

ENERGIA: Fonti rinnovabili - Screening - Termine di efficacia - Non è soggetto - Annullamento o revoca per decorso di molto tempo - Possibilità - Coerente con la situazione di fatto e di diritto del momento presente - Modifiche progettuali - Tracciato del cavidotto - Sostituzione aerogeneratori con altri di diversa marca e modello - Modifiche non sostanziali.

Cons. Stato, Sez. IV, 11 agosto 2021, n. 5843

1. “[...] Dopo la sentenza della Corte costituzionale 267/2016 [...] e in base agli artt. 19 e ss. del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, formalmente il decreto screening non è soggetto ad un termine finale di efficacia, anche se, lo si dice per completezza, l’art. 6 bis del d. lgs. 3 marzo 2011, n. 28, inserito dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 [...] nulla dispone in proposito, pur contenendo una serie di disposizioni di favore per gli impianti di cui si tratta. In particolare [...] non è possibile ritenerlo soggetto al termine quinquennale di efficacia previsto per il provvedimento di VIA, che in termini logici è antitetico al provvedimento di esclusione da questa procedura.

Ciò però non vuol dire che il decreto in questione non sia soggetto alle norme generali in materia di atti amministrativi, e quindi non sia possibile annullarlo ovvero revocarlo se ne sussistono i presupposti, il che, in termini astratti, potrebbe accadere nel momento in cui fra il suo rilascio e l’effettiva realizzazione dell’intervento sia decorso molto tempo [...]”

[...] L’accoglimento del primo motivo di appello comporta che l’originario decreto screening debba ritenersi tuttora efficace, perché formalmente privo di un termine finale; rimane ovviamente nei poteri della Regione, previa corretta e completa istruttoria, verificare se esso sia ancora coerente con la situazione di fatto e di diritto del momento presente, e valutare se vi siano i presupposti per procedere, nel rispetto delle norme che regolano i relativi istituti, ad un annullamento o ad una revoca d’ufficio [...]”.

2. “[...] il provvedimento spiega che le modifiche progettuali riguardano in primo luogo il tracciato del cavidotto di collegamento dell’impianto con la rete elettrica nazionale, dando atto però che il nuovo tracciato, secondo quanto riferito dalla società, è finalizzato a ridurre l’attraversamento di aree urbanizzate, incrementa il tracciato in sotterraneo e non comporta l’interessamento di aree vincolate. Le modifiche poi, sempre secondo il provvedimento, comportano la sostituzione degli aerogeneratori in origine programmati con altri di diversa marca e modello, aventi però dimensioni sostanzialmente equivalenti e potenza unitaria leggermente inferiore. Si tratta di modifiche che, così come descritte, appaiono non di per sé sostanziali, ed il provvedimento non spiega in alcun modo perché esse dovrebbero comportare un riesame di tutto il progetto [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. L'appellante è un'impresa attiva nel settore delle energie rinnovabili, la quale intende realizzare un impianto per la produzione di energia elettrica da fonte eolica composto inizialmente da 21 aerogeneratori, poi ridotti a 6, in Comune di Grumo Appula.
2. Per questo impianto, la società ha richiesto anzitutto con istanza 30 marzo 2007 ricevuta dalla Regione il 10 aprile 2007 al prot. n. 5871, il rilascio del primo dei titoli necessari, ovvero il decreto di esclusione dalla valutazione di impatto ambientale- VIA, cd decreto screening, ai sensi dell'art. 16 della l.r. Puglia 12 aprile 2001, n.11 (v. doc. 9 in primo grado dell'appellante, istanza proroga di cui si dirà, p. 191 del file nella I parte dei documenti di primo grado prodotta in appello).
3. La società ha poi richiesto con istanza 19 aprile 2007 il secondo titolo necessario, ovvero l'autorizzazione unica ai sensi dell'art. 12 d. lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 (doc. 9 in primo grado dell'appellante, cit.).
4. Sulla prima istanza, la società ha ottenuto il rilascio del decreto screening come da determinazione 9 ottobre 2008, n. 665, del competente ufficio regionale (doc. 2 in primo grado dell'appellante, p. 13 del file nella I parte dei documenti di primo grado prodotta in appello) relativo a 6 soltanto degli aerogeneratori inizialmente previsti.
5. L'avvio del procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica non è tuttavia seguito, e quindi, ancora il 15 novembre 2011, la società ha presentato un'istanza relativa al decreto screening, che all'epoca aveva efficacia solo triennale, per effetto del disposto degli artt. 2 e 10 della l.r. Puglia 14 giugno 2007, n. 17, che avevano modificato in tal senso l'art. 16, comma 7, della ricordata l.r. 11/2001. La norma infatti disponeva che *“La pronuncia di esclusione dalla procedura di VIA ha efficacia per il periodo massimo di tre anni, trascorso il quale senza che sia stato dato inizio ai lavori le procedure di cui al presente articolo devono essere rinnovate”*.
6. Ciò posto, nell'istanza citata, la società nell'istanza predetta faceva presente che a suo avviso la durata di efficacia del decreto doveva intendersi pari a cinque anni, ai sensi dell'art. 26, comma 6, del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, allora vigente; per il caso in cui invece la durata si fosse ritenuta triennale, ai sensi della norma regionale citata, ne chiedeva la proroga per diciotto mesi, ritenuti congrui per ottenere l'autorizzazione unica e incominciare i lavori (doc. 9 in primo grado dell'appellante, cit.).
7. Peraltro, con provvedimento 3 maggio, confermato il 16 agosto 2012 (citato nel relativo autoannullamento di cui si vedrà, doc. 15 in primo grado dell'appellante, p. 109 del file nella II parte dei documenti di primo grado prodotta in appello), la Regione ha negato il rilascio dell'autorizzazione unica, motivando anche sul presupposto che il decreto screening non fosse più efficace per il decorso del termine triennale citato.

8. Contro questo diniego, la società ha proposto il ricorso di primo grado 1373/2012 al TAR per la Puglia, Sede di Bari, ed ha impugnato la sentenza. sez. I, 26 agosto 2013, n. 1247, che lo ha respinto, con l'appello 7630/2013 R.G. di questo Consiglio, dichiarato perento con decreto presidenziale 4 settembre 2019, n. 1126 per inattività delle parti, date le vicende di cui subito, che avevano portato a non coltivarlo per mancanza di interesse.
9. Nel frattempo, con determinazione dirigenziale 29 maggio 2014, n. 157 (doc. 1 in primo grado dell'appellante, p. 1 del file nella I parte dei documenti di primo grado prodotta in appello), la Regione ha formalmente negato la proroga del decreto screening.
10. Contro questo diniego, la società ha proposto il ricorso principale di primo grado in questo procedimento, esteso, come risulta in epigrafe, anche ai precedenti dinieghi di autorizzazione unica, e nell'ambito di questo ricorso ha chiesto anche al Giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale dei ricordati artt. 2 e 10 della l.r. 17/2007.
11. Il Giudice di primo grado ha condiviso quest'impostazione e la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni citate, appunto nella parte in cui prevedevano un'efficacia triennale del decreto screening non prevista da norme nazionali, con sentenza 18 ottobre 2016, n. 267.
12. Sulla base di questa sentenza, la Regione, con determinazione 11 maggio 2017, n. 1578, ha annullato d'ufficio il diniego di autorizzazione unica ed ha disposto il rinnovo del relativo procedimento, senza però nulla dire quanto al già impugnato diniego di proroga del decreto screening (doc. 15 in primo grado dell'appellante, cit.).
13. Di conseguenza, come da ordinanza cautelare 13 aprile 2018, n. 151, pronunciata nel corso del giudizio di primo grado sul diniego stesso, di cui si è detto, la società ha ottenuto una pronuncia in sostanza propulsiva, intesa ad un riesame della fattispecie, tenuto conto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza 267/2016.
14. Come risultato, la Regione ha emanato la determinazione 9 settembre 2019, n. 216, che alla lettera ha confermato il diniego alla istanza di proroga di cui alla determinazione 157/2014 ed ha dato atto, sempre alla lettera, della cessata efficacia decreto screening 665/2008, con una serie di argomenti di cui si dirà, ma in sintesi ritenendo che le valutazioni espresse nel decreto stesso non fossero più attuali in base a modifiche normative sopravvenute, e in particolare all'approvazione del nuovo piano paesaggistico territoriale regionale – PPTR disposta con delibera della Giunta 2 agosto 2013 n. 1435, nonché a causa di alcune modifiche progettuali successive all'impianto (doc. 16 in primo grado dell'appellante).
15. La società ha impugnato quest'atto con i primi motivi aggiunti in primo grado.

16. In corso di giudizio, la Regione ha adottato un nuovo diniego dell'autorizzazione unica, con il provvedimento 11 novembre 2019, prot. n. 4668, del Servizio Infrastrutture energetiche e digitali, motivato formalmente con il richiamo ad un parere 29 ottobre 2019 della Sezione tutela e valorizzazione del paesaggio (doc. ti 44 e 45 in primo grado dell'appellante, come indicati nel ricorso ed erroneamente rubricati come doc. ti 23 e 24 in primo grado, prodotti il giorno 23 gennaio 2020), e sostanzialmente con gli stessi pareri negativi che la citata Sezione aveva espresso nel precedente procedimento, che aveva portato ad emettere il diniego 3 maggio- 16 agosto 2012, ovvero quello annullato d'ufficio nei termini descritti.

17. La società ha impugnato quest'atto con i secondi motivi aggiunti.

18. Con la sentenza indicata in epigrafe, il TAR ha pronunciato così come segue.

18.1 In primo luogo, il TAR ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso principale, considerato che l'originario diniego di autorizzazione unica era stato annullato d'ufficio come sopra illustrato, e che il diniego di proroga disposto con la determinazione 157/2014 era stato sostituito dalla successiva determinazione 216/2019.

18.2 In secondo luogo, il TAR ha respinto nel merito i primi motivi aggiunti, ritenendo corretta la conferma del diniego all'istanza di proroga disposta dalla determinazione 216/2019

18.3 Infine, il TAR ha accolto i secondi motivi aggiunti, in sintesi estrema ritenendo che i pareri negativi che avevano portato al diniego annullato non potessero in effetti venire più valorizzati.

19. La società ha proposto impugnazione contro questa sentenza, limitatamente al capo che respinge i primi motivi aggiunti, ed in proposito ha fatto presente che questa pronuncia rende per lei inutile l'accoglimento dei secondi motivi aggiunti, dato che a suo avviso in mancanza di un valido decreto screening l'istanza di autorizzazione unica non potrebbe in ogni caso essere rivalutata con esito favorevole; ha quindi proposto quattro motivi di appello, nei termini che seguono:

- con il primo di essi, a p. 15 dell'atto, la società deduce propriamente la violazione dell'art. 16 della l.r. 11 /2001 nel testo risultante dopo la sentenza della Corte costituzionale 267/2016 e dell'art. 21 quinquies della l. 7 agosto 1990, n. 241, e sostiene in sintesi che con il provvedimento 216/2019 impugnato l'amministrazione avrebbe disposto una decadenza del decreto screening non prevista dalla legge, che in particolare non prevedrebbe alcun termine finale di efficacia del decreto stesso;

- con il secondo motivo, a p. 24 dell'atto, la società deduce nella sostanza un eccesso di potere per mancanza di motivazione e di istruttoria e sostiene che, anche se il provvedimento 216/2019 fosse astrattamente legittimo, non lo sarebbe nel caso concreto, perché né la normativa sopravvenuta, né le lievi modifiche apportate al progetto ne giustificherebbero una nuova valutazione in senso sfavorevole;

- con il terzo motivo, a p. 31 dell'atto, la società deduce ancora eccesso di potere per disparità di trattamento, e sostiene che in casi consimili, relativi a decreti screening per impianti eolici rilasciati nel 2008, la Regione ne avrebbe confermato senza contestazioni l'efficacia (doc. 20 in primo grado dell'appellante, provvedimento in tal senso, relativo ad altro impianto);

- con il quarto motivo, a p. 34 dell'atto, l'appellante deduce infine un ulteriore eccesso di potere e sostiene che il diniego in questione sarebbe in realtà motivato dal solo intento di rendere inutile la riconvocazione della conferenza di servizi che dovrebbe rivalutare l'istanza di autorizzazione unica.

20. La Regione ha resistito, con memoria 28 febbraio 2021, ed ha chiesto che l'appello sia respinto, affermando in particolare che comunque, sulla base delle norme all'epoca vigenti, al decreto screening si sarebbe potuta al più riconoscere un'efficacia quinquennale, e che comunque non si potrebbe ritenere che essa sia senza termine (p. 15 della memoria).

21. Alla camera di consiglio del giorno 4 marzo 2021, su accordo delle parti, l'esame della domanda cautelare è stato rinviato al merito.

22. Con memorie 31 maggio e replica 10 giugno 2021 per la sola appellante, le parti hanno ribadito le rispettive difese. In particolare, la Regione ha ritenuto di depositare una relazione dei propri uffici dalla quale si desumerebbe che l'impianto in progetto comunque sarebbe in contrasto con le attuali norme di tutela ambientale; la società ha replicato che ciò è estraneo all'oggetto di questo giudizio

23. Alla pubblica udienza del giorno 1° luglio 2021, la Sezione ha trattenuto la causa in decisione.

24. L'appello è fondato e va accolto, per le ragioni di seguito spiegate.

25. Il primo motivo, centrato in sintesi sul tipo di potere esercitato dalla Regione con l'atto impugnato, è fondato ed assorbente.

25.1 È necessario partire da un dato testuale. Dopo la sentenza della Corte costituzionale 267/2016 di cui si è detto, e in base agli artt. 19 e ss. del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, formalmente il decreto screening non è soggetto ad un termine finale di efficacia, anche se, lo si dice per completezza, l'art. 6 *bis* del d. lgs. 3 marzo 2011, n. 28, inserito dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 e citato nella discussione dalla difesa dell'appellante, nulla dispone in proposito, pur contenendo una serie di disposizioni di favore per gli impianti di cui si tratta. In particolare, anche se la Regione nelle proprie difese sopra ricordate ha affermato il contrario, non è possibile ritenerlo soggetto al termine quinquennale di efficacia previsto per il provvedimento di VIA, che in termini logici è antitetico al provvedimento di esclusione da questa procedura.

Ciò però non vuol dire che il decreto in questione non sia soggetto alle norme generali in materia di atti amministrativi, e quindi non sia possibile annullarlo ovvero revocarlo se ne sussistono i

presupposti, il che, in termini astratti, potrebbe accadere nel momento in cui fra il suo rilascio e l'effettiva realizzazione dell'intervento sia decorso molto tempo.

25.2 Applicando questo principio al caso di specie, il provvedimento 216/2019 impugnato è illegittimo. In primo luogo, è corretto quanto sostiene la difesa dell'appellante, ovvero che esso introduce una causa di decadenza non prevista dalla legge, dato che argomenta sempre in termini di risposta ad un'istanza di proroga, a rigore non necessaria, dato l'intervento della Corte con la sentenza 267/2016 di cui si è detto.

25.3 Il provvedimento sarebbe poi illegittimo anche se, in via di ipotesi, si volesse far prevalere un presunto suo contenuto sostanziale e qualificarlo, al di là della terminologia usata, come provvedimento di annullamento ovvero di revoca d'ufficio. In primo luogo, di un provvedimento di autotutela di questo tipo mancherebbero i requisiti procedurali: esso conseguirebbe non ad un'iniziativa dell'amministrazione, che come tale richiederebbe un avviso di inizio del procedimento e l'instaurazione del relativo contraddittorio, ma ad un'istanza della parte avente contenuto del tutto diverso, e si configurerebbe quindi come un provvedimento "a sorpresa" evidentemente contrario a buona amministrazione.

25.4 In secondo luogo, non risulta congrua nemmeno la motivazione addotta, alla lettera, per negare la proroga. Il provvedimento (doc. 16 in primo grado dell'appellante, cit.) motiva infatti con riferimento a presunte "modifiche intervenute al quadro di riferimento progettuale e programmatico", le quali suggerirebbero "l'opportunità di una riconsiderazione" degli effetti ambientali dell'intervento.

25.5 Sotto il primo profilo, il provvedimento spiega che le modifiche progettuali riguardano in primo luogo il tracciato del cavidotto di collegamento dell'impianto con la rete elettrica nazionale, dando atto però che il nuovo tracciato, secondo quanto riferito dalla società, è finalizzato a ridurre l'attraversamento di aree urbanizzate, incrementa il tracciato in sotterraneo e non comporta l'interessamento di aree vincolate. Le modifiche poi, sempre secondo il provvedimento, comportano la sostituzione degli aerogeneratori in origine programmati con altri di diversa marca e modello, aventi però dimensioni sostanzialmente equivalenti e potenza unitaria leggermente inferiore. Si tratta di modifiche che, così come descritte, appaiono non di per sé sostanziali, ed il provvedimento non spiega in alcun modo perché esse dovrebbero comportare un riesame di tutto il progetto.

25.6 Sotto il secondo profilo, il provvedimento richiama il preavviso di diniego, che però non dice di per sé nulla di più (doc. 3 in primo grado dell'appellante, a p. 27 del I file documenti prodotto in appello), ed elenca una serie di atti normativi e di programmazione nel frattempo intervenuti, ovvero in sintesi gli indirizzi ministeriali ed i nuovi piani regionali, di tutela delle acque e

paesistico; dà poi atto che secondo la società nessuna di queste nuove disposizioni ha introdotto nuovi vincoli che interessino l'impianto, ma non spiega in alcun modo perché quest'affermazione non sarebbe vera. Anche in questo caso, le ragioni che giustificerebbero la presunta "opportunità" di un nuovo decreto, e quindi secondo logica la revoca del precedente, non sono comprensibili.

26. L'accoglimento del primo motivo di appello comporta che l'originario decreto screening debba ritenersi tuttora efficace, perché formalmente privo di un termine finale; rimane ovviamente nei poteri della Regione, previa corretta e completa istruttoria, verificare se esso sia ancora coerente con la situazione di fatto e di diritto del momento presente, e valutare se vi siano i presupposti per procederne, nel rispetto delle norme che regolano i relativi istituti, ad un annullamento o ad una revoca d'ufficio. Di conseguenza, l'accoglimento del motivo ha carattere assorbente, perché gli altri motivi dedotti riguardano aspetti particolari del provvedimento così come pronunciato, e presuppongono quindi che esso fosse legittimo nell'*an*.

27. In conclusione, in riforma parziale della sentenza impugnata, va accolto il ricorso per motivi aggiunti di primo grado e va annullato, come in dispositivo, il provvedimento con esso impugnato, ovvero la determinazione 9 settembre 2019, n. 216, del Dirigente della Sezione autorizzazioni ambientali, ferme le altre statuizioni della sentenza di primo grado stessa, che non sono state contestate. Si precisa che l'annullamento si riferisce al solo atto citato e non agli altri atti impugnati con lo stesso ricorso per motivi aggiunti, ovvero al preavviso di diniego 25 luglio 2019 e alla nota 13 settembre 2013, i quali all'evidenza sono atti endoprocedimentali, privi come tali di autonomo carattere lesivo.

28. La complessità in fatto ed in diritto della causa è giusto motivo per compensare per intero fra le parti le spese di questo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n. 953/2021), lo accoglie e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie il primo ricorso per motivi aggiunti presentato in primo grado (nel giudizio proposto al TAR per la Puglia, sede di Bari, n. 1361/2014 R.G.) e annulla la determinazione 9 settembre 2019, n. 216, del Dirigente della Sezione autorizzazioni ambientali, già Servizio ecologia, della Regione Puglia.

Compensa per intero fra le parti le spese di questo grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1° luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

Nicola D'Angelo, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere