

Giudizio di incompatibilità ambientale per la realizzazione di un parco eolico

T.A.R. Molise, Sez. I 6 novembre 2015, n. 423 - Onorato, pres.; De Falco, est. - New Green Energy S.r.l. (avv. Vergara) c. Regione Molise ed a. (Avv. distr. Stato).

Ambiente - Impianto eolico - Costruzione ed esercizio - Autorizzazione unica - VIA - Giudizio negativo di compatibilità ambientale.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

La s.r.l. New Green Energy ha premesso di aver presentato in data 8 maggio 2008 un'istanza di autorizzazione unica ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 per la realizzazione di un parco eolico in area di San Martino in Pensilis; sennonché, secondo quanto rappresentato dalla stessa società, l'istanza non poteva essere accolta a causa dei limiti imposti dalla legge regionale n. 15/2008, sicché il progetto veniva rimodulato e la società proponeva una nuova istanza di autorizzazione unica in data 19 marzo 2010, tenendo conto della sopraggiunta legge regionale n. 22/2009 e chiedendo altresì, in pari data la verifica di assoggettabilità del progetto alla valutazione di impatto ambientale (VIA).

Ritenuto assoggettabile a VIA, nell'ambito del relativo procedimento la Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici, con parere del 15 gennaio 2014 (prot. MBAC-DR-MOL 3-00002381), formulava un giudizio di incompatibilità ambientale del progettato parco eolico.

La New Green Energy ha, quindi, proposto ricorso avverso tale parere ricorso innanzi a questo Tribunale (RG n. 169/2014) che, con sentenza 5 giugno 2014 n. 371, lo dichiarava inammissibile, stabilendo, per quanto rileva in questa sede, che *<<la declaratoria di inammissibilità presuppone che il parere contestato, in quanto reso nell'ambito del sub procedimento in materia di VIA, debba essere riqualificato, nell'esercizio del potere di qualificazione giuridica spettante al giudice, come non vincolante e privo di contenuto decisivo, secondo lo schema tipico del procedimento di VIA per le opere di interesse regionale >>*; la pronuncia precisava ulteriormente che alla predetta statuizione giurisdizionale dovranno attenersi *<<la regione Molise ed il MIBAC nello svolgimento dei lavori della conferenza di servizi nelle more convocata ai sensi dell'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003, stante l'intervenuto decorso del termine massimo di conclusione del procedimento di VIA >>*.

A seguito di tale decisione, in data 19 giugno 2014 il Dirigente regionale del servizio Programmazione Politiche energetiche convocava la prima riunione della conferenza di servizi per l'esame congiunto dell'istanza di rilascio dell'autorizzazione unica, mentre, con delibera del 20 giugno 2014 n. 261, la Giunta regionale del Molise adottava una valutazione negativa di impatto ambientale, sulla base del richiamato giudizio negativo di compatibilità ambientale che aveva espresso la direzione regionale del MIBAC con il parere prot. n. 238 del 15 gennaio 2014, impugnato con il ricorso definito dalla predetta sentenza n. 371/2014.

Avverso tale determinazione la New Green Energy è insorta con il ricorso introduttivo del presente giudizio, sia per pretesa elusione del contenuto conformativo della sentenza n. 371/2014 sia lamentando vizi propri della delibera, sulla base dei seguenti motivi:

I) Violazione artt. 1 e 112, comma 1, cod. proc. amm.; violazione art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, artt. 23 e ss. del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e artt. 3, 14ter e 21 septies della 7 agosto 1990, n. 241.

La ricorrente invoca la nullità della delibera impugnata, adducendo che la sentenza n. 371/2014 aveva statuito che la VIA dovesse rendersi nell'ambito della conferenza di servizi per essere scaduto il termine entro il quale doveva concludersi il relativo procedimento, mentre è stata portata in conferenza, ma predisposta al di fuori della sede conferenziale; senza contare, prosegue la ricorrente, che la Giunta regionale avrebbe dovuto procedere ad una valutazione complessiva senza attestarsi supinamente sul parere della direzione regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Molise, tralasciando del tutto i pareri positivi espressi da altre Amministrazioni coinvolte nel procedimento.

II) Violazione degli artt. 3, 14ter e 14 quater, comma 1, 21 septies, l. 241/1990. Violazione dell'art. 12 del d.lgs. 387/2000 e 23 e ss. del d.lgs. n. 152/2006. Violazione delle linee guida regionali del 4 agosto 2011, n. 621.

La ricorrente sostiene che una volta scaduto il termine ordinario per il completamento del procedimento di VIA, il dissenso avrebbe potuto essere espresso solo in conferenza di servizi con la conseguente nullità per carenza di potere della delibera n. 261/2014 del 20 giugno 2014, in quanto formulata al di fuori della sede conferenziale, laddove la posizione dell'Amministrazione regionale avrebbe dovuto essere espressa nel confronto con gli altri soggetti partecipanti portatori di interessi coinvolti nel procedimento, al fine di giungere ad un contemperamento delle rispettive posizioni.

III) Violazione artt. 3 e 14 quater, comma 1, l. 241/1990 e dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003.

Gli atti impugnati sarebbero privi di adeguata motivazione e, in particolare, difetterebbero le indicazioni necessarie a superare il diniego che l'Amministrazione dissenziente avrebbe l'onere di rappresentare ("dissenso costruttivo"), ma

che invece la delibera regionale ha omissis di fissare, limitandosi ad un mero richiamo della motivazione espressa nel parere del MIBAC.

IV) Violazione degli artt. 3 e 14 quater della l. n. 241/1990. Violazione dell'art. 12 d.lgs. n. 387/2003. Violazione e falsa applicazione dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, anche in riferimento al D.P.C.M. 12 dicembre 2005. Carenza di presupposti. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, incompletezza dell'istruttoria, insufficienza della motivazione, contraddittorietà e manifesta illogicità.

Il parere impugnato sarebbe viziato in quanto apoditticamente teso ad affermare che la realizzazione del progetto pregiudica i valori ambientali, senza motivare in concreto l'opposizione espressa. In particolare nella parte valutativa il parere indulgerebbe su considerazioni di tipo astratto dei valori paesaggistici dell'area, laddove la valutazione degli impatti paesaggistici andrebbe condotta tenendo conto delle trasformazioni intervenute nel corso del tempo con un approccio dinamico, tenendo peraltro presente che la zona interessata dall'intervento non presenterebbe particolare rilievo paesaggistico.

Inoltre, la relazione presentata dalla ricorrente avrebbe individuato i punteggi quali – quantitativi, motivando dettagliatamente ogni valutazione con riferimento agli elementi presi in considerazione sulla base dei criteri di cui al D.P.C.M. 12 dicembre 2005.

Nello specifico, con riferimento al tratturo L'Aquila - Foggia la ricorrente rileva che dei tre aerogeneratori previsti nelle vicinanze, uno è stato eliminato dal progetto e gli altri due sarebbero posti a distanza superiore alla fascia di rispetto di 500 mt., di modo che essi non potrebbero *“alterare la percezione, soprattutto visiva, del paesaggio agrario godibile percorrendo il detto tratturo”*.

Peraltro il vincolo sui tratturi sarebbe di tipo attenuato e ne tutelerebbe solo la consistenza e non anche l'aspetto come parte del paesaggio, sicché i tratturi non potrebbero essere considerati come siti di tipo archeologico e non si applicherebbero nemmeno le fasce di rispetto di 500 mt.

Né sarebbero ravvisabili profili di interferenza con i “tipici” poteri dell'area, atteso che il parco eolico insisterebbe in una zona del tutto distinta; ma anche da punto di vista visivo l'impatto sarebbe, in realtà, trascurabile come dimostrerebbero i rilievi fotografici eseguiti dalla ricorrente e non vi sarebbe alcun effetto cumulo con il parco eolico già realizzato.

IV.1) violazione e falsa applicazione del'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 e dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, anche in relazione alle direttive 2001/77/CE e 2009/28/CE, per mancato bilanciamento dei diversi interessi in gioco. Violazione e falsa applicazione dell'art. 131 del d.lgs. n. 42/2004. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e difetto di motivazione. Violazione del principio di proporzionalità.

Il parere impugnato si sarebbe limitato a manifestare un massimalismo intransigente per il quale nessun beneficio all'ambiente potrebbe compensare un sacrificio ancorché minimo all'interesse paesaggistico, in violazione del canone della *“necessità di promuovere in via prioritaria le fonti energetiche rinnovabili, poiché queste contribuiscono alla protezione dell'ambiente e allo sviluppo sostenibile”* codificato nella direttiva 2001/77/CE.

In particolare, in base alle linee guida emanate con D.M. 10 settembre 2010 nei casi del tipo di quello oggetto del presente giudizio occorre procedere ad un equo e giusto temperamento dei rilevanti interessi pubblici in questione con conseguente bilanciamento delle politiche di tutela dell'ambiente e del paesaggio con quelle di sviluppo e valorizzazione delle energie rinnovabili che nella fattispecie sarebbe stato del tutto omissis.

V) violazione art. 12 del d.lgs. 387/2003 e art. 3 l. 241/1990. Violazione principi comunitari di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità, eccesso di potere per travisamento dei presupposti, illogicità e sviamento di potere.

Il richiamo contenuto nella motivazione del parere impugnato allo sviluppo sostenibile sarebbe una mera clausola di stile e corrisponderebbe ad una motivazione di tipo stereotipato.

Inoltre, nella seconda seduta della conferenza di servizi del 17 luglio 2014 condotta dall'Amministrazione regionale, il rappresentante della società ricorrente ha chiesto di discutere e deliberare in conferenza anche su tutti gli aspetti concernenti la VIA, ma il RUP ha respinto tale richiesta, rilevando che occorre attendere l'esito del giudizio cautelare proposto avverso la delibera della Giunta regionale n. 261 del 20 giugno 2014 recante la valutazione di impatto ambientale negativa.

Con ricorso per motivi aggiunti spedito a notifica il 1° agosto 2014 e depositato il successivo 4 agosto, la ricorrente ha proposto ulteriori motivi di doglianza avverso l'impugnata valutazione così di seguito sintetizzabili.

I) Incompetenza della Giunta regionale. Violazione della legge della Regione Molise n. 21/2000. Violazione del principio di separazione delle funzioni di indirizzo politico con quelle di gestione amministrativa. Violazione d.lgs. n. 29/1993, d.lgs. n. 80/1998, l. n. 127/1997, n. 191/1998 del d.lgs. n. 267/2000 e del d.lgs. n. 165/2001.

La ricorrente rileva che il parere impugnato sarebbe illegittimo, in quanto adottato dalla Giunta regionale, laddove, trattandosi di atto di gestione, avrebbe dovuto essere emanato dal dirigente regionale del servizio Valutazioni Ambientali.

II) Violazione art. 10bis l. 241/1990. Violazione del giusto procedimento e dei principi di correttezza, buona fede, trasparenza e buon andamento.

Secondo la ricorrente, il preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della legge sul procedimento avrebbe portata generale e avrebbe quindi dovuto essere comunicato anche nell'ambito del procedimento di VIA, atteso che quest'ultima potrebbe essere considerata come preclusiva della prosecuzione del procedimento.

III) violazione art. 8 della l. regionale Molise n. 21/2000 e dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per contraddittorietà con i punti 14.6 e 14.12 delle linee guida regionali approvate con delibera G.R. 621/2011.

Le Linee guida regionali prevedono che il parere della Giunta regionale avrebbe dovuto essere adottato entro 150 giorni dal deposito del progetto ed avrebbe dovuto essere espresso in seno alla conferenza di servizi; senza considerare che tale parere avrebbe dovuto tener conto del rapporto favorevole del direttore del Servizio regionale Valutazioni Ambientali e invece non ha neppure motivato al riguardo.

IV) violazione art. 3 quater del d.lgs. n. 152/2006, art. 12 del d.lgs. 387/2003, art. 8 l.r. n. 21/2000, art. 3 l. n. 241/1990. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti.

Secondo la ricorrente, la delibera regionale impugnata fonda il giudizio negativo sul richiamo al parere del 15 gennaio 2014 nel quale si invoca il principio dello sviluppo sostenibile ex art. 3, co. 2, d.lgs. n. 152/2006 per sostenere la priorità delle esigenze di conservazione dell'ambiente rispetto a quelle che comportano la trasformazione del territorio per finalità di iniziativa economica, in asserita violazione dell'obbligo di comparazione dell'interesse pubblico con quello privato che, se non attuato, porterebbe alla sistematica prevalenza del primo, in contrasto con lo stesso articolo 3 quater, comma 3, del d.lgs. n. 152/2006.

Inoltre, nella prospettiva dell'Amministrazione intimata, l'impianto eolico verrebbe riguardato come opera di iniziativa economica privata, laddove ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 dovrebbe qualificarsi come opera di pubblica utilità.

Con atto depositato in data 8 settembre 2014, si sono costituiti in giudizio il Ministero per i Beni e le Attività Culturali e per il Turismo – Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici e la Regione Molise, invocando l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti nella parte in cui reiterano l'impugnazione del parere statale già gravato nel giudizio definito con la sentenza n. 371/2014 di questo Tribunale. Inammissibile sarebbe, poi, la domanda di esecuzione della predetta sentenza, in quanto non cumulabile con l'ordinaria azione di impugnazione spiegata con il medesimo gravame.

Le Amministrazioni hanno rilevato, inoltre, l'improcedibilità del ricorso introduttivo per carenza dell'attualità dell'interesse a ricorrere, atteso che la conferenza di servizi, frattanto indetta, è stata sospesa su determinazione regionale, determinando un arresto procedimentale che non è stato oggetto di gravame.

Nel merito le intime Amministrazioni escludono che il decorso del termine per il rilascio della valutazione di impatto ambientale abbia consumato il potere di esprimersi, tenuto peraltro conto che la ricorrente, omettendo di proporre istanze e diffide avrebbe manifestato una forma di acquiescenza alle stasi procedurali verificatesi.

In ogni caso, proseguono le intime, la conferenza di servizi era la sede in cui il parere doveva correttamente confluire e non già il luogo, come sostiene la ricorrente, in cui la valutazione avrebbe dovuto essere elaborata, dovendosi considerare che l'interesse ambientale non può essere superato con i meccanismi di semplificazione e di superamento del silenzio tipici della conferenza di servizi.

Quanto al lamentato vizio di incompetenza della Giunta Regionale ad adottare la valutazione ambientale, le Amministrazioni osservano che ai sensi dell'art. 8 della l.r. 21/2000 è l'esecutivo regionale a doversi pronunciare in materia, senza che il d.lgs. n. 152/2006 abbia inciso su tale riparto di prerogative, come confermato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 81/2013) che ha confermato la legittimità costituzionale di analoga disposizione contenuta nella legge regionale sarda.

Molto concreto sarebbe poi il riferimento al principio dello sviluppo sostenibile censurato da parte ricorrente, atteso che tale canone si traduce in poteri gestionali di tipo sovrano dell'ente territoriale competente.

Quanto alla lamentata mancata comunicazione, prima dell'adozione del parere negativo, dei motivi ostativi ex art. 10bis l. n. 241/1990, le resistenti osservano che tale disposizione non si applica con riguardo a fasi endoprocedimentali, dovendosi invece avere riguardo al provvedimento autorizzatorio finale di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003.

Con ordinanza dell'11 settembre 2014, n. 121 questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare, rilevando che l'interesse della ricorrente avrebbe potuto essere efficacemente tutelato solo una volta completato l'iter della conferenza di servizi ovvero con l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento di autorizzazione unica ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003.

Con nota n. 89251 dell'8 ottobre 2014 la Regione ha comunicato il preavviso di rigetto dell'istanza di autorizzazione unica e, nonostante le osservazioni presentate dalla ricorrente, con determinazione n. 39 del 1° dicembre 2014 la Direzione generale della Regione Molise ha definitivamente respinto l'istanza di autorizzazione unica ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003.

