

Parere negativo sulla compatibilità ambientale del progetto per la realizzazione di una centrale di cogenerazione a ciclo combinato

T.A.R. Marche, Sez. I 29 novembre 2016, n. 667 - Filippi, pres.; Capitanio, est. - SEA S.p.A. (avv.ti Papa e Cuppone) c. Regione Marche (avv. De Bellis) ed a.

Ambiente - Parere negativo sulla compatibilità ambientale del progetto per la realizzazione di una centrale di cogenerazione a ciclo combinato.

(*Omissis*)

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente impugna il provvedimento con cui la competente struttura della Regione Marche ha rilasciato un parere negativo di V.I.A. in relazione al progetto di realizzazione di una centrale di cogenerazione a ciclo combinato da 85 MW, da ubicarsi nella zona industriale di Ascoli Piceno.

2. Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

a) incompetenza della Regione a pronunciarsi sulla V.I.A., trattandosi di progetto che ha impatti ultraregionali (per cui la competenza è in capo allo Stato, ai sensi dell'art. 52 D.Lgs. n. 152/2006, come modificato dal D.L. n. 300/2006, non potendosi considerare in corso il procedimento alla data del 31/7/2007);

b) omessa acquisizione del parere della Regione Abruzzo (rilasciato dal dirigente del Settore e non dal Comitato di Coordinamento Regionale – C.C.R./V.I.A. - operante presso la Regione Abruzzo);

c) violazione art. 10-*bis* L. n. 241/1990 (in quanto non è stata data a SEA la concreta possibilità di controdedurre ai motivi ostativi, avendo la Regione già maturato la decisione sfavorevole);

d) violazione e falsa applicazione delle N.T.A. del Piano di Assetto Idrogeologico;

e) difetto di istruttoria e di motivazione con riguardo alla compatibilità dell'impianto con il Piano Energetico Ambientale Regionale – P.E.A.R. (compatibilità affermata dal competente ufficio regionale e dal presidente della Provincia di Ascoli Piceno e non opportunamente considerata in sede di parere V.I.A.);

f) nel merito, insussistenza di tutti i profili ritenuti ostativi dalla Regione (alcuni dei quali ben potevano essere superati con prescrizioni), afferenti: alle emissioni e all'abbattimento dei NOx; allo smog fotochimico; all'altezza dei camini; al rendimento e alle connessioni all'impianto; ai sistemi antincendio; alla movimentazione delle terre e rocce di scavo; alla valutazione del traffico indotto; alle misure di compensazione.

La ricorrente ha formulato altresì una domanda risarcitoria, chiedendo la condanna della Regione a ristorarle sia il danno emergente che il lucro cessante; tale domanda è stata poi ulteriormente dettagliata con le memorie depositate in data 25 maggio 2015 e 29 settembre 2016.

4. Si sono costituite in giudizio la Regione Marche e la Regione Abruzzo, chiedendo il rigetto di tutte le domande formulate con il ricorso introduttivo.

5. Il ricorso va respinto con riguardo a tutte le domande proposte.

Si deve premettere che la domanda risarcitoria non potrebbe comunque trovare accoglimento allo stato, visto che l'eventuale condivisione da parte del Tribunale delle censure su cui si fonda la domanda impugnatoria avrebbe quale unico effetto quello di rimettere l'affare all'autorità che SEA ritiene competente (laddove fosse accolto il primo motivo) – la quale dovrebbe quindi ripetere *ab initio* il procedimento – o quantomeno (laddove il Tribunale ritenesse invece competente la Regione Marche) di indurre l'autorità procedente a ripetere in parte l'istruttoria.

Ma, in ogni caso, la domanda risarcitoria in tanto potrebbe essere accolta in quanto il nuovo procedimento si concludesse con il rilascio del parere favorevole. Se infatti anche il nuovo procedimento si concludesse negativamente nessun risarcimento spetterebbe in relazione ad un progetto che comunque non poteva essere assentito (residuirebbe al limite un danno "da disturbo").

6. Non riveste invece autonomo rilievo invalidatorio il motivo di cui al precedente punto 2., let. e), in quanto la compatibilità del progetto con il P.E.A.R. costituisce solo uno dei parametri da valutare in sede di V.I.A., e nemmeno il più importante. Ma, d'altra parte, nessuno dubita dell'esistenza di un *favor* normativo per gli impianti di produzione di energia elettrica di nuova concezione - fra i quali quelli di cogenerazione - il che però non vuol dire che per ogni singolo impianto non debba essere previamente verificata la compatibilità ambientale. Per cui, se anche il motivo in commento venisse accolto, ciò non implicherebbe l'accoglimento della domanda impugnatoria, fondandosi l'atto impugnato su più presupposti fra loro autonomi (e dunque per evitare l'annullamento è sufficiente che anche uno solo di essi resista all'impugnazione).

