

N. 05386/2013REG.PROV.COLL.  
N. 01573/2013 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 1573 del 2013, proposto da:

Bio Ecoagrimm s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Bice Annalisa Pasqualone, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria 2;

***contro***

Provincia di Foggia, rappresentata e difesa dagli avv. Nicola Martino e Sergio Delvino, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via Angelo Emo 56;

***per l'ottemperanza***

della sentenza del T.A.R. Puglia – Bari, Sezione II, n. 01470/2012, resa tra le parti, concernente autorizzazione ampliamento impianto produttivo di ammendanti e concimi per uso agricolo

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Foggia;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2013 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Bice Annalisa Pasqualone e Sergio Delvino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

1. La Bio Ecoagrimm s.r.l. domanda, in questo giudizio, l'ottemperanza della sentenza del TAR Puglia – sede di Bari, n. 1754 del 18 novembre 2011. Con tale pronuncia, resa su ricorso avverso il silenzio ex art. 31 cod. proc. amm. dalla stessa proposto, è stato ordinato alla Provincia di Foggia di provvedere sull'istanza autorizzativa ex art. 210 t.u. ambiente (d.lgs. n. 152/2006) per l'ampliamento del proprio impianto di produzione di ammendanti e concimi agricoli sito in agro del Comune di Lucera, località Ripatetta.

Sulla suddetta istanza, presentata dalla società odierna appellante, già esercente l'attività di recupero di rifiuti e di produzione di compost, la Provincia si è determinata successivamente alla notifica della sentenza rilasciando il provvedimento, limitando la potenzialità dell'impianto a 83.000 tonnellate all'anno in luogo delle 232.000 richieste (determinazione dirigenziale n. 833 del 16 marzo 2012).

2. Nel ricorso di primo grado la Bio Ecoagrimm ha sostenuto che tale provvedimento è nullo per elusione del giudicato. Secondo la deducente quest'ultimo discende dalla citata pronuncia del TAR di Bari, in cui è stata

accertata non solo l'illegittimità del silenzio serbato, ma, ai sensi dell'art. 31, comma 3, cod. proc. amm., anche la fondatezza della sottostante pretesa al rilascio del titolo abilitativo per la potenzialità produttiva richiesta nell'istanza. A quest'ultimo riguardo, la società odierna appellante pone in evidenza che tale accertamento è a sua volta conseguente alla sentenza del medesimo TAR n. 2149 del 29 settembre 2009, con la quale è stata annullata una precedente autorizzazione rilasciata dalla Provincia resistente nel medesimo procedimento per la suddetta minore capacità produttiva di 83.000 tonnellate annue (deliberazione della Giunta provinciale n. 404 del 9 ottobre 2008).

La società lamenta inoltre che la determinazione qui impugnata è stata adottata in base ad un acritico recepimento del parere del Comitato tecnico provinciale per i rifiuti ex art. 5, comma 9, l. reg. n. 30/1986 (contenente norme di "prima attuazione" del d.p.r. n. 915/1981, in materia di smaltimento rifiuti), emesso successivamente alla notificazione della sentenza n. 1754/2011, quando cioè - ad avviso della Bio Ecoagrimm - residuava in capo all'amministrazione il solo obbligo di emettere l'autorizzazione in conformità all'istanza.

3. Con la sentenza qui appellata il TAR ha nondimeno respinto il ricorso, osservando che:

- l'intervento del suddetto organo consultivo, ricostituito dalla Provincia nelle more del procedimento, era doveroso in sede di riesercizio del potere autorizzativo conseguente al giudicato dichiarativo dell'illegittimità del silenzio;
- il vincolo conformativo derivante dal giudicato di annullamento di cui alla sentenza n. 2149/2009 si riferisce all'originaria istanza autorizzativa, vale a

dire a quella del 27 dicembre 2007, mentre quella su cui si controverte scaturisce da una proposta progettuale modificativa, datata 1 febbraio 2010, autonomamente presentata dalla Bio Ecoagrimm.

4. Nel presente appello quest'ultima controdeduce che:

- l'istruttoria ed il parere del Comitato tecnico si sostanziano in una non consentita sopravvenienza inidonea ad incidere sul giudicato costituito dalla sentenza n. 1754/2011, donde il carattere elusivo del provvedimento autorizzativo qui impugnato, il quale recepisce il limite alla potenzialità produttiva già ritenuto illegittimo dal giudicato di annullamento cui alla sentenza del TAR n. 2149/2009, per giunta malgrado lo stesso organo si fosse allora espresso in senso favorevole alla superiore capacità di 232.000 t/a (parere del 18 aprile 2008);
- il TAR ha travisato la portata dell'istanza autorizzativa del 1 febbraio 2010, la quale si sostanzia non già in una nuova richiesta, ma nella riproposizione, in seguito al suddetto giudicato di annullamento, di quella originaria, salve alcune modifiche migliorative indicate dalla Provincia nel corso della verifica di impatto ambientale dell'impianto;
- lo stesso giudice di primo grado non si è pronunciato sui motivi di illegittimità rivolti in via autonoma nei confronti della contestata autorizzazione, per plurime violazioni della l. n. 241/1990 e d.lgs. n. 152/2006, contraddittorietà in atti e difetto di motivazione, rispetto ai pareri favorevoli alla maggiore capacità produttiva dell'impianto invocata, che lo stesso giudice di primo grado avrebbe dovuto esaminare previa conversione del rito ex art. 32 cod. proc. amm., una volta accertata l'infondatezza dell'azione di nullità per elusione del giudicato.

