

TAR SICILIA, Palermo, Sez.I - 9 settembre 2009, n. 1478

N. 01478/2009 REG.SEN.
N. 00313/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 313 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
New Energy s.r.l. in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso
dagli Avv.ti Francesco Surdi e Roberto Surdi, presso lo studio dei quali in Palermo, via Emerico
Amari n. 57, è elettivamente domiciliato,

contro

- l'Assessorato regionale Territorio e Ambiente Dipartimento Territorio e Ambiente, in persona
del legale rappresentante pro-tempore,
- l'Assessorato regionale Territorio e Ambiente Dipartimento Territorio e Ambiente
Commissione provinciale per la tutela dell'Ambiente e la lotta contro l'Inquinamento di Ragusa,
in persona del legale rappresentante pro-tempore,
- L'Assessorato Regionale Industria – Dipartimento regionale per l'Industria in persona del
legale rappresentante pro-tempore,
rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato presso i cui Uffici siti in Palermo,
via A. De Gasperi n.81 sono domiciliati ex elge;
-Dipartimento Territorio e Ambiente Reg.Siciliana, Commissione Prov.Le Tutela Ambiente della
Reg. Sic. - Ragusa, Consorzio Asi di Ragusa non costituiti in giudizio;
-il Comune di Modica, non costituito in giudizio;
-Ing. Castrenze Marfia n.q. di Commissario ad acta già nominato con ordinanza 282 del
16/12/08 per l'esecuzione dell'ordinanza cautelare n.854 del 18/7/08

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

• con ricorso introduttivo:

- a)- del parere del 16 e 23 ottobre 2007, protocollato dall'Assessorato Regionale Territorio e
Ambiente in data 16 novembre 2007 al n.83259;
- b)- ove occorra, e per quanto di ragione, della nota A.R.T.A del Servizio 3[^] prot. n.488 del
12/10/2007, richiamata nel parere impugnato del 16 e 23 novembre 2007 della C.P.T.A. di
Ragusa;
- c)- ove occorra, e per quanto di ragione, della nota A.R.T.A del Servizio 2[^] prot. n.43234
dell'8/6/2007, richiamata nel parere impugnato del 16 e 23 novembre 2007 della C.P.T.A. di
Ragusa;
- d)- ove occorra, e per quanto di ragione, della nota A.R.T.A. del Servizio 2[^]/V.A.S. V.I.A. prot.
n.43234 dell'8 giugno 2007;
- e)- ove occorra, e per quanto di ragione, del parere espresso dalla C.P.T.A. nella seduta del 2
aprile 2007 assunto al prot. dell'A.R.T.A. al n.33154 dell'8/5/2007 richiamato nella nota prot.
n.43234 dell'8 giugno 2007 del Servizio 2[^]/V.A.S. – VI.A. e di ogni ulteriore atto presupposto,
connesso e conseguente;

nonché per il risarcimento del danno

derivante dal mancato tempestivo rilascio dell'autorizzazione all'emissioni in atmosfera comportanti l'eventuale revoca delle agevolazioni comunitarie a favore del ricorrente;

- con primo ricorso per motivi aggiunti:

f)-della nota prot. n.16893 del 27/2/2008 ;

g)-della nota prot. n.221 del 7/3/2008, con cui l'A.R.T.A. ha trasmesso all'Assessorato regionale Industria il parere espresso dalla Commissione Provinciale Tutela Ambiente nella seduta del 22/2/2008;

h)-della nota della C.P.T.A. del 17/3/2008 contenente il parere espresso dalla Commissione provinciale Tutela Ambiente nella seduta del 22/2/2008;

i)-della nota prot. n.35733 dell'8/5/2008 del Servizio 2 V.A.S. V.I.A. dell'Assessorato Territorio e Ambiente della Regione Siciliana;

nonché per il risarcimento del danno

derivante dal mancato tempestivo rilascio dell'autorizzazione all'emissioni in atmosfera comportanti l'eventuale revoca delle agevolazioni comunitarie a favore del ricorrente, previa condanna a tal fine dell'A.R.T.A. e/o del Comune di Modica, anche in solido ove ritenuto responsabile;

- con secondo ricorso per motivi aggiunti:

l)-della nota prot.85105 del 12/11/2008 del dirigente Responsabile del Servizio 2 V.A.S. – V.I.A. dell'Ass.to Reg.le Territorio ed Ambiente;

m)-ove occorra, e per quanto di ragione, del verbale della conferenza di servizi tenutasi il 12/11/2008;

n)-ove occorra, del provvedimento dell'ASI con il quale è stata disposta la revoca dell'assegnazione del lotto di terreno e di tutti gli atti impugnati con i precedenti mezzi;

nonché per il risarcimento del danno

derivante dal mancato tempestivo rilascio dell'autorizzazione all'emissioni in atmosfera e/o della valutazione di incidenza comportanti l'eventuale revoca delle agevolazioni comunitarie a favore del ricorrente e/o l'impossibilità a realizzare il previsto investimento;

- con domanda ex co.14 art.21 L.1034/71, da valere anche come nuovi motivi aggiunti:

o)-del Decreto n.203 del Commissario ad acta nominato dal Segretario Generale della Regione Siciliana adottato in asserita ottemperanza dell'ordinanza n.282/08;

nonché per la condanna

al risarcimento dei danni patiti e patendi in ragione dei provvedimenti impugnati e del comportamento inerte dell'Amministrazione.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Assessorato Reg.Le del Territorio e dell'Ambiente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Assessorato Reg.Le dell'Industria;

Vista l'ordinanza istruttoria n.46 del 12/02/2008, rimasta inevasa, e reiterata con ordinanza n.113 del 14/4/2008, eseguita il 27/5/08 e il 12/6/08;

Visto il ricorso per motivi aggiunti, notificato il 04/7/08 e depositato il 8/8/2008 con il quale mezzo è stato altresì intimato in giudizio il Comune di Modica;

Vista l'ordinanza cautelare n.854 del 18/7/2008;

