

Realizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabile di origine eolica e PAS

Cons. Stato, Sez. IV 7 giugno 2023, n. 5592 - Poli, pres.; Fratamico, est. - Comune di Squillace (avv. Amendola) c. Agostino (avv. Garcea Izzo).

Ambiente - Impianti alimentati da fonti rinnovabile di origine eolica - Realizzazione - PAS.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla determinazione del comune di Squillace del 20 febbraio 2017 recante la diffida alla ditta Agostino Mauro a proseguire nell'attività di realizzazione di 4 torri eoliche in quanto ...<<i quattro aerogeneratori...appartengono allo stesso soggetto... ovvero sono connessi allo stesso impianto di utenza per la connessione ...(e) il punto 11.6 del d.m. 10 settembre 2010 che chiarisce il regime giuridico delle autorizzazioni in relazione alla capacità di generazione e di potenza dell'impianto ...(precisa che questa) è da intendere come somma delle potenze nominali per ciascuna fonte dei singoli impianti di produzione appartenenti allo stesso soggetto o su cui lo stesso soggetto ha la posizione decisionale dominante, facenti capo al medesimo punto di connessione alla rete elettrica>>; per tale motivo al progetto in questione non avrebbe potuto, quindi, secondo l'amministrazione comunale, applicarsi la procedura autorizzatoria semplificata, dovendosi seguire quella ordinaria, affidata alla competenza regionale ex art. 12, d.lgs. n. 387 del 2013.

2. Il suddetto provvedimento rappresenta l'esito dello sviluppo procedimentale che può essere così sintetizzato:

- a) in data 16 dicembre 2016 la ditta Agostino Mauro, operante nel settore degli impianti alimentati da fonti rinnovabile di origine eolica, ha inoltrato 4 distinte segnalazioni certificate di inizio attività concernenti la realizzazione e l'esercizio di 4 impianti di tale tipologia, denominati LP1, LP3, LP4 e LP5, seguendo la procedura abilitativa semplificata;
- b) non avendo, nei 30 giorni successivi alla presentazione della segnalazione, il comune dato riscontro dell'assenza delle condizioni o degli atti di assenso di competenza di altri enti previsti dalla legge, la ditta ha provveduto all'acquisto degli aerogeneratori e alla loro posa in opera;
- c) il 20 febbraio 2017 il comune, con il provvedimento citato, ha, però, diffidato l'impresa dall'intraprendere i lavori di cui alla segnalazione, ritenendo inapplicabile all'ipotesi *de qua* la procedura abilitativa semplificata e necessario inoltrare una domanda unica per i 4 impianti.

3. La ditta ha proposto contro tale diffida ricorso al T.a.r. per la Calabria (allibrato al n.r.g. 414/2017), articolando due autonomi motivi (estesi da pagina a pagina 3 a pagina 10, di seguito indicati):

I – *illegittimità per violazione di legge, violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del d.lgs. 3 marzo 2011 n. 28, violazione e/o falsa applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 7 e 21 nonies della l. 7 agosto 1990 n. 241*, per cui, dopo il decorso dei 30 giorni dalla presentazione della sua segnalazione, non avendo il comune esercitato il suo potere inibitorio, essa sarebbe stata legittimata *ex lege* all'esercizio dell'attività costruttiva senza bisogno di un provvedimento espresso o tacito di autorizzazione da parte dell'amministrazione, che per intervenire successivamente avrebbe dovuto far uso del potere di autotutela con l'osservanza delle modalità e delle garanzie previste dalla legge (avviso di avvio del procedimento, espressa indicazione dei profili di illegittimità delle opere intraprese, illustrazione delle prevalenti ragioni di interesse pubblico sottese all'adozione di un provvedimento di secondo grado);

II – *illegittimità per violazione di legge, illegittimità della motivazione posta a fondamento dell'atto impugnato per difetto di istruttoria e conseguente violazione e/o falsa applicazione dell'art. 6 del d.lgs. 3 marzo 2011 n. 28 della delibera della Giunta regionale 13 marzo 2012 n. 81 e del punto 11.6 del d.m. 10 settembre 2010*, poiché gli aerogeneratori, ciascuno contraddistinto da un diverso codice POD e da un singolo punto di prelievo dell'energia, non appartenevano ad un unico impianto ed anche nell'eventualità che avessero dovuto essere considerati unitariamente, arrivando ad una potenza nominale complessiva di 240 kW, non avrebbero mai raggiunto la soglia di 1 MW per cui era necessaria l'autorizzazione unica regionale prevista e disciplinata dai commi 3 e 4 dell'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003.

