

Ritardo nella conclusione del procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica in relazione alla istanza per la realizzazione e l'esercizio di un impianto eolico e risarcimento danni

T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. II 12 aprile 2019, n. 1031 - Di Paola, pres.; Russo, est. - Api Holding S.p.A. e Novawind Sicilia s.r.l. (avv. Comandè) c. Assessorato Regionale dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità (Avv. distr. Stato) ed a.

Ambiente - Procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12, d.lgs. 387/2003 in relazione alla istanza per la realizzazione e l'esercizio di un impianto eolico - Ritardo - Risarcimento danni - Esclusione.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 14 gennaio 2011 e depositato il successivo 28 gennaio, API Holding s.p.a. ha esposto:
- di avere presentato, in data 28 novembre 2007, un'istanza all'Assessorato resistente diretta ad ottenere l'autorizzazione unica prevista dall'art. 12 del D.Lgs. 387/2003 per la realizzazione e l'esercizio di un impianto eolico nel territorio del Comune di Monreale e delle relative opere di connessione alla R.T.N.;
- di avere corredato la domanda di tutta la documentazione tecnica ed amministrativa prevista dall'art.12 del D.Lgs. 387/2003 per l'istruzione della pratica relativa alla procedura di rilascio dell'autorizzazione unica;
- che, ai sensi della citata disposizione, il procedimento avrebbe dovuto concludersi nel termine perentorio e inderogabile di 180 giorni dalla data di presentazione dell'istanza, e pertanto entro il 24 maggio 2008;
- che, sebbene fosse ampiamente decorso tale termine, alla data di proposizione del ricorso non soltanto non era stato adottato il provvedimento conclusivo, ma neppure era stata convocata alcuna conferenza di servizi.
Con il ricorso, pertanto, API Holding s.p.a. ha chiesto il risarcimento dei danni subiti e subendi in conseguenza del ritardo nella conclusione del procedimento di cui all'art.12 D.Lgs 387/2003, avviato con la predetta istanza.

Si è costituito in giudizio l'Assessorato.

Successivamente, la società ricorrente e Novawind Sicilia s.r.l. – quest'ultima frattanto subentrata nella titolarità del procedimento, per effetto dell'acquisizione del relativo ramo d'azienda di API Holding s.p.a. - hanno proposto in via prudenziale ricorso per motivi aggiunti, in ossequio al termine di 120 giorni di cui all'art. 30, commi 3 e 4 c.p.a., chiedendo il risarcimento del danno cagionato dall'ulteriore inerzia dell'Amministrazione; così hanno fatto ogni 120 giorni successivi, proponendo ben dieci ricorsi per motivi aggiunti (l'ultimo è stato notificato il 21 ottobre 2014) con i quali è stata rinnovata (e di volta in volta aggiornata) la domanda di risarcimento del danno proposta con il ricorso introduttivo. Nel corso del giudizio, le società ricorrenti hanno riferito le seguenti circostanze, frattanto intervenute:

l'Assessorato ha provveduto alla convocazione della conferenza di servizi per il 10 marzo 2014, in ottemperanza all'ordinanza n. 14/2014 di questo Tribunale, emessa nel corso di un contenzioso instaurato dalla società per impugnare atti regolamentari adottati dalla Regione (c.d. deliberazione "blocca eolico", annullata con sentenza di questo Tribunale del 19 agosto 2014, n. 2202);

nel corso della prima seduta della conferenza di servizi, la Soprintendenza ai BB.CC.AA. di Palermo ha adottato parere negativo in relazione al progetto delle ricorrenti (prot. n. 1620/s16.7 del 10 marzo 2014);

con note del 29 maggio 2014 e del 3 marzo 2015, l'Assessorato ha comunicato il preavviso di rigetto dell'istanza di autorizzazione unica;

l'Assessorato dell'Energia ha adottato il D.D.G. n. 13 del 21 gennaio 2016, con il quale ha nuovamente disposto la sospensione di tutti i procedimenti in corso, relativi all'autorizzazione di impianti eolici di potenza superiore a 20 kw, nelle more dell'adozione del D.P.Reg. avente ad oggetto l'individuazione delle aree non idonee alla realizzazione dei suddetti impianti;

con sentenza n. 2912 pubblicata in data 13 dicembre 2017, questo Tribunale, definitivamente pronunciandosi sul ricorso R.G. n. 923/2016, proposto da Novawind Sicilia s.r.l., ha annullato il menzionato provvedimento.

Occorre altresì precisare che, nel corso del giudizio, le società ricorrenti hanno chiesto per ben due volte il rinvio dell'udienza fissata per la trattazione del ricorso, atteso che il danno subito in pendenza del procedimento non poteva dirsi ancora "cristallizzato".

Infine, con memoria del 7 dicembre 2018, le società ricorrenti, tenuto presente che la domanda risarcitoria oggetto del giudizio è strettamente legata all'esito del procedimento, tuttora pendente, hanno chiesto "la nomina di un verificatore o di un consulente tecnico di ufficio, affinché proceda ad esaminare il progetto depositato dalla società all'Assessorato



all'Energia in data 28 novembre 2007 e a valutare se lo stesso alla data del 24 maggio 2008 (ovverosia entro 180 giorni dalla presentazione dell'istanza di autorizzazione unica) fosse autorizzabile".

Hanno, quindi, definito la domanda avanzata e successivamente aggiornata, quantificando il danno di cui chiedono il risarcimento; hanno pertanto chiesto:

- a) € 150.173,63 a titolo di danno emergente, di cui € 146.073,00 per il mantenimento dei diritti di opzione sui terreni e € 4.100,63 per il pagamento delle fidejussioni bancarie rilasciate al gestore di rete;
- b) a titolo di danno emergente per il mantenimento della struttura organizzativa deputata alla realizzazione del progetto, la somma di € 31.425,00, oltre i costi per le spese legali necessarie per impugnare i provvedimenti regolamentari adottati dalla Regione che ostavano alla positiva conclusione del procedimento, pari ad €. 52.980,00;
- c) la somma di € 2.617.984,33 a titolo di lucro cessante per la mancata percezione del reddito netto (inteso come tariffa conseguibile alla data di messa in esercizio in caso di tempestiva autorizzazione dell'impianto e mancata produzione di energia) che si sarebbe potuto conseguire sino alla data della formulazione della domanda giudiziale;
- d) per l'ipotesi che venisse rilasciata l'autorizzazione unica e si addivenisse alla realizzazione e messa in esercizio dell'impianto, oltre ai danni di cui alle precedenti lettere a), b), c):
 - d.1) a titolo di danno emergente, i costi sostenuti per il mantenimento della struttura organizzativa deputata alla realizzazione del progetto dalla data di proposizione del ricorso e fino alla messa in esercizio dell'impianto, stimabili in circa € 5.000,00 in ragione di anno;
 - d.2) il lucro cessante per la mancata percezione dell'ulteriore reddito netto, che sarebbe maturato dalla data di proposizione del ricorso e fino alla messa in esercizio dell'impianto;
 - d.3) l'intero valore dei certificati verdi ottenibili dalla società alla data del maggio 2009 (data prevista per la messa in esercizio in caso di tempestiva autorizzazione);
- e) per l'ipotesi in cui l'autorizzazione unica non fosse più ottenibile ovvero l'impianto non più realizzabile a causa di normative sopravvenute:
 - e.1) il danno emergente consistente nei costi di progettazione sostenuti e pari ad € 123.485,58, nonché negli oneri istruttori pari ad € 28.128,50;
 - e.2) l'intero valore netto attuale (c.d. VAN) dell'impianto pari ad € 11.119.743,38.
- f) oltre al pagamento degli interessi e rivalutazione monetaria, su tutte le somme di cui ai punti precedenti, maturati e maturandi fino all'effettivo soddisfo.

All'udienza pubblica del 9 gennaio 2019, la causa è stata assunta in decisione.

Occorre esaminare partitamente le plurime istanze risarcitorie avanzate dalle società ricorrenti.

