

N. ____/____ REG.PROV.CAU.
N. 00577/2021 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 577 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

E-Distribuzione S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Comandè, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carlo Comandè in Palermo, via Caltanissetta n.2/D;

contro

Comune di Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberta Cannarozzo Fazzari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli uffici legali del Comune siti in Palermo, piazza Marina 39;

Regione Siciliana - Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, Regione Siciliana - Assessorato Regionale dei Beni Culturali e dell'Identità Siciliana, Regione Sicilia - Assessorato Territorio e Ambiente, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale,

domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

nei confronti

- di Amg Energia S.p.A., in persona del rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Paola Corrao, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e con domicilio fisico eletto presso l'ufficio legale di Amg Energia S.p.a., sito in via Tiro a Segno n. 5;
- di TIM s.p.a. (già Telecom Italia S.p.A.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Edoardo Giardino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e con domicilio fisico eletto in Palermo, via Nunzio Morello n. 40, presso lo studio dell'Avv. Massimiliano Mangano;
- di Open Fiber S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni de Vergottini e Maria Laura Tripodi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- di Wind Tre S.p.A., in persona dei procuratori *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Sartorio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- dell'Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana; dell'Assessorato dei Beni Culturali e dell'Identità Siciliana della Regione Siciliana; dell'Assessorato del Territorio e dell'Ambiente della Regione Siciliana, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici, siti in Palermo, via Valerio Villareale n. 6, sono per legge domiciliati;
- Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Fienga, Marco Trevisan, Jaime Guiso Gallisai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Sergio Fienga in Roma, Piazzale delle Belle Arti, 8
- di: AMAP S.p.A.; Vodafone Italia S.p.A.; Terna S.p.A.; Sielte S.p.A.; tutte non costituite in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

A)- quanto al ricorso introduttivo:

- della Determinazione Dirigenziale n. 9271 del 7 agosto 2019 del Comune di Palermo conosciuta solo a seguito della notifica della nota prot. n. 94361 del 9 febbraio 2021 e dei relativi allegati;
- della nota del Comune di Palermo prot. n. 858986 del 10 luglio 2019, non conosciuta, ma della cui esistenza si è avuta notizia a seguito della notifica della nota prot. n. 94361 del 9 febbraio 2021 e dei relativi allegati;
- dei verbali della Conferenza di servizi decisoria convocata con nota prot. n. 858986 del 10 luglio 2019, non conosciuti;
- della nota del Comune di Palermo, prot. n. 928056 del 9 agosto 2019, non conosciuta, ma della cui esistenza si è avuta notizia a seguito della notifica della nota prot. n. 94361 del 9 febbraio 2021 e dei relativi allegati;
- della Determinazione Dirigenziale n.13020 del 24 dicembre 2020 del Comune di Palermo conosciuta solo a seguito della notifica della nota prot. n. 94361 del 9 febbraio 2021 e dei relativi allegati;
- dei verbali della Conferenza di servizi decisoria convocata con nota prot. n. 928056 del 9 agosto 2019, non conosciuti;
- ove occorra e per quanto di ragione, della nota del Comune di Palermo prot. n. 94361 del 9 febbraio 2021 e dei relativi allegati.

B)- quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato il 21/4/2021:

- della Determinazione Dirigenziale n. 13898 del 27 novembre 2019 del Comune di Palermo, conosciuta in data 15 aprile 2021;
- della Determinazione Dirigenziale n. 1967 del 18 febbraio 2021 del Comune di Palermo, conosciuta in data 15 aprile 2021;
- della nota del Comune di Palermo del 17 marzo 2021;

Visti il ricorso introduttivo e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Palermo e di Open Fiber S.p.A. e di Fastweb S.p.A. e di Wind Tre S.p.A. e di Amg Energia Spa e di Regione Siciliana - Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilita' e di Regione Siciliana - Assessorato Regionale dei Beni Culturali e dell'Identita' Siciliana e di Regione Sicilia - Assessorato Territorio e Ambiente e di Tim Spa;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Vista l'ordinanza n. 1229/2021;

Visto il ricorso per motivi aggiunti e la nuova domanda cautelare proposta da parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'istanza di discussione da remoto presentata da parte ricorrente in data 4/5/2021, ai sensi dell'art. 4, co. 1, periodi quarto e seguenti, del d.l. n. 28/2020 (conv. dalla l. n. 70/2020), richiamato dall'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176;

Vista la pari istanza formulata in data 5/5/2021 dal Fastweb S.p.A.;

Viste le memorie di TIM S.p.A, di WINDTRE S.p.A, di FASTWEB S.p.a. del 7/5/2021;

Vista la documentazione del Comune di Palermo del 28/4/201 e del 105/2021;

Visto l'art. 25 del Decreto Legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, in ultimo dall'art. 6, comma 1, lett. e), del d.l. 1° aprile 2021, n. 44;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2021, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi e per gli effetti dell'art. 25 del Decreto Legge 28 ottobre 2020 n. 137. il dott. Roberto Valenti e uditi per le parti i difensori presenti da remoto, come specificato nel verbale;

Considerato che la società ricorrente impugna tutti gli atti inerenti la conferenza di

servizi semplificata asincrona indetta dal Comune di Palermo, ai sensi dell'art. 27 del d. lgs. n. 50/2016, ai fini della risoluzione delle interferenze della rete di sottoservizi in uso con il realizzando progetto per l'estensione della rete tramviaria del Comune di Palermo, mediante la nota di cui al prot. n. 858986 del 10 luglio 2019, deducendo l'illegittimità della scelta della modalità semplificata asincrona, attesa la complessità del procedimento, nonché l'irrituale indizione della stessa per mezzo di posta elettronica ordinaria a indirizzi aziendali di dipendenti della medesima;

Considerato che l'art. 18 della legge regionale 21 maggio 2019, n. 7, al pari dell'art. 14 *bis* della l. n. 241/1990, prevede che, in via ordinaria, e salvo i casi espressamente previsti ovvero per differente scelta dell'Amministrazione, la conferenza di servizi decisoria si svolge in forma semplificata e in modalità asincrona e che le comunicazioni avvengono secondo le modalità previste dall'articolo 47 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e successive modifiche ed integrazioni;

Considerato che l'art. 47 del d.lgs. n. 82/2005 stabilisce che *“1. Le comunicazioni di documenti tra le pubbliche amministrazioni avvengono mediante l'utilizzo della posta elettronica o in cooperazione applicativa; esse sono valide ai fini del procedimento amministrativo una volta che ne sia verificata la provenienza. Il documento può essere, altresì, reso disponibile previa comunicazione delle modalità di accesso telematico allo stesso. ...*

2. Ai fini della verifica della provenienza le comunicazioni sono valide se: ... d) ovvero trasmesse attraverso sistemi di posta elettronica certificata di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68.

3. I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettere a) e b), provvedono ad istituire e pubblicare nell'Indice dei domicili digitali delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi almeno una casella di posta elettronica certificata per ciascun registro di protocollo. ... ”;

Ritenuto, quindi, non conducente il richiamo operato dalla parte ricorrente a una

lettura combinata, ai fini delle modalità di operatività della conferenza di servizi semplificata asincrona, dell'art. 47 con il successivo art. 48 del d.Lgs. n. 82/2005, specificatamente dedicato alla posta elettronica certificata, né al comma 2 dell'art. 6 bis del medesimo d.Lgs. n. 82/2005, alla luce della specifica finalità della disposizione come emergente dal precedente comma 1;

Considerato che risulta documentata in atti l'attiva partecipazione, nella pregressa fase di svolgimento dei tavoli tecnici, convocati ai fini dell'indicazione delle problematiche connesse all'individuazione delle interferenze di cui trattasi, di dipendenti della società ricorrente, al cui indirizzo aziendale di posta elettronica ordinaria – già utilizzato per i lavori dei richiamati tavoli - è stata trasmessa la nota di cui al prot. n. 858986 del 10 luglio 2019 di indizione della conferenza di servizi in contestazione;

Considerato, altresì, che, dalla documentazione versata in atti dal Comune, si ricava la trasmissione della convocazione della Conferenza da una PEC del Comune a indirizzi di posta elettronica ordinaria aziendale dei dipendenti della società ricorrente, che il sistema ha ritualmente acquisito e inoltrato, senza tuttavia attestare l'avvenuta consegna della spedizione, non trattandosi di invio a una PEC e non risultando che, comunque, sia stata richiesta la conferma della consegna;

Considerato che la società ricorrente non revoca in dubbio che gli indirizzi di posta elettronica aziendale utilizzati dal Comune al fine della trasmissione appartengano a propri dipendenti e che fossero altresì in servizio al momento della spedizione della sopracitata nota, contestando, tuttavia, che le comunicazioni siano state effettivamente ricevute;

Considerato che, tuttavia, dalla disamina degli atti depositati, non si rinviene alcun documento dal quale possa evincersi che gli indirizzi di posta elettronica ordinaria utilizzati fossero stati espressamente comunicati dalla società quali recapiti di riferimento per le notifiche relative alla procedura di approvazione del progetto delle nuove linee del Tram di Palermo e, anzi, dalle difese dell'amministrazione,

emerge che l'utilizzo delle indicate mail personali aziendali è il frutto di una prassi che si sarebbe instaurata nell'ambito delle comunicazioni tra gli uffici comunali e i gestori di reti;

Considerato, altresì, che mentre i predetti tavoli tecnici, ossia le riunioni sullo studio di fattibilità, erano essenzialmente finalizzate a recepire delle preliminari valutazioni tecniche dei gestori al riguardo, la Conferenza di servizi, successivamente indetta, era, invece, espressamente volta all'acquisizione della definitiva manifestazione di volontà di tutti i gestori delle reti al riguardo;

Considerato che, pertanto, deve ritenersi che non vi sia stata una valida convocazione della società ricorrente alla conferenza di servizi e che, conseguentemente, non sia nemmeno maturato il tacito assenso della stessa sulle proposte progettuali del Comune;

Considerato, altresì, che è comprovato in atti che, da un lato, la convocazione della Conferenza è stata effettuata, almeno per alcuni dei gestori, all'indirizzo PEC istituzionale risultante dal Registro e che, comunque, la prima determinazione di conclusione della Conferenza del 2019 è stata annullata proprio in quanto è emerso successivamente che alcuni dei gestori non erano stati convocati, mantenendo, tuttavia, ferma la conclusione per tutti gli altri soggetti;

Considerato che, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, avendo altresì riguardo alla rilevanza del progetto della nuova infrastruttura per la mobilità collettiva, al danno prospettato dalla società ricorrente è possibile ovviare mediante una ordinanza di *remand*, con onere per il Comune di Palermo di riavviare urgentemente la conferenza di servizi semplificata asincrona (ai sensi del comma 3 dell'art. 27 del d.Lgs. n. 50/216, che rinvia all'art. 14-*bis* della l. n. 241/1990), con la partecipazione limitata alla società ricorrente nonché estesa agli eventuali altri soggetti nei confronti dei quali il Comune ritenga opportuno estendere la predetta rinnovazione, nel caso in cui sussistano dubbi in ordine alla corretta modalità della precedente convocazione, esclusi quelli che sono stati già correttamente ed utilmente convocati alla nuova conferenza di servizi indetta dal Comune nel 2020 e

su cui si incentra il ricorso per motivi aggiunti;

Considerato che le spese della fase cautelare, in via del tutto eccezionale, possono essere compensate tra le parti, attesa la natura della controversia;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), accoglie la domanda cautelare proposta con il ricorso introduttivo nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto:

a) sospende l'efficacia dei provvedimenti impugnati con detto ricorso ai fini della rinnovazione della conferenza di servizi asincrona, per come precisato in motivazione;

b) fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 23 novembre 2021.

c) compensa le spese della odierna fase cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2021, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi e per gli effetti dell'art. 25 del Decreto Legge 28 ottobre 2020 n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Roberto Valenti, Consigliere, Estensore

Bartolo Salone, Referendario

L'ESTENSORE

Roberto Valenti

IL PRESIDENTE

Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO

