

Procedimento di annullamento in autotutela di un permesso di costruire relativo ad un impianto fotovoltaico su area parzialmente gravata da vincolo fluviale

Cons. Stato, Sez. IV 6 luglio 2023, n. 6613 - Poli, pres.; Monteferrante, est. - Civita Energy S.r.l. (avv.ti Forte, Marchiori e Antongirolami) c. Comune di Camerano (avv. Miranda) ed a.

Ambiente - Realizzazione di un impianto fotovoltaico - Area parzialmente gravata da vincolo fluviale - Procedimento di annullamento in autotutela di un permesso di costruire relativo ad un impianto fotovoltaico.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

1. Civita Energy s.r.l. (in prosieguo ditta Civita), ha adito il T.a.r. per le Marche per chiedere la condanna del Comune di Camerana, ai sensi dell'articolo 30 c.p.a., al risarcimento del danno in conseguenza dell'avvio del procedimento di annullamento in autotutela di un permesso di costruire (n. 63/2010), relativo ad un impianto fotovoltaico da ubicare in località Aspio Terme.

1.1 L'intervento era stato assentito dal Comune nel settembre 2010, in accoglimento della domanda presentata dalla ditta Civita il 14 giugno 2010; successivamente, però, emergeva che l'area occupata dall'impianto era parzialmente gravata da vincolo fluviale ex art. 142, comma 1, lett. c), del d. lgs. n. 42/2004.

1.2 Il vincolo in questione non era riportato né sulla cartografia del P.R.G. né sul certificato di destinazione urbanistica predisposto dal Comune nel mese di luglio 2010 e in seguito rilasciato alla ditta odierna ricorrente.

1.3 Il Comune pertanto, avuta notizia dell'esistenza del vincolo, in data 20 dicembre 2010 ordinava la sospensione dei lavori, ormai completati per circa il 95%, e avviava il procedimento di annullamento del titolo edilizio.

1.4 La società Civita, avendo intenzione di ultimare l'impianto entro il 31 dicembre 2010 al fine di poter accedere agli incentivi di cui al d.m. 19 febbraio 2007 (c.d. secondo Conto Energia), non contestava la decisione del Comune e immediatamente presentava un progetto di riduzione dell'impianto, in modo che lo stesso ricadesse al di fuori dell'area interessata dal vincolo fluviale.

1.5 Il Comune assentiva questo nuovo progetto, e non portava a termine il procedimento per l'annullamento d'ufficio dell'originario permesso di costruire.

1.6 L'impianto ridotto non era comunque ultimato entro il 31 dicembre 2010, per cui la ditta poteva accedere solo alle tariffe meno favorevoli di cui al d.m. 5 maggio 2011 (c.d. quarto Conto Energia).

1.7 Conseguentemente proponeva domanda risarcitoria per chiedere la condanna del Comune al risarcimento dei danni cagionati dall'errato rilascio del titolo originario e dalla conseguente lesione del legittimo affidamento che la ricorrente aveva maturato circa la legittimità del titolo stesso.

1.8 La responsabilità del Comune, secondo la ricorrente, sarebbe ulteriormente aggravata anche dal comportamento omissivo tenuto dall'amministrazione una volta ricevuta una segnalazione circa la possibile illegittimità del permesso di costruire, pervenuta nel mese di ottobre 2010, ma archiviata senza informare la ditta Civita che proseguiva in buona fede i lavori, accrescendo in tal modo l'entità del danno patrimoniale.

1.9 La ditta Civita ha chiesto, pertanto, la condanna del Comune di Camerano al risarcimento delle seguenti voci di danno:

a) a titolo di danno emergente: € 2.089.135,20 (che comprendono sia il costo di costruzione dell'impianto effettivamente realizzato che una somma pari al risarcimento che in sede transattiva la società ha riconosciuto in favore dell'appaltatore dei lavori);

b) a titolo di lucro cessante: € 10.040.262,68 (somma quantificata tenendo conto della misura degli incentivi previsti, rispettivamente, dal secondo e dal quarto Conto Energia e della diversa taglia dell'impianto realizzato rispetto a quello inizialmente progettato);

c) a titolo di danno all'immagine: € 100.000,00 o la diversa somma da liquidare in via equitativa.

2. Il T.a.r. per le Marche, con sentenza n. 298 del 2017:

a) ha respinto l'eccezione preliminare di difetto di giurisdizione sollevata dal Comune (capo non impugnato);

b) ha ritenuto sussistente la colpa del Comune (in una con un concorso di colpa al 50% della società) ravvisata nel mancato rilievo del vincolo paesaggistico ostativo;

c) ha ritenuto sussistente il nesso di causalità facendo risalire al ritardo causato dal comune la impossibilità di completare l'impianto entro il 31 dicembre 2010 – data utile per poter beneficiare delle più favorevoli tariffe incentivanti del c.d. secondo conto energia - tenuto conto che, alla data del 20 dicembre 2010, in cui veniva adottata l'ordinanza di sospensione



lavori, l'impianto in questione era stato completato al 95%;

d) ha provveduto a quantificare il danno da lucro cessante non in relazione all'impianto originariamente progettato di 990,72 KWP (che avrebbe potuto anche non essere autorizzato dal M.I.B.A.C.T. e, comunque, tenuto conto della libera scelta della società di optare per il minor impianto senza avviare il procedimento di rilascio della autorizzazione paesaggistica dall'esito incerto) ma al minor impianto di 368 KWP, computando la differenza di incentivi tra il più favorevole secondo conto energia ed il quarto conto energia di cui riusciva in concreto a beneficiare;

e) ha escluso il diritto al risarcimento per la dedotta mancata percezione dei corrispettivi per la vendita dell'energia prodotta;

f) ha escluso la sussistenza di un danno emergente risarcibile, come pure l'esistenza di un danno all'immagine;

g) ha compensato le spese di lite.

3. La ditta Civita ha interposto appello avverso la predetta sentenza per chiederne la riforma relativamente ai capi concernenti:

a) la quantificazione del danno, con particolare riferimento all'affermazione contenuta in sentenza per cui dalle somme determinate per il mancato guadagno, debbano essere detratte anche "le spese di manutenzione e di funzionamento dell'impianto";

b) la riduzione del danno in ragione del rilevato concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227 comma 2 c.c. di cui ha contestato la sussistenza alla luce dello svolgimento dei fatti.

4. Il Comune, a sua volta, ha contestato il fondamento dei motivi di appello, proponendo appello incidentale per chiedere la riforma della sentenza appellata nella parte in cui ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'accoglimento della domanda risarcitoria.

4.1 Successivamente ha anche proposto motivi aggiunti all'appello incidentale per eccepire – alla luce di fatti appresi in corso di giudizio - il difetto di legittimazione e la carenza di interesse in capo alla appellante. Ha dedotto in particolare che la ditta Civita:

a) non sarebbe mai stata proprietaria dell'impianto fotovoltaico, con conseguente difetto di legittimazione ed interesse alla domanda risarcitoria; in particolare avrebbe richiesto ed ottenuto il permesso di costruire allegando alla relativa istanza una scrittura privata recante un contratto preliminare volto ad ottenere la costituzione di diritto reale di superficie sull'area oggetto dell'intervento;

b) non aveva pertanto diritto a richiedere il relativo titolo edilizio in quanto priva della disponibilità giuridica dell'area sulla quale l'impianto è stato realizzato;

c) l'impianto sarebbe dunque di proprietà di un soggetto terzo, ai sensi dell'art. 936 c.c., sottoposto peraltro a procedura esecutiva immobiliare con pignoramento, già trascritto, dell'immobile dove insiste l'impianto.

5. Alla udienza pubblica del 16 febbraio 2023 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione, previo deposito, in data 16 gennaio 2023, di memorie conclusive nonché, in data 26 gennaio 2023, di memorie di replica, con le quali entrambe le parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive.

6. L'esame del presente giudizio deve prendere le mosse dall'appello incidentale del Comune in quanto, avendo ad oggetto la critica dei capi della sentenza che hanno esaminato e ritenuto sussistenti gli elementi costitutivi del fatto illecito, precede logicamente le questioni poste con l'appello principale, incentrate sui temi della quantificazione del danno, fermo restando il passaggio in giudicato del capo relativo alla affermata giurisdizione del giudice amministrativo.

7. Il Comune, in sostanza, lamenta la erroneità della sentenza deducendo:

a) violazione e falsa applicazione dell'art. 30 c.p.a. nonché omessa pronuncia ex art. 112 c.p.c.: il T.a.r. per le Marche avrebbe, a suo dire, erroneamente ritenuto tempestiva la domanda di condanna autonoma, come articolata dall'appellante principale; poiché infatti, in presenza del vincolo paesaggistico, l'ordine di sospensione era da ritenersi certamente legittimo, il fatto illecito determinante la lesione del legittimo affidamento dovrebbe essere fatto risalire al rilascio del permesso di costruire sicché, alla data di notifica del ricorso (19 aprile 2011), doveva ritenersi spirato il termine di 120 giorni prescritto dall'art. 30 c.p.a.;

b) violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione alla dedotta acquiescenza: il T.a.r. avrebbe ommesso di pronunciarsi circa l'avvenuta acquiescenza della ditta, in considerazione del fatto che quest'ultima – a seguito della sospensione dei lavori – aveva provveduto a depositare una S.C.I.A. in variante, al fine di adeguare il titolo edilizio alla reale conformazione dei luoghi e, in particolare, alla presenza del vincolo paesaggistico evitando interferenze con l'area tutelata;

c) violazione e falsa applicazione dell'art. 1227 c.c. circa il concorso colposo del creditore. Omessa e/o carente motivazione: censura la sentenza del T.a.r. nella parte in cui afferma che il concorso colposo dell'appellante principale deve ritenersi sussistere nella misura del 50% così attribuendo al comune la rimanente parte. In particolare la omessa impugnazione dell'ordinanza di sospensione dei lavori rileverebbe, ai sensi dell'art. 1227 comma 2, c.c. secondo quanto previsto dall'art. 30 comma 3 c.p.a. per escludere *in toto* la responsabilità del Comune. Inoltre sarebbe stata la società ad indurre in errore il Comune circa l'assenza del vincolo *ex lege* rappresentando agli uffici una realtà difforme da quella effettiva, evidenziando l'assenza di interferenze tra l'opera da realizzare ed il fiume soggetto alla tutela ex art. 142 del d. lgs. 42/2004. Neppure il certificato di destinazione urbanistica avrebbe concorso alla causazione del danno in quanto



rilasciato solo successivamente e tenuto conto della mancanza, a quella data, di un obbligo di riportare nel certificato i vincoli paesaggistici *ex lege*;

d) assenza di danno risarcibile: la ditta Civita avrebbe dovuto dimostrare che la stessa sarebbe riuscita a completare l'impianto entro il 31 dicembre 2010; in difetto di tale prova non potrebbe ritenersi provato che laddove il comune non avesse, peraltro legittimamente, disposto la sospensione dei lavori allora l'impianto sarebbe stato completato, nella sua dimensione originaria, entro la predetta data e ciò anche in considerazione della dirimente considerazione che, per poter beneficiare del secondo conto energia, era richiesta la messa in esercizio, non il solo completamento dell'impianto cosa che, ben difficilmente, la società avrebbe potuto assicurare in appena dieci giorni (dal 20 al 31 dicembre 2010), anche laddove non fosse intervenuta l'ordinanza di sospensione il 20 dicembre 2010.

Ciò sarebbe confermato dalla circostanza che anche l'impianto di dimensioni ridotte, autorizzato con D.I.A. del 28 dicembre 2010, dopo la sospensione, è entrato in funzione solo il successivo giugno 2021;

e) in via subordinata ha censurato la erroneità della sentenza appellata nella parte in cui, ai fini della quantificazione del danno, ha affermato la linearità della quantità di energia prodotta nell'intero arco temporale.

8. Così delimitato il perimetro del *thema decidendum*, può ora passarsi all'esame dei motivi di appello.

9. Facendo applicazione del criterio della ragione più liquida, reputa il collegio di dover esaminare prioritariamente la doglianza incentrata sulla affermata sussistenza del nesso di causalità che il Comune contesta sostenendo che, tenuto conto della sequenza temporale della vicenda amministrativa, la società non avrebbe mai potuto ottenere i benefici del secondo Conto Energia anche se il comune non avesse disposto la sospensione dei lavori.

9.1 Il motivo è fondato.

9.2 La tesi del T.a.r. è che il ritardo causato dal Comune avrebbe determinato l'impossibilità di completare l'impianto entro il 31 dicembre 2010, data utile per poter beneficiare del secondo conto energia: ciò in quanto alla data del 20 dicembre 2010, in cui veniva adottata l'ordinanza di sospensione dei lavori, era stato completato al 95% e che quindi in assenza di tale blocco, causato dalla negligente istruttoria condotta dal Comune circa l'insussistenza di vincoli paesaggistici preclusivi, i lavori sarebbero stati presumibilmente completati entro il 31 dicembre 2010, in tempo utile per poter usufruire del più conveniente conto energia.

9.3 Tale conclusione, come fondatamente eccepito dal Comune, non può tuttavia essere condivisa poiché, facendosi applicazione del criterio del "più probabile che non" e del principio della c.d. causalità adeguata (cfr. di recente Consiglio di Stato sez. VI, 19/01/2023, n.674), non appare plausibile che la società, pur a fronte di uno stato di avanzamento lavori del 95%, alla data del 20 dicembre 2010, sarebbe riuscita a completare tutti gli adempimenti richiesti, per accedere ai benefici tariffari del secondo conto energia, entro la data del 31 dicembre 2010, ovvero in appena nove giorni.

9.4 Il Comune, in particolare, rileva l'errore in cui incorre l'appellante che assume il 31 dicembre 2010 come termine di completamento dei soli lavori, mentre, ai sensi del d.m. 19 febbraio 2007, avrebbe dovuto computare anche i tempi necessari al collegamento dell'impianto alla rete, in relazione ai numerosi adempimenti previsti dal predetto d.m., che ai fini della ammissione alla tariffa incentivante, richiede non la fine dei lavori entro la predetta data bensì la messa in esercizio dell'impianto.

9.5 Senonché la appellante ha fondatamente replicato che la data del 31 dicembre 2010 rileva solo per la fine lavori in quanto per la messa in esercizio era consentito provvedere entro il 30 giugno 2011 ai sensi dell'art. 1 *septies* del decreto legge 8 luglio 2010, n. 105 inserito dalla legge di conversione 13 agosto 2010 n. 129 a mente del quale "1. *Il comma 1 dell'articolo 2-sexies del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 marzo 2010, n. 41, è sostituito dai seguenti:1. Le tariffe incentivanti di cui all'articolo 6 del decreto del Ministro dello sviluppo economico 19 febbraio 2007, recante criteri e modalità per incentivare la produzione di energia elettrica mediante conversione foto-voltaica della fonte solare, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 23 febbraio 2007, sono riconosciute a tutti i soggetti che, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 5 del medesimo decreto ministeriale, abbiano concluso, entro il 31 dicembre 2010, l'installazione dell'impianto fotovoltaico, abbiano comunicato all'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione, al gestore di rete e al Gestore dei servizi elettrici-GSE S.p.a., entro la medesima data, la fine lavori ed entrino in esercizio entro il 30 giugno 2011.*

1-bis. La comunicazione di cui al comma 1 è accompagnata da asseverazione, redatta da tecnico abilitato, di effettiva conclusione dei lavori di cui al comma 1 e di esecuzione degli stessi nel rispetto delle pertinenti normative. Il gestore di rete e il GSE S.p.a., ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, possono effettuare controlli a campione per la verifica delle comunicazioni di cui al presente comma, ferma restando la medesima facoltà per le amministrazioni competenti al rilascio dell'autorizzazione".

9.6 Sebbene dunque gli adempimenti connessi alla messa in esercizio potessero effettivamente essere soddisfatti entro il 30 giugno 2011, resta il fatto che alla data del 20 dicembre 2010 i lavori erano stati eseguiti nella percentuale del 95% e che mancavano le opere di connessione.

