



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1496 del 2010,
proposto da:

COMUNE DI CALTAVUTURO, COMUNE DI ALTOFONTE, COMUNE DI
SCLAFANI BAGNI, COMUNE DI PETRALIA SOTTANA, COMUNE DI
CONTESSA ENTELLINA, COMUNE DI COLLESANO, COMUNE DI
CAMPOFELICE DI ROCCELLA, COMUNE DI GRATTERI, COMUNE DI
GERACI SICULO, ognuno in persona dei propri rispettivi sindaci in carica,
rappresentati e difesi dagli avv. Guido Corso, Licia D'Amico e Ignazio Scardina,
con domicilio eletto presso Licia D'Amico in Roma, via Germanico, n.197;

contro

AUTORITA' D'AMBITO TERRITORIALE OTTINALE – ATO 1 PALERMO,
in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv.
Giovanni Pitruzzella, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Pitruzzella in
Roma, via Stoppani, n. 1;
DIRIGENTE DELLA SEGRETERIA OPERATIVA DELL'A.T.O. 1;
COMMISSARIO AD ACTA; PROVINCIA DI PALERMO, in persona del legale

rappresentante in carica; AMAP S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica; COMUNE DI PALERMO, in persona del legale rappresentante in carica; PRESIDENTE DELLA REGIONE SICILIANA; COMMISSARIO DELEGATO PER L'EMERGENZA IDRICA, Mario Rosario Mazzola; SOC. AZIONARIA PER LA CONDOTTA DI ACQUE POTABILI S.p.A. in proprio e quale capogruppo R.T.I., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Lorenzo Acquarone, Daniela Anselmi, Giulio Bertone , Giovan Candido Di Gioia, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Candido Di Gioia in Roma, piazza Mazzini, n. 27; REGIONE SICILIA, in persona del presidente della Giunta regionale in carica, rappresentata e difeso dall'avv. Massimo Mari, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I n. 10719 del 3 novembre 2009, resa tra le parti, concernente PROCEDURA DI AFFIDAMENTO PER LA GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorita' D'Ambito Territoriale Ottimale - Ato 1 Palermo e di Soc. Azionaria per la Condotta di Acque Potabili S.p.A., in proprio e quale capogruppo del raggruppamento temporaneo di imprese e di Regione Sicilia;

Visto l'appello incidentale spiegato dalla Soc. Azionaria per la Condotta di Acque Potabili S.p.A.

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 giugno 2010 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati D'Amico, Pafundi, per delega dell'Avv. Pitruzzella, Anselmi e Di Gioia;

Visto il dispositivo di decisione n. 473 del 2 luglio 2010;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso giurisdizionale notificato il 13 marzo 2007 i Comuni Caltavuturo, Altofonte Sclafani Bagni, Giuliana, Contessa Entellina, Campofelice di Roccella, Scillato, Petralia Sottana, Grattieri, Collesano e Geraci Siculo chiedevano al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia l'annullamento: a) della delibera in data 26 gennaio 2007, con cui la Conferenza dei Sindaci dell'Autorità d'Ambito ATO 1 Palermo aveva approvato l'affidamento del Servizio Idrico Integrato a norma dell'art. 2 della convenzione di cooperazione; b) della determina dirigenziale n. 6 del 18 gennaio 2007, avente ad oggetto "Approvazione verbali di gara relativi alla procedura per l'affidamento della gestione del S.I.I. nell'ATO 1 Palermo – Aggiudicazione in via definitiva della gara per l'affidamento della gestione del S.I.I. nell'ATO 1 Palermo al raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla Soc. Acque Potabili S.p.A. di Torino n.q. di mandataria, da Genova Acque S.p.A. di Genova, da S.M.A.T. S.p.A. di Torino, da Cons. Coop. di Forlì, da Galva S.p.A. di Pomezia, da Giovanni Putignano e figli s.n.c. di Noci, da Edil Putignano di Noci, da Studio Applicazioni Idrauliche S.A.I. s.r.l. di Palermo, da DESA s.r.l. di Torino in qualità di mandanti"; c) della delibera n. 1 del 28 dicembre 2005, con cui il commissario ad acta aveva approvato il Piano d'Ambito con il relativo addendum, la convenzione di gestione ed il disciplinare tecnico, a modifica degli atti a suo tempo approvati dalla Conferenza dei Sindaci; d) della delibera n. 2 del

28 dicembre 2005, con cui il commissario ad acta aveva approvato il disciplinare di gara; e) di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale.

L'impugnativa era affidata a sei motivi di censura, così articolati:

I) in relazione alla delibera della Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia regionale di Palermo 26 gennaio 2007; alla determinazione dirigenziale della Segreteria Tecnico – operativa dell'ATO 1 del 18 gennaio 2007; ai verbali della commissione di gara approvati con i due atti precedenti: 1) “Violazione dell'art. 23 co. 1, 2 e 6 del d.lgs. 158/1995 e dell'art. 1 del bando (disciplinare di gara) – Violazione dei principi in tema di associazione temporanea d'impresa – Violazione dell'art. 11 co. 5 del bando (termine per la presentazione dell'offerta”, in quanto, in macroscopica violazione del rubricato articolo 28 del D. Lgs. 158/1995, il R.T.I. aggiudicatario, dopo la presentazione dell'offerta (il cui termine era stato fissato nel bando di gara per il 28 febbraio 2006), aveva subito una profonda modificazione, giacchè, giusta atto notarile in data 30 maggio 2006, una delle società mandanti (Genova Acque) si era fusa per incorporazione con De Ferrari S.p.A. e Acque Italia S.p.A. nella Acquedotto Nicolay S.p.A. che, proprio per effetto della fusione, aveva assunto la denominazione di Mediterranea Acque S.p.A., non potendo trovare applicazione a tale fattispecie, diversamente da quanto inammissibilmente ritenuto dalla stazione appaltante, le disposizioni di cui all'art. 35 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, recepita dalla legge regionale n. 7/2002; ciò senza contare che, per un verso, per effetto della disposizione di cui all'articolo 3 dell'atto di fusione (secondo cui dal momento della fusione cessava di pieno diritto ogni potere spettante all'organo amministrativo ed a quello di controllo delle società incorporate e cessavano altresì tutti i poteri che questi avevano conferito a terzi con procuri sia speciali sia generali) il mandato originariamente conferito da Genova Acque alla capogruppo si era estinto, e, per altro verso, la documentazione relativa agli amministratori di

Mediterranea Acque S.p.A. era stata prodotta solo il 31 luglio 2006, ben oltre il termine delle ore 14 del 28 febbraio 2006 fissato nel bando di gara; 2) “Nullità dell’offerta perché frutto di un’intesa restrittiva della concorrenza (art.2 L. 287/1990)”, in quanto sulla scorta delle peculiari disposizioni contenute in particolare nei commi 1 e 7 dell’art. 16 del bando di gara (secondo cui la gara sarebbe stata celebrata anche in presenza di una sola offerta e l’aggiudicazione definitiva era risolutivamente condizionata all’esito delle formalità previste in materia di tutela della concorrenza e del mercato) nonché del fatto che, sia nella gara della cui legittimità si discuteva, che in quelle indette dalle altre Autorità di Ambito Territoriale Ottimale della Sicilia, era stata presentata una sola offerta (da parte di soggetti assolutamente diversi), era ragionevole ritenere che l’offerta presentata fosse il frutto di un preventivi accordi restrittivi della concorrenza da parte degli operatori;

II) in relazione alla delibera n. 2 del 28 dicembre 2005 con cui il commissario ad acta ha approvato il disciplinare di gara e alla delibera n. 1 del 28 dicembre 2005 con cui il Commissario Delegato ha approvato il Piano d’Ambito col relativo addendum, la convenzione di gestione e il disciplinare tecnico: 3) “Incompetenza – Invalidità derivata”: in quanto il commissario ad acta, nominato dal Presidente della Regione siciliana – commissario delegato per l’emergenza idrica – con decreto n. 1205 del 16 agosto 2005, aveva solo il compito di provvedere alla stesura del bando per l’affidamento del Servizio Idrico Integrato (secondo quanto già approvato dalla conferenza dei sindaci), alla sua pubblicazione e all’espletamento della gara, non rientrando invece nelle sue funzioni l’approvazione di un nuovo Piano d’Ambito, di una nuova convenzione di gestione e di un nuovo disciplinare tecnico (attività queste che presupponevano un’inerzia dell’organo istituzionalmente competente, la conferenza dei sindaci, che nel caso di specie non era riscontrabile); ciò senza contare che, per un verso, anche le modifiche

apportate alla convenzione (in particolare quanto al controllo del gestore, al personale, alla revisione tariffaria, al canone di concessione, agli obblighi del gestore, alle sub concessioni, alla cauzione e sanzioni pecuniarie, alla sanzione risolutoria, alla forza maggiore e al contenzioso) erano inopinatamente ed ingiustificatamente favorevoli per il gestore e inammissibilmente peggiorative per l'amministrazione appaltante, e, per altro verso, che, anche a voler ritenere ammissibili le predette modificazioni, essere dovevano essere sottoposte all'approvazione della conferenza dei sindaci; 4) "Invalidità derivata", atteso che i dedotti vizi di legittimità che inficiavano il bando di gara si ripercuotevano irrimediabilmente sul procedimento di gara e sul relativo esito, viziandolo;

III) in relazione alla delibera della Conferenza dei Sindaci del 26 gennaio 2007: 5) "Nullità della delibera", in quanto, non solo non risultava quale fosse effettivamente il rappresentante del Sindaco di Palermo, due funzionari essendosi qualificati come tali in detta riunione, per quanto la dichiarazione effettuata da tal ing. Lo Cicero, direttore generale del Comune di Palermo, aveva un contenuto perplesso ed oscuro, così che se fosse stata da intendere come volontà favorevole, ma condizionata, come tale era da considerare nulla e sufficiente a far venir meno la stessa volontà della conferenza dei sindaci per difetto della maggioranza necessaria (assicurata proprio dalla partecipazione del Comune di Palermo); ciò senza contare, sotto altro concorrente profilo, che nella predetta delibera non vi era traccia dell'esame della problematica relativa al mutamento della composizione del raggruppamento temporaneo di imprese dopo la presentazione dell'offerta, su cui la segreteria tecnica aveva ritenuto di acquisire un parere legale che aveva ritenuto inammissibile l'offerta;

IV) in relazione a tutti gli atti impugnati: 6) "Violazione del principio di imparzialità – Violazione dell'art. 1 della L. 241/1990 come modificato dalla L. 15/2005", in quanto il prof. Mario Rosario Mazzola, commissario ad acta giusta

decreto n. 1205 del 16 agosto 2005, aveva ricoperto significativi incarichi in alcune società facenti parti proprio del raggruppamento temporaneo affidatario dell'appalto in questione (in particolare, quale componente del Consiglio di Amministrazione di Genova Acque – Società Servizi idrici per Azione dal 27 maggio 2003 al 14 febbraio 2006; consigliere di amministrazione della Acquedotto Nicolay S.p.A. e della stessa Mediterranea Acque S.p.A.), così che egli era da ritenersi assolutamente incompatibile con l'incarico commissariale conferitogli.

Con successivo atto in data 4 luglio 2007 i comuni ricorrenti impugnavano con motivi aggiunti: f) la determinazione presidenziale n. 9 dell'11 giugno 2007, avente ad oggetto "Revoca Determinazione Presidenziale n. 5 del 26/04/2007 avente per oggetto: Sospensione della procedura per l'affidamento della gestione del Servizio Idrico Integrato nell'ATO 1 – Palermo, di cui alla gara pubblicata sulla GUCE in data 18/01/2006"; g) la convenzione di gestione sottoscritta il 14 giugno 2007, deducendo un solo motivo di censura, rubricato "Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità e sviamento – difetto di motivazione (art. 3 L. 241/1990), con il quale sostenevano che l'amministrazione appaltante aveva macroscopicamente ed immotivatamente disatteso la segnalazione del 18 aprile 2007 dell'Autorità Garante del Concorrenza e del Mercato (che aveva evidenziato gravi anomalie riscontrate nella procedura concorsuale in esame), osservando, in particolare, che del tutto erroneamente aveva ritenuto che le finalità fissate dall'articolo 17, comma 7, del bando di gara erano state assicurate "con la pubblicazione del provvedimento n. 16712 del 20.04.2007 dell'AGCM", ciò del resto al solo fine di evitare l'azzeramento della gara in esame che sarebbe derivato da un emendamento approvato dalla Camera dei Deputati in tema di gestione delle risorse idriche (che negava la possibilità di nuovi affidamenti a provati, anche per quanto riguardava le procedure in corso) e per favorire il raggruppamento in gara.