Vista l'istanza ex art. 21 co.14 L.1034/71 per l'esecuzione della misura cautelare e la relativa ordinanza collegiale n.282 del 16/12/2008 con la quale si è provveduto alla contestuale nomina del Commissario ad acta, eseguita il 26/3/2009 con il deposito del provvedimento del Commissario ad acta n.203 del 10/3/2009;

Visto il secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 12/01/2009 e depositato il 23/01/2009;

Vita la nuova istanza ex art.21 co.14 L.1034/71 per l'esatta esecuzione dell'ordinanza cautelare da valere anche come ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento commissariale n.203 del 10/3/09 cit.;

Viste le memorie difensive di parte ricorrente e la memoria conclusiva dell'Avvocatura distrettuale dello Stato, depositata tardivamente con il consenso della controparte;
Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23/04/2009 il dott. Roberto Valenti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Vista la documentazione versata in ultimo da parte ricorrente direttamente alla presente pubblica udienza cui non si è opposta l'Avvocatura dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La società ricorrente premette di aver presentato in data 14/2/05 allo Sportello unico per le attività produttive di Modica e successivamente, con istanza prot.1789 del 20/3/06 all'Assessorato Reg.le All'Industria, istanza ex art.12 DPR 387/03 per ottenere il rilascio dell'autorizzazione unica per un impianto di energia elettrica alimentato da fonti alternativa (biomasse).

Nel verbale del conferenza di servizi del 27 ottobre 2006, emerge che tutti i soggetti coinvolti avevano approvato il progetto di che trattasi "previa acquisizione dell'autorizzazione alle emissioni in atmosfera di competenza dell'ARTA"

Dopo alterne vicende in relazione alla assoggettabilità o meno del progetto alla V.I.A. e A.I.A., considerato quanto in ultimo precisato dallo stesso Ass.to Territorio ed Ambiente con nota 45511 del 11/7/06, è stato definitivamente accertato che il progetto in questione non necessitava di VIA e AIA.

Considerato che per la definizione della procedimento unico per il rilascio dell'autorizzazione unica ex art.12 DPR 387/03 cit mancava ancora l'autorizzazione alle emissioni in atmosfera di cui all'art.268 D.Lgs 152/06, parte ricorrente si attivava prontamente presso l'Ufficio 3 Tutela dell'Inquinamento Atmosferico dell'A.R.T.A.: per altro con nota 12/2/05 aveva già fatto istanza alla provincia regionale di Ragusa, per il tramite della C.P.T.A. per il rilascio dell'autorizzazione alle emissioni ai sensi della precedente normativa ex DPR 203/88 (art.6 e 7).

Con nota assunta al protocollo dell'ARTA il 12/5/06 prot. 33297 (come richiamata nei provvedimenti impugnati, tra cui nella nota ARTA 43294 del 8/6/2007), parte ricorrente chiedeva all'ARTA il parere di competenza in ordine al realizzando progetto.

Con nota 73317 del 23/10/06, l'Ass.to Territorio ed Ambiente ha quindi proceduto ad indire la conferenza di servizi prevista dall'art.269 D.Lgs.152/06 per il rilascio della autorizzazione allo scarico in atmosfera.

Fa notare parte ricorrente che ai sensi della normativa pregressa, art.17 DPR 203/88, per il caso di centrali termoelettriche non trova applicazione l'art.6 dello stesso DPR e le autorizzazioni sono rilasciate dal Ministero (in ambito regionale dall'Assessorato) all'Industria. Lo stesso Ass.to Industria Dip. Corpo Reg.le delle Minisere URIG, aveva già espresso parere favorevole , giusta nota n.8544 del 19/12/05.

Con nota 43234 del 8/6/07 – richiamato il parere del CPTA del 12/4/07 – l'Amministrazione ha vietato la realizzazione delle opere fin tanto che non fosse chiarita la assoggettabilità o meno del progetto alla VIA e all'AIA, evidenziando che il progetto doveva altresì ottenere la valutazione di incidenza.

In data 10/1/08 l'Ass.to Industria ha trasmesso al Comune di Modica e all'ARTA la nota n.1044 -pari data- con la quale ha chiesto rispettivamente a) al Comune di Modica, di accertare l'esclusione del progetto dalle procedura di incidenza, trasmettendone l'esito all'ARTA; b)

all'ARTA, di voler verificare l'esclusione dell'iniziativa dall'art.3 D.Lgs.133/05.

Con nota 83315 del 16.11.2007 l'ARTA ha trasmesso all'As.sto Reg.le Industria il parere del C.P.T.A. di Ragusa del 16 e 23 ottobre 2007.

Avverso i provvedimenti in epigrafe è stato proposto il presente ricorso, notificato il 26/01/2008 e depositato il 06/02/2008, con cui parte ricorrente ne ha chiesto l'annullamento previa sospensione degli effetti.

Nel mezzo si articolano le seguenti censure:

1-Difetto di competenza della C.P.T.A. – Violazione e falsa applicazione del D.Lgs.152/06 – Incompatibilità delle C.P.T.A. con la nuova disciplina di cui al D.Lgs152/06 – Illegittimità;

2-Violazione e falsa applicazione di legge sotto diversi profili – Difetto di istruttoria – Eccesso di potere;

3-Violazione e falsa applicazione del D.P.R. 12/4/96 – Violazione di legge e di regolamento CE 1774/2002 e s.m.e.

Ha formulato altresì la New Energy domanda di risarcimento del danno, quantificata in €20.000.000,00 (Ventimilioni di Euro).

Con ordinanza istruttoria n.46 del 19/02/2008, rimasta inevasa e reiterata con ordinanza n.113 del 18/4/2008, sono stati richiesti documentati motivati chiarimenti in ordine ai fatti di causa. Le amministrazioni hanno dato riscontro con note del 27/05/2008 (dell'A.R.T.A.) e del 12/06/2008 (dell'Ass.to Industria). In particolare, con scritto difensionale del 27/5/2008 del Dirigente Responsabile del Servizio 2 VIA /VAS, venivano eccepiti profili di inammissibilità del ricorso per tardività.

Considerata la documentazione versata in riscontro alle ordinanze istruttorie in premessa, la società ricorrente ha proposto un primo ricorso per motivi aggiunti, intimando con detto mezzo anche il Comune di Modica.

