

Procedimento autorizzatorio degli impianti destinati alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili

Cons. Stato, Sez. IV 17 gennaio 2023, n. 577 - Lopilato, pres. f.f.; Loria, est. - Edp Renewables Italia s.r.l. (avv.ti Bucello, Molè e Viola) c. Regione Puglia (avv. Colelli) ed a.

Ambiente - Impianto di produzione di energia da fonte eolica - VIA e VAS - Giudizio di compatibilità ambientale.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente contenzioso è costituito:

a) dalla determinazione del dirigente dell'ufficio programmazione e politiche energetiche, VIA e VAS della Regione Puglia, n. 71 del 18 marzo 2013, avente ad oggetto *"L.R. n. 11/01 e ss.mm.ii — d.lgs. 152/2006 e ss.mm.ii, — Riesame in esecuzione dell'Ordinanza TAR Puglia, sez. Bari, n. 378 del 21.04.2011 per la procedura di Valutazione di impatto ambientale — Impianto di produzione di energia da fonte eolica di potenza prevista pari a 60 MW da realizzare nel Comune di Lucera (FG), in località "Coppe di Montedoro";*

b) dal parere espresso dal Comitato regionale per la VIA – Regione Puglia – Area politiche per l'ambiente le reti e la qualità urbana, nella seduta del 2 ottobre 2012;

c) del parere espresso dal comitato regionale per la VIA – Regione Puglia – Area politiche per l'ambiente le reti e la qualità urbana – servizio ecologici Ufficio programmazione VIA e politiche energetiche, nella seduta del 12 febbraio 2013;

del verbale del Comitato regionale per la VIA - Regione Puglia – Area politiche per l'ambiente le reti e la qualità urbana, adottato nella seduta del 20 settembre 2011, avente ad oggetto *"procedura di valutazione d'impatto ambientale per parco eolico in Agro di Lucera in loc. "Coppe di Montedoro" – proponente "Edp Renewables s.r.l. già Energia Natura s.r.l., con sede legale in Verbania (Vb) alla via dei Martiri n. 165 – riesame del progetto ai fini dell'esecuzione dell'ordinanza del Tar Bari n. 378/2011"*, nelle parti in cui estende il riesame alla *"parte favorevole della precedente istruttoria"*; b) stabilisce che, ai fini della nuova istruttoria, è necessario acquisire i pareri indispensabili e propedeutici elencati ai punti da 1 a 4 del provvedimento.

2. Con ricorso proposto al T.a.r. per la Puglia, la ricorrente ha articolato cinque motivi che sono così sintetizzati:

I. Violazione dell'art. 28 della l.r. 12 aprile 2001 n. 11. Violazione del reg. reg. 17 maggio 2011 n. 10. Incompetenza. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 3, della l. 7 agosto 1990 n. 241. Difetto di motivazione.

Con tale motivo viene dedotta la illegittimità della composizione del Comitato per la valutazione d'impatto ambientale, essendo mancanti le figure dell'esperto in materia di paesaggio e di un rappresentante dell'Agenzia regionale a cui spetta la tutela ambientale del territorio, ossia dell'Arpa Puglia, come previsto dall'art. 28, comma 2, della l.r. n. 11 del 2001 che stabilisce la presenza tra i componenti dell'organo di un rappresentante di Arpa Puglia (lett. e), nonché di un professore universitario o di un esperto laureato da più di dieci anni con competenze specifiche in materia di paesaggio (lett. a) n. 7).

II. Violazione dell'art. 1, commi 1 e 2, l. 7 agosto 1990 n. 241. Violazione dei principi di efficienza, economicità, efficacia e buon andamento dell'attività amministrativa. Violazione degli art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003. Violazione delle NTA del Piano urbanistico territoriale tematico per il paesaggio della Puglia approvato con deliberazione della Giunta regionale n. 1748 del 2000. Violazione ed elusione della sentenza del Tar per la Puglia Bari, sez. I, 23 febbraio 2012 n. 376. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, illogicità ed irragionevolezza.

L'amministrazione regionale avrebbe condotto una istruttoria illegittima sotto due profili:

a) da un lato la ricorrente ha dedotto la intempestività delle richieste istruttorie, che avrebbero dovuto essere formulate nell'ambito della Conferenza di servizi di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, che rappresenta la sede prescelta dal legislatore per il confronto tra le amministrazioni coinvolte nella procedura autorizzativa;

b) dall'altro, nel caso in esame, le richieste di pareri sarebbero irragionevoli e si sarebbero tradotte in un illegittimo aggravamento del procedimento in palese violazione dei principi che regolano il buon andamento dell'azione amministrativa.

Il coinvolgimento di tali soggetti avrebbe aggravato il procedimento e sarebbe illegittimo poiché sono state anticipate fasi istruttorie destinate a svolgersi nell'ambito della Conferenza di servizi.

Motivi nn. III. IV. V. Violazione e falsa applicazione del d.m. 10 settembre 2010. Violazione e falsa applicazione dell'allegato VII alla Parte II del d.lgs. n. 152 del 2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del d.lgs. 16 gennaio 2008 n. 4. Violazione dell'art. 10, comma 5 bis, della l.r. n. 17 del 2007. Violazione e falsa applicazione della DGR 1462/2008, così come modificata dalla DGR 16 dicembre 2008, n. 2467. Violazione e falsa applicazione del regolamento



reg. 30 dicembre 2010, n. 24. Violazione degli art. 1 e 3 della l. n. 241/1990. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità. Violazione dei principi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per erroneità nei presupposti, travisamento dei fatti. Istruttoria carente ed erronea. Difetto di motivazione.

Con tali motivi, sintetizzabili per il filo comune che avvince le censure dedotte, la ricorrente ha censurato il giudizio negativo di compatibilità ambientale per carenze istruttorie ritenute “macroscopiche”, per illogicità, per travisamento dei dati scientifici forniti dalla documentazione tecnica nonché degli apporti istruttori richiesti a talune delle amministrazioni che non avrebbero dovuto essere neppure coinvolte nella fase procedimentale della VIA.

3. Il T.a.r. per la Puglia, con la sentenza impugnata:

a) ha dichiarato inammissibile il ricorso per la mancata impugnazione del parere del Comune di Lucera del 29 maggio 2013 prot. n. 25223;

b) ha esaminato i motivi di ricorso ritenendoli infondati;

c) ha compensato le spese del giudizio.

4. Con l'appello in esame, la ricorrente società ha ripercorso in punto di fatto le vicende amministrative che hanno caratterizzato il progetto di parco eolico, precisando che il presente giudizio riguarda soltanto una parte dell'originario progetto giacché sette aerogeneratori su un totale di ventisette hanno proseguito autonomamente il loro percorso amministrativo.

In tale contesto il parere del Comune di Lucera sarebbe un atto di natura endoprocedimentale, reso nell'ambito della conferenza di servizi convocata per l'approvazione della parte del progetto che ha già ottenuto uno scrutinio ambientale favorevole (7WTG) e che pertanto non è oggetto del presente gravame.

Inoltre, la nota comunale sarebbe inidonea, di per sé, a costituire motivo ostativo alla realizzazione dell'impianto in quanto ai sensi dell'art. 12 d.lgs. n. 378 del 2003 l'amministrazione procedente assume le proprie determinazioni in base alle “posizioni prevalenti” espresse dai partecipanti alla riunione (art. 14 *ter* l. n. 241 del 1990).

L'atto costituisce, pertanto, un atto preparatorio di un altro procedimento autorizzativo e non reca *ex se* alcuna lesione agli interessi della ricorrente per cui dalla sua mancata impugnativa non potrebbe derivare la inammissibilità del ricorso, come invece affermato dal T.a.r. per la Puglia con la gravata sentenza.

