

Procedura abilitativa semplificata per la costruzione di un impianto mini eolico da 60 kw

T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VII 27 aprile 2017, n. 2255 - Messina, pres.; De Gennaro, est. - For@Energy S.r.l. (avv. Fusco Moffa) c. Comune di San Giorgio La Molara (n.c.).

Ambiente - Procedura abilitativa semplificata per la costruzione di un impianto mini eolico da 60 kw.

(*Omissis*)

FATTO e DIRITTO

1. La For@energy srl, con istanza in data 1.3.2016 ha attivato presso il Comune di San Giorgio La Molara una PAS (procedura abilitativa semplificata prevista dall'art. 6 del D.lgs. 28/2011) relativa alla costruzione di un impianto eolico con potenza nominale pari a 60 kW da installarsi in località "Noceverde" riportato in catasto al foglio 17 particella 299 (ex particella 287).

Decorso il termine di trenta giorni previsto dalla normativa di settore per l'eventuale inibizione dei lavori da parte del Comune, la società istante, sul presupposto dell'avvenuta formazione del titolo abilitativo *per silentium*, in data 4.4.2016 ha iniziato i lavori di preparazione del cantiere, dandone comunicazione al Comune con nota del 13.4.2016.

1.1 Il Comune, dopo aver provveduto all'istruttoria e all'esame dell'istanza di PAS del 01.03.2016, con il provvedimento prot. 2131 del 14.04.2016 ha ordinato alla For@energy srl di non effettuare il relativo intervento per le motivazioni di cui alla nota prot. 5962 in data 13.11.2015 in epigrafe indicata sub c), relativa ad una precedente istanza PAS del 6.10.2015. Con il provvedimento prot. 2808 in data 17.05.2016 il Comune, dopo aver riesaminato il provvedimento, ha respinto anche l'espressa istanza della For@energy di annullamento in autotutela del suddetto provvedimento inibitorio.

1.2 Con il presente ricorso la For@energy impugna i suddetti provvedimenti deducendone l'illegittimità deducendo:

- violazione dell'art. 6, co. 2 e 4, d.lgs. 28/2011, violazione degli artt. 7 e 21 nonies l. 241/90 e s.m.i., violazione del principio del legittimo affidamento;

- violazione della direttiva comunitaria 2009/28/Ce sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/Ce e 2003/30/Ce, violazione del punto 2 del paragrafo 1 delle linee guida di cui al d.m. 10.9.2010, falsa applicazione delle norme urbanistiche del PRG vigente, violazione dell'art. 3 L. 241/90 e s.m.i., eccesso di potere sotto più profili, difetto di motivazione, disparità di trattamento.

- violazione della direttiva comunitaria 2009/28/Ce sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/Ce e 2003/30/Ce, violazione e falsa applicazione dell'art. 6 d.lgs. 28/2011, violazione del punto 11.6 delle linee guida di cui al d.m. 10.9.2010, eccesso di potere sotto più profili, erroneità dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di istruttoria.

1.3 Con ordinanza n. 1200/2016 ritenendo l'impugnativa assistita da *fumus boni iuris* è stata accolta la domanda di tutela cautelare.

2. All'udienza del 4 aprile 2017 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

Il ricorso è fondato.

La società istante deduce che sulla domanda si sarebbe formato un titolo abilitativo *per silentium* e che in ogni caso non vi sono validi motivi per inibire la costruzione dell'impianto.

Le censure, che possono formare oggetto di esame congiunto, sono fondate nei termini che seguono.

La procedura semplificata per gli impianti eolici con potenza ridotta prevede (art. 6 D.lgs. 28/2011) che il privato presenti "almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori" una dichiarazione accompagnata dai prescritti opportuni elaborati tecnici e progettuali.

Il Comune, ove riscontri l'assenza di una o più delle condizioni stabilite al medesimo comma, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento, con la previsione che "se il Comune non procede ai sensi del periodo precedente, decorso il termine di trenta giorni dalla data di ricezione della dichiarazione di cui comma 2, l'attività di costruzione deve ritenersi assentita" (art. 6, comma 4, D.lgs. 28/2011).

2.1 Nel caso di specie l'istanza è stata presentata il 1.3.2016 e l'ordine inibitorio è stato emanato il 14.4.2016; ne consegue che deve ritenersi decorso il suddetto termine di trenta giorni entro cui l'attività edilizia deve ritenersi assentita.

Il Comune non avrebbe quindi potuto intervenire oltre il termine stabilito dal citato art. 6, se non alle condizioni cui la legge subordina il potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi e, quindi, tenendo conto, oltre che degli eventuali profili di illegittimità dei lavori assentiti per effetto della istanza ormai perfezionatasi, dell'affidamento ingeneratosi in capo al privato per effetto del decorso del tempo e, comunque, esternando le ragioni di interesse pubblico a sostegno del provvedimento repressivo.

Infatti, il termine per l'esercizio del potere inibitorio doveroso, nel caso di PAS, deve ritenersi perentorio, pur conservando l'amministrazione un potere residuale di autotutela; peraltro, tale potere residuale, con il quale l'Amministrazione è chiamata a porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, deve essere esercitato sulla base di una valutazione comparativa, di natura discrezionale, degli interessi in rilievo, idonea a giustificare la frustrazione dell'affidamento incolpevole maturato in capo al denunciante a seguito del decorso del tempo e della conseguente consumazione del potere inibitorio.

Tale valutazione è assente nei provvedimenti impugnati che devono quindi ritenersi illegittimi.

2.2 Peraltro, anche a prescindere dalla tardività nell'esercizio del potere, si rileva l'erroneità della motivazione a sostegno dell'ordine inibitorio, articolata tramite il rinvio ad una precedente nota comunale (prot. n. 5962 del 13.11.2015).

Il Comune deduce in tale ambito che l'impianto violerebbe le norme del PRG, non precisamente individuate, in tema di distanze degli edifici dal confine.

Tale motivo non ha fondamento posto che la disciplina locale in tema di distanza delle costruzioni dai confini, non può essere applicata analogicamente agli impianti eolici, non essendo, questi ultimi, classificabili tra gli "edifici" (cfr. in termini Cons. Stato n. 61/2016).

2.3 Viene poi opposto dal Comune il superamento della potenza di 60 kw, prevista per la procedura semplificata, in quanto la potenza generata dall'impianto in oggetto si sommerebbe ad altro aerogeneratore già in esercizio sulla medesima particella 287 del foglio 17.

Anche tale rilievo è privo di fondamento in quanto i limiti di capacità di generazione e di potenza sono da intendersi riferiti alla somma delle potenze nominali dei singoli impianti di produzione solo quando questi facciano capo al medesimo punto di connessione alla rete elettrica e appartengano allo stesso soggetto ovvero che siano riconducibili ad unico centro di interesse (cfr. linee guida ministeriali punto 11.6 e anche Cons. Stato n. 61/2016 e Tar Napoli sez. VII n. 1878/2013).

Nel caso di specie, per quanto emerge dagli atti di causa, gli aerogeneratori appartengono a soggetti diversi e non sono collegati tutti allo stesso punto di connessione delle rete di trasmissione. Ne discende l'inconsistenza del rilievo ostativo.

3. In conclusione, tanto premesso, il ricorso deve essere accolto. Con assorbimento delle ulteriori censure.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

(Omissis)