In particolare, con detto ricorso è impugnato, tra gli altri, la nota n.16893 del 27/2/08 il servizio 2/VAS – VIA dell'ARTA con il quale si è rappresentato l'obbligo, da parte della ricorrente, di attivare le procedure di Valutazione di incidenza ex art.3 DPR 357/97 dal momento che l'area interessata è vicina al SIC ITA 080007 "spiaggia Maganuco". Con lo stesso provvedimento l'ARTA ha evidenziato che la competenza era del Comune di Modica, presso il quale doveva essere presentata la relativa istanza la cui copia con il relativo protocollo era da depositare anche all'ARTA che sarebbe intervenuta solo in via sostitutiva decorsi 60 giorni. Con nota 1044 del 10/1/08, il CPTA rimarcava la necessità anche della applicazione del D.Lgs.133/05.

Con lo stesso mezzo sono altresì impugnati: i) la nota n.221 del 7/3/08 dell'ARTA di trasmissione all'Ass.to Industria del parere del C.P.T.A. del 22/2/2008; ii) lo stesso parere del C.P.T.A. del 22/2/08 cit.; la nota n.35733 dell'8/5/08 del Servizio 2 V.A.S. – V.I.A. dell'A.R.T.A..

Nel ricorso, previa contestazione sui profili di inammissibilità eccepiti dall'ARTA, si articolano le seguenti censure:

1-Difetto di competenza del C.T.P.A. – Violazione e falsa applicazione di legge – Illegittimità degli atti adottati dal C.P.T.A. – Erroneità manifesta – Ulteriore violazione di norme ed illegittimità derivata;

2-Violazione e falsa applicazione della L.133/05 – Violazione di legge in relazione al D.Lgs.152/06 – Violazione D.P.R.12/4/1996 – Violazione del Regolamento CE 1774/2002 - Violazione D.M. 5.5.2006 – Violazione Del D.L.68/2008 conv. in L.118/2002 – Eccesso di potere sotto diversi profili – Violazione di legge per difetto di motivazione;

3-Violazione di legge sotto altri profili – Violazione del D.P.R: 357/1997 – Violazione L.R.13/2007 – Difetto di istruttorie ed eccesso di potere – Illegittimità derivata.

4-Violazione e falsa applicazione del D.Lgs.152/06 – Violazione art.5 D.P.R. 357/97 – Violazione del D.A: 245/GAB del 22/10/2007 – Violazione L.R. 13/2007 – Eccesso di potere sotto diversi profili ed illegittimità derivata;

5-Violazione di legge ed eccesso di potere sotto ulteriori profili – Illegittimità derivata

6-Violazione e falsa applicazione di norme e del D.A. 245/GAB del 22/10/2007 – Eccesso di potere per violazione anche del principio di non aggravamento del procedimento amministrativo e sotto ulteriori profili;

7-Violazione e falsa applicazione di norme – Eccesso di potere per sviamento e violazione dell'iter procedimentale- Violazione del legittimo affidamento e di economicità dell'azione amministrativa;

8-Violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, con riferimento in particolare all'art.12 D.Lgs.37/2003.

Ha chiesto la società ricorrente l'annullamento dei provvedimenti impugnati, previa sospensione degli effetti, articolando al contempo domanda risarcitoria nei confronti sia dell'ARTA che del Comune di Modica, anche in solido. Il Comune di Modica, benché ritualmente intimato (come da cartolina di avvenuta notifica depositata in atti) non ha resistito al mezzo.

Con ordinanza n.854 del 18/07/2008 la domanda cautelare è stata accolta.

Veniva quindi depositata in data 5/12/2008 istanza ex art.21 co.14 L.1034/71 per l'esecuzione di ordinanza cautelare non eseguita, in ordine alla quale il Collegio provvedeva nella Camera di Consiglio del 16/12/2008 con ordinanza collegiale n.282 disponendo contestualmente anche in ordine alla nomina del Commissario ad Acta.

In prossimità della pubblica udienza del 16/01/2009 già fissata per la trattazione del ricorso, parte ricorrente faceva pervenire, in data 12/01/2009, richiesta di rinvio per la proposizione di ulteriori motivi aggiunti che venivano infatti depositati il 23/01/2009. Con detto ulteriore mezzo, notificato il 12/01/2009, sono stati impugnati gli ulteriori provvedimenti in epigrafe indicati dei quali è chiesto l'annullamento, con formulata richiesta di risarcimento del danno.

In detto ricorso si articolano le seguenti doglianze:

1-Violazione e falsa applicazione dei principi in materia di conferenza di servizi – Violazione di legge – Violazione di norme regolamentari – Eccesso di potere sotto diversi profili;

2-Violazione e falsa applicazione dei principi in materia di conferenza di servizi – Violazioni di norme - Eccesso di potere sotto diversi profili – Disparità di trattamento;

3-Violazione e falsa applicazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi e multiformi profili in relazione al preannunciato provvedimento dell'ASI di voler recedere dal contratto di compravendita del terreno su cui dovrebbe sorgere il realizzando impianto.

Con nota n.19518 depositata il 26/3/2009 l'ARTA dava notizia del provvedimento adottato dal Commissario ad acta in esecuzione dell'ordinanza n.228 cit. Lo stesso Commissario relazionava questo Tribunale con nota depositata il successivo 27/3/2009 allegando il provvedimento n.203 del 10/3/2009.

