

N. 03114/2015REG.PROV.COLL.
N. 02770/2012 REG.RIC.



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

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 2770 del 2012, proposto dalla Provincia di Bari, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Felice Eugenio Lorusso e Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Felice Eugenio Lorusso, in Roma, via della Scrofa, n. 64;

contro

La s.p.a. Tersan Puglia., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Paccione, con domicilio eletto presso lo studio del dott. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, Sezione I, n. 85/2012, resa tra le parti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della s.p.a. Tersan Puglia;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Viste le proprie ordinanze 14 gennaio 2013, n. 98, 9 aprile 2014, n. 1704, 9 luglio 2014, n. 3495, 28 agosto 2014, n. 4418, e 12 gennaio 2015, n. 36;

Vista la propria sentenza 8 aprile 2014, n. 1644;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2015 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Felice Eugenio Lorusso, Giovanni Vittorio Nardelli e Luigi Paccione;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- Con provvedimento dirigenziale n. 99 dell'11 maggio 2004, la Provincia di Bari ha disposto, in via di autotutela, il ritiro, con effetto immediato, dell'autorizzazione, di cui era titolare la s.p.a. Tersan Puglia, allo svolgimento dell'attività di raccolta, trasporto, stoccaggio provvisorio, trattamento e riciclo di rifiuti speciali, con produzione, mediante procedimento di compostaggio dei rifiuti stessi, di fertilizzanti per l'agricoltura, ai sensi degli artt. 27 e 28 del d.lgs. n. 22 del 1997.

2.- La società ha impugnato l'atto di ritiro con ricorso al T.A.R. Puglia, Bari, che lo ha accolto con la sentenza della Terza Sezione n. 4676 del 21 ottobre 2004 (confermata in appello dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con decisione n. 6201 del 7 novembre 2005).

3.- Con successivo ricorso al T.A.R. Puglia, Bari, la società ha chiesto la condanna della Provincia di Bari al risarcimento del danno patrimoniale cagionato dal provvedimento annullato in sede giurisdizionale, allegando, ai fini della commisurazione del pregiudizio risarcibile, una perizia di parte.

4.- Con la sentenza n. 85 del 2012 (impugnata in questa sede), il T.A.R. ha ritenuto sussistente la colpa dell'Amministrazione, ha accolto il ricorso e, previa reiezione di alcune richieste della società, ha quantificato il danno risarcibile in € 722.160,00, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi compensativi.

4.- Con il ricorso in appello in esame, la Provincia di Bari ha chiesto la riforma della sentenza n. 85 del 2014 del TAR, deducendo i seguenti motivi:

a) insussistenza della colpa imputabile alla Provincia, assenza di nesso causale, carenza ed erroneità della sentenza impugnata, che avrebbe rilevato profili di responsabilità non dedotti;

b) in subordine, sul *quantum*, la incongruità della motivazione della sentenza del TAR.

5.- La s.p.a. Tersan Puglia si è costituita in giudizio, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza delle avverse deduzioni.

6.- Con l'ordinanza 14 gennaio 2013, n. 98, la Sezione ha accolto la istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, al fine della fissazione della udienza di merito per l'udienza del 17 maggio 2013.

7.- Con la sentenza non definitiva 8 aprile 2014, n. 1644, la Sezione:

- ha respinto in parte l'appello in esame, condividendo la sentenza del TAR circa l'accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa della Provincia di Bari nell'adozione del provvedimento già annullato in sede giurisdizionale;

- si è riservata di valutare la sussistenza del nesso causale tra il provvedimento di ritiro dell'autorizzazione e l'assegnazione ai dipendenti di indennità di mobilità e di incentivi all'esodo (peraltro ritenuto dal Giudice di primo grado liquidabile a titolo di danno emergente limitatamente alla somma di € 8.067,80), nonché tra tale provvedimento e la diminuzione di utile;

- ha disposto l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio.

8.- Con l'ordinanza 9 aprile 2014, n. 1704, la Sezione ha nominato il consulente tecnico d'ufficio, nella persona del dott. Donato Pezzuto, al fine di accertare, in contraddittorio delle parti, sulla base della complessiva documentazione acquisita agli atti del giudizio, il lucro cessante derivato alla parte appellante.

9.- Con l'ordinanza 9 luglio 2014, n. 3495, la Sezione ha accolto l'istanza del consulente, volta ad ottenere una proroga di trenta giorni dei termini già assegnati per il deposito della consulenza e degli atti preliminari.

10.- Con l'ordinanza 28 agosto 2014, n. 4418, la Sezione, su motivata richiesta del consulente, ha disposto una ulteriore proroga di trenta giorni dei termini già fissati.

11.- In data 3 settembre 2014, il consulente ha depositato la consulenza tecnica, con la quale ha dato risposta ai quesiti formulati ed ha dato riscontro alle osservazioni formulate allo schema di relazione con atto dell' 8 agosto 2014 dal dr. Vito Armenise, consulente della Provincia di Bari, ed a quelle formulate allo schema di relazione con atto del 7 agosto 2014 dal dr. Francesco Giustiniani, consulente della s.p.a. Tersan Puglia.

12.- Con atto depositato in data 3 settembre 2014, il consulente ha rilevato di aver trasmesso lo schema di relazione alle parti e di aver depositato la relazione definitiva, e che il lavoro eseguito, per la macroscopica mole di documentazione acquisita ed esaminata, aveva comportato un considerevole impiego di tempo e di risorse, ha affermato che si ritenevano applicabili al caso di specie gli artt. 2 e 3 delle tabelle allegate al d.P.R. n. 352 del 1988, come modificato dal decreto del Ministero della giustizia del 30 maggio 2002, ed ha proposto una nota 'specifica', recante un riepilogo di € 22.873,16 per competenze e di € 5.468,58 per spese anticipate (rimettendosi tuttavia a quanto la Sezione avrebbe discrezionalmente ritenuto di liquidare).

13.- Con memoria depositata il 31 ottobre 2014, la s.p.a. Tersan Puglia ha ribadito l'eccezione di tardività del deposito in appello della perizia della Provincia di Bari in data 3 gennaio 2013 (chiedendone lo stralcio dal processo), nonché l'eccezione di formazione del giudicato sulla declaratoria in primo grado della inammissibilità, per tardivo deposito, della memoria conclusionale e di acquiescenza al contenuto della perizia di parte tempestivamente depositata.

La società ha inoltre insistito nell'eccezione di inammissibilità della richiesta di estensione a terzi della responsabilità dei danni, perché formulata per la prima volta in secondo grado dalla Provincia, ed ha criticato l'attività svolta dal consulente, sostenendo che avrebbe modificato di sua iniziativa l'oggetto del quesito, con riguardo ai criteri di determinazione del fatturato medio dell'impresa, chiedendo che egli sia convocato per chiarimenti.

La società ha quindi insistito per la reiezione dell'appello.

14.- Con memoria depositata il 31 ottobre 2014, la Provincia di Bari ha ribadito che la sospensione delle attività della s.p.a. Tersan Puglia era stata disposta anche dal Comune di Modugno (sicché il pregiudizio potenzialmente ad essa arrecato dal provvedimento della Provincia n. 99 del 2004 assumerebbe potenziale autonomia per il periodo dal 20 agosto 2004 al 21 ottobre 2004), nonché che in primo grado non aveva avuto la materiale possibilità di articolare adeguate repliche alle valutazioni tecniche dei danni presentate dalla controparte e che la produzione di documentazione in appello sarebbe ammissibile, sia per la sua indispensabilità, sia per l'impossibilità di produrre provvedimenti adottati dal Comune di Modugno (di cui la s.p.a. Tersan Puglia non avrebbe mai manifestato l'esistenza se non in note di replica del 26 aprile 2013).

La Provincia ha quindi insistito per l'accoglimento dell'appello.

15.- Con note depositate l'11 novembre 2014, la s.p.a. Tersan Puglia ha replicato alla memoria della Provincia di Bari.

16.- Con memoria depositata l'11 novembre 2014, la Provincia di Bari ha ulteriormente replicato alle avverse deduzioni, in particolare deducendo che il consulente aveva diligentemente ottemperato all'ordine della Sezione di cui all'ordinanza collegiale n. 1704 del 2014 e che, poiché l'interruzione dell'attività della società era avvenuta nel mese di aprile del 2004, egli avrebbe doverosamente preso in esame il periodo dal 1° settembre 2003 al 30 giugno 2005.

Inoltre, alle pagg. 29 e ss. della propria relazione finale, la Provincia ha replicato alle osservazioni del consulente della s.p.a Tersan Puglia e, in conclusione, ha eccepito l'inammissibilità della richiesta di controparte.

17.- Con l'ordinanza 12 gennaio 2015, n. 36, la Sezione ha disposto l'acquisizione, da parte del consulente tecnico d'ufficio, di ulteriori precisazioni e chiarimenti.

18.- In data 10 febbraio 2015, il medesimo consulente ha depositato in giudizio i richiesti chiarimenti.

19.- Alla pubblica udienza del 16 aprile 2015, l'appello è stato trattenuto in decisione.

20.- Così ricostruite le vicende che hanno condotto alla presente fase del giudizio, questo Collegio non può che prendere atto di quanto deciso da questa Sezione con la sentenza non definitiva 8 aprile 2014, n. 1644, che ha respinto in parte l'appello in esame, ritenendo la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa della Provincia di Bari nell'adozione del provvedimento a suo tempo annullato in sede giurisdizionale.

Vanno pertanto esaminate le residue questioni controverse tra le parti, riguardanti la quantificazione dei danni risarcibili.

La sentenza appellata ha ritenuto complessivamente spettante alla società appellata la complessiva somma di € 722.160,00, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi compensativi.

Tale quantificazione è stata contestata dalla Provincia di Bari, con le censure del suo appello, ancora da esaminare.

La Provincia ha lamentato che il TAR ha effettuato una valutazione equitativa del danno, malgrado la s.p.a. Tersan Puglia non abbia fornito idonei elementi probatori.

Ad avviso dell'appellante, il TAR ha errato nel dare rilievo alla consulenza depositata dalla società e nel richiamare genericamente il principio di non contestazione, malgrado l'Amministrazione non aveva esplicitamente accettato le risultanze di tale consulenza.

Comunque, secondo la Provincia, la somma complessiva, quantificata in primo grado in € 722.160,00, oltre a rivalutazione ed interessi legali, sarebbe da ridurre a circa € 183.000,00 (di cui € 8.070 per indennità di mobilità ed incentivo all'esodo ed € 174.882 per mancati utili), ovvero a circa € 230.000,00, pur includendo la rivalutazione monetaria (per € 35.367) e gli interessi (per € 40.864): v. i calcoli riportati da pag. 23 a pag. 28 dell'atto d'appello, cui si rinvia per esigenze di sintesi.

20.1.- Ritiene la Sezione che sono fondate e vanno accolte le censure della Provincia appellante sulla erroneità delle statuizioni dal giudice di primo grado sulla quantificazione delle somme dovute alla s.p.a. Tersan Puglia.

Infatti, la valutazione equitativa – consentita da un principio generale desumibile dall'art. 1226 c.c. - è ammessa soltanto quando vi sia l'impossibilità o l'estrema difficoltà di una precisa prova sull'ammontare del danno (Consiglio di Stato, sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675).

