

Illegittimo il provvedimento di diniego di PAS per la costruzione di un impianto fotovoltaico

T.A.R. Lazio - Latina, Sez. II 30 dicembre 2023, n. 903 - Soricelli, pres. ed est. - Lizard Renewables S.p.A. (avv.ti Sticchi Damiani, Carlomagno) c. Comune di Cervaro (avv. Minchella) ed a.

Ambiente - Provvedimento di diniego di PAS per la costruzione di un impianto fotovoltaico - Illegittimità.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso all'esame, notificato il 7 luglio e depositato il 12 luglio 2023, la società ricorrente impugna la determinazione n. 168 del 12.5.2023 del Responsabile dell'area tecnica del Comune di Cervaro, con cui è stata "respinta" l'istanza prot. n. 1897 del 9.2.2023 avente a oggetto la comunicazione di procedura abilitativa semplificata (PAS) per la costruzione di un impianto fotovoltaico da 960 kWp su un terreno in località Macerine- Collectedro, unitamente alla presupposta delibera C.C. 1 settembre 2021 n. 55 (e alla Relazione Tecnico Istruttoria prot. n. 11337 del 27.8.2021 alla stessa allegata).

In concreto l'istanza della ricorrente è stata "respinta" in quanto: a) con la delibera n. 55 del 2021 il comune di Cervaro ha provveduto in dichiarata esecuzione del disposto dell'articolo 3.1 della legge regionale 16 dicembre 2011, n. 168 alla individuazione delle aree non idonee alla localizzazione di impianti da fonte rinnovabile di grandi dimensioni; b) la delibera n. 55 nelle aree industriali (l'area di localizzazione dell'impianto è classificata come zona D3 di espansione artigianale e industriale) consente che gli impianti del tipo di quello in contestazione possano essere realizzati solo su edifici esistenti ed in quelli ricadenti negli ambiti territoriali di riqualificazione e recupero edilizio.

Di qui l'impugnazione del diniego e della presupposta delibera consiliare, che ne costituisce l'unico logico e giuridico presupposto. In sintesi la ricorrente denuncia che il diniego è illegittimo poiché:

a) la normativa statale (sia quella vigente al momento della presentazione della istanza che quella vigente al momento dell'adozione del provvedimento impugnato) non solo consente la localizzazione di impianti FER (cioè alimentati da fonti di energia rinnovabile) in zona industriale (artigianale e commerciale) ma considera la relativa attività come "*attività di manutenzione ordinaria*" stabilendo che essa "*non è subordinata a acquisizione di permessi, autorizzazioni o atti di assenso comunque denominati, fatte salve le valutazioni ambientali di cui al titolo III della parte seconda del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, ove previste*" (in questo senso l'articolo 47, comma 1, lett. b), D.L. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 aprile 2023, n. 41, che ha introdotto l'articolo 22-bis nel d.lg. 8 novembre 2021, n. 199, vigente al tempo della emanazione del diniego, essendo entrato in vigore il 22 aprile 2023);

b) a ciò si aggiunge che il comma 9-bis dell'articolo 6 d.lg. 3 marzo 2011, n. 28 (nel testo vigente dalla data del 21 aprile 2023) prevede l'applicazione della procedura abilitativa semplificata "*ai progetti di nuovi impianti fotovoltaici e alle relative opere connesse da realizzare nelle aree classificate idonee ai sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199, ivi comprese le aree di cui al comma 8 dello stesso articolo 20, di potenza fino a 10 MW...*" e, in base all'articolo 20, comma 8, d.lg. n. 199 citato sono considerate *ex lege* aree idonee alla installazione degli impianti FER "*le aree adiacenti alla rete autostradale entro una distanza non superiore a 300 metri*" (e l'area in contestazione si trova entro il limite in questione rispetto all'autostrada); di qui il rilievo che il comune non avrebbe potuto opporre un diniego alla istanza dato che la normativa statale di livello primario, che considera *ex lege* idonee le aree industriali, non può che prevalere sulle linee guida comunali;