Veniva quindi proposto nuova istanza, da valere anche come motivi aggiunti, avverso il provvedimento dello stesso Commissario ad acta n.203 cit., eccependo la violazione e la falsa applicazione dell'art.21 L.1034/71, oltre l'eccesso di potere sotto diversi profili. Con il provvedimento commissariale cit, in particolare, sono stati annullati i seguenti atti: 1) parere 02/042007 del C.P.T.A., già impugnato con il ricorso introduttivo e rubricato in epigrafe con lett.e); 2) nota 43234 del 0/06/2007 del Servizio 2 V.A.S./V.I.A ARTA, già impugnato con ricorso introduttivo e rubricato in epigrafe con lett.c) e d); 3)nota n.488 del 12/10/2007 del Servizio 3 dell'ARTA, già impugnata con ricorso introduttivo e rubricata in epigrafe con lett.b); 4) parere 16 e 23 ottobre 2007 del C.P.T.A., già impugnato con ricorso introduttivo e rubricato

in epigrafe con lett.a); 5) nota n.16893 del 27/02/2008 del Servizio 2 V-A.S. – V.I.A. dell'ARTA, già impugnata con il primo ricorso per motivi aggiunti e rubricata in epigrafe con lett.f); 6) parere del 22/2/2008 del C.P.T.A., già impugnato con il primo ricorso per motivi aggiunti e rubricato in epigrafe con lett.h); 7) nota n.35733 del 8/5/08 del Servizio 2 V.A.S. – V.I.A. dell'ARTA, già impugnato con il secondo ricorso per motivi aggiunti e rubricato ut supra con lett.i).

In prossimità dell'udienza di discussione, parte ricorrente ha depositato memoria insistendo per l'accoglimento del ricorso e della domanda risarcitoria.

Con memoria depositata fuori termine con il consenso di parte ricorrente, l'Avvocatura ha replicato chiedendo il rigetto del gravame, previa estromissione dal giudizio dell'Assessorato Regionale all'Industria, inerendo la questione solo ed unicamente atti dell'Assessorato Territorio ed Ambiente, parimenti intimato e costituito in giudizio..

Alla pubblica udienza del 23 aprile 2009 parte ricorrente ha prodotto documenti relativi alle determinazioni assunte dal Comune di Modica con provvedimento 048 del 21/4/09, contenente il parere positivo sulla Valutazione di Incidenza riguardo al progetto di che trattasi.

Su richiesta delle parti, il ricorso è stato quindi trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1-Va in primo luogo disattesa la paventata inammissibilità del ricorso, come diversamente opinato con scritto difensivo direttamente prodotto dall'A.R.T.A. in riscontro alle ordinanze istruttorie disposte da questo Collegio.

1.1-Invero, come già evidenziato con l'ordinanza cautelare n.854 del 18/7/2008, il provvedimento n.43234 del '8/06/2007 non è stato formalmente notificato alla società ricorrente, mentre il ritiro di copia da parte del solo progettista - non avente la funzioni di legale rappresentante della New Energy - non vale a far decorrere i termini processuali di impugnazione nei confronti della stessa New Energy. Secondo la Giurisprudenza Amministrativa qui condivisa, "Chi eccede la tardività del ricorso deve dare rigorosa dimostrazione del fatto che il ricorrente ha conosciuto l'atto impugnato in un momento anteriore di almeno sessanta giorni rispetto alla notificazione del ricorso stesso. In particolare, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione di un atto amministrativo, per il quale non vi è stata la notifica o la comunicazione occorre la piena conoscenza dello stesso da parte dell'interessato. Tale piena conoscenza deve essere provata in modo certo ed inequivocabile da parte di chi eccede la tardività del ricorso ed il relativo onere non può ritenersi adempiuto sulla base della prospettazione di mere presunzioni che non assurgono a dignità di prova" (cfr. Consiglio Stato , sez. VI, 23 giugno 2008 , n. 3150; Consiglio Stato , sez. IV, 31 marzo 2005 , n. 1445): non può in altri termini presumersi la conoscenza di un provvedimento, da parte di chi ha interesse ad impugnarlo, dal solo fatto che dello stesso sia venuto a conoscenza un altro soggetto anche se legato al primo da determinati rapporti (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 13 luglio 2004 , n. 6817), ivi compresi l'avvocato difensore o un tecnico titolare del mandato di compiere attività professionali connesse all'affare cui l'atto impugnato si riferisce (T.A.R. Palermo, Sez.I, sent.1905 del 2/8/2007).

1.2-Sempre in via preliminare va scrutinata la richiesta di estromissione dell'Ass.to Reg.le Industria avanzata dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato con memoria del 17/4/2009. La stessa richiesta deve essere disattesa, siccome con il secondo ricorso per motivi aggiunti è altresì impugnato il verbale della seduta del 12.11.2008 della conferenza di servizi indetta ex art.12 D.Lgs.387/03 dal medesimo Ass.to all'Industria (per quanto investa la parte relativa alle dichiarazioni rese dal rappresentante dell'ARTA).

2-Nel merito, si osserva che l'interesse sostanziale che agita la presente controversia è da individuare nel conseguimento, da parte della società ricorrente, dei provvedimenti necessari alla emanazione -in ultimo- dell'autorizzazione unica per la realizzazione del previsto impianto di energia elettrica alimentato da fonti alternativa (biomasse), di cui all'art.12 D.Lgs.387/2003.

2.1-Con il ricorso introduttivo parte ricorrente ha sostanzialmente chiesto l'annullamento dei provvedimenti in epigrafe meglio evidenziati al fine di vedere accertare e dichiarare l'incompetenza del C.P.T.A ad esprimere pareri nell'ambito del nuovo procedimento previsto dal D.Lgs.152/06 per il rilascio della prodromica autorizzazione alle emissioni in atmosfera. Preliminarmente si osserva la perfetta identità tra i provvedimenti rubricati in epigrafe con lett c) e d) che quindi, ai fini del gravame, vanno considerati come unico provvedimento per evidente errore materiale più volte impugnato con il medesimo ricorso introduttivo.

2.2-L'iter procedimentale già avviato con la richiesta inoltrata dalla s.r.l. New Energy allo Sportello Unico per le Attività Produttive del Comune di Modica, cui hanno fatto seguito le ulteriori richieste in narrativa evidenziate tra cui quelle inoltrate sia all'A.R.T.A. che all'Assessorato Industria, per quanto di rispettiva competenza, è risultato alquanto accidentato e travagliato.

2.3-Infatti, sinteticamente, si è determinata una (apparente) concorrenza di procedimenti amministrativi regolati da norme differenti, alcuni dei quali hanno subito sostanziali modifiche nel corso della lunga e ancora non conclusa fase istruttoria.

