

Sull'illegittimo annullamento degli effetti di una PAS per la realizzazione di un impianto eolico

T.A.R. Basilicata, Sez. I 23 settembre 2015, n. 592 - Riggio, pres.; Nappi, est. - Wecaspa s.r.l. (avv.ti Micocci e Bencivenga) c. Comune di Potenza (avv. Zaccardo) ed a.

Ambiente - Impianto eolico - Realizzazione - PAS - Annullamento - Illegittimità.

(Omissis)

FATTO

1. Con atto spedito per la notificazione il 15 dicembre 2014, e depositato il successivo 29 di dicembre, la Wecaspa s.r.l. è insorta avverso gli atti in epigrafe, riguardanti l'annullamento degli effetti della c.d. procedura abilitativa semplificata per la realizzazione di un impianto eolico e relative opere di connessione.

1.1. La società ricorrente ha esposto in fatto la vicenda che ha originato l'odierno contenzioso, di cui si riportano di seguito i punti salienti:

- è titolare dell'impianto eolico in questione, di potenza nominale pari a 200 kw, ubicato in Potenza alla contrada Montocchio;

- tale impianto è stato realizzato con procedura abilitativa semplificata – p.a.s. presentata nel mese di ottobre 2012, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011;

- in data 5 agosto 2014, l'ufficio tecnico del comune di Potenza ha comunicato l'avvio del procedimento finalizzato all'annullamento in autotutela di detta autorizzazione tacita, stante l'inosservanza degli adempimenti previsti al punto 1.2.2.1 del "piano di indirizzo energetico ambientale regionale – PIEAR" della Basilicata e della circolare dirigenziale n. 2/2014;

- nonostante la presentazione di apposita memoria di partecipazione procedimentale del 12 settembre 2014, è stato successivamente adottato l'impugnato provvedimento di annullamento in autotutela, imperniato, quanto al versante motivazionale, sul pericolo per la pubblica incolumità derivante dai possibili effetti della rottura accidentale degli elementi rotanti dell'impianto, stante la prossimità con un tratto della strada provinciale "ex SS7";

- in seguito, non ha sortito effetto l'istanza rivolta all'Amministrazione comunale in vista del riesame della questione, alla luce di apposita documentazione tecnica volta a dimostrare la scarsa significatività, in termini percentuali, del rischio d'incidente e l'adozione di misure di mitigazione volte ad ulteriormente ridurre la possibilità di concretizzazione.

1.2. In diritto, la ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione di legge (legge n. 241/1990; direttive 2001/77 e 2009/28 CE; artt. 116, 117 e 118 Cost.; d.lgs. n. 387/2003; art. 12 d.m. 219/2010) e l'eccesso di potere (carenza d'istruttoria e di motivazione; errata valutazione dei presupposti; irrazionalità).

2. Si è ritualmente costituito il Comune di Potenza, eccependo l'infondatezza del ricorso nel merito.

3. Con ordinanza n. 15/2015, l'incidentale istanza cautelare è stata rigettata, in base alla "*comparazione degli interessi in conflitto*", ed è stata fissata l'udienza pubblica di discussione, ritenendosi comunque sussistente la "*necessità d'una più approfondita disamina dell'intera questione*"

4. Alla pubblica udienza del 13 maggio 2015, previo deposito di memorie e documenti, i procuratori delle parti hanno illustrato le rispettive posizioni ed il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato, alla stregua della motivazione che segue.

2. Coglie nel segno la dedotta censura di carenza di istruttoria e di motivazione del provvedimento impugnato, sia con riguardo all'interesse della ricorrente, sia in relazione allo stesso interesse pubblico.

2.1. Occorre subito considerare che l'impianto eolico di cui è questione è stato realizzato a seguito del decorso del termine di trenta giorni dalla presentazione di apposita "procedura abilitativa semplificata – p.a.s.", in data 24 ottobre 2012. E' incontroverso, in tal senso, che a detta p.a.s. siano stati allegati i necessari elaborati progettuali e la relazione a firma di un progettista abilitato, attestante la non contrarietà agli strumenti urbanistici adottati ed il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie.