Avverso tale provvedimento è insorta nuovamente la New Green Energy con un secondo ricorso per motivi aggiunti notificato il 3 febbraio 2015 e depositato il successivo 6 febbraio, premettendo in via generale che l'impugnato diniego di autorizzazione si fonda sul giudizio di prevalenza delle posizioni espresse in conferenza e che quindi risulterebbe dalla sommatoria dei tre pareri negativi resi nel corso del procedimento ovvero il parere negativo del MIBAC del 15 gennaio 2014, la VIA negativa adottata con delibera della Giunta regionale n. 261/2014 e la nota del Comune di San Martino in Pensilis del 18 giugno 2014.

Ciò premesso, la ricorrente affida i secondi motivi aggiunti ai motivi di doglianza così di seguito rubricati e sintetizzati.

I) violazione art. 12 del d.lgs. n. 387/2003; artt. 23 e ss. del d.lgs. n. 152/2006, l. regionale n. 10/2010 e artt. 3, 14ter, 14 quater e 21 septies della l. n. 241/1990. Violazione artt. 1 e 112, co. 1, c.p.a. (Violazione ed elusione della sentenza del

TAR Molise n. 371/2014). Eccesso di potere per inesistenza dei presupposti, travisamento dei fatti. Contraddittorietà. Illegittimità derivata.

La delibera di Giunta Regionale del 5 giugno 2014 n. 261 sarebbe nulla, in quanto adottata in violazione della sentenza n. 371/2014 di questo Tribunale in base alla quale, scaduto il termine, la valutazione ambientale avrebbe dovuto essere elaborata in sede di conferenza di servizi e non fuori di essa, come avvenuto nel caso di specie. La rilevata nullità della delibera si rifletterebbe poi sul diniego impugnato con i secondi motivi aggiunti rendendolo illegittimo.

L'illegittimità del diniego emergerebbe anche per la carente motivazione del provvedimento, tenuto conto che esso si limita a richiamare la delibera della G.R. n. 261/2014 che a sua volta si appiattirebbe sulla nota della Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Molise n. 2381 del 15 gennaio 2014, senza la valutazione di sintesi che la Regione avrebbe, invece, dovuto elaborare sulla base della sentenza n. 371/2014.

II) violazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 e D.M. 10 settembre 2010, nonché degli artt. 3 e 14 ss. della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per inesistenza dei presupposti, travisamento dei fatti e contraddittorietà.

Il parere comunale sarebbe inammissibile, in quanto, per un verso, espresso dal rappresentante dell'UTC senza che agli atti della conferenza risulti che questi sia l'unico legittimato ad esprimere la volontà dell'Amministrazione su tutte le decisioni rientranti nella sua competenza, per altro verso, tale parere non sarebbe congruamente motivato e non indicherebbe le alternative operative per superare le problematicità rilevate.

Più in generale, il Comune di San Martino in Pensilis non avrebbe dovuto esprimersi, sussistendo sulla localizzazione degli impianti una competenza della Regione a cui non si aggiunge quella dei Comuni che, anzi, è esclusa dalle Linee guida statali fissate nel D.M. 10 settembre 2010.

III) Violazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 del D.M. 10 settembre 2010 e artt. 3 e 14 della l. n. 241/1990. Violazione del d.lgs. 42/2004. Violazione del d.p.c.m. 12 dicembre 2005. Violazione del Piano Paesaggistico territoriale (delibera G.R. 22 luglio 1991 n. 3971); violazione dei principi di leale cooperazione, buona fede, proporzione, adeguatezza, ragionevolezza; eccesso di potere per inesistenza dei presupposti, travisamento dei fatti, contraddittorietà. La determina n. 39/2014 sarebbe illegittima, in quanto la Regione Molise afferma di non poter sindacare il parere del MIBAC al di fuori dei suoi vizi estrinseci, dovendosi limitare ad una delibazione esterna, ma in tal modo la ricorrente ritiene che la Regione abbia confuso il sindacato ad essa spettante quale autorità procedente nell'ambito della conferenza di servizi con quello dell'Autorità giudiziaria nello scrutinio delle deliberazioni amministrative connotate da discrezionalità tecnica.

Il giudizio di prevalenza delle opinioni negative sarebbe poi assiomatico e non motivato, senza contare che la stessa Regione non avrebbe potuto esprimersi negativamente, non avendo espresso in conferenza il proprio dissenso, di modo che ai sensi dell'art. 14 ter, comma 7, della l. n. 241/1990 si sarebbe dovuto considerare acquisito l'assenso regionale o al più la Regione avrebbe dovuto, ai sensi dell'art. 14 quater, comma 3, l. 241/1990 rimettere la questione al Consiglio dei Ministri.

La determina n. 39/2014 sarebbe erronea anche nel punto in cui ha ritenuto che la valutazione negativa espressa dal MIBAC per la Regione Puglia fosse assorbita in quella del MIBAC Molise.

Il comportamento del MIBAC non sarebbe stato poi improntato a buona fede, in quanto i suoi rappresentanti si sarebbero limitati a depositare la relazione istruttoria negativa alla fine della conferenza, arrestandosi nel corso della stessa a mere enunciazioni di principio, senza considerare che il parere stesso non era espresso in termini costruttivi, non indicando, ai sensi dell'art. 14 quater, co. 1, l. n. 241/1990, un'alternativa operativa percorribile che rendesse il progetto assentibile.

Con un secondo gruppo di censure, la ricorrente contesta nel merito la valutazione regionale, evidenziandone specifici aspetti di criticità e rilevando in particolare che:

- a) nelle aree interessate dall'impianto, non sussiste alcun vincolo ambientale di inedificabilità assoluta;
- b) nella relazione istruttoria del MIBAC si rilevano alcune carenze documentali dell'istanza, tra cui la mancata indagine sugli effetti delle palificazioni sulle falde acquifere, tuttavia l'Autorità procedente, anziché invitare la ricorrente ad integrare la produzione, ha invocato tali carenze per fondare il parere negativo;
- c) non sussisterebbe poi alcuna invasività del suolo comunale, atteso che il progettato parco eolico occuperebbe solo lo 0,08 per cento dello spazio seminativo del territorio di San Martino in Pensilis;
- e) la relazione istruttoria richiama i vincoli paesaggistici esistenti sulla zona centrale del Comune di San Martino in Pensilis e quelli incidenti sulla fascia costiera, ma il Parco verrebbe realizzato in area prossima ma distinta; analoga questione si porrebbe per la distanza dai Tratturi che sarebbe superiore ai 500 metri previsti dalle linee guida regionali approvate con delibera di G.R. n. 621/2011.

La circostanza poi che l'intero territorio comunale sia ricompreso nel Piano Territoriale Paesaggistico non autorizza il diniego del MIBAC perché cozza con il divieto di cui all'art 12, co. 10, di escludere intere porzioni di territorio dall'installazione di impianti.

In definitiva per effetto del parere MIBAC anche le zone limitrofe a quelle vincolate sarebbero sottoposte a limitazioni siffatte, mentre la prossimità a tali aree non giustificerebbe la sottoposizione delle stesse ai medesimi vincoli di quelle limitrofe;

f) non coglierebbero, poi, nel segno le considerazioni contenute nella relazione a proposito del rilievo archeologico e paesaggistico dell'area, atteso che in assenza di un vincolo archeologico o paesaggistico ogni limitazione avrebbe carattere arbitrario. La descrizione del paesaggio contenuta nella relazione non darebbe, inoltre, conto dell'attuale

presenza delle pale eoliche che varrebbero a connotare il contesto per come esso è ora, senza considerare che oramai l'intera area su cui dovrebbe essere realizzato il nuovo parco eolico recherebbe chiare le tracce della trasformazione umana, sicché il riferimento ad un paesaggio intatto risulterebbe inappropriato.

g) quanto al vincolo paesaggistico di cui al D.M. 18 aprile 1985, il parere del MIBAC afferma che la zona di bellezza naturale costituisce la cornice naturale del centro abitato di San Martino in Pensilis, ma la ricorrente osserva in contrario che dal belvedere posto sul "giro esterno" non si potrebbe scorgere alcun aerogeneratore, dovendosi invece spostare al di fuori del centro abitato per poterli vedere;

h) anche la vicinanza ai tratturi non inciderebbe sulla fattibilità del progetto sia per l'attuale presenza nella zona di atri impianti eolici sia perché oggetto di vincolo non è il tratturo quale elemento paesaggistico, ma quale fattore che connota il territorio; inoltre l'impianto, potrebbe essere visto solo dai c.d. ricettori dinamici ovvero in movimento e non da zone di osservazione di usuale frequentazione. In sostanza, sarebbe arbitraria la zona scelta dal MIBAC per effettuare la valutazione sull'impatto visivo, considerando inoltre l'elevato grado di soggettivismo di una valutazione siffatta.

