



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4256 del 2015, proposto da Regione Campania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Marzocchella, con domicilio eletto presso l'Ufficio di rappresentanza della Regione Campania in Roma, Via Poli, 29

contro

Araba Fenice Energy s.p.a. (Già Biopower s.p.a. in liquidazione), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Tortorici, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Giovanni Nicotera, 29

nei confronti di

Comune

di **Pignataro**

Maggiore,

Stc

s.p.a.,

Bkw

Italia

s.r.l.,

Biopower Italia s.r.l.

*per la revocazione della sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, n.
1042/2015*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Araba Fenice Energy s.p.a (Già Biopower s.p.a. in Liquidazione);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Rasalba Panariello in dichiarata sostituzione dell'avvocato Angelo Marzocchella e l'avvocato Brunella Ariganello su delega dell'avvocato Giovanni Tortorici;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

I termini fattuali della vicenda di causa sono descritti nei termini che seguono nell'ambito della sentenza oggetto del presente ricorso per revocazione.

Con decreto dirigenziale n. 399 del 9 agosto 2007 la Regione Campania rilasciava alla società Biopower l'autorizzazione unica, ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 (*Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*), per la costruzione e l'esercizio di una centrale elettrica alimentata a biomassa combustibile nel Comune di **Pignataro Maggiore**.

L'articolo 3 della predetta autorizzazione, ai fini dei tempi di inizio ed ultimazione dei lavori di realizzazione dell'impianto, richiamava le modalità di cui all'articolo 9 del decreto dirigenziale n. 238 del 16 giugno 2006 che, a sua volta, stabiliva l'inizio ed il completamento dei lavori di realizzazione dei progetti finanziati con le risorse

della misura 1.12 del POR Campania 2000/2006, rispettivamente entro 220 e 460 giorni decorrenti dalla data di notifica dell'ammissione al contributo.

Tuttavia, con nota del 13 giugno 2008 assunta al protocollo regionale il 27 giugno 2008 la Biopower, preso atto del decreto dirigenziale della Regione Campania n. 93 del 13 maggio 2008 e della sopravvenuta incompatibilità tra certificati verdi e contributo, anticipava alla Regione la rinuncia a quest'ultimo (neanche parzialmente erogato), richiedendo espressamente lo svincolo delle fidejussioni prestate.

Con successiva istanza del 3 ottobre 2008 reiterata il 29 luglio 2009, la società, dato atto dell'intervenuta rinuncia al contributo a suo tempo concesso, nonché dell'esistenza di un sequestro penale preventivo gravante sulla centrale, chiedeva alla Regione Campania di voler applicare alla fattispecie il disposto dell'articolo 15 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*), con conseguente fissazione del termine di ultimazione dei lavori entro tre anni dall'inizio degli stessi.

La Biopower, infine, chiedeva all'Amministrazione regionale di voler dare atto della sospensione del rammentato termine di ultimazione dei lavori a partire dal 6 maggio 2009, data di adozione del sequestro preventivo penale, sino alla cessazione dell'efficacia della predetta misura cautelare.

A fronte dell'inerzia della Regione Campania in ordine alla predetta istanza, la società inviava in data 16 dicembre 2009 una diffida ad adottare un provvedimento espresso alla quale l'Amministrazione rispondeva con la nota del 9 febbraio 2010, con cui si dava atto dell'impossibilità di poter “*compiere alcun atto o di emanare alcun provvedimento fino alla conclusione del procedimento penale a carico della suddetta società ovvero fino all'emanazione della sentenza definitiva*”.

Ritenendo illegittima tale determinazione la BioPower ,con ricorso R.G. 2290/2010, adiva il Tribunale amministrativo regionale della Campania chiedendone l'annullamento.

Con ordinanza n. 860 del 2011 il Tribunale adito, considerato il venir meno del sequestro penale gravante sull'impianto, ordinava all'Amministrazione regionale di riesaminare l'istanza avanzata dalla società.

Con decreto dirigenziale n. 275 del 10 giugno 2011, preso atto della anzidetta ordinanza n.860 del 2011, la Regione Campania modificava i decreti dirigenziali n. 399 del 2007 e n. 93 del 2008 *“in analogia a quanto disposto all'articolo 15 del d.p.r. 380 del 2001, limitatamente al termine entro cui i lavori dovranno concludersi, stabilendo lo stesso in tre anni dalla data di inizio dei lavori”*, nonché sospendeva *“il suddetto termine di ultimazione dei lavori per il periodo di 329 giorni, pari alla durata del sequestro penale (dal 6.5.2009 al 31.3.2011)”*, lasciando per il resto inalterate e valide tutte le altre prescrizioni.

Ritenendo illegittimo detto decreto il Comune di **Pignataro Maggiore**, con autonomo ricorso recante il numero R.G. 5235 del 2011, adiva il Tribunale amministrativo della Campania chiedendone l'annullamento.

Con l'ordinanza n. 1738 del 27 ottobre 2011 il Tribunale adito accoglieva la domanda di misure cautelari sospendendo, per l'effetto, l'efficacia del gravato decreto dirigenziale n. 275 del 2011.

Con provvedimento n. 984673 del 28 dicembre 2011, quindi, la Regione Campania dichiarava decaduta l'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio dell'impianto di cui al decreto dirigenziale n. 399 del 2007, dando così esecuzione alla summenzionata ordinanza cautelare.

Per quanto sopra, con autonomo ricorso recante il numero R.G. 911/2012, le società Biopower in liquidazione e S.T.C. s.p.a. impugnavano il predetto

provvedimento dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Campania, chiedendone l'annullamento.

Con la sentenza n. 3873/2012 il Tribunale adito, previa riunione dei tre ricorsi:

- a) dichiarava improcedibile il primo (R.G. 2290/2010) proposto dalla Biopower;
- b) accoglieva il secondo (R.G. 5235/2011) proposto dal comune di Pignataro e, per l'effetto, annullava il decreto regionale n. 275 del 2011;
- c) rigettava il terzo (R.G. 911/2012) proposto dalla Biopower in liquidazione e dalla S.T.C. e la connessa domanda risarcitoria.

Avverso detta pronuncia la Biopower in liquidazione proponeva quindi appello, chiedendone la riforma limitatamente ai capi di cui alle lettere b) e c) sopra riportate.

Peraltro, nelle more del giudizio di appello, la Biopower, con delibera dell'Assemblea straordinaria in data 4 febbraio 2013, mutava ragione sociale assumendo quella di Araba Fenice Energy s.p.a. e con tale denominazione, quindi, insisteva per l'accoglimento del gravame.

Con ordinanza n. 2607/2014 la Sezione disponeva incumbenti istruttori, eseguiti dalle Amministrazioni onerate.

Con successive memorie le parti insistevano ulteriormente nelle rispettive tesi giuridiche.

Con la sentenza in epigrafe questo Consiglio di Stato ha accolto il ricorso e, in parziale riforma della sentenza in epigrafe,

- ha dichiarato inammissibile il ricorso (RG 5235/2011) proposto dal Comune di **Pignataro Maggiore** in primo grado;
- ha accolto il ricorso (RG 911/2012) proposto dalla Biopower in primo grado e ha annullato la determinazione regionale n. 984673/2011 tramite questo impugnata;

- ha condannato la Regione Campania al risarcimento dei danni patiti dalla società appellante, che ha liquidato nella misura complessiva di cinque milioni di euro, oltre interessi e rivalutazione.

La sentenza in questione è stata impugnata dalla Regione Campania con il rimedio della revocazione ordinaria (articolo 395 c.p.c.; articolo 106 cod. proc. amm.).

Il primo motivo di revocazione è rubricato: *Violazione dell'art. 395, n. 4), c.p.c. – Errore di fatto sul termine di completamento delle opere che integra circostanza dirimente che non ha costituito punto controverso – Insussistenza di danno riconducibile alla nota del 28.12.2011 prot. 984673 che dichiarava la decadenza dall'autorizzazione.*

Il secondo motivo di revocazione è rubricato: *Violazione dell'art. 395, n. 4), c.p.c. – Errore di fatto sulla omessa disamina dell'eccezione ex art. 1227 cod. civ. in ordine al concorso dell'appellante nella determinazione del danno riconducibile alla nota del 28 dicembre 2011, prot. 984673 che dichiarava la decadenza dall'autorizzazione;*

Il terzo motivo di revocazione è rubricato: *Violazione dell'art. 395, n. 4), c.p.c. – Errore di fatto per omesso rilievo dell'errore scusabile per la Regione Campania – Insussistenza di danno riconducibile alla nota del 28.12.2011, prot. 984673 che dichiarava la decadenza dall'autorizzazione.*

Il quarto motivo di revocazione è rubricato: *Violazione dell'art. 395, n. 4), c.p.c. – Errore di fatto per inesistenza agli atti della prove documentale mai tempestivamente prodotta e mai esaminata dal T.A.R., del danno liquidato – Insussistenza di danno riconducibile alla nota del 28.12.2011 prot. 984673 che dichiarava la decadenza dall'autorizzazione.*

Si è costituita in giudizio la Araba Fenice Energy la quale ha concluso nel senso della reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. 2600/2015 (resa all'esito della camera di consiglio dell'11 giugno 2015) questo Consiglio ha accolto l'istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata.

