

ORIGINALE

COPIA



Sent. 56 / 2012

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE

riunito in camera di consiglio e composto dai signori giudici

dott. Antonino Elefante

Presidente

dott. Aldo Scola

Consigliere di Stato

dott. Fabrizio Forte

Consigliere di Cassazione

dott. Adolfo Metro

Consigliere di Stato

dott. Amedeo Franco

Consigliere di Cassazione

dott. Silvestro Maria Russo

Consigliere di Stato, est.

dott. ing. Pasquale Giardina

Esperto tecnico

ha pronunciato la seguente

N. 168/10 Reg. Gen.
N. 377/12 Cronologico
N. _____ Repartorio
N. _____ Camo. Civ

SENTENZA

sul ricorso n. 168/2010, proposto dalla INGEGNAMBIENTE s.r.l., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Fortunato, Ida Tascone e Guido Lenza ed elettivamente domiciliata in Roma, alla via XX Settembre n. 98/A,

F.E.
11 APR. 2012

contro

- la Provincia di Avellino, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Gennaro Galsetta ed elettivamente domiciliata in Roma, alla via Gallia n. 86, presso lo studio dell'avv. Cassandra e
- la Regione Campania, in persona del Presidente *pro tempore* della Giunta regionale, non costituita nel presente giudizio

e nei confronti

del Comune di Mirabella Eclano (AV), in persona del sig. Sindaco *pro tempore*, intervenitore *ad opponendum*, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Maria Sanguineti ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via Machiavel-
li n. 25, presso lo studio dell'avv. Centro,

per l'annullamento

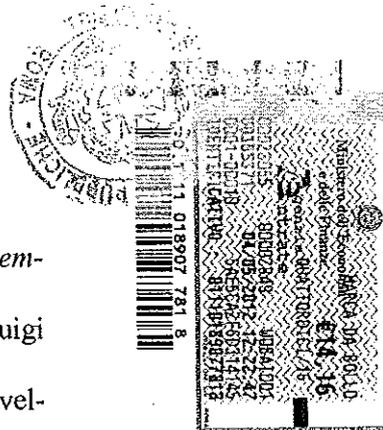
della nota prot. n. 26613 del 15 aprile 2010, con cui la Provincia intimata ha respinto l'istanza attorea preordinata al rilascio d'una concessione per piccola derivazione d'acqua a scopi idroelettrici dal fiume Calore, nel territorio comunale di Mirabella Eclano, nonché, ove occorra, del § 9) della delibera-
zione della Giunta regionale della Campania 16 luglio 2007 n. 1220.

FATTO

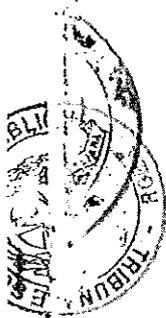
La INGEGNAMBIENTE s.r.l., corrente in Roma, assume d'aver acqui-
stato, con atto per notar Capasso in data 29 novembre 2008, la titolarità di
un impianto idroelettrico dismesso e sito nel territorio comunale di Mirabel-
la Eclano (AV), loc. Isca Longa.

Detta Società dichiara altresì che l'impianto *de quo* era alimentato dal
fiume Calore, per l'attingimento dal quale esisteva, in capo ai suoi danti
causa, una concessione per piccola derivazione d'acqua.

Detta Società rende noto d'aver allora chiesto alla Provincia di Avellino,
con istanza del 26 marzo 2010, il rilascio d'una nuova concessione trenten-
nale di piccola derivazione, al fine del mero ripristino della funzionalità i-
draulica del preesistente canale di derivazione. Sennonché la Provincia di
Avellino, con nota prot. n. 26613 del 15 aprile 2010, ha respinto l'istanza di
detta Società, in relazione al divieto d'assentire nuove concessioni d'idrode-



Handwritten signature



rivazione posto dal § 9) della deliberazione della Giunta regionale della Campania 16 luglio 2007 n. 1220 in attesa del nuovo piano regionale di tutela delle acque. Sicché detta Società si grava innanzi a questo Tribunale superiore, con il ricorso in epigrafe, impugnando entrambi i citati provvedimenti, deducendo in punto di diritto quattro articolati gruppi di censure e chiedendo idonea misura cautelare.