Quanto alle voci di danno indicate sub a), ossia le somme spese per il mantenimento dei diritti di opzione sui terreni e per il pagamento delle fidejussioni bancarie rilasciate al gestore di rete, ritiene il Collegio che non possa riconoscersi il relativo diritto al risarcimento.

Si tratta, invero, di voci di danno ricollegabili direttamente alla violazione del termine per provvedere assegnato dalla legge all'Amministrazione, violazione che non trova alcuna giustificazione.

Tuttavia, deve anche rilevarsi che, dopo la scadenza del termine di 180 giorni previsto dall'art.12 D.lgs. 387/2003 per la conclusione del procedimento, la società ricorrente non ha mai attivato i rimedi approntati dall'ordinamento avverso il perdurante silenzio dell'amministrazione; ciò avrebbe potuto (e dovuto) fare, al fine di annullare o elidere le conseguenze dannose dell'inerzia dell'Amministrazione.

Deve al riguardo ricordarsi che, secondo l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, "*sesi considera che...l'obbligo di cooperazione di cui al comma 2 dell'art. 1227 ha fondamento proprio nel canone di buona fede ex art. 1175 c.c. e, quindi, nel principio costituzionale di solidarietà, si deve concludere che anche le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire in astratto comportamenti apprezzabili ai fini della esclusione o della mitigazione del danno laddove si appuri, alla stregua del giudizio di causalità ipotetica di cui si è detto, che le condotte attive trascurate non avrebbero implicato un sacrificio significativo ed avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno.*

Si deve allora preferire al tradizionale indirizzo che esclude, per definizione, la sindacabilità delle condotte processuali ai sensi del capoverso dell'art. 1227 c.c., un più duttile criterio interpretativo che, in coerenza con le clausole generali in materia di correttezza, buona fede e solidarietà di cui la norma in esame è espressione, consenta la valutazione della condotta complessiva, anche processuale, del creditore, con riguardo alle specificità del caso concreto" (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 3/2011)

La condotta delle società ricorrenti impone, dunque, al Collegio una valutazione ai sensi del comma 3 dell'art. 30 c.p.a., dovendosi ritenere - alla stregua dei principi sopra riportati - che l'omessa attivazione dei predetti strumenti di tutela avverso il silenzio dell'Amministrazione costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza.

Il Collegio, peraltro, non ritiene condivisibile l'orientamento, richiamato dalle ricorrenti, per il quale la mancata proposizione del ricorso avverso il silenzio potrebbe essere valutato quale mera "*concausa costituita dal concorso del*

fatto del danneggiato nella produzione dell'evento lesivo" (C.G.A. n. 207 del 2 maggio 2017) e condurre ad un risarcimento parziale del danno lamentato; a tale conclusione giunge per le seguenti ragioni.

In primo luogo, va rilevato che non osta all'esclusione del danno la non configurabilità, in materia, di una sorta di pregiudiziale amministrativa costituita dal previo esperimento del rito del silenzio (cfr. C.G.A. cit.).

Ciò che impedisce il riconoscimento del diritto al risarcimento – tanto nell'ipotesi di danno da provvedimento così come in quella di danno da inerzia dell'amministrazione – non è, invero, una pregiudiziale processuale (non più configurabile, dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo), quanto il comportamento inerte del danneggiato/creditore, che non si sia attivato per evitare il danno e che rileva sul piano sostanziale del nesso causale tra fatto e danno.

Come rilevato dalla sopra richiamata decisione dell'Adunanza Plenaria, *"il codice, pur negando la sussistenza di una pregiudizialità di rito, ha mostrato di apprezzare, sul versante sostanziale, la rilevanza eziologica dell'omessa impugnazione come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso"*.

L'art. 30, comma 3, del codice, infatti, al secondo periodo, stabilisce che, nel determinare il risarcimento, *"il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti"*.