Alla pubblica udienza del 7 aprile 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso per revocazione ordinaria (articolo 395, n. 4) cod. proc. civ.; articolo 106 cod. proc. amm.) proposto dalla Regione Campania avverso la sentenza di questo Consiglio di Stato n. 1042/2015 con cui, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania n. 3873/2012, è stato accolto il ricorso n. 911/2012 proposto in primo grado dalla Biopower s.p.a. (in seguito: Araba Fenice Energy s.p.a.) e, per l'effetto, è stata disposta la condanna della Regione Campania al ristoro del danno patrimoniale (sotto la specie di danno da lucro cessante) patito dalla ricorrente in primo grado per la mancata realizzazione – ritenuta imputabile alla Regione – di una centrale termoelettrica alimentata a biomasse.

2. Il ricorso è fondato già nella sua parte rescindente, dovendosi ritenere che questo Consiglio di Stato abbia affermato la responsabilità risarcitoria della Regione Campania per il mancato completamento e la mancata entrata in esercizio dell'impianto per cui è causa per effetto di un errore di fatto risultante dagli elementi della causa.

In particolare, è fondato il motivo con cui si è censurato il passaggio della sentenza di appello con il quale si è rilevata la sussistenza di un nesso eziologico fra l'adozione della nota regionale in data 28 dicembre 2011 (con la quale, a seguito delle pronunce cautelari del giudice amministrativo sfavorevoli alla ricorrente in primo grado, si era dichiarata la decadenza dal titolo rilasciato con determinazione dirigenziale n. 399/2007) e la ritrazione del danno per il mancato completamento e la mancata messa in esercizio dell'impianto.

Viene qui in rilievo il punto 27 della motivazione della sentenza oggetto di revocazione con il quale, dopo aver esaminato (e risolto in senso sfavorevole per la Regione) la questione relativa alla sussistenza del requisito soggettivo della colpa, il

Collegio passa ad esaminare la sussistenza degli ulteriori presupposti per la configurazione di un danno risarcibile.

In particolare, la sentenza afferma: *“il nesso di causalità è oggettivamente riscontrabile per tabulas, avendo l’Amministrazione dichiarato decaduta l’autorizzazione alla costruzione e all’esercizio dell’impianto di biomasse per cui è causa, inibendo l’ultimazione dei relativi lavori; il danno lamentato è direttamente riconducibile alla mancata realizzazione della centrale ed alla conseguente mancata attivazione della stessa”*.

Ebbene, il richiamato passaggio motivazionale risulta viziato da un errore di fatto revocatorio determinante ai fini del decidere per avere la sentenza supposto un fatto in realtà insussistente quando ha affermato, in contrasto con le risultanze in atti (ed anzi, giungendo a conclusioni opposte rispetto a quelle espresse dalle risultanze medesime) che sussistesse un nesso di riferibilità eziologica fra l’adozione della richiamata nota regionale in data 28 dicembre 2011 e l’impossibilità di completare e mettere in esercizio l’impianto all’origine dei fatti di causa.

Ed infatti la sentenza di appello, dopo aver ritenuto applicabile alla vicenda per cui è causa il termine di tre anni di cui all’articolo 15 del d.P.R. 380 del 2001 (e non il più breve termine di 460 giorni di cui all’articolo 9 del P.O.R. Campania 2000-2006) e dopo aver stabilito che andasse computato in favore dell’originaria ricorrente il termine di ulteriori 329 giorni (coincidente con quello del sequestro penale dell’impianto), ha concluso nel senso dell’illegittimità del provvedimento regionale di decadenza in data 28 dicembre 2011.

La pronuncia di annullamento è stata resa per avere la Regione fondato il provvedimento *“sull’erroneo duplice rilievo dell’avvenuta scadenza dei termini di ultimazione dei lavori contenuto nell’autorizzazione unica e della inapplicabilità della disciplina generale contenuta nel citato articolo 15”* (punto 24 della motivazione).

Ma il punto è che, anche se si ritiene applicabile alla vicenda di causa il termine di tre anni di cui all'articolo 15 del richiamato d.P.R. 380 del 2001 e anche se si tiene conto del termine di durata del sequestro penale (computato in favore della ricorrente in primo grado e pari a 329 giorni), non risulta comunque dagli atti che l'impossibilità di realizzare e mettere in esercizio l'impianto sia effetto dell'adozione del provvedimento regionale in data 28 dicembre 2011.

Risulta al contrario che, quando la Regione Campania ha adottato il provvedimento in data 28 dicembre 2011, il termine per la realizzazione dell'impianto (pur computato secondo le benigne modalità fissate dalla sentenza oggetto di impugnativa) era già ormai irrimediabilmente spirato, senza che fosse intervenuta alcuna ulteriore proroga.

In particolare:

- siccome i lavori avevano avuto inizio il 25 settembre 2007, l'ordinario termine per il loro completamento sarebbe venuto a scadenza al 25 settembre 2010;
- computando in favore della ricorrente in primo grado l'ulteriore periodo (pari a 329 giorni) durante il quale l'impianto era stato sottoposto a sequestro penale, se ne deduce che i lavori avrebbero dovuto essere completati al massimo entro il 19 agosto 2011 (ma sul termine in questione si tornerà nel prosieguo della presente decisione).

Ne consegue che quando la Regione ha adottato il provvedimento in data 28 dicembre 2011, il termine per la realizzazione dei lavori (non prorogato) era venuto irrimediabilmente a scadenza da oltre quattro mesi.

L'ulteriore conseguenza di quanto appena dedotto e risultante dagli atti e documenti di causa, è che non era dato alla sentenza poter affermare che sussistessero gli elementi di base per considerare esistente un nesso eziologico fra l'adozione del provvedimento in data 28 dicembre 2010 e l'impossibilità di completare e mettere in esercizio l'impianto.

Al contrario, tale impossibilità discendeva in via diretta dall'irrimediabile, intervenuta scadenza del tempo (mai fatto oggetto di proroga) per la realizzazione dell'*opus*: dato di fatto preliminare e risolutivo, presente agli atti ma non percepito dal giudice, che sopravanzava qualsiasi altra rilevazione.

È il caso qui di considerare che non poteva andar condiviso il diverso calcolo della Araba Fenice Energy s.p.a. secondo la quale il periodo complessivamente a disposizione per la realizzazione dell'opera sarebbe venuto in scadenza circa un anno dopo, cioè il 18 agosto 2012 (in tal senso i conteggi allegati alla memoria in data 10 giugno 2015).

A riguardo si può osservare, per quanto la questione revocatoria già sia da intendere risolta nei sensi anzidetti:

- che non risultano evidenti (né in ogni caso condivisibili) le ragioni per cui il periodo di tre anni decorrente dal 25 settembre 2007 non avrebbe avuto la durata di $(365 \times 3 =) 1.095$ giorni, bensì la più cospicua durata di 1.789 giorni (pari di suo a quasi cinque anni);
- che la sentenza oggetto di revocazione non ha espressamente statuito in ordine alla determinazione e alla computabilità del richiamato termine di durata del sequestro (essendosi invece incentrata sulla diversa questione dell'applicabilità del termine triennale di cui al richiamato articolo 15 del d.P.R. 380 del 2001) palesando un'ulteriore svista circa la rilevazione delle circostanze di fatto necessarie ai fini del decidere;
- che, laddove la questione del computo di questo termine fosse stata, come era necessario, affrontata, essa avrebbe dato luogo alla sua valutazione in diritto (ed è appena il caso, in questa sede, considerare che andava definita in senso sfavorevole alle tesi della ricorrente di primo grado perché -secondo le risultanze degli atti, anche queste non espressamente rilevate dalla sentenza d'appello - il provvedimento collegiale penale di dissequestro in data 31 marzo 2011 è stato

disposto solo dopo che l'impresa interessata aveva provveduto a variare alcuni elementi strutturali del progetto, inizialmente difformi rispetto alla normativa antisismica; in definitiva, non sussistevano già agli occhi del giudice gli elementi di fatto perché il turno temporale durante il quale si era protratto il sequestro del cantiere potesse essere computato in favore della ricorrente in primo grado);

- che, anche nell'astratta ipotesi in cui fosse risultato computabile in favore della ricorrente in primo grado il periodo del sequestro del cantiere, tale periodo risultava dagli atti di soli 329 giorni, come indicato nell'ambito del decreto regionale n. 275 del 2011 (decreto che non risulta *in parte quai*impugnato). Del resto, la stessa sentenza in oggetto richiama in più parti (in particolare: punti 3 e 20 della motivazione) una durata del sequestro penale pari a 329 giorni: e la Araba Fenice Energy non ha censurato nelle forme di legge un eventuale errore insito in tale determinazione temporale;

- che, in definitiva, dagli atti del processo emergeva che il termine triennale per la realizzazione dei lavori era venuto in scadenza alla data del 25 settembre 2010 e che (anche a computare in favore della ricorrente in primo grado l'ulteriore periodo di durata del sequestro), tale termine sarebbe al più stato esteso di ulteriori 329 giorni, venendo comunque in scadenza al 19 agosto 2011. In entrambi i casi, quindi, il termine in questione risultava ormai spirato al momento in cui (28 dicembre 2011) la Regione Campania aveva adottato il provvedimento di decadenza impugnato con il ricorso di primo grado n. 911/2012.

Pertanto, non era dato supporre che il provvedimento regionale avesse sortito una valenza causale determinante al fine di impedire il completamento e l'entrata in servizio dell'impianto e, in via mediata, alla determinazione del danno lamentato dalla ricorrente in primo grado.

3. Il richiamato profilo (determinante ai fini del giudizio rescindente) risulta evidentemente determinante anche ai fini del giudizio rescissorio.

Ed infatti, l'insussistenza di un nesso eziologico fra il provvedimento regionale in data 28 dicembre 2011 e il danno patito dalla ricorrente in primo grado palesa l'insussistenza di un elemento costitutivo della fattispecie foriera di danno e, quindi, l'infondatezza della domanda risarcitoria in quanto tale.

4. Concludendo sul punto, l'accoglimento del primo motivo del ricorso per revocazione (in base alle ragioni in precedenza illustrate, corrispondenti a quelle dedotte dell'art. 395, n. 4, cod. proc. civ.) comporta la riforma della sentenza in epigrafe e, in via rescissoria, la reiezione della domanda risarcitoria articolata dall'Araba Fenice Energy s.p.a. (già Biopower s.p.a.) con il ricorso di appello n. 8362/2012 per carenza dei presupposti e delle condizioni per il suo accoglimento. Ciò esime il Collegio dall'esame puntuale delle ulteriori ragioni articolate dalla Regione Campania con il secondo motivo di ricorso al fine di dimostrare *aliunde* l'insussistenza dei presupposti e delle condizioni per accordare l'invocato ristoro del danno da lucro cessante.

In particolare, la richiamata circostanza esime il Collegio dall'esame dell'argomento con cui la Regione Campania ha eccepito, anche ai sensi dell'articolo 1227 cod. civ., che il termine per l'utile realizzazione dell'impianto per cui è causa fosse decorso per fatto imputabile alla stessa ricorrente in primo grado.

5. L'accoglimento del primo motivo del ricorso per revocazione (in base alle ragioni in precedenza illustrate), nel palesare la radicale infondatezza della domanda risarcitoria articolata dall'Araba Fenice Energy s.p.a. (già Biopower s.p.a.) con il ricorso di appello n. 8362/2012, esime altresì il Collegio dall'esame puntuale del quarto motivo di ricorso, con il quale si è contestata la statuizione di appello per ciò che riguarda la determinazione del quantum risarcitorio.

E' evidente al riguardo che la rilevata insussistenza dei presupposti per la favorevole articolazione della domanda risarcitoria renda inessenziale ai fini del

decidere la disamina degli argomenti con cui è stato determinato in concreto il quantum del ristoro accordato in favore dell'originaria ricorrente in primo grado.

6. Per le ragioni sin qui esposte il ricorso per revocazione ordinaria deve essere accolto nella sua parte rescindente e, per l'effetto, deve essere annullata la sentenza di questo Consiglio n. 1042/2015.

7. Nel merito del giudizio rescissorio, deve essere respinto - in quanto infondato - il ricorso in appello n. 911/2012 proposto dalla Araba Fenice Energy s.p.a. (già: Biopower s.p.a.), emergendo - sulla base delle considerazioni dinanzi svolte - l'infondatezza della pretesa risarcitoria coltivata attraverso la proposizione di tale ricorso.

8. Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso per revocazione e annulla la sentenza di questo Consiglio n. 1042/2015.

In sede rescissoria respinge, in quanto infondato, il ricorso in appello n. 8362/2012.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)