c) il diniego si pone in contrasto con il principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili di energia e con la giurisprudenza amministrativa che ritiene che, in assenza di ragioni ostative, l'amministrazione sia tenuta a rilasciare il titolo richiesto salvo onere di motivazione rafforzata; in particolare la ricorrente sostiene che l'autorizzazione potrebbe essere negata solo ove il sito scelto rientri tra quelli qualificati come non idonei dalla regione attraverso apposita istruttoria;

d) l'area scelta nemmeno rientra tra le aree non idonee secondo le linee guida statali (d.m. 10 settembre 2010) e regionali (delibera G.R. Lazio n. 390 del 7 giugno 2022).

La ricorrente denuncia altresì che la delibera n. 55 del 2021 è comunque illegittima in quanto l'articolo 3.1 della legge regionale n. 16 del 2011 citata commette ai comuni l'individuazione di aree non idonee all'interno delle zone agricole e quindi il comune nell'individuare aree non idonee all'interno delle zone artigianali e industriali ha esorbitato dalla sua competenza; inoltre lo stesso articolo 3.1 dispone che "*l'individuazione delle aree non idonee all'installazione degli impianti di cui al presente articolo è effettuata in coerenza con i criteri di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico 10 settembre 2010 e con le disposizioni del Piano territoriale paesistico regionale (PTPR)*" e la delibera ha violato le prescrizioni delle linee guida statali del 2010 (che consentono la realizzazione degli impianti in zona



industriale); infine la ricorrente denuncia che la delibera consiliare è comunque illegittima in quanto non ha in alcun modo considerato il particolare *favor* normativo per la massima diffusione degli impianti fotovoltaici che esclude la possibilità di introdurre limiti generali alla loro installazione.

Il comune di Cervaro si è costituito in giudizio e resiste al ricorso.

Esso premette in punto di fatto che l'iniziativa della ricorrente si colloca in un più ampio contesto caratterizzato dalla presentazione di 5 comunicazioni di PAS a opera di quattro società formalmente distinte (Diano Valley energy s.r.l., Global energy s.r.l., Sicily Sun Three s.r.l., Lizard renewables s.p.a., quest'ultima presentatrice di due distinte comunicazioni di PAS il 9 e il 23 febbraio 2023, la prima delle quali è quella cui si riferisce il ricorso all'esame); ad avviso del comune queste iniziative "sono strettamente connesse tra loro e frutto, come risulta del tutto evidente, di unica iniziativa economica avente ad oggetto un unitario progetto di realizzazione di impianti fotovoltaici, tutti inferiori a 1kWp"; si tratterebbe quindi "di cinque impianti riconducibili ad unica iniziativa imprenditoriale come risulta del tutto evidente" dalle seguenti circostanze: "1. I sigg.ri S.G. e M. P. sono legali rappresentanti ciascuno di due Società su cinque PAS presentate; 2. In tutte le PAS viene dichiarato l'intervento del medesimo tecnico asseverante individuato nella persona di Arch. C. F., ...; 3. Tutte le Società hanno presentato identiche osservazioni, anche nel format oltre che nel contenuto, al preavviso di rigetto ex art. 10 bis L.241/90; 4. Tutte le Società sono assistite dal medesimo Avvocato innanzi al Tar con ricorsi pressochè identici e notificati al Comune di Cervaro lo stesso giorno" (e infatti il comune ha respinto tutte e 5 le comunicazioni delle società con altrettanti provvedimenti di analogo contenuto e le società hanno presentato altrettanti ricorsi, sostanzialmente identici).

Sostiene il comune che il frazionamento di quella che appare un'unica iniziativa economica in cinque distinte iniziative "risulta artificialmente preordinato, con elevata probabilità all'ottenimento di maggiori incentivi economici e, soprattutto, per quel che rileva nel presente procedimento, alla elusione della normativa vigente relativamente alla necessità di specifiche autorizzazioni di diversi Enti ed alla necessità di sottoporre il progetto a Valutazione di Impatto Ambientale per gli impianti da 1 a 10 MW (infatti i singoli progetti sono tutti inferiori a 1MW). Di fatto, la frammentazione dell'unitaria iniziativa economica e, quindi, del progetto, consente alla Società di eludere l'assoggettamento obbligatorio a procedura di Verifica dell'impatto ambientale attraverso una riduzione ad hoc delle soglie di cui al D.Lgs 152/2006 ed accedere ad un regime di autorizzazione per la costruzione e l'esercizio degli impianti fotovoltaici semplificato (PAS anzichè Autorizzazione Unica)".

Sempre in punto di fatto il comune ha documentato che l'insediamento degli impianti delle 5 società avrebbe l'effetto pratico di esaurire l'area industriale del comune (a sostegno di tale assunto è stata depositata una planimetria catastale con evidenziazione della zona industriale e delle aree che verrebbero occupate dai 5 impianti) "creando quindi una sorta di monopolizzazione circa lo sfruttamento del territorio, a discapito di ogni eventuale ulteriore possibile attività" e "a discapito, inoltre, anche del territorio stesso che risulterebbe, pertanto, interamente sfruttato per la sola realizzazione di impianti fotovoltaici e ciò, di fatto, al Comune di Cervaro, non arreca alcun vantaggio, neanche sociale tra cui ad esempio la possibilità di dare spazio a nuove aziende con la eventuale possibilità di creare posti di lavoro sul territorio".

In punto di diritto quindi il comune sostiene che il diniego (anzi i 5 dinieghi) sono pienamente giustificati in quanto: a) il frazionamento artificioso dell'unica iniziativa in 5 distinte iniziative (formalmente per impianti inferiori a 1MW) elude l'obbligo di autorizzazione unica; in pratica la tesi del comune è che gli impianti in questione, superando complessivamente il limite per il quale è consentita la PAS, avrebbero dovuto essere assoggettati al procedimento di "autorizzazione unica" prescritto per gli impianti di maggior potenza e a valutazione di impatto ambientale; b) in ogni caso la previsione della PAS non implica che l'autorizzazione debba essere necessariamente assentita potendo ben essere negata; c) la delibera comunale che ha individuato le zone non idonee all'insediamento di impianti PER è pienamente legittima e non è in contrasto con le linee guida statali approvate con il D.M. 10 settembre 2010; d) l'area scelta per l'impianto è soggetta a vincolo storico-architettonico, paesistico-ambientale e idrogeologico e ciò rende l'area inidonea in base alle linee guida statali; e) la ricorrente non ha dimostrato di avere la disponibilità dell'area scelta per l'impianto.

Il ricorso è fondato e va accolto.

Va anzitutto osservato che la questione centrale che si pone all'attenzione del Collegio è quella della legittimità della delibera C.C. n. 55 del 2021 dato che i limiti in essa previsti alla realizzazione di impianti fotovoltaici a terra in zona industriale costituiscono l'unica ragione del diniego impugnato.

Al riguardo vanno fatte alcune preliminari considerazioni:

I) anzitutto non possono trovare ingresso nel processo le varie e ulteriori ragioni di non assentibilità dell'iniziativa introdotte attraverso la memoria difensiva del comune; è infatti condivisibile il rilievo della ricorrente secondo cui non possono essere prese in considerazione ragioni di diniego manifestate per la prima volta dall'amministrazione attraverso la propria attività difensiva costituendo le stesse una inammissibile, postuma integrazione della motivazione; come è noto la possibilità di una integrazione della motivazione in sede di giudizio può ammettersi solo se effettuata attraverso atti del procedimento (e in tal caso a rigore neppure si tratta di vera integrazione dato che la motivazione di un provvedimento deve essere intesa "in senso sostanziale" e quindi può essere "ricavata" oltre che dagli enunciati formali in esso contenuti anche dall'insieme degli atti del procedimento) e nel caso di atti vincolati (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 20 febbraio 2023, n. 1703, id., sez. IV, 22 maggio 2023, n. 5406); nessuna delle due ipotesi ricorre nel caso all'esame;