Nel caso di specie, poiché la s.p.a. Tersan Puglia ha basato la sua domanda su una consulenza tecnica di parte, il T.A.R., non avrebbe potuto liquidare il risarcimento in questione mediante una valutazione equitativa basata su tale consulenza, ma avrebbe dovuto quanto meno valutare criticamente le sue risultanze, o tenendo conto delle contestazioni e delle argomentazioni fornite dalla Provincia o avvalendosi degli strumenti processuali consentiti dalla legge.

Solo in assenza di contestazione della controparte, infatti, la consulenza tecnica di parte – a seconda dei casi - può costituire un parametro sufficientemente indicativo, utilizzabile ai fini della liquidazione del danno risarcibile, sia pure apportandovi tutti gli adattamenti, precisazioni e specificazioni ritenuti opportuni (Cons. giust. amm. Sicilia, 9 luglio 2012, n. 582).

Il principio di non contestazione, di cui all'art. 64 del c.p.a., richiamato dal primo giudice, non era nel particolare caso di specie applicabile, perché, con riguardo alla perizia di parte depositata in primo grado in data 13

ottobre 2011, la difesa della Provincia aveva contestato (con memorie depositate il 24 ottobre 2011 e 2 novembre 2011) la valenza delle voci di danno di cui alle allegazioni probatorie di controparte: sotto tale profilo, non può avere decisiva rilevanza il fatto che il deposito della memoria di data 24 ottobre 2011 sia stato dichiarato irricevibile sentenza dal TAR.

Infatti, il giudice deve valutare le prove in base al comportamento della parte, ex art. 64, comma 4, del c.p.a., e tenendo conto di tutte le risultanze processuali: la Provincia di Bari comunque non ha fatto acquiescenza alle deduzioni della controparte e non ha affatto manifestato la chiara ed incondizionata volontà di accettare gli effetti e l'operatività delle richieste della società ed in una posizione difensiva incontrovertibilmente incompatibile con la negazione degli stessi (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4825).

Anche se il deposito della memoria di data 24 ottobre 2011 è stato dichiarato irricevibile dal T.A.R., il complessivo comportamento processuale della Provincia in primo grado non è invero configurabile come acquiescente alla produzione della perizia di parte della s.p.a. Tersan Puglia, essendovi comunque stata la volontà dell'Amministrazione di non accettare le relative risultanze.

21.- Ciò posto, la Sezione deve sciogliere la riserva, formulata con la sentenza non definitiva n. 1644 del 2014, circa la valutazione della fondatezza delle eccezioni, formulate dalla resistente società, di tardività e di inammissibilità della richiesta (formulata con l'atto di appello) di affermare la responsabilità del Comune di Modugno.

La Provincia a pag. 14 del gravame ha fatto riferimento al «*progetto ritenuto inammissibile dal Comune di Modugno in sede di conferenza dei sevizi in quanto incompatibile con le vigenti prescrizioni di piano*», nonché alla circostanza che «*“il progetto successivamente – e tardivamente - presentato non è stato assentito dal Comune di Modugno, nel cui territorio ricadeva, anche per la violazione delle norme di P.R.G. vigenti*», mentre a

pag. 15 ha dedotto che, «*sulla decisione finale della Provincia di ritirare l'autorizzazione, ha assunto un ruolo determinante – oltre al mutamento della normativa- anche l'influenza di altri soggetti pubblici (nella specie il Comune di Modugno) e di altre vicende amministrative correlate*».

Solo con la memoria, non notificata, depositata l'8 gennaio 2013, la Provincia:

- ha sostenuto che il provvedimento provinciale di ritiro dell'autorizzazione – notificato il 13 maggio 2004 e poi annullato in sede giurisdizionale - era andato ad innestarsi nell'arco temporale di 120 giorni di sospensione dell'attività di cava disposta con due ordinanze del Comune di Modugno, la prima delle quali era stata notificata il 20 aprile 2004, sicché il pregiudizio causato dal provvedimento provinciale sarebbe comunque limitato al periodo dal 20 agosto 2004 al 21 ottobre 2004;

- ha chiesto di quantificare i danni risarcibili, tenendo conto di quanto sarebbe dovuto da parte del Comune di Modugno ed ha inoltre chiesto l'emanazione, ex artt. 28, comma 3, e 51 del c.p.a., di un ordine che disponga l'integrazione del contraddittorio nei suoi confronti;

Ritiene al riguardo il collegio ritiene che tali richieste siano deduzioni siano inammissibili, poiché formulate nel corso del giudizio d'appello, con una memoria non notificata, che in quanto tale avrebbe potuto solo illustrare i motivi di gravame, senza possibilità di ampliare il *thema decidendum* (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2499).

Peraltro, neppure sarebbe rilevante un tale ordine di integrazione di contraddittorio, poiché per la quantificazione dei mancati utili conseguiti dalla società appellata deve aversi riguardo al periodo decorrente dalla data del 13 maggio 2004, fino alla data del 21 ottobre 2004 (periodo rispetto al quale non ha inciso alcun provvedimento del Comune di Modugno).

22.- Il collegio deve ulteriormente sciogliere la riserva, formulata con la sentenza non definitiva n. 1644 del 2014, circa la valutazione della dedotta mancanza di nesso causale tra il ritiro dell'autorizzazione e l'assegnazione

di indennità di mobilità e di incentivi all'esodo (peraltro ritenuto dal giudice di primo grado liquidabile a titolo di danno emergente limitatamente alla somma di € 8.067,80 riportata in un bollettino di versamento all'I.N.P.S. del contributo ex art. 5, comma 4, della l. n. 223/1991 per dieci lavoratori), nonché tra detto provvedimento e la diminuzione di utile.