Tale disposizione esprime un principio riferibile anche alle ipotesi di omessa proposizione del rimedio offerto dall'ordinamento a tutela dall'inerzia della pubblica amministrazione; deve, dunque, ritenersi che, nelle ipotesi, quale è la presente, in cui la proposizione di un ricorso avverso il silenzio avrebbe evitato il danno lamentato e la parte, piuttosto, abbia preferito proporre una domanda tesa al risarcimento di un danno che la tempestiva azione di annullamento avrebbe scongiurato, si configuri *"un comportamento complessivo di tipo opportunistico che viola il canone della buona fede"* che *"quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall'art. 1227, comma 2, c.c., implica la non risarcibilità del danno evitabile"* (così Cons. Stato, Ad. Plen., cit.).

Ad avviso del Collegio, dunque, la tempestiva attivazione degli strumenti di tutela avverso il silenzio avrebbe certamente evitato l'inutile esborso degli importi richiesti con la domanda risarcitoria in esame, che per l'effetto deve essere rigettata. Considerazioni in parte analoghe devono svolgersi con riferimento alle voci di danno indicate sub b) e relative al mantenimento della struttura organizzativa deputata alla realizzazione del progetto ed alle spese legali necessarie per impugnare i provvedimenti regolamentari adottati dalla Regione che ostavano alla positiva conclusione del procedimento. Anche il mantenimento della struttura organizzativa per tutta la (lunga) durata del procedimento, invero, avrebbe potuto evitarsi a mezzo di una reazione processuale avverso il silenzio-inadempimento.

Quanto alle spese legali, deve rilevarsi che i costi sostenuti nei vari giudizi, in tutti gli stati e gradi, hanno già trovato ristoro nei provvedimenti (ordinanze e sentenze) che li hanno definiti, disponendo anche in ordine al regolamento delle spese processuali.

Le voci di danno indicate sub c) (*"lucro cessante per la mancata percezione del reddito netto (inteso come tariffa conseguibile alla data di messa in esercizio in caso di tempestiva autorizzazione dell'impianto e mancata produzione di energia) che sarebbe maturato fino ad oggi"*) e d) (ulteriori voci di danno che si realizzerebbero nell'ipotesi in cui venisse rilasciata l'autorizzazione unica e si addivenisse alla realizzazione e messa in esercizio dell'impianto), al pari delle voci di danno indicate sub e), legate, queste ultime, all'opposta ipotesi in cui *"l'autorizzazione unica non fosse più ottenibile ovvero l'impianto non più realizzabile a causa di normative sopravvenute"*, vanno svolte le seguenti considerazioni.

Le voci di danno in questione sono legate ad eventualità ad oggi non verificatesi, ossia l'accoglimento dell'istanza avanzata da API Holding s.p.a., nei primi due casi, ed il suo rigetto (determinato da cause sopravvenute nel corso del procedimento), nel terzo caso.

Si tratta, dunque, di un danno non attuale, ma ipotetico e meramente eventuale.

Deve, a tale proposito, rammentarsi che *"il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile"* e ciò è quello che *"distingue la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile"* (Cons. Stato, 1376/2016; 490/2008).

Di tale limite ha tenuto conto parte ricorrente, quando ha formulato due istanze di rinvio, in ragione del fatto che, pendente il procedimento, il danno non poteva dirsi "cristallizzato"; ha, tuttavia, ritenuto che l'ostacolo posto dall'attuale pendenza del procedimento potesse essere superato in via istruttoria, ossia chiedendo una consulenza tecnica o una verifica volte ad accertare se il progetto, alla data del 24 maggio 2008 (ovverosia entro 180 giorni dalla presentazione dell'istanza di autorizzazione unica) fosse autorizzabile.

L'istanza in parola è, tuttavia, inammissibile; non solo perché si andrebbe a delibare, in via giudiziale, la fondatezza dell'istanza su cui deve ancora pronunciarsi la competente amministrazione, in violazione del limite posto dall'art. 34, co. 2, primo periodo c.p.a. (*"In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*), ma anche perché sarebbe volta all'accertamento di un danno non attuale.



Conclusivamente, il ricorso e i successivi motivi aggiunti sono infondati e devono essere rigettati.
Ritenuta la complessità della questione sottoposta all'esame del Collegio, va disposta la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

(Omissis)

