

I. E.

CONSORZIO A.T.O. DI SIRACUSA
Servizio Idrico Integrato

VERBALE DI DELIBERAZIONE DEL COMMISSARIO STRAORDINARIO

N. 12 del 03 LUG 2013

OGGETTO: Ritiro Concessione-Contratto stipulato con SAI 8 S.p.A. in data 08/02/2008 ed escussione polizza.-

Partecipa il Segretario Verbalizzante

Donna Vellela Capolucase

Ai sensi dell'art. 55,5° comma, della legge n. 142 dell'8/6/1990, si attesta la copertura finanziaria della spesa
L. _____

**Il Responsabile
del Servizio Finanziario**

f.to _____



-Vista la proposta di deliberazione di pari oggetto di questo Consorzio;
-Visti i pareri favorevoli sulla proposta suddetta espressi ai sensi della L.R. 11/12/1991 n. 48:
per la regolarità tecnica, del Responsabile del Servizio
per la regolarità contabile, del Responsabile del Servizio Finanziario

IL COMMISSARIO STRAORDINARIO E LIQUIDATORE
DELIBERA

Di approvare la proposta di Deliberazione indicata in premessa per farne parte integrante e sostanziale e farla propria.

Il Commissario Straordinario e Liquidatore
Dott. ~~Ferdinando Buceti~~



CONSORZIO A.T.O. DI SIRACUSA
Servizio Idrico Integrato

***Proposta di Deliberazione
per il Consiglio di Amministrazione***

OGGETTO: Ritiro Concessione-Contratto stipulato con SAI 8 S.p.A. in data 08/02/2008 ed escussione polizza.

Ai sensi e per gli effetti della L.R. 11/12/1991, n. 48 e art. 12 L.R. 30/2000 si esprime parere Favorevole in ordine alla regolarità tecnica.

Addì, 03 LUG 2013

Il Responsabile del Servizio



Si da atto che la retroscritta proposta non comporta, né direttamente né indirettamente, oneri finanziari, né presenta alcuni degli aspetti contabili, finanziari e fiscali previsti dalle vigenti norme, per cui il parere della regolarità contabile non è necessario in quanto si risolverebbe in un atto inutile.

Addì, _____

Il Responsabile del Servizio

Ai sensi e per gli effetti della L.R. 11/12/1991, n. 48 e art. 12 L.R. 30/2000 si esprime parere ordine alla regolarità contabile; ~~L'importo della spesa è previsto nelle schema di bilancio 2012 sugli stanziamenti consolidati~~

Motivazione dell'eventuale
parere contrario:

Addì 03 LUG 2013

Il Dirigente del Servizio Finanziario



IL COMMISSARIO STRAORDINARIO E LIQUIDATORE

Il dott. FERDINANDO BUCETI, nominato Commissario Straordinario e Liquidatore del Consorzio ATO IDRICO 8, con sede in Siracusa, via Malta n. 106, con decreto Assessore Regione Sicilia per l'energia e per i servizi di pubblica utilità n° 351 del 20 marzo 2013,

VISTA la delibera n. 8 del 17 giugno 2013 avente ad oggetto "*ritiro della delibera commissariale n. 2 del 02/08/2011. Atto di indirizzo*" e gli atti e provvedimenti in essa menzionati;

VISTO l'atto monitorio notificato da questo Consorzio a SAI 8 S.p.a. in data 18.06.2013 e gli atti e provvedimenti in esso menzionati;

VISTA la nota in riscontro prot. n. 848 del 28.06.2013 depositata da SAI 8 S.p.a. presso questo Consorzio;

VISTA la polizza Intesa San Paolo n° 02542 - 145323/0-002 "*a garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali*" a carico di SAI 8 Spa e la nota del medesimo istituto bancario in data 25 giugno 2013 con la quale si chiede di prendere atto delle modifiche medio tempore intervenute (nuovo n° garanzia 07305/8200/00329314)

ESPONE

I) Con sentenza 30 marzo 2011, n. 290, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha annullato l'aggiudicazione in favore del RTI Sogear spa e Saceccav Depurazioni Sacede spa., che ha poi costituito la SAI8 S.p.a., precisando in motivazione: "*il Consorzio ha accettato che la Sogear, in luogo di offrire una garanzia per l'intera durata trentennale della concessione, prestasse unicamente una garanzia, sia pure presidiata da consistenti impegni finanziari, per il solo "start up", ossia per soli tre anni, lasciando al buon esito della ricerca di ulteriori garanzie da parte della stessa Sogear, l'effettiva copertura del restante periodo e, in via consequenziale, subordinando al positivo (e ipotetico) risultato di tale ricerca di mercato la sorte della concessione.*