2.2. Rispetto alla situazione assentita per il decorso dei trenta giorni di rito dalla presentazione della p.a.s. non è intervenuta alcuna variazione sostanziale, né risultano agli atti di causa allegazioni di difformità delle opere realizzate rispetto alla documentazione ed agli elaborati tecnici depositati presso i competenti uffici comunali.

2.3. A fronte di ciò, dopo oltre diciotto mesi dallo spirare del termine di legge, il Comune resistente ha comunicato l'avvio del procedimento finalizzato all'annullamento in autotutela della stessa p.a.s., per: "*l'inosservanza degli adempimenti previsti al punto 1.2.2.1. del P.I.E.A.R. e dalla circolare dirigenziale n. 2/2014, in quanto dalla relazione*

tecnica allegata si deduce che, in caso di rottura accidentale degli organi rotanti, elementi dell'impianto interesserebbero la strada provinciale ex SS7".

2.4. Ebbene, come puntualmente osservato dalla ricorrente anche in sede di partecipazione procedimentale, alcuna violazione delle previsioni di cui al punto 1.2.2.1. del "piano di indirizzo energetico ambientale regionale" è dato rilevare nel caso di specie, posto che tale disposizione detta requisiti tecnici minimi, tra cui le distanze dalle strade statali, regionali, provinciali e comunali, soltanto con riguardo ad impianti di potenza superiore a 200 kw, ovverosia di categoria diversa rispetto a quello in considerazione.

E' lo stesso Comune resistente a dare conferma di quanto innanzi, evidenziando, in una nota indirizzata sulla questione alla Provincia di Potenza (cfr. nota prot. 47873 datata 8 luglio 2014, in atti della produzione di parte resistente) che: *"La PAS presentata in data 24 ottobre 2012, protocollo n. 75015, e relativa alla installazione di un impianto eolico di potenza nominale pari a 200 kWp con relative opere di connessione alla rete, da realizzare in c/da Montocchino, al f.13, p. 545, è da ritenersi assentita in virtù del disposto di cui al comma 4, dell'art. 6, del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, sulla scorta delle dichiarazioni che attestavano la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici ed i regolamenti edilizi, nonché il rispetto delle norme di sicurezza. Inoltre la stessa non rientrava nei casi di limitazione previsti per l'utilizzo della PAS per gli impianti eolici previsti dall'art. 6 della legge regionale 26 aprile 2012, n. 8, né era soggetta agli obblighi di soddisfare i Requisiti tecnici minimi di cui al punto 1.2.2.1, del piano di Indirizzo Energetico Ambientale Regionale approvato con legge regionale 19 gennaio 2010, n. 1, (che fissa distanze dall'ambito urbano, da edifici strade statali, autostrade e provinciali scaturenti da studi di sicurezza) in quanto di potenza non superiore ai 200 kWp."*

2.4.1. Del pari, non emerge alcuna violazione delle disposizioni della circolare comunale n. 2/2014 del 12 marzo 2014, in quanto, in disparte ogni valutazione sulla natura di tale provvedimento e sulla sua inidoneità ad integrare, innovandolo, l'assetto disciplinare di riferimento, essa è stata emanata ben oltre il decorso del termine di trenta giorni dalla presentazione della citata p.a.s., sicché la legittimità di quest'ultima va apprezzata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento del suo perfezionamento, secondo il noto principio del *tempus regit actum*. In disparte ciò, di per sé dirimente, il Collegio condivide quanto già affermato con sentenza di questo Tribunale n. 630/2014, nel senso che: *"le sole Regioni possono porre limitazioni e divieti in atti di tipo programmatico o pianificatorio per l'installazione di specifiche tipologie di impianti alimentati da fonti rinnovabili"* ai sensi di quanto disposto dal n. 2 del paragrafo 1 delle "linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili", di cui al decreto ministeriale 10 settembre 2010.

