



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA**

**Sezione giurisdizionale**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1282 del 2019, proposto dal Comune di Cefalù, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniela Ferrara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Presidenza del Consiglio dei ministri, Regione Siciliana - Assessorato regionale energia e servizi di pubblica utilità, Regione Siciliana - Presidenza, Presidente della Regione Siciliana, Presidente del Consiglio dei ministri, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

Assemblea Territoriale Idrica di Palermo - Ambito territoriale ottimale 1 Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Maria Cusenza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Antonio Liberto in Palermo, piazza Giovanni Amendola 31;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) n. 2290/2019, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei ministri e di Regione Siciliana - Assessorato regionale energia e servizi di pubblica utilità e di Regione Siciliana - Presidenza, del Presidente della Regione Siciliana e del Presidente del Consiglio dei ministri e di Assemblea territoriale idrica di Palermo - Ambito territoriale ottimale 1 Palermo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2022 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Cefalù ha convenuto in giudizio l'Assemblea Territoriale Idrica di Palermo (di seguito: "ATI"), l'Assessorato dell'energia e dei servizi di pubblica utilità della Regione Siciliana, il Presidente della Regione Siciliana, la Presidenza della Regione Siciliana, il Presidente del Consiglio dei ministri e la Presidenza del Consiglio dei ministri chiedendo che il Tar Sicilia - Palermo accerti il loro obbligo di provvedere agli adempimenti previsti dall'art. 172 del d. lgs. n. 152 del 2006 tra i quali rileva, in particolare, l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato a un gestore unico per tutto l'Ambito Territoriale Ottimale di Palermo, e conseguentemente per l'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia-inadempimento delle amministrazioni resistenti.

Il Comune di Cefalù ha altresì chiesto condannarsi l'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti a cagione del ritardo nel provvedere.

2. Il Tar, con sentenza 27 novembre 2019 n. 2290, ha dichiarato il ricorso

inammissibile per essere stato proposto in assenza dei presupposti di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. (per mancanza di un obbligo di provvedere e in quanto proposto per ottenere l'adempimento di obblighi convenzionali o contrattuali) e per mancata evocazione in giudizio di Amap s.p.a. quale parte necessaria del giudizio.

3. Il Comune di Cefalù ha appellato la sentenza davanti a questo CGARS con ricorso n. 1182 del 2019.

4. Nel giudizio di appello si sono costituiti l'ATI, l'Assessorato dell'energia e dei servizi di pubblica utilità della Regione Siciliana, il Presidente della Regione Siciliana, la Presidenza della Regione Siciliana, il Presidente del Consiglio dei ministri e la Presidenza del Consiglio dei ministri.

5. All'udienza del 3 febbraio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

6. L'appello non è meritevole di accoglimento, nei termini di seguito illustrati.

7. Con il primo e il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto inammissibile il ricorso per essere stato proposto in assenza dei presupposti di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. (per mancanza di un obbligo di provvedere e in quanto proposto per ottenere l'adempimento di obblighi convenzionali o contrattuali).

7.1. Con il terzo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto inammissibile il ricorso per mancata evocazione in giudizio dell'Amap s.p.a.

7.2. Rispetto a tali motivi, e in genere all'ammissibilità del ricorso introduttivo, l'ATI ha riproposto, in forma di eccezione, le proprie controdeduzione con la memoria di costituzione (sulle quali ha insistito nell'udienza pubblica del 3 febbraio 2022, come da relativo verbale), che il Collegio scrutina congiuntamente ai primi tre motivi di appello.

7.3. I detti motivi avrebbero potuto essere accolti, benché il ricorso debba, per le ragioni di seguito illustrate *infra*, essere dichiarato improcedibile.

Si premette che l'Amministrazione ha un obbligo di provvedere in merito all'affidamento del servizio al gestore unico, tanto è vero che è previsto un potere sostitutivo (così l'art. 147 del d. lgs. n. 152 del 2006, che richiama l'art. 8 della legge n. 131 del 2003).

E' vero che il rimedio del silenzio-inadempimento non si applica alla stipulazione di convenzioni e contratti (in ragione della mancata ricorrenza di una posizione di interesse legittimo), nel caso di specie, però, si chiede all'ATI di disporre l'affidamento (cui seguirà la convenzione). Non si tratta di stipulare il contratto ma che l'Amministrazione si determini ad affidare il servizio, fatta salva la stipulazione del contratto.

Del resto, l'improcedibilità del ricorso quanto al *petitum* sul silenzio, sui cui infra, che ha visto le parti essere concordi, si appunta su atti assunti dall'ATI.

In merito al (in tesi) mancato rispetto dell'art. 31 comma 2 c.p.a., che limita l'azione avverso il silenzio-inadempimento ad una condizione (fintanto che perdura l'inadempimento) e ad un ambito temporale (e comunque non oltre un anno), considerato anche che l'atto di indirizzo 18 maggio 2017 n. 4586 non potrebbe essere qualificato quale atto di diffida e non può quindi concorrere a rimettere in termini l'appellante, si rileva che l'Assessorato dell'energia e dei servizi di pubblica utilità infatti, con atto 18 maggio 2017, ha diffidato i commissari straordinari e liquidatori degli ATO e le ATI tramite gli stessi commissari a redigere il piano d'ambito, scegliere la forma di gestione e affidare il servizio idrico integrato a un gestore unico.

Con nota 19 giugno 2018 n. 2318/GAB lo stesso Assessorato ha potuto rivolgere direttamente alle ATI la diffida a procedere alla "*redazione/aggiornamento del Piano d'Ambito*" entro 30 giorni.

Il ricorso introduttivo è stato notificato il 12 ottobre 2018, nel rispetto dell'intervallo annuale, prescritto dall'art. 31 c.p.a. e decorso dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

L'inottemperanza si è poi protratta., come si vedrà *infra*, fino all'adozione, da parte

dell'ATI di Palermo, della deliberazione n. 5 del 2021 e del successivo atto 14 gennaio 2022 ed era quindi in essere al momento dell'esercizio dell'azione avverso il silenzio.

Né si può ritenere che risultasse già adempiuto, al momento della presentazione del ricorso, l'obbligo di cui all'art. 172 del d. lgs. n. 152 del 2006 con la deliberazione dell'A.T.I. nr. 10 del 27 settembre 2018, con la quale AMAP s.p.a. è stata scelta quale gestore unico del S.I.I. Ciò in quanto detto atto, pur necessario e funzionale all'adempimento degli obblighi di legge, non è sufficiente a soddisfare l'interesse del Comune di Cefalù a conoscere gli esiti delle determinazioni circa la gestione del servizio idrico integrato.

Né può ritenersi che nel caso di specie non fosse azionabile il rimedio avverso il silenzio nel caso in cui il fine della tutela consista in accordi contrattuali.

Come è reso evidente dagli atti che hanno determinato l'improcedibilità del ricorso il silenzio (su cui infra) è stato azionato con lo scopo di ottenere le determinazioni amministrative prodromiche alla conclusione degli accordi negoziali, poi assunte dall'ATI con provvedimento amministrativo (laddove gli atti negoziali seguono in un momento successivo).

Né può ritenersi ostativa all'esercizio dell'azione avverso il silenzio la mancata impugnazione delle precedenti deliberazioni ATI che l'appellante avrebbe censurato con il ricorso introduttivo, ma non impugnato, come è reso evidente dal fatto che la deliberazione n. 5 del 2021 non contiene alcuna statuizione di ritiro delle determinazioni precedenti.

Neppure giustifica la declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo la mancata intimazione in giudizio di Amap, in quanto l'azione avverso il silenzio era destinata all'ATI di Palermo, come reso evidente dal fatto che i due atti in forza dei quali la relativa domanda è stata dichiarata improcedibile sono stati adottati dall'ATI e non da Amap, mentre la domanda risarcitoria vede convenuti altri soggetti, ma, atteso che il vincolo di solidarietà non determina comunque un'ipotesi

di litisconsorzio necessario (Cass. civ., sez. I, 18 settembre 2021 n. 21567), la mancata evocazione in giudizio di Amap può rilevare solo ai fini della delibazione del merito della domanda.

8. Scrutinati i motivi relativi all'ammissibilità del ricorso introduttivo, si rileva il sopravvenuto difetto di interesse rispetto alla domanda avverso il silenzio, così come rilevato dal Collegio nell'udienza del 3 febbraio 2022 e sul quale le parti hanno concordato (così dal relativo verbale di udienza: *"l'avv. Ferrara fa presente che la delibera 5 e la nota Ati ricevute in data 18/01 rendono improcedibile il petitum principale dell'appello; l'avv. Cusenza si associa ma non rinunciando alle eccezioni già proposte con memoria."*).

In particolare l'ATI di Palermo, con atto 14 luglio 2021 n. 5, ha deliberato l'*"affidamento del Servizio Idrico Integrato in favore del Gestore Unico AMAP s.p.a. ai sensi dell'art. 149 bis dell'art. 172 del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e s.m.i. nonché della L.R. n. 19 dell'11 agosto 2015"*, precisando nel dispositivo che l'affidamento *"riguarda lo svolgimento con carattere di esclusività del Servizio Idrico Integrato in favore dell'AMAP S.p.A. nell'Intero Ambito Territoriale Ottimale Palermo, con esclusione delle gestioni dirette comunali salvaguardate ai sensi di legge"* e *"sarà garantito, nei termini di cui alla predetta convenzione di gestione del SII con diritto di esclusività nei territori dei Comuni ricadenti nell'ATO Palermo e quindi, anche per quelli che progressivamente acquisiranno la qualità di socio dell'AMAP S.p.A."*

In data 10 gennaio 2022 l'ANAC ha disposto l'iscrizione *"all'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house"* dei Comuni già soci di AMAP s.p.a. quale strumento degli affidamenti in regime dell'*in house providing*.

Con successiva nota 14 gennaio 2022 l'ATI di Palermo ha comunicato agli enti in indirizzo, fra i quali il Comune di Cefalù, che le relative gestioni del servizio idrico integrato dovranno confluire nella gestione unica d'ambito affidata ad Amap e che *"la natura di detto affidamento rende obbligatoria la partecipazione azionaria dei"*

*Comuni anzidetti alla compagine societaria del Gestore Unico affidatario”.*

Così facendo è stato adempiuto l'obbligo di provvedere azionato con il ricorso introduttivo, avente appunto ad oggetto l'obbligo di provvedere agli adempimenti previsti dall'art. 172 del d. lgs. n. 152 del 2006, tra i quali rileva, in particolare, l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato a un gestore unico per tutto l'ambito territoriale ottimale di Palermo.

8.1. Deve quindi essere dichiarata l'improcedibilità del *petitum* principale (domanda avverso il silenzio).

9. Esaurita la trattazione delle questioni relative al *petitum* principale, residua da esaminare la domanda di risarcimento del danno.

In particolare la richiesta risarcitoria concerne il danno patito dal Comune, *“a seguito dell'inerzia, del tutto ingiustificata, delle pubbliche amministrazioni odierne appellate rispetto all'adempimento degli obblighi di cui all'art. 172 del d.lgs. n. 152/2006”.*

9.1: La domanda non è meritevole di accoglimento.

Il paradigma cui è improntato il sistema della responsabilità dell'amministrazione per l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o per il mancato esercizio di quella doverosa, devoluto alla giurisdizione amministrativa, è quello della responsabilità da fatto illecito (Ad. plen. 23 aprile 2021 n. 7).

Alla luce della ricostruzione della natura della responsabilità in termini di responsabilità extracontrattuale, da un lato, la condanna al risarcimento dell'Amministrazione per lesione dell'interesse legittimo presuppone la positiva verifica di tutti gli elementi che caratterizzano l'illecito aquiliano (l'illegittimità del provvedimento causativo del danno o dell'inerzia, la sussistenza della colpa o del dolo della P.A., la lesione di un interesse tutelato dall'ordinamento, il nesso causale che colleghi la condotta commissiva o omissiva della P.A all'evento dannoso, la sussistenza dei pregiudizi subiti e il nesso che li lega all'evento dannoso (Cons. St., sez. II, 20 maggio 2019 n. 3217 e sez. VI, 19 marzo 2019 n. 1815) e, dall'altro lato,

trovano applicazione i criteri di cui all'art. 2056 c.c., e, quindi, in particolare, l'art. 1223 c.c., (recante il criterio di integrale riparazione del danno, lucro cessante e danno emergente), la regola residuale della quantificazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., laddove non sia possibile determinare in modo compiuto l'ammontare dei pregiudizi subiti, e l'art. 1227 comma 2 c.c., in punto causalità giuridica e concorso colposo del danneggiato mentre non è applicabile il canone della prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c.

Lo schema tipico della responsabilità extracontrattuale o aquiliana richiede, ai fini del riconoscimento del risarcimento dei danni, la dimostrazione, oltre che del danno e del nesso di causalità, della colpa o del dolo (Cons. St., sez. IV, 15 aprile 2019 n. 2429).

La concreta operatività del criterio soggettivo di ascrizione della responsabilità all'Amministrazione sconta l'orientamento giurisprudenziale prevalente che rinviene nell'illegittimità del provvedimento il fatto costitutivo di una presunzione semplice in ordine alla sussistenza della colpa in capo all'Amministrazione e che quindi ancora la sussistenza della colpa alla violazione delle regole di esercizio del potere pubblico (Cons. St., sez. III, 6 luglio 2020 n. 4336).

Il privato può, quindi, limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto o l'inadempimento dell'obbligo di provvedere, dovendosi fare rinvio, al fine della prova dell'elemento soggettivo della responsabilità, alle regole della comune esperienza e della presunzione semplice di cui all' art. 2727 c.c., mentre detta presunzione può essere superata in caso di errore scusabile, da rinvenire nella sussistenza di contrasti giudiziari, nell'incertezza del quadro normativo di riferimento e nella complessità della situazione di fatto.

Nel caso di specie ricorrono i presupposti dell'errore scusabile, e tale convincimento, nei termini in cui verrà di seguito declinato, ha natura assorbente.

Innanzitutto la normativa di settore è stata interessata da due sentenze della Corte costituzionale, la n. 93 del 2017 e la più recente n. 231 del 2020.

In particolare assume rilevanza (in quanto interessano aspetti che connotano il caso



di specie) la pronuncia del 2017, laddove è intervenuta dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 comma 2 della l.r. Sicilia n. 19 del 2015 per mancato rispetto delle condizioni stabilite dal diritto dell'Unione europea per l'affidamento *in house* e dell'art. 4 comma 7 e dell'art 5 comma 6 della l.r. n. 19 del 2015 per avere ampliato le ipotesi di deroga alla gestione unitaria.

Con sentenza 22 ottobre 2022 n. 231 la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4 commi 1 e 2 della legge della Regione Siciliana 11 agosto 2017 n. 16, avente ad oggetto la retrocessione di reti e impianti ai comuni e la gestione diretta del servizio da parte del singolo comune per la violazione del principio di unicità della gestione del servizio idrico sancito dagli artt. 147 e 149-bis del d. lgs. n. 152 del 2006, affermando che *“la disciplina diretta al superamento della frammentazione verticale della gestione delle risorse idriche, con l'assegnazione a un'unica Autorità preposta all'ambito delle funzioni di organizzazione, affidamento e controllo della gestione del servizio idrico integrato, è ascrivibile alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, essendo essa diretta ad assicurare la concorrenzialità nel conferimento della gestione e nella disciplina dei requisiti soggettivi del gestore, allo scopo di assicurare l'efficienza, l'efficacia e l'economicità del servizio”*.

Così inquadrata in termini generali la rilevanza delle due sentenze della Corte costituzionale, che hanno concorso a chiarire e definire la disciplina di settore, si rileva, in fatto, che la situazione del settore si è dipanata nel corso del tempo in modo estremamente complesso.

In data 14 giugno 2007 è stata sottoscritta tra l'ATO1-Palermo e A.P.S. s.p.a. la convenzione per la gestione del servizio idrico integrato nel territorio dell'ATO 1 di Palermo.

Successivamente, quando A.P.S. s.p.a. è stata dapprima posta in liquidazione, in forza del decreto del Tribunale civile e fallimentare di Palermo, sez. IV, del 7 febbraio 2012, poi ammessa all'amministrazione straordinaria, infine convertita in

fallimento con decreto del Tribunale civile e fallimentare di Palermo, sez. IV, n. 159 del 29 ottobre 2013, la curatela del fallimento A.P.S. s.p.a., giusta Decreto del Tribunale di Palermo, sez. IV, del 24 gennaio 2014, ha continuato a garantire in regime di proroga la gestione del SII fino al 5 febbraio 2014, data in cui la società fallita ha consegnato gli impianti gestiti all'ATO1-Palermo.

In forza dell'ordinanza prefettizia n. 10059 del 5 febbraio 2014 l'ATO1 di Palermo ha assunto in via d'urgenza la gestione del servizio idrico integrato.

Tale gestione straordinaria dell'ATO1-PA è proseguita fino all'affidamento del servizio ad Amap: *“l'ATO1-PA concede la gestione del servizio ad AMAP spa sino al 30 settembre 2015, con utilizzo a titolo gratuito degli impianti, infrastrutture e progetti dei Comuni e con il consenso degli stessi; l'AMAP spa viene in tal modo individuato quale soggetto gestore ai sensi dell'art. 172 D.lgs. n. 152/2006 come modificato dal Decreto n. 164/2014, c.d. “Sblocca Italia”; l'ATO1-PA affida ad AMAP spa la gestione trentennale del Servizio Idrico Integrato dei comuni prima gestiti da APS spa”* (resoconto della conferenza dei Sindaci del 26 gennaio 2015).

In seguito alla nota 28 febbraio 2015, con la quale il Prefetto di Palermo ha intimato l'ATO1 di *“adottare ogni iniziativa ritenuta idonea ed opportuna per impedire l'interruzione del SII nei 42 Comuni precedentemente gestiti da APS spa oggi dichiarata fallita, nelle more della definizione, ormai prossima, delle procedure relative al superamento dell'emergenza nei Comuni appartenenti all'ATO idrico Palermo”*, l'ATO1, con nota 3 marzo 2015 n. 897, ha invitato i comuni a deliberare l'ingresso nella compagine sociale di Amap *“per superare definitivamente l'attuale condizione di emergenza”*.

La procedura si è conclusa in data 7 maggio 2015 con l'atto di *“Affidamento all'AMAP S.p.A. del SII nell'ATO1-Palermo ai sensi del Decreto legislativo n. 152/2006 e s.m.i.”*, sottoscritto dal Commissario straordinario liquidatore dell'ATO1-PA e dal rappresentante legale di Amap. La decorrenza degli effetti del suddetto affidamento definitivo è stata fissata a partire dalla data di ingresso dei Comuni nella compagine sociale.

L'assemblea dei soci di Amap, in data 19 novembre 2015, ha approvato una modifica statutaria per rendere possibile la partecipazione alla società, fino al limite del 49% del capitale sociale, *“alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del Decreto Legislativo 30 marzo 2001 n. 165”*, stabilendo, altresì, che *“la Società esercita la propria attività istituzionale in via prevalente in favore dell'ente o degli enti pubblici titolari del relativo capitale sociale”*.

In data 16 dicembre 2015 l'assemblea dei soci ha deliberato l'aumento di capitale per un importo pari ad un milione di euro, in forma scindibile, *“riservato ai Comuni ricompresi nell'ambito territoriale ottimale di riferimento”*.

Amap ha quindi svolto, nelle more della definizione delle condizioni di affidamento della gestione unitaria, il servizio nei confronti dei trentaquattro comuni facenti parte della compagine azionaria di Amap, con conseguente possibilità di affidare il servizio *in house*.

Il Comune di Cefalù, con delibera primo febbraio 2016 n. 11, ha stabilito di sottoscrivere cinquanta azioni e, in pari data, ne ha dato comunicazione ad Amap, con nota n. 2399, in cui ha specificato che *“il versamento a saldo della somma verrà effettuato entro il 28 febbraio p.v.”*.

Il Presidente di Amap, con nota 23 febbraio 2016 n. 6718, ha comunicato al Comune di Cefalù la mancanza delle condizioni di sostenibilità finanziaria dell'affidamento pluriennale per via del *“precario stato delle infrastrutture”* e degli *“ingenti oneri di gestione del potabilizzatore Presidiana”*.

Il Comune ha instaurato un contenzioso civile per il riconoscimento dell'acquisizione della qualità di socio di Amap (sentenza del Tribunale di Palermo n. 4305 del 2018).

Nel frattempo il Comune di Cefalù ha svolto il servizio non ricevendo dagli utenti la corresponsione di canoni.

Si è altresì creata una situazione conflittuale con il precedente gestore, Sorgenti Presidiana s.r.l. (nota Sorgenti Presidiana s.r.l. 21 giugno 2017 n. 31 e verbale 12

agosto 2017).

Né sono idonei a superare la tematica i due giudizi amministrativi conclusi dal Tar con le sentenze n. 667/2019 e 3525/2021, aventi ad oggetto le ordinanze comunali di requisizione che il giudice ha ritenuto di non annullare, in quanto fanno riferimento, per quanto di interesse in questa sede, al ritardo dell'ATI, di per sé solo non idoneo a giustificare l'allocazione del rischio dei conseguenti pregiudizi economici in capo all'ATI medesimo.

Allo stesso modo non rileva la sentenza n. 649 del 21 ottobre 2020, con la quale il Tribunale di Termini Imerese ha dichiarato, con riferimento a un periodo precedente a quello che è qui in discussione, che *“risulta evidente che la gestione del S.I.I. integrato abbia fatto capo alla società Acque Potabili Siciliane s.p.a, quindi all'A.A.T.O. 1 Palermo (in gestione diretta ed <<emergenziale>>) e, infine, alla società AMAP s.p.a., a far data dal 18.5.2015, ed in particolare dal subentro di AMAP s.p.a. nel contratto di affitto di ramo di azienda con la Curatela del fallimento A.P.S. s.p.a. (contratto del 18.5.2015, rep. n. 53771), preceduto dalla stipula dell'atto di affidamento, del 7/5/2015”*, statuendo che *“legittimamente il Comune ha “respinto” le fatture emesse dalla società Sorgenti Presidiana, che ha reso il servizio di potabilizzazione in forza di una concessione stipulata con il Comune di Cefalù, che l'Ente di Governo dell'Ambito (ATO 1 PA) ha scelto di salvaguardare e nelle cui obbligazioni è subentrato ex lege il Gestore del SII, ex art. 47, comma 4, della legge regionale n. 5 del 28 gennaio 2014”*.

L'ATO1 di Palermo è stato nel frattempo posto in liquidazione. Con nota 3 marzo 2017 n. 2432/gab è stato trasmesso il decreto di nomina del commissario straordinario e liquidatore *“per l'espletamento delle operazioni di liquidazione, nonché per la gestione ordinaria della predetta Autorità fino al subentro del nuovo ente di governo, denominato Assemblea Territoriale Idrica”*.

L'ATI, con deliberazione 27 settembre 2018 n. 10, ha scelto quale forma gestionale del servizio idrico integrato quella *in house* individuando in Amap il soggetto gestore.

La relazione finale sull'esito dell'istruttoria del marzo 2019 si conclude nel senso di ritenere che *“le uniche gestioni comunali salvaguardate, ai sensi dell'art. 147, comma 2-bis, lett. a) del D.lgs. n. 152/2006, sono solo tre: Gratteri, Scillato e Sclafani Bagni, comuni montani con popolazione inferiore ai 1.000 abitanti (Gruppo V)”*. Per i Comuni del Gruppo I – Cefalù, Cerda, Vicari e Ventimiglia di Sicilia, che non hanno chiesto alcuna salvaguardia, la relazione si conclude con la previsione che gli stessi *“dovranno confluire nella gestione unitaria d'ambito che l'Assemblea ha già individuato in AMAP spa”*.

La complessità della situazione di fatto si deve quindi ai numerosi attori coinvolti nella vicenda, solo in parte chiamati in giudizio, ad alcune condizioni che hanno connotato l'erogazione del servizio da parte del Comune di Cefalù, quali la riscossione dei canoni, ai numerosi contenziosi che hanno visto il Comune di Cefalù contrapporsi ad altri soggetti coinvolti a diverso titolo nella gestione del servizio.

Rispetto alla riscossione dei canoni, non è sufficiente l'affermazione del Comune appellante (*“i costi di gestione del servizio nel suo territorio sono confluiti nella tariffa unica di ambito, riscossa dai gestori che si sono susseguiti da quella data in poi, da ultimo dal gestore AMAP sino a maggio 2016, e da quella data più da nessuno”*) a superare quanto dedotto dall'ATI con nota 6 ottobre 2017 n. 246 circa il fatto che *“il Comune di Cefalù è legittimato a incassare, per proprio conto la tariffa del SII e non occorre che l'ATI deliberi in tal senso, così come non ha fatto per gli altri Comuni dell'Ambito che gestiscono il servizio in forma diretta”*. Non è infatti stata comprovata una diversa condotta tenuta dagli altri comuni. Del resto anche la nota 22 gennaio 2019, con la quale l'ANCI ha chiesto al Comune di Cefalù di accedere alla banca dati al fine di consentire la gestione del bonus sociale idrico, indica quanto meno che ci fossero elementi per ritenere che al Comune spettassero le competenze in merito ai corrispettivi del servizio (che peraltro rappresentano una delle voci della domanda risarcitoria) ed è comunque indice di

una disciplina del settore oltremodo complessa.

Fra i contenziosi assume una particolare rilevanza quello relativo all'acquisizione delle quote di partecipazione in Amap, in quanto la titolarità del capitale sociale è funzionale alla possibilità di affidare *in house* il servizio alla medesima società. Detto contenzioso si è risolto in primo grado con sentenza del Tribunale di Palermo n. 4305 del 2018), mentre sarebbe pendente il secondo grado di giudizio. Che la questione non sia risolta risulta evidente dal fatto che con deliberazione n. 10 del 2018 l'ATI ha stabilito l'affidamento *in house* della gestione del servizio rispetto agli enti partecipanti al capitale sociale di Amap (così come richiesto dalla normativa di settore), che sono elencati nel preambolo e fra i quali non figura il Comune di Cefalù. Ancora nel preambolo della delibera n. 5 del 2021, fra gli enti che hanno acquisito partecipazioni in Amap, non viene richiamato il Comune di Cefalù.

La permanenza della tematica è altresì testimoniata dalle note 27 aprile 2021 n. 702 e del 28 aprile 2021 n. 719, con le quali l'ATI ha invitato il Comune di Cefalù a porre in essere quanto necessario per acquisire la qualità di socio di Amap, e dalla successiva nota 7 dicembre 2021 n. 2190, dalla quale si desume la non intervenuta definizione dell'acquisto della qualità di socio di Amap da parte del Comune di Cefalù. Nel provvedimento 10 gennaio 2022 l'ANAC non ha inserito il Comune di Cefalù fra i soci di Amap.

Infatti il Comune di Cefalù ha chiesto più volte di avere indicate le modalità per l'acquisto delle azioni di Amap, notificando di recente, in data 29 novembre 2021, una diffida all'ATI chiedendo quali siano le modalità (numero di azioni, costo e conto su cui effettuare il versamento) per acquisire una partecipazione nella compagine sociale del gestore.

Con deliberazione 14 luglio 2021 n. 5 l'ATI ha disposto l'affidamento del servizio ad Amap precisando che sarà garantito *“nei territori dei Comuni ricadenti nell'ATO Palermo e quindi, anche per quelli che progressivamente acquisiranno la qualità di socio dell'AMAP S.p.A.”*.

Anche il rapporto (conflittuale) con il precedente gestore Presidiana Sorgenti s.r.l. assume rilevanza, rendendo oltremodo complesso il subentro, tanto è vero che nella nota 16 gennaio 2020 n. 33 si legge che è necessario valutare la fattibilità della risoluzione contrattuale e la ricorrenza di ipotesi di responsabilità al fine di consentire all'ATI di gestire il servizio senza aggravamento (economico e finanziario) della propria posizione.

D'altro canto, con riferimento specifico all'impianto di depurazione Contrada Sant'Antonio, il Commissario straordinario unico, nominato in relazione alle procedure di infrazione di cui alla sentenza di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, solo con la recente nota 21 ottobre 2021, ha sollecitato, previo approfondimento della tematica attraverso un parere reso dall'Avvocatura dello Stato l'ATI, a sottoscrivere la convenzione di gestione del depuratore realizzato sul territorio del Comune di Cefalù.

A ciò si aggiungono le prolungate tempistiche di avvicendamento fra enti. Non solo nella concreta gestione del servizio (così come illustrato sopra) ma anche per quanto attiene all'ente d'ambito. Sicché in data 3 marzo 2017 non era ancora subentrata l'ATI mentre in data 27 settembre 2018 l'ATI ha deliberato l'affidamento *in house* a Amap (laddove precedentemente l'accordo era intercorso con l'ATO1 di Palermo).

L'Assessorato dell'energia e dei servizi di pubblica utilità infatti, con atto 18 maggio 2017, nel quale è reso evidente che non è ancora stato completato l'avvio delle ATI, ha diffidato i commissari straordinari e liquidatori degli ATO e le ATI tramite gli stessi commissari a redigere il piano d'ambito, scegliere la forma di gestione e affidare il servizio idrico integrato a un gestore unico.

Solo in un secondo momento lo stesso Assessorato, con nota 19 giugno 2018 n. 2318/GAB, ha potuto rivolgere direttamente alle ATI la diffida a procedere alla "*redazione/aggiornamento del Piano d'Ambito*". Detta seconda diffida ha peraltro ad oggetto solo il piano d'ambito, che, benché atto necessario, ai sensi dell'art. 149

e ss. del d. lgs. n. 152 del 2006, ai fini delle decisioni sullo svolgimento del servizio, non integra il completo adempimento di quanto previsto dall'art. 172 del d. lgs. n. 152 del 2006 (*"Gli enti di governo degli ambiti che non abbiano già provveduto alla redazione del Piano d'Ambito di cui all'articolo 149, ovvero non abbiano scelto la forma di gestione ed avviato la procedura di affidamento, sono tenuti, entro il termine perentorio del 30 settembre 2015, ad adottare i predetti provvedimenti disponendo l'affidamento del servizio al gestore unico con la conseguente decadenza degli affidamenti non conformi alla disciplina pro tempore vigente"*, così il comma 1), cui è teso il ricorso avverso il silenzio.

Del resto, con la sentenza del Tar n. 2220 del 2020 è stata annullata dal Tar la deliberazione dell'ATI n. 5 del 2020, per avere affidato il servizio all'Amap in assenza di aggiornamento del piano d'ambito (mentre detta sentenza, e la successiva sentenza d'ottemperanza n. 1980 del 2021, non avallano la gestione autonoma del Comune ricorrente).

Ed il piano d'ambito è stato poi approvato dall'ATI con deliberazione 30 dicembre 2020 n. 11, con la quale sono stati individuati gli interventi da effettuare rispetto ai nuovi comuni da gestire e le conseguenti revisioni degli assetti tariffari in linea con la deliberazione Arera 580/2019/R/IDR.

Il contesto generale è tale che neppure il Presidente della Regione e il Presidente del Consiglio hanno ritenuto di esercitare i poteri sostitutivi (peraltro riferiti ad ambiti adempitivi diversi, come appena sopra sottolineato), benché siano stati sollecitati dal Comune di Cefalù rispettivamente con note 4 agosto 2017 e 10 gennaio 2018.

A ciò si aggiunge che il Ministero ha reso plurimi pareri in merito all'interpretazione dell'art. 147 comma 2-*bis* del d. lgs. n. 152 del 2006 (circa le gestioni autonome da salvaguardare), di cui l'ultimo con nota 23 settembre 2020 n. 74091, rendendo quindi evidente che vi fossero margini di interpretabilità della disposizione.

Nel suddetto panorama complesso e in continua evoluzione, anche la posizione del



Comune di Cefalù non sembra esser stata sempre linearmente collaborativa, nel senso che la complessità della realtà del servizio imponeva a tutti gli operatori del sistema di collaborare comunicando i dati e le informazioni conosciute indipendentemente dal titolo e dalle modalità con le quali erano state raccolte.

Dalla nota dell'ATI 29 marzo 2019 risulta invece che il Comune di Cefalù non abbia partecipato all'istruttoria finalizzata alla decisione del mantenimento sulla gestione autonoma del servizio da parte dei comuni.

Le note inviate dall'ATI in data 6 luglio 2019 e 16 luglio 2019, al fine di chiedere ai comuni alcune informazioni funzionali alla redazione del piano d'ambito, risultano evase da molti comuni ma non dal Comune di Cefalù. E ciò nonostante l'art. 149 del d. lgs. n. 152 del 2006 preveda che il piano d'ambito debba contenere anche la ricognizione delle infrastrutture e che la Corte costituzionale, con sentenza n. 93 del 2017, dopo avere affermato che *“gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche, fino al punto di consegna o misurazione, fanno parte del demanio “accidentale”, ai sensi dell’art. 822 e seguenti del codice civile”* e che *“l’art. 143, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006 conferma che «gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del codice civile e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge»”,* ha statuito che, ai sensi dell'art. 153 comma 1 del d. lgs. n. 152 del 2006, le infrastrutture idriche sono *“di proprietà degli enti locali”* e devono essere affidate in concessione d'uso gratuita per tutta la durata della gestione.

Con nota 16 gennaio 2020 n. 33 l'ATI ha sollecitato il riscontro del Comune e precisato di avere richiesto al medesimo la presentazione dell'istanza di potenziamento della linea elettrica (necessario per la messa in esercizio dell'impianto di depurazione) non in quanto gestore del servizio ma in quanto proprietario degli impianti.

La situazione complessiva è stata quindi connotata da una complessità oggettiva e soggettiva tale da superare la presunzione di colpa insita nell'accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere, obbligo che, peraltro, nel caso di specie è stato ottemperato nelle more del presente giudizio, così come emerge dalla declaratoria di improcedibilità del *petitum* principale.

In tal modo, da un lato, sussiste quella complessità della situazione di fatto che integra l'errore scusabile così da superare, in base all'orientamento giurisprudenziale sopra riferito, la presunzione insita nell'avvenuto accertamento dell'illegittimità dell'atto o nell'accertato inadempimento dell'obbligo di provvedere. E ciò a tacere, quanto ai profili di mero diritto, della rilevanza delle sopra richiamate sentenze della Corte costituzionale, la n. 93 del 2017 e la n. 231 del 2020.

9.2. In mancanza dell'elemento soggettivo la domanda di risarcimento del danno non può quindi essere accolta.

9.3. A ciò si aggiunge che lo stesso adempimento dell'obbligo di provvedere nelle more del giudizio sul silenzio, la presenza di numerosi attori, non tutti chiamati nel presente giudizio, la reciproca mancanza di collaborazione e l'evidente difficoltà insita nella gestione di un servizio che richiede numerosi investimenti (il cui impegno finanziario è tale da rendere difficoltosi veloci passaggi di consegne, anche in ragione delle esposizioni finanziarie che ne costituiscono il presupposto) rendono difficilmente qualificabile in termini di ingiusto il danno patito dal Comune di Cefalù, laddove l'esame dell'ingiustizia presuppone il bilanciamento fra le contrapposte sfere giuridiche.

Su tutte le parti del rapporto di diritto pubblico gravano infatti obblighi di buona fede e di collaborazione, che sono attualmente sanciti dall'art. 1 comma 2-*bis* legge n. 241 del 1990 ma erano già riconosciuti in precedenza dalla giurisprudenza (Ad. plen. 25 febbraio 2014 n. 9).

Essi impongono che tutte le parti siano chiamate ad assolvere oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire le informazioni richieste e di porre in essere

ogni comportamento che possa incidere sul raggiungimento del risultato atteso, e che trovano il proprio fondamento nei doveri di solidarietà e dell'autoresponsabilità, aventi fonte negli artt. 2 e 97 Cost.

*“Ciò, anche in considerazione del principio di autoresponsabilità della dichiarazione vigente nel nostro ordinamento, per il quale ciascuno si assume le conseguenze degli eventuali errori commessi nell'effettuazione della stessa (né può invocarsi nel caso di specie un obbligo dell'amministrazione di procedere al soccorso istruttorio, mancando qualsiasi elemento obiettivo e facilmente riconoscibile da cui l'amministrazione avrebbe potuto desumere un presunto errore dichiarativo)”* (Cons. St., sez. II, 25 gennaio 2021 n. 714).

Detti obblighi gravano su tutte le parti, così non potendosi richiedere che solo una di esse sopporti le conseguenze pregiudizievoli che sono derivate dall'asserita violazione degli obblighi di collaborazione, specie a fronte della previsione contenuta nell'art. 30 comma 3 c.p.a., che osta a riconoscere i danni che si sarebbero potuti evitare. Viene in gioco l'art. 1227 comma 2 c.c. (evocato dall'art. 30 comma 3 c.p.a.), in forza del quale non deve essere risarcito il danno che il creditore non avrebbe subito se avesse serbato il comportamento collaborativo cui è tenuto, secondo correttezza. Il più generale principio di esclusione della responsabilità ogni volta in cui si provi che il danno prodottosi non rappresenta una perdita patrimoniale per il creditore o per il danneggiato in quanto l'avrebbe egualmente subita o avrebbe potuto evitarla è stato interpretato nel senso che il creditore è gravato non soltanto da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno), ma anche da un obbligo positivo (tenere quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte a evitare o ridurre il danno).

*“La scelta di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (comparativamente) complessa che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe plausibilmente (ossia più probabilmente che non) evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione dell'obbligo di*

*cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile. Detta omissione, apprezzata congiuntamente alla successiva proposizione di una domanda tesa al risarcimento di un danno che la tempestiva azione di annullamento avrebbe scongiurato, rende configurabile un comportamento complessivo di tipo opportunistico che viola il canone della buona fede e, quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall'art. 1227, comma 2, c.c., implica la non risarcibilità del danno evitabile” (Ad. plen. 23 marzo 2011 n. 3).*

Nel caso di specie, considerato quanto sopra illustrato, può affermarsi che molte delle soggettività coinvolte nelle vicende alla base della presente controversia non hanno posto in essere con la necessaria cura e diligenza tutte le iniziative volte a evitare il danno derivante dalla dilatazione della tempistica di ottenimento dei provvedimenti, comunque assunti nelle more del giudizio avverso il silenzio, così venendo meno, in un tempo compatibile con gli oneri imposti al privato dall'art. 30 comma 3 c.p.a. al fine di evitare il danno, anche la principale causa dell'ingiustizia del danno.

9.4. A ciò si aggiunge che lo stesso legislatore è intervenuto a prorogare fino al primo luglio 2022 la situazione transitoria, disponendo, con l'art. 22 comma 1-*quinquies* del d.l. 6 novembre 2021 n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 2021 n. 233, che “*entro il 30 settembre 2022, l'ente di governo dell'ambito provvede ad affidare al gestore unico tutte le gestioni non fatte salve ai sensi del citato comma 2-bis [n.d.r. non salvaguardate]*”.

Ne deriva che lo stesso legislatore, consentendo che l'affidamento al gestore unico possa intervenire entro il 30 settembre 2022, osta a che l'omissione precedente possa essere qualificata di per sé come ingiusta e che il rischio dell'omissione precedente debba essere sopportato dalla sola ATI.

9.5. La domanda di risarcimento del danno deve quindi essere respinta.

10. In conclusione, l'appello in punto di silenzio, che avrebbe dovuto essere accolto in parte, va dichiarato improcedibile, mentre, con le precisazioni di cui in

motivazione, deve essere confermata la reiezione della domanda risarcitoria.

11. La particolarità della questione, e la reciproca, parziale, soccombenza giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, in parziale riforma della sentenza impugnata, dichiara improcedibile la domanda avverso il silenzio proposta in prime cure e conferma la reiezione della domanda risarcitoria con le precisazioni di cui alla motivazione.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Salvatore Zappala', Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Sara Raffaella Molinaro**

**IL PRESIDENTE**  
**Fabio Taormina**

**IL SEGRETARIO**