All'evidenza una modifica del genere non può ritenersi "marginale". Sebbene non competeva a questo Consiglio, ma semmai a diverse autorità giudiziarie, valutare la convenienza e la correttezza gestionale di un tal modo di amministrare (che, in sostanza, si è risolto nel rimettere alla condotta e alle scelte della stessa Sogear l'esecuzione, oltre il triennio, di un servizio così delicato), è nondimeno patente la violazione del prefato art. 57 (cod. contr. pubbl. rubricato "procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara" ndr.). Difatti, attraverso le concessioni di servizi si instaura, tra l'amministrazione e il privato, un rapporto di lunga durata (nello specifico di ben 30 anni) la cui protratta esecuzione temporale si presenta funzionale al perseguimento del principale scopo dell'operazione, consistente nell'autofinanziamento, in tutto o in parte, del servizio mediante la sua redditiva gestione.

...omissis...

A tal fine le garanzie bancarie per l'intera durata del rapporto sono dunque un elemento essenziale dello schema di convenzione posto a base della procedura di affidamento, in quanto attraverso la prestazione di esse viene, per così dire, "certificata" la sostenibilità del progetto, nei termini originariamente proposti



dall'offerente. L'esistenza di dette garanzie attesta, insomma, la realizzabilità del progetto di investimento ed esclude che, in futuro, durante lo svolgimento del rapporto, possano intervenire variazioni delle condizioni di base peggiorative per la parte pubblica, dal momento che il concessionario, mercé le suddette garanzie, solleva l'amministrazione dal rischio di dover sopportare, in tutto o in parte, l'alea economico-finanziaria della gestione.

...omissis...

Da quanto appena rilevato discende, a un più approfondito esame, che le argomentazioni sviluppate dal Tribunale in ordine ai margini di negoziabilità implicati da una procedura negoziata, seppure condivisibili in astratto, si rivelano nello specifico sostanzialmente errate, dal momento che, attraverso la riapertura della procedura, l'amministrazione e la Sogear hanno stipulato, in pratica, una convenzione radicalmente diversa e, soprattutto, ben più svantaggiosa per la parte pubblica".

Secondo il Giudice Amministrativo d'appello, dunque, "l'aver rinegoziato, a procedura ormai conclusa, le condizioni di affidamento del servizio si risolve in una manifesta violazione dell'imparzialità e, in via consequenziale, in un'illegittimità delle scelte compiute dall'amministrazione nonché in una seria lesione del buon andamento".

Dalla lettura della citata pronuncia, passata in giudicato, emerge chiaramente come l'affidamento del Servizio Idrico Integrato in favore di SAI 8 S.p.a. - avvenuto secondo le descritte e censurate modalità - sia in palese contrasto con l'interesse pubblico quanto meno perchè:

⇒ la scelta del contraente idoneo, a valle di una procedura illegittima non assicura che, nell'esplicarsi della corretta concorrenza tra imprenditori privati (nel caso di specie mancante) il Consorzio abbia ottenuto le migliori condizioni di mercato;

⇒ come statuito dal Giudice amministrativo, sulla base di considerazioni che si condividono, "l'amministrazione e la Sogear hanno stipulato, ... una convenzione radicalmente diversa e, soprattutto, ben più svantaggiosa per la parte pubblica" anche rispetto all'originario bando pubblico

Delle statuizioni del Consiglio di Giustizia Amministrativa deve necessariamente prendere atto questo Consorzio, il quale non può che conformarsi a quanto disposto dal medesimo.

Secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 30.07.2008, infatti, "la Sentenza di annullamento della aggiudicazione determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni, nell'ambito degli ulteriori provvedimenti che rimangono salvi ai sensi dell'art. 26 della legge n. 1034 del 1971: in altri termini, l'annullamento dell'aggiudicazione è costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione (Cons. Stato, Ad. Plen. 19 marzo 1984, n. 6), il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato.

In sede di esecuzione della sentenza, pertanto, l'amministrazione non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione (secondo quanto, del resto, ribadito dalla Corte di Cassazione, sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906), similmente a quanto avviene nel



caso di annullamento di una graduatoria di un pubblico concorso che comporta la caducazione degli effetti del contratto di lavoro su di essa fondato, ovvero di annullamento di una concessione di un bene o di un servizio pubblico che comporta la caducazione degli effetti dell'accordo accessivo.

Anche nell'emanare i provvedimenti ulteriori che conseguono all'effetto caducatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara, l'amministrazione deve tenere conto dei principi enunciati nella sentenza di annullamento e delle conseguenze giuridiche determinate dal suo contenuto ed orientare conseguentemente la sua ulteriore azione".

Sulla scorta delle considerazioni sin qui rassegnate, questo Consorzio, pertanto, non può che ritirare la concessione-contratto stipulata in data 08.02.2008 con la SAI 8 S.p.a. in quanto la stessa, in ragione dell'illegittimità e del conseguente annullamento della procedura di gara e della successiva aggiudicazione, non si presenta idonea a perseguire l'interesse pubblico ed a garantire il buon andamento della P.A., così come ampiamente chiarito dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana nella citata pronuncia n. 290 del 30 marzo 2011 e nelle pertinenti valutazioni adesive di cui *supra*.

II) In ogni caso, anche ad ipotizzare l'ultrattività degli effetti dei provvedimenti annullati dal G.A. d'appello, giova comunque rilevare che l'art. 4, comma 5, del bando di gara condizioni per la stipula della concessione-contratto (l'accordo accessivo alla concessione), prevedeva:

⇒ *"l'aggiudicatario dovrà costituire una Società per Azioni il cui capitale sociale non potrà essere inferiore ad € 5.000.000 (cinquemilioni di euro)".*

⇒ *Ciascun componente del raggruppamento deve obbligarsi ad adempiere, solidalmente con gli altri componenti, a tutti gli obblighi assunti dalla Società"*

Tuttavia, mentre c.d. società di scopo è stata costituita nel rispetto delle previsioni del bando, i componenti del raggruppamento non si sono obbligati solidalmente ad adempiere alle obbligazioni assunte da tale società, non offrendo in tal modo una garanzia essenziale per l'affidamento del servizio.

Orbene; la garanzia prestata dai membri del raggruppamento sull'adempimento delle obbligazioni assunte dalla società era essenziale per garantire la stazione appaltante, la quale, nella sostanza, in virtù della prevista (ma non restata) obbligazione solidale avrebbe continuato ad essere indubitabilmente garantita, per tutti gli aspetti rilevanti dell'affidamento del servizio (idoneità finanziaria, economica e tecnica) dai soggetti individuati mediante la procedura di evidenza pubblica.

Solo tale adempimento, peraltro, avrebbe giustificato la previsione contenuta nella convenzione di concessione-contratto all'articolo 13 secondo cui *"le parti espressamente convengono ai fini dell'interpretazione del presente contratto, della convenzione e del disciplinare che laddove si enuncia l'esecuzione dei lavori "direttamente" deve intendersi "anche a mezzo dei propri soci".*

Poichè i componenti del raggruppamento temporaneo di imprese che in seguito hanno costituito la SAI8 S.p.a. consapevolmente non si sono obbligati ad adempiere solidalmente alle obbligazioni assunte dalla medesima società, pur trattandosi



incombente imprescindibile ne deriva che la concessione-contratto è stata stipulata in assenza di un presupposto essenziale che ne impone (anche sotto questo profilo) il ritiro.

III) Sotto distinto, ulteriore e concorrente profilo deve porsi in evidenza che la funzione meramente esecutiva e di "filtro" svolta dalla c.d. Società di scopo (cfr art. 93, commi 5 e 6, del regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici -D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, ai sensi del quale "la società costituita dai concorrenti riuniti non può conseguire la qualificazione" e che "ai fini della qualificazione dei concorrenti riuniti, i lavori eseguiti dalla società sono riferiti ai singoli concorrenti riuniti, secondo le rispettive quote di partecipazione alla società stessa") la caratterizza come un mero strumento per l'esecuzione della concessione-contratto e, a mo' di corollario, ne consegue che la medesima non subentra, nel rapporto concessorio, che rimane in capo alle imprese riunite, ma solo nell'esecuzione delle connesse prestazioni.

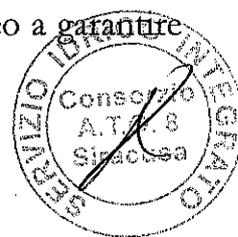
Da ciò ne deriva ulteriormente che così come il fallimento della società non comporta lo scioglimento del contratto, ma obbliga le imprese riunite ad eseguirlo in proprio; allo stesso modo il fallimento di un'impresa riunita resta regolato dalla disciplina generale, ed in particolare dall'articolo 37, comma 18, d.lgs. 163/2006, ai sensi del quale laddove fallisca l'impresa mandataria l'amministrazione ha la facoltà di scegliere se proseguire il contratto con una mandante dotata dei requisiti richiesti ovvero recedere.

Nel caso di specie, con sentenza n. 41 del 18 luglio 2012 è stato dichiarato il fallimento della Sogear S.p.a, capogruppo del raggruppamento che ha dato vita a SAI8 S.p.a.

Stante che i requisiti di qualificazione tecnica economica e finanziaria richiesti per l'ammissione alla procedura di evidenza pubblica erano posseduti prevalentemente dalla mandataria dichiarata fallita che, difatti, ha acquisito l'82% della partecipazione nella Società di scopo, questo Consorzio, anche alla luce delle considerazioni sin qui esposte, nonché delle osservazioni sulla carenza di interesse pubblico rese dal CGA con la richiamata sentenza n. 290/2011, non può che recedere dal contratto accessivo alla concessione.

IV) In ogni caso, anche a prescindere dalle superiori considerazioni, si rileva che i numerosi e rilevanti inadempimenti posti in essere dal gestore e meglio specificati tanto nell'atto monitorio notificato in data 18.06.2013 quanto nelle precedenti diffide inizialmente annullate con la delibera n. 2 del 02.08.2011, per poi essere recuperate mediante la delibera n. 8 del 17.06.2013 non trovano giustificazione nelle controdeduzioni formulate da SAI 8 con nota acclarata al prot. n. 848 del 28.06.2013 e difatti SAI 8 spa:

- non ha prodotto copia dei contratti di finanziamento di start up per € 7.000.000 (settemilioni) ciascuno;
- non ha prodotto copia del contratto di finanziamento bancario idoneo a garantire l'operazione di Project Finance relativa all'intero Piano d'Ambito;



- non ha prodotto copia dell'atto con cui ex art. 4, comma 5, del bando di gara con cui i singoli componenti del RTI avrebbero dovuto obbligarsi solidalmente per tutti gli obblighi assunti dalla Società di scopo;

- non ha saldato il debito scaturente dal mancato versamento dei canoni annuali per un importo che al 30 giugno 2013, quanto meno, ad € 4.148.595,26 (calcolato a seguito dell'applicazione del criterio di ponderazione che tiene conto della mancata consegna degli impianti da parte di alcuni Comuni del Consorzio) oltre interessi di mora e rivalutazione monetaria sino alla data dell'integrale soddisfo e salva ogni ulteriore pretesa.

Le inadempienze contestate e l'inadeguatezza delle controdeduzioni determinano la necessità, in conclusione, di dichiarare risolta la concessione-contratto per fatto e colpa del gestore.

V) In particolare le controdeduzioni fornite dal Concessionario non colgono nel segno in quanto: per ciò che concerne le garanzie di start up si limitano a ribadire profili già ampiamente trattati e superati dai pareri acquisiti da questo Consorzio, per ciò che riguarda l'assunzione della garanzia dei soci la risposta fornita è del tutto fuori tema, per quanto concerne il "potere" di ritiro si rileva come, per un verso, i poteri di natura pubblicistica non si consumano col decorso del tempo e, in ogni caso, le determinazioni del Consorzio sono state assunte *rebus sic stantibus* e non hanno potuto tener conto dei rinnovati e gravi inadempimenti successivi, di talchè complessivamente le controdeduzioni fornite non apportano alcun elemento idoneo a non adottare il presente atto.

VI) Stante che le inadempienze contestate ammontano ad oltre € 3.000.000,00 e che tale importo è garantito mediante garanzia bancaria a prima richiesta per cui, al fine di salvaguardare le pretese del Consorzio è necessario disporre l'escussione e l'incameramento in apposito fondo vincolato sino alla definizione del contenzioso instaurato e/o istaurando.

Tanto premesso

DELIBERA

i) prendere atto della sentenza 30 marzo 2011, n. 290 con la quale il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha annullato l'aggiudicazione in favore del RTI Sogear spa e Saceccav Depurazioni Sacede spa e, per l'effetto, ritirare la concessione contratto stipulata con SAI 8 spa in data 8 febbraio 2008;

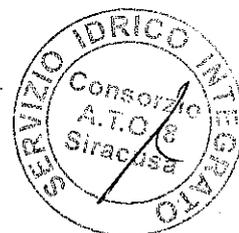
ii) in subordine, prendere atto della mancata assunzione dell'obbligo di cui all'art. 4, comma 5 del bando di gara, da parte di Sogear spa e Saceccav Depurazioni Sacede spa e, per l'effetto, dichiarare inefficace e, comunque, ritirare la concessione contratto stipulata con SAI 8 spa in data 8 febbraio 2008 per carenza di un presupposto essenziale;



- iii) in ulteriore subordine, prendere atto del fallimento di Sogear S.p.a, capogruppo del raggruppamento che ha dato vita a SAI8 S.p.a e, per l'effetto, rescindere ritirare la concessione contratto stipulata con SAI 8 spa in data 8 febbraio 2008;
- iv) in via ulteriormente gradata, prendere atto della risoluzione automatica della concessione contratto stipulata con SAI 8 spa in data 8 febbraio 2008 per fatto e colpa del gestore prevista dalle disposizioni contrattuali meglio indicate nell'atto monitorio e negli atti di diffida e messa in mora riportati in epigrafe;
- v) disporre l'escussione della garanzia di cui alla nota Intesa San Paolo n° 07305/8200/00329314 (ex n° 02542 - 145323/0-002) per l'intero importo garantito a parziale ristoro dei danni cagionati e l'incameramento nel conto di tesoreria consortile da mantenere con vincolo di destinazione sino alla definizione del contenzioso instaurato e/o istaurando con il gestore.
- vi) dichiarare la presente immediatamente esecutiva.

Il Commissario Straordinario e Liquidatore

~~Dott. Ferdinando Buceti~~



SI ALLEGANO I SEGUENTI DOCUMENTI:

1) _____

2) _____

3) _____

4) _____

5) _____

7) _____

8) _____

9) _____

10) _____

Addi, **03 LUG 2013**

Il Commissario Straordinario e Liquidatore
Dott. ~~Ferdinando Buceti~~

Il Direttore Generale
Ing. ~~Andrea Figura~~

Il Segretario Verbalizzante
dott.ssa ~~Velleda Capodicasa~~



Il Commissario Straordinario e Liquidatore
Dott. Ferdinando Buceti

Il Direttore Generale
Ing. Andrea Figura

Il Segretario Verbalizzante
dott.ssa Velleda Capodicasa



	<p>Certificato di Pubblicazione</p> <p>Il Presente atto è pubblicato all'Albo Provinciale</p> <p>Dal.....al.....</p> <p>Col. N.....del Reg. pubblicazioni senza reclami</p> <p>L'addetto alla pubblicazione Il segretario Generale</p> <p>.....</p>
--	--

CERTIFICATO DI AVVENUTA PUBBLICAZIONE N.....

Il sottoscritto, su conforme dichiarazione dell'addetto all'Albo.

CERTIFICA

Che copia della presente deliberazione è stata affissa e pubblicata all'Albo Pretorio dal.....al..... e che non sono pervenuti reclami.

Siracusa

L'addetto alla pubblicazione

Il Segretario Generale

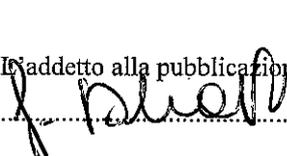
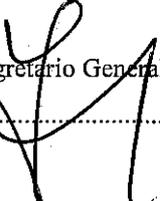
.....
IL COMMISSARIO STRAORDINARIO E LIQUIDATORE



PROVINCIA REGIONALE DI SIRACUSA

CONSORZIO A.T.O. N. 8 DI SIRACUSA – SERVIZIO IDRICO INTEGRATO.

OGGETTO: Pubblicazione delibera n. 12 del 03-07-2013 del Commissario Straordinario e Liquidatore avente come oggetto : " Ritiro Concessione-Contratto stipulato con SAI 8 S.p.A. in data 08/02/2008 ed escussione polizza.

	<p>CERTIFICATO DI PUBBLICAZIONE</p> <p>Il presente atto è pubblicato all'Albo Provinciale On-line dal 4 LUG. 2013 al 18 LUG. 2013</p> <p>col n. del Reg. pubblicazioni</p> <p>L'addetto alla pubblicazione    Segretario Generale</p>
--	---

CERTIFICATO DI AVVENUTA PUBBLICAZIONE

Il sottoscritto, su conforme dichiarazione dell'addetto all'Albo

CERTIFICA

che il presente atto è stato pubblicato all'Albo Pretorio On-line dal

al e che non sono pervenuti reclami.

Siracusa, li

L'addetto alla pubblicazione
.....

Il Segretario Generale
.....