4. L'impugnata sentenza – T.a.r. per la Calabria, sez. I, n. 1541 del 13 agosto 2018 -:

- a) ha respinto il primo motivo (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);
- b) ha accolto la seconda parte del secondo motivo, ritenendo che << *a prescindere dall'autonomia dei singoli aerogeneratori –comunque affermata in ricorso, in considerazione dell'allegata autonomia dei singoli punti di prelievo dell'energia per ciascuno degli impianti- il comma 9 dell'art. 6 del D.lgs. n. 28/2011 attribuisce alle Regioni la possibilità di estendere la soglia di applicazione della procedura semplificata (cd. P.A.S.) agli impianti di potenza nominale fino ad 1 MW elettrico. La Regione Calabria, con delibera di Giunta n. 81 del 13.03.2012, ha applicato detta estensione fino al limite massimo previsto dalla legge (1 MW)>> e <<pur volendo, quindi, sommare, per come preteso dal Comune di*



Squillace, la potenza sviluppata dai singoli aerogeneratori oggetto di causa, si ... (sarebbe arrivati) ad una potenza complessiva di 240 KW –circostanza questa non smentita dall'amministrazione e, dunque, comprovata ex art. 64 comma 2 c.p.a- tale da legittimare l'avvio della procedura abilitativa semplificata di cui all'art. 6 del D.lgs. n. 28/2011 e non già quella unica regionale di cui all'art. 12 D.lgs. n. 387/2003 e del punto 11.6 DM 19.09.2010, per come affermato nel provvedimento gravato>>.

c) ha, per l'effetto, annullato la diffida impugnata, atteso l'evidente deficit motivazionale che la inficiava, facendo, però, <<salvi gli eventuali ulteriori provvedimenti dell'amministrazione.>>

d) ha condannato il comune al pagamento delle spese di lite (liquidate 1.500 euro)

5. Contro la suddetta pronuncia il comune ha interposto appello – corredato da domanda cautelare - sviluppando un unico complesso motivo (da pagina 5 a pagina 10 del ricorso) così rubricato: - *error in iudicando*, violazione e falsa applicazione del d.m. 10 settembre 2010 del d.lgs. 28 marzo 2011 n. 28 e dell'art. 4.1 delle linee guida della l. 11 agosto 2014 n. 116 (legge di conversione del d.l. n. 91 del 2014).

6. Si è costituita per resistere in giudizio dinanzi al Consiglio di Stato la ditta Mauro, che ha prodotto memoria difensiva in data 7 dicembre 2018

7. Alla camera di consiglio del 13 dicembre 2018, su concorde richiesta delle parti, l'esame della domanda cautelare è stato differito all'udienza pubblica.

8. Alla udienza pubblica del 20 aprile 2023 la causa è stata trattenuta in decisione, senza che alcuna delle parti abbia chiesto la decisione dell'istanza cautelare.

9. Per una migliore comprensione del contesto normativo in cui la causa si inserisce, la disciplina che viene in rilievo nella presente controversia può essere così ricostruita:

a) l'art. 12 comma 5 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”, che prevede che <<La costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, ivi inclusi gli interventi, anche consistenti in demolizione di manufatti o in interventi di ripristino ambientale, occorrenti per la riqualificazione delle aree di insediamento degli impianti, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione, ovvero, per impianti con potenza termica installata pari o superiore ai 300 MW, dal Ministero dello sviluppo economico, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico>>;

b) i primi 5 commi dell'art. 6 del d.lgs. 3 marzo 2011 n. 28 in base ai quali:

<<1. Ferme restando le disposizioni tributarie in materia di accisa sull'energia elettrica, per l'attività di costruzione ed esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili di cui ai paragrafi 11 e 12 delle linee guida, adottate ai sensi dell'articolo 12, comma 10, del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 si applica la procedura abilitativa semplificata di cui ai commi seguenti.