4.1. L'appellante ha riproposto i motivi già articolati in primo grado da pag. 17 a pag. 42.

5. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Lucera e la Regione Puglia, che hanno depositato memorie in data 6 e 15 giugno 2022.

In particolare, la memoria comunale del 6 giugno 2022 ha riproposto l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado poiché il procedimento di VIA rappresenterebbe soltanto una fase interna al procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica alla realizzazione degli impianti previsti dal progetto presentato dall'appellante per cui i relativi atti non sarebbero autonomamente impugnabili.

5.1. L'appellante ha depositato memoria di replica in data 15 giugno 2022.

5.2. La ditta Edp Renewables Italia Holding s.r.l. ha depositato atto di intervento *ad adiuvandum*.

6. Alla pubblica udienza del 7 luglio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. In primo luogo, è necessario esaminare l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dal Comune di Lucera e basata sull'argomentazione per cui gli atti impugnati non sarebbero conclusivi del procedimento e quindi, non recando alcuna lesione attuale alla posizione della ricorrente, non risulterebbero autonomamente impugnabili.

7.1. L'eccezione è infondata.

7.2. Seguendo le coordinate interpretative della prevalente giurisprudenza amministrativa (*ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043, Sez. IV 13 settembre 2017) la valutazione di impatto ambientale, in particolare ove di segno sfavorevole come nel caso in esame, rappresenta un atto autonomamente impugnabile poiché la natura immediatamente lesiva è agevolmente percepibile, determinandosi un palese arresto procedimentale, sicché va riconosciuta al soggetto interessato alla positiva conclusione del procedimento un interesse autonomo e immediato all'impugnazione del giudizio negativo.

Infatti, la disciplina generale contenuta nel d.lgs. n. 152 del 2006 configura espressamente la procedura di verifica dell'assoggettabilità a VIA come un vero e proprio subprocedimento autonomo che si conclude, nel rispetto delle garanzie partecipative, con un atto avente natura provvedimentale, soggetto a pubblicazione.

Nel caso in esame dalla lettura della determinazione dirigenziale impugnata n. 71 del 18 marzo 2013 emerge la lesività, rispetto alla sfera giuridica dell'appellante, della sua portata che impedisce la prosecuzione dell'iter autorizzativo, per cui la sua immediata impugnativa va considerata ammissibile.

7.3. In secondo luogo, deve essere esaminato il primo motivo d'appello con il quale la ditta si duole della declaratoria del primo giudice di inammissibilità del ricorso per non essere stato impugnato il parere del Comune di Lucera del 29 maggio 2013 prot. n. 25223.

7.4. Il motivo è fondato.

In primo luogo il parere del Comune di Lucera del 29 maggio 2013 – successivo rispetto alla determinazione gravata del n. 71 del 18 marzo 2013 – si riferisce ad uno dei due sub progetti in cui è stato ripartito il parco eolico (quello composto da sette aerogeneratori), ed è stato espresso nella diversa sequenza procedimentale relativa alla parte di parco eolico

“ridotta” a seguito della prima pronuncia di incompatibilità ambientale e dell’ordine di riesame da parte dell’ordinanza del cautelare del Tar per la Puglia n. 378 del 20 aprile 2011.

Inoltre, le norme regionali applicabili *ratione temporis* attribuiscono in via esclusiva alla Regione il potere di esprimere il giudizio di compatibilità ambientale sul progetto in questione (art. 6 l.r. 12 aprile 2011 n. 11), per cui la valutazione endoprocedimentale espressa dal Comune nell’ambito del procedimento di autorizzazione di altro stralcio progettuale non avrebbe dovuto essere necessariamente impugnata non avendo una autonoma efficacia lesiva.

Pertanto, anche nell’ipotesi di accoglimento del gravame, la nota del Comune di Lucera rimasta inoppugnata, in quanto atto endoprocedimentale non costituente atto finale del procedimento (peraltro espresso nell’ambito di un altro procedimento amministrativo), non impedirebbe il dispiegarsi degli effetti dell’annullamento favorevoli alla parte istante. Conseguentemente il ricorso di primo grado è ammissibile e la sentenza, sul punto, va riformata.