Carente di motivazione sarebbe il giudizio del MIBAC secondo cui l'intervento determinerebbe un'alterazione dei "quadri visivi significativi", senza specificare quali sarebbero tali scorci.

Con le ulteriori osservazioni di merito sulla relazione, la ricorrente evidenzia che l'Amministrazione ai fini della propria valutazione ha cumulato impropriamente il numero di aerogeneratori del progettato parco con quello degli aerogeneratori già realizzati (n. 29), laddove essi andrebbero considerati unitariamente solo ai limitati fini del c.d. effetto cumulo che la società aveva già esaminato nell'istanza proposta, contrariamente a quanto rilevato nel diniego.

In vista dell'udienza le parti hanno depositato documenti, memorie e repliche, ribadendo le proprie richieste e precisando ulteriormente le ragioni a sostegno delle proprie tesi.

All'udienza pubblica del 25 giugno 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

Parte ricorrente ha proposto congiuntamente con il ricorso introduttivo e con i successivi due ricorsi per motivi aggiunti la domanda di ottemperanza alla sentenza di questo tribunale 5 giugno 2014, n. 371 e l'azione per l'annullamento dei provvedimenti meglio specificati in epigrafe.

Sul punto, l'Amministrazione ha eccepito l'inammissibilità della proposizione della domanda di ottemperanza con quella di annullamento.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale, a cui il Collegio aderisce, la proposizione dell'azione di ottemperanza unitamente a quella di impugnazione con il rito ordinario non rende la prima inammissibile, quando entrambe le domande siano state proposte, come nella specie, nei confronti delle stesse parti, abbiano ad oggetto gli stessi atti, sebbene considerati sotto profili diversi, e perseguano lo stesso interesse sostanziale (Consiglio di Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4302).

E infatti, il rito ordinario consente alle parti di esplicitare le facoltà difensive con maggiore incisività rispetto al rito camerale cui è assoggettata l'azione di ottemperanza, tanto è vero che il codice del processo amministrativo sanziona con la nullità la violazione delle norme sulla pubblicità dell'udienza e non già l'inverso (art. 87, comma 1, del c.p.a.).

In ogni caso il Collegio non ravvisa profili di elusione della sentenza n. 371/2014, in quanto, come meglio si chiarirà anche con riguardo alla conferenza di servizi, tale pronuncia 2014 risulta eseguita nel suo contenuto conformativo in forza della successiva azione dell'Amministrazione che, in linea con quanto previsto nella pronuncia, con delibera della Giunta regionale del 20 giugno 2014 n. 261, ha adottato la VIA e, poi, ha indetto la conferenza di servizi culminata nel provvedimento di diniego dell'autorizzazione unica, impugnato con i secondi motivi aggiunti.

Ciò chiarito, può passarsi ora allo scrutinio dei gravami proposti.

Al riguardo occorre premettere che la società ha impugnato con il ricorso introduttivo e con i primi motivi aggiunti: a) la delibera della Giunta regionale n. 261 del 20 giugno 2014 recante "*giudizio negativo di compatibilità ambientale*" sull'istanza di autorizzazione unica proposta dalla ricorrente per la realizzazione del parco eolico; b) il parere della Direzione Regionale per i Beni culturali e Paesaggistici del Molise del 15 gennaio 2014.

Il ricorso introduttivo e il primo ricorso per motivi aggiunti sono in parte inammissibili ed in parte improcedibili.

Con riguardo all'impugnazione del parere del MIBAC del 15 gennaio 2014, la ripetuta sentenza n. 371/2014 di questo Tribunale ha già dichiarato l'inammissibilità del ricorso, trattandosi di contributo endoprocedimentale a carattere istruttorio privo di autonoma lesività e tale statuizione, che peraltro il Collegio condivide, non può certamente essere rimessa in discussione in questa sede pena la violazione del ne bis in idem. Ne consegue l'inammissibilità, sotto un duplice profilo, del gravame avverso tale atto.

Quanto all'impugnazione proposta avverso la Valutazione di Impatto Ambientale adottata con la delibera della Giunta regionale del 20 giugno 2014 n. 261, deve ritenersi venuto meno l'interesse al suo autonomo annullamento, considerato il sopravvenuto diniego di autorizzazione unica adottato con delibera della giunta n. 39 del 1° dicembre 2014 e che accentra integralmente la lesione lamentata dalla ricorrente, mentre la VIA assume il ruolo di atto presupposto rispetto al quale far valere profili di illegittimità derivata.

Tale considerazione consente di concludere per l'inammissibilità ed improcedibilità in parte qua del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti. Sennonché parte ricorrente dichiara nei secondi motivi aggiunti che le censure proposte nel ricorso introduttivo e nei primi motivi aggiunti devono intendersi riproposte quali vizi degli atti presupposti, riflettendosi a titolo di invalidità derivata anche sul diniego impugnato.

Al riguardo, il Collegio rileva che tutte le censure proposte con il ricorso originario e alcune di quelle sollevate con i primi motivi aggiunti sono state sostanzialmente riproposte con i secondi motivi aggiunti; può dunque principiarsi la

disamina con lo scrutinio delle censure del primo ricorso per motivi aggiunti non riproposte nel secondo ricorso per motivi aggiunti, ma oggetto solo del predetto generale richiamo.

I) Con il primo motivo, la ricorrente invoca l'invalidità della delibera del 20 giugno 2014, n. 261 recante la Valutazione di Impatto Ambientale, lamentando l'incompetenza della Giunta Regionale tenuto conto delle regole di separazione tra funzione di indirizzo politico e di gestione amministrativa, in base alle quali l'adozione della delibera sarebbe spettata al dirigente regionale del servizio Valutazioni Ambientali e non, appunto, alla Giunta.

Il rilievo è privo di pregio.

L'art. 8, co. 2, della legge della Regione Molise 24 marzo 2000, n. 21 prevede espressamente che la competenza ad adottare il giudizio di compatibilità ambientale appartenga alla Giunta regionale fissando una regola che, come puntualmente osservato dalla difesa erariale, la Corte costituzionale ha ritenuto costituzionalmente legittima, esaminando un'analoga disposizione contenuta nella legge della Regione Sardegna.

In particolare secondo il Giudice delle leggi la disposizione della legge regionale che appunta sulla Giunta regionale la competenza ad adottare la VIA <<non appare irragionevole, anche in considerazione della particolare complessità della VIA. In quest'ultimo atto, infatti, a verifiche di natura tecnica circa la compatibilità ambientale del progetto, che rientrano nell'attività di gestione in senso stretto e che vengono realizzate nell'ambito della fase istruttoria, possono affiancarsi e intrecciarsi complesse valutazioni che – nel bilanciare fra loro una pluralità di interessi pubblici quali la tutela dell'ambiente, il governo del territorio e lo sviluppo economico – assumono indubbiamente un particolare rilievo politico. In ragione di ciò, il riparto di competenze previsto dalla disposizione censurata, in un ambito caratterizzato da un intreccio di attività a carattere gestionale e di valutazioni di tipo politico, non viola l'art. 97 Cost. >> (Corte cost. 3 maggio 2013, n. 81).

Ora anche nel caso della disciplina della Regione Molise, la Giunta è chiamata ad adottare la Valutazione di Impatto ambientale sulla base di un'istruttoria tecnica compiuta da un organo tecnico composto dai responsabili dei servizi tecnici della Regione, con ciò replicando l'assetto di competenze ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale con la pronuncia appena riportata.

II) La New Green Energy contesta, con il secondo motivo, la mancata comunicazione, prima dell'adozione della VIA negativa, del preavviso di rigetto in pretesa violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241/1990.

L'eccezione non merita di essere condivisa.

A prescindere dalla sua concreta lesività, si è correttamente rilevato in giurisprudenza che la Valutazione di Impatto Ambientale <<non è il provvedimento conclusivo del procedimento di autorizzazione alla realizzazione dell'impianto di produzione di energia eolica, rispetto al quale si configura l'obbligo del preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10-bis della legge n° 241/1990>> (TAR Sicilia, sez. II, 4 giugno 2012, n. 1177).

Pertanto, nel caso di specie la società ha avuto la possibilità di far valere in sede procedimentale la propria posizione con le osservazioni proposte a seguito del preavviso di rigetto dell'istanza di autorizzazione unica comunicato dall'Amministrazione, sicché nessuna lesione del contraddittorio procedimentale potrebbe comunque ravvisarsi.

III) Con il terzo motivo del primo ricorso per motivi aggiunti, la New Green Energy lamenta la mancata considerazione nella motivazione del provvedimento di VIA del 20 giugno 2014, n. 261 del "rapporto" positivo trasmesso alla Giunta regionale dal Servizio regionale Valutazione Ambientale.

La censura è infondata.

Rinviano lo scrutinio del profilo relativo alla ritenuta violazione dell'obbligo di predisporre la VIA nella conferenza all'esame della prima censura dei secondi motivi aggiunti, deve rilevarsi che il documento istruttorio predisposto dal Servizio regionale Valutazioni Ambientali, espressamente omette di esaminare il parere del MIBAC 15 gennaio 2014, rimettendone l'esame alla Giunta regionale.

Ne consegue che la valutazione positiva (sia pure condizionata) espressa dal Servizio stesso si è fondata su di un'istruttoria che non ha espressamente tenuto conto proprio del contributo più importante proveniente dalla Direzione Regionale del MIBAC, con la conseguenza che il diverso giudizio espresso sulla VIA dalla giunta regionale non può essere inteso come un sovvertimento della proposta positiva dell'istruttoria.

Sotto questo profilo, anzi, il riferimento ai principi dello sviluppo sostenibile da parte della Giunta regionale, costituisce anche la giustificazione specifica della diversa soluzione adottata sulla VIA dall'esecutivo regionale rispetto alla proposta del Servizio tecnico.

Può ora passarsi allo scrutinio delle censure proposte con il secondo ricorso per motivi aggiunti avverso il diniego dell'esecutivo regionale di autorizzazione unica (determinazione n. 39 del 1° dicembre 2014) e gli atti presupposti adottati nel corso del lungo procedimento.

I) Parte ricorrente afferma che la delibera dirigenziale n. 39 del 1° dicembre 2014 recante il diniego di autorizzazione unica si sarebbe fondata su di una valutazione di impatto ambientale negativa adottata dalla Giunta Regionale (n. 238 del 20 giugno 2014), in violazione dell'art. 14-quater della l. n. 241/1990 ai sensi del quale, la VIA tardiva deve essere espressa in conferenza di servizi, mentre nel caso di specie essa sarebbe stata adottata prima della riunione, senza peraltro una motivazione congrua che indicasse soluzioni alternative rispetto a quelle prospettate dalla ricorrente, come invece prescritto dall'art. 14 quater, co. 1, della l. n. 241/1990 (c.d. dissenso costruttivo).

Pertanto, sarebbe stata elusa anche la sentenza n. 371/2014 secondo cui la Regione Molise avrebbe dovuto "esprimere una valutazione complessiva di tutti gli aspetti suscettibili di recare pregiudizio al distinto interesse alla salvaguardia ambientale" della quale non vi è traccia, atteso che: a) la Regione con la delibera 261/2014 avrebbe apoditticamente

richiamato la nota contraria al progetto del MIBAC del 15 gennaio 2014 (n. 2381); b) la conferenza di servizi avrebbe ritenuto non modificabile la VIA esautorando così la stessa conferenza da ogni competenza in materia.

Il motivo nei suoi plurimi profili di doglianza non coglie nel segno.

Vero è che la sentenza n. 371/2014 aveva evidenziato l'avvenuta scadenza del termine entro il quale la VIA avrebbe dovuto essere adottata, ma ciò non implicava che tale valutazione fosse anche elaborata e predisposta all'interno della conferenza, quanto piuttosto che venisse manifestata direttamente nella sede conferenziale, ai sensi dell'art. 14 quater della l. n. 241/1990, dall'Amministrazione competente ad adottarla, facendone oggetto di discussione da parte dei rappresentanti legittimati unitamente alle posizioni espresse da altri soggetti partecipanti, in linea con quanto previsto dall'art. 14 ter, co. 4, della l. n. 241/1990.

Invero, la sentenza n. 371/2001 di questo Tribunale ha precisato che il parere emesso dal MIBAC (Direzione Regionale per i Beni Culturali e paesaggistici del Molise) non ha valore vincolante e che pertanto esso avrebbe dovuto essere bilanciato (ai fini della VIA) dalla Giunta Regionale con altri interessi contrapposti e ciò è quanto puntualmente avvenuto nella fattispecie, atteso che la Giunta regionale molisana ha dato specificamente conto nella motivazione della VIA del parere favorevole dell'ARPA Molise, ma ha bocciato il progetto della ricorrente, assegnando prioritaria considerazione al principio dello "sviluppo sostenibile", espressamente contemplato dal d.lgs. n. 152/2006 proprio ai fini della valutazione di impatto ambientale (art. 4, co. 3).

In tal modo l'Amministrazione regionale ha aderito al parere statale, non perché erroneamente percepito come vincolante, ma all'esito di un'effettiva comparazione in cui ha dato conto dei diversi contributi istruttori, finendo per privilegiare la tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale rispetto agli altri interessi rappresentati e posizioni prospettate, in linea con quanto previsto dal dato normativo e nell'esercizio di un potere di apprezzamento non sindacabile in sede giurisdizionale se, come nella specie, non manifestamente irragionevole.

Tale condotta, inoltre, non costituisce violazione dell'art. 14 ter, co. 4, della l. n. 241/1990 che impone di manifestare in conferenza la VIA tardiva.

Giova premettere che l'art. 12 del d.lgs. n. 387/2000 prevede che all'autorizzazione unica si applichino le previsioni di cui alla l. n. 241/1990 ivi comprese quelle relative alla conferenza di servizi, rendendo così applicabile la regola di cui all'art. 14 ter, co. 4, della legge 241/1990 a mente del quale *"Se la VIA non interviene nel termine previsto per l'adozione del relativo provvedimento, l'amministrazione competente si esprime in sede di conferenza di servizi, la quale si conclude nei trenta giorni successivi al termine predetto"*.

Al riguardo questo Tribunale ha avuto modo di rilevare che *"lo strumento della conferenza dei servizi unitaria a cui debbono essere necessariamente presenti tutti i soggetti pubblici aventi titolo pronunciarsi sulla realizzazione dell'impianto di produzione di energia elettrica con fonti rinnovabili è stato prescelto dal legislatore non solo in funzione di semplificazione del procedimento e di garanzia di una sua maggiore celerità ma in special modo perché tutti i soggetti pubblici coinvolti abbiano modo di maturare il proprio parere nella piena consapevolezza del complesso degli elementi di valutazione adottati da tutti i partecipanti in modo che la valutazione finale di sintesi di competenza dell'autorità procedente sia sostenuta da una istruttoria per quanto possibile completa e, comunque, non deve essere privata di alcun apporto previsto dalle norme dello specifico procedimento"* (TAR Molise, 10 marzo 2011, n. 109; id., 4 giugno 2013, n. 397).

Ritiene il Collegio che la funzione appena riportata si sia realizzata nel caso di specie, atteso che dal verbale della conferenza di servizi del 17 luglio 2014 avente ad oggetto la realizzazione ed esercizio dell'impianto eolico progettato dalla New Green Energy, risulta che il rappresentante della Soprintendenza per i Beni Paesaggistici, nonché delegato del Ministero per i Beni culturali, arch. Birozzi, ha effettivamente manifestato e depositato nella sede conferenziale la deliberazione sulla VIA adottata dalla Giunta regionale Molisana, illustrandone il contenuto alle altre parti intervenute e sollecitando la discussione al riguardo.