2. Il proprietario dell'immobile o chi abbia la disponibilità sugli immobili interessati dall'impianto e dalle opere connesse presenta al Comune, mediante mezzo cartaceo o in via telematica, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, una dichiarazione accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che attesti la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi vigenti e la non contrarietà agli strumenti urbanistici adottati, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie. Alla dichiarazione sono allegati gli elaborati tecnici per la connessione redatti dal gestore della rete. Nel caso in cui siano richiesti atti di assenso nelle materie di cui al comma 4 dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, devono essere allegati gli elaborati tecnici richiesti dalle norme di settore e si applica il comma 5.

3. Per la procedura abilitativa semplificata si applica, previa deliberazione del Comune e fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti regionali di cui al comma 9, quanto previsto dal comma 10, lettera c), e dal comma 11 dell'articolo 10 del decreto-legge 18 gennaio 1993, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 marzo 1993, n. 68

4. Il Comune, ove entro il termine indicato al comma 2 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite al medesimo comma, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento e, in caso di falsa attestazione del professionista abilitato, informa l'autorità giudiziaria e il consiglio dell'ordine di appartenenza; è comunque salva la facoltà di ripresentare la dichiarazione, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia. 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.

5. Qualora siano necessari atti di assenso, di cui all'ultimo periodo del comma 2, che rientrino nella competenza comunale e non siano allegati alla dichiarazione, il Comune provvede a renderli tempestivamente e, in ogni caso, entro il termine per la conclusione del relativo procedimento fissato ai sensi dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241,

e successive modificazioni. Se gli atti di assenso non sono resi entro il termine di cui al periodo precedente, l'interessato può adire i rimedi di tutela di cui all'articolo 117 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Qualora l'attività di costruzione e di esercizio degli impianti di cui al comma 1 sia sottoposta ad atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse da quella comunale, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, l'amministrazione comunale provvede ad acquisirli d'ufficio ovvero convoca, entro venti giorni dalla presentazione della dichiarazione, una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. Il termine di trenta giorni di cui al comma 2 è sospeso fino alla acquisizione degli atti di assenso ovvero fino all'adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 6-bis, o all'esercizio del potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 14-quater, comma 3, della medesima legge 7 agosto 1990, n. 241>>.

c) il comma 9 del medesimo art. 6 del d.lgs. n. 28 del 2011 che stabilisce che <<9. Le Regioni e le Province autonome possono estendere la soglia di applicazione della procedura di cui al comma 1 agli impianti di potenza nominale fino ad 1 MW elettrico, definendo altresì i casi in cui, essendo previste autorizzazioni ambientali o paesaggistiche di competenza di amministrazioni diverse dal Comune, la realizzazione e l'esercizio dell'impianto e delle opere connesse sono assoggettate all'autorizzazione unica di cui all'articolo 5. Le Regioni e le Province autonome stabiliscono altresì le modalità e gli strumenti con i quali i Comuni trasmettono alle stesse Regioni e Province autonome le informazioni sui titoli abilitativi rilasciati, anche per le finalità di cui all'articolo 16, comma 2. Con le medesime modalità di cui al presente comma, le Regioni e le Province autonome prevedono la corresponsione ai Comuni di oneri istruttori commisurati alla potenza dell'impianto>>;

d) la deliberazione della Giunta Regionale della Calabria del 13 marzo 2012, n. 81, che ha previsto di <<estendere, in attuazione dell'art. 6, comma 9, primo periodo, D.lgs. 3/3/2011 n. 28...la soglia di applicazione della procedura abilitativa semplificata di cui al comma 1 dell'art. 6 D.lgs. n. 28/11 agli impianti di potenza nominale fino a 1MW elettrico>>;

e) il punto 11.6. del d.m. 10 settembre 2010 - "Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili" - per cui <<11.6 I limiti di capacità di generazione e di potenza indicati al successivo paragrafo 12 sono da intendere come riferiti alla somma delle potenze nominali, per ciascuna fonte, dei singoli impianti di produzione appartenenti allo stesso soggetto o su cui lo stesso soggetto ha la posizione decisionale dominante, facenti capo al medesimo punto di connessione alla rete elettrica. Per capacità di generazione o potenza dell'impianto si intende la potenza attiva nominale dell'impianto, determinata come somma delle potenze attive nominali dei generatori che costituiscono l'impianto. La potenza attiva nominale di un generatore è la massima potenza attiva determinata moltiplicando la potenza apparente nominale per il fattore di potenza nominale, entrambi riportati sui dati di targa del generatore medesimo>>.

10. Alla luce del suddetto quadro normativo, delle concrete ragioni poste dall'Amministrazione alla base del provvedimento di diffida impugnato in primo grado e delle censure svolte in giudizio, l'appello è infondato e deve essere respinto.

10.1 Il comune di Squillace, nella sua impugnazione, ha sostenuto che il Ta.r. per la Calabria <<relativamente all'unico capo della sentenza appellato ... (avesse) ritenuto in maniera erronea ed ingiusta che per l'assoggettamento alla procedura abilitativa semplificata fosse sufficiente tener conto del solo limite dimensionale/potenza dell'impianto, pur se complessivamente considerato (secondo il cumulo delle potenze nominali dei singoli aerogeneratori), e non anche di tutti gli altri criteri dettati dalla normativa di settore tendenti a salvaguardare il bene supremo ed inattaccabile dell'ambiente>> e che <<la conferma che per la realizzazione dell'impianto eolico in questione – complessivamente considerato – fosse necessario ricorrere alla domanda unica regionale – al fine di accertare che lo stesso non avesse un negativo impatto sul territorio – la si sarebbe potuta e dovuta agevolmente evincere proprio dalla documentazione prodotta dalla stessa parte ricorrente in sede di giudizio, tra cui significativa.. (era) la richiesta di integrazione documentale formulata dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Soprintendenza archeologia belle arti e paesaggio per le province di Catanzaro, Cosenza e Crotone>>.

10.1.1. La Soprintendenza, nel precisare quale fosse la documentazione mancante (tavola completa degli impianti realizzati e/o da realizzare nella zona in oggetto con le relative cabine di consegna) aveva, infatti, evidenziato <<che la stessa sarebbe stata necessaria al fine di verificare che l'adozione di più procedimenti di natura semplificata nel medesimo territorio (aerogeneratori singoli con potenza inferiore ad 1 MW) non ... (fosse) finalizzata al superamento della norma che prevede l'autorizzazione unica>> e il fatto che la predetta documentazione non fosse stata mai fornita dalla ditta Mauro (come provato dall'ulteriore sollecito della Soprintendenza rivolto il 13 giugno 2017) dimostrava che per la sua complessità e il suo potenziale impatto negativo sull'ambiente, l'impianto in questione avrebbe dovuto seguire la procedura "ordinaria" ed essere soggetta all'autorizzazione unica, di competenza regionale.

10.2. Tali censure, articolate dal comune nell'atto di appello non mirano, però, a contrastare l'argomento per il quale il Ta.r. ha accolto il secondo motivo del ricorso di primo grado, né tantomeno a dimostrare la sussistenza della circostanza posta nel provvedimento impugnato a fondamento della necessità, per lo svolgimento dell'attività in questione, dell'autorizzazione unica regionale, quanto piuttosto ad individuare una ragione ostativa all'utilizzazione della procedura semplificata (P.A.S.) diversa ed ulteriore da quella originariamente indicata, e, dunque, ad introdurre nel giudizio una

inammissibile integrazione postuma della motivazione rispetto a quanto enunciato nella diffida del 20 febbraio 2017.

10.3 La possibilità di una tale integrazione è stata, in verità, sempre esclusa dalla giurisprudenza amministrativa prevalente poiché <<senza una motivazione anteriore al giudizio, verrebbero frustrati gli apporti (oppositivi o collaborativi) del partecipante al procedimento, essendo la motivazione della decisione strettamente legata alle «risultanze dell'istruttoria», non si potrebbe consentire all'amministrazione di modificare unilateralmente l'oggetto del giudizio rappresentato dall'atto originariamente adottato (e) si imporrebbe al privato di attivare la tutela giurisdizionale praticamente "al buio", potendo questi conoscere le ragioni alla base della decisione soltanto nel corso del processo>>. A ciò doveva aggiungersi (sempre a conferma dell'inammissibilità dell'integrazione postuma) quanto previsto dall'art. 6 della legge 18 marzo 1968, n. 249, <<il quale non ammetteva la convalida nelle more del giudizio se non con riguardo ai vizi di incompetenza>> (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2021 n. 3385)

10.3.1. Anche a seguito dell'introduzione da parte del legislatore - al fine di alleggerire il peso dei vincoli formali e procedurali di una pubblica amministrazione che si sarebbe voluta informata ad una logica di "risultato" più che alla legalità "formale" dei singoli atti - della regola della non applicabilità della misura caducatoria in presenza di difformità dallo schema legale che non abbiano influenzato la composizione degli interessi prefigurata nel dispositivo della decisione (art. 21-octies, comma 2, primo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, inserito dall'articolo 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15), le pronunce che hanno ritenuto di fare applicazione della predetta clausola di non annullabilità, considerando il difetto di motivazione come vizio di carattere meramente formale reso irrilevante dall'accertamento che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sono rimaste sporadiche e isolate, in quanto l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza amministrativa si è ben presto orientato nel senso che <<il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma [...] e, per questo, (costituisce) un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti>> (ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629; sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4770; sez. III 30 aprile 2014, n. 2247; sezione V, 27 marzo 2013, n. 1808).

10.3.2. Sulla scorta di tale indirizzo giurisprudenziale, la Corte costituzionale ha anche dichiarato, con l'ordinanza 26 maggio 2015, n. 92, la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-octies, comma 2, della n. 241 de 1990, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 97, 24, 113 e 117, primo comma, della Costituzione, da una sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti, motivando, tra l'altro, che la rimettente si era sottratta al doveroso tentativo di sperimentare l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, chiedendo un improprio avallo a una determinata interpretazione della norma censurata. Per l'inammissibilità della motivazione postuma - sia attraverso gli scritti difensivi che attraverso la regola del raggiungimento dello scopo - in quanto in contrasto anche con le regole del giusto procedimento amministrativo come delineato dal diritto euro-unitario (in particolare, l'art. 296 TFUE, che richiede la motivazione per tutti gli atti delle istituzioni comunitarie, inclusi quelli normativi, e il diritto a una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) appare orientata anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che qualifica la motivazione come "forma sostanziale" e motivo d'ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio (ex plurimis, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. VII, 11 aprile 2013, n. 652, C-652/11).

10.4 La (nuova) questione sollevata dal comune in relazione alla necessaria assoggettabilità a VIA dell'impianto per la rilevanza dei suoi effetti sull'ambiente non può, dunque, condurre in nessun modo all'annullamento o alla riforma della sentenza impugnata, né all'accoglimento dell'appello, fatti salvi ai sensi del combinato disposto degli artt. 34, comma 1, lett. e), e 112, comma 5, c.p.a. gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, chiamata ad effettuare nuovamente l'esame della fattispecie in questione nell'ambito della procedura attivata dalla ditta Mauro, ad esito non vincolato ed alla stregua della normativa *medio tempore* sopravvenuta fino alla formazione del giudicato sulla presente sentenza (cfr. ex plurimis e da ultimo Ad. plen. n. 17 e 18 del 2021 a soprattutto n. 11 del 2016)

10.5. In conclusione l'appello deve essere respinto.

11. Le spese di lite, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo, tenuto conto dei criteri di cui all'art. 26 comma 1 c.p.a., dei parametri di cui al regolamento n. 55 del 2014 e della consistenza dell'attività defensionale svolta dalla ditta intimata.

(Omissis)