L'adito tribunale, sez. I, nella resistenza della Provincia regionale di Palermo, Autorità dell'Ambito Territoriale Ottimale n. 1, dell'AMAP S.p.A. e della soc. Acque Potabili S.p.A., in proprio e quale capogruppo del R.T.I. aggiudicatario della concessione del Sistema Idrico Integrato dell'A.T.O. 1, con la sentenza n. 1915 del 2 agosto 2007 dichiarava improcedibile il ricorso per incompetenza funzionale, impregiudicata la riproposizione del gravame innanzi al tribunale amministrativo regionale competente, nelle forme di legge, come indicato in motivazione.

2. Le suddette amministrazioni comunali riproponevano l'impugnazione, ai sensi dell'art. 3 del decreto legge 30 novembre 2005, n. 245, convertito con modificazioni dalla legge 27 gennaio 2006, n. 21, innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio.

Quest'ultimo, sez. I, sempre nella resistenza sez. I, nella resistenza della Provincia regionale di Palermo, Autorità dell'Ambito Territoriale Ottimale n. 1 Palermo; del Presidente della Regione Siciliana nella qualità di Commissario Delegato per l'Emergenza Idrica in Sicilia, Commissario ad acta nominato per il compimento delle procedure di affidamento del Servizio Idrico Integrato, ing. Mazzola; dell'AMAP S.p.A. e della soc. Acque Potabili S.p.A., in proprio e quale capogruppo del R.T.I. aggiudicatario della concessione del Sistema Idrico Integrato dell'A.T.O. 1, con la sentenza n. 10719 del 3 novembre 2009, respingeva il ricorso, dichiarandolo in in parte irricevibile ed in parte infondato.

In particolare, rigettata l'eccezione di difetto di giurisdizione in favore del Tribunale superiore delle acque pubbliche e rigettata altresì l'eccezione di difetto di legittimazione dei comuni ricorrenti, i primi giudici hanno ritenuto tardive le censure proposte nei confronti delle delibere del commissario ad acta n. 1 e n. 2 del 28 dicembre 2005 ed infondate quelle concernenti l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore del raggruppamento temporaneo di imprese guidato da Società Azionaria per la condotta di acque potabili (relativamente alla questione

della modificazione del raggruppamento dopo la presentazione dell'offerta e alla dedotta esistenza di un'intesa anticoncorrenziale) e la nullità della delibera della Conferenza dei sindaci del 26 gennaio 2007.

3. Tutti i comuni originariamente ricorrenti, eccezion fatta per quelli di Giuliana e di Scillato, hanno appellato tale sentenza, deducendone l'erroneità alla stregua di sette motivi di gravame, attraverso i quali sono stati sostanzialmente riproposti tutti i motivi di censura sollevati in primo grado, malamente apprezzati ed inopinatamente respinti con motivazione carente e approssimativa, frutto – a loro avviso - del superficiale esame del materiale probatorio versato in atti.

Hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto in quanto inammissibile ed infondato, l'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale ATO 1 di Palermo, la Società Azionaria per la Condotta di Acque Potabili S.p.a., in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. costituita con le società Mediterranea della Acque S.p.A., Metropolitana Acque Torino, Putignano & Figli s.r.l., Edil Putignano s.r.l., Galva S.p.A., Cons. Coop. Studio Applicazioni Idrauliche s.r.l. – S.A.I. Società di Ingegneria, e la Regione Sicilia.

La Società Azionaria per la Condotta di Acque Potabili S.p.a., in proprio e nella citata qualità, ha altresì spiegato appello incidentale, chiedendo la riforma della impugnata sentenza nella parte in cui ha respinto le eccezioni: a) di difetto di giurisdizione in materia in favore del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche; b) di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di legittimazione e di interesse dei comuni ricorrenti; c) di irricevibilità del ricorso di primo grado per tardività; d) di inammissibilità ed irritualità del ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, per violazione dell'art. 31, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034; e) di inammissibilità, sotto altro profilo, del ricorso di primo grado, travisando e/o ignorando la portata dell'eccezione, con vizio di infrapetizione; f) di difetto di giurisdizione in relazione

all'impugnazione del provvedimento del Presidente dell'A.T.O. 1 Palermo che ha autorizzato la stipula della convenzione.

Tutte le parti hanno illustrato con diffuse memorie le proprie rispettive tesi difensive.

4. La causa, già fissata per l'udienza in camera di consiglio del 30 marzo 2010, per la trattazione della domanda cautelare è stata rinviata per la decisione nel merito all'udienza pubblica del 25 giugno 2010, nella quale, dopo la rituale discussione, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. Per il suo carattere pregiudiziale deve essere innanzitutto esaminato il primo motivo dell'appello incidentale, col quale la Società Azionaria per le Condotte di Acqua Potabile S.p.A. ha lamentato l'erroneità della sentenza impugnata relativamente al capo con cui è stata respinta l'eccezione, formulata in primo grado di difetto di giurisdizione, appartenendo a suo avviso la cognizione della controversia de qua alla potestas iudicandi del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche.

Il motivo è infondato, come correttamente ritenuto dai primi giudici.

Invero, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale da cui non vi è motivo di discostarsi (ex pluribus, Cass. SS.UU. 6 luglio 2005, n. 14195; C.d.S., sez. IV, 6 luglio 2009, n. 4306; sez. V, 18 settembre 2006, n. 5442), la giurisdizione di legittimità in unico grado del Tribunale superiore delle acque pubbliche ex art. 143, comma 1, lett. a), del R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge avverso i provvedimenti definitivi dell'amministrazione in materia di acque pubbliche, sussiste solo allorquando i provvedimenti impugnati incidono direttamente ed immediatamente sulla materia delle acque, concorrendo in concreto a disciplinare la gestione, l'esercizio delle opere idrauliche, i rapporti con i concessionari ovvero a

determinare i modi di acquisto dei beni necessari all'esercizio e/o alla realizzazione delle opere stesse o a stabilirne e/o a modificare la localizzazione di esse o influire sulla loro realizzazione mediante sospensione o revoca dei relativi provvedimenti.

