

1. Il Comune di Casteltermini ha richiesto allo scrivente la redazione di parere *pro-veritate* avente ad oggetto le gravi criticità che affliggono la gestione del servizio idrico affidato alla società Girgenti Acque S.p.A. la quale è stata individuata, a seguito di procedimento di evidenza pubblica, quale soggetto concessionario dall'Autorità d'Ambito costituita nella Provincia di Agrigento

Riferisce l'amministrazione comunale che, successivamente all'affidamento in concessione del servizio pubblico *de quo*, soltanto alcuni comuni, e tra essi quello referente, hanno provveduto a consegnare gli impianti al gestore, mentre un rilevante numero di altri, segnatamente 16 su un totale di 43 comuni, non ha provveduto ad adempiere a quest'obbligo nascente dall'appartenenza all'ente consortile.

Ad onta di quanto precede, si è dato ugualmente avvio alla gestione del servizio la quale, per la ragione in precedenza riferita, non ha assunto la connotazione voluta dalla legge, cioè di gestione integrata nel contesto di quello che le disposizioni normative di riferimento individuano quale "*ambito ottimale*".

Dalla documentazione trasmessa allo scrivente risulta, altresì, che l'Amministrazione regionale, a fronte della mancata consegna degli impianti da parte di quel consistente numero di comuni, ha esercitato il controllo sostitutivo nei loro riguardi, nominando all'uopo, ma soltanto nel 2012, dopo cioè che era trascorso un significativo lasso di tempo (circa 4 anni) dall'avvio della gestione ad opera del concessionario, il commissario *ad acta* il quale, in sostituzione dei comuni inadempienti, avrebbe dovuto provvedere a consegnare gli impianti comunali al gestore.

È, tuttavia, accaduto che l'indicato esercizio del potere di controllo sostitutivo è stato attuato soltanto apparentemente, tenuto conto che il commissario *ad acta* non ha provveduto ad eseguire l'incombente in vista del quale era stato nominato.

In atto, pertanto, a distanza di ben 7 anni dalla stipula della concessione-contratto tra il Consorzio d'Ambito di Agrigento e Girgenti Acque S.p.A. i comuni inadempienti continuano ad esserlo ancora, così dando luogo ad un'evenienza fattuale radicalmente divergente da quella legale, tenuto conto che, sia l'ente consortile sia l'Amministrazione regionale, hanno consentito l'avvio e la prosecuzione della gestione del servizio idrico la quale è ben diversa da quella integrata nell'ambito territoriale ottimale, di dimensione provinciale, se si pone mente alla circostanza che i comuni i quali non hanno consegnato i loro impianti sono in numero di 16 su un totale di 43.

L'indicata anomalia ha comportato gravissimi pregiudizi economici per gli utenti residenti nei comuni che hanno provveduto a consegnare gli impianti, tenuto conto che la gestione del servizio, a causa della criticità in precedenza indicata, è connotata da gravi squilibri finanziari i cui effetti sono riversati dal gestore sugli utenti, costretti a sopportare il pagamento di una tariffa di gran lunga superiore a quella che dovrebbero pagare qualora effettivamente si fosse attuata la gestione integrata nell'intero Ambito Territoriale Ottimale.

La notazione che precede è di facile intuizione e il Consorzio ATO è ben consapevole di questi esiti pregiudizievoli per gli utenti, come è asseverato dalla recentissima nota prot. n. 6045 del 24.10.2014, avente ad oggetto l'approvazione delle tariffe per il servizio idrico integrato relative agli anni 2012-2013 e 2014-2015, in cui si dà atto della gravissima anomalia, ritenuta, tuttavia, alla stregua di evenienza insuperabile e ineliminabile.

A fronte di quanto precede il Comune referente chiede di conoscere quali iniziative possono essere intraprese per ovviare alle indicate criticità.

2.1. Deve innanzitutto osservarsi che il Comune non soltanto può assumere le iniziative che di seguito verranno indicate, ma è anzi tenuto ad assumerle.