8. Con gli ulteriori motivi d’appello sono sostanzialmente riprodotti i motivi già articolati in prime cure per cui è riemerso il *thema decidendum* del ricorso di primo grado; pertanto, per linearità espositiva, saranno prese in esame direttamente le censure poste a sostegno del ricorso proposto in prime cure (*ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 1130 del 2016; sez. V, n. 5865 del 2015; sez. V, n. 5868 del 2015), non potendo trovare ingresso eventuali censure nuove proposte per la prima volta in questa sede in violazione del divieto dei *nova* sancito dall’art. 104 c.p.a.

Con il primo motivo è dedotta l’illegittimità della composizione del Comitato regionale per la valutazione d’impatto ambientale, essendo mancanti al suo interno la figura di un esperto in materia di paesaggio e di un rappresentante dell’Agenzia regionale a cui spetta la tutela ambientale del territorio, ossia dell’Arpa Puglia, come previsto dall’art. 28, comma 2, della l.r. n. 11 del 2001, che stabilisce la presenza tra i componenti dell’organo di un rappresentante di Arpa Puglia (lett. e) nonché di un professore universitario o di un esperto laureato da più di dieci anni con competenze specifiche in materia di paesaggio (lett. a) n. 7).

8.1. Il motivo è fondato.

Ai sensi dell’art. 12 della l.r. 12 aprile 2001, n. 11, l’adozione del provvedimento finale di Valutazione di impatto ambientale deve essere necessariamente preceduta dall’acquisizione del parere del Comitato regionale per la VIA, organo tecnico deputato ad esprimersi in ordine alla compatibilità ambientale del progetto.

Il Comitato deve essere composto da venti membri, nominati con decreto dell’Assessore regionale alla qualità dell’ambiente, previa deliberazione della Giunta.

Al fine di consentire all’organo di disporre delle competenze necessarie per svolgere le proprie funzioni istituzionali, l’art. 28, comma 2, della l.r. n. 11/2001 prevede che tra i componenti del Comitato siano presenti – tra gli altri – un rappresentante dell’ARPA Puglia (lett. e) ed un professore universitario (o un esperto laureato da più di dieci anni) con competenze specifiche in materia di paesaggio (lett. a), numero 7).

Ai soli fini della validità delle sedute, l’art. 6 del regolamento regionale n. 10/2011 (che disciplina il funzionamento del Comitato Regionale) stabilisce che “*Le sedute plenarie del Comitato sono valide in presenza della maggioranza dei componenti in carica*” (comma 1) e che “*i pareri sono adottati a maggioranza dei componenti presenti aventi diritto di voto*” (comma 7).

Pertanto, nel caso in esame, essendo carenti tali figure nella composizione del Comitato, come risulta dall’elenco dei soggetti convocati alle sedute del 2 ottobre 2012 e del 22 gennaio 2013.

In proposito, giova rilevare che si tratta di un vizio che affligge la composizione del Comitato e, quindi, non opera con efficacia sanante la presenza della maggioranza dei componenti e la votazione dei pareri a maggioranza assoluta dei presenti.

9. Pur essendo assorbente l’accoglimento del motivo esaminato al § 8, per completezza di esame, sono presi in considerazione anche gli ulteriori motivi.

In particolare, con il secondo motivo è stato censurato l’aggravamento del procedimento che sarebbe derivato dall’anticipazione di taluni contributi istruttori che avrebbero dovuto essere espressi nell’ambito della conferenza di servizi ai sensi dell’art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003 e non nel corso dell’istruttoria di VIA: ciò, in particolare, riguarderebbe l’acquisizione del parere di compatibilità con il piano paesaggistico regionale nonché il parere della Soprintendenza ai beni archeologici nel corso dell’istruttoria di VIA.

9.1. Il motivo è fondato.

Giova ricordare come, in materia di procedimento autorizzatorio degli impianti destinati alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, il legislatore, nel dare attuazione alla direttiva comunitaria 2001/77/CE del 27 settembre 2001 (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione dell’energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell’elettricità), finalizzata a disciplinare uniformemente e ad incentivare tali forme di produzione di energia anche a mezzo della semplificazione dei procedimenti autorizzatori, è intervenuto con una disciplina procedimentale *ad hoc* che si conclude con il rilascio (o con il diniego) della c.d. autorizzazione unica regionale. Questa disciplina procedimentale è contenuta nell’art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell’energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell’elettricità).

Il tratto peculiare di tale disposizione, frutto delle suindicate finalità semplificatorie e di concentrazione, consiste nel fatto

che la stessa ha individuato nella conferenza di servizi il modulo procedimentale ordinario essenziale alla formazione del successivo titolo abilitativo funzionale alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili.

Pertanto, anche nei procedimenti autorizzatori che richiedono la Valutazione d'impatto ambientale statale o regionale (qual è quello in esame), i principi di concentrazione e di non aggravamento del procedimento amministrativo avrebbero richiesto che i pareri delle varie amministrazioni titolari di interessi coinvolti nelle valutazioni relative alla incidenza del progetto di produzione di energia eolica sull'ambiente, sul paesaggio, sul patrimonio culturale, sul paesaggio rurale etc... fossero espressi nella sede propria della Conferenza di servizi e non in modo anticipato rispetto al suo svolgimento (Cons. Stato, Sez. IV, 9 settembre 2014 n. 4566).

10. Con gli ulteriori motivi del ricorso - contenuti da pag. 31 a pag. 43 dell'atto di appello e che sono esaminati per completezza espositiva - sono state articolate censure volte a inficiare la legittimità del provvedimento negativo di valutazione d'impatto ambientale del progetto per carenze istruttorie asseritamente "macroscopiche", per illogicità, per travisamento dei dati scientifici forniti dalla documentazione tecnica nonché degli apporti istruttori richiesti a talune delle amministrazioni che non avrebbero dovuto essere neppure coinvolte nella fase procedimentale della VIA.

10.1. Sul punto il Collegio ritiene che sia corretta la statuizione della sentenza impugnata laddove ha affermato, prendendo come riferimento la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (cfr. *ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. quinta, n. 1783, del 27 marzo 2013; Sez. quinta, 22 marzo 2012, n. 1640; Sezione sesta, 13 giugno 2011, n. 3561; Sezione quinta, 17 gennaio 2011, n. 220; Sezione quarta, 5 luglio 2010, n. 4246; Corte giustizia, 25 luglio 2008, c – 142/07), che l'Amministrazione, nel rendere il giudizio di valutazione ambientale, esercita un'amplissima discrezionalità che non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verifica sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti, per cui il controllo del giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali deve essere svolto *ab extrinseco*, nei limiti della rilevanza *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non alla sostituzione dell'amministrazione.

Conseguentemente, il sindacato sulla motivazione delle valutazioni discrezionali deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti; non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa; deve tenere distinti i poteri meramente accertativi da quelli valutativi (a più alto tasso di opinabilità) rimessi all'organo amministrativo, potendo esercitare più penetranti controlli, anche mediante c.t.u. o verifica, solo avuto riguardo ai primi.

Nel caso in esame, le valutazioni tecnico-amministrative compiute dall'amministrazione procedente, che hanno condotto alla determinazione finale sfavorevole in base ad una valutazione di incidenza globale dell'intervento, non superano la soglia della palese illogicità o sproporzionalità o irragionevolezza in relazione alle contestazioni della ricorrente.

11. Conclusivamente, nei limiti delle suesposte motivazioni, l'appello va parzialmente accolto con riforma della sentenza in esame *in parte qua*.

12. La soccombenza reciproca giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

(Omissis)