Si registra infatti una sovrapposizione di procedimenti e sub procedimenti che, invero, sarebbero dovuti confluire –pur nel rispetto delle relative competenze- nell'ambito del procedimento unico disciplinato dall'art.12 del D.Lgs.387/2003 ed incardinato presso l'Ass.to Reg.le all'Industria, ramo dell'amministrazione regionale avente competenza alla emanazione del provvedimento finale di interesse del ricorrente(i.e.: l'autorizzazione unica). In tal senso risulta infatti orientarsi anche la giurisprudenza amministrativa del C.G.A. che, con decisione n.295/08 dell'11/4/2008, ha affermato che "in base ai principi posti dal comma 3 e 4 del predetto art. 12 d. lgs. n. 387/2003, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili richiede <una autorizzazione unica>, a seguito di <un procedimento unico>, al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate, mediante conferenza dei servizi. In tal modo, le determinazioni delle amministrazioni interessate, devono essere espresse solo in sede di conferenza di servizi, così da assicurare l'unicità del procedimento, mediante il coordinamento dei vari interessi pubblici, rilevanti per l'autorizzazione unica finale". In altri termini "Nel contesto normativo sopra riportato, tutte le amministrazioni (...) devono esprimere il proprio avviso in sede di conferenza dei servizi" (C.G.A.295/08 cit.).

2.4-Diversamente, nella procedura di che trattasi ex art.12 D.Lgs387/03 cit. si sono innestati sia il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione alle emissioni in atmosfera (già avviato dalla New Energy con nota del 12/2/05 tramite il C.P.T.A. nella vigenza normativa previgente alle nuove disposizioni introdotte con l'art.269 D.Lgs.152/06); sia il procedimento per la Valutazione di Incidenza, di cui all'art.5 D.P.R.8/9/1997 (in combinato disposto con la normativa regionale L.R.13/2007 e connesso D.A. cit.); sia il procedimento per la V.I.A. e A.I.A.; sia il prospettato procedimento ex D.Lgs 133/05 in tema di impianti per incenerimento dei rifiuti (come prospettato dal C.P.T.A. di Ragusa). Il che risulta già contrario alla logica della massima concentrazione del procedimento amministrativo che sottende l'istituto della conferenza di servizi in generale e, per quanto qui interessa, il procedimento di autorizzazione unica ex art.12 D.Lgs.387/03 cit. in particolare.

2.5-Il quadro appena tratteggiato è ulteriormente aggravato dai comportamenti e provvedimenti non certo coerenti adottati in specie dall'Assessorato Reg.le Territorio ed Ambiente, che non solo non ha partecipato nel tempo alle sedute della conferenza di servizi ex art.12 D.Lgs387/03 indetta dall'Assessorato Industria, ma –quanto ai provvedimenti di propria competenza relativi alla verifica di assoggettabilità alla V.I.A.e/o all'autorizzazione alle emissioni in atmosfera (solo con nota 73317 del 23/10/2006 è stata fissata la prima riunione della conferenza di servizi)- ha sostanzialmente disatteso (dopo averlo richiesto) il parere dell'Avvocatura distrettuale dello Stato (n.80385 del 20/11/2006) sul procedimento da seguire per il rilascio dell'autorizzazione ex art.269 D.lgs152/06 (parere con il quale l'Avvocatura evidenziava l'implicita abrogazione delle norme incompatibili con il nuovo procedimento, ivi compresa la competenza del C.P.T.A.).

Sul punto in parola, le osservazioni contenute nel prefato parere dell'Avvocatura, la cui

inosservanza ha certamente comportato un <ingiustificato aggravamento> dell'iter procedimentale imputabile alla P.A. resistente, risultano ampiamente condivisibili dovendosi ritenere che la nuova normativa di cui all'art.296/06 ha inteso far confluire nella prevista conferenza di servizi di cui al co.3 (fermo restando quanto già dedotto in ordine alla unicità della procedura speciale ex art.12 D.lgs.387/03) l'intera fase istruttoria prima demandata alle CC.PP.TT.AA..

Ed infatti, la mancata applicazione della nuova disciplina contenuta nell'art.269 D.Lgs. 3 aprile 2006 n.152 (in G.U.R.I. n.88 del 14 aprile 2006, suppl.ord. n.96) è comunque causa delle ondivaghe determinazioni assunte dall'ARTA (mercé le indicazioni inconferenti del C.P.T.A.) riscontrabili a partire dalla nota 35811 del 23/5/06 (con la quale l'ARTA ha significato che l'impianto non rientra nelle procedura di cui agli artt.5 e 10 del D.P.R.12/4/96 essendo di potenza inferiore a 50MW, ma che lo stesso deve essere sottoposto al rilascio dell'AIA ex D.Lgs.59/05), cui ha fatto seguito la nota n.37174 del 29/5/06 (con cui si è corretta la precedente nota, escludendosi l'assoggettabilità dell'impianto all'AIA). Successivamente, per quanto qui rileva, sono state adottate dall'ARTA le seguenti contraddittorie determinazioni: nota n.45511 del 11/7/2006 (con la quale l'ARTA ritratta le precedenti affermazioni sospendendo la procedura di esclusione ex art.5 D.P.R. 12/4/96 al fine di acquisire informazioni); nota 68736 del 5/10/2006 (con cui si ribadisce che il progetto non deve essere sottoposto alla procedura di VIA); nota n.43234 del 8/6/2007 (con la quale -richiamando il parere del CPTA del 12/4/2007 secondo cui l'impianto aveva una potenza superiore a 50KW- ha vietato la realizzazione delle opere fino al definitivo accertamento o meno della assoggettabilità alla VIA, evidenziando al contempo la "nuova" esigenza della Valutazione di Incidenza); provvedimento 16893 del 27/2/2008 (con cui è stato nuovamente escluso che l'impianto debba essere sottoposto alla VIA, fermo restando la necessità della Valutazione di Incidenza).

