

Pubblicato il 14/06/2017

N. 01613/2017 REG.PROV.COLL.

N. 01650/2016 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1650 del 2016, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

“Amap” s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e  
difeso dall’avv. Giovanni Immordino, presso il cui studio in Palermo, via Libertà,  
n. 171, è elettivamente domiciliato;

***contro***

Comune di Cefalù, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso  
dall’avv. Daniela Ferrara, presso il cui studio in Palermo, via della Libertà, n. 39, è  
elettivamente domiciliato;

***nei confronti di***

Ilardo Hidroelettrica non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

quanto al ricorso introduttivo

- dell'ordinanza sindacale contingibile e urgente n. 45 del 3 giugno 2016 avente ad oggetto "la prosecuzione della gestione del servizio idrico integrato";

- dell'ordinanza sindacale contingibile e urgente n. 49 del 10 giugno 2016 avente ad oggetto "interventi urgenti finalizzati alla funzionalità del depuratore di contrada Sant'Antonio";

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- dell'ordinanza sindacale contingibile e urgente n. 99 del 3 ottobre 2016 avente ad oggetto "la prosecuzione della gestione del servizio idrico integrato";

- nonché degli atti tutti presupposti, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria del Comune di Cefalù;

Vista l'ordinanza cautelare n. 839 del 25 luglio 2016;

Vista l'ordinanza del CGA n. 568 del 9 settembre 2016;

Visto il ricorso per motivi aggiunti;

Vista la memoria del Comune di Cefalù;

Vista l'ordinanza cautelare n. 1103 del 27 ottobre 2016;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2017 il consigliere Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato.

## FATTO

Con ricorso, notificato e depositato il 24 giugno 2016, l'AMAP s.p.a. esponeva che, con nota prot. n. 38501/15 del 4 dicembre 2015, aveva invitato tutti i Comuni della provincia di Palermo già in gestione transitoria (tra cui Cefalù) ad adottare, entro il giorno 31 successivo, apposite delibere consiliari di autorizzazione

dell'affidamento definitivo del servizio idrico integrato ai sensi dell'art. 4, comma 11, della l.r. n. 19 dell'11 agosto 2015 per la durata stabilita dall'art. 151, comma 2, lettera b), del d.lgs.vo n. 152 del 2006 (30 anni).

La prima delle due norme succitate disponeva che le società a capitale interamente pubblico di gestione del servizio idrico integrato, che detenevano a qualsiasi titolo infrastrutture e mezzi nel territorio da servire, potevano assumere la gestione del servizio idrico integrato in favore degli enti locali ricadenti nell'Ambito territoriale ottimale, ampliando la propria compagine sociale o stipulando apposito contratto di servizio con l'ente o gli enti locali interessati.

Successivamente, con verbale del 16 dicembre 2015, il Consiglio di Amministrazione, oltre ad approvare la relazione e la perizia di stima, aveva proposto all'Assemblea dei soci un aumento del capitale sociale di € 1.000.000,00.

Con verbale rep. n. 54000 racc. 15213 in notaio Maccarone, l'assemblea dei soci aveva deliberato il proposto aumento di capitale da realizzarsi mediante sottoscrizione di azioni di nuova emissione del valore nominale di € 1,00 ciascuna, con sovrapprezzo di € 1,00, riservato ai Comuni ricompresi nell'ambito territoriale ottimale di riferimento.

Con nota prot. n. 39844/15 del 18 dicembre 2015, l'AMAP aveva comunicato ai Comuni interessati di avere deliberato l'aumento del capitale sociale e aveva chiarito che, ai fini della sottoscrizione delle azioni, era necessaria l'adozione di una delibera consiliare di affidamento trentennale del servizio idrico integrato.

Nessuna delibera consiliare era stata, però, adottata dal Comune di Cefalù.

Con nota prot. 3163 del 29 gennaio 2016, l'AMAP aveva allora comunicato a tale ente che prendeva atto che non era stato deliberato l'affidamento del servizio e, conseguentemente, che non poteva proseguire la gestione transitoria oltre il 31 gennaio 2016.

In data 2 febbraio 2016, il Comune aveva trasmesso la delibera n. 11 del 1° febbraio 2016 con cui la Giunta comunale aveva disposto l'acquisto di 50 azioni e si era riservato di proporre al Consiglio comunale l'affidamento della gestione del servizio all'AMAP non appena sarebbe stato trasmesso lo schema della convenzione di gestione per la regolamentazione dei rapporti tra il Comune e la società con particolare riferimento alla gestione del depuratore comunale, al sistema tariffario, al piano degli investimenti, alla creazione di un front office.

