



## **Delibera della Giunta Regionale n. 693 del 08/10/2010**

A.G.C.5 Ecologia, tutela dell'ambiente, disinquinamento, protezione civile

Settore 9 Ciclo integrato delle acque

Oggetto dell'Atto:

CONVENZIONE HYDROGEST CAMPANIA S.P.A - CONTRATTO REP. 13625 IN DATA 16/12/2004 - ATTIVAZIONE DEL PROCEDIMENTO DI AUTOTUTELA PER LA SOSPENSIONE DELLA DGR 1852/2009.

**Alla stregua dell'istruttoria compiuta dal Settore e delle risultanze e degli atti tutti richiamati nelle premesse che seguono, costituenti istruttoria a tutti gli effetti di legge, nonché dell'espressa dichiarazione di regolarità della stessa resa dal Dirigente del Settore a mezzo di sottoscrizione della presente**

**PREMESSO che**

- a. ai sensi dell'art. 7, comma 1, della O.M. 2948/99 "il Commissario Delegato – Presidente della Regione Campania, sentite per quanto di competenza le autorità di Ambito e quelle di Bacino interessate, doveva progettare e realizzare le integrazioni e gli adeguamenti funzionali dei sistemi di collettamento e depurazione interessanti gli impianti di Nola, Acerra, Marcianise, Napoli Nord, Foce Regi Lagni e Cuma al fine di garantire la compatibilità ambientale delle attività depurative e di assicurare la conformità con i criteri di sicurezza ambientale e sanitaria definiti dal Ministero dell'Ambiente degli scarichi nei corpi idrici superficiali;
- b. con O. M. 3100/2000 il Commissario è stato autorizzato a ricorrere alle procedure di cui agli artt. 37 bis e seguenti della Legge n. 109/94 per realizzare gli interventi di adeguamento degli impianti di depurazione;
- c. con successivi provvedimenti commissariali sono state attivate le procedure per l'affidamento in concessione per "l'adeguamento e/o la realizzazione del sistema di collettori PS 3 (ad esclusione di quelli di competenza del Sindaco di Napoli – Commissario di Governo delegato), l'adeguamento degli impianti di depurazione di Acerra, Marcianise, Napoli Nord, Foce Regi Lagni e Cuma, nonché la realizzazione o l'adeguamento degli impianti di trattamento fanghi";
- d. con ordinanza commissariale n. 148 del 9.11.04, è stato disposto l'affidamento della concessione al Raggruppamento Temporaneo di Imprese TM. E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia, Cooperativa Costruttori s.c.a.r.l. e Giustino Costruzioni S.p.A.;
- e. il Commissariato di Governo ha stipulato con l'affidataria un contratto Rep. 13625 in data 16.12.04, registrato al registro atti pubblici in data 30.12.04 al n. 105728, quale convenzione tra le parti avente ad oggetto l'affidamento della concessione della durata di 15 anni;
- f. il citato Raggruppamento ha comunicato al Commissariato, in data 16.12.04, di aver costituito la società di progetto "Hydrogest Campania S.p.A." ai sensi dell'art. 37 quinquies L. 109/94, per l'esecuzione unitaria della concessione, subentrante nei rapporti attivi e passivi derivanti dalla concessione, ferma la solidale responsabilità delle imprese raggruppate;
- g. all'esito della sentenza n. 6727/06 resa dal Consiglio di Stato, pronunciata sui ricorsi in appello proposti avverso l'affidamento della Concessione, in data 13.11.06 il Commissariato ha proceduto alla consegna alla Hydrogest Campania S.p.A. delle infrastrutture per il sistema depurativo di Napoli Nord, Marcianise ed Acerra ed in data 01.12.06 di quelle di Cuma e Foce Regi Lagni, tutte di proprietà della Regione Campania;
- h. il Concessionario Hydrogest, da tali date, ha assunto la responsabilità della gestione dei suddetti impianti, da assolvere nei termini e con le modalità di cui alla convenzione stipulata con il Commissariato e sotto il diretto controllo di quest'ultimo;