2.6-Quanto alla prospettata necessità di assoggettare il progetto della New Energy anche all'autorizzazione prevista dal D.Lgs.133/05, come rappresentato dal C.P.T.A. in ultimo con il parere (impugnato) del 22/2/2008, non può in questa sede che ribadirsi quanto già evidenziato in sede cautelare. L'art.3 co.1 del D.Lgs.133/905 prevede infatti l'esclusione dall'applicazione della suddetta normativa per gli impianti che, tra l'altro, utilizzano rifiuti vegetali derivanti da attività agricole e forestali, ovvero rifiuti vegetali derivati dalle industrie alimentari di trasformazione (ove l'energia termica generata è recuperata). Pur non elencando in modo specifico le sanse esauste e gli olii vegetali, non vi sono utili argomenti per non far rientrare le suddette categorie nell'ambito dell'esclusione della normativa in parola. Significativamente, per altro, l'art.2 D.lgs387/03 annovera le biomasse tra le fonti energetiche rinnovabili.

3-Viene adesso in rilievo la questione inerente la competenza in ordine alla Valutazione di Incidenza. L'art.5 D.P.R. 357/97 prevede che la stessa confluisca nella V.I.A. solo ove il progetto da esitare sia da assentire alla prima procedura, rimanendo diversamente autonoma.

3.1-Con L.R. 13/07 si è attribuito ai Comuni la valutazione di incidenza già di competenza dell'ARTA per i singoli progetti insistenti o prossimi a siti S.I.C. e Z.P.S., salvo l'intervento in sostituzione dello stesso Ass.to Reg.le Terr. e Ambiente ove la procedura non si concluda nel termine di 60 gg.. Inoltre, con D.A. 22/10/07, è stato previsto che le domande pendenti all'Ass.to Terr. e Ambiente, non ancora esitate per la valutazione di incidenza, transitano ai Comuni competenti per territorio che avrebbero provveduto al ritiro delle relative pratiche sulla base dell'elenco trasmesso ad ognuno degli enti da parte dello stesso Assessorato.

3.2-In disparte ogni valutazione in ordine alla tardiva esigenza (avvertita solo nel 2007) di sottoporre il progetto in questione alla Valutazione di Incidenza, malgrado era fatto di per sé notorio, soprattutto all'Ass.to intimato, la presenza del vicino sito S.I.C. 080007 "spiaggia Maganuco", si evidenzia comunque con il provvedimento prot.43234 del 8/6/2007 (impugnato con il ricorso introduttivo), con cui per la prima volta è stata avanzata la richiesta di Valutazione di Incidenza, lo stesso ARTA ha contestualmente disposto il divieto alla realizzazione dell'impianto siccome non era ancora chiaro se lo stesso era o meno da assoggettare a V.I.A. ex D.P.R.12/4/1996: nel qual caso la procedura ex art.5 D.P.R.357/97 sarebbe rientrata nella stessa VIA di competenza dello stesso ARTA. Per altro, come evidenziato nella ordinanza cautelare n.854/08, alla data di presentazione all'ARTA del progetto di che trattasi per il vaglio della assoggettabilità alla VIA non era entrata in vigore la succitata L.R.13/07 di attribuzione

della relativa competenza: detta documentazione, unitamente alla notoria vicinanza all'indicato sito S.I.C., non poteva non consentire all'Ass.to di esprimersi tempestivamente anche in ordine alla necessità della valutazione di incidenza (che –ripetesi- a quella data era di competenza dello stesso Ass.to). Sempre in sede cautelare si è altresì affermato che “la normativa sopravvenuta - ed attesa l'esigenza di celerità connessa allo strumento della conferenza di servizi disciplinata sia per il rilascio dell'autorizzazione unica (ex art.12 L.387/2003) sia per il l'autorizzazione all'emissioni in atmosfera (ex art.269 D.lgs.152/06) - non può condurre ad un aggravamento del procedimento amministrativo”.

4- Le considerazioni che precedono mirano principalmente a individuare il contesto procedimentale irrualmente aggravato dall'A.R.T.A. in relazione al progetto presentato dal ricorrente.

4.1-Ritiene il Collegio di dover procedere adesso allo scrutinio dell'ultimo mezzo proposto, con il quale si impugna il decreto 203 adottato dal Commissario ad Acta in esecuzione dell'ordinanza cautelare n.854/08. Ed invero, per la soluzione della questione qui dedotta non possono non incidere le sopravvenienze successive alla intervenuta misura cautelare 854/08 cit. mercè la quale è stato onerato l'Assessorato Regionale Territorio Ambiente ad “una pronta, tempestiva e definitiva conclusione dei procedimenti di propria competenza, anche in ordine alla valutazione di incidenza per quanto di propria competenza”.

4.2-Lamenta parte ricorrente la violazione di legge ex art.21 L.1034/71, come modificato dalla L.205/00, per inesatta esecuzione dell'ordinanza cautelare n.854/08, oltre l'eccesso di potere.

4.2-La censura merita approfondimento.

4.4-Considerato il mancato adeguamento della stessa Amministrazione (malgrado la nota della stessa Avvocatura n.35625 del 7/5/08 in atti), ed a seguito della nuova ordinanza n.282/08 del 16/12/2008 (su ricorso ex co.14 art.21 L.1034/71), il Commissario ad Acta, intervenuto in via sostitutiva, con Decreto 203 ha annullato i seguenti provvedimenti:

- 1) parere 02/042007 del C.P.T.A., già impugnato con il ricorso introduttivo e rubricato in epigrafe con lett.e);
- 2) nota 43234 del 0/06/2007 del Servizio 2 V.A.S./V.I.A ARTA, già impugnato con ricorso introduttivo e rubricato in epigrafe con lett.c) e d);
- 3) nota n.488 del 12/10/2007 del Servizio 3 dell'ARTA, già impugnata con ricorso introduttivo e rubricata in epigrafe con lett.b);
- 4) parere 16 e 23 ottobre 2007 del C.P.T.A., già impugnato con ricorso introduttivo e rubricato in epigrafe con lett.a);
- 5) nota n.16893 del 27/02/2008 del Servizio 2 V.A.S. – V.I.A. dell'ARTA, già impugnata con il primo ricorso per motivi aggiunti e rubricato in epigrafe con lett.f);
- 6) parere del 22/2/2008 del C.P.T.A., già impugnato con il primo ricorso per motivi aggiunti e rubricato in epigrafe con lett.h);
- 7) nota n.35733 del 8/5/08 del Servizio 2 V.A.S. – V.I.A. dell'ARTA, già impugnato con il secondo ricorso per motivi aggiunti e rubricato ut supra con lett.i).