Con verbale rep. n. 54058 racc. n. 15256 del 1° febbraio 2016 in atti del notaio Maccarone, l'assemblea dell'AMAP aveva fissato al 29 febbraio 2016 il termine ultimo per la sottoscrizione dell'aumento del capitale sociale specificando che lo stesso era riservato ai Comuni ricompresi nell'ambito territoriale di riferimento.

Frattanto, con note prot. n. 6718/16 e prot. n. 7075/16 del 23 e del 24 febbraio 2016, la ricorrente aveva comunicato al Comune di Cefalù che, alla luce dei vigenti assetti tariffari e della ricognizione dei ricavi e dei costi di gestione e tenuto conto dello stato precario delle infrastrutture e degli ingenti oneri del potabilizzatore "Presidiana", non poteva continuare la gestione transitoria e non poteva assumere quella definitiva se non alle medesime condizioni proposte agli altri enti.

Con delibera n. 7 del 4 marzo 2016, il consiglio di amministrazione aveva preso atto che alla mezzanotte di lunedì 29 febbraio 2016 erano state sottoscritte le azioni da una serie di Comuni, ma non anche da Cefalù, e aveva autorizzato il deposito del nuovo assetto societario presso il registro delle imprese della CCCIAA di Palermo.

Con nota dell'8 febbraio 2016, l'AMAP aveva comunicato a tutti i Comuni che non avevano sottoscritto le azioni (ivi compreso Cefalù) che non avrebbe continuato la gestione provvisoria del servizio idrico integrato per gli enti che non avevano adottato la delibera di affidamento definitivo dello stesso.

Era seguita una fitta corrispondenza con la quale il Comune di Cefalù, pur non avendo adottato la delibera di affidamento del servizio idrico integrato, aveva essenzialmente rivendicato di avere acquisito lo status di socio dell'AMAP.

Con nota prot. n. 10954 del 17 marzo 2016, la ricorrente aveva restituito al Comune di Cefalù l'assegno circolare di € 100,00 versato per l'acquisto di n. 50 azioni.

A questo punto, il Comune di Cefalù aveva notificato un atto di citazione davanti al Tribunale delle imprese di Palermo finalizzato a ottenere l'accertamento che era "divenuto socio di AMAP s.p.a." con la conseguenziale condanna all'iscrizione nel libro dei soci.

Con nota prot. n. 4571/16 dell'8 febbraio 2016, la ricorrente aveva comunicato al Comune di Cefalù che dal 15 febbraio 2016 non avrebbe proseguito la gestione provvisoria del servizio idrico integrato nei Comuni che non avevano adottato la delibera consiliare di affidamento definitivo ai sensi dell'art. 4 della l.r. n. 19 del 2015.

Con note del 23 e del 24 febbraio 2016 (il cui contenuto era stato ribadito con note del 10 e del 18 marzo, nonché del 20 aprile 2016), aveva rappresentato che il Comune non aveva provveduto all'affidamento del servizio, il quale non poteva più essere gestito, e che restava ferma la disponibilità ad assicurare i servizi utili mediante contratto di servizio; aveva, inoltre, precisato che gli impianti non erano mai stati consegnati.

Non di meno, con ordinanza contingibile e urgente n. 45 del 3 giugno 2016, il Sindaco del Comune di Cefalù aveva ordinato all'AMAP di assicurare la gestione del servizio idrico integrato per il periodo di 120 giorni o per quello minore entro il quale si fosse proceduto all'assegnazione definitiva del servizio.

Con la successiva ordinanza n. 49 del 10 giugno 2016, aveva ordinato alla ditta Ilardo Hidroelettrica di provvedere, in sostituzione dell'AMAP, all'esecuzione degli

interventi urgenti finalizzati al ripristino della funzionalità del depuratore di contrada Sant'Antonio.

Tutto ciò premesso e precisato, altresì, che tali ordinanze erano state adottate ai sensi dell'art. 54, commi 2 e 4, del TUELL per prevenire pericoli all'incolumità dei cittadini, AMAP ne ha chiesto l'annullamento, previa sospensione e vinte le spese, per i seguenti motivi:

1 e 2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 50 e 54 del TUELL. Difetto assoluto di presupposti, di motivazione e istruttoria. Erroneità dei presupposti, contraddittorietà, illogicità.

Non sussistevano i presupposti di necessità, urgenza e imprevedibilità necessari per l'adozione di un'ordinanza contingibile richiesti dagli artt. 50 e 54 del TUELL. La gestione del servizio idrico da parte dell'AMAP presupponeva necessariamente l'acquisto della qualità di socio.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 della l.r. n. 10 del 1991 e dell'art. 7 della l. n. 241 del 1990.

Sarebbe stata omessa la comunicazione di avvio del procedimento.

4) Violazione e falsa applicazione degli artt. 50 e 54 del TUELL. Difetto assoluto di presupposti. Mancanza di legittimazione attiva. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 10 bis della l. n. 241 del 1990 e degli artt. 3 e 11 bis della l.r. n. 10 del 1991.

La motivazione del provvedimento sarebbe carente in quanto non ha tenuto conto della precorsa fitta corrispondenza tra AMAP e Cefalù.

Si è costituito in giudizio il Comune di Cefalù che ha depositato una memoria con cui ha, tra l'altro rappresentato che, con ricorso notificato il 31 maggio 2016, aveva chiesto al Tribunale di Palermo – sezione specializzata per le imprese l'annullamento della delibera del 4 marzo 2016 con cui l'AMAP l'aveva esclusa dalla compagine sociale. Ha chiesto il rigetto del ricorso, poiché infondato, vinte le

spese, considerato che l'AMAP era stata individuata quale gestore unico dell'ATO 1 PA in seguito a uno specifico percorso concordato e condiviso da tutti gli enti coinvolti; le ordinanze impugnate erano state adottate per fronteggiare una situazione non prevedibile di grave pericolo per la salute pubblica.

La ditta "Ilardo Hidroelettrica", seppur regolarmente intimata, non si è costituita in giudizio.

Con ordinanza n. 839 del 25 luglio 2016, l'istanza cautelare è stata rigettata.

Con ordinanza n. 568 del 9 settembre 2016, il CGA ha accolto l'appello cautelare ai soli fini della fissazione dell'udienza per la trattazione del merito del ricorso.

Con ricorso per motivi aggiunti, notificato il 6 ottobre 2016 e depositato il giorno successivo, l'AMAP ha rappresentato che, con ordinanza contingibile e urgente n. 99 del 3 ottobre 2016, il Sindaco del Comune di Cefalù le aveva ordinato di assicurare la gestione del servizio idrico per un periodo di 90 giorni. Ha chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, di tale provvedimento, deducendo le stesse censure di cui al ricorso introduttivo.

Il Comune di Cefalù ha depositato una memoria con cui ha chiesto il rigetto del ricorso, poiché infondato, vinte le spese.

Con ordinanza n. 1103 del 27 ottobre 2016, è stata fissata l'udienza di merito.

In vista dell'udienza le parti hanno depositato memoria con cui hanno insistito nelle loro rispettive domande.

Alla pubblica udienza del 20 aprile 2017, su conforme richiesta dei difensori delle parti presenti come da verbale, il ricorso è stato posto in decisione.

## DIRITTO

La controversia ha ad oggetto le ordinanze contingibili e urgenti con cui il Sindaco di Cefalù ha disposto la prosecuzione della gestione del servizio idrico da parte dell'AMAP s.p.a. e l'esecuzione d'interventi urgenti per garantire la funzionalità del

depuratore comunale ad opera di una ditta privata in sostituzione dell'AMAP stessa.

Con i primi due motivi, che per la loro connessione possono essere esaminati congiuntamente, si deduce essenzialmente: sotto un primo profilo, che non sussistevano i presupposti di necessità, urgenza e imprevedibilità necessari per l'adozione di un'ordinanza contingibile richiesti dagli artt. 50 e 54 del TUELL; sotto un secondo profilo, che la gestione del servizio idrico da parte dell'AMAP presupponeva necessariamente l'acquisto della qualità di socio.

Il Collegio ritiene di anticipare la trattazione del secondo profilo, che assume valenza centrale ai fini della decisione.

Invero, l'art. 11, comma 4, della l.r. n. 19 dell'11 agosto 2015 dispone che le società, le quali (al pari dell'AMAP) avevano gestito il servizio idrico e detenevano a qualsiasi titolo infrastrutture e mezzi nel territorio da servire, potevano assumere la gestione del servizio idrico integrato in favore degli enti locali ricadenti nell'Ambito territoriale ottimale, ampliando la propria compagine sociale o stipulando apposito contratto di servizio.

Ne deriva che la prosecuzione della gestione del servizio idrico da parte dell'AMAP s.p.a. poteva avvenire solo ed esclusivamente se Cefalù acquistava la qualità di socio, oppure stipulava un contratto di servizio.

Precisato che è indiscusso che non è stato stipulato alcun tipo di contratto di servizio, va rilevato che, con ordinanza del 28 ottobre 2016, il Tribunale di Palermo – Sezione V civile specializzata imprese - ha rigettato il reclamo proposto dal Comune resistente avverso l'ordinanza cautelare del 16/18 luglio 2016 con cui era stata respinta l'istanza di accertamento della propria qualità di socio dell'AMAP s.p.a..

Il Tribunale ha, in particolare, rilevato che: la partecipazione a una società *in house* è solo uno dei possibili moduli per la gestione del servizio idrico integrato; vi è un

rapporto di necessaria interdipendenza tra la gestione del servizio e la partecipazione dell'ente locale alla società *in house*; non può esservi partecipazione alla società che gestisce il servizio senza affidamento dello stesso.

Ha, inoltre, evidenziato che la sottoscrizione del capitale sociale non era sufficiente ai fini dell'affidamento del servizio, il quale necessitava di una regolamentazione di dettaglio tipicamente oggetto di contratto commutativo.

Conclusivamente ha affermato: in primo luogo che, essendo comprovato che il Comune di Cefalù non aveva provveduto ad affidare ad AMAP s.p.a. il servizio idrico integrato in via definitiva trentennale, né all'atto della sottoscrizione delle azioni, né successivamente, doveva escludersene la qualità di socio; in secondo luogo, che non vi era alcun *vulnus* dell'interesse pubblico atteso che la partecipazione azionaria a una società di servizi era solo una delle alternative disegnate dalla norma in vista dell'affidamento del servizio idrico.

Le affermazioni fatte dal Tribunale delle imprese sono pienamente condivisibili e conducono a ritenere fondato il profilo di censura in esame al pari del primo con cui si deduce che non sussistevano le condizioni per l'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente.

Come noto, è assolutamente consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il presupposto fondamentale per l'adozione da parte del Sindaco di un provvedimento del tipo di quelli in esame è la sussistenza di un pericolo irreparabile e imminente per la pubblica incolumità, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento. Ne deriva che non è legittimo adottare ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o, comunque, tipizzate dalla legge in presenza delle quali non si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente (per tutte di recente Consiglio di Stato, V, 21 febbraio 2017, n. 774).

Nella specie le ordinanze impugnate sono state adottate al fine di consentire la prosecuzione della gestione del servizio idrico da parte dell'AMAP s.p.a., in una situazione che, però, era una prevedibile e permanente e quindi ben poteva essere fronteggiata con strumenti ordinari.

Come emerge dalla narrazione contenuta nella parte in fatto, l'AMAP aveva, infatti, chiesto al Comune di Cefalù di adottare la delibera di affidamento del servizio già con la nota prot. n. n. 39844/15 del 18 dicembre 2015. Non avendo ottenuto alcun riscontro, con nota prot. n. 3163 del 29 gennaio 2016, aveva comunicato che non poteva proseguire la gestione transitoria oltre il 31 gennaio 2016. Con le successive note prot. n. 6718/16 e prot. n. 7075/16 del 23 e del 24 febbraio 2016, aveva comunicato che non poteva continuare la gestione transitoria e non poteva assumere quella definitiva se non alle medesime condizioni proposte agli altri enti. Con nota prot. n. 4571/16 dell'8 febbraio 2016, aveva ribadito che non avrebbe continuato la gestione provvisoria del servizio idrico integrato. Da ultimo, con note del 23 e del 24 febbraio 2016 (il cui contenuto era stato ribadito con note del 10 e del 18 marzo, nonché del 20 aprile 2016), aveva rappresentato che il servizio non poteva più essere gestito e che restava ferma la disponibilità ad assicurare lo stesso mediante contratto di servizio.

A fronte di tali reiterate comunicazioni d'impossibilità di gestione del servizio, in assenza di una delibera consiliare di affidamento già a partire dal dicembre del 2015 e sino all'aprile del 2016, assolutamente ingiustificata si presenta l'adozione di due ordinanze contingibili e urgenti nel giugno del 2016 e ancora di più la reiterazione nell'ottobre del 2016 al fine di garantire la prosecuzione della gestione. Non si trattava, infatti, di una situazione imprevedibile, in quanto il Comune era a conoscenza da oltre 6 mesi che l'AMAP non poteva continuare a gestire il servizio se non veniva adottata una delibera consiliare di affidamento del servizio.

Non era nemmeno una situazione non fronteggiabile con gli strumenti ordinari in quanto ben poteva aversi la stipula di un contratto di servizio.

Deve, pertanto, concludersi nel senso dell'insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere extra ordinem e, pertanto, dell'illegittimità, sotto tale profilo, dei provvedimenti impugnati.

Il secondo motivo, che ha ad oggetto l'omessa comunicazione di avvio del procedimento, e il terzo, il quale è riferito all'omessa considerazione delle comunicazioni intervenute tra le parti, ben possono essere assorbiti in quanto contenenti censure formali.

Concludendo, per le ragioni suesposte, il ricorso è fondato e va accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Si ritiene di compensare le spese avuto riguardo all'oggettiva complessità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nelle camere di consiglio dei giorni 20 aprile 2017, 18 maggio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Aurora Lento, Consigliere, Estensore

Sebastiano Zafarana, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Aurora Lento**

**IL PRESIDENTE**  
**Calogero Ferlisi**

IL SEGRETARIO