

**Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA**



**Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana**

Prot. n. 8812 /31.11.2017 Pos. Coll. e Coord. n. 2 12 aprile 2017

**ASSESSORATO REGIONALE DELL'ENERGIA E DEI
SERVIZI DI PUBBLICA UTILITA'
Dipartimento Regionale dell'Energia
(rif. Nota 8384 del 07.03.2017)
PALERMO**

Oggetto: PO FESR 2007/2013 – Linea di intervento 2.1.3.1. Metanizzazione comuni appartenenti al bacino “Sicilia – Ionico - Peloritano”

1. Con la nota in riferimento ed in ordine al tema del finanziamento del progetto relativo alla metanizzazione dei comuni appartenenti al bacino “Sicilia – Ionico – Peloritano”, si premette che tra le linee di intervento del PO FESR 2007/2013 gestite dal Dipartimento vi è quella relativa all'adeguamento e al completamento delle reti di distribuzione metanifere e all'attivazione dei sistemi di monitoraggio.

Si evidenzia che nel 2014, con 12 distinti D.D.G., sono stati finanziati interventi relativi alla “progettazione definitiva, esecutiva, realizzazione e gestione in concessione dell'impianto di distribuzione del gas naturale nel territorio del Bacino Sicilia Ionico Peloritano”.

Successivamente, nel corso del procedimento istruttorio finalizzato a verificare la regolare attuazione degli interventi finanziati, si è avviato - ritenute esistenti alcune irregolarità nella procedura posta in essere dal Bacino – un procedimento di rettifica finanziaria che, “ *tenendo conto delle pertinenti disposizioni in subjecta materia, è stata*

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page. The signature is stylized and appears to consist of several loops and a long horizontal stroke.

quantificata nella misura del 5% delle somme ritenute ammissibili in sede di finanziamento”.

La procedura di rettifica si fonda sui seguenti presupposti:

- a) l'intervento in questione va considerato una concessione di costruzione e gestione (e non appalto di servizi) ancorché riconducibile ad un settore escluso (o speciale);
- b) oggetto specifico della linea di intervento, sulla quale grava il finanziamento, era quello della realizzazione dell'opera e non la gestione del servizio;
- c) i requisiti del concessionario di costruzione e gestione avrebbero dovuto essere individuati dalla “ *lex specialis di gara in conformità al disposto dell'art. 98 del D.P.R. 554/1999 (ovvero dell'art. 142, comma 3, del D.lgs. n. 163/2006)*”;
- d) le prescrizioni di legge relative alla qualificazione dei prestatori di servizi c.d. “tecnici” vanno applicate sempre e anche nell'ipotesi in cui il contratto possa essere qualificato quale contratto misto.

Nella richiesta di parere si evidenzia anche che il comune di Fiumedinisi (capofila del richiamato bacino) contesta l'applicazione della annunciata rettifica finanziaria, e ribadisce con propria nota la regolarità della procedura seguita in quanto:

- a) le disposizioni del D.Lgs. 163/2006 non sarebbero applicabili “*già ratione temporis*”;
- b) la procedura è stata validata dalla Corte dei Conti in sede di registrazione del decreto di concessione del finanziamento;
- c) la concessione in esame avrebbe ad oggetto servizi riconducibili a quelli “speciali” o “esclusi” e, pertanto, non è soggetta alle regole ordinarie di lavori e servizi tecnici di cui alla L. 109/1994 e D.lgs 163/2006 .
- d) in ogni caso la concessione in esame deve essere considerata concessione di servizio pubblico (e non di costruzione e gestione) e pertanto alla stessa non può essere applicata alcuna disposizione della normativa sopra richiamata (e pertanto neanche in materia di qualificazione).

Quanto sopra esposto, “*considerata la particolare rilevanza della questione sopra prospettata, anche in relazione alla necessità dello scrivente Dipartimento di definire il procedimento già avviato con la nota prot. n. 1924 del 18.1.2017*” viene chiesto a questo Ufficio di esprimere il proprio avviso “ *in merito alla più corretta qualificazione del*



contratto sopra richiamato”.

La necessità di acquisire con urgenza il parere di questo ufficio è stata ribadita con nota 10712 del 22.03.2017.

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

Preliminarmente, si ritiene opportuno sottolineare che questo Ufficio, ai sensi del D.P.Reg. n. 70 del 28 febbraio 1979, è un organo di consulenza giuridica chiamato ad esprimersi su quesiti giuridico – interpretativi di norme statutarie, legislative o regolamentari che presentino difficoltà o perplessità applicative, e non a sostituirsi all’amministrazione attiva nella valutazione di atti o fatti, o nella individuazione di percorsi operativi che, ancorché condotti alla stregua di norme giuridiche, restano nell’ambito delle funzioni proprie della stessa amministrazione.

In concreto viene chiesto parere su questioni inerenti la correttezza della procedura di evidenza pubblica (riconducibile alla realizzazione di un’azione finanziata con fondi a valere sul Por 2007/2011) posta in essere dai comuni aderenti al Bacino Jonico – Peloritano e, più specificatamente, sulla reale natura dell’atto negoziale stipulato, all’esito della procedura, tra gli stessi enti locali ed il privato concessionario.

Premesso che l’interpretazione di atti di carattere negoziale - ancor di più se posti in essere da soggetti terzi rispetto all’Amministrazione Regionale - non rientra tra gli ambiti di consultazione di questo ufficio, in un’ottica di fattiva collaborazione si formulano le seguenti considerazioni tecnico- giuridiche di carattere generale, ed in chiave ermeneutica utile per l’adozione degli atti gestionali, comunque, di esclusiva competenza di Codesto Dipartimento.

Nel caso in esame con la pubblicazione del “Bando di Gara - Settori speciali” – del 28.05.2009 il comune di Fiumedinisi (in qualità di capofila del Bacino “ Sicilia Ionico Peloritano”) ha indetto una “ *gara a procedura aperta*” finalizzata, come specificato nel relativo disciplinare di gara, all’*“affidamento in gestione del servizio di distribuzione del gas naturale a mezzo di rete urbana previa progettazione definitiva, esecutiva e realizzazione della stessa nel bacino denominato “ Sicilia ionico peloritano”*.

Nello stesso disciplinare viene specificato che la procedura viene esperita nel rispetto



di quanto disposto dagli articoli 14 ¹ e 15 del D.lgs.n. 164/2000 e dell'articolo 67 ² della L.R. Siciliana n. 02/02 di recepimento della norma nazionale, norme - queste - che contengono regole specifiche (con vincoli meno stringenti rispetto a quelli genericamente posti dalla normativa relativa agli appalti/servizi pubblici) per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas definito come servizio pubblico.

Viene, ancora, chiarito nello stesso disciplinare che “ *in forza dell'articolo 30³ del*

¹ Art 14. Attività di distribuzione.

1. L'attività di distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico. Il servizio è affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni. Gli enti locali che affidano il servizio, anche in forma associata, svolgono attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo sulle attività di distribuzione, ed i loro rapporti con il gestore del servizio sono regolati da appositi contratti di servizio, sulla base di un contratto tipo predisposto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed approvato dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto (68).

2. Ai fini del presente decreto, per enti locali si intendono comuni, unioni di comuni e comunità montane.

3. Nell'ambito dei contratti di servizio di cui al comma 1 sono stabiliti la durata, le modalità di espletamento del servizio, gli obiettivi qualitativi, l'equa distribuzione del servizio sul territorio, gli aspetti economici del rapporto, i diritti degli utenti, i poteri di verifica dell'ente che affida il servizio, le conseguenze degli inadempimenti, le condizioni del recesso anticipato dell'ente stesso per inadempimento del gestore del servizio.

4. Alla scadenza del periodo di affidamento del servizio, le reti, nonché gli impianti e le dotazioni dichiarati reversibili, rientrano nella piena disponibilità dell'ente locale. Gli stessi beni, se realizzati durante il periodo di affidamento, sono trasferiti all'ente locale alle condizioni stabilite nel bando di gara e nel contratto di servizio.

5. Alle gare di cui al comma 1 sono ammesse, senza limitazioni territoriali, società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, e società cooperative a responsabilità limitata, sulla base di requisiti oggettivi, proporzionati e non discriminatori, con la sola esclusione delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia e in altri Paesi dell'Unione europea, o in Paesi non appartenenti all'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica. Alle gare sono ammessi inoltre i gruppi europei di interesse economico. La esclusione di cui al primo periodo non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, nonché al socio selezionato ai sensi dell'articolo 4, comma 12, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148, e alle società a partecipazione mista, pubblica e privata, costituite ai sensi del medesimo comma (69).

6. Nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza, la gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese concorrenti. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio.

7. Gli enti locali avviano la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento, in modo da evitare soluzioni di continuità nella gestione del servizio. Il gestore uscente resta comunque obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento. Ove l'ente locale non provveda entro il termine indicato, la regione, anche attraverso la nomina di un commissario ad acta, avvia la procedura di gara (70).

8. Il nuovo gestore, con riferimento agli investimenti realizzati sugli impianti oggetto di trasferimento di proprietà nei precedenti affidamenti o concessioni, è tenuto a subentrare nelle garanzie e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere queste ultime e a corrispondere una somma al distributore uscente in misura pari al valore di rimborso per gli impianti la cui proprietà è trasferita dal distributore uscente al nuovo gestore. Nella situazione a regime, al termine della durata delle nuove concessioni di distribuzione del gas naturale affidate ai sensi del comma 1, il valore di rimborso al gestore uscente è pari al valore delle immobilizzazioni nette di località del servizio di distribuzione e misura, relativo agli impianti la cui proprietà viene trasferita dal distributore uscente al nuovo gestore, incluse le immobilizzazioni in corso di realizzazione, al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di località, calcolato secondo la metodologia della regolazione tariffaria vigente e sulla base della consistenza degli impianti al momento del trasferimento della proprietà (71).

9. Gli oneri gravanti sul nuovo gestore ai sensi del comma 8 sono indicati nel bando di gara stimando il valore di rimborso delle immobilizzazioni previste dopo l'emissione del bando di gara. Il bando di gara riporta le modalità per regolare il valore di rimborso relativo a queste ultime immobilizzazioni. Il gestore subentrante acquisisce la disponibilità degli impianti dalla data del pagamento della somma corrispondente agli oneri suddetti, ovvero dalla data di offerta reale della stessa (72).

10. Le imprese di gas che svolgono l'attività di distribuzione sono tenute alla certificazione di bilancio a decorrere dal 1° gennaio 2002.

² Art. 67 - Gas naturale.

1. Le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 riguardante "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" e successive modifiche ed integrazioni, si applicano nel territorio della Regione siciliana, osservando altresì le disposizioni di cui ai seguenti commi (101).

2. La distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico. Il servizio è affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a venti anni.

3. Gli enti locali che affidano il servizio, anche in forma associata, svolgono attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo sulle attività di distribuzione, ed i loro rapporti con il gestore del servizio sono regolati da apposito contratto di servizio, sulla base di un contratto tipo predisposto dall'Assessorato regionale dell'industria entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge. Ai fini della presente

D.Lgs. n. 163/06, il medesimo trova applicazione alla gara in oggetto solo in forza degli espliciti rinvii di seguito riportati”.

Dal carteggio inviato si evince poi che successivamente all'espletamento della gara è stato firmato con l'aggiudicatario della procedura un contratto di servizio *“relativo alla progettazione definitiva, esecutiva, realizzazione e gestione in concessione dell'impianto di distribuzione del gas naturale nel territorio del Bacino Sicilia Ionico Peloritano”* che - all'art. 1 - identifica le prestazioni oggetto della concessione brevemente sintetizzabili nell'affidamento alla concessionaria del *“la progettazione definitiva, esecutiva la realizzazione e la gestione del servizio del gas naturale”*.

Per la durata della *“concessione del servizio di distribuzione”* viene, inoltre, fissato un termine di anni 20 (decorrenti dal collaudo dell'opera), precisando che le tariffe di distribuzione del gas dovranno essere stabilite e rese pubbliche *“secondo le norme previste dall'Autorità per il Gas in materia di metodologia tariffaria”*.

Dalla lettura degli atti della procedura in argomento è, poi, possibile desumere che gli oneri relativi alla costruzione dell'impianto sono totalmente a carico del soggetto

legge, per enti locali si intendono comuni ed unione di comuni.

4. Alle gare sono ammesse, senza limitazioni territoriali, società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, e società cooperative a responsabilità limitata sulla base di diritti oggettivi, proporzionati e non discriminatori. Alle gare sono ammessi inoltre i gruppi europei di interesse economico.

4-bis. Gli enti locali che, in forza di disposizioni legislative previgenti, non abbiano potuto avviare la procedura di gara nei termini di cui all'articolo 14, comma 7, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, provvedono entro un anno dalla pubblicazione della presente legge. In caso di mancato rispetto del termine indicato, la Regione avvia la procedura di gara a mezzo di un commissario ad acta appositamente nominato (102).

4-ter. È fatto obbligo, al titolare della concessione in essere alla data della pubblicazione della presente legge, di garantire l'erogazione del servizio fino al subentro del nuovo concessionario (103).

4-quater. Nelle more dell'espletamento delle gare, i comuni possono applicare un canone pari al 10 per cento del Vincolo sui ricavi di distribuzione (VRD) di cui alla delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas n. 237 del 28 dicembre 2000, pubblicata nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 4 del 5 gennaio 2001, e successive modificazioni. I comuni, nei quali il canone già esistente risulta inferiore, possono incrementarlo fino alla misura del 10 per cento del VRD. Le risorse aggiuntive sono destinate, prioritariamente, all'attivazione di misure di tutela sociale per le fasce deboli della popolazione, a spese di investimento o al supporto delle procedure di riequilibrio finanziario previste dall'articolo 243-bis del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267

...omissis...

³ Art. 30. Concessione di servizi (artt. 3 e 17, direttiva 2004/18; art. 3, co. 8, legge n. 415/1998) (148) (149)

1. Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi.

2. Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

3. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

4. Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.

5. Restano ferme, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessioni di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici.

6. Se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

7. Si applicano le disposizioni della parte IV. Si applica, inoltre, in quanto compatibile, l'articolo 143, comma 7.

aggiudicatario (fatta salva l'erogazione dei contributi richiesti e concessi ai comuni) mentre la retribuzione è invece interamente ricavata dalla gestione del servizio di distribuzione .

Alla luce di quanto sopra riportato la procedura oggetto di finanziamento (che in primo luogo soggiace alla disciplina speciale dettata per il relativo settore nonché alle norme di cui alla parte III del codice) potrebbe farsi astrattamente rientrare sia nella previsione dell'art. 30 " Concessione di servizi" - norma peraltro richiamata nel disciplinare di gara - che in quella art. 143 " Concessione di lavori pubblici", ma non anche nell'ambito degli appalti pubblici (siano essi di lavori o servizi), per quanto nel bando – redatto utilizzando lo schema tipo predisposto per appalti settore speciali - sia , in più punti, utilizzata la locuzione appalto.

Al riguardo la Corte di Cassazione, con ordinanza n. 9139/2015, premesso che l'art. 3 del Decreto Legislativo n. 163 del 2006 definisce "Appalti pubblici di servizi" i *"contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatario e uno o più operatori economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi come definiti dal presente codice"* e " Concessione di Servizi" un *" contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi , ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'art. 30"*, ha avuto modo di chiarire che, esaminando il contenuto del "contratto d'appalto (così definito) intercorso fra le parti (...) avente ad oggetto il " servizio di distribuzione del gas metano sul territorio comunale , *"al di là del nome utilizzato dai contraenti (...) può senz'altro ritenersi che si è in presenza di una concessione, anziché di un appalto, in quanto a differenza dell'appalto caratterizzato da un rapporto bilaterale, si configura nella fattispecie un rapporto trilaterale."*

Più in generale il Consiglio di Stato, con sentenza n. 7108/2010, ha sottolineato che *" E' noto che nella concessione, l'impresa concessionaria eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione dell'opera o del servizio, in quanto si remunera, almeno per una parte significativa, presso gli utenti mediante la riscossione di un prezzo; nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'Amministrazione, la quale è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le*

prestazioni ad essa rese.”

Sull'argomento anche la Corte di Cassazione ha osservato che *“la linea demarcazione è netta [...] l'appalto pubblico di servizi, a differenza della concessione, riguarda di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione, ed infine non determina, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario”*(cfr. Cass. S.U., ord. n. 12252/2009).

Infine, con determinazione dell'AVCP n. 2 del 2010, è stato chiarito che *“caratteristica peculiare dell'istituto concessorio è l'assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l'intervento realizzato, in relazione alla tendenziale capacità dell'opera di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consenta di remunerare l'investimento effettuato (...) In assenza di alea collegata alla gestione, non si configura la concessione bensì l'appalto nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera. Nella concessione, al rischio proprio dell'appalto, si aggiunge il rischio di mercato dei servizi cui è strumentale l'opera realizzata e/o il c.d. rischio di disponibilità, sui quali si tornerà nel prosieguo.*

La Commissione europea, nella Comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, delinea proprio nel senso sopra evidenziato i criteri distintivi tra concessione e appalto: si afferma che il tratto peculiare delle concessioni di lavori pubblici consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della relativa responsabilità che investe gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Al contrario, si è in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice ed il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti.”

Posto quanto sopra (fermo restando che l'ente appaltante ha, come sopra evidenziato, richiamato esplicitamente l'art. 30 del d.lgs. 164/2006) in ordine alle due tipologie di

concessioni sopra richiamate, si osserva che, con sentenza n. 1600 del 2008, il Consiglio di Stato ha precisato che “ *la differenza tra le ipotesi della concessione di lavori pubblici e quella della concessione di servizi pubblici va rinvenuta nel tipo di nesso di strumentalità che lega la gestione del servizio alla realizzazione dell’opera; si avrà perciò concessione di costruzione ed esercizio se la gestione del servizio è strumentale alla costruzione dell’opera, in quanto diretta a consentire il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione, mentre si versa in tema di concessione di servizi pubblici quando l’espletamento dei lavori è strumentale, sotto i profili della manutenzione, del restauro e dell’implementazione, alla gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un’opera esistente. (cfr. decisione 11 settembre 2000 n. 4795).*”

Criterio, questo, di recente ribadito dal Consiglio di Stato con sentenza n. 3631/2015 secondo la quale “ *al fine di distinguere le due figure della “concessione di servizi e quella di costruzione e gestione di lavori pubblici, deve farsi riferimento oltre al criterio della “prevalenza economica” (previsto nell’art. 14 del codice degli appalti), a una valutazione di tipo “funzionale” , in virtù della quale deve optarsi per l’ipotesi della concessione di lavori pubblici se la gestione del servizio è strumentale alla costruzione dell’opera in quanto diretta a consentire il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione, mentre si versa in tema di concessione di servizi pubblici quanto l’espletamento dei lavori è strumentale (...) alla gestione di un servizio pubblico.*”

Infine, con sentenza n. 2811/2015 la sez. IV il Consiglio di Stato ha ulteriormente precisato che “ *(...) come chiarito dalla giurisprudenza, qualora un affidamento contempli l’esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia strumentale alla costruzione dell’opera in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione è configurabile l’ipotesi della concessione di lavori pubblici (cfr. V Sez. 11.9.2000 n. 4795)*”.

Tutto ciò premesso si sottolinea all’attenzione del Richiedente che in concreto, ed a prescindere dalla linea di intervento 2.1.3.1 del PO FESR 2007/2013:

- 1) dove emerga che la tariffa pagata dagli utenti per l’accesso al servizio sia sganciata

dal costo della realizzazione dei lavori, questo costituisce un indice significativo della natura di concessione di servizi;

2) di contro, se le tariffe mirano a retribuire l'opera, prevarrà l'elemento della concessione di lavori.

In altri termini valuterà codesto Dipartimento, avendo riguardo alla circostanza se la «la tariffa posta a carico dei fruitori» si colleghi «sinallagmaticamente ed unicamente all'investimento necessario per realizzare i lavori», ovvero, viceversa, sia «in realtà volta a remunerare un servizio unitario e più complesso», ossia l'intero servizio pubblico.

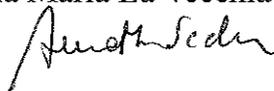
Nei termini che precedono viene resa la consultazione richiesta.

Ai sensi dell'art. 15,co.2 del D.P. Reg. 16 giugno 1998,n.12, lo Scrivente acconsente sin d'ora all'accesso presso codesta Amministrazione al presente parere da parte di eventuali richiedenti.

Si ricorda poi che in conformità alla circolare presidenziale dell'8 settembre 1998,n.16586/66.98.12, 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 "FONS.

avv. Marina Miceli/ avv. Anna Maria La Vecchia

F.TO MARINA MICELI



L'AVVOCATO GENERALE

(Cons. Romeo Palmò)