A seguito dell'ordinanza di questo Tribunale superiore n. 631 del 1° ottobre 2010, la Provincia di Avellino ha emanato la nota prot. n. 41397 del 21 giugno 2011, con cui ha definitivamente respinto l'istanza attorea di concessione, in quanto, trattandosi nella specie della riattivazione d'una centrale elettrica alimentata da fonti d'energia rinnovabili, l'intero procedimento autorizzativo unico ex art. 12 del Dlg 29 dicembre 2003 n. 387 è incardinato in capo al Comune di Mirabella Eclano e che quest'ultimo non ritiene il rilascio dell'invocata concessione compatibile con le proprie prescrizioni urbanistiche. Dal che la proposizione d'un atto per motivi aggiunti, depositato il 20 ottobre 2011 e con il quale la ricorrente afferma d'esser proprietaria dell'impianto, l'autonomia funzionale del procedimento concessorio rispetto all'autorizzazione unica ex art. 12 del Dlg 387/2003 e la non assoggettabilità dell'intervento attoreo al relativo procedimento per il tipo e le dimensioni delle opere. Resiste in giudizio la sola Provincia intimata, che conclude per il rigetto della pretesa attorea. Interviene *ad opponendum*, affermando d'essere controinteressato pretermesso, il Comune di Mirabella Eclano, che eccepisce l'inammissibilità dell'impugnazione in esame e, nel merito, l'infondatezza di questa.

All'udienza collegiale del 22 febbraio 2012, su conforme richiesta delle



parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1. – Con il ricorso in epigrafe —articolato in un gravame introduttivo e in un atto per motivi aggiunti depositato il 20 ottobre 2011—, la INGENAMBIENTE s.r.l., corrente in Roma, ha adito questo Tribunale superiore a seguito del reiterato rigetto, da parte della Provincia di Avellino, della sua istanza per il rilascio d'una concessione per piccola derivazione d'acqua dal fiume Calore, nel territorio comunale di Mirabella Eclano (AV), per alimentare un impianto idroelettrico da ristrutturare.

2.1. – Come visto nelle premesse in fatto, il Comune di Mirabella Eclano, costituitosi all'odierna udienza collegiale, interviene *ad opponendum* nel presente giudizio ed eccepisce l'inammissibilità di tali motivi aggiunti.

2.2. – Ora, la Provincia intimata, a seguito della misura cautelare disposta da questo Tribunale superiore con l'ordinanza sospensiva e propulsiva n. 631 del 1° ottobre 2010, ha emanato la nota prot. n. 41397 del 21 giugno 2011, con cui ha definitivamente respinto l'istanza *de qua*.

Al riguardo, il Comune di Mirabella Eclano pretende di vantare una posizione di soggetto controinteressato, nella specie pretermesso a causa della mancata notificazione dei motivi aggiunti, nei riguardi dell'istanza attorea di concessione e per il contenuto del provvedimento così impugnato.

E ciò essenzialmente per la duplice ragione che la concessione medesima, inerendo alla riattivazione d'una centrale elettrica alimentata da fonti d'energia rinnovabili, va attivata non come procedimento autonomo, ma nell'ambito di quello per l'autorizzazione unica ex art. 12 del Dlgs 29 dicembre 2003 n. 387, incardinato in capo al Comune di Mirabella Eclano e che que-



s'ultimo non ritiene il rilascio dell'invocata concessione compatibile con il proprio PRG. È allora prioritaria in questa sede la disamina dell'eccezione in parola, perché l'eventuale accoglimento di essa riguarderebbe sì l'atto per motivi aggiunti, ma travolgerebbe anche tutto il ricorso in epigrafe, posto che l'assetto recato dalla nota provinciale n. 41397/2011 supera ogni questione posta con il gravame introduttivo, appunto preordinato alla conclusione del procedimento concessorio.

2.3. – Ciò posto, l'eccezione in argomento, per la cui trattazione il patrono della ricorrente ha declinato l'invito del Collegio per la concessione di termini a difesa, è suggestiva, ma non può esser condivisa.

La qualità di controinteressato va riconosciuta non già a chi abbia un interesse, anche legittimo, a mantenere efficace il provvedimento impugnato e men che mai a chi ne subisca conseguenze indirette o riflesse, ma soltanto al soggetto che da esso riceva un vantaggio diretto ed immediato, ossia il lecitamente vantaggioso accrescimento della sua sfera giuridica. Siffatto riconoscimento opera non in relazione ad esigenze processuali, ma va condotto sulla scorta dell'elemento cd. "sostanziale" (individuazione della titolarità d'un interesse analogo e contrario alla posizione legittimante del ricorrente), oppure dell'elemento c.d. "formale" (indicazione nominativa nel provvedimento di colui che ne abbia un interesse qualificato alla conservazione) (cfr., per tutti, Cons. St., V, 2 febbraio 2012 n. 567).