2.5. Nel provvedimento di annullamento in autotutela, l'Amministrazione resistente non ha più sostenuto la violazione delle disposizioni di cui innanzi, pervenendo comunque all'esito caducatorio, in quanto la relazione tecnica illustrativa della società ricorrente darebbe atto di come: *"nel caso di rottura accidentale degli organi rotanti, elementi dell'impianto vanno ad interessare la strada provinciale ex SS7"*. In tal senso, il Comune intimato, per un verso ha rilevato: *"l'interesse pubblico consistente nell'eliminare il pericolo al fine di salvaguardare la sicurezza"* e, per altro verso, ha ritenuto che: *"l'interesse del privato non viene inciso in maniera rilevante, considerato che la pericolosità dell'impianto è dovuta alla tipologia costruttiva dello stesso"*.

2.5.1. Orbene, ritiene il Collegio che l'impugnato provvedimento difetti di motivazione in relazione ai ciascuno dei presupposti di cui all'art. 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

2.5.2. Risulta in primo luogo carente la stessa indicazione delle disposizioni dalla cui violazione deriverebbe l'illegittimità della p.a.s.. In effetti, il Comune resistente ha obliterato ogni riferimento al capo 1.2.2.1. delle cennate linee guida e alla circolare comunale n. 2/2014 (richiamati in sede di comunicazione ex art. 7 legge n. 241/1990), ed ha omesso di indicare ulteriori e differenti norme ritenute applicabili alla fattispecie. Sul punto, va anzi osservato che è lo stesso provvedimento in autotutela a dare atto della intervenuta presentazione, da parte della ricorrente, della relazione a firma di un progettista abilitato attestante, tra l'altro, il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011.

2.5.3. Neppure appare rispettato l'obbligo di congrua motivazione sull'interesse pubblico, attuale e concreto, a sostegno dell'esercizio discrezionale dei poteri di autotutela, all'esito di una adeguata ponderazione comparativa, che tenga anche conto dell'interesse dei destinatari dell'atto al mantenimento delle posizioni che su di esso si sono consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento seguito dall'Amministrazione (cfr. C.d.S., sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2468; C.G.A., 15 settembre 2014, n. 540). Infatti, l'annullamento in autotutela non costituisce automatica conseguenza dall'accertata originaria illegittimità dell'atto (oltretutto, come si è testé osservato, nella specie neppure prospettata), risultando anche indefettibile la sussistenza di un interesse pubblico attuale al ripristino della legalità che risulti prevalente sugli interessi dei privati che militano in senso opposto, senza peraltro che l'Amministrazione possa affidare la motivazione dell'atto di ritiro a clausole di stile riguardo alla prevalenza dell'interesse pubblico (cfr. C.d.S., sez. IV, 19 marzo 2013, n. 1605; *id.*, sez. III, 30 luglio 2013, n. 4026).

2.5.3.1. Nel caso in esame, il contrapposto interesse della società ricorrente è di speciale rilevanza perché radicato sull'intervenuta realizzazione dell'impianto, e sui connessi cospicui investimenti, a fronte del perfezionamento della procedura abilitativa intrapresa e del mancato esercizio, da parte del Comune resistente, successivamente alla presentazione della p.a.s. e prima del consolidarsi dei suoi effetti, del potere inibitorio di cui al n. 5 dello stesso art. 6 del d.lgs. n. 28/2011.

2.5.3.2. Inoltre, è compresente anche l'interesse della collettività a beneficiare di un tipo di energia la cui produzione è incentivata in ragione del perseguimento di obiettivi di pubblica rilevanza. Come già osservato in giurisprudenza, infatti: “ [...] la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili corrisponde a finalità di interesse pubblico (quali la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra nonché la ricerca, promozione, sviluppo e la maggior utilizzazione possibile di fonti energetiche alternative a quelle fossili sulla base di tecniche avanzate compatibili con il rispetto dell'ambiente) corrispondenti a precisi impegni assunti dal nostro Paese in ambito europeo (direttiva n. 2009/28/C del 5 giugno 2009) ed internazionale (cfr. legge 1° giugno 2002 n.120, recante Ratifica ed esecuzione del Protocollo di Kyoto [ndr del 11 dicembre 1997] alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici [stipulata a New York il 9 maggio 1992, ratificata dalla CEE con decisione n. 94/69/CE del 15 dicembre 1993 ed entrata in vigore il 21 marzo 1994]”. In tal senso: “ [...] è la stessa società privata realizzatrice dell'impianto di produzione energetica da fonte rinnovabile autrice di un'attività di interesse pubblico” (cfr. C.d.S., sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5609).

2.5.3.3. Nel caso di specie, tali interessi pubblici e privati non sono stati minimamente considerati da parte resistente, la quale si è limitata a paventare la sussistenza di possibili rischi per la pubblica incolumità, senza neppure tenere conto alcuno dell'effettiva incidenza probabilistica di eventi di tal genere, e soprattutto della possibilità di adottare misure di mitigazione, quali accorgimenti tecnici e maggiore frequenza e puntualità degli interventi di manutenzione, idonee a contemperare e raccordare le basilari esigenze di tutela della sicurezza con l'interesse pubblico alla produzione di energia da fonti rinnovabili e con l'interesse privato alla prosecuzione dell'iniziativa imprenditoriale già intrapresa. In tal senso, va anche rilevato che la società ricorrente, sebbene soltanto successivamente all'adozione del provvedimento impugnato, ha prodotto all'Amministrazione comunale un'articolata relazione tecnica relativa a tali aspetti, che, in ragione delle evidenziate peculiarità del caso concreto, avrebbe dovuto formare oggetto di adeguata valutazione.

2.5.4. Difetta, infine, nel provvedimento impugnato, ogni considerazione del “termine ragionevole” entro cui deve intervenire il provvedimento di annullamento in autotutela, ai sensi del ripetuto art. 21-*nonies*. Sul punto, si è condivisibilmente affermato che: “al fine di fornire adeguata interpretazione all'espressione normativa del “termine ragionevole”, non va riguardata soltanto la frazione temporale in sé per sé considerata decorrente tra la data del provvedimento ampliativo della sfera giuridica del destinatario ed il suo ritiro in autotutela, né è dirimente considerare il termine di durata complessivo dell'operatività del provvedimento, quanto piuttosto gli effetti che medio tempore quel provvedimento ha prodotto” (cfr. C.d.S., n. 5609/2014 cit.). In tale prospettiva, non può non tenersi conto del fatto che il protrarsi dell'inerzia del Comune resistente ha comportato, come si è già riferito, la realizzazione e messa in opera dell'impianto e il maturarsi di un ragionevole affidamento nell'amministrato sulla regolarità della sua posizione. E ciò a maggior ragione ove si tenga conto del fatto che i potenziali rischi per la sicurezza appaiono di agevole rilievo, essendo stati desunti dalle rappresentazioni grafiche e dai contenuti della relazione tecnica allegata alla p.a.s..

2.6. Ragioni di completezza di disamina inducono, infine, il Collegio a precisare che risulta infondata la deduzione secondo cui il provvedimento andrebbe configurato come una revoca, derivandone così la liquidazione dell'indennizzo di cui all'art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990, in quanto lo stesso sarebbe frutto di una nuova riconsiderazione dell'interesse pubblico alla luce “dell'avvenuta sensibilizzazione sulle problematiche connesse agli impianti eolici registratesi nella città di Potenza”. In effetti, in disparte ogni considerazione in relazione alla sua genericità, tale censura non trova riscontro negli atti di causa, posto che non è in questione una nuova ponderazione dell'interesse pubblico originario, derivante dal sopravvenire di differenti presupposti di fatto e di diritto, bensì la stessa conformità al paradigma normativo di riferimento della p.a.s. presentata.

3. Dalle considerazioni che precedono discende l'accoglimento del ricorso, con assorbimento di ogni ulteriore censura e, per l'effetto, l'annullamento dell'atto impugnato, ferma restando la facoltà di riedizione del potere da parte dell'Amministrazione resistente, nei sensi di cui in motivazione.

3.1. Sussistono giuste ragioni, in ragione delle peculiarità della questione, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

(*Omissis*)