In particolare - dalla relazione presentata in data 27 dicembre 2010 in replica alla comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 63/2010 (cfr. doc. 10 in fascicolo ricorrente primo grado) - risulta che alla data del 20 dicembre 2010 mancava "la linea di collegamento della cabina di consegna alla linea Mt esistente come previsto dalla STMG predisposta da Enel distribuzione".

9.7 La ditta appellante assume che la sospensione dei lavori dal 20 al 28 dicembre sarebbe stata decisiva nell'impedire il completamento di tali lavori entro il termine del 31 dicembre 2010 risultando pertanto dirimente nella perdita del più vantaggioso secondo conto energia.

Senonchè la appellante era onerata di fornire la prova di tale allegazione che allo stato risulta indimostrata.

9.8 Sebbene dal punto di vista quantitativo non è contestato che al 20 dicembre 2010 il 95% dei lavori fosse stato eseguito, nulla è stato invece allegato circa la effettiva possibilità di completare il restante 5% in appena 10 giorni, in relazione in particolare alla complessità (anche amministrativa) di tali lavori relativi alle opere di connessione alla rete elettrica di distribuzione e alla rete di trasmissione nazionale, necessarie all'immissione dell'energia prodotta dall'impianto come risultanti dalla soluzione di connessione rilasciata dal gestore di rete.

Tali lavori prevedevano in particolare:

- la realizzazione della linea di collegamento della cabina di consegna;
- la comunicazione di fine lavori al gestore di rete e al Gestore dei servizi elettrici-GSE S.p.a;
- la asseverazione, redatta da tecnico abilitato, di effettiva conclusione dei lavori e di esecuzione degli stessi nel rispetto delle pertinenti normative.

9.9 Il collegio non ritiene plausibile che tali operazioni potessero essere completate in appena 9 giorni lavorativi effettivi, in periodo natalizio, tenuto conto anche delle tempistiche di regola necessarie per acquisire la disponibilità, a fini di coordinamento tecnico, del gestore di rete, trattandosi di opere elettriche e delle incertezze legate alle condizioni meteorologiche in periodo invernale. Inoltre considerato che la sospensione si è protratta dal 20 al 28 dicembre - quando la sospensione è stata revocata - e quindi per otto giorni e che due giorni erano certamente festivi (25 e 26 dicembre), appare inverosimile che i restanti sei giorni siano stati decisivi per il mancato completamento dell'impianto nei termini.

In ogni caso, secondo i principi generali in materia di illecito aquiliano (Consiglio di Stato sez. VI, 19 gennaio 2023, n.674), era onere della società fornire la prova del carattere determinante del ritardo conseguente alla sospensione dei lavori che ben avrebbe potuto assolvere dimostrando *ex post* l'arco temporale effettivamente impiegato per completare le opere di collegamento alla rete, dopo la ripresa dei lavori, successivamente al 28 dicembre 2010.

Ne discende che in mancanza della prova circa il nesso di causalità tra il ritardo causato dalla sospensione dei lavori e l'impossibilità di completare i lavori nel termine massimo utile per poter beneficiare del secondo conto energia, la domanda risarcitoria deve essere respinta.

10. Stante il carattere assorbente del motivo relativo alla assenza del nesso di causalità tra ritardo dovuto alla temporanea sospensione dei lavori e perdita del più vantaggioso finanziamento, può farsi luogo all'assorbimento dei restanti motivi dell'appello incidentale e di quelli aggiunti e, al contempo, deve essere dichiarata la improcedibilità dell'appello principale, per sopravvenuta carenza di interesse alla disamina delle censure relative alla quantificazione del danno, una volta accertata l'insussistenza di uno dei requisiti indefettibili richiesti per l'accoglimento della domanda risarcitoria.

11. Ne discende che, previa declaratoria di improcedibilità dell'appello principale, ed in accoglimento dell'appello incidentale, la sentenza appellata deve essere riformata e il ricorso di primo grado dev'essere respinto.

12. Le spese di lite del doppio grado possono essere interamente compensate tra le parti in ragione della novità, in fatto e diritto, della vicenda contenziosa

(*Omissis*)