

24/03/17 Protocollo n.



2017007507

Torino, 20 marzo 2017

Spett.le

CIIP SpA

c.a. Egr. Sig. Presidente

CIIP SpA - Parere in ordine alla possibilità di riallineamento a condizioni di equilibrio economico-finanziario della gestione SII a seguito degli eventi calamitosi connessi al sisma e all'incidenza degli stessi sotto il profilo tecnico ed economico-finanziario.

Spettabile Società,

mi si chiede se sia possibile e a quali condizioni operare il riallineamento a condizioni di equilibrio della gestione del SII in essere secondo il modello *in house providing* in ragione degli eventi calamitosi connessi al sisma che ha colpito le aree gestite e alle conseguenze degli stessi rispetto al Piano degli Interventi e alla sua sostenibilità economico-finanziario.

In estrema sintesi, mi si rende noto che il sisma ha colpito il cuore del Sistema di approvvigionamento idrico dei 59 Comuni appartenenti all'ATO n. 5 Marche sud ovvero l'Acquedotto Pescara d'Arquata (630 lt/sec) ed in parte l'acquedotto Vettore (50 lt/sec) - che insieme rappresentano quasi il 50% della risorsa idrica captata (1.407 lt/sec) con necessità di opere da effettuarsi in somma urgenza, altre a breve termine e altre comunque indilazionabili nel medio termine, con il mandato, peraltro, di non intervenire sulla tariffa, viste le conseguenze del sisma sulla vita sociale e sull'economia dell'area di pertinenza del Gestore, con relativa necessità di indebitamento, e, quindi, necessità di una variante della gestione sotto il profilo temporale, anche in ragione della necessità di condurre

comunque gli interventi di manutenzione straordinaria inerenti e conseguenti la gestione e, dunque, indipendenti rispetto al sisma e già previste.

Si ricorda, infatti, che a termini dell'art. 149 3° co. D.lgs. 152/2006 s.m.i. *“Il programma degli interventi individua le opere di manutenzione straordinaria e le nuove opere da realizzare, compresi gli interventi di adeguamento di infrastrutture già esistenti, necessarie al raggiungimento almeno dei livelli minimi di servizio, nonché al soddisfacimento della complessiva domanda dell'utenza, tenuto conto di quella collocata nelle zone montane o con minore densità di popolazione”*.

Ne consegue, pertanto, che la presa d'atto di interventi straordinari in ragione del fatto eccezionale del sisma non può prescindere anche dalla considerazione dei riflessi del fabbisogno indotto dagli stessi rispetto alle condizioni di equilibrio in cui deve mantenersi anche la perdurante necessità di eseguire le manutenzioni già previste e al relativo, proprio perché l'obbiettivo della gestione è comunque quello di consegnare al termine della gestione un sistema in efficienza. Del resto, ancora l'art. 149 3° co. citato prevede che *“Il programma degli interventi, commisurato all'intera gestione, specifica gli obiettivi da realizzare, indicando le infrastrutture a tal fine programmate e i tempi di realizzazione”* come conseguenza della *ratio* chiarita nella prima parte del 3° comma dell'art. 149 già sopra riportato.

I.- Come noto, l'art. 17 della Direttiva 23/2014/UE ha stabilito che il rapporto concessorio secondo il modello *in house providing* “non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva”.

D'altra parte, l'art. 12 della Direttiva 2014/23/UE ha escluso comunque dall'applicazione della Direttiva medesima le attività riconducibili al SII, quand'anche in astratto fossero state contemplate (e quindi al netto delle gestioni *in house providing*), coerentemente con il considerando della Direttiva per il quale “Le concessioni nel settore idrico sono spesso soggette a regimi specifici e complessi che richiedono una particolare considerazione data l'importanza dell'acqua quale bene pubblico di valore fondamentale per tutti i cittadini dell'Unione. Le caratteristiche particolari di tali regimi giustificano le esclusioni nel settore idrico dall'ambito di applicazione della presente direttiva ..”.

Tale fase di esclusione è destinata a durare ancora nel tempo, in quanto l'art. 53 della Direttiva 2014/23/UE stabilisce che “La Commissione valuta inoltre gli effetti economici sul mercato interno delle esclusioni previste all'articolo 12 tenuto conto delle strutture specifiche del settore idrico e trasmette una relazione in proposito al Parlamento europeo e al Consiglio entro il 18 aprile 2019”, con il che anche una eventuale relazione della Commissione recante l'indirizzo di concludere la fase sperimentale con la proposta di inclusione del settore idrico sarebbe foriera di un contraddittorio fra le istituzioni non facile sul tema a partire appunto dal 2019 e certamente non destinato ad esaurirsi in quell'annualità.

Ne consegue pertanto che nessuna indicazione ricavabile dalla Direttiva è allo stato cogente per quanto concerne il SII.

II.- In ambito nazionale, considerato che il cd. Testo unico dei servizi pubblici non è entrato in vigore e che comunque il SII era notoriamente destinato allo stralcio, risulta ancora vigente l'art. 149-*bis* D.lgs. 152/2006 s.m.i. per il quale *“l'affidamento diretto puo' avvenire a favore di societa' intramonte pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale”*, con ciò intervenendo finalmente un momento di saldatura fra l'approccio comunitario e quello italiano in tema e quindi risultando sconfessato l'indirizzo del documento per la consultazione 171/2014/R/IDR dell'AEEGSI nell'ambito del procedimento avviato con la deliberazione 26 settembre 2013 n. 412/2013/R/IDR, che teorizzava un trattamento comunque penalizzante per le gestioni *in house providing*.

II.1. - Sotto il profilo delle caratteristiche del rapporto fra Gestore e Autorità d'Ambito, l'attuale art. 151 1° e 2° co. D.lgs. 152/2006 s.m.i. stabilisce che:

“1. Il rapporto tra l'ente di governo dell'ambito ed il soggetto gestore del servizio idrico integrato e' regolato da una convenzione predisposta dall'ente di governo dell'ambito sulla base delle convenzioni tipo, con relativi disciplinari, adottate dall'Autorita' per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico in relazione a quanto previsto dall' articolo 10, comma 14, lettera b), del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 , convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106 , e dall' articolo 21 del decreto-legge 6 dicembre 2011 n. 201 , convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

2. A tal fine, le convenzioni tipo, con relativi disciplinari, devono prevedere in particolare:

a) il regime giuridico prescelto per la gestione del servizio:

b) la durata dell'affidamento, non superiore comunque a trenta anni ...”.

Da tale norma si ricava, in primo luogo, che nella convenzione-tipo il termine è un contenuto minimo che deve essere individuato ai fini della determinazione della durata della concessione al momento del suo avvio.

In altre parole, il rapporto deve avere una durata e quindi un termine e tale termine è fissato all'avvio del rapporto in un massimo di trent'anni.

Per quanto sopra, il rapporto non deve esaurirsi necessariamente in trent'anni.

III. - Ciò doverosamente premesso, occorre poi ricordare che l'AEEGSI durante il procedimento di consultazione nuovamente avviato con la deliberazione 25 settembre 2014 n. 465/2014/R/IDR e relativo documento di consultazione 4 giugno 2015 e proseguito con il documento di consultazione 12 novembre 2015 ai fini dell'individuazione dei contenuti della convenzione-tipo, ha comunque distinto il tema della durata nella convenzione-tipo e del suo ampliamento dal complessivo problema del riequilibrio economico-finanziario, a partire dal richiamo dell'art. 143 8° co. dell'allora vigente d.lgs. 163/2006 s.m.i.

III.1. - A tal proposito, risulta doveroso procedere preliminarmente ad una ricognizione della normativa applicabile alla gestione in esame, tenuto conto che la deliberazione dell'Assemblea dell'ATO Marche Sud n. 1 del 29 gennaio 2016 è previgente all'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016.

Come noto, a termini dell'art. 216 D.lgs. 50/2016, la disciplina della riforma non si applica agli affidamenti previgenti.

Ebbene, chiarito da parte della giurisprudenza che le concessioni di servizi pubblici devono ricondursi alle concessioni di servizi, occorre ricordare che le concessioni di servizi nella previgente disciplina erano normate dall'art. 30 D.lgs. 163/2006 s.m.i.

In particolare, l'ultimo comma della norma chiariva che *“si applica, inoltre, in quanto compatibile l'art. 143, comma 7”*, in base al quale l'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto (prevedendo la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione).

Risulta quindi palese, già sotto la vigenza del D.lgs. 163/2006 s.m.i., l'importanza che ricopre il piano economico - finanziario nell'ambito della concessione di servizi, il che pone in ogni caso l'accento sull'equilibrio del medesimo e sui meccanismi di assestamento variamente disciplinati nell'art. 143 8° co. e poi dal 2013 nel successivo 8-bis° co. D.lgs. 163/2006 s.m.i.

Ben vero che l'art. 30 d.lgs. 163/2006 non richiama espressamente l'art. 143 8° co. e ss. D.lgs. 163/2006 ma è altrettanto vero che le disposizioni contenute in detta norma costituiscono principi generali in materia di sinallagmaticità dei contratti ad esecuzione continuata, che comunque l'espresso richiamo all'art. 143 7° co. D.lgs. 163/2006 s.m.i. contenuto nell'art. 30 D.lgs. 163/2006 s.m.i. introduce nella disciplina delle concessioni.

A tal proposito, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ricordato con sentenza 7 maggio 2013 n. 13 che alle concessioni di servizi non si applicano

soltanto le disposizioni del c.d. Codice Appalti esplicitamente richiamate dall'art. 30 D.lgs. 163/2006 ma anche i principi desumibili dal Trattato UE ed i principi generali relativi ai contratti pubblici.

Tali principi, a loro volta, non sono soltanto quelli che il c.d. Codice Appalti qualifica in tal senso. Infatti *“i principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all’ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da un’eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica rispetto alle singole norme”*. Per inciso, in quest’ottica, l’Adunanza Plenaria ha ritenuto applicabili alle concessioni di servizi sia l’art. 84 4° co. che l’art. 10 D.lgs. 163/2006 s.m.i., tutte norme non richiamate dall’art. 30 D.lgs. 163/2006 s.m.i.

Nel caso dell’art. 143 8° co. D.lgs. 163/2006, non è dubbio che tale norma costituisca espressione di un portato dell’ordinamento conseguente al principio della sinallagmaticità dei contratti e della conseguente esigenza di riportare gli stessi ad equità in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta.

Sempre in applicazione di tale linea di indirizzo, l’ANAC con il parere AG 39/2012 in data 6 marzo 2013 ha rilevato l’applicabilità dell’art. 1467 cod. civ. alle concessioni, in virtù del richiamo alle norme del codice civile effettuato dall’art. 2 4° co. D.lgs. 163/2006.

L'art. 1467 cod. civ. conferma la possibilità del riallineamento dell'equilibrio sinallagmatico come conseguenza a contrario nella misura in cui, come noto, riconosce il diritto alla risoluzione del contratto qualora la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa al verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili, salvo che la controparte si offra appunto di modificare equamente le condizioni del contratto.

Nel parere citato l'Autorità ha ritenuto di annoverare tra gli eventi straordinari ed imprevedibili che in forza dell'art. 1467 cod. civ. possono giustificare una rimodulazione del piano economico - finanziario (in assenza del quale è lecito per il concessionario risolvere il contratto) anche la crisi economica, con il che si ritiene ben possibile annoverare fra le cause pure le conseguenze di un sisma la cui forza devastante è stata conclamata come le conseguenze della stessa, tanto più in quanto ancor meno prevedibile ed improvviso del fattore crisi ritenuto rilevante dall'ANAC nel parere citato.

In ragione, dunque, della possibilità di riallineamento concessa dall'ordinamento in relazione all'esecuzione di una concessione di servizi, come appena dimostrata, si ritiene pertanto che la sua durata possa essere uno dei fattori di intervento sotto il profilo dell'esercizio dello *jus variandi* onde consentire il riequilibrio della stessa.

IV.- In ragione di quanto sopra, l'intervento di riallineamento non trova sicuramente collocazione nell'art. 6 della Convenzione, che individua casi di proroga a sé stanti dell'affidamento enucleati dall'AEEGSI discrezionalmente durante il periodo di consultazione.

Bisogna allora chiedersi se l'intervento di riallineamento possa adottare la metodologia di cui all'art. 14 e ss. del Titolo III della convenzione e, in particolare, negli artt. 15 e 16.13. della Convenzione.

Infatti, il tema del "*raggiungimento e mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario*" di cui all'art. 14 e la conseguente "*Istanza di riequilibrio economico-finanziario*" di cui all'art. 15 fanno riferimento ad un disequilibrio concernente gli elementi di cui all'art. 7 lett. d) ossia il "*Piano Economico Finanziario*" a sua volta connesso al "*Programma degli Interventi*" di cui all'art. 7 lett. b) della Convenzione.

Il veicolo dell'azione di riequilibrio deve individuarsi nell'art. 1467 cod. civ. sempre applicabile a termini dell'art. 40 della Convenzione che fa espresso rinvio alle "*disposizioni normative per tempo vigenti*".

Ciò premesso, l'art. 16.13. della Convenzione prevede espressamente fra le "*misure di riequilibrio*" alla lett. c) "*estensione della durata dell'affidamento, ove ne ricorrano i presupposti previsti dalla presente convenzione*".

Tali presupposti ben possono essere individuati nell'art. 15.1. che individua fra i fattori prodromici all'istanza di riequilibrio "*circostanze straordinarie ed eccezionali o giustificati motivi tecnici*", che nel caso di specie ricorrerebbero entrambi, in quanto il sisma è sicuramente allocabile fra le "*circostanze straordinarie ed eccezionali*" e d'altra parte, l'evento, incidendo gravemente sul sistema acquedottistico dell'ATO n. 5 Marche, ha reso necessarie delle opere, con ciò determinando "*giustificati motivi tecnici*".

IV.1. - Ciò premesso, l'art. 16.13 della Convenzione individua una priorità fra le misure di riequilibrio, secondo un elenco rispetto al quale l'"*estensione della*

durata dell'affidamento” si colloca dopo la “*revisione della predisposizione tariffaria*” *sub art. 16.13 lett. a)* e dopo la “*revisione del Programma degli Interventi*” *sub art. 16.13 lett. b)*, il che richiede di motivare per quale ragione si approdi appunto alla misura *sub art. 16.13 lett. c)*, tralasciando la misura *sub a)* e *sub lett. b)*.

Sotto questo profilo, le circostanze di fatto sopra rappresentate determinano l'impossibilità di ricorrere alle misure *sub art. 16.13 lett. a)* e *lett. b)* della Convenzione.

Non sussistono i presupposti per l'adozione della misura:

sub art. 16.13. lett. a) della Convenzione, in quanto l'invarianza della tariffa è anzi condizione fondamentale dell'azione in ragione del grado di incidenza del sisma rispetto alle condizioni di vita ed economiche della cittadinanza;

sub art. 16.13 lett. b) della Convenzione, in quanto, come sopra chiarito, il sisma richiede l'implementazione del Programma degli Interventi e non certo la *revisione in peius*, come si prospetta appunto nell'elenco di cui all'art. 16.13 della Convenzione;

con il che occorre accedere alla misura *sub c)* non sotto il profilo della modificazione del perimetro ma appunto sotto il profilo dell'estensione della durata, ricorrendo i presupposti delle “*circostanze straordinarie ed eccezionali*”, in ragione del sisma e della sua gravosità oltrechè dei “*giustificati motivi tecnici*” di cui all'art. 15 della Convenzione in ragione della tipologia degli interventi aggiuntivi da compiere che sono fondamentali per il successivo ordinato svolgimento del Programma degli Interventi e all'impatto degli stessi rispetto al

complessivo equilibrio economico-finanziario da mantenere in ragione della necessità comunque di garantire le manutenzioni.

IV.2.- Ne consegue che il procedimento si potrà sviluppare a termini dell'art. 17 della Convenzione come segue:

- predisposizione ed invio all'EGA dell'istanza ai sensi dell'art. 15 della Convenzione da parte del Gestore a partire dai contenuti della nota prot. n. 59 del 16 gennaio 2017 di CIIP con richiesta di adozione della misura di riequilibrio di cui all'art. 16.13. lett. c) della Convenzione;
- decisione dell'EGA entro sessanta giorni;
- trasmissione all'AEEGSI che deve provvedere entro 180 giorni.

V. – Per inciso, non si deve tacere che AEEGSI ha trattato il tema convenzionale nei propri provvedimenti senza operare una distinzione fra la tipica concessione di servizi e l'affidamento *in house providing* se non, prima del riavvio del procedimento di consultazione a seguito della riforma legislativa, per penalizzare tale seconda modalità.

In tal senso, bisogna considerare che l'art. 30 5° co. D.lgs. 163/2006 stabilisce, fra l'altro, che “*Restano ferme, purchè conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo della concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici*”.

L'art. 30 5° co. D.lgs. 163/2006 s.m.i. si muoveva, dunque, nel solco dell'indirizzo che “*estrapola*” il fenomeno dell'*in house providing* dal campo del

diritto della concorrenza così come del resto ha operato poi la direttiva 23/2014/UE e l'art. 5 D.lgs. 50/2006 s.m.i., per quanto concerne la nuova disciplina

Se, dunque, occorre prendere atto che nei documenti di consultazione AEEGSI ha dimostrato di non distinguere tendenzialmente il fenomeno *in house providing* rispetto alla concessione con gara, occorre prendere atto che le due fattispecie sono profondamente distanti e sono tali anche per l'art. 30 D.lgs. 163/2006 s.m.i. e per la normativa sopravvenuta.

Infatti, nel caso della concessione con gara alla scadenza il Gestore rimane privo di alcun titolo per gestire mentre nel caso dell'*in house providing* la Gestione è insita nel modello organizzativo.

VI. - L'adozione dello *jus variandi* rispetto alla durata della convenzione comporterà necessariamente l'adozione da parte della Società delle modifiche statutarie necessarie per coordinare le conseguenze del riallineamento della gestione mediante la specifica misura della modifica della durata della convenzione.

Rimango a disposizione per ogni integrazione e chiarimento e saluto cordialmente.

avv. Simona Rostagno