A pag. 17 dell'atto d'appello è stata contestata la sussistenza di connessione tra il ritiro dell'autorizzazione e la corresponsione dell'indennità di mobilità e dell'incentivo all'esodo corrisposto a dieci dipendenti della s.p.a. Tersan Puglia, nell'assunto che l'evento afferiva piuttosto alle dinamiche interne aziendali della società.

In proposito con la sentenza impugnata la richiesta di pagamento della somma di € 38.362, a titolo di indennità di mobilità e di incentivo all'esodo per i dieci dipendenti posti in esubero nel mese di luglio dell'anno 2014 (in assunta conseguenza della chiusura dell'impianto e della contrazione dell'attività aziendale) è stata ritenuta fondata, a titolo di danno emergente solo nella limitata somma di € 8.067,80 di cui è stato provato in primo grado il pagamento a titolo di anticipazione sul contributo ex art. 5, comma 4, della l. n. 223 del 1991.

A fronte della generica contestazione della parte appellante e di assenza di appello incidentale al riguardo della s.p.a. Tersan Puglia, la Sezione ritiene che vada confermata la statuizione del TAR sulla debenza alla società della somma di € 8.067,80, potendo ritenersi normale conseguenza della riduzione dell'attività della società, a seguito degli eventi di cui trattasi, l'adozione delle misure di messa in mobilità del personale e di incentivazione all'esodo in questione (peraltro in assenza di prova da parte della Provincia che esse siano state causate da eventi diversi da quelli cui la società ne ha plausibilmente assunto che sia derivata l'adozione).

23.- Tanto premesso, va rilevato che al C.T.U. - al fine di accertare, sulla base della complessiva documentazione acquisita agli atti del giudizio, il

danno risarcibile per i mancati guadagni della società di cui trattasi per il periodo sopra individuato per effetto della determinazione di ritiro dell'autorizzazione per il trattamento, il riciclo e lo stoccaggio provvisorio di rifiuti speciali, poi annullata - sono stati deferiti i seguenti quesiti:

1° quesito: *“Accerti il C.T.U. in che misura, e con riferimento sia al periodo decorrente dalla data del 13.5.2004, di notifica del provvedimento di revoca della autorizzazione di cui trattasi, fino alla data del 21.10.2004, di deposito della sentenza di annullamento dello stesso, che al più limitato periodo dal 20.8.2004 al 21.10.2004, la Tersan Puglia s.p.a. ha subito mancati utili a seguito a causa della adozione di detto provvedimento, tenuto conto della circostanza che la citata società non ha proposto appello incidentale avverso la sentenza di primo grado e che quindi le decisioni assunte con riguardo alle percentuali di utile e di tassazione dello stesso non potranno essere riformate in misura più favorevole ad essa società.*

In particolare dovrà essere accertata, con riguardo a detti periodi:

- a) l'entità effettiva del corrispettivo medio mensile derivante alla Tersan Puglia s.p.a. da attività di recupero di compostaggio rifiuti speciali, con riferimento ai periodi immediatamente precedenti e successivo alla interruzione dell'attività a causa della disposta revoca di autorizzazione;*
- b) il prezzo medio per tonnellata dei materiali ritirati e trattati dalla citata società sulla base dell'elenco fatture, registro vendite mensile e distinta degli stessi;*
- c) l'entità in tonnellate della minore quantità di materiali ritirati e trattati dalla società stessa nel periodo di interruzione della attività della società;*
- d) l'entità del corrispettivo medio da vendita di biovegetal, facendo riferimento anche all'esercizio 2003, oltre che agli esercizi 2001 e 2002, derivante alla società in questione;*
- e) il margine operativo medio corrispondente alla reale situazione della società, se inferiore al 10 % indicato dal Giudice di primo grado;*

f) l'incidenza media effettiva delle imposte da calcolare sul complessivo mancato utile di impresa, come quantificato, se superiore al 40% quantificato in via presuntiva dal Giudice di primo grado”.

2° quesito: *“Accerti in conclusione il C.T.U. le somme complessivamente computabili a titolo di mancato utile finale subito da detta società a causa della adozione di detto provvedimento di revoca, al netto delle imposte, distintamente con riguardo ai due periodi sopra indicati”.*

23.1.- Con la depositata consulenza tecnica, è stata data risposta a detti quesiti in particolare:

a) determinando il corrispettivo medio mensile derivante alla s.p.a. Tersan Puglia dall'attività di recupero di compostaggio di rifiuti speciali nel periodo immediatamente precedente e successivo all'interruzione della sua attività (il 13 maggio 2004), per il periodo, come “concordato” con i consulenti di parte in sede di operazioni peritali, dal 1° settembre 2003 e fino al 30 giugno 2005;

b) individuando il prezzo medio praticato per l'attività di recupero di compostaggio di rifiuti speciali esercitata dalla società in detto periodo, così come “concordato” con i consulenti di parte in sede di operazioni peritali;

c) quantificando l'entità di rifiuti speciali ritirati e trattati dalla società suddetta nel periodo dal 1° gennaio 2002 al 31 dicembre 2003 e calcolando la media mensile (rapportata ai 24 mesi) da applicare ai periodi considerati (dal 13 maggio 2004 al 21 ottobre 2004 e dal 20 agosto 2004 al 21 ottobre 2004), così come “concordato” con i consulenti di parte in sede di operazioni peritali;

d) individuando l'entità dei ricavi derivanti dall'attività di recupero di compostaggio di rifiuti speciali e da vendita di biovegetal non conseguiti nell'anno 2004 a seguito dell'interruzione dell'attività;

e) quantificando il totale dei ricavi non conseguiti dalla società in questione a causa dell'interruzione dell'attività nei due periodi sopra indicati;

f) quantificando gli utili non conseguiti dalla società medesima nell'anno 2004 a causa dell'interruzione dell'attività con riguardo al primo di detti periodi in € 331.726,36 e al secondo in € 129.004,70;

g) determinando infine l'incidenza delle imposte sull'utile non conseguito nel periodo di interruzione dell'attività, tenendo conto dell'aliquota del 40% indicata dalla Sezione, invece che di quella effettiva risultante del 37,25%.

Quanto alle osservazioni formulate allo schema di relazione con atto dell'8 agosto 2014 dal dr. Vito Armenise, consulente tecnico di parte della Provincia di Bari, il C.T.U., con riguardo alla proposta di far riferimento ai giorni effettivi, ha richiamato il contenuto dei quesiti ed ha affermato in sostanza che si è attenuto alla ivi indicata metodologia di calcolo, ritenendo non condivisibili le prodotte osservazioni, confermando le risultanze della effettuata consulenza e comunque rilevando che, ove si fossero potute ritenere fondate le osservazioni del consulente di parte, le differenze tra gli utili netti non conseguiti nelle due ipotesi di calcolo sarebbero state di importo estremamente contenuto.

Quanto alle osservazioni formulate allo schema di relazione con atto del 7 agosto 2014 dal dr. Francesco Giustiniani, consulente tecnico di parte della s.p.a. Tersan Puglia, il C.T.U. ha affermato di essersi attenuto scrupolosamente ai quesiti fissati dal Consiglio di Stato ed a quanto successivamente "concordato" con i consulenti di parte in sede di inizio di operazioni peritali, con non condivisibilità delle osservazioni formulate dal suddetto consulente di parte, che aveva sostanzialmente messo in discussione i periodi presi in esame; in particolare ha evidenziato l'infondatezza di quanto affermato al punto 2) delle citate osservazioni.

In conclusione, il C.T.U. ha affermato che dalle risultanze e dagli accertamenti eseguiti è risultato che per il periodo dal 13 maggio 2004 al 21 ottobre 2010, che interessa, il totale dei ricavi non conseguiti per attività di recupero e compostaggio di rifiuti speciali e vendita di biovegetal

ammonta ad € 3.317.263,65, con un utile lordo non conseguito, calcolando il margine del 10%, di € 331.726,36 ed al netto dell'imposizione fiscale calcolata al 40%, di € 199.035,82.

22.2.- Con memoria depositata il 31 ottobre 2014, la s.p.a. Tersan Puglia ha sostenuto che il C.T.U. (in violazione delle statuizioni della Sezione circa il calcolo del lucro cessante alla luce dell'entità effettiva del corrispettivo medio mensile derivante alla società da attività di recupero di compostaggio rifiuti speciali, con riferimento ai periodi immediatamente precedente e successivo alla interruzione dell'attività a causa della disposta revoca di autorizzazione) avrebbe modificato di sua iniziativa l'oggetto del quesito, ricomprendendo nella determinazione del fatturato medio dell'impresa periodi storici in cui la società aveva subito il coattivo blocco totale delle attività per ordine delle Autorità amministrative (pur avendo il quesito fatto riferimento al corrispettivo medio derivante da «attività di recupero di compostaggio rifiuti»), come da tempestive contestazioni del consulente dr. Giustiniani, le cui osservazioni sono state riportate da pag. 6 a pag. 10 delle note di cui trattasi.

In conclusione, la società ha chiesto che sia convocato per chiarimenti il C.T.U., perché proceda ad un ricalcolo del lucro cessante, tenendo conto esclusivamente della *«entità effettiva del corrispettivo medio mensile derivante alla Tersan Puglia s.p.a. da attività di recupero di compostaggio rifiuti speciali (criterio dettato dalla sentenza n. 1644/2014, sub lett. a) di pag. 31 e dall'ordinanza istruttoria n. 1704/2014, pag. 3), senza tener conto dei periodi di blocco attività imposti dalle pubbliche amministrazioni»*, e *«proceda ad un ricalcolo dell'utile d'impresa non conseguito al lordo delle imposte, dovendo detti ricavi essere assoggettati a specifica tassazione come per legge»*.

22.3.- Con memoria depositata l'11 novembre 2014, la Provincia di Bari ha replicato alle osservazioni del consulente di parte della società, in particolare evidenziando che la metodologia di lavoro era stata

preliminarmente concordata all'avvio delle operazioni peritali, cui aveva preso parte anche il dr. Giustiniani.

Quanto all'assunto che l'acquisizione dei documenti necessari per il calcolo del corrispettivo medio da parte del C.T.U., in quanto avvenuta successivamente al 15 maggio 2014, attesterebbe la mancata condivisione (da parte del consulente di parte della società) della metodologia adottata dal C.T.U., la Provincia ha affermato esso sarebbe fuorviante, perché in tale data sarebbe stata verbalizzata l'adesione di tutti i tecnici al metodo di lavoro indicato dal C.T.U. ed inoltre perché le vicende relative all'andamento dell'attività della società sarebbero state attestate da dati obiettivi.

Sarebbe quindi evidente, secondo la Provincia, l'inammissibilità della richiesta di «ricalcolo del lucro cessante» formulata dall'avversa difesa.

Quanto alla richiesta di ricalcolo dell'utile di impresa non conseguito dalla società «al lordo delle imposte», la Provincia ha evidenziato che la Sezione, con l'ordinanza n. 1704 del 2014, aveva espressamente domandato al C.T.U. di accertare *«le somme complessivamente computabili a titolo di mancato utile finale ... al netto delle imposte»*, nonché che, a pagina 9 della relazione di stima dei danni predisposta nel giudizio di primo grado dal dott. Antonio Martello in favore della società, era stato espressamente affermato che *«Ai fini della quantificazione finale dei mancati utili va considerata l'incidenza fiscale»* e che la società non ha impugnato la pronuncia del Giudice di prime cure con riguardo alle percentuali di utile e di tassazione dello stesso ivi stabilite.