7. Ciò detto, e passando alla trattazione del primo motivo, il Collegio osserva che:

- in generale, una normativa transitoria è finalizzata ad evitare che l'interessato subisca gli effetti di norme sopravvenute

più sfavorevoli, allorché egli abbia avviato un procedimento amministrativo nel vigore delle norme previgenti. Tuttavia vi è una notevole differenza a seconda che il mutamento normativo riguardi regole sul procedimento (come è nella specie) oppure attenga ai requisiti e presupposti di ordine sostanziale (come accade, ad esempio, quando vengono modificati i requisiti per l'accesso ad un concorso pubblico);

- nel caso di specie, come detto, è mutata la regola sulla competenza con riguardo alla valutazione di progetti che abbiano impatti ultraregionali. Pertanto, in disparte il fatto che tale modifica è neutra rispetto alla decisione finale (non si capisce in effetti perché il Ministero dell'Ambiente dovrebbe adottare un metro di giudizio meno severo rispetto alle Regioni in presenza di specifiche ragioni ostative), nella vicenda in esame la normativa transitoria va letta ed interpretata proprio con riguardo allo specifico profilo che ha determinato la modificazione del regime delle competenze;

- è necessario pertanto verificare se, alla data di avvio del procedimento, l'autorità competente fosse in grado di cogliere la portata del progetto e i suoi potenziali impatti ultraregionali, il che vuol dire che la documentazione presentata da SEA doveva contenere le informazioni minime a tal uopo richieste. E si tenga presente che le disposizioni dettate al riguardo dalla Regione con la deliberazione di G.R. n. 1600/2004 sono poste in favore del proponente, onde evitare che gli uffici possano ritardare l'avvio del procedimento adducendo l'incompletezza della domanda;

- come risulta dalla domanda di rilascio dell'autorizzazione prot. SEA-040 del 25/7/2007, presentata alla Provincia di Ascoli Piceno (doc. allegato n. 4 al ricorso), e come correttamente eccepito dalla difesa della Regione Marche, tali presupposti sussistevano, visto che all'istanza era allegato lo Studio di Impatto Ambientale (S.I.A.), che rappresenta il documento più importante ai fini dello svolgimento della V.I.A., e che la stessa ricorrente aveva espressamente chiesto alla Provincia di trasmettere la pratica alla Regione per lo svolgimento della V.I.A. (nell'istanza è richiamata la L.R. n. 7/2004, per cui SEA era ben convinta che la competenza fosse in capo alla Regione);

- diventa pertanto irrilevante il fatto che si sia reso necessario richiedere integrazioni documentali al proponente (cosa del tutto fisiologica in procedimenti del genere), le quali peraltro non attenevano al contenuto del progetto, ma ad adempimenti formali (data di pubblicazione dell'avviso, domanda di richiesta del certificato di destinazione urbanistica dell'area, dichiarazione relativa al valore dell'opera, ricevuta del versamento delle spese di istruttoria, etc.). Allo stesso modo è irrilevante il fatto che nella nota datata 11/12/2007 la Regione parli di nuovo avvio del procedimento. Come è noto, gli atti giuridici vanno interpretati per quello che è il loro significato sostanziale, per cui il *nomen iuris* di per sé non è un dato decisivo. Peraltro, considerata la complessità del procedimento di V.I.A., la Regione ha voluto solo chiarire che il termine di legge per la conclusione della procedura decorreva dalla data di pubblicazione dell'avviso di cui all'art. 9, comma 8, L.R. n. 7/2004 (ossia dal 6/12/2007), il che è del tutto corretto, non potendo l'amministrazione essere costretta a concludere il procedimento in tempi ristrettissimi per ritardi imputabili al proponente. Per cui, ai fini della individuazione dell'amministrazione competente la pratica poteva essere considerata in corso alla data del 31 luglio 2007, ma il termine per la sua definizione non poteva che decorrere dal momento in cui SEA aveva completato gli adempimenti procedurali. D'altra parte, nel pieno rispetto della *ratio* dell'istituto, tali adempimenti non sono fini a sé stessi, essendo invece necessari per garantire che sia data adeguata pubblicità al procedimento, in modo da consentire l'informata partecipazione a tutti i soggetti pubblici e privati potenzialmente coinvolti. E' dunque evidente che la Regione non poteva avviare la valutazione del progetto prima che fossero stati adempiuti tutti gli obblighi informativi, pena la possibile pretermissione dei diritti partecipativi dei soggetti pubblici e privati coinvolti.