II) in secondo luogo la verifica della legittimità del provvedimento deve essere eseguita avendo riguardo alle norme vigenti al momento della sua emanazione e non alle norme vigenti al tempo dell'inizio del procedimento; in altri termini della normativa entrata in vigore successivamente alla presentazione dell'istanza della ricorrente e prima della definizione del relativo procedimento, il comune avrebbe dovuto tener conto e applicarla;

III) infine va osservato che è pacifico, risultando dallo stesso atto impugnato e dagli allegati, che il sito scelto per l'impianto è localizzato in zona di ampliamento industriale e artigianale e si trova a meno di 300 m. da un'autostrada; ciò significa che tale sito è *ex lege* una zona idonea all'insediamento di impianti FER: a) sia in base all'articolo 22-bis del d.lg. 8 novembre 2021, n. 199 (introdotto nell'ordinamento dal 22 aprile 2023, e quindi in vigore alla data dell'atto impugnato, dall'articolo 47, comma 1, lett. b), del decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 aprile 2023, n. 41) secondo cui l'installazione di impianti FER "*nelle zone e nelle aree a destinazione industriale, artigianale e commerciale ...*" costituisce "*attività di manutenzione ordinaria*" e "*non è subordinata a acquisizione di permessi, autorizzazioni o atti di assenso comunque denominati, fatte salve le valutazioni ambientali di cui al titolo III della parte seconda del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, ove previste*" (non necessarie, a differenza di quanto sostenuto dal comune, in base al disposto dell'articolo 47, comma 11-bis, del citato d.l. n. 13 del 2023 che ha elevato i limiti previsti negli allegati II e IV al d.lg. n. 152; 2b); b) sia in base all'articolo 20, comma 8, d.lg. n. 199 citato, che espressamente qualifica come "idonee" all'insediamento degli impianti "*a fonti rinnovabili di energia aventi una potenza complessiva almeno pari a quella individuata come necessaria dal PNIEC per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili*" le "*aree adiacenti alla rete autostradale entro una distanza non superiore a 300 metri in assenza di vincoli ai sensi della parte seconda del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*"; a quest'ultimo riguardo va solo osservato che non risulta dimostrata l'esistenza di vincoli e anzi che non è veritiera l'affermazione del comune secondo cui la stessa ricorrente avrebbe dichiarato l'esistenza di tali vincoli nella propria istanza essendo vero l'esatto contrario (cfr. la relazione tecnica allegata alla istanza).

Premesso quindi che il sito scelto è *ex lege* idoneo all'installazione dell'impianto vanno esaminate le censure contro la delibera C.C. n. 55 del 2021, dato che – lo si ribadisce – è il contrasto con le previsioni di tale delibera (e con la relazione tecnica istruttoria alla stessa allegata) l'unica ragione del diniego opposto dall'amministrazione alla ricorrente.

Va anzitutto osservato che la sua impugnazione non può essere considerata tardiva, come pare sostenere il comune, dato che essa è chiaramente un atto a contenuto programmatico come tale non immediatamente lesivo e quindi suscettibile di impugnazione unitamente all'atto – questo sì lesivo – con il quale l'amministrazione in sua applicazione neghi l'autorizzazione a realizzare impianti incompatibili con le sue previsioni.

Venendo al merito il Collegio ritiene fondate le censure proposte dalla ricorrente; la delibera è infatti senz'altro illegittima nella parte in cui individua come non idonee le aree industriali dato che essa – come denunciato in ricorso – si pone in contrasto con la disposizione dell'articolo 3.1 della legge regionale n. 16 del 2011 di cui pretenderebbe di costituire applicazione; l'articolo 3.1. infatti – come conferma la sua rubrica ("*Localizzazione di impianti fotovoltaici in zona agricola*") - consente l'individuazione di "*aree non idonee all'installazione delle diverse tipologie di impianti destinati alla produzione di energia da fonti rinnovabili*" nelle zone omogenee E, cioè nelle zone agricole, e l'impianto in contestazione – come già visto – è stato localizzato in zona industriale; tanto basta a ritenere illegittima la delibera consiliare e, in via di illegittimità derivata, il conseguente diniego dato che le zone industriali sono in generale e senz'altro idonee a accogliere impianti fotovoltaici non solo alla luce delle norme invocate in ricorso ma anche in base alla considerazione che essi altro non sono che impianti industriali preordinati alla produzione di energia elettrica e quindi tendenzialmente vanno allocati nelle zone industriali. Posto quindi che l'articolo 3.1. si riferisce alle sole zone agricole diviene anche irrilevante chiedersi se questa disposizione sia conforme all'articolo 12, comma 10, del d.lg. 29 dicembre 2003 n. 387 il quale prevede che limitazioni alla localizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili di energia possano essere introdotte dalla Regioni (e province autonome) in attuazione delle linee guida statali ed è quindi dubitabile che la regione possa commettere tale individuazione ai comuni. Va comunque aggiunto che, ove si ritenesse che l'articolo 3.1. citato consenta l'individuazione di zone non idonee all'installazione di impianti FER senza alcuna limitazione (o meglio anche oltre le zone agricole), in ogni caso la delibera comunale sarebbe illegittima nella parte in cui individua le zone industriali come non idonee (se non alle restrittive condizioni ivi previste) perché l'articolo 3.1 comunque prescrive che l'individuazione avvenga in coerenza con le linee guida statali (approvate con D.M. 10 settembre 2010) ed è abbastanza evidente che le linee guida in questione sono state sostanzialmente ignorate dato che esse: 1) ammettono senz'altro che gli impianti in questione possano essere localizzati in zone industriali; ciò si desume inequivocamente dalla previsione secondo cui "*le zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici non possono essere genericamente considerate aree e siti non idonei*"; se tale principio vale per le zone agricole a maggior ragione deve valere per le zone industriali, cioè per le aree del territorio che la strumentazione urbanistica ha già destinato a ospitare attività produttive; 2) dispongono che "*l'individuazione delle aree non idonee deve essere basata esclusivamente su criteri tecnici oggettivi legati ad aspetti di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio artistico-culturale, connessi alle caratteristiche intrinseche del territorio e del sito*"; 3) dispongono che "*l'individuazione delle aree e dei siti non idonei non può riguardare porzioni significative del territorio o zone genericamente soggette a tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico*". In pratica le linee guida prescrivono che le zone non idonee siano individuate in modo



specifico e puntuale in relazione a loro particolari caratteristiche intrinseche che le rendano inadatte alla localizzazione di impianti FER con conseguente impossibilità (e quindi illegittimità) della previsione dell'esclusione delle zone industriali in via generale (come avviene nel caso all'esame in cui le limitazioni introdotte sono di portata tale da impedire la localizzazione in zona industriale di impianti FER). La contrarietà alle linee guida statali comporta anche la contrarietà alle linee guida regionali (successivamente approvate) dato che queste ultime richiamano espressamente le prime (e del resto la semplice lettura delle linee guida regionali conferma che gli impianti in questione vanno localizzati tendenzialmente in aree industriali, meglio se dismesse e/o degradate).

In conclusione il provvedimento di diniego è illegittimo e va quindi annullato unitamente - e *in parte qua* - alla delibera C.C. n. 55 del 2021.

Il ricorso va quindi accolto con assorbimento di ogni altro profilo di censura e conseguente annullamento degli atti impugnati. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

(Omissis)