Si è costituita in resistenza la Provincia di Foggia.

## DIRITTO

1. Così riassunta la prospettazione alla base del presente appello, costituisce questione decisiva stabilire quale sia il valore e quali le conseguenze derivanti dalla riproposizione dell'istanza autorizzativa in data 1 febbraio 2010, presentata dalla Bio Ecoagrimm successivamente al primo giudicato ad essa favorevole, vale a dire la più volte citata sentenza n. 2149/2009 del TAR di Bari.

In quella oggetto del presente appello, infatti, lo stesso Tribunale di primo grado ha ritenuto che, con tale progetto, l'odierna appellante abbia presentato *“una nuova istanza per ottenere l'autorizzazione all'ampliamento dell'impianto di produzione”*, inferendone il carattere autonomo del procedimento da essa scaturente e, conseguentemente, la legittimità dell'acquisizione del parere del Comitato tecnico provinciale per i rifiuti

2. Questo punto della sentenza merita la censura di travisamento delle risultanze probatorie contenuta nell'appello.

Tale progetto reca in effetti alcune modifiche impiantistiche, adottate – come specificato nell'istanza - al fine di recepire le indicazioni formulate dalla Provincia nel corso dell'istruttoria e confluite nell'originaria autorizzazione di cui alla delibera di giunta provinciale n. 404 del 9 ottobre 2008, poi annullata dal TAR, oltre che altri accorgimenti tecnici volontariamente introdotti dalla società istante.

Nondimeno, nel progetto di cui all'istanza risulta invariata la capacità produttiva di 232.000 t/a. Ed è proprio su quest'ultimo dato che vi era già stato il parere favorevole del suddetto organo consultivo, datato 18 aprile 2008.

Ne consegue che in sede di riesercizio del potere autorizzativo,

successivamente all'accoglimento dell'azione avverso il silenzio, quest'ultimo requisito progettuale avrebbe potuto essere oggetto di specifico riesame solo se variato, cosa che non è invece avvenuta.

3. Quest'ultima considerazione introduce l'esame delle doglianze concernenti la violazione del giudicato, che sono parimenti fondate.

Infatti, con la sentenza n. 2149/2009, di accoglimento dell'impugnativa avverso il primo provvedimento autorizzativo, proprio nella parte in cui lo stesso prescriveva il limite alla potenzialità dell'impianto ad 83.000 t/a, il TAR di Bari ha censurato quest'ultimo come irragionevole, tra l'altro, proprio perché il Comitato tecnico provinciale ex l. reg. n. 30/1986 *“nella seduta del 18 aprile 2008 aveva espresso parere favorevole alla realizzazione dell'impianto senza sindacare né la capacità quantitativa dell'impianto, né il processo di trattamento dei rifiuti”*.

Deve poi evidenziarsi che la sentenza n. 1754/2011 del TAR Puglia contiene un incontrastato accertamento in ordine alla fondatezza della pretesa sostanziale sottesa all'istanza autorizzativa del 1 febbraio 2010, che viene espressamente ricollegata al *“buon esito dell'istruttoria”* ed all' *“intervenuta acquisizione dei prescritti pareri (di segno favorevole)”*, ciò nondimeno non seguita dall'adozione del provvedimento conclusivo. Degno di menzione è il fatto che, come emerge dalla lettura della decisione in esame, questo accertamento in ordine alla completezza dell'istruttoria ed al suo esito favorevole alla società istante si fonda anche sulla più volte menzionata sentenza del medesimo TAR n. 2149/2009. Più precisamente, in sede di azione avverso il silenzio il medesimo Tribunale amministrativo ha affermato essere già stata accertata l'illegittimità del limite di 83.000 tonnellate annue di capacità, e dunque dell'autorizzazione prescrittiva di

tale limite, proprio *“nella parte in cui i provvedimenti prescrivevano il limite alla potenzialità dell'impianto ad 83.000 t/a”* (così nella sentenza n. 1754/2011).

3.1 Ed allora, risulta innanzitutto che, in violazione del comando giudiziale di cui alla sentenza n. 1754/2011, la Provincia ha riavviato il procedimento autorizzativo acquisendo un apporto istruttorio già agli atti e sulle cui risultanze tecniche si fondava l'ordine di emettere il provvedimento autorizzativo in conformità all'istanza dell'1 febbraio 2010. Per giunta, nel parere così indebitamente acquisito – coincidenza a dir poco sospetta - viene reintrodotta il limite di 83.000 t/a già dichiarato illegittimo.

