



*Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana
Posizione di Collaborazione e di Coordinamento 2*

Prot. 22440

085.11.2023

Palermo, li 10 novembre 2023

Oggetto: Porto turistico di Santo Stefano di Camastra (Me).

Dipartimento Regionale
delle Infrastrutture e della Mobilità
Rif nota 44174 dell'11 ottobre 2023

Con la nota in epigrafe codesto Dipartimento chiede a questo ufficio di esprimere il proprio parere su alcuni aspetti del procedimento amministrativo che riguardano la gara pubblica per dotare il Comune in oggetto di un porto turistico.

In particolare viene richiesto:

in linea principale se, il finanziamento pubblico eventualmente operato nelle condizioni sopra rappresentate, costituisca uno sviamento delle regole di gara, un'alterazione del libero mercato, un aiuto di Stato vietato dall'U. E., in violazione :

- dell'art. 106. del D. Lgs. 50/2016 comma 4, lettere a) b) c) e ss. mm. ed ii., (testo all'ora vigente);
- della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Norme per la tutela della concorrenza e del mercato;
- degli artt. 107 e 108 del Trattato UE .

in secondo ordine, considerata la modifica della natura dell'intervento da finanziamento privato a cofinanziamento pubblico:

- se, le variazioni progettuali di costo pari al 62% ca. dell'importo di appalto, accertate ancor prima dell'inizio dei lavori, nel caso di cofinanziamento pubblico, siano in contrasto con l'art. 106 del D. Lgs. 50/2016 che disciplina l'esercizio delle modifiche ai contratti (testo all'ora vigente).

in terzo ordine, considerata la modifica della natura dell'intervento da finanziamento privato a cofinanziamento pubblico:

- se, nella eventualità del cofinanziamento pubblico, l'intervento non avrebbe dovuto essere sottoposto all'esame del Nucleo tecnico per la finanza di progetto di cui alla l. 12/2011 art. 22;
- se il finanziamento pubblico eventualmente operato nelle condizioni sopra rappresentate non comporti una revisione complessiva dell'offerta del promotore in considerazione del diverso equilibrio finanziario da raggiungere e che l'intervento non risulta ribassato né nel costo dei servizi



**Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana
Posizione di Collaborazione e di Coordinamento 2**

di architettura e ingegneria né nel costo dei lavori, ciò ai sensi dell'art. 182 comma 3 del D.Lgs. 50/2016 e ss. mm. ed ii. .

Occorre preliminarmente rammentare che l'Ufficio legislativo e legale della Regione siciliana è istituzionalmente chiamato a rendere pareri sull'interpretazione o sull'applicazione di norme regionali (di fonte legislativa e regolamentare), e non anche ad esprimersi in ordine all'adozione di atti o provvedimenti riconducibili esclusivamente alle competenze dei dirigenti degli uffici interessati secondo quanto previsto nel vigente testo della Legge regionale Legge 15 maggio 2000, n. 10 nonché dal Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

Per quanto riguarda la funzione consultiva esercitata dall'ufficio, essa esclude la possibilità di emettere pareri (tra l'altro facoltativi e non vincolanti) su aspetti riguardanti segmenti del procedimento amministrativo in quanto il supporto amministrativo non può sostituirsi all'obbligo di provvedere da parte dell'Amministrazione competente e ciò nel senso che la funzione consultiva non può sovrapporsi all'esclusiva autonomia e responsabilità dirigenziale (*Consiglio di Stato Sez.I, 13 novembre 2020, n.1807*).

Ora, in considerazione dei chiarimenti acquisiti nella riunione tenutasi il giorno 2 novembre 2023 e, nell'ottica di collaborazione tra gli uffici dell'amministrazione regionale, si esprimono le seguenti osservazioni di carattere generale.

Preliminarmente occorre rilevare, che codesto Dipartimento con le note n.20234 dell'8 maggio 2023, n.29297 del 3 luglio 2023 e n.43209 del 5 ottobre 2023, ha correttamente investito l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) della vicenda. Tale corrispondenza è stata integrata anche dalle controdeduzioni dell'ente locale interessato.

L'Autorità nazionale, infatti, ai sensi dell'Art.213 del D.Lgs 50/2016 è chiamata a svolgere istituzionalmente, le funzioni di vigilanza sui contratti pubblici (inclusi quelli di interesse regionale), oltre che le funzioni consultive relative all'emanazione di pareri di precontenzioso.

Ad oggi non risulta che la stessa Autorità abbia espresso alcuno avviso sullo svolgimento della gara in questione.

La procedura di gara sembrerebbe essere stata seguita sin dal suo avvio dall'Ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici (UREGA) di Messina.

Tale competente struttura, incardinata presso l'Assessorato Infrastrutture, secondo quanto può leggersi nelle relazioni trasmesse allo scrivente, nessun rilievo sostanziale ha mosso circa le procedure di gara e, di conseguenza, ha provveduto ad aggiudicare la gara stessa, senza rilevarne alcun vizio invalidante.



*Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana
Posizione di Collaborazione e di Coordinamento 2*

Il Dipartimento richiedente non comunica se la procedura, ed i relativi atti abbiano, formato oggetto di contenziosi amministrativi. e se la stessa sia stata *oggetto di positivo apprezzamento di ANAC*, o più in generale, se organi di controllo a diverso titolo abbiano sulla procedura avanzato dubbi sulla corretta applicazione delle leggi di settore.

Effettuata la superiore sintetica premessa si esaminano i quesiti posti.

Relativamente alla presunta violazione delle disposizioni di cui all'art.106 del Dlgs 50/2016, (che disciplina la Modifica di contratti durante il periodo di efficacia) ed, in particolare, il comma 4, lettera a), b) e c) e successive modifiche ed integrazioni, la risposta non può che essere confermativa.

Infatti la norma richiamata, in combinato disposto con il comma 1, lett. e), prevede che le “*stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche*” allorché le “*modifiche sono sostanziali ai sensi del comma 4*”

Il comma 4 prevede che “*4. Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:*

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;”

Conseguentemente il richiedente, per la verifica della puntuale applicazione della norma sopra richiamata, dovrà accertare la sussistenza dei presupposti che l'art.106, e in particolare il comma 1, lett. e) e il comma 4, lett. a, b) e c), richiede per la modifica dei contratti di appalto in corso di validità senza una nuova procedura di affidamento.

Verificata, infatti, la sussistenza di modifiche sostanziali del contratto rispetto al bando di gara non può procedersi alla sua modifica senza una nuova procedura di affidamento.



**Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana
Posizione di Collaborazione e di Coordinamento 2**

La questione è di fondamentale importanza in quanto, comprendere se si è ancora nella fase della aggiudicazione o in quella successiva della esecuzione del contratto, in quanto, dalla data della stipula, la competenza della Magistratura amministrativa sul procedimento amministrativo di aggiudicazione passa a quella civile per l'esecuzione del contratto.

Inoltre è di tutta evidenza che, essendo il sopracitato Art.106 rubricato “*Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia*” l'applicazione dello stesso, e le relative conseguenze giuridiche, sono da riferirsi alla fase *post stipula* del contratto.

Ciò discenderebbe anche da quanto riportato dal comma 11, Art. 183 del D.Lgs 50/2016 (che disciplina in dettaglio la *Finanza di progetto*, anche in relazione alle strutture dedicate alla nautica da diporto), e anche dalla relativa, ed ormai consolidata giurisprudenza, per la quale l'interessato, a seguito della aggiudicazione definitiva, assume una posizione giuridicamente tutelata alla conseguenziale stipula del contratto (cfr da ultimo Consiglio di Stato, V, n.368/2021).

Le stesse considerazioni valgono per le eventuali variazioni progettuali di costo in quanto il citato Art.106 si riferisce ad una valutazione da fare sul contratto e non sugli atti prodromici.

In conclusione, se si sia già proceduto alla stipula, occorrerà valutare, in sede istruttoria, la presenza di tutti gli elementi che, se accertati potevano (o possono) portare all'apertura una nuova procedura di gara.

Ad ogni buon conto, si comunica che il superamento del limite del 49%, quale limite di contributo pubblico nelle operazioni di partenariato pubblico privato, di cui all'art.165, comma 2, e art.180, comma 6, del D.Lgs 50/2016 è oggetto della dettagliata Delibera ANAC n.432 del 20 settembre 2022 alla cui lettura si rinvia per la più omogenea applicazione di norma statale.

Ovviamente, il richiedente effettuerà il calcolo effettivo della quota di finanziamento, quale mero atto di gestione che, tuttavia, ove sussistente sopra o sotto soglia, dovrà fare interrogare sulla corretta applicazione delle disposizioni in materia di finanza di progetto .

Dal punto di vista procedurale, si può poi ritenere, che, salvo i casi di pronunciamenti giurisdizionali, l'aggiudicazione è generalmente un provvedimento revocabile, o annullabile in autotutela, secondo le disposizioni di cui alla Legge 7 agosto 1990, n. 241, ed alle sue successive modifiche ed integrazioni (anche regionali) e comunque fino alla data di stipula del contratto. Data dalla quale come si diceva entrano in gioco le norme civilistiche in materia di contratti.

Relativamente ai quesiti sugli aiuti di stato l'articolo 107, comma 1, del TFUE dispone :
“*Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero risorse statali, sotto*



**Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana
Posizione di Collaborazione e di Coordinamento 2**

qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”, declinando al comma 2 gli aiuti compatibili con il mercato interno e al comma 3 quelli che possono considerarsi compatibili e statuendo al successivo art.108, comma 3 che: “Alla Commissione sono notificati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato interno a norma dell’articolo 107, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo precedente. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotta a una decisione finale”.

Al riguardo appare opportuno precisare che secondo una costante giurisprudenza, la qualificazione di una misura come aiuto di Stato, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, esige che siano soddisfatte contemporaneamente tutte le seguenti condizioni enunciate da tale disposizione.

In particolare:

- 1) Origine statale dell’aiuto (aiuto concesso dallo Stato ovvero mediante risorse statali);
- 2) Presenza di un vantaggio selettivo;
- 3) Incidenza sulla concorrenza;
- 4) Incidenza sugli scambi tra gli Stati membri.

Volendo approfondire la questione, in primo luogo, deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali (pubbliche). In secondo luogo, tale intervento deve essere idoneo a incidere tra gli Stati membri. In terzo luogo, esso deve concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario. In quarto luogo, esso deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza (sentenza del 27 giugno 2017, Congregación de Escuelas Pias Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, punto 38 e giurisprudenza ivi citata).

Occorre pertanto esaminare se queste condizioni siano soddisfatte nel caso dell’intervento in questione.

Orbene, riguardo alla prima condizione, sotto il profilo soggettivo, sembra evidente che non vi siano dubbi sulla natura pubblica delle risorse *aggiuntive* destinate alla realizzazione del porto turistico, atteso che le somme derivano in gran parte dal Patto per lo sviluppo della Regione siciliana e dal Patto per lo sviluppo della Città metropolitana di Messina .

Sul punto si rileva che: *Il concetto di aiuto di Stato include qualsiasi vantaggio diretto o indiretto, finanziato con risorse pubbliche e concesso direttamente dallo Stato o da organismi intermedi che agiscano nell’esercizio delle competenze conferite loro dallo Stato. Di conseguenza questo comprende anche a tutti gli aiuti attribuiti da enti regionali o locali degli*



**Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana
Posizione di Collaborazione e di Coordinamento 2**

Stati membri, indipendentemente dal loro statuto o dalla loro denominazione (Cfr. Decisione della Commissione Europea 11 giugno 2014 - Aiuto di Stato SA.26818 - 20/2010 - ex n. 536/2008 e n. 32/2010).

Appare comunque necessaria, per la valutazione dell'eventuale aiuto, la lettura del Regolamento (UE) 2017/1084 della Commissione, *“che modifica il regolamento (UE) n.651/2014 per quanto riguarda gli aiuti alle infrastrutture portuali e aereoportuali, le soglie di notifica applicabili agli aiuti alla cultura e alla conservazione del patrimonio e agli aiuti alle infrastrutture sportive e alle infrastrutture ricreative multifunzionali, nonché i regimi di aiuti a finalità regionale al finanziamento nelle regioni ultraperiferiche, e modifica il regolamento (UE) n.702/2014 per quanto riguarda il calcolo dei costi ammissibili”*.

Tale documento all'art.1 dichiara gli aiuti ai porti marittimi compatibili con il mercati interno ed esentati dall'obbligo di notifica purché soddisfino le condizioni di cui al medesimo articolo ed al *Capo I.* del medesimo Regolamento.

Per quanto concerne la seconda condizione si rammenta che *“dalla giurisprudenza della Corte emerge che, ai fini della quantificazione di una misura nazionale come “aiuto di Stato”, non è necessario dimostrare una reale incidenza dell'aiuto di cui trattasi sugli scambi tra gli Stati membri e un'effettiva distorsione della concorrenza, ma occorre solo verificare se detto aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi e a falsare la concorrenza”* (Corte di Giustizia UE sentenza 19 dicembre 2019 — causa C-385/18, punto 42 e giurisprudenza ivi citata), non essendo necessario al riguardo che le imprese beneficiarie partecipino direttamente agli scambi tra gli Stati membri).

Riguardo alla terza condizione, sembrerebbe evidente che sotto il profilo oggettivo, il beneficiario finale del vantaggio finale sia il Comune, anche se in pratica, considerate le modalità di svolgimento della gara, lo stesso si riflette, comunque, sul gestore privato del porto turistico.

Per quanto riguarda, infine, la quarta condizione, il porto turistico potrebbe operare in modo da falsare ipoteticamente la concorrenza relativa al traffico da diporto da attirare, specialmente *almeno in parte con porti simili in Sicilia, ad es. i porti di Portorosa o Milazzo. Inoltre poiché il beneficiario fornirà, in linea di principio, servizi ad imprese di trasporto e a turisti di origine diverse, esiste un potenziale effetto sulla fornitura dei servizi di trasporto e dei servizi turistici, che sono settori aperti alla concorrenza e agli scambi a livello UE* (Cfr. Decisione della Commissione Europea 18 dicembre 2013 – Aiuto di Stato n. S.A. 3621 (2013/N)). Tale decisione, maturata in un contesto diverso, riguarda infatti un intervento di partenariato pubblico privato



*Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana
Posizione di Collaborazione e di Coordinamento 2*

(finanziato in parte in *projet financing* ed in parte con fondi comunitari) destinato alla realizzazione di altro porto turistico della stessa provincia di Messina.

Qualora fosse verificata la sussistenza contemporanea di tutte e quattro suesposte condizioni, l'Amministrazione erogatrice vorrà conseguentemente procedere alla notifica dell'aiuto in questione alla Commissione Europea, (che potrà accertare in tal modo la compatibilità dell'aiuto), previa abilitazione al sistema SANI2 e mediante compilazione della prescritta scheda da reperire all'interno del suddetto sistema e semprechè il regime relativo alle due *tranches* di finanziamento pubblico non sia stato notificato, a monte, in fase di programmazione.

Relativamente ai quesiti che il richiedente rubrica nel **secondo ordine** occorre preliminarmente rappresentare che ove si muti la natura dell'intervento da finanziato privato a finanziato pubblico chiaramente viene modificata la base giuridica di riferimento per le procedure di legge previste.

In particolare relativamente alla mancata *sottoposizione* del progetto al Nucleo tecnico per la finanza di progetto ex Art.22 della L.R. 12/2011, la stessa sembra effettivamente, apparire come una lacuna del procedimento (se il Nucleo fosse stato operante nel periodo considerato). Di contro il richiedente riferisce che il progetto è incardinato presso la Commissione regionale dei lavori pubblici che in data 01 dicembre 2021 approva definitivamente il progetto.

Al riguardo giova rappresentare che l'art. 5, comma 15, della legge regionale 12 luglio 2011, n.12 prevede che "*il parere della commissione regionale sostituisce a tutti gli effetti, qualsiasi altro esame o parere di amministrazioni o di organi consultivi monocratici o collegiali e di uffici regionali in materia di lavori pubblici*".

Parimenti risulta evidente che al mutare della base giuridica conseguente al finanziamento pubblico, eventualmente operato, trova conseguenza nell'applicazione delle norme richiamate.

In conclusione questo Ufficio, rispetto sia ai quesiti svolti che alla richiesta finale di ausilio all'emersione di ulteriori motivi soggetti a valutazione, deve rassegnare, se non l'impossibilità, almeno la grave difficoltà a svolgere il proprio compito di ausilio all'interpretazione delle norme utilizzate in attività svolte in diversi anni attraverso istruttorie complesse effettuate da molteplici soggetti istituzionali diversi.

Infatti la sommaria ricostruzione dell'intero iter procedimentale svolta pur con le difficoltà facili da intuire da parte del richiedente è di ostacolo persino alla individuazione dei fatti concreti



**Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana
Posizione di Collaborazione e di Coordinamento 2**

cui fare riferimento per l'applicazione delle disposizioni di leggi coerenti con le iniziative intraprese.

Nelle considerazioni sopra esposte è pertanto l'avviso dello scrivente ufficio.

Si rammenta che in conformità alla Circolare presidenziale 8 settembre 1998, n.16586/66.98.12, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere pubblicato sul sito istituzionale di questo Ufficio.

Il Funzionario

F.to Pontillo

Il Dirigente

F.to Guida

L'Avvocato Generale

F.to Bologna

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana
Posizione di Collaborazione e di Coordinamento 2

Responsabile del Procedimento: Pio Guida
Via Caltanissetta, 2/e – 90141 Palermo Telefono 091/7074898
E-MAIL: pguida@regione.sicilia.it
PEC: Ufficio.legislativo.legale@certmail.regione.sicilia.it