In tal modo risulta realizzata la concentrazione nell'unica sede ed in un unico momento, "de visu", della manifestazione degli interessi di cui è portatore ciascuno dei soggetti partecipanti, i quali nella sede della conferenza manifestano e discutono le reciproche posizioni maturate sulla base delle istruttorie svolte da ciascuna Amministrazione e che, nel caso della VIA, presentano un grado di notevole complessità che ne impone lo svolgimento al di fuori della sede conferenziale.

A quest'ultima è invece demandata la funzione di realizzare una sintesi delle posizioni espresse dai partecipanti pervenendo a soluzioni il più possibile condivise, ma senza tuttavia ripetere tutti i singoli accertamenti tecnici svolti dai partecipanti, perché altrimenti la conferenza perderebbe la funzione di strumento di semplificazione che essa assolve.

Peraltro, la stessa esigenza di concentrazione a cui risponde la conferenza di servizi risulta soddisfatta anche se la VIA sia adottata in anticipo, non inibendosi in tal modo il confronto e la discussione all'interno della conferenza. Come accennato, poi, la complessità dell'istruttoria preordinata alla valutazione di impatto ambientale, rende l'anticipazione della VIA rispetto alla conferenza di servizi una soluzione pressoché obbligata, senza che ciò determini una violazione dell'obbligo fissato dall'art. 14ter, co. 4, il quale deve interpretarsi nel senso di imporre che, nell'ipotesi in cui l'Amministrazione competente a formulare la VIA non si pronunci nel termine, questa debba esprimersi in sede di conferenza, con la conseguenza di imporre la manifestazione "de visu" della propria posizione, facilitando il confronto e il reperimento di una soluzione meno dannosa degli interessi rappresentati.

Del resto, pur ipotizzando che la VIA sia stata manifestata in modo irrituale, l'Amministrazione procedente aveva comunque l'obbligo di tenerne conto ai fini dell'adozione della decisione sull'autorizzazione ex art. 12 del d.lgs. n.

387/2003 della VIA, tenuto conto che come rileva condivisibilmente la giurisprudenza: «la conferenza di servizi è il luogo, fisico e giuridico, dove devono confluire, per le evidenziate finalità di concentrazione perseguite dal legislatore nella materia, tutte le manifestazioni di volontà delle autorità coinvolte nel procedimento funzionale all'adozione, ai sensi dell'art. 12 del d.lg. n. 387 del 2003, dell'autorizzazione unica; ciò nondimeno, non può considerarsi "tamquam non esset" una manifestazione di dissenso espressa in forma irrituale (e cioè fuori dalla sede conferenziale) da parte di un'autorità preposta alla tutela di un interesse sensibile (come è quello al paesaggio). Pertanto, se per un verso il principio di leale collaborazione impone indubbiamente alle parti pubbliche di cooperare in vista del perseguimento dell'interesse di cui ciascuna risulti tributaria e di rispettare anzitutto le forme previste dalla legge per la manifestazione della volontà di ciascun soggetto coinvolto nel procedimento (dovendosi quindi ritenere irrituale il dissenso espresso fuori dalla conferenza di servizi), per altro verso, ove l'Ente preposto alla tutela di un interesse sensibile esprima comunque il proprio (irrituale) dissenso nell'ambito del procedimento funzionale all'adozione dell'autorizzazione unica, la Regione non può omettere di dare rilievo a tale dissenso espresso rilasciando (illegittimamente) l'autorizzazione unica» (Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2014, n. 1144).

Peraltro, un costante orientamento giurisprudenziale, da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi, afferma che il decorso del termine di conclusione del procedimento (e la considerazione vale anche per il procedimento di VIA) non può comportare per ciò solo la consumazione del potere di provvedere ovvero l'invalidità degli atti sopravvenuti alla scadenza di questo (ex plurimis: Sez. IV, 12 giugno 2012, n. 2264; 10 giugno 2010 n. 3695; Sez. VI, 1 dicembre 2010, n. 8371; 14 gennaio 2009, n. 140; 25 giugno 2008 n. 3215). Il richiamato orientamento si fonda sull'applicazione di consolidate categorie di teoria generale di diritto, in base alle quali vanno tenute distinte le norme di comportamento dalle norme di validità degli atti giuridici e le conseguenze rispettivamente discendenti dalla violazione delle prime o delle seconde, nel senso che solo in quest'ultimo caso la sanzione ricade sull'atto medesimo, determinandone la nullità o l'annullabilità, laddove nella prima ipotesi sorgono conseguenze esclusivamente di carattere risarcitorio (cfr. Cons. Stato, V, 11 ottobre 2013, n. 4980; Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, TAR Molise, 15 febbraio 2013, n. 124). A fronte dell'inerzia dell'Amministrazione, l'ordinamento prevede un'azione apposita all'art. 31 del codice del processo amministrativo, onde consentire, anche eventualmente attraverso rimedi avverso il silenzio – inadempimento delle Amministrazioni, il rispetto dei tempi procedurali inderogabilmente fissati dal legislatore (Cfr. da ultimo TAR Puglia, Bari, 6 agosto 2015, n. 1204).

Deve dunque ritenersi che la VIA sia stata adottata validamente e correttamente introdotta nel procedimento di autorizzazione unica.

II) Con il secondo motivo di ricorso pare ricorrente invoca l'illegittimità del gravato diniego di autorizzazione unica della Giunta regionale (determinazione n. 39 del 1° dicembre 2014), in quanto ai fini della valutazione del giudizio di prevalenza delle opinioni espresse nella conferenza di servizi, si sarebbe tenuto conto del parere negativo espresso dal Comune di San Martino in Pensilis, laddove tale parere: a) sarebbe stato espresso dal responsabile dell'Ufficio Tecnico comunale che, però, non sarebbe "unico rappresentante legittimato, dall'organo competente, ad esprimere in modo vincolante la volontà dell'amministrazione"; b) non sarebbe congruamente motivato né formulato in senso costruttivo; c) il parere comunale contrasterebbe con l'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 che non contempla poteri di veto da parte dei comuni nella realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

Pur prescindendo dal mancato allargamento del contraddittorio del presente giudizio nei confronti del Comune, il motivo è comunque infondato nel merito.

Giova, infatti, rilevare che non costituisce oggetto di contestazione la legittimazione del Comune di San Martino in Pensilis a partecipare alla conferenza di servizi indetta dall'Amministrazione regionale per l'esame dell'istanza di autorizzazione unica, atteso che ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 alla predetta conferenza partecipano "tutte le amministrazioni interessate" e che il progettato impianto avrebbe dovuto realizzarsi sul territorio di tale comune.

Ritenuta legittima la partecipazione del Comune alla conferenza, contrariamente a quanto eccepito da parte ricorrente non è ravvisabile l'opposizione di un veto da parte dell'ente locale, atteso che non risulta agli atti, né la ricorrente ha dato prova, che il giudizio negativo espresso dal Comune di San Martino abbia avuto i contenuti o sia stato percepito alla stregua di un veto alla realizzazione del progetto; sotto questo profilo l'ente locale ha espressamente qualificato il proprio giudizio quale parere e come tale esso è stato apprezzato dall'Amministrazione procedente che, nel formulare il giudizio di prevalenza delle posizioni espresse nell'ambito della conferenza, ha considerato la manifestazione di volontà comunale alla stregua delle altre, senza annettervi alcun valore cogente.

Non risultano, quindi, evidenze documentali da cui emerga che l'opposizione comunale sia stata considerata alla stregua di un invalicabile veto, dovendosi al contrario ritenere che il contributo dell'ente sia stato considerato alla stregua di un ordinario dissenso opposto da una delle amministrazioni coinvolte.

Quanto all'addotta carenza di motivazione nella quale difetterebbe l'indicazione degli emendamenti progettuali che avrebbero determinato l'assenso (c.d. dissenso costruttivo), è sufficiente osservare che, come rilevato con riguardo all'analoga censura riferita alla VIA, l'Amministrazione regionale ha espresso una valutazione integralmente negativa, collegando il proprio diniego alla presenza sul territorio di altri impianti eolici e al connesso effetto di cumulo di per sé non evitabile, se non allocando l'impianto sul territorio di altro comune nell'ambito di una pianificazione, anche imprenditoriale, che avrebbe dovuto essere integralmente rielaborata, senza che l'Amministrazione potesse provvedere ad un tale compito, rientrando, invece, nell'ambito dell'autonomia imprenditoriale dell'istante.

Con riguardo infine alla pretesa incompetenza del responsabile dell'Ufficio tecnico comunale ad esprimere la posizione dell'Amministrazione comunale, l'art. 42 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 fissa in modo tassativo le competenze del Consiglio comunale (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2011 n. 5518; TAR Puglia, Lecce, sez. 13 maggio 2013, n. 1048), di modo che quelle che non sono comprese nell'elenco debbono ritenersi incluse nell'ambito dei poteri gestionali rimessi alla dirigenza comunale.

Nel caso di specie il Comune di San Martino in Pensilis si è limitato ad esprimere una valutazione di incompatibilità ambientale dell'impianto (non rientrante in una delle competenze tipizzate del consiglio comunale), espressione di una volontà dell'ente rientrante nell'ambito della generale competenza degli enti territoriali comunali e che quindi il dirigente responsabile dell'UTG poteva esprimere per conto dell'ente.

Pertanto, non può affermarsi che ai fini del giudizio di prevalenza delle opinioni negative raccolte in sede di conferenza di servizi di cui all'art. 14 ter, comma 6bis, l. n. 241/1990, abbia rivestito carattere determinante il contributo proposto dal Comune, atteso che (in tal modo si fornisce riscontro anche della specifica censura inserita sub motivo 3 dei secondi motivi aggiunti), il parere negativo formulato dal MIBAC nell'ambito dell'istruttoria di VIA e quello conclusivo della Regione attengono ad interessi "sensibili" fatti oggetto di speciale considerazione nella disciplina normativa, al punto che l'eventuale dissenso espresso da una delle Amministrazioni preposte alla cura di tali interessi può essere superato solo con una delibera del consiglio dei Ministri. Ciò dimostra il particolare interesse riconosciuto a tale categoria di interessi che ne giustifica la prevalenza rispetto agli altri, senza contare che il giudizio sulle posizioni espresse dai soggetti aventi titolo alla partecipazione alla conferenza non è ancorato a regole predeterminate e rientra nell'ambito della pura discrezionalità amministrativa che, se esercitata in modo non palesemente irragionevole o contraddittorio, non può essere sindacata in sede giurisdizionale.

III.1) Con il terzo motivo, articolato in una pluralità di censure specifiche, parte ricorrente lamenta la troppo circoscritta valutazione condotta dalla Regione che nella motivazione del provvedimento di diniego afferma espressamente di non aver preso in considerazione le censure proposte avverso il parere del MIBAC, ritenendo che le considerazioni ivi formulate costituiscano espressione di discrezionalità non sindacabile dall'autorità procedente, con ciò confondendo i limiti del sindacato giurisdizionale con quello rimesso all'autorità procedente.

La censura non merita di essere condivisa.

Se è vero che il giudizio rimesso all'Amministrazione procedente in sede di conferenza di servizi non incontra gli stessi limiti di quello demandato all'Autorità giudiziaria, deve ritenersi che ben possa la prima decidere arrestare il proprio margine di apprezzamento di contributi di contenuto tecnico discrezionale elevato (come quello del MIBAC) e che, come nella specie, provengano da autorità altamente qualificate, in tal modo autolimitando la propria valutazione.

Pertanto nel caso di specie non pare che l'Autorità procedente si sia sottratta alle proprie responsabilità decisionali, ma ha invece assunto come valido ed efficace il parere dell'Amministrazione statale e ha deciso, nell'ambito della propria discrezionalità amministrativa, di assegnare valore prevalente ai fini del giudizio finale alla VIA e al parere del MIBAC, senza però entrare di tale giudizio, ma legittimamente ritenendo che tale valutazione ambientale costituisca espressione di cognizioni tecniche rimesse all'Amministrazione statale, sul corretto presupposto che nell'ambito della conferenza di servizi, le posizioni espresse dai partecipanti non si "contano", ma si "pesano" in base al principio di prevalenza fissato dall'art. 14 ter, co. 6 bis, della l. n. 241/1990.

Anche sotto questo aspetto la determinazione impugnata risulta immune dai vizi denunciati.

III.2) La ricorrente afferma, poi, che il ritardo con cui la Regione ha provveduto avrebbe dovuto condurre a sollevare il conflitto innanzi al Consiglio dei Ministri, secondo quanto previsto all'art. 14 quater co. 3 della l. n. 241/1990, perché alla posizione espressa dall'Autorità statale con l'avversato parere del MIBAC si sarebbe dovuto contrapporre l'assenso tacito all'intervento della Regione che sarebbe maturato, in base alle norme sulla conferenza di servizi a seguito del decorso del tempo per l'adozione della VIA.

Ritiene il Collegio che la censura debba considerarsi infondata se riferita alla Regione nel ruolo di Amministrazione procedente, in quanto il meccanismo di superamento dell'inerzia dei partecipanti alla conferenza non può riguardare la Regione che è l'autorità alla quale è rimessa la responsabilità del procedimento ed è chiamata ad avviare e concludere i lavori della conferenza, di modo che ad essa non può applicarsi il meccanismo di surroga previsto per le altre partecipanti, potendosi, invece, esperire, avverso l'inerzia dell'Amministrazione procedente, i rimedi previsti dall'art. 31 del codice del processo amministrativo per contrastarne il silenzio (inadempimento), ferme restando le conseguenze sul piano disciplinare previste dall'art. 14 ter, co. 6 bis, della l. n. 241/1990.

La censura sarebbe comunque priva di pregio quand'anche fosse riferita all'Amministrazione regionale nella qualità di soggetto competente ai sensi dell'art. 8 della l.r. Molise n. 21/2000 ad adottare la VIA per aver emanato con ritardo il relativo parere. E infatti, per tale tipo di procedimento non sono ammessi, ai sensi dell'art. 14 ter, co. 7, della l. n. 241/1990 meccanismi di surroga dell'inerzia, in considerazione sia della rilevanza degli interessi tutelati sia della disciplina europea che non consente in materia ambientale tale tipo di sostituzione, di modo che la Regione avrebbe dovuto sollevare il conflitto innanzi al Consiglio dei Ministri solo nell'ipotesi in cui non avesse condiviso la valutazione ambientale e si fosse quindi espressamente dichiarata in favore del progetto.

III.3) Inammissibile per difetto di interesse risulta, poi, la censura con cui la ricorrente contesta l'impugnato diniego per aver richiamato l'assorbimento del parere formulato dalla direzione del MIBAC della Regione Puglia sul progetto per cui è causa.

E infatti, la direzione regionale si è espressa in senso negativo, di modo che la specifica considerazione di tale contributo non avrebbe apportato alcun vantaggio alla posizione della New Green Energy che, anzi, contrariamente, avrebbe dovuto contestare anche le considerazioni ivi espresse.

In ogni caso, pur prescindendo da tale rilievo, è stato proprio il rappresentante della società ricorrente ad affermare in sede di conferenza di servizi che il parere della Direzione MIBAC del Molise avrebbe avuto carattere assorbente rispetto a quello espresso dalla Direzione per la Puglia (cfr. verbale riunione conferenza di servizi del 19 giugno 2014), sicché la ricorrente non può dolersi ora di quanto da essa stessa affermato.

III.4) Con l'ulteriore profilo di doglianza, parte ricorrente censura la determinazione n. 39/2014, in quanto dai verbali delle riunioni della conferenza di servizi del 19 giugno 2014 e del 17 luglio 2014 emergerebbe che i rappresentanti del MIBAC avrebbero evitato il confronto critico, limitandosi al deposito all'ultimo momento della valutazione ambientale negativa.

Anche tale eccezione è priva di fondamento.

Risulta infatti sia dal verbale del 19 giugno 2014 che da quello del 17 luglio che il tema della VIA e della posizione MIBAC è stato costantemente al centro del dibattito in conferenza: nella prima riunione si è infatti discusso dei tempi entro cui la VIA avrebbe dovuto essere adottata e delle conseguenze procedurali del decorso del ritardo; nella seconda riunione del 17 luglio 2014 il rappresentante del MIBAC ha, invece, brevemente illustrato la posizione negativa del Ministero, manifestando la propria disponibilità al confronto con gli altri partecipanti. Sennonché a tale manifestazione di disponibilità al confronto, parte ricorrente ha risposto chiedendo la sospensione dei lavori della conferenza per attendere l'esito dell'istanza cautelare di sospensione della VIA frattanto proposta innanzi a questo Tribunale.

In definitiva, dai verbali risulta che un tentativo della stessa Amministrazione statale di aprire un dibattito sui contenuti del proprio parere vi sia effettivamente stato, quanto questo poi corrispondesse ad una reale apertura a ridiscutere la propria posizione è questione che non emerge dai verbali, attesa anche l'estrema conflittualità, già tangibile nella fase procedimentale nella quale non si è instaurato alcun contraddittorio effettivo tra le parti.

III.5) Quanto al censurato difetto di motivazione per la ravvisata assenza nella motivazione delle indicazioni nella delibera del 20 giugno 2014, n. 261 atte a superare le criticità del progetto rilevate ai sensi dell'art. 14 quater della l. n. 241/1990 dall'Amministrazione statale (c.d. dissenso costruttivo), si è già rilevato che il progetto è stato ritenuto come "radicalmente negativo" (cfr. parere MIBAC 15 gennaio 2014, n. 238) richiamato anche nel gravato diniego, di modo che la concreta individuazione di soluzioni progettuali o modalità realizzative che consentissero di rendere il progetto compatibile ed ottenere il relativo assenso, tenuto anche conto che l'individuazione di soluzioni completamente diverse da quelle prospettate, ivi inclusa quindi una localizzazione alternativa degli impianti, avrebbe comportato un'inammissibile invasione dell'autonomia imprenditoriale del soggetto richiedente.

Pertanto, dal testo del parere della Direzione regionale sono comunque desumibili elementi fattuali che consentivano alla ricorrente di individuare gli elementi di incompatibilità più rilevanti riscontrati nel progetto presentato, permettendo alla società di rielaborare un progetto che consenta il superamento delle problematiche rilevate, si allude, in particolare (pag. 7 del parere), alle circostanze che tutti gli aerogeneratori previsti risulterebbero *"visibili dai centri abitati di San Martino in Pensilis, Ururi, Portocannone, Montorio nei Frentani, oltre che i centri abitati della vicina Puglia come Chieuti e Serracapriola"*, che *"nelle vicinanze, verso Ururi e Rotello, ma anche all'interno dello stesso territorio comunale di S. Martino, vi sia la presenza di altri impianti eolici già realizzati, oltre che previsioni progettuali relative a nuove installazioni"* e che le *"esorbitanti dimensioni"* degli aerogeneratori *"rendono del tutto inutile qualunque opera di mitigazione adottata, indipendentemente dalla tipologia della mitigazione medesima"*.

In sostanza specifiche criticità sono state ravvisate con riguardo alla concreta collocazione degli impianti e alle loro dimensioni, in tal modo, *a contrario*, fornendo alla ricorrente indicazioni sulle modalità con cui eventualmente rimodulare il progetto e renderlo assentibile, non potendosi effettivamente pretendere che l'Amministrazione giungesse ad individuare le concrete soluzioni progettuali e allocative necessarie all'assenso, in quanto non si trattava di criticità limitate ad aspetti specifici, ma, come detto, di profili di radicale incompatibilità con l'ambiente che implicavano la necessità di riformulare integralmente il progetto (cfr. in tal senso da ultimo TAR Lazio, sez. II *quater*, 9 febbraio 2015, n. 2338; in tal senso anche TAR Molise, 4 giugno 2013, n. 398).

III.6) Con l'ulteriore profilo di doglianza, la ricorrente lamenta l'erroneità del parere ministeriale nella parte in cui afferma di doversi pronunciare sul progetto come se l'intera zona interessata fosse gravata da vincolo, mentre la dichiarazione di notevole interesse pubblico disposta con decreti ministeriali del 18 aprile 1985 e 2 febbraio 1970 riguarda, rispettivamente, la zona centrale del comune di San Martino in Pensilis e la fascia costiera molisana (comuni di Petacciato, Termoli, Campomarino e Montenero di Bisaccia), a dimostrazione che solo una modestissima parte dell'area interessata dal progettato parco eolico ricade in zona oggetto di formale vincolo.

Analogo errore riguarderebbe gli altri vincoli invocati nel parere ministeriale con particolare riguardo ai tratturi nonché agli insediamenti archeologici e monumentali citati rispetto ai quali gli impianti si collocherebbero ad una distanza superiore.

Il rilievo è privo di pregio alla stregua delle considerazioni di seguito esposte.

E infatti, con riferimento al paesaggio su cui inciderebbe l'impianto progettato, la censurata relazione della Direzione Regionale afferma che: *"l'intervento in questione, ove realizzato, contribuirebbe ad alterare la percezione dell'insieme, in quanto ne interromperebbe e frammenterebbe la visione unitaria, con una visione in primo piano del"*

nuovo parco e di quello già realizzato in secondo piano e sullo sfondo, generando così una visuale completamente alterata anche nella sua profondità.....in un quadro di insieme paesaggisticamente importante>>.

Sulla scorta di tali premesse deve ritenersi che legittimamente la relazione contestata prescinde dalla collocazione delle torri al di fuori del perimetro individuato dai vicoli insistenti in situ, in quanto localizzate in aree “contermini” a quelle sottoposte a specifici vincoli paesaggistici, atteso che, come rilevato da condivisibile giurisprudenza, <<il paesaggio, quale bene potenzialmente pregiudicato dalla realizzazione di opere di rilevante impatto ambientale, si manifesta in una proiezione spaziale più ampia di quella riveniente dalla sua semplice perimetrazione fisica consentita dalle indicazioni contenute nel decreto di vincolo (cd. effetto di irradiazione del regime vincolistico che assiste i beni paesaggistici, nel caso specifico di opere di rilevante impatto visivo). In materia di impianti eolici, peraltro, la considerazione generale sopra indicata è anche concretamente richiamata dai contenuti delle Linee-guida nazionali (approvate con d.m. 10 settembre 2010, parte III, punto 14.9, lettera c), secondo cui il Soprintendente, chiamato a partecipare al procedimento funzionale all'adozione dell'autorizzazione unica, ha facoltà di esercitare i poteri previsti dall'art. 152 del Codice dei beni culturali e del paesaggio anche quando l'intervento ricada “in aree contermini” a quelle espressamente vincolate ex lege ai sensi dell'art. 142 del d.lgs 142/2004>> (cfr. TAR Puglia, 1204/2015 cit. che richiama TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 30 luglio 2014, n. 1238 in termini Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2013 n. 1674).

Né può sostenersi che il parere della direzione regionale sia privo di motivazioni, atteso che esso risulta il frutto di un'approfondita e puntuale istruttoria della quale la relazione fornisce pieno riscontro e che, quindi, non risulta lacunosa né censurabile.

Peraltro, a tale ultimo riguardo, la ricorrente con le ulteriori censure del ricorso per secondi motivi aggiunti, finisce per sovrapporre le proprie valutazioni a quelle di natura tecnico-discrezionale espresse dall'Amministrazione preposta, mentre va ribadito come il sindacato giurisdizionale nella materia de qua deve mantenersi alla luce di consolidati arresti giurisprudenziali, sul piano della verifica della non irragionevolezza della valutazione degli elementi di fatto acquisiti, non potendo trasmodare fino a ricomprendere le valutazioni caratterizzate da elevato tasso di opinabilità, pacificamente rimesse alla sfera del potere amministrativo.

Nel caso di specie tale pretesa irragionevolezza non sussiste e pertanto la valutazione dell'Amministrazione statale risulta in questa sede incensurabile.

In definitiva il ricorso per secondi motivi aggiunti deve essere respinto, tuttavia l'estrema complessità delle questioni trattate, unitamente al lungo lasso di tempo trascorso tra l'istanza e il suo esito procedimentale, possono essere apprezzate alla stregua di gravi ed eccezionali ragioni per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese del giudizio.

(Omissis)