

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana

Prot. n. 017/R. 108.2017.11 del 19 OTT. 2017 Pos. Coll. e Coord. n.2.

Oggetto: Richiesta di parere in materia di contratti pubblici in ordine alla corretta interpretazione e applicazione della normativa di settore. Concessioni nel Servizio Idrico Integrato in Sicilia

Assessorato regionale dell'energia
e dei servizi di pubblica utilità
Dipartimento regionale dell'acqua e dei rifiuti
Servizio 1 " Gestione ed attuazione
del servizio idrico integrato"
(Rif. Prot. n. 30842 del 12 luglio 2017)

1. Con la nota in riferimento viene sottoposta allo Scrivente la problematica relativa alle modalità di realizzazione di interventi scaturenti dall'affidamento in concessione, con gara ad evidenza pubblica, della gestione del Servizio idrico integrato e lavori connessi.

In particolare, codesto Dipartimento ritiene che per i *"lavori, finanziati integralmente o parzialmente, dalla Regione e affidati in esecuzione diretta al Gestore, in base alla gara di affidamento della gestione del SII, (...) il ruolo di Stazione Appaltante, con le prerogative quindi di nomina del RUP e del Collaudatore, di Verifica del progetto ai sensi dell'art.26 del (D.Lgs. n.) 50/2016, di approvazione amministrativa del progetto e di approvazione degli atti di collaudo, permanga in capo agli Enti di Governo degli Ambiti (Amministrazioni aggiudicatrici della gara), mentre i Gestori rimangono meri esecutori.*

Viceversa per la restante parte dei lavori, previsti dal Piano d'Ambito ma non affidati in realizzazione diretta, insieme alla gestione nella gara suddetta, il Gestore ha l'obbligo di appaltare a terzi con le procedure ad evidenza pubblica previste dalla legislazione vigente e per questi risulterebbe concessionario e stazione appaltante".

Viene riferito, tuttavia, che le Autorità d'Ambito (in particolare di Caltanissetta e di Agrigento), ritengono che il ruolo dell'Ente di governo dell'Ambito, quale stazione appaltante, si sia esaurito con l'individuazione del soggetto gestore del servizio al quale è stata affidata non solo la gestione del servizio stesso, ma anche la realizzazione delle opere connesse e degli adempimenti relativi e che permangano in capo a loro stesse esclusivamente le funzioni di controllo e verifica dell'adempimento puntuale, da parte del gestore, della convenzione stipulata, senza nessuna funzione di amministrazione e di gestione.

Tutto ciò premesso, codesto Dipartimento *"al fine di definire le modalità di erogazione delle risorse pubbliche per la realizzazione degli interventi inseriti nei P.O.T. dei Piani d'Ambito"*, ha manifestato la necessità *"di chiarire chi riveste il ruolo di Stazione appaltante e conseguentemente risulti legittimato ad espletarne gli aspetti di pertinenza (approvazione progetti e atti di*

collaudo, nomina RUP e Collaudatori, verifica dei progetti ecc...), in relazione ai lavori, affidati con la gara originaria unitamente alla gestione, che deve eseguire il gestore direttamente tramite i soci”.

2. In ordine alla consultazione richiesta si osserva quanto segue.

Preliminarmente, si ribadisce che lo scrivente Ufficio, ai sensi del D.P.Reg. n. 70 del 28 febbraio 1979, adempie istituzionalmente compiti di assistenza legale su specifici quesiti di diritto o interpretazioni normative con esclusione di valutazioni in ordine alla correttezza di procedure già poste in essere, peraltro da soggetti esterni all'amministrazione regionale.

Tuttavia, in un'ottica di fattiva collaborazione, ed in disparte ogni considerazione sul merito delle specifiche procedure, le cui valutazioni e decisioni rimangono ascritte alla competenza di codesta amministrazione, si formulano le seguenti considerazioni di diritto, di carattere generale, in base alle quali codesta amministrazione potrà assumere le proprie determinazioni.

Da quanto prospettato si evince che il S.I.I. è stato affidato dagli Enti di Governo dell'Ambito con gara, ai sensi dell'art. 20 della L.n. 36/94 e dell'art. 113, comma 5-ter, del D.Lgs. n. 267/2000.

Tale ultima norma così dispone: *“... Qualora la gestione della rete, separata o integrata con la gestione dei servizi, sia stata affidata con procedure di gara, il soggetto gestore può realizzare direttamente i lavori connessi alla gestione della rete, purché qualificato ai sensi della normativa vigente e purché la gara espletata abbia avuto ad oggetto sia la gestione del servizio relativo alla rete, sia l'esecuzione dei lavori connessi. Qualora, invece, la gara abbia avuto ad oggetto esclusivamente la gestione del servizio relativo alla rete, il gestore deve appaltare i lavori a terzi con le procedure ad evidenza pubblica previste dalla legislazione vigente.”*

Nei bandi di gara, allegati alla richiesta di parere, si legge, infatti, che l'ATO affida “la concessione del servizio idrico integrato e l'esecuzione dei lavori connessi”.

Tuttavia, da quanto rappresentato con la richiesta di parere e dai relativi allegati, non si evince la distinzione tra lavori ad esecuzione diretta, in quanto *“previsti in sede di gara e nell'offerta”*, e lavori che i *“Gestori non realizzeranno direttamente ma con affidamento a terzi”*; né si evince se l'esecuzione dei “lavori connessi” sia oggetto di concessione o di appalto.

Fermo restando che la natura dei procedimenti posti in essere dagli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali dovrà essere verificata da codesto Dipartimento, che detiene tutta la documentazione, sembrerebbe (dai pochi allegati, insufficienti a determinare con chiarezza la natura delle procedure) che l'aggiudicatario della gara sia, formalmente e sostanzialmente (per il nome dell'oggetto della gara e per la disciplina prevista nella convenzione tipo), concessionario non solo del servizio idrico integrato, ma anche dei lavori connessi: sia di quelli ad esecuzione diretta (previsti in sede di gara e nell'offerta), sia degli altri lavori *“che i gestori non realizzeranno direttamente ma con affidamento a terzi”*, previsti nel *“Programma degli interventi, atto costituente parte integrante del Piano d'ambito approvato dagli enti locali del territorio di riferimento e deputato a individuare le opere di manutenzione straordinaria e le nuove opere da realizzare”*.

Al riguardo si richiama la sentenza n. 645 del 2003, con la quale il Consiglio di Stato, Sez V, ha precisato che, nel caso di concessione, “l'Ente non gestisce direttamente tramite contratti di appalto le diverse operazioni, ma si spoglia della gestione commettendola ad altro soggetto” (...) e, pur richiamando nel bando e nel capitolato le norme sugli appalti, mantiene *“un'area di regolazione discrezionale del rapporto”* che consente *“di discostarsi dai precetti puntuali della predetta normativa senza incorrere in alcuna illegittimità”*.

Tale assunto è confermato, altresì, dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo la quale¹: *“L’Istituto della concessione di opera pubblica è caratterizzato dal trasferimento, in tutto o in parte, al concessionario delle funzioni, oggettivamente pubbliche, del concedente. Funzioni necessarie per la realizzazione dell’opera, non avendo il concedente, di regola, alcun potere di ingerenza su di essa e conservando un potere di controllo, nell’interesse pubblico, le cui ripercussioni si esauriscono nel rapporto con il concessionario”*.

Data la sostanziale differenza tra appalto e concessione², occorre esaminare quali siano i principi e le regole generali che disciplinano i rapporti tra amministrazione concedente ed impresa concessionaria nella fase di esecuzione dei lavori previsti nel contratto di concessione.

Nel caso di un affidamento che preveda l’esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la giurisprudenza ha cercato di fare chiarezza sostenendo che l’attenzione vada riposta nella direzione del *nesso di strumentalità* che lega la gestione del servizio e l’esecuzione di lavori.

Il Codice dei contratti pubblici del 2016 prevede una nuova disciplina dei contratti misti di concessioni all’art. 169. E, tuttavia, sebbene sia dettagliatamente regolamentata la fase relativa all’aggiudicazione, nulla dispone in ordine ai rapporti tra concedente e concessionario.

Qualche spunto operativo può essere ricavato dalla Determinazione n. 2 dell’11 Marzo 2010 *“Problematiche relative alla disciplina applicabile all’esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici”*, adottata dall’ANAC in vigore della precedente normativa (D.Lgs. n. 163/2006) in materia di concessioni.

In tale provvedimento l’ANAC, rammenta che *“la concessione di lavori pubblici coinvolge sia i rapporti tra amministrazione concedente e concessionario sia l’eventuale rapporto tra concessionario e appaltatore terzo, poiché il concessionario ... può eseguire i lavori direttamente ovvero affidarli a terzi. Il concessionario, a sua volta, (può) rivestire la natura di soggetto privato oppure di amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, il concedente può prevedere un contributo pubblico - prezzo - finalizzato a garantire l’equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione”*.

Si legge, ancora, che *“nel caso di affidamento della realizzazione dell’opera in regime di concessione, la normativa vigente non definisce a priori le concrete modalità di svolgimento della funzione di vigilanza da parte del responsabile del procedimento, ma stabilisce che queste, comunque obbligatorie anche nell’ipotesi di affidamento a terzi della realizzazione dei lavori da parte del concessionario, vadano precisate principalmente nell’ambito del contratto, giacché in quest’ultimo documento è possibile identificare maggiori o minori poteri riservati al committente e, pertanto, diverse conseguenti modalità di vigilanza alle quali il responsabile del procedimento deve attenersi ... l’atto attorno al quale ruota il rapporto concessorio è proprio il contratto tra concedente e concessionario...”*

Infine, sulla base di una serie di considerazioni che qui non vengono integralmente riportate, l’ANAC nella citata determinazione ha ritenuto che:

“nel contratto di concessione debbono essere stabilite le modalità di rendicontazione e di contabilizzazione dei lavori, in relazione alla fattispecie concreta, al fine di consentire al concedente di esercitare in maniera efficace il potere di controllo e vigilanza spettantegli. Non è obbligatorio ai fini di tale rendicontazione applicare le norme previste dal d.P.R. n. 554/99 per la contabilizzazione dei lavori affidati in appalto;

¹ Cass. Civ., sez. III, 19 dicembre 2006, n. 27140

² Cons. Stato, VI, 4 settembre 2012, n. 4682; id., V, 9 settembre 2011, n. 5068; id., V, 6 giugno 2011, n. 3377

MM

il concessionario che riveste la natura di amministrazione aggiudicatrice è tenuto ad applicare per gli appalti affidati a terzi le norme del d.P.R. n. 554/99 relative alla contabilità dei lavori pubblici;

il contratto di concessione deve specificare i compiti del responsabile del procedimento, la loro estensione e le relative modalità di esercizio, così come debbono essere previsti gli ulteriori aspetti rilevanti sul piano esecutivo, quali le sanzioni per il mancato rispetto degli standard progettuali e tecnici, l'approvazione di possibili varianti, nonché gli ulteriori aspetti elencati nella presente determinazione;

spetta al concedente la nomina dei collaudatori il cui costo può essere posto a carico del concessionario;

spetta al concessionario la nomina del direttore dei lavori e dei coordinatori per la sicurezza; può prevedersi nel contratto di concessione che il concedente esprima il gradimento sulla nomina di tali soggetti”.

Quanto sopra richiamato, deve, comunque, essere coordinato con le specifiche previsioni in materia di concessioni relative al servizio idrico integrato, contenute nel D.Lgs. n. 152/2006 (Norme in materia ambientale).

Con specifico riferimento a quanto sopra evidenziato, si richiamano gli artt. 149 bis e ss. e, in particolare, l'art. 151, rubricato “Rapporti tra enti di governo dell'ambito e soggetti gestori del servizio idrico integrato”, secondo il quale: “*Il rapporto tra l'ente di governo dell'ambito ed il soggetto gestore del servizio idrico integrato è regolato da una convenzione predisposta dall'Ente di governo dell'ambito sulla base delle convenzioni tipo, con relativi disciplinari adottate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ...*”.

Il secondo comma dell'articolo sopra citato indica i contenuti essenziali delle convenzioni e dei relativi disciplinari; il terzo comma, inoltre, prescrive che le convenzioni esistenti devono essere integrate in conformità alle previsioni del secondo comma, secondo le modalità stabilite dalla stessa Autorità.

Ed in tal senso l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, con delibera n. 656 del 23 dicembre 2015, ha adottato la “convenzione tipo” per la regolazione dei rapporti tra enti affidanti e gestori del servizio idrico integrato, prescrivendone i contenuti minimi essenziali.

Si richiama, altresì, l'art. 158 bis del citato D.Lgs. n. 152/2006, relativo all'approvazione dei progetti da parte degli enti di governo degli ambiti, che individua e attribuisce una specifica competenza agli stessi, anche sotto questo aspetto le convenzioni già stipulate dovranno essere adeguate.

Alla luce di quanto esposto, poiché la convenzione è posta al centro della struttura del rapporto concessorio, è ad essa che occorre fare riferimento per determinare gli obblighi delle parti contraenti e per verificarne la conformità con la normativa in materia di gestione del servizio idrico (art. 113, comma 5-ter, del D.Lgs. n. 267/2000 e artt. 149 e ss. del D.Lgs. n. 152/2006) e con la “convenzione tipo” di cui sopra, ai cui contenuti si rinvia.

Altro aspetto che viene in rilievo nella richiesta di parere, e che potrebbe incidere nei rapporti tra i soggetti coinvolti nella gestione del SII, è quello relativo alle condizioni di utilizzazione delle risorse pubbliche finalizzate al finanziamento dei progetti presentati dai nuovi Enti di Governo degli Ambiti (ex ATO), poiché, infatti, le regole e le procedure, previste per la specifica tipologia di finanziamento, in genere individuano beneficiari e modalità di erogazione.

Tale secondo aspetto è, invero, correlato al primo, in quanto sembrerebbero già consumate le procedure di affidamento del SII con la stipula delle relative convenzioni.

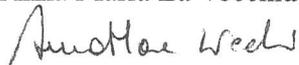
Tuttavia, in sede di stipula della “convenzione” richiesta dalla Delibera della Giunta regionale n. 5/2017 – Patto per il Sud, che dovrà disciplinare l'erogazione del finanziamento, è possibile prevedere e concordare forme di controllo e rendicontazione più stringenti e dettagliate, come già contemplato dalla convenzione tipo dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, che consentano a codesto Dipartimento di certificare la relativa spesa.

Nei termini che precedono viene resa la consultazione richiesta.

Ai sensi dell'art. 15 del regolamento approvato con D.P. Reg. 16 giugno 1998, n. 12, lo Scrivente acconsente alla diffusione del presente parere in relazione ad eventuali domande di accesso, presso codesto Dipartimento, inerenti al medesimo.

Si ricorda poi che, in conformità alla circolare presidenziale n.16586/66.98.12 del 8 settembre 1998, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere, senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati dello scrivente Ufficio.

Il Dirigente Avvocato
Anna Maria La Vecchia



L'AVVOCATO GENERALE
Avv. Maria Mattarella