- i. il Commissario Delegato, attesa la durata quindicennale della concessione e la cessazione dei poteri commissariali al 31.12.08 ex OPCM n. 3654/2008, per consentire il passaggio alla gestione ordinaria di tutte le iniziative programmate, con Ordinanza Commissariale n. 099 del 28.4.2008 ha disposto il trasferimento alla Regione Campania, entro e non oltre il 26.5.2008, del rapporto concessorio disciplinato dal contratto Rep. 13625 del 16.12.04, registrato al registro atti pubblici in data 30.12.04 al n. 105728, avente ad oggetto "Concessione per l'adeguamento e la realizzazione del sistema di collettori PS 3 (ad esclusione di quelli di competenza del Sindaco di Napoli – Commissario di Governo delegato), l'adeguamento degli impianti di depurazione di Acerra, Marcianise, Napoli Nord, Foce Regi Lagni e Cuma, nonché la realizzazione o l'adeguamento degli impianti di trattamento fanghi" e, ai fini del subentro della Regione medesima, da tale data nella titolarità dei rapporti giuridici ed economici posti in essere dal Commissario di Governo delegato ex OO. P. C. M. n. 2425/96 e s. m. e i.;
- j. con deliberazione n. 932 del 26/05/2009 la Giunta Regionale è subentrata nel rapporto concessorio, nelle more dei definitivi trasferimenti delle opere agli ATO competenti per territorio, ai sensi del decreto legislativo n. 152 del 3.4.06 e s.m. e i.;
- k. con la richiamata DGR n. 932/09 si è stabilito, inoltre, di rinviare a successivo atto, dopo la definizione delle attività di trasferimento della concessione, la rimodulazione della convenzione stipulata dal Commissariato, atteso il mancato bilanciamento riscontrato nella previsione del P. E. F. sia per i tempi trascorsi tra l'offerta e l'effettivo avvio della concessione e sia per il disavanzo economico riscontrato rispetto ai canoni tariffari appostati e riscossi dagli enti locali tributari e dai consorzi utenti;
- l. la Regione Campania, con nota prot. n. 2009.0266555 del 26.03.2009, a seguito di note di diffida inviate dalla società ha trasmesso alla Hydrogest una proposta di revisione della concessione che prevedeva il riallineamento cronologico del piano economico finanziario, ripristinando la corrispondenza tra i ricavi dovuti al Concessionario dalla data di inizio della gestione e quelli previsti nel PEF a valere sui medesimi periodi, nonché facendo decorrere la data di inizio della concessione con quella di effettivo subentro di Hydrogest sugli impianti;
- m. in data 28 luglio 2009, dall'esame congiunto della proposta di riallineamento, verificati i contenuti e l'equilibrio economico finanziario, anche rispetto alla sostenibilità dell'investimento previsto, le Parti hanno preso atto che, in coerenza con quanto previsto all'art. 34 della convenzione, si rendeva necessario sottoscrivere un atto integrativo del contratto rep.n. 13625 del 16/12/2004 (registro atti pubblici di Napoli n. 105728 del 30/12/2004), al fine di ristabilire, nel rispetto di quanto previsto dall'appalto originario, il riequilibrio economico-finanziario della concessione mediante:
  - a. il riallineamento temporale del PEF al periodo 2006/2022, in coerenza con la data di effettiva consegna degli impianti;
  - b. la modifica della durata della convenzione con decorrenza del contratto dalla data della consegna degli impianti e termine al 31/12/2022;
  - c. la definizione dei termini e della modalità per l'attuazione degli investimenti previsti nel PEF;
  - d. la quantificazione degli effetti finanziari legati alla mancata consegna delle reti fognanti interne dei Comuni;
- n. con DGR n. 1852/09, la Giunta Regionale ha deliberato di procedere alla revisione della convenzione rep.n. 13625 del 16/12/2004 (registro atti pubblici di Napoli n. 105728 del 30/12/2004), al fine di realizzare il riequilibrio economico-finanziario della concessione ex

- art. 34 della stessa, demandando al Coordinatore dell'AGC 05 "Tutela dell'Ambiente" l'adozione degli atti consequenziali, nonché la sottoscrizione dell'atto di revisione della citata convenzione;
- o. con la stessa DGR n. 1852/09, la Giunta Regionale ha individuato i contenuti dell'atto integrativo della concessione deliberando:
- a. il riallineamento temporale del PEF al periodo 2006/2022, in coerenza con la data di effettiva consegna degli impianti;
  - b. la modifica della durata della convenzione con decorrenza del contratto dalla data della consegna degli impianti e termine al 31/12/2022, vincolando il Coordinatore dell'AGC 05 Tutela dell'Ambiente all'osservanza degli stessi;
- p. con la medesima deliberazione si è preso atto che la consegna degli impianti alla società Hydrogest, effettuata in tempi successivi a quello di aggiudicazione della Concessione (luglio 2003), ha causato un disallineamento nell'andamento cronologico del Piano Economico Finanziario allegato al contratto di Concessione;
- q. con pareri nn. 2009.0965317 del 9.11.2009 e n. 2010.0373652. in data 29.4.2010, l'Avvocatura Regionale ha rilevato che la revisione del PEF, ai sensi dell'art. 34 della concessione, doveva essere necessariamente subordinata al preventivo accertamento della regolare esecuzione di tutte le prestazioni dovute in virtù della concessione da parte della concessionaria e delle risultanze dell'esame da parte del responsabile della concessione relativamente all'alterazione dell'equilibrio economico finanziario della convenzione e delle relative cause e che la revisione medesima doveva essere sottoposta al parere preventivo di competenza della Consulta regionale degli appalti;
- r. che l'art. 14, comma 20, del D.L. 31.05.2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge n. 122/2010, tra l'altro, stabilisce che *"Gli atti adottati dalla Giunta regionale o dal Consiglio regionale durante i dieci mesi antecedenti alla data di svolgimento delle elezioni regionali, con i quali è stata assunta la decisione di violare il Patto di stabilità Interno, sono annullati senza indugio dallo stesso organo"*;
- s. che, con proprie deliberazioni nn. 494, 495 e 496 approvate in pari data 4 giugno 2010, la Giunta Regionale ha provveduto, ai sensi e per gli effetti del disposto di cui al comma 20 del decreto legge n. 78 del 2010, ad annullare le deliberazioni di Giunta Regionale n. 1311 del 31 luglio 2009 e n. 1602 del 22 ottobre 2010, nonché l'atto contenuto nel verbale della G.R. in data 13 novembre 2009, con i quali sono state assunte decisioni di violare il patto di stabilità interno per l'esercizio finanziario 2009;

**CONSIDERATO che**

- a. l'art. 34 della concessione prevede la possibilità della revisione, qualora si verifichi uno squilibrio delle condizioni economico-finanziarie del PEF per effetto di uno o più degli eventi indicati all'art. 32 della stessa, tali da incidere in misura pari al 15% del Margine Operativo Netto (MON);
- b. ai sensi del citato art. 34, oggetto della revisione è il riequilibrio economico-finanziario della concessione, da realizzare, separatamente o congiuntamente, mediante la modifica delle tariffe o della durata della concessione, ovvero mediante il pagamento di somme aggiuntive da parte del concedente ovvero, se favorevole al concedente, mediante versamento di somme al fondo di produttività da parte del concessionario;
- c. che entrambe le parti hanno agito nella consapevolezza di non aver applicato compiutamente l'iter procedimentale e le regole fissate del combinato disposto degli artt. 34 e 38

- d. che la D.G.R. n. 1852 del 18 dicembre 2009 risulta adottata nei 10 mesi antecedenti alla data di svolgimento delle elezioni regionali;

**RILEVATO che**

- a. come si rinviene anche dai suindicati pareri resi dall'Avvocatura Regionale, l'espletamento della procedura di revisione, puntualmente disciplinata dal combinato disposto degli artt. 34 e 38 della concessione, nonché dalla L.R.3/2007, costituisce presupposto indefettibile per la valida redazione di un atto integrativo del contratto, che preveda un adeguamento finanziario superiore al cinque per cento dell'importo contrattuale;
- b. le determinazioni inerenti alla revisione della concessione costituiscono atto di gestione di competenza della dirigenza, in ossequio al principio giuridico generale vincolante sulla separazione delle competenze tra organi di indirizzo politico e dirigenza, di cui all'art. 14 del D. Lgs n. 165/2001 e art. 66 dello Statuto della regione Campania;
- c. senza entrare in questa sede nel merito delle previsioni della delibera nella parte relativa all'oggetto della revisione, il procedimento di revisione non si è concluso, stanti le reiterate contestazioni di inadempimento, accertate dai competenti organi regionali ed evidenziate dal responsabile unico della concessione, sia in data antecedente, sia successivamente all'adozione della delibera stessa;
- d. che la società Hydrogest, ha eccepito l'inadempimento del concedente, mediante proposizione di specifico atto di diffida proposto ai sensi dell'art. 44 fondato, tra l'altro sulla pretesa della società stessa che il procedimento di revisione venisse concluso, nonostante le accertate inadempienze, tutte formalmente contestate;
- e. che peraltro, proprio in conseguenza delle gravi inadempienze contestate, che, tra l'altro, hanno provocato il sequestro di numerosi impianti ricompresi nella gestione Hydrogest da parte delle procure della repubblica territorialmente competenti, la regione Campania, previa formale e puntuale diffida, ha proceduto alla risoluzione della concessione, ai sensi dell'art. 42 della medesima;
- f. l'arco di tempo trascorso dall'emanazione dell'atto originario non ha dato luogo a situazioni giuridiche consolidate, tali da essere incise dall'esercizio di poteri in autotutela, tenuto conto che allo stesso non è seguita, né, per quanto sopra considerato, poteva legittimamente seguire, la conclusione del procedimento di revisione del PEF ;

**RITENUTO**

- a. che per le considerazioni sopra esposte la DGR n. 1852/09, oltre ad essere stata adottata da organo incompetente risulta in contrasto con l'interesse pubblico perseguito; inoltre la stessa né è stata né, in ogni caso, poteva essere produttiva di effetti giuridici, anche laddove fosse stato ripristinato il corretto procedimento ai sensi degli artt. 34 e 38, stanti i reiterati inadempimenti da parte della concessionaria rispetto agli obblighi risultanti dalla convenzione - posti in essere e contestati anche successivamente alla adozione della suindicata delibera - che costituivano preclusione assoluta alla revisione ;
- b. che per quanto innanzi osservato, sussiste l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla eliminazione dell'atto deliberativo in parola, il quale, laddove posto in esecuzione, avrebbe comportato la violazione di disposizioni normative imperative, con conseguente ingiusto danno erariale in capo all'Amministrazione regionale ;

VISTI

- La DGR n. 932 del 26/05/2008;
- Gli artt.art.34 e 38 del contratto Rep. 13625 del 16.12.04;
- La L.R.3/2007;
- Il parere prot. 2009.0965317 dell' A.G.C. 04;
- Il parere prot. 2010.0373652 dell' A.G.C. 04;
- La legge n. 241/1990;
- Visto il D.L. n. 78/2010, convertito in legge n. 122/2010;

alla stregua dell'istruttoria compiuta dal Dirigente dell'A.G.C. 05 e delle risultanze e degli atti tutti richiamati nelle premesse, costituenti l'istruttoria a tutti gli effetti di legge;

**DELIBERA**

Per le motivazioni ed i riferimenti di cui in narrativa, che qui si intendono integralmente riportati e trascritti:

1. di attivare il procedimento amministrativo teso all'esercizio del potere di autotutela in merito alla deliberazione della Giunta Regionale n. 1852 del 18.12.2009;
2. di sospendere con decorrenza immediata, ai sensi dell'art. 7, comma 2 legge 7 agosto 1990, n. 241, l'efficacia della deliberazione di cui sopra;
3. di dare mandato al Coordinatore dell'A.G.C. 05, affinché provveda all'avvio del procedimento volto all'esercizio dei poteri di autotutela e di predisporre, all'esito dello stesso, il conseguente schema di proposta di deliberazione da sottoporre all'approvazione della Giunta.

Il presente provvedimento è trasmesso al Coordinatore dell'A.G.C 05 per l'esecuzione, nonché al Settore B.U.R.C. per la pubblicazione.