Non rientrano per contro in tale speciale competenza giurisdizionale le controversie che hanno per oggetto atti solo strumentalmente inseriti in procedimenti finalizzati ad incidere sul regime delle acque, così che appartiene alla cognizione del giudice amministrativo la controversia con cui si dubita della legittimità di un provvedimento di esclusione dalla gara di appalto per la realizzazione di opere idrauliche.

La controversia in esame che, come si ricava dalla documentazione in atti riguarda la legittimità dell'affidamento definitivo al raggruppamento temporaneo d'impresa costituito dalla società Acque Potabili di Torino nella qualità di mandataria, da Genova Acque S.p.A. di Genova, da S.M.A.T. S.p.A. di Torino, da Cons. Coop. di Forlì, da Galva S.p.A. di Pomezia, da Giovanni Putignano e figli s.n.c., da Edil Putignano di Noci, da Studio Applicazioni Idrauliche S.A.I. s.r.l. di Palermo, da DESA s.r.l. di Torino in qualità di mandanti della gestione del Servizio Idrico Integrato nell'A.T.O. di Palermo (nonché degli atti presupposti, connessi e conseguenti), non incide in modo diretto ed immediato sulla gestione delle acque pubbliche e non appartiene quindi alla giurisdizione del Tribunale superiore delle acque, bensì a quella di legittimità del giudice amministrativo, come correttamente statuito dai primi giudici.

6. Così accertata l'esistenza della potestas iudicandi, la Sezione, passando all'esame dell'appello principale è dell'avviso che esso invece infondato e che debba essere respinto.

Al riguardo si osserva quanto segue.

6.1. Con il primo motivo di gravame le appellanti amministrazioni comunali hanno innanzitutto contestato la declaratoria di irricevibilità dell'impugnativa dei

provvedimenti commissariali n. 1 e n. 2 del 28 dicembre 2005 (aventi ad oggetto rispettivamente, il primo, “Organizzazione del Servizio Idrico Integrato, ex art. 9 legge 36/94 – Approvazione Piano d’Ambito con relativo Addendum, Convenzione di gestione e Disciplinare Tecnico”; il secondo “Scelta del sistema di affidamento e approvazione del bando di gara per la gestione del Servizio Idrico Integrato”), sostenendo che, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, non corrispondeva al vero né che essi fossero stati pubblicati all’Albo della Provincia di Palermo, né che con nota 1888 del 30 dicembre 2005 la Conferenza dei sindaci avesse comunicato ai comuni partecipanti “l’approvazione degli atti di gara da parte del Commissario ad acta e la loro visionabilità sul sito della Provincia”.

In particolare, secondo gli appellanti, nella ricordata nota era solo precisato che “atti e documenti redatti e approvati dal Commissario erano visionabili presso il sito www.provincia.palermo.it/ato/pres.htm”: non essendo stati indicati gli estremi e il contenuto di tali atti e non essendo il sito della provincia assimilabile all’albo pretorio ex art. 124 del T.U.E.L. (non rinvenendosi del resto alcun elemento in tal senso nella legge n. 36/94), non si era realizzata la fattispecie tipica della pubblicazione e di conseguenza l’impugnativa, in difetto di puntuale prova contraria da fornirsi dalle parti resistenti circa la conoscenza degli atti impugnati, doveva considerarsi tempestiva.

La tesi, pur suggestiva, non è meritevole di favorevole considerazione.

6.1.1. Come ha più volte sottolineato la giurisprudenza, ai fini della decorrenza del termine decadenziale per l’impugnazione di un atto innanzi al giudice amministrativo ciò che rileva, ai sensi dell’articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, qualora il predetto atto non sia stato notificato, è la sua piena ed effettiva conoscenza, indipendentemente dal mezzo con cui tale conoscenza sia stata acquisita, con la precisazione che non è necessaria la conoscenza completa

dell'atto, essendo invece sufficiente la conoscenza dei suoi elementi essenziali (quali l'organo che lo ha adottato, la data ed il contenuto del dispositivo, ex pluribus, C.d.S., sez. VI, 19 marzo 2009, n. 1690; sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4803; 2 dicembre 2002, n. 6601), fermo restando che la parte che eccepisce la tardività del ricorso deve dare prova della diversa data in cui la parte ricorrente ha avuto conoscenza dell'atto impugnato (ex multis, C.d.S., sez. IV, 18 dicembre 2008, n. 6365; 15 maggio 2008, n. 2236; 20 dicembre 2004, n. 8115; sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 540).

E' stato anche precisato che se è vero che, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione occorre la conoscenza piena del provvedimento causativo della lesione, è anche vero che la tutela dell'amministrato non può ritenersi operante oltre ogni limite temporale ed in base ad elementi puramente esteriori, formali o estemporanei, quali, ad esempio, atti d'iniziativa di parte (richieste d'accesso, istanze, segnalazioni, ecc.), con la conseguenza inaccettabile che l'attività dell'Amministrazione e le iniziative dei controinteressati restano soggette indefinitivamente o per tempi dilatati alla possibilità di impugnazione, anche quando l'interessato non si renda parte diligente nel far valere la pretesa entro i limiti temporali assicurategli dalla legge (C.d.S., sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1298).

6.1.2. Ciò precisato, con riferimento al caso di specie occorre rilevare che, anche a voler prescindere dalla circostanza che, come eccepito dall'appellata Società azionaria per la condotta di acque potabili S.p.A., il bando di gara (che evidentemente si fonda sulle impugnate delibere commissariali) è stato ritualmente pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 18 gennaio 2006 (circostanza quest'ultima che già di per sé oggettivamente sarebbe sufficiente a supportare adeguatamente, secondo l'id quod plerumque accidit, un giudizio di tardività di impugnazione degli atti che costituiscono il necessario presupposto giuridico e fattuale del bando stesso) , con la citata nota 1888 del 30 dicembre

2005, in pari data trasmessa via fax ai comuni ricorrenti e da questi effettivamente ricevuta (come risulta dalla documentazione versata in atti, senza che sul punto sia stata svolta dagli interessati alcuna contestazione), la segreteria tecnica – operativa dell’Ambito Territoriale 1 di Palermo informava dell’avvio della procedura di affidamento del Servizio Idrico Integrato, quale “conseguenza delle determinazioni assunte il 28/12/05 dal Commissario allo scopo incaricato dal Presidente della Regione Siciliana con proprio decreto n. 1205/05”, avvisando nel contempo che “atti e documenti redatti e approvati dal Commissario sono visionabili presso il sito www.provincia.palermo.it/ato1/pres.htm”.