Non sfugge certo al Collegio che, nella specie, il Comune interventore sia nominato due volte nel provvedimento, ma ciò non gli fonda una posizione di legittimo controinteresse e ciò per un duplice ordine di ragioni. Per un verso, infatti, la Provincia intimata, nell'asserire (giusto o sbagliato che



sia, lo si vedrà appresso) l'inserzione del procedimento concessorio per cui è causa nella competenza comunale sul rilascio dell'autorizzazione unica, in realtà dispone d'una potestà delegata dalla Regione in assenza d'ogni titolo normativo che glielo consenta e senza copertura da parte del principio costituzionale di sussidiarietà verticale, onde si verifica nella specie una devoluzione in assoluto difetto di attribuzione (e, perciò, nulla) di poteri pubblici ad un soggetto a sua volta inficiato da incompetenza assoluta. Per altro verso, il riferimento all'incompatibilità del rilascio dell'invocata concessione con lo strumento urbanistico del Comune interventore è non già l'affermazione d'un potere di quest'ultimo in forza del provvedimento qui impugnato — tale, quindi, da accrescerne la sfera giuridica in via immediata e diretta —, bensì soltanto un argomento (erroneo, come si vedrà in prosieguo) per motivare la reiezione dell'istanza della ricorrente.

3. — Passando all'esame del merito, per quanto condivisibile in linea di principio, l'interesse attoreo al gravame introduttivo è ormai superato dagli eventi procedurali successivi.

In particolare — e di ciò l'ordinanza cautelare n. 631/2010 fornisce ampia ed idonea contezza —, detto gravame s'appuntò contro il divieto di rilascio di nuove concessioni, posto dal § 9) della deliberazione della Giunta regionale campana n. 1220 del 16 luglio 2007 quale misura di salvaguardia nelle more del piano regionale di tutela delle acque.

L'ordinanza chiarisce altresì, con statuizione da cui il Collegio non intende discostarsi, come il termine del 31 dicembre 2008 per l'emanazione di tale piano di tutela, seppur non decadenziale, non potesse legittimamente paralizzare *sine die* l'attività istruttoria sulle domande di concessione. Don-

de l'obbligo, per la Provincia intimata e soprattutto a causa del fatto che il piano era ancora *in itinere*, di proseguire l'*iter* istruttorio e concluderlo in modo espresso e motivato, cosa, questa, poi accaduta con la ripetuta nota n. 41397/2011. Una volta intervenuta quest'ultima statuizione, l'assetto degli interessi s'è definito nel merito della domanda della ricorrente, estinguendo così ogni precedente interesse azionato, di natura strumentale, sulla necessità di concludere il procedimento erroneamente bloccato dagli atti impugnati e poi altrimenti concluso. Da tanto discende l'improcedibilità *in parte qua* del ricorso in epigrafe, appunto per sopravvenuta carenza di tal interesse.

4. – Da accogliere è invece l'atto per motivi aggiunti, per le ragioni qui di seguito indicate.

L'impugnata nota provinciale n. 41397/2011 muove il nuovo rigetto della domanda di concessione da tre asserti: A) – «... *il procedimento autorizzatorio delle opere in parola è da ritenersi incardinato in capo al Comune (di Mirabella Eclano – NDE), ai sensi del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387...*»; B) – la Provincia non ritiene la ricorrente proprietaria delle infrastrutture connesse all'idroderivazione e, quindi, essa non può accedere alla DIA per le opere medesime; C) – il Comune di Mirabella Eclano ritiene siffatto prelievo non compatibile con le proprie regole urbanistiche.

5. – Ebbene, quanto all'aspetto *sub* A), rettamente la Società ricorrente rende noto che l'invocata concessione è presupposta alla riattivazione d'un impianto idroelettrico di potenza inferiore a Kw 100 di cui alla tab. A) allegata al Dlg 387/2003, sicché quest'ultimo sfugge alla procedura semplificata in base a quanto stabilito dal precedente art. 12, c. 5.

Ma quand'anche così non fosse, non per ciò solo il procedimento con-



cessorio ex art. 7, I c. del RD 11 dicembre 1933 n. 1775 resta assorbito da quello per il rilascio dell'autorizzazione unica ex art. 12, c. 3 e ciò per due ordini di motivi.

Da un lato, infatti, quest'ultimo procedimento serve, mercé l'apposita conferenza di servizi là prevista, a concentrare in un unico contenitore tutti gli atti di tipo *autorizzativo* occorrenti, tra l'altro, alla «... *riattivazione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili ...*». La norma regola, come si vede, vicende ontologicamente e giuridicamente distinti dalla concessione d'idroderivazione che, anzi e per gli impianti idroelettrici, ne costituisce un *prius*. La ragione è evidente: la concessione *de qua* è emanata su beni pubblici o, meglio, disciplina l'ordinata apprensione privata d'una o più *utilitates* giuridiche ritraibili dai beni stessi e non facilmente riproducibili. Pertanto, mentre la concessione in parola attribuisce, da parte del pubblico potere, utilità patrimoniali collettive cui il privato altrimenti non potrebbe accedere, tutte le autorizzazioni, variamente denominate ed afferenti a diverse autorità di settore, sono dedotte *ex lege* in tale contenitore procedimentale affinché il privato possa svolgere un'impresa che è astrattamente nei suoi poteri, ma il cui accesso è verificato dalle autorità. Il contenitore ex art. 12, c. 3 nulla innova in ordine alle potestà autorizzative spendibili da ciascun'autorità, ma ne impone solo la contestuale valutazione in un unico ambito logico-giuridico, senza, però, coinvolgervi altri procedimenti (come quello di VIA) non espressamente previsti e funzionalmente distinti. Non a caso l'allegato 1) al DM 10 settembre 2010, recante le linee-guida sul procedimento d'autorizzazione unica, non contempla in via immediata la concessione *de qua* tra i procedimen-

ES 2010/10



ti direttamente deducibili in quella sede.

Dall'altro lato, il contenitore procedimentale in parola serve essenzialmente a semplificare e ad unificare tutte le procedure allo scopo di pervenire al più rapido, coordinato e coerente assenso, stante la natura strategica di questa, all'attivazione di impianti elettrici alimentati da fonti rinnovabili. È evidente l'illegittimità della statuizione provinciale che oppone, così sfuggendo alla responsabilità connessa all'esercizio della potestà concessoria, un diniego all'istanza del privato basandolo su uno strumento di semplificazione amministrativa. Invero, in tal modo, invece di risolvere, in un senso o nell'altro, la questione concessoria, la Provincia intimata la rimanda ad un contesto differente, con ciò illegittimamente aggravando il procedimento, anziché semplificarne il contenuto.

È solo da soggiungere che forme di semplificazione e coordinamento tra il procedimento unico ex art. 12, c. 3 del Dlg 387/2003 e quello concessorio per cui è causa ben possono esser individuate dalle Regioni, ma, in disparte l'inerzia della Regione Campania sul punto, tale scelta ha natura programmatica e, quindi, NON spetta in via estemporanea alle Province delegate al rilascio delle singole concessioni e, certo, non per aggravarne indebitamente il procedimento.

6. – In ordine poi al punto *sub B*), è erroneo in punto di fatto l'assunto della Provincia intimata circa la proprietà dell'impianto idroelettrico riattivando di cui, invece, la ricorrente è titolare fin dal 29 novembre 2008 in una con tutte le infrastrutture e pertinenze occorrenti.

Invero, la ricorrente ha presentato un progetto di riattivazione per edifici preesistenti e relativamente ad un impianto di potenza inferiore al limite in-



dicato nella citata Tab. A) allegata al Dlg 387/2003. In sé tale aspetto non è irrilevante, posto che per le opere di riattivazione basterebbe la sola DIA, in virtù del § 12.8 del DM 10 settembre 2010, con la dovuta precisazione che tutto ciò nulla ha a che vedere con il procedimento concessorio, ma con il distinto (e successivo) piano logico-giuridico del procedimento di autorizzazione unica. Da ciò discende la censurata illegittimità sia della conseguente considerazione della Provincia sulla pretesa impossibilità della ricorrente di realizzare le opere necessarie alla riattivazione mediante DIA, sia dell'omessa comunicazione del preavviso ex art. 10-bis della l. 7 agosto 1990 n. 241. A tal ultimo riguardo, la ricorrente ben si duole di tal omissione, perché, se la norma fosse stata rispettata, avrebbe potuto far tempestivamente constare alla P.A. i dati in questione e, se del caso, ottenerne un differente responso.

Da accogliere è infine la doglianza attorea nei confronti del punto *sub C)*, ossia sulla pretesa incompatibilità dell'impianto idroelettrico *de quo* con lo strumento urbanistico del Comune interventore. È infatti mancata l'esatta valutazione dell'opposizione di detta P.A. ai sensi dell'art. 8 del RD 1775/1933, essendosi la Provincia intimata limitata ad asserire tal contrasto, senza dare alcuna spiegazione, neppure sulla consistenza stessa del contenuto impeditivo della prescrizione urbanistica sul punto. Ora, il Comune afferma d'aver iniziato le procedure per un concorso di idee circa la realizzazione del Parco fluviale del Calore sull'area interessante la derivazione d'acqua e destinata dal PRG a parco fluviale. Ebbene, a parte che ciò riguarderà a tutto concedere il contenuto del distinto procedimento ex art. 12, c. 3 del Dlg 387/2003, l'autorizzazione unica d'altronde «... *costituisce, ove occorra,*

variante allo strumento urbanistico...», di talché è un aspetto inopponibile al rilascio della concessione d'idroderivazione.

7. – In definitiva, il ricorso in epigrafe va accolto nei sensi fin qui visti, anche per quanto attiene alla domanda risarcitoria formulata con l'atto per motivi aggiunti in esame.

Invero, l'impugnato provvedimento è intervenuto ben dopo non solo la data di presentazione dell'istanza attorea, ma anche vari mesi dopo l'emana-
zione, da parte di questo Giudice, dell'ordinanza n. 631/2010 e, soprattutto, dopo aver addossato alla ricorrente gli oneri istruttori e documentali per l'ottenimento della concessione. Spetta dunque alla ricorrente il risarcimento del danno da ritardo ex art. 2-bis della l. 241/1990 per la conclusione del procedimento concessorio, nonché il ristoro delle spese tecniche sostenute e documentate, ai fini della redazione del progetto per la concessione d'idro-derivazione per cui è causa. Per il calcolo del relativo importo, stima equo il Collegio fissare i seguenti criteri, ai sensi dell'art. 34, c. 4, I per. del Codice del processo amministrativo: A) – 20% dell'importo calcolato, per ogni anno di ritardo ed in base all'art. 2, c. 145 della l. 24 dicembre 2007 n. 244 (nel testo ribadito dall'art. 25, c. 6 del Dlg 3 marzo 2011 n. 28), per la tariffa fissa onnicomprensiva stabilita ai fini della vendita d'energia prodotta da impianti idroelettrici (€ 0,22 per Kwh); B) – 30% dell'importo delle spese tecniche sostenute dalla ricorrente, in base alla documentazione presentata.

Le spese del presente giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, definitivamente pronuncian-



do in sede di giurisdizione diretta sul ricorso n. 168/2010 in epigrafe, in parte lo dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse e lo accoglie per la restante parte. Per l'effetto annulla, per quanto di ragione e nei sensi di cui in motivazione, l'impugnata nota della Provincia di Avellino prot. n. 41397 del 21 giugno 2011. Condanna la Provincia di Avellino nei sensi di cui in motivazione al risarcimento del danno da ritardo ed al ristoro delle spese tecniche sostenute, all'uopo assegnandole il termine di giorni sessanta (60 gg.), dalla pubblicazione della presente sentenza o dalla notificazione di questa a cura di parte, per proporre alla ricorrente stessa il relativo pagamento.

Condanna la Provincia di Avellino ed il Comune di Mirabella Eclano, in solido ed in misura uguale tra loro, al pagamento, a favore della Società ricorrente, delle spese del presente giudizio, che sono nel complesso liquidate in € 4.000,00 (Euro quattromila/00), oltre IVA e CPA e gli altri accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma, addì 22 febbraio 2012 dal Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, con l'intervento dei sigg. Giudici indicati in epigrafe.

L'ESTENSORE

Silvestro Maria Russo

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Giuseppina Coppari

IL PRESIDENTE

Antonino Elefante

Depositata in Cancelleria oggi, ai sensi e per gli

effetti di cui agli art. 188 T. U. 11 dicembre 1989

n. 1775, e 188 c.p.o.

Roma, li 5 APR. 2012