3.2 La determinazione qui impugnata n. 883 del 16 marzo 2012, che tale parere ha integralmente fatto proprio, non è quindi elusiva del giudicato ma addirittura violativa dello stesso e deve conseguentemente essere dichiarata nulla, perché direttamente contrastante con il predetto comando.

4. Tanto è sufficiente per l'accoglimento dell'appello, rimanendo logicamente assorbite le restanti censure.

In riforma della sentenza di primo grado, quindi, oltre alla dichiarazione di nullità in questione va dunque ordinata l'ottemperanza alla sentenza n. 1754/2011.

4.1 A questo riguardo, ai sensi della lett. a) dell'art. 114, comma 4, cod. proc. amm., può essere determinato il contenuto del provvedimento, così come richiesto dalla società odierna appellante, da emanare nel termine di 30 giorni dalla comunicazione in via amministrativa o notificazione della presente sentenza, nel senso che lo stesso deve contenere il limite più volte detto di 232.000 t/a.

4.2 Può anche essere accolta la richiesta di condanna al pagamento della penalità di cui alla lett. e) della disposizione da ultimo citata.

In questo senso milita infatti un giudizio di Collegio che non può che essere di riprovazione dell'operato dell'amministrazione provinciale, soccombente in due giudizi prima di questo e pervicacemente recalcitrante ad eseguire i giudicati formatosi sul rapporto amministrativo dedotto in giudizio. Comportamento che, quindi, induce a ritenere necessario ricorrere alla coazione indiretta ad adempiere che la statuizione qui invocata esercita sull'amministrazione inottemperante (e che la rende assimilabile ad una pena più che ad un ristoro patrimoniale: cfr. in questi termini C.d.S., Sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3272; sez. V, 20 agosto 2013, n. 4180; 14 maggio 2012 n. 2744; 20 dicembre 2011, n. 6688).

Nondimeno, la domanda in esame non può tuttavia essere accolta nei termini formulati dall'odierna appellante, e cioè per la ragguardevole cifra di 500 mila euro, che viene invocata adducendo circostanze per nulla provate, come la mancata stipula di contratti di recupero di rifiuti a prezzi più favorevoli. Inoltre, il richiamo operato dalla norma al concetto di equità, a mente del quale la penalità non può essere disposta se ciò "*è manifestamente iniquo*", induce a ritenere che lo stesso rilevi non solo in punto *an*, ma anche in ordine al *quantum*. Palesi sono infatti le assonanze con il potere del giudice ordinario di riduzione della penale contrattuale previsto dall'art. 1384 cod. civ.: "*La penale può essere diminuita equamente*"; tra l'altro quando il relativo ammontare "*è manifestamente eccessivo*", in relazione all'interesse all'adempimento.

La citata disposizione codicistica e l'interpretazione che di essa ne fornisce la Cassazione possono integrare un parametro in grado di orientare il Collegio nella quantificazione della penalità, vista l'omogeneità di funzione con la penale contrattuale. In particolare, giova ricordare che nella sentenza



n. 7180 del 10 maggio 2012 la Suprema Corte ha posto in rilievo la necessità di procedere ad una valutazione oggettiva dell'interesse all'adempimento, non senza trascurare che, come chiarito nella sopra citata sentenza 20 dicembre 2011, n. 6688 di questa Sezione, la penalità di mora non costituisce un rimedio di carattere risarcitorio, e non deve dunque mirare al ristoro integrale dei danni subiti (che possono eventualmente essere pretesi in separata sede).

Si ritiene pertanto che occorra individuare in via presuntiva e forfettaria una somma in qualche modo ragguagliata al maggior utile netto che l'odierna appellante avrebbe ricavato dall'impianto se autorizzata in seguito alla sentenza del TAR n. 1754/2011. Appare al riguardo congrua la somma di € 300 al giorno per ogni giorno di ritardo successivo al termine per ottemperare come sopra fissato.

5. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, così provvede:

- dichiara la nullità della determinazione n. 883 del 16 marzo 2012
- ordina alla Provincia di Foggia di ottemperare alla sentenza del TAR Puglia – sede di Bari, n. 1754/2011, emandando, nel termine di 30 giorni dalla comunicazione in via amministrativa o notificazione della presente sentenza, l'autorizzazione richiesta dall'appellante Bio Ecoagrimm nei sensi specificati in motivazione;
- fissa in € 300,00 la somma dovuta dalla Provincia di Foggia alla Bio

Ecoagrimm per ogni giorno di ritardo successivo alla scadenza del termine per ottemperare come sopra fissato;

- condanna la Provincia di Foggia alla refusione in favore della società appellante delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate in € 5.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/11/2013

IL SEGRETARIO

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