In ordine ai provvedimenti emessi dal Commissario ad Acta, anche per l'esecuzione delle ordinanze cautelari rimaste ineseuite, la Giurisprudenza Amministrativa ha affermato quanto segue: “Il regime di impugnazione degli atti adottati dal commissario <ad acta> al fine di dare attuazione ad una misura cautelare concessa dal G.A., ai sensi dell'art. 21 penultimo comma l. 6 dicembre 1971, n. 1034, dipende dalla natura del potere concretamente esercitato dal Commissario e dalla capacità di sopravvivenza del provvedimento commissariale alla conclusione del giudizio di merito, di talché se il Commissario <ad acta> abbia agito stretto da rigidi vincoli derivanti dall'ordinanza cautelare, nella qualità di mero ausiliario del giudice della cautela, ed abbia per tale via emesso un atto univocamente destinato a disciplinare il rapporto

controverso nelle more della decisione di merito, l'impugnazione di tale atto può avvenire esclusivamente per il tramite dell'incidente di esecuzione, davanti allo stesso Giudice della cautela, mentre ove abbia agito esercitando una discrezionalità amministrativa non incisa significativamente dalla misura cautelare, e quindi nella qualità di organo straordinario dell'Amministrazione, e sia pervenuto per tale via all'emissione, pur in pendenza del giudizio, di un provvedimento attributivo del bene della vita avente carattere definitivo, in quanto capace di sopravvivere alla sentenza di merito favorevole al ricorrente, l'unico rimedio consentito avverso il provvedimento commissariale è quello del ricorso ordinario, da proporsi nel termine decadenziale di cui all'art. 21 l. n. 1034 del 1971" (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 09 maggio 2006, n. 500). La questione qui dedotta rientra, ad avviso del Collegio, nella seconda delle ipotesi riportate nella massima che precede, e che trova qui applicazione, siccome il Commissario ad Acta ha agito quale organo straordinario dell'Amministrazione ed al di fuori di stringenti vincoli solo al fine di rimuovere i (principali) provvedimenti di ostacolo alla conclusione del procedimento ex art. 12 D.Lgs.387/03 in cui si sostanzia l'unico bene/vita cui tende in definitiva l'azione proposta con presente gravame.

4.5-Per tale via, il Decreto impugnato, nella parte in cui ha disposto in via di autotutela l'annullamento dei provvedimenti in narrativa, costituendo gli stessi ostacolo alla definizione del procedimento, non è incorso nella prospettata violazione di legge od eccesso di potere.

4.6-Ciò comporta che, venendo meno i provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e con il primo ricorso per motivi aggiunti (considerato altresì che quello rubricato sub.g. , pur non annullato con il prefato decreto commissariale, non assurge comunque a natura provvedimentale essendo solo una nota di trasmissione del parere CPTA annullato), occorre avere attenzione unicamente al secondo ricorso per motivi aggiunti e –in parte qua- alla impugnazione dello stesso decreto commissariale.

4.7-In relazione a quest'ultimo parte ricorrente lamenta l'elusione della pronuncia cautelare con la quale si era infatti disposto di concludere celermente il procedimento di competenza dell'ARTA.

4.8-Tuttavia con documentazione versata alla presente pubblica udienza, senza opposizione delle altre parti presenti, la NEW ENERGY attesta che in data 21/4/2009 la procedura relativa alla valutazione di incidenza si è favorevolmente conclusa in suo favore giusto parere favorevole del Comune di Modica n.48 del 21/4/2009. Per questa parte quindi non sussiste alcun interesse per la stessa impresa ricorrente (salvo quanto già ampiamente rappresentato sull'andamento del procedimento) ad accertare –in parte qua- l'illegittimità del Decreto commissariale n.203 cit.

4.9-Né lo stesso Commissario avrebbe inoltre potuto disporre in relazione all'ulteriore provvedimento mancante (i.e.: Autorizzazione all'emissione in atmosfera ex art.269 D.Lgs.152/06) considerato la sopravvenienza della nota n.85105 del 12/11/2008, impugnata appunto con il secondo ricorso per motivi aggiunti ma non rientrante tra i provvedimenti sospesi in via cautelare con la prefata ordinanza 854/08 cui doveva dare esecuzione lo stesso Commissario. Anche per questa parte, quindi, il provvedimento commissariale impugnato resiste alle censure mosse risultando legittimo.

5-Viene adesso in considerazione il secondo ricorso per motivi aggiunti con il quale rsono stati impugnati i (residui) provvedimenti ut supra rubricati con lett.m), n) ed l).

5.1-Il mezzo è fondato e va accolto limitatamente al provvedimento di cui alla nota prot.85105 del 12/08/2009 dell'ARTA e al verbale della Conferenza di Servizio del 12/11/2008 nella parte in cui è riportata la nota prot.85105 cit. per farne parte integrante.

Risulta infatti fondata ed assorbente la seconda censura spiegata in detto mezzo sotto il profilo dell'eccesso di potere per sviamento ed aggravamento procedimentale, di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa.

Ed invero, come correttamente evidenziato dalla parte ricorrente, con la prefata nota l'ARTA ha sostanzialmente disatteso l'ordinanza cautelare n.854/08 di questa Sezione, reiterando dilatorie argomentazioni anche in ordine alla definizione del procedimento di propria competenza sulla autorizzazione alle emissioni in atmosfera. Per altro risulta smentito per

tabula che l'ARTA non abbia mai ricevuto richieste di VIA, siccome la stessa si è più volte e con ondivaghi provvedimenti espressa proprio in ordine alla assoggettabilità del progetto della New Energy alla procedura di cui al D.P.R. 12/4/96 (come ampiamente riportato in narrativa).

5.2-Per la restante parte il ricorso va invece respinto, siccome infondato, trattandosi di "avvio del procedimento" dell'ASI volto alla revoca e/o risoluzione del contratto di compravendita (così a pag.25 del relativo ricorso) non avente valenza provvedimento, indipendentemente dai possibili profili di giurisdizione inerenti l'eventuale <provvedimento> definitivo adottabile dall'ASI di Ragusa.

6-Resta adesso da scrutinare la domanda di risarcimento del danno formulata dal ricorrente anche con il secondo ricorso per motivi aggiunti, ulteriormente specificata –in relazione al petitum- in ultimo con la memoria del 10/4/2009.

6.1-La domanda risarcitoria può trovare solo parziale accoglimento nei sensi e nei limiti di cui d'appresso.

6.2-Sono chiaramente riscontrabili in primo luogo i presupposti per il riconoscimento di una colpa dell'Amministrazione intesa come apparato, ed individuata nell'Ass.to Reg.le Territorio ed Ambiente. Considerato quanto già dedotto in narrativa, sono significativi elementi probanti di tale colpa: a) sia la mancata collaborazione con questo decidente in ordine alle ordinanze sia istruttorie che cautelari emesse; b) sia la mancata dovuta partecipazione alle sedute della conferenza di servizio indetta dall'Ass.to Reg.le Industria ex art.12 D.Lgs.387/03; c) la mancata applicazione –anche ove ammesso il separato procedimento- della previsione di cui all'art.269 D.Lgs.152/06 per l'autorizzazione alle emissioni in atmosfera (disattendendo per altro il parere richiesto all'Avvocatura, che ha dato corso alle ondivaghe determinazioni assunte su indicazione del CPTA); d) sia la mancata tempestiva individuazione della vicinanza del progetto della New Energy ad un sito SIC, che avrebbe consentito una più celere definizione dell'intero procedimento, per come sopra evidenziato.

6.3-Sussiste inoltre un nesso di causalità tra i fatti in narrativa e la attuale mancata conclusione del procedimento finalizzato all'emissione dell'autorizzazione unica prevista dall'art.12 D.lgs.387/03, risultando ormai di ostacolo solo il provvedimento inerente alle emissioni in atmosfera.

6.4-Tuttavia, in relazione al danno risarcibile, questa Sezione non può condividere la quantificazione formulata, anche da ultimo con la memoria cit., dalla parte ricorrente che ha prospettato un danno pari ad €12.929.504,00 pari alla potenziale perdita del contributo comunitario, con salvezza di richiedere ulteriori danni , sino al raggiungimento dell'importo complessivo di €33.725.352,00 , in caso di impossibilità di realizzare il progetto di investimento.

Occorre infatti considerare, oltre alla mancanza delle ulteriori determinazioni che ancora devono essere adottate dall'Amministrazione, anche la non definitività comunque del bene vita atteso (i.e.: l'autorizzazione unica il cui esito non può in questa sede essere previsto ed è rimesso alla conferenza di servizi dell'Ass.to Industria), sia la non provata revoca definitiva del finanziamento richiesto.

Ciò induce il Collegio, ai fini della quantificazione del danno risarcibile, a poter fare applicazione della particolare procedura prevista dall'art.35 co.2 D.Lgs.80/98, ritenuto dalla giurisprudenza generalmente applicabile anche al di fuori dell'ambito della giurisdizione esclusiva in quanto norma volta ad introdurre e raccordare l'art. 278 del c.p.p. nel seno del processo amministrativo (cfr., Cons. Stato., sez. v n. 4461 del 2.9.2005). Secondo la giurisprudenza amministrativa qui condivisa "Il ricorso al sistema di liquidazione del danno ex art. 35 d.lg. n. 80 del 1998 con la indicazione dei criteri è utilizzabile anche ex officio dal giudice amministrativo, in specie laddove la liquidazione del danno non discenda dall'immediata applicazione di parametri quantitativi certi e sia dunque necessario ricorrere, in tutto o in parte, ad una determinazione equitativa" (T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 21 aprile 2006 , n. 391).

In specie, come già premesso, la quantificazione formulata da parte ricorrente appare infatti eccessiva e da rivedere sulla scorta dei criteri di cui di seguito, ordinando all'Assessorato Reg.le Territorio ed Ambiente di proporre alla società ricorrente il pagamento, a titolo di

risarcimento danni a causa del ritardo ed aggravio procedimentale di cui si è dato atto, di una somma da determinarsi tenendo conto:

i-del potenziale 25% del reddito annuo netto conseguibile nel 2008 dall'Azienda ricorrente in caso di realizzazione del progetto di che trattasi,

ii-che la quantificazione sopra ottenuta dovrà essere divisa per 12 mensilità e quindi moltiplicata per ogni mese compreso tra la data di indizione della prima conferenza di servizi indetta dalla stessa ARTA ex art.269 D.Lgs.152/06 e l'effettiva emanazione del relativo provvedimento di competenza, detratti i termini comunque ordinari previsti dalla legge per la conclusione del procedimento ex art.269 cit.;

iii.che la frazione del mese superiore a 15 gg va computata come intero periodo;

Tale proposta dovrà essere formulata dall'Amministrazione Reg.le al Territorio ed Ambiente entro il termine di 60 (sessanta) giorni dalla comunicazione in via amministrativa o dalla notificazione della presente sentenza.

7-La complessità delle questioni sottese al ricorso, induce il Collegio a non far applicazione delle regole della soccombenza compensando tra le parti le spese di giudizio, ad eccezione di quelle relative alla attività del Commissario ad acta, alla cui determinazione si provvederà con separato provvedimento, che vengono poste a carico dell'A.R.T.A..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Prima, accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per quanto di ragione,:

-annulla i provvedimenti impugnati rubricati in epigrafe con lett.l) ed m);

-condanna l'A.R.T.A. a proporre un adeguato ristoro alla parte ricorrente secondo i criteri indicati in motivazione nel termine di giorni sessanta dalla comunicazione in via amministrativa o dalla notificazione a cura di parte della presente sentenza.

Spese del giudizio compensate tra le parti;

Spese del Commissario ad acta, da determinare con separato provvedimento, a carico dell'A.R.T.A..

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 23/04/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Giorgio Giallombardo, Presidente
Nicola Maisano, Primo Referendario
Roberto Valenti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 09/09/2009
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO