica e gestionale del disciplinare di gara che, per ribassi superiori al 50%, non prevedono l'attribuzione di un incremento di punteggio, determinando quindi di fatto un tetto massimo al ribasso proponibile dall'offerente;
- Le motivazioni relative all'assenza di sub-criteri per l'assegnazione dei punteggi inerenti l'offerta tecnica con particolare riguardo al criterio qualitativo B1 - completezza del progetto presentato ....- che comporta l'assegnazione di ben 35 punti e al criterio qualitativo B2 - Punteggio assegnato alla comparazione degli elementi di cui all'allegato G) ... - di ulteriori 15 punti, che complessivamente comportano l'assegnazione di 50 punti su 100.

La Stazione Appaltante (di seguito S.A.) ha risposto con la nota pervenuta il 19/03/2012, assunta al prot. n. 26582, precisando quanto segue.

Circa il rilievo segnalato dall'esponente, la S.A. ha precisato che il bando è stato pubblicato il **26/09/2011**, mentre il processo di definizione dei nuovi ambiti territoriali di gara ex art. 46 bis, comma 2, L. 29 novembre 2007 n.222 e ss.mm. <sup>1</sup>, non risultava ancora completato poiché il decreto recante la loro compiuta individuazione è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale soltanto il 28/10/2011 e non era neppure entrato in vigore il Regolamento contenente i nuovi criteri delle gare d'ambito pubblicato in G.U. solo in data 27/01/2012. L'Amministrazione cita inoltre quella Giurisprudenza del Consiglio di Stato (CdS, sez V, n. 2/2011 e CdS, sez V, n. 3890/2010) che ha ritenuto incompatibile con le norme comunitarie un "blocco" delle gare monocomunali nelle more della definizione dei nuovi ambiti territoriali minimi e dei nuovi criteri di gara di cui all'art. 46 bis, commi 1 e 2 della L. 222/2007 e ss.mm.ii.

La S.A. ha, inoltre, precisato che la concessione con Italgas (gestore dal 1991) è scaduta ex lege in data 31/12/2009 in virtù del combinato disposto dell'art. 15, comma 7, D.lgs. **23 maggio 2000 n. 64/2000** <sup>2</sup> e dell'art. 23 D.L. 273/2005, convertito nella L. 23 febbraio 2006 n. 51 <sup>3</sup> ed il processo per il nuovo affidamento è iniziato nel 2009, a seguito della Deliberazione di G.C. n. 412/2009. Il procedimento di preparazione degli atti di gara ha avuto per oggetto rilevanti e complesse attività preparatorie, compresa la stima, in contraddittorio con il gestore uscente, di tutti gli impianti realizzati da quest'ultimo nel corso della concessione. L'intesa su tale stima è stata raggiunta solo il **29/07/2011** dal Comitato paritetico per il servizio gas.

L'Amministrazione ha ricordato che l'esistenza obiettiva di tali difficoltà e la loro riconducibilità alla responsabilità del gestore uscente sono state accertate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con il provvedimento n. 23114 del 14/12/2011 con il quale detta Autorità ha sanzionato

Italgas per abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE e art. 14, L. 10 ottobre 1990 n. 287<sup>4</sup> (procedimento A432).

L'Amministrazione ricorda che, avverso il bando di gara in oggetto, Italgas ha proposto ricorso al Giudice Amministrativo e tale ricorso è stato dichiarato inammissibile in primo grado ed in appello (sentenza TAR Roma, Sez. II, n. 1799/2012, sentenza CdS, Sez. V, n. 1187/2012).

In merito al criterio A2 del bando di gara la S.A. ha spiegato di non ritenere centrale, ai fini della selezione del miglior distributore e a fronte di altri ben più decisivi criteri selettivi quello relativo allo sconto sul prezzario relativo agli allacciamenti. La scelta di limitare i ribassi ad una certa soglia rifletteva l'esigenza di calibrare le potenzialità selettive del criterio in parola in base ad una valutazione comparativa della sua rilevanza rispetto agli altri criteri. A supporto della scelta operata, la S.A. fa notare come il nuovo Regolamento sui criteri delle gare d'ambito (D.M. 226/2011), relativamente all'elemento in esame, ha contemplato analoga soluzione, consentendo alla SA di stabilire "un limite allo sconto (..al di sopra del quale non viene attribuito un punteggio addizionale)".

Circa i criteri B1 e B2 la S.A. ha precisato che è stato ritenuto "incomprimibile" un certo margine di discrezionalità tecnico-valutativa da parte della Commissione. Al contrario, prevedendo l'attribuzione di punteggi relativi a singoli specifici sotto-elementi, avrebbe corso il rischio di "parcellizzare" la valutazione dei progetti. In questo modo, invece, è stato possibile valorizzare la valutazione organica delle proposte dei concorrenti da parte della Commissione stessa, la quale avrebbe poi reso il più possibile trasparenti i suoi giudizi con apposite motivazioni. Specificamente al punto B2 ha inoltre precisato che l'attribuzione dei punteggi sarà effettuata dalla Commissione all'esito della valutazione comparativa dell'entità degli investimenti offerti dai concorrenti. Tale valutazione comparativa avverrà facendo ricorso ad "apposita valorizzazione economica degli stessi (investimenti) da effettuarsi con l'utilizzazione di parametri omogenei, costituiti dall'elenco prezzi [...] e da eventuali analisi di prezzo appositamente redatte per quelle lavorazioni che non trovino idoneo riscontro nel citato elenco prezzi", così come previsto alla Sez. VII del Disciplinare di gara.

### **Ritenuto in diritto**

Tenuto conto dei chiarimenti e della documentazione inviati da Roma Capitale, nonché di quanto trasmesso dall'esponente Enel Rete Gas S.p.a., sulla questione relativa alla gara in corso si rappresenta quanto segue.

In merito alla questione relativa alla possibilità per la S.A. di indire la gara per il servizio di distribuzione del gas anche in mancanza della definizione dei nuovi ambiti territoriali minimi, si ricorda che tali ambiti per lo svolgimento del servizio di distribuzione del gas sono stati introdotti dall'art. 46 bis, comma 2 del D.L. 159/2007 (in vigore dal 3/10/2007), convertito nella L. 222/2007. Al fine di incentivare l'aggregazione tra enti locali, il successivo comma 3, stabilisce che la gara per l'affidamento del servizio è bandita per ciascun bacino ottimale, entro 2 anni dall'individuazione dell'ambito, da stabilirsi entro 1 anno dalla pubblicazione del D.L. stesso.

I 177 ambiti territoriali per la distribuzione del gas (di seguito ATEG) sono stati successivamente determinati dal Decreto 19/01/2011<sup>5</sup> del Ministero dello Sviluppo economico che ha stabilito che gli enti locali di ciascun ambito affidano mediante gara unica i servizi di distribuzione del gas (ai sensi dell'art. 2, comma 1, D.M. citato) e che le gare per le quali non è stato pubblicato il bando o non è decorso il termine per la presentazione delle offerte, sono aggiudicate unicamente in base ai predetti ambiti territoriali (art. 3 comma 3).

L'art. 24, comma 4, del D.lgs. 1 giugno 2011 n. 93<sup>6</sup> (in vigore dal 29/06/2011) ha precisato che: "Gli enti locali che, per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale, alla data di entrata in vigore del presente decreto, in caso di procedura di gara aperta, abbiano pubblicato bandi di gara, o, in caso di procedura di gara ristretta, abbiano inviato anche le lettere di invito, includenti in entrambi i casi la definizione dei criteri di valutazione dell'offerta e del valore di rimborso al gestore uscente, e non siano pervenuti all'aggiudicazione dell'impresa vincitrice, possono procedere all'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale secondo le procedure applicabili alla data di indizione della relativa gara. Fatto salvo quanto previsto dal periodo precedente, a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione sono effettuate unicamente per ambiti territoriali di cui all'articolo 46-bis, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222."

Successivamente, con il D.M. 18/10/2011<sup>7</sup> sono stati individuati i comuni appartenenti a ciascun ambito territoriale. Nelle premesse dello stesso D.M. si legge "Visto il decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93, recate, fra l'altro, attuazione della direttiva 2009/73/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, ed in particolare l'art. 24, comma 4, che, superando le disposizioni dell'art. 3, comma 3, primo periodo del decreto interministeriale 19 gennaio 2011, prevede che dall'entrata in vigore del suddetto decreto legislativo le gare per l'affidamento del servizio di

distribuzione del gas naturale sono effettuate unicamente per ambiti territoriali, facendo salve le gare che all'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo sono pervenute, in caso di procedura aperta, alla pubblicazione del bando di gara, o, in caso di procedura di gara ristretta, anche all'invio della lettera di invito, purché in entrambi i casi riportino la definizione dei criteri di valutazione dell'offerta e del valore di rimborso al gestore uscente”<sup>8</sup>.

Pertanto, dopo il 29 giugno 2011, deve ritenersi che il legislatore abbia previsto che nuove gare possano essere indette solo a livello di ambito territoriale minimo, precludendo al singolo comune la possibilità di bandire una gara autonoma per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas. In tal senso si è pronunciato il giudice amministrativo con la sentenza del 29/03/2012, n. 555 Tar Brescia sez. II, aggiungendo “Ciò ancorché i decreti ministeriali, attuativi delle disposizioni normative relative alla costituzione degli ambiti, siano stati adottati, in parte, solo dopo la pubblicazione del bando. La norma, infatti, a prescindere dai tempi tecnici necessari per l'adozione della disciplina di dettaglio per l'attuazione delle scelte operate dalla legge in ordine al sistema di affidamento della gestione del servizio di distribuzione del gas, inequivocabilmente pone il divieto, nelle more, di procedere all'indizione di autonome gare da parte dei singoli comuni: in tale periodo, quindi, il servizio dovrà essere garantito dal gestore attuale”.

La giurisprudenza citata dalla Stazione Appaltante a supporto del proprio operato si riferisce a gare indette tra il 03/10/2007 (data di entrata in vigore del D.L. 159/2007) ed il 29/06/2011 (data di entrata in vigore del D.lgs. 93/2011). La questione sulla possibilità o meno da parte di singoli comuni di indire gare in assenza della definizione degli ambiti territoriali è stata, infatti, definitivamente superata con l'entrata in vigore del D.lgs. 93/2011, come illustrato nel paragrafo precedente.

Dal momento che il bando della gara in questione è stato pubblicato il 26/09/2011, si ritiene quindi che la S.A. avrebbe dovuto operare al fine di indire la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas per l'intero ambito territoriale piuttosto che per il solo Comune di Roma.

Stante quanto sopra si riconosce, comunque, che la volontà dell'Amministrazione circa l'affidamento in parola sia stata manifestata già nel 2009 ed il comportamento anticoncorrenziale dell'incumbent abbia dilatato i tempi relativi all'indizione della gara. La stessa Antitrust, con il provvedimento n. 23114 del 14/12/2011 ha deliberato “che la società Italgas S.p.A. ha posto in essere un abuso di posizione dominante contrario all'articolo 102 del TFUE, consistente nel ritardo e rifiuto di fornire informazioni necessarie ai fini della realizzazione di gare competitive per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nei Comuni di Roma [...]”, sanzionando, anche in termini economici, il comportamento scorretto di Italgas Spa.

Con riguardo ai potenziali ulteriori aspetti di criticità emersi dal bando, si prende atto di quanto chiarito in merito al punto A2 del bando. Infatti nell'allegato 3, punto “A2 Sconto sui corrispettivi di prestazioni di servizi all'utenza, punteggio massimo di ... Punti” del D.M. 226/2011 si legge “Qualora vi siano le condizioni indicate all'art.13, comma 4 del regolamento sui criteri di gara la stazione appaltante stabilisce un limite allo sconto (SLim) al di sopra del quale non viene attribuito un punteggio addizionale, in tal caso il punteggio  $P = P_{max}$  per  $S > SLim$ ”.

Il citato comma 4 dell'art. 13 recita “Qualora, per la condizione di cui alla lettera b<sup>9</sup> del comma 1, lo sconto totale sui corrispettivi di prestazione dei servizi o, per la condizione di cui alla lettera c<sup>10</sup> del comma 1, una lunghezza eccessiva dell'estensione di rete comporti un importo troppo grande da incidere significativamente sulla redditività economica finanziaria dell'impresa, a potenziale discapito della qualità del servizio e della sicurezza, o sia ritenuto tale da dar luogo a richieste di prestazioni inutili da parte dei clienti, la stazione appaltante stabilisce una soglia allo sconto o alla lunghezza dell'estensione di rete, al di sopra della quale il punteggio non aumenta”.

Circa la possibilità di stabilire un limite massimo allo sconto che gli operatori economici interessati possono offrire in sede di gara si riporta, inoltre, quanto previsto dalla Determinazione dell'Autorità n. 7 del 24 novembre 2011 che al punto 5.1.2. lascia, indirettamente, aperta tale possibilità. Infatti, dopo aver commentato le formule matematiche per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica nel caso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa previste nell'Allegato P del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, aggiunge che “l'eventuale adozione di formule diverse da quelle previste dal Regolamento, di tipo indipendente, devono seguire ad un'attenta analisi del mercato di riferimento, sulla base di quanto chiaramente affermato dalla giurisprudenza sopra citata; tali formule comportano infatti che la stazione appaltante debba effettuare una valutazione ex ante fissando aprioristicamente un parametro di riferimento per lo sconto massimo realizzabile in gara, restringendo di fatto il range di oscillazione degli eventuali sconti”.

Infine, per quanto riguarda i criteri B1 e B2 del bando in esame non si ritengono condivisibili le motivazioni fornite. Invero, per come disposto dal bando, pur volendo tralasciare i 15 punti assegnabili per la voce B2 che, secondo le precisazioni della S.A., sarebbero comunque attribuiti in modo oggettivo sulla base di parametri omogenei, si ritiene che venga lasciato alla Commissione di gara un margine di discrezionalità eccessivo, ovvero l'assegnazione fino a 35 punti per la

“completezza del progetto” (punto B1), in assenza di sub-criteri definiti preventivamente nel bando.

Sulla questione l’Autorità si è già più volte espressa (deliberazione n. 45 del 24 aprile 2011, parere di pre-contenzioso n. 136 del 22/07/2010, parere n. 93 del 20/03/2008 e n. 88 del 10/09/2009) sottolineando che sebbene rientri nella discrezionalità amministrativa l’individuazione dei criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, nel rispetto della proporzionalità e della ragionevolezza, i criteri di aggiudicazione non devono conferire all’amministrazione “una libertà incondizionata di scelta, devono essere espressamente menzionati nel capitolato d’oneri o nel bando di gara e devono rispettare i principi fondamentali di parità di trattamento e trasparenza” (sentenza 17 settembre 2002, causa C-13/99, Concordia Bus Finland, punto 64).

Con il parere n. 136/2010 l’Autorità ha affermato “che il comma 4 dell’art. 83 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 stabilisce che “il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi”. La suddetta locuzione “ove necessario” fa ritenere che l’inserimento di tali ulteriori elementi di valutazione dell’offerta con il relativo punteggio non sia di per sé indispensabile, ma diviene obbligatorio nel momento in cui la stazione appaltante fissa dei criteri di attribuzione del punteggio aleatori che lasciano spazio decisionale soggettivo alla Commissione giudicatrice”.

La discrezionalità lasciata alla Commissione di gara nell’attribuire ben 35 punti su 100 non è quindi conforme con la disciplina dell’offerta economicamente più vantaggiosa contenuta nell’art. 83, comma 4, del Codice come modificata dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, il quale ha reso più ristretti gli ambiti di libertà valutativa delle offerte, imponendo alle stazioni appaltanti di stabilire, fin dalla formulazione della documentazione di gara, tutti i criteri di valutazione dell’offerta, precisando, ove necessario, anche i sub-criteri e la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi.

In base a quanto sopra considerato,

## **Il Consiglio**

- Ritiene che la Stazione Appaltante avrebbe dovuto adoperarsi al fine di indire la gara per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas per l’intero ambito territoriale di appartenenza, ai sensi dell’art. 24, comma 4, del D.lgs. 1 giugno 2011 n. 93;
- Ritiene che la discrezionalità lasciata alla Commissione di gara nell’attribuire ben 35 punti su 100, ovvero il punteggio relativo al criterio B1 del bando, non appare conforme con la disciplina dell’offerta economicamente più vantaggiosa contenuta nell’art. 83, comma 4, del Codice, come modificata dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152;
- Invita la Stazione Appaltante a riscontrare la presente deliberazione entro trenta giorni dalla ricezione, ai sensi dell’art. 6 del D.Lgs. n°163/2006, e a rendere noti eventuali provvedimenti che la stessa intenderà adottare in autotutela.
- Dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Contratti perché comunichi la presente deliberazione a Roma Capitale ed al segnalante.

Il Consigliere Relatore: Piero Calandra

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 5 giugno 2012

Il Segretario: Maria Esposito

---

<sup>1</sup> Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, recante interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l’equità sociale, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 279 del 30 novembre 2007.

<sup>2</sup> Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell’articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144, pubblicata nella **G.U. n. 142 del 20 giugno 2000**.

<sup>3</sup> Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, recante definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all’esercizio di deleghe legislative, pubblicata nella *G.U. n. 49* del 28 febbraio 2006.

<sup>4</sup> Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, pubblicata nella *gazzetta Ufficiale* n. 240 del 13 ottobre 1990.

<sup>5</sup> Pubblicato sulla *G.U.* 74 del 31/03/2011.

<sup>6</sup> Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il

mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE. (11G0136), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale N. 148 del 28 Giugno 2011.

<sup>7</sup> Pubblicato sulla G.U. 252 del 28/10/2011, Suppl. Ordinario n. 225.

<sup>8</sup> Per completezza si ricorda che il 27 gennaio 2012 è entrato in vigore il Decreto interministeriale 12 novembre 2011, n. 226, "Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222".

<sup>9</sup> Lett. b del comma 1: " *sconto sui corrispettivi di prestazioni di servizi rispetto a corrispettivi di riferimento* ".

<sup>10</sup> Lett. c del comma 1: " *metri di rete per cliente per cui il distributore si impegna a realizzare, in Comuni già metanizzati, estensioni successive non previste nel piano di sviluppo degli impianti, anche eventualmente differenziati per i Comuni in condizioni di disagio, quali alcuni comuni montani, qualora gli Enti locali e la stazione appaltante, in conformità con le linee guida programmatiche d'ambito, ne ravvisano la necessità* ".