Invero, la costituzione dell'ente consortile il cui compito istituzionale è costituito dalla gestione integrata del servizio pubblico in questione non ha spogliato il Comune della titolarità dello stesso.

La giurisprudenza formatasi in materia è univoca nell'assumere che i singoli comuni, sebbene consorziati, continuano a mantenere la titolarità e la responsabilità del servizio pubblico che deve essere erogato alla comunità locale (Cfr. in termini, CGA Palermo, 27 ottobre 2006, n. 589; Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2004, n. 1559; TAR Catania, 24 novembre 2008, n. 2241; TAR Lazio, Latina, 23 febbraio 2007, n. 136).

Da quanto precede discende la piana conseguenza in base alla quale, a fronte della gravissima anomalia in precedenza descritta, il Comune, sia nella qualità di soggetto titolare della corretta gestione del pubblico servizio adesso rientrante nel fine istituzionale Consorzio, sia quale ente esponenziale degli interessi della comunità locale, è obbligato ad intraprendere tutte le più acconce iniziative preordinate al soddisfacimento dell'interesse pubblico all'efficiente ed economica gestione del servizio pubblico in questione.

Tra l'altro, la doverosità dell'assunzione delle necessarie iniziative ad opera del comune è ulteriormente rafforzata dalla circostanza in base alla quale sia il Consorzio ATO che l'Assessorato Regionale competente, pur reiteratamente sollecitati ad intervenire, non hanno assunto le necessarie iniziative funzionali ad ovviare alla mancata consegna degli impianti ad opera dei comuni i quali arbitrariamente si sono rifiutati di consegnarli, continuando arbitrariamente a gestire

individualmente il servizio pubblico ad onta della loro obbligatoria appartenenza all'ente consortile.

La dimostrazione dell'inattività del Consorzio ATO e soprattutto dell'Amministrazione regionale è offerta dal sorprendente esito dell'esercizio del controllo sostitutivo nei confronti dei comuni inadempienti dell'obbligo della consegna degli impianti che è stato soltanto apparentemente espletato, tenuto conto che il Commissario *ad acta*, nominato con D.A. n. 1412 del 28.8.2012, non ha provveduto ad eseguire l'incombente affidatogli.

2.2. Al fine di indicare le acconce iniziative da intraprendere occorre ricostruire il quadro normativo di riferimento.

La legge n. 36/1994 (c.d. legge "Galli"), recante disposizioni in materia di risorse idriche, ha introdotto la gestione integrata nel contesto di un ambito territoriale definito ottimale, per l'erogazione del servizio idrico il quale tradizionalmente è stato sempre gestito da ogni singolo comune.

La Regione Siciliana, con legge n. 10/1999, ha recepito le disposizioni nazionali e con D.P.Reg.Sic. del 7 agosto 2001 sono stati individuati gli ambiti territoriali ottimali coincidenti con il territorio di ognuna delle nove Province Siciliane.

In applicazione delle indicate disposizioni normative è stato costituito il Consorzio ATO di Agrigento la cui partecipazione per i singoli comuni è obbligatoria e non meramente facoltativa.

Per effetto della costituzione del Consorzio ogni comune è obbligato a consegnare i propri impianti all'ente consortile, qualora questi opti per la gestione diretta del servizio, oppure al concessionario dello stesso, qualora l'ATO scelga l'affidamento del servizio a un terzo il quale deve essere individuato mediante procedimento di evidenza pubblica.

Dal fin qui detto non può revocarsi in dubbio che ogni singolo comune non possa rifiutarsi di consegnare i propri impianti al gestore del servizio.

Del pari è, altresì, evidente che fino a quando tutti i comuni consorziati non hanno provveduto alla consegna degli impianti non può darsi avvio alla gestione ad opera del concessionario, giacchè in caso contrario verrebbero travolte tutte le finalità di interesse pubblico sottese alla gestione integrata del servizio idrico nell'ambito territoriale ottimale.

Invero, attraverso questa innovativa gestione del servizio *de quo* si è inteso realizzare una più efficiente utilizzazione delle risorse idriche, unitamente al miglior impiego degli impianti esistenti e di quelli da realizzare, così conseguendo l'ulteriore vantaggio dell'economicità del servizio quale effetto delle economie di scala che si possono conseguire tutte le volte il cui un servizio pubblico venga gestito non in modo frazionato (piccole frazioni quali sono quelle dei territori comunali), ma unitariamente in un ben individuato ambito territoriale, non a caso qualificato "*ottimale*".

Tanto premesso, non può dubitarsi che, a motivo della mancata consegna degli impianti da parte di un rilevante numero di comuni, la gestione ad opera del concessionario non poteva essere avviata, atteso che essa era ben lungi dall'essere quella tipizzata dalla legge alla stregua di gestione integrata nel contesto dell'ambito territoriale ottimale.

L'indicata grave anomalia ha comportato quale ineludibile effetto quello di rendere significativamente più onerosa per gli utenti la fruizione del servizio pubblico, mentre quelli residenti nei commi inadempienti hanno potuto fruire di tariffe sensibilmente più basse, pur godendo dello stesso servizio pubblico, non senza trascurare di evidenziare la radicale



illegittimità ed arbitrarietà della gestione del servizio ad opera dei singoli comuni.

2.3. Un altro dato normativo da cui non può prescindersi è quello relativo all'individuazione del soggetto proprietario degli impianti idrici e di quale sia il titolo giuridico in forza del quale il gestore del servizio ha la loro disponibilità.

Sia la legge Galli, che il D.Lgs. n. 152/2006 (cfr. art. 143), recante le disposizioni in materia ambientale (c.d. codice dell'ambiente), ribadiscono la disposizione di cui al 2° comma dell'art. 822 c.c. a mente del quale gli acquedotti, se appartengono allo Stato, fanno parte del demanio pubblico. (c.d. beni demaniali eventuali).

Il successivo art. 824 c.c., rubricato "*Beni delle Province e dei Comuni soggetti al regime dei beni demaniali*", dispone che i beni indicati al 2° comma dell'art. 822, pertanto anche gli acquedotti, "*se appartengono alle province o ai comuni, sono soggetti al regime del demanio pubblico*".

Da quanto precede è confermato che i beni strumentali per la gestione del servizio idrico appartengono al demanio pubblico, pertanto, gli impianti idrici di proprietà comunale fanno parte del demanio comunale.

Tanto premesso e tenuto conto che gli indicati beni demaniali debbono essere consegnati al gestore del servizio idrico, l'art. 153 del D.Lgs. n. 152/2006, coerentemente al regime giuridico in materia di uso dei beni demaniali, dispone che "*le infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali ai sensi dell'art. 143 sono affidati in concessione d'uso gratuita, per tutta la durata della gestione, al gestore del servizio idrico integrato*".

Posta la riferita disciplina giuridica, per un verso, deve affermarsi che, anche a seguito dell'istituzione del Consorzio ATO per la gestione del servizio idrico, i comuni continuano a

mantenere la titolarità (*rectius*: proprietà) di detti beni pubblici, per altro verso, che il gestore può usarli alla stregua di concessionario.

3. Devono a questo punto individuarsi le iniziative che doverosamente, per quanto in precedenza chiarito, debbono essere intraprese dai singoli comuni i quali hanno consegnato gli impianti idrici di loro proprietà al fine di assicurare la gestione integrata del servizio nel preconstituito ambito provinciale ottimale, finalità questa che non si è realizzata a causa dell'inadempimento degli altri comuni consorziati, con gravi conseguenze per gli utenti costretti a sopportare una tariffa la cui entità è artificiosamente maggiorata.

3.1. Il necessario punto di partenza dell'iter logico – giuridico da seguire deve essere rappresentato da quanto già osservato in precedenza relativamente all'avvio della gestione del servizio pubblico.

Invero, il Consorzio ATO, fino a quando tutti i comuni consorziati non avessero consegnato i loro impianti al gestore concessionario del servizio non ne avrebbe dovuto consentire l'avvio per la decisiva considerazione in base alla quale soltanto qualora tutti i comuni avessero adempiuto al loro obbligo si sarebbe potuto dar luogo alla gestione integrata del servizio.