In conclusione, si deve poi osservare che la ricorrente non ha mai contestato la competenza della Regione nel corso del lungo procedimento, per cui la presente censura assume anche valore strumentale. D'altra parte nulla impediva a SEA di rinunciare al presente progetto e di ripresentarlo al Ministero dell'Ambiente sulla base delle nuove regole sulla competenza introdotte dal D.L. n. 300/2006.

8. Ugualmente infondato è il motivo con cui si deduce l'omessa acquisizione del parere della Regione Abruzzo, e ciò in quanto:

- per un verso, le norme sulla conferenza di servizi prevedono espressamente che ciascun ente partecipante deve inviare un solo rappresentante abilitato ad esprimere la volontà del soggetto pubblico. Nella specie la Regione Abruzzo ha inviato il dirigente del settore competente al rilascio dei pareri di V.I.A./V.A.S., ossia un funzionario munito di specifica competenza in materia, il quale ha sì rimandato ad un futuro parere del C.C.R., ma ha anche espresso il parere negativo della Regione. Il fatto che il Comitato non abbia poi reso il parere è del tutto irrilevante, sia perché tale parere non è vincolante sia perché ai sensi dell'art. 14-ter, comma 7, della L. n. 241/1990 (nella versione vigente alla data del 15/10/2009) l'assenza del parere non preclude la conclusione del procedimento;

- per altro verso, è evidente che la competenza del C.C.R. sussiste per i procedimenti gestiti dalla Regione Abruzzo e che riguardano progetti che producono i loro impatti più significativi nel territorio abruzzese.

Ad ogni buon conto, con la nota depositata dall'Avvocatura dello Stato in data 6 settembre 2016 il dirigente *pro tempore* della Regione Abruzzo competente in materia ha ribadito che il parere rilasciato in sede di conferenza di servizi è da ritenere esaustivo.

Si deve infine osservare che l'eventuale irregolarità del parere rilasciato dal dirigente abruzzese non incide sulla legittimità del provvedimento impugnato, il quale si fonda su ragioni ostative che nulla hanno a che fare con gli impatti ultraregionali. Per cui un eventuale parere favorevole rilasciato dal C.C.R. abruzzese non avrebbe modificato l'esito del procedimento.

9. Il motivo di cui al precedente punto 2., let. c) è improntato ad un estremo formalismo ed è comunque infondato nel merito. In effetti, l'istituto del c.d. preavviso di rigetto introdotto nell'ordinamento con l'art. 10-*bis* della L. n. 241/1990 presuppone di necessità che l'autorità competente abbia maturato una decisione negativa per il richiedente, altrimenti esso non avrebbe alcuna utilità.

Se, infatti, l'autorità competente non ha ancora maturato una decisione definitiva, allora è doveroso riaprire l'istruttoria e/o richiedere ulteriori apporti consultivi ad altre amministrazioni, mentre se è stata maturata una decisione favorevole la previa comunicazione non ha alcuna utilità per il privato.

L'istituto di cui all'art. 10-*bis* è invece finalizzato ad apprestare in favore del richiedente un'ultima possibilità di far valere le proprie ragioni avendo ben chiari quali sono i motivi che l'autorità competente ritiene ostativi al rilascio del provvedimento favorevole. Questo è tanto vero che il provvedimento finale è generalmente considerato illegittimo laddove si fondi su profili che non erano stati indicati nel preavviso di rigetto.

Nella specie, con la nota dell'11 gennaio 2010 la Regione ha chiaramente esposto nel dettaglio quali erano i motivi ostativi al rilascio del parere favorevole ed ha anche lealmente preavvisato SEA che tali ragioni non apparivano superabili con una mera integrazione progettuale, visto che i rilievi attenevano ad aspetti essenziali, quali in particolare la compatibilità con il P.A.I. Ma ciò non vuol dire che la ricorrente non aveva la possibilità di tentare di far cambiare avviso all'amministrazione.

A questo proposito va però evidenziato che SEA non ha presentato alcuna osservazione al preavviso di diniego, per cui ha spontaneamente rinunciato ad avvalersi dell'ultima *chance* concessa dalla Regione.

Peraltro, come si vedrà nel successivo passaggio motivazionale, esisteva certamente un profilo insuperabile, per cui il presente motivo va rigettato anche ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, L. n. 241/1990.

10. Si deve dunque passare a trattare proprio del motivo centrale, con cui si contesta il giudizio di incompatibilità dell'intervento con il P.A.I. espresso nel provvedimento impugnato.

Il motivo è infondato, alla luce delle seguenti considerazioni:

- il P.A.I., come è noto, classifica il territorio in base a differenti livelli di rischio idrogeologico, a ciascuno dei quali corrisponde una diversa tipologia di interventi di trasformazione del territorio assentibili. Con specifico riguardo all'area dove avrebbe dovuto essere ubicato l'impianto, la stessa è classificata come "area a rischio elevato di esondazione E3", in cui sono vietati interventi di nuova costruzione che non rientrano nelle tipologie indicate dagli artt. 7 e 9 delle N.T.A.;
- i Piani in questione, poi, sono strutturati in modo che la stessa autorità adottante, d'ufficio o su istanza di altri enti pubblici o di soggetti privati, possa nel tempo apportare modifiche alla classificazione delle aree di rischio. Questo perché, come accadde a suo tempo per i Piani paesistici adottati in base alla c.d. legge Galasso, in fase di prima adozione i P.A.I. sono stati elaborati in un'ottica prudenziale e basandosi per la gran parte su dati meramente cartacei (salvo che per le zone interessate di recente da fenomeni rilevanti, per le quali erano disponibili dati aggiornati). Peraltro, eventuali importanti interventi di trasformazione del territorio, la realizzazione di opere idrauliche di mitigazione, il verificarsi di eventi alluvionali eccezionali, etc., ben possono aver modificato lo stato di rischio, per cui il P.A.I. va aggiornato di continuo, così come si può aggiornare la classificazione di porzioni limitate del territorio laddove il privato interessato a sfruttare il *ius aedificandi* elabori uno studio in cui si dimostri l'assenza di qualsiasi pericolosità idraulica (art. 19 delle N.T.A.);

- nella specie, SEA ha avviato la procedura per la riclassificazione dell'area, ma essa è stata dichiarata improcedibile dall'Autorità di Bacino e il relativo provvedimento non è stato impugnato. A tal proposito non giova alla ricorrente lamentare il fatto che "...le competenti amministrazioni avrebbero potuto definire positivamente la procedura di mitigazione delle condizioni di rischio di cui all'art. 20, comma 2, delle N.T.A. del P.A.I..." (pagg. 31 e 32 del ricorso). Premesso che tale modifica della classificazione non poteva essere oggetto della procedura di V.I.A., il provvedimento con cui l'AdB ha dichiarato improcedibile l'istanza di SEA andava impugnato tempestivamente, trattandosi di atto immediatamente lesivo;

- non si vede dunque in che modo la ricorrente pretende di superare un profilo radicalmente ostativo, di cui la Regione non poteva non tenere conto. D'altra parte non è nemmeno il caso di ricordare passate e più recenti catastrofi naturali provocate proprio dalla sottovalutazione del rischio idrogeologico (inondazione di Genova nel 2014 e di Olbia nel 2013 a seguito di esondazione dei fiumi che attraversano quelle città, frequenti esondazioni dei fiumi marchigiani, alluvione del 1994 in Piemonte, etc.).

11. In ragione di quanto detto in precedenza vanno infine rigettate le censure che investono i singoli rilievi ostativi (ulteriori rispetto a quello afferente l'incompatibilità del progetto rispetto al P.A.I.). Al riguardo si osserva che:

- è certamente vero che in subiecta materia molti dei rilievi ostativi che emergono nel corso del procedimento possono essere convertiti in prescrizioni da imporre con il parere favorevole finale (parere favorevole con prescrizioni, ritenuto in generale legittimo dalla giurisprudenza, con il solo limite del divieto di apportare al progetto stravolgimenti tali da renderlo in pratica diverso da quello sottoposto a V.I.A.). Ma è anche vero che la scelta fra il rilascio del parere favorevole con prescrizioni o del parere negativo è rimessa alla discrezionalità tecnica dell'autorità decidente, la quale è sindacabile solo *ab externo* dal giudice;

- peraltro, in ragione dell'esistenza di un elemento ostativo insuperabile alla realizzazione del progetto, gli altri rilievi perdono di autonoma rilevanza ai fini dell'accoglimento del ricorso.

12. In conclusione, la domanda impugnatoria va respinta, dal che consegue la reiezione anche della domanda risarcitoria (per la quale valgono comunque le considerazioni di cui al precedente punto 5.).
Le spese di giudizio vanno però compensate, visto che la questione di diritto di cui al primo motivo di ricorso presenta caratteri di relativa novità.

(Omissis)