La circostanza che i provvedimenti adottati dal commissario ad acta in data 28 dicembre 2005 fossero soltanto i decreti n. 1 e n. 2, di cui si discute, così che non sussisteva alcuna possibilità di eventuale confusione con altri provvedimenti e che non poteva esservi dubbio alcuno sul loro effettivo contenuto (essendo stato fatto tra l’altro nella ricordata comunicazione riferimento al decreto stesso n. 1205/05 con cui era stato nominato), induce ragionevolmente a ritenere che la predetta comunicazione costituiva adeguato mezzo di conoscenza dei provvedimenti, sufficiente a far decorrere il termine di impugnazione, contenendo quanto meno indicazioni formali, certe ed inequivoche, circa l’effettiva esistenza di provvedimenti amministrativi che potevano essere potenzialmente lesivi degli interessi dei comuni ricorrenti, a nulla rilevando la mancata conoscenza del relativo contenuto, ciò potendo giustificare solo la proposizione di motivi aggiunti.

A tutto voler concedere, deve rilevarsi che detta comunicazione era quanto meno sufficiente a far conseguire, attraverso un comportamento di minima diligenza e di auspicabile buona fede, la dovuta conoscenza dei provvedimenti commissariale: del resto non è stato giammai contestato che, malgrado la predetta comunicazione, gli atti e i provvedimenti di cui trattasi non fossero stati effettivamente messi a disposizione degli interessati e che pertanto era stato effettivamente impedito

l'esercizio del diritto di difesa ed in concreto la possibilità di proporre tempestivo ricorso giurisdizionale.

Sotto altro concorrente profilo, peraltro, anche a prescindere dalle considerazioni fin ad ora svolta, dalla documentazione versata in atti, emerge che all'ordine del giorno della conferenza dei sindaci dell'A.T.O. 1 di Palermo del 5 luglio 2006 vi era "1. Compimento delle procedure di affidamento in concessione della gestione del Servizio Idrico Integrato nell'Ambito Territoriale Ottimale 1 Palermo ex art. 12 della Convenzione di Cooperazione" e che in particolare la discussione su tale argomento riguardò la questione delle modalità di designazione dei componenti della Commissione di gara (essendo quindi implicito che tutti i sindaci dell'ambito in questione erano a conoscenza dell'esistenza della gara – della legittimità del cui affidamento si discute – ovvero ancora avrebbero potuto attivarsi, secondo un fondamentale principio di comportamento secondo buona fede, per avere conoscenza degli atti presupposti della gara).

Nella successiva riunione del 20 luglio 2006, poi, nella quale al primo punto all'ordine del giorno vi era: "1. Comunicazione componenti commissione di gara designati", si registrò inizialmente un puntuale intervento del Sindaco del Comune di Caltavuturo il quale, tra l'altro, sostenne espressamente la tesi della illegittimità della procedura di gara (sia per la possibilità prevista dal bando di aggiudicare la gara anche in presenza di una sola offerta, sia perché era previsto che gli stessi soggetti progettassero ed eseguissero i lavori, sia ancora per la situazione di incompatibilità in cui versava il commissario ad acta); nel corso della seduta il predetto sindaco, intervenendo ulteriormente nella discussione, relativamente al terzo punto all'ordine del giorno ("Adeguamento convenzione di cooperazione al nuovo D. Lgs. 152/06") ed alla proposta (conciliativa rispetto ad un contenzioso in atto con l'AMAP) a tal fine avanzata dal Comune di Palermo, affermò testualmente "...di trovarsi di fronte ad una follia istituzionale e giuridica. Essendo

già stata prestabilita dal commissario ing. Rosario Mazzola, la modalità di affidamento del servizio, sulla base di un piano di ambito e di un apposito capitolato, con questo accordo si andrebbe a modificare il sistema di aggiudicazione e, soprattutto il piano di ambito, sul quale Palermo raccoglie oltre il 50% degli interventi previsti”.

Prescindendo da ogni considerazione sul merito di tali interventi e sugli esiti delle deliberazioni assunte in tali sedute dalla Conferenza dei servizi (trattandosi evidentemente di questioni che non interessano la controversia in esame), dalla lettura dei ricordati verbali emergono incontrovertibilmente elementi di fatto, gravi, precisi e concordanti da cui si ricava l'effettiva conoscenza da parte dei comuni interessati (regolarmente convocati a tali riunioni, profilo - anche questo – su cui non è stata prospettata alcuna riserva o svolta alcuna contestazione) dell'esistenza e del contenuto dei provvedimenti commissariali n. 1 e n. 2 del 28 dicembre 2005 del commissario ad acta quanto meno alla data del 20 luglio 2006, così che la notificazione del ricorso introduttivo del giudizio innanzi al Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, avvenuta il 15 marzo 2007, è evidentemente tardiva, come correttamente ritenuto dai primi giudici.

6.1.3. D'altra parte è appena il caso di rilevare che, come del resto emerge dalla lettura delle stesse censure formulate dai comuni interessati fin dal primo grado di giudizio, gli impugnati decreti commissariali contengono determinazioni autonomamente ed immediatamente lesive degli interessi dei comuni facenti parti dell'ambito ottimale, quali, per esempio, le (contestate) modifiche del precedente Piano d'Ambito, della convenzione di gestione e del disciplinare di gara, già approvati dalla Conferenza dei sindaci dei comuni dell'A.T.O.

Detti decreti, pertanto, pur costituendo atti (necessariamente) presupposti del bando di gara e del successivo procedimento concorsuale, non possono essere qualificati come meramente procedurali e, ai fini della tempestività della loro

impugnazione, non è dunque sufficiente la tempestiva impugnazione del provvedimento (aggiudicazione definitiva) conclusivo del procedimento.

6.2. La delineata tardività dell'impugnazione dei ricordati decreti del commissario ad acta, n. 1 e n. 2 del 28 dicembre 2005 impedisce l'esame delle censure di merito sollevate con il secondo motivo di gravame.

6.3. Deve essere altresì confermata, alla stregua delle osservazioni già svolte sub 6.1., anche la declaratoria di tardività della censura sollevata in primo grado (in ordine alla violazione del principio di imparzialità) circa la situazione in cui versava il commissario ad acta, autore dei decreti n. 1 e n. 2 del 28 dicembre 2005, per aver svolto significativi incarichi in alcune società facenti parte proprio del raggruppamento temporaneo di imprese risultato poi aggiudicatario dell'appalto.

Sul punto, indipendentemente da ogni altra considerazione, ad avviso della Sezione è decisiva la considerazione che tale situazione di incompatibilità risulta essere sicuramente conosciuta ben prima dei sessanta giorni precedenti la notificazione del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, essendovene espressa menzione nel già citato verbale della conferenza dei sindaci del 20 luglio 2006.

Per completezza giova evidenziare che l'inammissibilità (per tardività) della censura in questione in sede di giudizio amministrativo non preclude la segnalazione della asserita incompatibilità all'autorità giudiziaria, qualora ovviamente sussistano elementi di fatto tali da configurare l'esistenza di specifiche condotte delittuose.

Devono essere pertanto respinti anche il sesto ed il settimo motivo di appello.

6.4. Con il terzo motivo di gravame è stata lamentata l'erronea declaratoria di infondatezza del primo motivo di ricorso, con cui era stata dedotta la macroscopica violazione dell'articolo 23 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, stante la pacifica, ma inammissibile, modificazione soggettiva del

raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicataria, intervenuta dopo la presentazione dell'offerta.

Secondo gli appellanti, infatti, la specialità della disciplina degli appalti riguardanti i settori esclusi, in cui s'iscriveva l'appalto in questione, escludeva in radice la correttezza dell'assunto dei primi giudici che avevano ritenuto applicabile al caso di specie un più recente, ma non condivisibile, indirizzo giurisprudenziale teso a superare il principio della immodificabilità assoluta dell'offerente; ciò senza contare che per effetto dell'intervenuta fusione, come si ricavava dalla lettura dell'articolo 3 del relativo atto notarile, erano venute meno l'originario mandato conferito da Genova Acque alla capogruppo Acque Potabile Società Azionaria per la condotta di acque potabili S.p.A.

La doglianza è infondata.

Come hanno correttamente rilevato i primi giudici, il principio dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente, delineato nell'invocata previsione di cui all'articolo 23 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, è stato progressivamente ridimensionato dalla giurisprudenza amministrativa anche sotto l'influenza del diritto comunitario, tant'è che l'art. 51 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, proprio in relazione alle vicende soggettive dei soggetti partecipanti ad una gara ad evidenza pubblica, ha previsto che "qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della

cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice".

Benché tale ultima disposizione, *ratione temporis*, non sia direttamente applicabile alla fattispecie in esame, la Sezione rileva che il diverso – e condivisibile - principio della modificabilità della compagine soggettiva che ha presentato l'offerta in una procedura di gara si può ricavare dalle disposizioni già contenute negli articoli 35 e 36 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che, secondo un prevalente indirizzo giurisprudenziale, costituiscono espressione di un principio generale applicabile non solo agli appalti di lavori pubblici, ma anche a quelli di fornitura di beni e servizi, non essendoci peraltro alcun elemento, normativo o fattuale, che ne impedisca l'applicazione anche agli appalti c.d. esclusi, di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158.

E' significativo al riguardo rinviare alla convincente e approfondita motivazione di cui alla decisione 26 aprile 2005, n. 1873, di questa stessa sezione, che testualmente recita: "Correttamente l'appellante segnala la disciplina contenuta negli art. 35 e 36 L. 11 febbraio 1994 (confermati dalla successiva legge 2 giugno 1995 n. 216), il cui ambito di applicazione, fissato dall'art. 2 della stessa legge (comma 2, lett. b), ne consente l'analoga utilizzazione anche per ciò che riguarda il caso in esame, concernente la procedura informale avviata dall'Ente locale in vista dell'affidamento, a trattativa privata, del servizio di tesoreria.

Le cautele di cui il legislatore nazionale ha circondato l'istituto della fusione, con l'adeguamento, alla normativa comunitaria, delle norme contenute nel codice civile, e la disciplina stabilita in tema di pubblici appalti (anch'essa coerente con le direttive comunitarie) non contraddicono, ma evidenziano, al contrario, il generale favore che l'ordinamento interno, non meno di quello comunitario, riservano all'istituto, che non può essere, surrettiziamente, ostacolato da una interpretazione

che riconduce il fenomeno nell'alveo della immutabilità del soggetto ammesso alla partecipazione alla gara.

Nelle linee generali, la Sezione ha avuto modo, anche di recente (Sez, V, n. 487 del 10 febbraio 2004), di chiarire che la fusione della società che ha partecipato alla gara d'appalto con altra società comporta una successione a titolo universale della società che ne deriva nei rapporti giuridici di quella incorporata o fusa, e cioè il pieno e completo trasferimento di diritti ed obblighi delle Società preesistenti nella titolarità della nuova società o della incorporante, con sostanziale continuità dei rapporti giuridici in atto tra questa società e l'Amministrazione appaltante, che si trova, in effetti, a proseguire il rapporto in essere con un soggetto diverso per denominazione o forma societaria, ma nei cui confronti il rapporto giuridico instaurato con la partecipazione alla gara delle società incorporate o fuse continua senza alcuna modifica sostanziale.

Specificamente, con riferimento alla fusione verificatasi nel corso della procedura (nel caso, un'asta pubblica) la Sezione, richiamando pacifica giurisprudenza sulla materia (Cass. civ., Sez. lav., 10 agosto 1999 n. 8572; Cons. Stato, Sez. IV, 26 ottobre 2000 n. 5734 ; Sez. IV, 31 luglio 1992 n. 696), ha confermato la definizione di successione inter vivos a titolo universale attribuita agli effetti che si determinano in seguito alla fusione delle società, e la conseguente acquisizione da parte della società incorporante (o della nuova società che ne deriva) dei diritti e gli obblighi della società incorporata (o, nel caso della fusione in senso stretto, delle società che vi hanno partecipato) (in termini, Sez. V, 26 settembre 2002 n. 4940)".

Del resto, ad avviso della Sezione, il principio della immutabilità assoluta dell'offerente, caratterizzata da un fondamentale elemento di staticità, mal si concilia con il carattere dinamico della vita delle imprese e con la loro intrinseca necessità di adeguare costantemente le loro stesse strutture organizzative alle vicende del mercato per poter conseguire i propri fini sociali ed essere così anche

elemento di sviluppo e di crescita economica per l'intera collettività, tanto più che le esigenze pubbliche sottese allo stesso procedimento ad evidenza pubblica, quali l'affidabilità, oggettiva e soggettiva – anche sotto il profilo della sussistenza dei necessari requisiti di moralità pubblica - dei soggetti che concorrono per l'affidamento di appalti pubblici sono sufficientemente assicurate dagli obblighi che tali soggetti hanno nei confronti della pubblica amministrazione di comunicare le avvenute trasformazioni, onde consentire proprio l'esercizio dei necessari poteri di controllo e verifica.

Giova aggiungere per completezza che, quanto al caso in esame, per un verso, non è stato affatto contestato che sia mancata la comunicazione di tale modificazione soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese che aveva presentato l'offerta e che sussistessero elementi che, sotto il profilo della ricorrenza dei requisiti soggettivi, impeditivi della partecipazione alla gara del predetto raggruppamento nella sua nuova configurazione soggettiva, e che evidentemente la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione da parte del raggruppamento, soggettivamente modificato, non poteva avvenire nel rispetto dei termini fissati dal bando per la (originaria) presentazione delle offerte (14 febbraio 2006), l'atto notarile di fusione per incorporazione della società Genova Acque (una delle originarie mandanti del raggruppamento concorrente) con De Ferrari S.p.A. e Acque Italia S.p.A. nella società Acquedotto Nicolay S.p.A. (che proprio per effetto della fusione ha assunto la denominazione di Mediterranea Acque S.p.A.) essendo datato solo 30 maggio 2006.

Infine occorre sottolineare che, come emerge dall'indirizzo giurisprudenziale sopra ricordato, la fattispecie della fusione (per incorporazione) dà vita ad una fattispecie di "... di successione inter vivos a titolo universale...(con)... conseguente acquisizione da parte della società incorporante (o della nuova società che ne deriva) dei diritti e gli obblighi della società incorporata (o, nel caso della fusione in

senso stretto, delle società che vi hanno partecipato) (in termini, Sez. V, 26 settembre 2002 n. 4940)”, così che, diversamente da quanto sostenuto dai comuni appellanti, in mancanza di una diversa espressa previsione nell’atto di fusione, che non è stata neppure dedotta, non si estingue affatto l’originario mandato conferito dalla società Genova Acque, la previsione contenuta nell’invocato articolo 3 dell’atto di fusione avendo valore solo per i nuovi rapporti e le nuove vicende successive allo stesso atto di fusione.

6.5. Con il quarto motivo di gravame i comuni appellanti hanno lamentato l’erroneo rigetto del secondo motivo di censura del ricorso introduttivo del giudizio, con il quale era stata dedotta la nullità, siccome frutto di un’intesa restrittiva della concorrenza, dell’offerta presentata dal raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario.

In particolare, ad avviso degli appellanti, i primi giudici, non avevano tenuto conto degli specifici e gravi rilievi sollevati dall’Autorità garante della concorrenza (che aveva anche sollecitato anche l’esercizio dei poteri di autotutela da parte dell’amministrazione appaltante), stravolgendo il contenuto della censura e pervenendo perciò ad un inammissibile giudizio di ipoteticità e genericità della stessa.

Anche tale censura non è meritevole di favorevole considerazione.

Occorre innanzitutto premettere che, come emerge dalla documentazione versata in atti, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che aveva avviato un’apposita indagine istruttoria a seguito di un esposto relativo a presunte irregolarità nello svolgimento della gara per l’affidamento del servizio idrico di cui si tratta, chiedendo all’Autorità di Ambito Ottimale di Palermo le opportune notizie ed informazioni, con provvedimento n. 16712 del 12 aprile 2007 (pubblicata sul proprio Bollettino Settimanale – Anno XVII – n. 15 del 30 aprile 2000) ha deliberato il non luogo a provvedere in ordine all’operazione che, in

relazione proprio alla gara bandita dall'A.T.O. n. 1 di Palermo per l'affidamento trentennale della gestione del Servizio Idrico Integrato, aveva dato luogo al raggruppamento temporaneo di imprese tra SAP, SMAT, MEDA, SAI, DESA, EDILPUT, GIOUT, GALVA e CONSCOOP, cui aveva fatto seguito la costituzione di una società denominata Acque Potabili Siciliane s.r.l.

In particolare la predetta Autorità ha espressamente affermato che “alla luce delle informazioni fornite, l'operazione comunicata non costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/1990, in quanto l'insieme degli accordi intercorrenti tra i soci di APS – e segnatamente quelli relativi alla ripartizione delle attività di competenza di APS in qualità di gestore del SII – evidenzia un effetto cooperativo prevalente nell'attività della neo costituita impresa comune tale da escluderne la natura concentrativa”.

Se è vero poi che la stessa Autorità con la nota in data 26 aprile 2007 ha espresso perplessità in ordine al concreto svolgimento della gara, rilevando una asserita “...situazione discorsiva della concorrenza risultante da alcuni elementi della Gara, sia sotto il profilo delle disposizioni contenute nel relativo bando (“Disciplinare”), che di alcune delibere adottate da enti locali territoriali facenti parte dell'ATO di Palermo e che della Gara hanno condizionato profondamente gli esiti”, non può non rilevarsi che tale autorevole opinione non si è tradotta in specifici provvedimenti sanzionatori, bensì ha assunto la forma di un parere, non vincolante, tant'è che la stessa Autorità conclude auspicando “...che gli organi indirizzo – nel caso specifico, eventualmente anche nelle forme proprie dell'autotutela amministrativa – assumano iniziative idonee ad assicurare che le gare per l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato permettano un effettivo confronto concorrenziale, funzionale alla fornitura di servizi di qualità più elevata, evitando nel contempo che le procedure di selezione ad evidenza pubblica

diventino lo strumento per il perseguimento di obiettivi diversi rispetto a quello dell'efficiente gestione del servizio”.