Né si dica che il Consorzio non avrebbe potuto remorare l'avvio del servizio tenuto conto che il concessionario aveva acquisito il titolo giuridico per esercitarlo.

L'indicata notazione non ha rilievo alcuno, sia perché il concessionario non aveva acquisito il titolo ad esercitare comunque il servizio, ma soltanto quello integrato nell'ambito territoriale ottimale, sia perché il Consorzio avrebbe dovuto assumere tempestivamente tutte le necessarie iniziative al fine di

dar corso al commissariamento dei comuni inadempienti, così come è stato fatto nella presente fattispecie, ma con grandissimo ritardo e senza alcun esito tenuto conto che il pur adottato decreto di commissariamento è rimasto inesequito, così consentendo il perpetuarsi dell'inadempimento dei comuni.

3.2. Tenuto conto, pertanto, che la gestione del servizio idrico non poteva essere avviata, che la descritta anomalia si è protratta per un lunghissimo periodo di tempo, che siffatta situazione è ormai irrimediabilmente destinata a perpetuarsi, ad avviso dello scrivente, si configurano i presupposti che consentono all'amministrazione comunale, segnatamente al Consiglio Comunale, di assumere la deliberazione, ex art. 1, comma 1, lett. e) L.R. n. 48/1991 che ha recepito l'art. 32 della L. n. 142/1990, per la gestione diretta ad opera dell'ente locale del servizio pubblico in questione.

Né si dica che la prefigurata gestione diretta sarebbe impedita dall'esistenza del Consorzio ATO S.I.I. di Agrigento.

Invero, quell'ente consortile, a ben vedere, non ha mai operato per la realizzazione del suo fine istituzionale, né potrà realizzarlo in seguito.

Si è già riferito in precedenza che il Consorzio non avrebbe dovuto consentire l'avvio della gestione del servizio ad opera del concessionario fino a quando tutti i comuni consorziati non avessero consegnato i loro impianti, presupposto questo imprescindibile per realizzare nell'effettività il servizio idrico integrato nell'intero ambito territoriale ottimale.

Quel che più conta adesso osservare è che la finalità istituzionale dell'ente consortile non si potrà più realizzare.

Al riguardo occorre richiamare l'art. 1 della L.R. n. 2/2013 la quale, conformemente alla disciplina statale, non soltanto ha disposto la soppressione degli ATO e la loro messa in

liquidazione, ma, con atto avente forza di legge, al 6° comma, ha sostanzialmente sanato il pregresso contegno illegittimo dei comuni rimasti inadempienti all'obbligo di consegna degli impianti.

Invero, il richiamato 6° comma autorizza quei comuni alla gestione diretta del servizio pubblico.

È bene chiarire che la precitata disposizione nell'individuare la fattispecie della mancata consegna degli impianti non si preoccupa di indicarne le ragioni; pertanto, è palese che il legislatore regionale ha inteso far riferimento proprio a quei comuni che risultavano ancora inadempienti rispetto all'obbligo della consegna.

La plausibilità dell'indicata interpretazione è asseverata dalla circostanza in base alla quale nella Regione siciliana erano stati già da tempo costituiti i Consorzi ATO per la gestione integrata del servizio idrico e si era dato avvio alla relativa gestione.

Conseguentemente, l'unica plausibile ipotesi di mancata consegna degli impianti idrici da parte dei comuni non può che riguardare quella del rifiuto (illegittimo) della consegna.

Quanto precede dimostra che la gestione integrata del servizio *de quo* nel territorio della Provincia di Agrigento non si potrà più realizzare tenuto conto che in atto i comuni che si sono in passato rifiutati di consegnare i loro impianti idrici sono autorizzati *ex lege* a gestire direttamente il relativo servizio pubblico.

Tanto premesso, la circostanza che il comune referente faccia ancora parte del Consorzio ATO, in atto peraltro in liquidazione, ad avviso dello scrivente, non impedisce al comune medesimo di determinarsi ad assumere la gestione diretta del servizio, come consentito ai comuni inadempienti anch'essi pure consorziati, tenuto conto che il modulo organizzatorio prefigurato dalla L. R. n. 10/1999, cioè quello della gestione integrata nell'ambito territoriale ottimale, è irrimediabilmente compromesso.

Infine, non deve trascurarsi di considerare che il legislatore regionale, con la già richiamata L.R. n. 2/2013, non si è limitato soltanto a disporre l'estinzione dei Consorzi ATO idrici, ma ha già anticipato le linee guida della nuova disciplina della materia, prevedendo che essa dovrà essere rispettosa dell'esito del referendum del 2011, così assicurando che la gestione della risorsa idrica ritorni in mano pubblica, prevedendo, altresì, sia la forma della gestione diretta ad opera di ogni singolo comune, sia quella consorziata, ma su base volontaria.

In conclusione, sulla scorta delle molteplici considerazioni svolte, la deliberazione di dar corso alla gestione diretta del servizio in questione sarebbe legittima.

3.3. La precitata scelta di dar corso alla gestione diretta, che deve essere assicurata senza soluzioni di continuità, presuppone che il Comune rientri nella disponibilità degli impianti idrici e fognanti in atto affidati in concessione d'uso a Girgenti Acque SPA.

All'uopo l'A. comunale ben può procedere alla revoca in autotutela *ex art. 21 quinquies* della legge n. 241/90, sussistendone tutti i presupposti di legge.

Invero, tenuto conto che la consegna degli impianti idrici demaniali è stata effettuata dal comune referente al solo scopo di consentire la realizzazione del servizio idrico integrato, l'inadempimento dell'obbligo da parte di un rilevante numero di enti consorziati, in uno all'irrimediabile compromissione della gestione integrata, configura un mutamento della situazione di fatto che legittima la revoca della concessione d'uso.

Inoltre, la pacifica circostanza che ormai non si potrà far luogo alla gestione integrata nell'ambito territoriale ottimale, come prefigurato dal legislatore nazionale e regionale, consente pure di affermare che non è più corrispondente all'interesse pubblico

l'attuale affidamento in concessione d'uso degli impianti idrici del comune, onde si giustifica l'atto di revoca.

Tenuto conto, pertanto, che ad avviso dello scrivente il Comune referente può adottare l'indicato provvedimento di revoca della concessione d'uso in favore di Girgenti Acque S.p.A. dei propri impianti idrici e per l'effetto ordinare al concessionario la restituzione degli stessi, lo scrivente reputa utile esaminare il comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies* legge n. 241/1990 a mente del quale, qualora la revoca della concessione refluisca su rapporti giuridici negoziali, l'A. deve corrispondere un indennizzo secondo criteri predeterminati dalla medesima norma.

Deve, tuttavia, osservarsi che nella presente fattispecie l'A. non debba provvedere al pagamento di alcuna indennità.

La disposizione al riguardo precisa che l'indennizzo è parametrato al solo danno emergente e non anche al lucro cessante, cioè, con riferimento alla fattispecie in esame, ai soli pregiudizi patiti dal gestore per gli investimenti effettuati dallo stesso sugli impianti per migliorarne la loro funzionalità.

Lo scrivente non è a conoscenza dell'eventuale avvenuta esecuzione di investimenti ad opera del gestore, onde in assenza di essi non si potrebbe postulare alcun diritto ad opera del gestore alla corresponsione dell'indennizzo.

In ogni caso, sempre a tenore dell'art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis*, per la quantificazione dell'indennizzo l'A. deve tener conto *"sia della eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca allo interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti dell'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico"*.

Tanto premesso, ad escludere la pretesa dell'indennizzo è sufficiente osservare che Girgenti Acque S.p.A. era ben

consapevole della tipologia del servizio affidato in concessione e che esso, pertanto, non poteva essere avviato prima della consegna ad opera di tutti i comuni consorziati dei loro impianti idrici allo scopo di dar vita effettivamente alla gestione integrata nell'ambito territoriale ottimale.

Invero, la società concessionaria, a fronte dell'inadempimento dei comuni, era legittimata ad intraprendere tutte le necessarie iniziative, soprattutto giudiziali, preordinate a costringere i comuni inadempienti all'esecuzione della loro prestazione, anziché limitarsi, come riferito allo scrivente, ad inviare periodicamente al Consorzio richieste di risarcimento danni cagionati dal comportamento dei comuni inadempienti.

Altrettanto palese è la consapevolezza della concessionaria dell'antieconomicità della gestione, circostanza questa che rende l'atto da revocare incompatibile con questo specifico interesse pubblico che si sarebbe dovuto perseguire e realizzare.

In ogni caso, come ormai definitivamente chiarito dalla giurisprudenza (cfr., tra le tante, **Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2013, n. 5750**), il mancato riconoscimento dell'indennizzo non è idoneo a inficiare la legittimità del provvedimento di revoca, posto che il diritto all'indennizzo – nella presente fattispecie comunque da escludere per le ragioni già indicate – presuppone la legittimità della revoca, rappresentando una forma di ristoro del privato a fronte dell'esercizio legittimo, ma dannoso, di una potestà pubblica.

Conseguentemente, nella presenta fattispecie, per un verso, non possono configurarsi i presupposti su cui si fonda il diritto all'indennizzo, per altro verso, è astrattamente ipotizzabile quello al risarcimento dei danni, ma a carico dei soggetti i quali con le loro azioni e/o omissioni hanno procurato un pregiudizio economico al gestore, tra i quali non può annoverarsi certamente il comune referente.

4. In conclusione, ad avviso dello scrivente, il Comune ben può adottare sia la deliberazione a mezzo della quale opera la scelta di gestire direttamente il pubblico servizio idrico e fognario sia l'atto di revoca della concessione d'uso degli impianti idrici a suo tempo adottata in favore di Girgenti Acque S.p.A., al fine di riacquisire la disponibilità degli stessi.

Il secondo provvedimento, **che dovrà essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento**, come è noto, rientra nella competenza del dirigente del settore, in quanto atto di gestione.

All'uopo l'A. comunale, segnatamente il Consiglio Comunale, dovrà adottare nella stesso atto deliberativo consiliare per la gestione diretta del servizio, un atto di indirizzo politico - amministrativo che legittimi il dirigente ad adottare la determinazione di revoca della concessione d'uso, con contestuale ordine indirizzato al concessionario della restituzione degli impianti idrici.

E' bene precisare che l'adottando provvedimento dirigenziale di revoca rientra nel novero degli atti amministrativi i quali, oltre ad essere assistiti dalla presunzione di legittimità, sono esecutivi, anzi esecutori, onde possono essere portati ad esecuzione autoritativamente dal comune.

Al riguardo si segnala all'A. referente che nella presente fattispecie il Comune può utilizzare il potere pubblico di autotutela esecutiva a protezione dei beni del demanio comunale, previsto dall'art. 823 comma 2 Codice civile a mente del quale la P.A. oltre ad utilizzare i mezzi di tutela ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dallo stesso codice civile, può anche avvalersi della c.d. tutela in via amministrativa, la quale si sostanzia nella potestà dell'A. di riacquisire direttamente, senza

cioè il ricorso all'Autorità Giudiziaria, la disponibilità dei beni demaniali fruendo – all'occorrenza – della forza pubblica.

In altri termini, adottato il provvedimento di revoca, il quale deve contenere anche l'ordine di riconsegna dei beni demaniali condotti in concessione, qualora il concessionario non dovesse spontaneamente eseguire l'ordine, il Sindaco, ex art. 378 L. n. 2248/1865, All. F, può adottare un'ordinanza attraverso la quale eseguire, eventualmente con l'ausilio della forza pubblica, l'ordine di riconsegna dei beni demaniali (cfr. C.d.S. IV, 8 giugno 2011, n. 3509).

In quanto precede è il mio parere
Avvocato Salvatore Mazza