22.4.- Con ordinanza 12 gennaio 2015, n. 36, la Sezione ha disposto l'acquisizione, da parte del C.T.U. dott. Donato Pezzuto, di ulteriori precisazioni e chiarimenti, come dai seguenti quesiti che sono stati ad esso formulati:

1) *«Dica il C.T.U. se, in base alla documentazione messa a disposizione sua e dei consulenti di parte alla data del 15 maggio 2014 e di cui gli stessi*

hanno preso atto, fossero evincibili le vicende relative all'andamento dell'attività della Tersan (compresi i relativi 'arresti'), che la Provincia di Bari assume essere dettagliatamente esposte nella relazione sulla gestione che accompagna il bilancio d'esercizio al 31 dicembre 2013, depositato presso il Registro delle Imprese di Bari.

Confermi inoltre il C.T.U. che la 'Consulenza di parte e relativi allegati a firma del Dr. Antonio Martello', della quale in detta data era stata concordata l'acquisizione fosse quella prodotta nel giudizio di primo grado».

2) «Dica il C.T.U. quali delle osservazioni della Tersan Puglia s.p.a., ad eccetto di quelle riguardo alle quali si era già espresso in senso negativo, siano tecnicamente condivisibili ed, in tale ipotesi, in quale entità influenzino l'entità degli utili netti non conseguiti dalla Tersan Puglia s.p.a., di cui a pagina 34 della redatta consulenza tecnica d'ufficio».

22.5.- Con relazione di chiarimenti depositata il 10 febbraio 2015, il C.T.U. ha evidenziato, quanto alla prima richiesta di chiarimenti, che nella riunione del 15 maggio 2014 non era stata segnalata dai consulenti di parte l'interruzione dell'attività della società disposta dalla Provincia di Bari per un periodo di 90 giorni con determinazione n. 131 del 2003 (che risultava solo richiamata nella determinazione n. 99 del 2004 senza informazioni sull'eventuale impugnazione della stessa) pur non potendone essi esserne a conoscenza, e che con gli stessi consulenti erano stati concordati i periodi oggetto di indagine, senza che nulla fosse stato riferito al riguardo o chiesto di valutare nel calcolo del periodo di sospensione.

Ha aggiunto il consulente che solo successivamente alla chiusura delle operazioni peritali il consulente di parte dott. Giustiniani aveva contestato il calcolo effettuato sulla base di tale provvedimento, che non era stato preso in considerazione perché non prodotto in sede di operazioni peritali e non esaminabile in contraddittorio con le parti, a nulla valendo detto

richiamo contenuto nella determinazione n. 99 del 2004 citata, per carenza documentale.

Quanto al secondo chiarimento richiesto, il C.T.U. ha confermato che la consulenza del dr. Antonio Martello acquisita nell'ambito dell'incarico ricevuto coincideva con quella prodotta nel corso del giudizio di primo grado.

Quanto alla terza richiesta di chiarimenti (relativa alle osservazioni formulate dalla società alle considerazioni contenute nella redatta c.t.u. con riguardo al calcolo del corrispettivo medio mensile derivante alla società dall'attività di recupero compostaggio rifiuti speciali nei periodi immediatamente precedenti e successivi all'interruzione dell'attività della di cui trattasi, a suo tempo concordati con i consulenti di parte per il periodo dal 1 settembre 2003 e fino al 30 giugno 2005), il C.T.U. ha affermato che le osservazioni del legale della società (sulla sospensione dell'attività aziendale disposta dalla Provincia per 90 giorni dal 16 settembre 2003, sulla impossibilità di considerazione di detto periodo e sui periodi di avviamento che sarebbero stati necessari dopo due interruzioni dei contratti per il ripristino dei contratti) potrebbero ritenersi tecnicamente condivisibili, ma che, per operare un ampliamento del periodo di indagine, sarebbe necessario acquisire ulteriore documentazione contabile e proseguire l'attività istruttoria in contraddittorio tra le parti; ha comunque indicato che in caso di ammissibilità di dette osservazioni il corrispettivo medio mensile derivante dall'attività di recupero compostaggio rifiuti sarebbe pari ad € 1.020.518, 20 (€ 5.612.850 : 5,5 mesi) [in luogo della somma indicata nella c.t.u. di € 420.105,58 (€ 6.721.689, 24 : 16 mesi)].

Quanto al prezzo medio per tonnellata per l'attività di recupero e compostaggio rifiuti, ha sostenuto il C.T.U. che le interruzioni dell'attività della società sono irrilevanti ed ha confermato il prezzo medio per tonnellata praticato per il recupero ed il compostaggio in questione in € 81,30 per tonnellata.

Quanto al calcolo della media mensile della quantità dei rifiuti speciali ritirati e trattati, il C.T.U. ha chiarito che, tenendo conto della sospensione dell'attività per 90 giorni cui in precedenza è stato fatto cenno, la media mensile delle tonnellate ritirate e trattate da Tn 7.220,902 passerebbe a Tn 8.453,739, mentre la media giornaliera passerebbe da Tn 240,697 a Tn 281,791.

In conclusione il C.T.U. ha affermato che, se fossero ammissibili le osservazioni del procuratore della società in merito alle conseguenze dell'interruzione dell'attività della stessa a seguito della determinazione provinciale, i ricavi non conseguiti per il periodo dal 13 maggio 2004 al 21 ottobre 2004 ammonterebbero ad € 3.711.356,54, invece che ad € 3.170.123,91, come quantificato con la disposta c.t.u..

Con riguardo ai corrispettivi non conseguiti a causa della mancata vendita di biovegetal, il C.T.U. ha evidenziato che, in sede di operazioni peritali, era stata concordata con i consulenti tecnici di parte la individuazione dei periodi di lavoro con riguardo agli anni 2001, 2002 e 2003 ed all'anno 2004 per sei mesi; tuttavia tenendo conto delle osservazioni del procuratore della società con riguardo ai periodi relativi all'anno 2004 (non tenendo conto dei sei mesi), i ricavi non conseguiti ammonterebbero, per il periodo dal 13 maggio 2004 al 21 ottobre 2004, ad € 168.326,10, invece che ad € 147,139,74 indicati nella c.t.u..

In conclusione, egli ha osservato che, qualora risultassero ammissibili le osservazioni della società, per il periodo in questione e tenendo conto di una imposizione fiscale del 40%, l'utile netto non conseguito dalla società ammonterebbe ad € 232.780,96, invece che ad € 199.035,82, come quantificato in c.t.u.

23.- La Sezione in proposito ribadisce che correttamente il C.T.U. ha calcolato gli oneri fiscali al netto delle imposte forfetariamente calcolate al 40% invece che al 37,25%, come risultante dagli atti, e la percentuale di mancato utile al 10%, atteso che la società non ha gravato con appello

incidentale la determinazione del primo giudice di quantificare detti oneri e detta percentuale in tale entità, e che le controdeduzioni della Provincia alle osservazioni dei consulenti della società sono condivisibili (in particolare con riguardo alle osservazioni riguardanti le fatture di una società di intermediazione non contabilizzate dalla società).

Quanto alle osservazioni formulate dalla società con memoria del 31 ottobre 2014 e a quelle della Provincia di data 11 novembre 2014 (riepilogate nell'ordinanza n. 36 del 2015), a seguito delle quali sono stati chiesti chiarimenti al C.T.U., il collegio è tenuto a decidere se, nel calcolo dell'utile netto non conseguito dalla società nel periodo, come è stato già stabilito, decorrente dal 13 maggio 2004 al 21 ottobre 2004, debba tenersi conto o meno dell'interruzione disposta dalla Provincia con l'atto n. 131 del 2003, di sospensione dell'attività aziendale per 90 giorni.

A prescindere dall'adesione o meno dei consulenti tecnici di parte alla metodologia di lavoro proposta dal C.T.U, che non possono vincolare la decisione giurisdizionale al riguardo, va osservato che la situazione finanziaria della società in questione andava effettuata "fotografando" quella concretamente e realmente esistente a ridosso della cessazione disposta dalla Provincia e non con riguardo alla attività astrattamente da essa effettuata ed effettuabile in condizioni di assoluta normalità.

Le conseguenze della cessazione dell'attività societaria per 90 giorni disposta dalla Provincia e le esigenze di avviamento dopo tale cessazione sarebbero sussistite anche nell'ipotesi che non fosse stato emanato l'illegittimo provvedimento il ritiro, con effetto immediato, dell'autorizzazione, di cui era titolare la società, allo svolgimento dell'attività di raccolta, trasporto, stoccaggio provvisorio, trattamento e riciclo di rifiuti speciali.

Inoltre va rilevato che a pag. 10 della relazione di chiarimenti il C.T.U. ha affermato che la determinazione della Provincia gli è stata trasmessa solo dopo la chiusura delle operazioni peritali e che essa risultava solo

richiamata nella determinazione n. 99 del 2004, alla lettera A), punto 12) delle premesse.

La determinazione in questione è stata quindi prodotta successivamente, nel corso del giudizio d'appello e incorre nel divieto di produzione di nuovi documenti in secondo grado di cui all'art. 104, comma 2, del c.p.a., non essendo stata dimostrata l'impossibilità da parte della ricorrente di produrla in giudizio in primo grado; né, tenuto conto dell'onere della prova ricade indefettibilmente sulla parte che agisce in giudizio, può ritenersi che essa, per le considerazioni in precedenza svolte, fosse acquisibile perché indispensabile ai fini della decisione da assumere.

Con riguardo poi ai corrispettivi per la vendita di biovegetal, le osservazioni della difesa della società non sono condivisibili, sia perché sostanzialmente basate sull'interruzione della attività per 90 giorni sopra richiamata, della quale non poteva tenersi conto per le considerazioni in precedenza svolte, e sia perché il C.T.U. ha evidenziato nella relazione di chiarimenti che nell'anno 2003 l'attività di vendita di biovegetal era stata regolarmente svolta.

Deve quindi confermare la Sezione le conclusioni cui era pervenuto il C.T.U. con la consulenza depositata in giudizio il 3 settembre 2014, con cui è stato affermato che il totale dei ricavi non conseguiti dalla società per attività di recupero e compostaggio di rifiuti speciali e vendita di biovegetal (a seguito dell'illegittimo ritiro, da parte della Provincia di Bari, dell'autorizzazione, di cui era titolare allo svolgimento dell'attività di raccolta, trasporto, stoccaggio provvisorio, trattamento e riciclo di rifiuti speciali, con produzione, mediante procedimento di compostaggio dei rifiuti stessi, di fertilizzanti per l'agricoltura), ammonta ad € 3.317.263,65, con un utile lordo non conseguito, calcolando il margine del 10 %, di € 331.726,36 ed al netto dell'imposizione fiscale calcolata al 40%, di € 199.035,82.

Il danno risarcibile, ammonta quindi alla somma di € 8.067,80, per spese sostenute dalla società con la somma di € 199.035,82 per mancato guadagno, quindi alla somma totale di € 207.103,62.

Su detto importo degli utili netti non percepiti società durante il periodo in cui è stata data esecuzione al provvedimento annullato dal T.A.R. Puglia Bari con sentenza n. 4676 del 21 ottobre 2004, come già stabilito con la sentenza non definitiva n. 1644 del 2014 e con l'appellata sentenza, va calcolata la rivalutazione dal 1° gennaio 2005 fino alla data di pubblicazione della sentenza definitiva di appello, sulla base degli indici I.S.T.A.T. dei prezzi al consumo, non avendo la società provato il maggior danno da svalutazione, e fino all'effettivo soddisfo.

Gli interessi legali vanno calcolati nella misura legale, separatamente sul capitale rivalutato anno per anno e fino al soddisfo.

24.- L'appello, ad integrazione di quanto già stabilito con la sentenza non definitiva della Sezione n. n. 1644 del 2014, deve essere conclusivamente in parte accolto e, in riforma parziale della sentenza di primo grado, la Provincia di Bari va condannata al pagamento della s.p.a. Tersan Puglia, a titolo di risarcimento danni, della somma totale di € 207.103,62 (e non di quella di 722.160,00, liquidata dal TAR), maggiorata di interessi e rivalutazione, come da motivazione.

25.- Nella parziale reciproca soccombenza e nella complessità e parziale novità delle questioni trattate, il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del doppio grado di giudizio.

27.- Con riguardo al compenso dovuto al C.T.U., la Sezione rileva che questi – richiamati gli artt. 2 e 3 delle tabelle allegate al d.P.R. n. 352 del 1988, come modificato dal decreto del M. di G. e G. del 30 maggio 2002 ed evidenziato che la macroscopica mole di documentazione acquisita ed esaminata ha comportato un considerevole impiego di tempo e di risorse - ha proposto una nota 'specificata', recante un riepilogo di € 22.873,16 per

competenze e di € 5.468,58 per spese anticipate (rimettendosi tuttavia a quanto la Sezione avrebbe ritenuto discrezionalmente di liquidare).

In proposito va rilevato che la liquidazione del compenso in favore degli ausiliari del giudice avviene mediante l'utilizzo del sistema dei parametri introdotto dal d.m. n. 140 del 2012 e non più in base al sistema tariffario di cui al d.P.R. n. 352 del 1988 e al d.m. 30 maggio 2002, a seguito dell'adozione del d.l. n. 1 del 2012 che ha abrogato il sistema delle tariffe professionali e tutte le disposizioni che ad esse rinviavano, fornendo la base normativa per l'emanazione del d.m. n. 140 del 2012.

Nella specie, la Sezione ritiene che il parametro orientativo in relazione al quale liquidare il compenso sia quello sancito dall'art. 21 del citato d.m. n. 140 del 2012, in quanto la prestazione espletata è da sussumersi nel *genus* delle perizie estimative contabili, sicché trovano applicazione le disposizioni sancite dal Capo III del medesimo d.m. (sui dottori commercialisti e sugli esperti contabili) e in particolare l'art. 15, lett. c), sulla tipologia di attività, l'art. 17 sui parametri generali, l'art. 21, sulle valutazioni, perizie e pareri, nonché al riquadro 3, della menzionata Tabella C.

Tuttavia, per la giurisprudenza, il sistema dei parametri non è vincolante per il giudice ed assume solo un valore orientativo, essendo imperniato su criteri soggettivi, oggettivi e funzionali.

Nel caso in esame, tenuto conto della non vincolatività di detto sistema e della circostanza che gli artt. 33-39 del d.m. n. 140 del 2012 impongono di dare particolare rilievo alla difficoltà della prestazione svolta dall'ausiliario del giudice, deve ritenersi che essa sia nel caso di specie obiettivamente sussistente, data la particolarità dei quesiti ad esso formulati.

Poiché a seguito della richiesta del collegio il C.T.U. ha redatto anche una relazione di chiarimenti, deve ritenersi che la somma di € 22.873,16, quantificata a titolo di competenze dal consulente nominato dalla Sezione, non risulta del tutto congrua, sicché è equo liquidare a tale titolo la somma

di € 15.000,00, oltre alle spese sostenute, che vanno integralmente riconosciute nella indicata e documentata somma di € 5.468,58, per complessivi € 20.468,58, detratto quanto già eventualmente corrisposto a titolo di acconto, oltre ad I.V.A. ed ad altri accessori di legge, se dovuti.

Nell'ambito della disposta pronuncia di compensazione per giusti motivi delle spese giudiziali, la Sezione ritiene di disporre la ripartizione tra la Provincia di Bari e la società appellata per quote uguali anche di dette spese liquidate in favore del consulente tecnico d'ufficio, atteso che la c.t.u., in quanto strumento di ausilio al giudice nella valutazione degli elementi che comportino specifiche conoscenze, deve ritenersi resa nell'interesse generale della giustizia e, quindi, correlativamente, nell'interesse comune delle parti (Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 2011, n. 3807).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie in parte l'appello in esame n. 2770 del 2012 e, a conferma di quanto già deciso con la sentenza non definitiva della Sezione n. n. 1644 del 2014 ed in riforma parziale della sentenza di primo grado, condanna la Provincia di Bari al pagamento in favore della s.p.a. Tersan Puglia, a titolo di risarcimento danni, della somma totale di € 207.103,62, maggiorata di interessi e rivalutazione, come da motivazione (con riforma delle diverse statuizioni del TAR).

Pone in solido, con ripartizione interna in parti uguali, a carico della Provincia di Bari e della s.p.a. Tersan Puglia il pagamento, a favore del C.T.U. dott. Donato Pezzuto, delle competenze e spese liquidate per la eseguita consulenza tecnica, ammontanti nella complessiva somma di € 20.468,58, oltre ad I.V.A. ed altri accessori di legge, se dovuti.

Compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2015

con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/06/2015

IL SEGRETARIO

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