Ciò posto, pur nella obiettiva delicatezza della questione, proprio l'inesistenza, da un parte, di provvedimenti sanzionatori da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e, d'altra parte, la espressa dichiarazione che non sussisteva la fattispecie della concentrazione vietata ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287, rende corretto l'assunto dei primi giudici che hanno dichiarato ipotetica e generica la doglianza di nullità dell'offerta per presunta violazione del principio della concorrenza.

Infatti, le pur puntuali osservazioni della Autorità infatti sono da ragionevolmente da intendere nel senso che in presenza di quelle esaminate clausole della *lex specialis* è altamente probabile la distorsione del mercato, cosa che giustifica il richiamo all'eventuale esercizio del potere di autotutela: ma sotto il profilo che qui interesse, i comuni appellanti avrebbero dovuto provare in concreto non l'astratto effetto discorsivo del mercato, ma in concreto l'effettiva violazione della concorrenza, prova che è del tutto mancata.

Sotto altro concorrente profilo, ricordato che nei confronti del mancato esercizio da parte della pubblica amministrazione del potere di autotutela non sussiste in capo agli interessati alcun posizione differenziata (interesse legittimo) tutelabile in sede giudiziale, è appena il caso di rilevare che, a tutto voler concedere, le censure sollevate nei confronti della *lex specialis* di gara sono in ogni caso tardive e perciò inammissibili alla stregua delle osservazioni svolte nei paragrafi 6.1. e 6.2.

6.6. E' ugualmente infondato il quinto motivo di gravame, in quanto innanzitutto non sussiste la dedotta nullità della delibera assunta dalla Conferenza dei Sindaci dell'A.T.O. n. 1 di Palermo in data 26 gennaio 2007 circa l'affidamento della gestione del S.I.I. per l'asserita invalidità del voto espresso dal rappresentante del Comune di Palermo.

Pur dovendo ammettersi che la redazione del verbale presenta qualche errore e/o imperfezione, essendo indicato nell'epigrafe dell'atto, come rappresentate del Comune di Palermo, tal Geraci Giulio, laddove nel corso della discussione e della votazione rappresentate dello stesso comune è indicato nella persona dell'ing. Gaetano Lo Cicero, è decisivo rilevare che la volontà espressa dal rappresentante del Comune di Palermo in ordine alla questione oggetto di votazione (affidamento del S.I.I.) è piena, libera ed incondizionata, essendo riportato testualmente che il predetto rappresentante "...dichiara il voto favorevole richiamando tutte le condizioni già stabilite da questa Assemblea".

La circostanza che, dopo la votazione e dopo che l'esito della stessa era stata già proclamata, senza alcuna riserva o osservazioni da parte degli intervenuti (nel verbale si legge espressamente: "In relazione all'esito della superiore votazione il Presidente, Assessore Loddo, dichiara che la Conferenza dei Sindaci ha approvato l'affidamento del S.I.I. a norma dell'art. 2 della Convenzione di cooperazione") ed anzi al termine della riunione, quando non vi è più alcun argomento su cui deliberare, il rappresentante del Comune di Palermo nella persona dell'ing. Lo Cicero prenda la parola e legga una nota che testualmente recita "Il Comune di Palermo esprime voto favorevole solo al fine dell'eventuale transazione tra tutti i soggetti coinvolti nei giudizi amministrativi in atto pendenti, senza che ciò possa in alcun modo intendersi, fino al perfezionamento della transazione, quale acquiescenza ai provvedimenti impugnati dallo stesso Comune", non è idonea ad inficiare la precedente deliberazione.

Non solo, come evidenziato, si tratta di una dichiarazione che interviene allorquando la volontà dell'assemblea quanto allo specifico ad oggetto dell'affidamento del S.I.I. si è già definitivamente formata ed è stata anche espressamente proclamata, per quanto essa non risulta neppure riguardare in via

diretta ed immediata l'affidamento del S.I.I. e sotto questo profilo sembra avere piuttosto una valenza "politica", ma non certo giuridica.

Quanto poi al presunta profilo di nullità della delibera, asseritamente derivante dal fatto che i comuni partecipanti alla Conferenza non conoscevano adeguatamente e completamente la questione oggetto di deliberazione ed in particolare il contenuto degli atti di gara, ivi compresa la questione dell'inammissibilità della modificazione soggettiva del raggruppamento temporanea di imprese che aveva presentato l'offerta, è sufficiente osservare che, anche a prescindere dalla genericità ed ipoteticità della doglianza, la stessa è del tutto infondata, atteso che dalla lettura del verbale di riunione della Conferenza dei Sindaci del 23 novembre risulta, come si evince dall'intervento proprio del Sindaco del Comune di Caltavuturo, che erano puntualmente conosciute tutte le questioni relative all'affidamento di cui si tratta, ivi compreso quello relativo alla intervenuta modificazione soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese offerente.

7. L'infondatezza dei motivi dell'appello principale, che determina il suo rigetto, rende improcedibile per difetto di interesse gli altri motivi dell'appello incidentale, eccezion fatta per quello relativo al difetto di giurisdizionale, che invece è infondato.

8. In conclusione l'appello principale deve essere respinto, mentre l'appello incidentale deve essere dichiarato infondato, e come tale rigettato, ed in parte improcedibile.

L'esito delle impugnazioni, principale ed incidentale, giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello principale, proposto dai comuni di Caltavuturo, Altofonte, Sclafani Bagni, Petralia Sottana, Contessa Entellina, Collesano,

Campofelice di Roccella, Gratteri e Geraci Siculo, e sull'appello incidentale spiegato dalla Società Azionaria per la Condotta di Acque Potabili S.p.A., in proprio e nella qualità in atti, avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. I, n. 10719 del 3 novembre 2009, così provvede:

- Respinge l'appello principale e quanto all'appello incidentale in parte lo rigetta ed in parte lo dichiara improcedibile;
- Dichiarare compensate le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 e 30 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

Cesare Lamberti, Presidente FF

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Nicola Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/10/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione