



**Brambilla Fuzier e Associati
Avvocati**

Avv. Paola Brambilla
Avv. Gaia Fuzier
Avv. Benedetta Baracchi
Avv. Francesca Zamboni
Avv. Claudia Pengue
Avv. Elisabetta Mauri

Via G.B. Moroni, 156
24122 Bergamo
tel +39.035.235899
fax +39.035.4130882

Pzza Bertarelli, 1
20122 Milano
tel +39.02.89050500
tel +39.02.86990972
fax +39.02.86996120

segreteria.bg@bfea.it
segreteria@bfea.it
PIVA 02858680164
www.studiobfea.it

Milano, 14 aprile 2024

Spett.le
UFFICIO D'AMBITO DELLA
PROVINCIA DI SONDRIO

segreteria@atosondrio.it
direttore@atosondrio.it

ATO SONDRIO = S.EC.AM, S.P.A. – PROPOSTA DI FINANZA DI PROGETTO

1. Contesto e quesito.

Faccio seguito all'analisi della documentazione trasmessa e alla ricostruzione della normativa di riferimento per esprimere, come richiesto, le mie considerazioni in merito alla problematica in oggetto, al fine della trasmissione del successivo riscontro al gestore del SII.

In estrema sintesi, il quesito riguarda l'individuazione dell'ente competente a prendere in esame una proposta di partenariato pubblico-privato ex art. 193 del d. lgs. 36/23, indirizzata al gestore del SII il 23.10.2023, ad opera di un costituendo RTI tra A2A s.p.a. e Impresa Pizzarotti & C. s.p.a.; la proposta è finalizzata alla realizzazione e gestione sia di un nuovo depuratore in Samolaco e relativo collettamento, sia di un impianto di trattamento dei fanghi presso l'impianto di depurazione di Rogolo.

A tal riguardo risulta che il gestore del SII abbia informato l'Ufficio d'ambito il 7.12.2023, ricevendo già il 23.12.2023 l'indicazione di esaminare la proposta nel termine di legge, ed in un

secondo momento, grazie alla nota dell'Ufficio del 8.01.2024, anche il suggerimento di curare nell'istruttoria l'approfondimento di una serie di aspetti particolarmente rilevanti, riassunti in 28 punti, tenendo poi informato l'Ufficio medesimo.

Tra il gestore del SII e la mandataria del costituendo RTI è intercorso quindi uno scambio di corrispondenza, che ha portato i due soggetti a concertare da un lato una proroga del termine per il riscontro della proposta, dall'altro a condividere una prima disamina dalle problematiche evidenziate dall'Ufficio d'Ambito, a seguito della quale il gestore, in data 29.2.2024, ha trasmesso all'Azienda speciale d'Ambito la risposta fornita da A2A ad alcuni dei quesiti.

Il giorno successivo 1.3.2024, infine, uno studio legale incaricato dal gestore, ha indirizzato a nome e per conto di S.Ec.Am. s.p.a. una missiva all'Ufficio d'Ambito ed alla Conferenza dei Comuni, asserendo che, sostanzialmente in ragione dell'ammesso contrasto tra il contenuto del PPP e l'equilibrio economico finanziario del Piano d'ambito in vigore, l'Azienda speciale sarebbe stata tenuta a valutare la fattibilità della proposta, nell'ambito di un procedimento partecipato, al fine di prevedere eventualmente una modifica ad hoc della programmazione e del piano d'ambito.

Da qui la richiesta, rivolta alla scrivente, di una verifica della correttezza della posizione espressa dall'Ufficio d'Ambito sia quanto all'individuazione del soggetto tenuto all'esame della proposta e a darvi riscontro, sia quanto alla ravvisata priorità di un esame della proposta nel merito da parte del gestore, rispetto all'esame della verifica della copertura finanziaria e del possibile inserimento nella programmazione esistente in variazione.

2. La cornice normativa e regolatoria di riferimento quanto all'attuazione degli interventi del SII.

La nota dello studio legale a cui si intende dare riscontro afferma, a supporto della pretesa di ottenere una decisione sulla fattibilità della proposta dall'Ufficio d'ambito seguita dall'avvio di procedure partecipate, che da un lato l'obbligo del gestore derivante dalla normativa (art. 149 T.U.A.) e dalla Convenzione in essere (art. 2 bis), di realizzare il programma degli interventi vigente ed approvato all'interno del Piano d'ambito e di accettare la pianificazione economica degli interventi (art. 11 ter) impedirebbe allo stesso di decidere interventi che esorbitino da tale quadro programmatico definito a monte; dall'altro pare rivendicare l'esistenza di un obbligo dell'Ufficio d'ambito di introdurre nella pianificazione e nella programmazione varianti o nuovi interventi funzionali al miglioramento del servizio idrico integrato (valorizzando a tal fine sempre l'art. 2 bis della Convenzione).

Ora, tale posizione si ritiene frutto di una lettura parziale ed isolata di quest'ultima disposizione, che è stata introdotta quale addendum alla convenzione originaria per allinearla sintonicamente rispetto all'evoluzione della regolazione settoriale maturata dall'avvio originario dell'affidamento, nonchè per informare a una maggior collaborazione i rapporti tra Ufficio d'Ambito e gestore.

Detta lettura non è per nulla condivisa, in quanto è chiaramente avulsa dal sistema convenzionale, nonchè in contrasto con il quadro giuridico di riferimento, che si fonda sulla particolare pregnanza della pianificazione del servizio idrico integrato: funzionale, per un verso, al razionale concorso agli obiettivi di tutela quali-quantitativa della risorsa idrica; per altro verso diretta ad assicurare un servizio pubblico tendenzialmente universale, con caratura di diritto fondamentale (c.d. basic needs).

La pianificazione, e la programmazione di lungo periodo degli interventi ad essa connessi, rispondono infatti alla necessità di soddisfare una serie di esigenze e obiettivi dettati a livello europeo dalle direttive di settore, quindi declinati a livello nazionale dalla Regolazione di ARERA e infine modulati a livello regionale dalle rispettive normative e pianificazioni attuative: ciò che

rende questi strumenti – su cui si fondano l'affidamento in house al gestore e dunque gli obblighi che lo stesso assume - tendenzialmente suscettibili di variazioni solo secondo tempistiche programmate, periodiche, ovvero in dipendenza di modifiche normative e circostanze eccezionali.

Questo è il motivo per cui non è possibile assimilare *tout court* gli strumenti di pianificazione e programmazione del s.i.i. con il programma delle opere pubbliche di cui all'art. 37 del Codice dei contratti, né si può invocare l'applicazione dell'art. 193 comma 2 del medesimo codice al fine di ritenere che l'approvazione del progetto di fattibilità sia suscettibile di apportare una variante agli strumenti di programmazione dell'ente concedente (che sarebbe il gestore): ciò in quanto lo stesso è a sua volta affidatario della gestione del s.i.i. ed è dunque vincolato nell'agire appunto al rispetto della pianificazione e programmazione superiore.

Ma vi è di più: l'art. 148 comma 6 del Codice, comma b) dispone che sono escluse dall'applicazione del codice le concessioni che riguardino: “*smaltimento o trattamento delle acque reflue*”, sicché si pone anche il dubbio sulla fattibilità di un'operazione che non è meramente tesa alla realizzazione di un impianto di gestione dei fanghi, ma, segnatamente, alla “*concessione e gestione della depurazione, del trattamento e dello smaltimento fanghi*” (così nota Secam 7.12.23). Anche la nota parziale di chiarimenti di A2A del 28.2.2024, del resto, esplicita e conferma che l'aspetto della concessione del segmento del servizio di depurazione è da considerare “incluso” nel perimetro della proposta. Si tratta di aspetto che merita un'interlocuzione con l'EGA ed eventualmente con ARERA, in relazione alla complessità dell'operazione, interlocuzione che traspare sia stata colta come necessaria anche dalla lettura del verbale dell'assemblea dei soci di S.Ec.Am. s.p.a.

Ciò posto, venendo alla specifica trattazione dei rapporti tra Ufficio d'ambito e gestore, per come delineati dalla convenzione di affidamento del servizio, al fine di una loro corretta e sistematica lettura, mi preme porre in evidenza le seguenti disposizioni:

- art. 1 comma 5; l'Ufficio ha verificato, per il periodo dell'affidamento, il mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario della gestione affidata e del gestore nel suo complesso, quanto agli effetti del piano economico proposto, sicché quest'ultimo non può autonomamente superare nella gestione il totale dei costi previsti nel piano economico finanziario al netto degli oneri previsti per investimenti (aspetto rafforzato dal successivo art. 10 bis);
- art. 11; disciplina il programma degli interventi, la sua durata parallela alla durata dell'affidamento, la revisione periodica alle scadenze stabilite (comma 7), la revisione prima della scadenza per specifiche circostanze (comma 8: varianti, revisioni tariffarie, modifiche del perimetro della gestione, assunzione di altre reti e impianti) e la revisione straordinaria (comma 9: cause oggettive o eventi non prevedibili);
- art. 17; disciplina la possibilità e le modalità con cui anche il gestore può sottoporre all'Ufficio d'ambito proposte di variante al programma degli interventi. In particolare il comma 3 recita testualmente: “*Il Gestore a sua volta può presentare all'Ufficio d'Ambito domanda di variante al programma degli interventi per ottemperare a nuove e motivate esigenze, obblighi di legge o di regolamento, inerente l'utilizzazione di nuove tecnologie, per la riduzione dei costi complessivi ovvero per il raggiungimento di migliori livelli di servizio. La domanda di variante deve essere congruamente motivata circa le conseguenze sul piano tecnico economico ed in particolare sulle tariffe. In particolare dovranno essere precisati i tempi di prevista realizzazione di proposti interventi nonché le modifiche o integrazioni degli indicatori relativi ai nuovi obiettivi. Nel caso in cui la domanda di variante proposta dal Gestore corrisponda a nuovi obblighi di legge o di regolamento, essa non può essere respinta dall'Ufficio d'Ambito. Le eventuali varianti proposte dal Gestore che non corrispondono a nuovi obblighi di legge o di regolamento, a prescindere dal momento della loro presentazione, sono esaminate e decise dall'Ufficio d'Ambito in sede di revisione triennale... Per varianti di cui al presente articolo si intendono un nuovo intervento non previsto o la maggiorazione di costo di un intervento già previsto, ovvero lo stralcio di un intervento previsto e non più ritenuto necessario o da sostituirsi con un altro.”*

Vi sono poi ulteriori articoli, introdotti in occasione delle revisioni della convenzione, che senza mutare i confini dei ruoli e la ritualità della formazione della programmazione degli interventi (in ragione degli obiettivi euronunitari ed vista degli obiettivi di interesse generale e delle ricadute tariffarie), hanno codificato la possibilità di un dialogo fattivo e collaborativo tra Ufficio d'ambito e gestore in tutta una serie di ipotesi.

Si tratta, in particolare:

- dell'art. 11 bis, il quale prevede l'aggiornamento del piano e del programma degli investimenti all'inizio di ogni periodo regolatorio, per superare criticità ed adeguarsi ai nuovi obblighi ed esigenze, sempre avendo cura dell'equilibrio economico e finanziario;
 - dell'art. 11 ter, per cui il Gestore accetta la pianificazione degli importi da impegnare per la realizzazione degli interventi infrastrutturali redatta sino alla nuova scadenza dell'affidamento (in estensione) operata al 2044;
 - degli artt. 16 bis e ter, in tema di riequilibrio economico e finanziario;
 - infine dell'art. 2 bis, che testualmente dispone: *“Le Parti si impegnano, con la presente convenzione, a realizzare le attività necessarie alla gestione del servizio idrico integrato, promuovendo il progressivo miglioramento dello stato delle infrastrutture e della qualità delle prestazioni erogate agli utenti, in attuazione della normativa vigente. Per il raggiungimento delle finalità di cui al comma precedente, l'Ente di governo dell'ambito si impegna ad ottemperare agli obblighi previsti dalla presente convenzione, tra cui:*
 - a) adottare procedure partecipate che, con il coinvolgimento dei soggetti interessati, permettano di identificare in modo trasparente le priorità di intervento e gli obiettivi di qualità, verificandone la sostenibilità economico-finanziaria e tecnica;*
 - b) aggiornare le priorità di intervento sulla base delle principali criticità riscontrate e predisporre, coerentemente e nei tempi previsti, il Programma degli Interventi e il Piano Economico-Finanziario;*
 - c) approvare gli atti di propria competenza sulla base di istruttorie appropriate, per mantenere il necessario grado di affidabilità, chiarezza, coerenza e trasparenza della presente convenzione.*
- 2.3 Per il raggiungimento della finalità di cui al comma 2.1, il Gestore si impegna ad ottemperare agli obblighi previsti dalla presente convenzione, tra cui:*
- a) garantire la gestione del servizio in condizioni di efficienza, efficacia e economicità, promuovendo il miglioramento delle prestazioni erogate agli utenti e dello stato delle infrastrutture, secondo le priorità stabilite dall'EGA in attuazione della normativa vigente;*
 - b) sostenere i rischi connaturati alla gestione, a fronte dei quali percepisce i ricavi da corrispettivi tariffari, secondo la normativa vigente;*
 - c) realizzare il Programma degli Interventi e tutte le attività necessarie a garantire adeguati livelli di qualità agli utenti;*
 - d) adottare tutte le azioni necessarie a mantenere un adeguato grado di affidabilità, chiarezza, coerenza e trasparenza della presente convenzione.”*

Ora, è evidente che tale ultima disposizione, lungi dall'introdurre nuovi obblighi in capo all'Ufficio d'ambito, e tanto meno imponendo allo stesso di attivarsi con tempi e modi straordinari per la modifica del programma degli interventi, ha in realtà ad oggetto esclusivamente la condivisione delle priorità degli interventi già programmati, o ancora la variazione delle priorità; il tutto sempre nell'ambito della programmazione vigente, favorendo senz'altro il confronto e la partecipazione, ma in occasione delle scadenze e dei momenti già previsti quali sedi deputate alla presa in considerazione di possibili variazioni.

Ciò, beninteso, fermo restando che in caso di divergenza di vedute in ordine a tali ultime modifiche la convenzione prevede in ogni caso l'attivazione di un tentativo di composizione amichevole (art. 12), prodromico all'instaurazione di possibili controversie, secondo una logica (propria degli schemi convenzionali) da ricondursi alle specificità dell'affidamento in house del s.i.i., che postula un'ordinaria sinergia di vedute e di obiettivi tra enti concedenti e affidatari del servizio.

Da quanto delineato risulta dunque indubitabile (i) che il Gestore può unicamente muoversi nel quadro della programmazione degli interventi vigente, che costituisce il perimetro contenutistico dell'affidamento; (ii) che il medesimo può certamente proporre modifiche a detto programma, ma in casi tipici e tassativi e a scadenze predeterminate, quindi in sede di revisione triennale ove non dipendano da nuove disposizioni normative; (iii) che in ogni caso la proposta di modifiche deve essere congruamente motivata circa le conseguenze sul piano tecnico economico ed in particolare sulle tariffe, nonché precisare, come abbiamo visto, i tempi di prevista realizzazione di proposti interventi e le modifiche o integrazioni degli indicatori relativi ai nuovi obiettivi.

3. Considerazioni sugli assunti del gestore e del relativo legale sulla base del quadro di riferimento.

Ciò premesso, ad oggi, invero, la richiesta rivolta all'Ufficio d'Ambito non risulta dotata delle caratteristiche e dei requisiti necessari per dar vita all'obbligo o, meglio, alla facoltà dell'Ufficio, di prenderla in considerazione.

A tacere poi degli aspetti formali su cui si tornerà oltre, sicuramente ciò che difetta è proprio l'istruttoria tecnica, che compete al gestore, volta ad analizzare gli aspetti delle specifiche ricadute tecniche ed economiche dell'operazione di finanza di progetto, al fine poi di proporre, eventualmente, una modificazione del Programma degli interventi. A prescindere dalla chiara attribuzione convenzionale di detti obblighi istruttori al gestore, è evidente che buona fede e collaborazione impongono che sia il soggetto che vuole variare il programma a dover istruire la modifica, per condividerla con il proprio partner convenzionale, ma anche per consentire la partecipazione pubblica e la trasparenza prevista per legge oltre che in forza dell'articolato sopra riportato.

Inoltre è fuori discussione che l'Ufficio d'ambito abbia già dato ampia prova della propria leale e robusta collaborazione, atteso che ha fornito sollecitamente al gestore un'articolata disamina preliminare degli aspetti critici e problematici dell'operazione di finanza di progetto, proprio per meglio contribuire all'istruttoria spettante a S.Ec.Am. s.p.a., al fine della rispettiva valutazione eventualmente prodromica a una proposta di variante. Rispetto a tale approccio collaborativo e supportivo, il gestore si è limitato a rigirare i quesiti al costituendo R.T.I., che ne ha riscontrati solo alcuni, fornendo risposte che non possono però, in alcun modo, sostituirsi all'istruttoria e all'analisi orientata al pubblico interesse dell'ente concedente.

In particolare, restano insoluti aspetti dirimenti, a partire dalla mancata disponibilità delle aree, sino alla complessità e incertezza dell'esito delle procedure di verifica di assoggettabilità a VIA e di eventuale valutazione di incidenza correlate alla tipologia dell'opera e alla sua localizzazione, sino - soprattutto - alla dubbia sostenibilità economica complessiva dell'operazione, in relazione alla sua ipotizzata realizzazione in un futuro caratterizzato da significative avversità e scenari di rischio inerenti alla disponibilità e alla qualità della risorsa idrica, come pure dall'imminente approvazione di nuovi obblighi depurativi in sede europea.

Quanto al primo aspetto, cambiamento climatico ed eventi estremi hanno portato l'Unione Europea e il Dipartimento delle Politiche di Coesione a imporre specifici strumenti di verifica climatica degli investimenti infrastrutturali: ci si riferisce, in particolare, al Regolamento (UE) N. 1060 del 2021, volto a garantire l'immunizzazione dagli effetti del clima degli investimenti in infrastrutture la cui durata attesa è di almeno cinque anni. L'immunizzazione dagli effetti del clima è definita dal Regolamento come *“un processo volto a evitare che le infrastrutture siano vulnerabili ai potenziali impatti climatici a lungo termine, garantendo nel contempo che sia rispettato il principio dell'efficienza energetica al primo posto e che il livello delle emissioni di gas a effetto serra derivanti dal progetto sia coerente con l'obiettivo della neutralità climatica per il 2050”*.

A livello nazionale la disciplina in questione è stata attuata con il varo, il 6 ottobre 2023, dei recenti indirizzi per la verifica climatica, applicabile alle infrastrutture (anche relative alla gestione delle acque reflue, anche in vista del riutilizzo, voci 64-65-66) secondo dettagliati criteri emanati dal Dipartimento per le Politiche di Coesione in collaborazione con il MASE: “*Indirizzi per la verifica climatica dei progetti infrastrutturali in Italia per il periodo 2021-2027*” (https://politichecoesione.governo.it/media/ch0naoef/indirizzi-per-la-verifica-climatica_e_allegato.pdf).

La verifica climatica non pare tenuta invero essere stata tenuta considerazione sia con riferimento all’opera, che con riferimento all’impatto complessivo del disordine climatico sulla tenuta della gestione del servizio, sebbene suscettibile, unitamente alle altre variabili tralasciate, di modificare profondamente il quadro esigenziale del servizio.

Inoltre, dalla risposta resa dal costituendo RTI ai punti di riflessione sollevati dall’Ufficio d’ambito, emerge come non si sia tenuto conto degli aspetti più significativi della prossima revisione della direttiva 91/271/CEE, approvata anche dal Parlamento (COM(2022)0541 – C9-0363/2022 – 2022/0345(COD)), la quale prevede importanti modifiche destinate ad accrescere i costi degli investimenti da mettere in campo entro l’arco di durata della convenzione in essere, e anche – di conseguenza - la tariffa del s.i.i.

Detta proposta di revisione della direttiva, in particolare, è volta a stimolare una protezione costante dell’ambiente dalle ripercussioni negative provocate dagli scarichi di acque reflue urbane non sufficientemente trattate e, al contempo, a contribuire maggiormente alla protezione della salute pubblica: essa persegue, inoltre, l’obiettivo di migliorare l’accesso ai servizi igienico-sanitari e alle informazioni chiave relative alla governance delle attività di raccolta e di trattamento delle acque reflue urbane (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0276-AM-268-268_IT.pdf).

La nuova disciplina punta, altresì, a contribuire al progressivo azzeramento delle emissioni di gas a effetto serra connesse alle attività di raccolta e di trattamento delle acque reflue urbane, in particolare riducendo ulteriormente le emissioni di azoto, ma anche promuovendo l’efficienza energetica e la produzione di energia rinnovabile, concorrendo in tal modo al raggiungimento dell’obiettivo della neutralità climatica entro il 2050, sancito dal regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Ora, i punti fondamentali e più impattanti nel nostro ordinamento della proposta europea, lungi dall’essere privi di rilevanza, sono già stati presi in seria considerazione da ARERA e dalle istituzioni del settore, per il loro contenuto dirompente. In particolare:

- la proposta di Direttiva introduce, all’art. 2, una nuova definizione di “agglomerato” che non fa più riferimento al concetto di popolazione/attività economiche sufficientemente concentrate, ma viene precisata facendo riferimento al carico inquinante delle acque reflue, individuando una soglia minima di concentrazione di abitanti equivalenti che deve essere pari ad almeno 10 abitanti equivalente per ettaro;
- si prevede entro il 2030 l’estensione dell’obbligo di dotazione di reti fognarie a tutti gli agglomerati compresi tra 1.000 e 2.000 A.E. (attualmente è per gli agglomerati superiori 2.000 A.E.). Viene poi introdotto, inoltre, un nuovo obbligo per garantire che le famiglie siano collegate alle reti fognarie laddove esistenti;
- si introduce l’obbligo di redazione di “Piani di gestione delle acque reflue urbane” integrati localmente per contrastare l’inquinamento delle acque meteoriche (deflusso urbano e tracimazione delle acque meteoriche), con le tempistiche dal 2030 al 2035 a seconda delle dimensioni degli agglomerati;
- si registrano interventi importanti anche sugli obblighi di trattamento secondario, terziario e quaternario cd. aggiuntivo, al fine di eliminare lo spettro più ampio possibile di microinquinanti, con scadenze a scaglioni dal 2030 al 2035 al 2040;

- viene poi introdotto un regime di “responsabilità estesa del produttore”, per il settore farmaceutico e quello cosmetico, salvo le aziende al di sotto di una certa soglia di scarico, per ridurre alcune categorie di microinquinanti;
- si dà vita a specifici piani di gestione del rischio causato dalle acque di scarico ai fini della qualità dei corsi utilizzati per captare acqua per uso potabile, della qualità delle acque balneabili, dello stato dei corpi ricettori che possono dettare interventi di collettamento e depurazione ancora più rigorosi, uniti a un nuovo sistema nazionale di sorveglianza delle acque reflue urbane per monitorare i parametri rilevanti per la salute pubblica;
- il tutto unito a misure volte a garantire trasparenza e informazione diffusa ai cittadini, con la previsione ulteriore di un obbligo di indennizzo e risarcimento, inteso a garantire che, qualora si sia verificato un danno per la salute, totalmente o parzialmente dovuto a una violazione delle misure nazionali adottate ai sensi della direttiva, il pubblico interessato possa chiedere e ottenere il risarcimento di tale danno dalle pertinenti Autorità competenti e, se identificate, dalle persone fisiche o giuridiche responsabili della violazione.

L’impatto economico, finanziario e tariffario di queste misure è quindi stato già da tempo - e comprensibilmente - analizzato e stimato dagli enti attivi nel settore, che ne hanno evidenziato la rilevanza e significatività in studi, analisi, paper e audizioni presso le istituzioni nazionali (https://webtv.senato.it/application/xmanager/projects/leg19/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/425/919/UTILITALIA-Audizione_UWWTD_16-3-23_def_su_COM_2022_541.pdf).

Da ciò consegue che, anche nel merito e non solo sul piano formale, ad oggi difetta quell’analisi della progettualità che dovrebbe sorreggere una proposta di variazione del programma degli interventi suscettibile di essere presa in considerazione dall’Azienda speciale, nei tempi e nei modi previsti dalla convenzione.

4. Le procedure statutarie del gestore applicabili alla fattispecie.

Si deve a questo punto prendere in considerazione quali siano le condizioni in base alle quali il gestore possa ritenersi legittimato a formulare una proposta quale quella in esame, “*di rilevante variazione degli investimenti*”.

Ebbene, si tratta di ipotesi per la quale lo Statuto del gestore, al fine di garantire il controllo analogo congiunto, prevede all’art. 15 specifiche procedure assembleari precedute dall’espressione dei pareri vincolanti delle commissioni di cui all’art. 25 e dalla messa a disposizione degli schemi e documenti; al riguardo, invero, non risulta che questi passaggi siano stati svolti, in quanto nella corrispondenza intercorsa viene solo indicato genericamente che l’assemblea si sarebbe espressa a favore dell’utilizzo del partenariato pubblico privato.

Dalla lettura del verbale è possibile inferire che si è trattato davvero di un’espressione preliminare, operata senza la messa a disposizione della documentazione depositata dal RTI, a favore della proposta di “*procedere come è stato rappresentato, ovvero di attivarsi in tempi rapidi alla presentazione di un progetto di PPP inerente la costruzione di un nuovo impianto di depurazione sito nel Comune di Samolaco e di un hub fanghi con trattamento di idrolisi termica presso l’impianto di depurazione di Rogolo a servizio degli impianti di depurazione della provincia di Sondrio, con annessi contratti di concessione e gestione della depurazione, del trattamento e dello smaltimento fanghi.*”

Dunque si tratta di un’espressione del tutto preliminare, ben lontana da quell’istruttoria e valutazione dell’istruttoria che lo stesso Presidente della società prefigura in più di d’uno degli interventi registrati a verbale.

Rispetto dunque a una possibile attivazione di un PPP astrattamente già previsto dalla convenzione, la deliberazione assembleare risulta inidonea a fornire elementi o valutativi istruttori adeguati all'assunzione di decisioni vere e proprie, segnatamente quelle postulate dalla procedura.

Nel caso in esame, invero, più che la tipologia dello strumento deputato a realizzare gli interventi demandati al gestore, ciò che assume pregnanza è il suo specifico oggetto, la sua portata, la sua coerenza con il quadro pianificatorio e programmatico e la sua correlazione ad una necessaria richiesta di modifica di tale quadro di riferimento.

Dunque non pare che ad oggi gli organi amministrativi possano esigere dall'ATO la presa in considerazione di percorsi oggettivamente e specificamente regolamentati quanto alle modalità di assunzione rituale in ambito societario.

5. Considerazioni sui ruoli di Ufficio d'ambito e gestore quanto al procedimento di valutazione dell'operazione di finanza di progetto.

Scendendo quindi alla disamina della specifica articolazione del PPP nel caso concreto, si osserva come il nuovo codice dei contratti abbia inciso anche sulla disciplina della fattispecie della finanza di progetto articolazione del partenariato pubblico privato, semplificando soprattutto le fasi preliminari di interlocuzione tra il proponente e il concedente; ciò in quanto il rinnovato art. 193 del Codice dei contratti prevede la possibilità che il concedente possa appunto avanzare proposte di modifiche necessarie all'approvazione del PPP, codificando ufficialmente una prassi già in uso, sebbene controversa.

Alcuni autori hanno sottolineato la portata espansiva con cui l'istituto è stato ridisegnato, assumendo una duplice forma bidirezionale a cui possono dar vita tanto i proponenti, quanto gli enti concedenti, stimolando in questo caso la formulazione di proposte capaci di rispondere dal principio alle esigenze della pubblica amministrazione.

Nello specifico caso che ci occupa, lo scambio di corrispondenza intercorso palesa la necessità di operare una puntuale individuazione appunto dell'ente concedente; questi è il soggetto a cui spetta valutare la proposta entro 90 giorni, invitare se del caso – come si è visto - il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione, e quindi concludere la procedura di valutazione con provvedimento espresso.

Ebbene, è proprio l'incoerenza del progetto rispetto al quadro pianificatorio e programmatico ad aver portato ad equivocare i ben distinti ruoli dell'Ufficio d'Ambito e del Gestore.

In proposito non vi è infatti dubbio alcuno che ove le previsioni del Piano d'ambito e del Programma degli interventi che il gestore deve realizzare attraverso il Piano previsionale e programmatico annuale ed il piano industriale siano allineate e coerenti, non vi sarebbe dubbio che il progetto di fattibilità, se rispondente a questi strumenti, sarebbe valutato con minori difficoltà ed esitazioni, ed una volta approvato sarebbe *“inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente”*; locuzione che si deve quindi necessariamente riferire al soggetto deputato a realizzare, in forza dell'affidamento, le opere e gli interventi del s.i.i., direttamente o indirettamente, agendo quale organismo di diritto pubblico e quindi di soggetto aggiudicatore o ente concedente.

La palese titubanza che si è registrata in capo al gestore nel caso di specie dipende allora, a ben vedere, dalla constatata non conformità dell'intervento non solo rispetto alla programmazione industriale di S.Ec.Am. s.p.a., ma anche alla pianificazione e programmazione a monte, la quale non può essere messa in discussione né variata attraverso la mera approvazione del project financing, e ciò in ragione della specifica normativa e regolamentazione convenzionale di cui si è detto.

Già questo elemento di contrasto palesa l'impossibilità, allo stato, di approvazione del progetto.

Pare però evidente che il gestore aneli a comprendere se, in un diverso scenario programmatico più alto, l'iniziativa potrebbe venir presa in considerazione; a tal fine ritengo che lo stesso abbia ipotizzato di poter trovare una soluzione alla sua impossibilità di rispondere positivamente cercando di delegare la decisione all'Ufficio d'ambito, però confondendo a questo punto i due distinti livelli di programmazione e i ruoli diversi dell'Azienda speciale rispetto all'affidatario del s.i.i.

Ribadito che in alcun modo spetta all'Azienda speciale esprimersi formalmente sulla proposta del promotore, in quanto l'Ufficio d'ambito non è l'ente concedente cui fa riferimento l'art. 193 del codice dei contratti, e che tanto meno una simile pronuncia può invocarsi sulla base dell'art. 2 bis della Convenzione, si vuole qui evidenziare come tale conclusione trovi conferma anche in alcune interessanti pronunce che si sono occupate di questi distinti soggetti e ruoli, nell'ambito di fattispecie di finanza di progetto relative proprio al settore idrico.

In una prima vicenda su cui si è espresso il Consiglio di Stato, il percorso di valutazione e approvazione del progetto di fattibilità risulta essere stato pacificamente condotto dal gestore affidatario del s.i.i., sottoposto a controllo analogo dall'EGA regionale; una volta indetta ed aggiudicata la gara, in vista dell'approvazione del progetto definitivo ai sensi dell'art. 158 bis del TUA, l'ente regionale ha segnalato in diciassette punti al gestore la ravvisata criticità dell'operazione ed il proprio parere sfavorevole. Ebbene, nel caso di specie il Collegio ha ritenuto che questo intervento ex post dell'ente d'ambito si configuri come esercizio legittimo del controllo analogo sull'aggiudicazione della società in house, avallando la sequenza procedimentale intercorsa e i distinti compiti svolti dai due soggetti (Consiglio di Stato 6915/22).

Seppure la sentenza, com'è ovvio che sia, argomenti la soluzione con puntuali riferimenti alla specifica regolamentazione dei rapporti tra ente d'ambito e gestore previsti dallo statuto di quest'ultimo ai fini dell'esercizio del controllo analogo, la stessa è tranchant nel distinguere il ruolo del gestore/concedente - deputato a gestire la procedura di finanza di progetto - e il diverso munus dell'ente d'ambito, garante del sistema e della tenuta della pianificazione che interviene ex post, nell'esercizio di altre funzioni e prerogative.

Viene quindi confermato, in sintesi, che spetta esclusivamente al gestore l'effettuazione di quella valutazione preliminare di convenienza e fattibilità delineata dall'art. 175 del codice dei contratti, che *“si incentra sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. A tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente.”*

Detta valutazione preliminare, di natura istruttoria, è quindi compito precipuo di S.Ec.Am. s.p.a., che oltretutto è stata supportata in detta analisi dagli stimoli che - in spirito di collaborazione e di comune interesse alla realizzazione degli obiettivi del s.i.i. - gli sono stati messi a disposizione prontamente dall'Ufficio d'Ambito.

In difetto di siffatta istruttoria e disamina non possono quindi neppure concretarsi le diverse previsioni normative e convenzionali che prevedono la possibilità di modificare (con le tempistiche e le forme previste) il piano d'ambito e il programma degli interventi in funzione del possibile raggiungimento di obiettivi di particolare importanza; perché detta modifica è subordinata a valutazioni puntuali di convenienza e sostenibilità complessiva che non possono essere condotte in assenza di una previa istruttoria e valutazione sull'operazione da parte del gestore. Non v'è

materia, insomma, perché non v'è istruttoria. E dunque non è possibile alcuna successiva valutazione dell'Ufficio d'ambito sulla ricorrenza delle condizioni per la variazione del quadro pianificatorio e programmatico.

Aiuta altresì, nella comprensione di come detta valutazione spetti all'ente concedente inteso necessariamente come gestore, un'altra pronuncia che, analizzando il contenzioso tra due soggetti promotori, ha evidenziato sia la spettanza dell'istruttoria al RUP del gestore, sia la possibilità che detta istruttoria si concluda con un "*semplice giudizio istruttorio tecnico di indivisibilità della proposta*", che "*non equivale a una declaratoria di pubblico interesse rispetto alla medesima*", perché "*non conteneva né poteva contenere alcuna attestazione di pubblica utilità e di interesse per la collettività amministrata*". Detta dichiarazione, viene precisato, deve intervenire con atto del soggetto competente (nel caso deciso, la giunta comunale, nel nostro caso la società affidataria del s.i.i. quale organismo di diritto pubblico). Così Consiglio di Stato, 231/2023.

La sentenza, che poi prosegue decretando (nel caso di specie) la decadenza della proposta decorsi i 90 giorni perentori senza approvazione, si spinge ad affermare che l'amministrazione dopo tale termine non avrebbe più alcun obbligo di prenderla in considerazione; con l'ulteriore conseguenza che, essendo mancata la dichiarazione di pubblico interesse che sola crea un principio di affidamento, non sussisterebbe neppure alcun danno ingiusto in capo al promotore, neppure di natura precontrattuale, (richiamando Consiglio di Stato 111/2018) in dipendenza del mancato riscontro espresso.

6. Conclusioni.

Tracciato compiutamente, a questo punto, lo scenario di riferimento, ecco che la valutazione della studio di fattibilità del R.T.I. promotore non può che spettare al gestore, il quale ha l'onere di vagliarlo nell'ambito di un'istruttoria che ha già visto la collaborazione, *eb extrinseco*, dell'Ufficio d'ambito; vaglio che deve dirimere tutte le criticità derivanti non tanto dalla mancata previsione della specifica progettualità negli strumenti di pianificazione e di programmazione a monte, ma dalla sua reale sostenibilità tecnica ed economica, da analizzare tenendo in conto lo scenario della regolazione, il contesto attuale e i trend del settore.

Detta verifica, che è ben tipizzata dall'art. 175 e 193 del codice dei contratti a cui oggi il promotore e il gestore fanno riferimento, potrebbe anche essere preceduta da un vaglio preliminare alla valutazione ufficiale di fattibilità, ai fini di un interessamento preliminare dell'Ufficio d'ambito, che potrebbe al limite esprimersi sulla possibilità di prendere in considerazione una futura variante nei tempi e modi previsti. Ma non di più.

Solo una valutazione positiva di fattibilità può infatti costituire il presupposto per dare avvio formale a una proposta di variante, con conseguente obbligo per l'Ufficio d'Ambito di pronunciarsi in merito, nella ricorrenza dei relativi requisiti di forma e sostanza.

Ad oggi, in conclusione, non ritengo che sussista per l'Ufficio d'ambito alcun obbligo di "*approvare gli atti di propria competenza sulla base di istruttorie appropriate*" come invece sostiene, con un richiamo a mio avviso non pertinente all'art. 2 della convenzione, lo studio incaricato dal gestore di scrivere all'Ufficio d'Ambito; con ciò giudicando corretta, razionale, giustificata e coerente la condotta tenuta dall'Azienda speciale e le posizioni assunte nell'iter in corso.

Al riguardo, se mi è consentito, mi sento di manifestare anche una certa perplessità per la modalità di interlocuzione tramite legale di cui si è avvalso il gestore, in quanto poco funzionale ad una logica di collaborazione e confronto aperto che invece proprio l'art. 2 bis della Convenzione incoraggia e positivamente auspica abbia a riportare direttamente agli enti il proprio dialogo, senza scartare l'ausilio di professionalità legali, in chiave però di supporto comune.

Confidando, in ultimo, di aver riscontrato esaustivamente i quesiti che mi sono stati sottoposti, resto a disposizione per ogni ulteriore chiarimento.

Con i migliori saluti

Avv. Paola Brambilla
(sottoscrizione digitale)

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Brambilla', written in a cursive style.