

Pubblicato il 31/05/2021

N. 04146/2021REG.PROV.COLL.

N. 07543/2020 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 7543 del 2020, proposto dalla Regione Basilicata, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicoletta Pisani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Ufficio legale della Regione Basilicata, in Potenza, via Verrastro, n. 4;

contro

la S.r.l. Melfi Energia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani e Francesco Sanna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, Sezione Prima, n. 502 del 27 luglio 2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della S.r.l. Melfi Energia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2021 il consigliere Daniela Di Carlo e uditi per le parti gli avvocati Saverio Sticchi Damiani e Francesco Sanna, che partecipano alla discussione orale ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La S.r.l. Melfi Energia, con istanza presentata in data 15 gennaio 2011, ha richiesto ai sensi degli artt. 12, d.lgs. n. 387/2003 e 3, l.r. n. 1/2010 il rilascio dell'autorizzazione unica regionale per la costruzione e l'esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica, delle relative opere connesse e delle infrastrutture indispensabili, per una potenza complessiva di 90,0 MWe, da realizzarsi in agro del Comune di Melfi (PZ).

2. Con deliberazione datata 11 settembre 2015, n. 1170, la Giunta regionale ha rilasciato parere favorevole di compatibilità ambientale per un impianto di potenza complessiva minore, e cioè pari a 33.0 MWe, costituito da n. 10 (dieci) aerogeneratori, modello VESTAS V117, diametro rotore pari a 117 metri e altezza al mozzo pari a 91,5 metri, aventi potenza unitaria pari a 3.3 MWe, oltre alle opere connesse e infrastrutture indispensabili.

Al progetto è stata successivamente apportata una variante non essenziale, non comportante la riapertura del procedimento di valutazione dell'impatto ambientale.

3. L'emanazione del provvedimento autorizzativo è stata condizionata alla presentazione da parte della società richiedente:

a) della documentazione comprovante il rispetto dei requisiti di sicurezza previsti all'Appendice A del PIEAR;

b) della documentazione comprovante l'avvenuta installazione e manutenzione dell'anemometro, al fine di verificare il rispetto dei requisiti anemologici previsti dall'Appendice A del PIEAR;

c) del progetto definitivo dell'impianto aggiornato con tutte le modifiche intervenute nel corso del procedimento unico, con particolare riferimento al computo metrico analitico delle opere di dismissione funzionale alla determinazione dell'importo della polizza fideiussoria;

d) della documentazione comprovante il rispetto delle indicazioni previste dalla l.r. n. 1/2010 e dal relativo P.I.E.A.R., nonché alle disposizioni contenute nelle ll.rr. 26 aprile 2012 n. 8 e 9 agosto 2012 n. 17.

4. La Regione Basilicata, con determina n. 189 del 24 febbraio 2020, ha denegato il rilascio dell'autorizzazione unica in questione, con la motivazione che la società richiedente non ha ottemperato alla richiesta di integrazioni documentali entro il termine perentorio richiesto dall'art. 3-bis, della l.r. n. 8/2012, introdotto dalla l.r. n. 38/2018, che ha previsto, per i procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge (come, per l'appunto, il caso che occupa):

“1. Ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica regionale di cui all'art.12 del d.lgs. 29/12/2003, n.387 e della L.R.19/01/2010, n.1, l'istante è tenuto a presentare, entro e non oltre novanta giorni decorrenti dalla data di conclusione della conferenza di servizi, la documentazione prescritta dall'Appendice A del P.I.E.A.R. per ciascuna tipologia di impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili. Per i procedimenti pendenti, il termine di novanta giorni per la produzione documentale di cui al periodo precedente decorre dalla data di entrata in vigore della presente legge. 2. La mancata presentazione della documentazione, necessaria per il rilascio della prescritta autorizzazione regionale, nel termine di cui al comma 1 importerà la rinuncia all'istanza.”

5. La S.r.l. Melfi Energia ha impugnato il diniego in oggetto, nonché gli atti ad esso connessi, tra cui, in particolare, il preavviso di rigetto datato 20 settembre 2019 e la nota del 10 novembre 2016 con la quale la Regione Basilicata aveva comunicato alla ricorrente che la dichiarazione resa dal Monte dei Paschi di Siena non comprendeva l'attestazione esplicitamente richiesta dalla lettera c) del par. 1.2.1.11 dell'App. A del P.I.E.A.R.

5.1. A sostegno del ricorso, articolava i seguenti motivi:

I. *Violazione del principio di conservazione degli atti del procedimento amministrativo, di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa di cui all'art. 1, art. 3 e 21-octies della L. 241/1990. Violazione del principio di derivazione comunitaria di tutela del legittimo affidamento. Eccesso di potere per manifesta illogicità del provvedimento impugnato, per manifesta falsità dei presupposti, per omesso bilanciamento e considerazione degli interessi in gioco, per perplessità e per difetto di istruttoria. Sviamento.*

II. *Violazione dell'art. 27-bis del d.lgs. 152/2006. Violazione dell'art. 12 del d.lgs. 387 del 2003, delle relative Linee Guida attuative e dell'art. 3 della L.R. Basilicata n. 1 del 2010. Violazione del principio dell'applicazione della normativa razione temporis. Violazione del principio di derivazione comunitaria di tutela del legittimo affidamento. Violazione del principio di conservazione degli atti del procedimento amministrativo, del principio di economicità, efficacia e trasparenza dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 della L. 241/1990. Violazione dell'art. 3 e dell'art. 10 bis della L. 241 del 1990. Eccesso di potere per manifesta illogicità del provvedimento impugnato, travisamento in fatto ed in diritto. Violazione del principio di proporzionalità. Difetto di istruttoria. Sviamento.*

III. *Violazione dell'art. 12 del d.lgs. 387/2003 e delle relative Linee Guida applicative e dell'art. 27 bis del d.lgs. 152/2006. Eccesso di potere per violazione del principio di non aggravio del procedimento. Violazione del principio di libera concorrenza.*

6. Nel primo grado del giudizio, la Regione Basilicata non si è costituita.

7. Il T.a.r., con l'impugnata sentenza di cui all'epigrafe, resa in forma semplificata ex art. 60 c.p.a., ha accolto il ricorso, per l'effetto annullando gli atti impugnati, e ha condannato la Regione Basilicata al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese di giudizio liquidate in complessivi € 2.000,00 (duemila), oltre I.V.A. e C.P.A., nonché alla restituzione del contributo unificato nella misura versata.

7.1. Più nel dettaglio, l'accoglimento del gravame ha riposato sulle seguenti considerazioni:

a) in primo luogo, il T.a.r. ha proceduto alla riqualificazione giuridica della nota datata 19 febbraio 2019, con la quale la società richiedente, oltre a dichiarare di non rinunciare alla domanda volta al rilascio dell'autorizzazione unica ex art. 12, d.lgs. n. 387/2003, aveva fatto presente di essere in attesa del completamento dell'istruttoria da parte della banca per il rilascio della documentazione richiesta dalla Conferenza di servizi svoltasi in data 15 febbraio 2016, specificando che l'istruttoria bancaria non poteva “essere terminata in un periodo inferiore a 180 giorni” e che tale documentazione sarebbe stata trasmessa alla Regione “non appena ci perverrà”. La riqualificazione è stata nel senso che la nota in questione dovesse essere intesa ad ogni effetto giuridico come ‘domanda di proroga’;

b) in secondo luogo, il T.a.r. ha ritenuto la suddetta domanda, così riqualificata, “tempestiva, atteso che il termine di 90 giorni ex art. 3 bis, comma 1, L.R. n. 8/2012 per la presentazione della documentazione, prescritta dal PIEAR ex L.R. n. 1/2010 e necessaria per il rilascio dell'autorizzazione ex art. 12 D.Lg.vo n. 387/2003, nei procedimenti, come nella specie, ancora “pendenti” (cfr. comma 2 dello stesso art. 3 bis, comma 1, L.R. n. 8/2012) iniziava a decorrere il 22.11.2018 e scadeva il 20.2.2019, in quanto il predetto art. 3 bis, comma 1, L.R. n. 8/2012 è stato aggiunto dall'art. 34, comma 1, L.R. n. 38/2018 e l'art. 57, comma 1,

di tale Legge ha stabilito la sua entrata in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nel Bollettino Ufficiale della Regione, avvenuta il 22.11.2018”;

c) infine, il T.a.r. ha ritenuto che non dovesse tenersi conto del ritardo con cui la società richiedente aveva trasmesso all'Amministrazione la fideiussione bancaria prescritta dal punto 1.2.1.11 del PIEAR, vale a dire in data 9 maggio 2019 e quindi quando era stato già superato il termine massimo di proroga di ulteriori 60 giorni (fino, cioè, al 20 aprile 2019) previsto dal comma 1-bis dell'art. 3-bis l.r. n. 8/2012, aggiunto dall'art. 12, comma 1, l.r. n. 4/2019, dal momento che tale norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per contrasto con gli artt. 3, 97 e 117, comma 2, lett. s), dalla sentenza n. 106 del 5 giugno 2020.

8. La Regione Basilicata ha appellato la pronuncia, deducendo:

I. *Error in iudicando, violazione e falsa applicazione dell'art. 34 della L.R. n. 38/2018, dell'art 12 della L.R. 13/03/2019 n. 4 nonché del decreto legislativo 387/2003 art. 12 comma 4.*

Ad avviso della Regione, la normativa sarebbe assolutamente chiara nel prevedere, senza bisogno di particolari sforzi esegetici, che per i procedimenti pendenti all'entrata in vigore della stessa legge (22 novembre 2018), il decorrere infruttuoso del termine di 90 giorni (20 febbraio 2020) determina la rinuncia all'istanza.

La comunicazione di 'non rinuncia all'istanza' presentata dalla società richiedente non rientrerebbe tra le modalità contemplate dalla norma richiamata.

Inoltre, all'epoca dei fatti, non esisteva alcuna norma che prevedesse la possibilità di concedere proroghe. Infine, la società interessata aveva, tempo addietro, già omesso di riscontrare la richiesta di integrazione documentale di cui alla nota prot. n. 174502/23AF del 10 novembre 2016.

II. *Error in iudicando violazione e falsa applicazione dell'art. 27 bis, comma 5 D.L.Vo n. 152/2006.*

La sentenza impugnata deve essere riformata anche in considerazione del fatto che l'art. 27-bis del d.lgs. n. 152/2006 non è applicabile al caso di specie.

La norma invocata disciplina il procedimento di rilascio del provvedimento unico ambientale nei casi in cui un progetto sia sottoposto a valutazione di impatto ambientale.

La proroga in essa prevista per la trasmissione della documentazione integrativa è afferente, dunque, esclusivamente alla fase di istruttoria del progetto nell'ambito dello stesso procedimento.

Inoltre, va evidenziato che il richiamato art. 27-bis è stato introdotto solo con il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104, che inequivocabilmente chiarisce (all'art. 23, "Disposizioni transitorie") che la norma si applica ai procedimenti di valutazione di impatto ambientale avviati alla data del 16 maggio 2017, mentre nel caso di specie la valutazione di impatto ambientale si era già conclusa e consolidata con l'emissione del giudizio di compatibilità ambientale di cui alla determina n. 1170 del 2015.

9. La S.r.l. Melfi Energia si è costituita in resistenza, chiedendo la reiezione del gravame. Inoltre, in data 15 marzo 2021, ha depositato ulteriore memoria difensiva.

10. All'udienza pubblica del 14 aprile 2021, la causa è stata discussa mediante collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25, d.l. n. 137 del 2020, ed è passata in decisione.

11. In via preliminare, va rilevato che, a seguito della proposizione dell'appello, è riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado – che perimetra necessariamente il processo di appello ex art. 104 c.p.a. – sicché, per ragioni di economia dei mezzi processuali e semplicità espositiva, secondo la logica affermata dalla decisione della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, il Collegio prende direttamente in esame gli originari motivi posti a sostegno del ricorso introduttivo (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, n. 1137 del 2020 con motivazione concernente anche l'esclusione dei profili revocatori).

Inoltre, avuto riguardo alla memoria depositata dalla parte appellata in data 15 marzo 2021, va anche rilevato che sono inammissibili le censure proposte in memorie, attesa la natura illustrativa delle stesse (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, n. 2319 del 2020)

12. Nel merito, l'appello è fondato e va accolto, mentre sono infondati i motivi posti a sostegno del ricorso di primo grado, sia in fatto, sia in diritto.

13. Più nel dettaglio, sotto il profilo fattuale, la Sezione esclude che possa esservi stata lesione del legittimo affidamento, dal momento che:

a) la ditta ricorrente non è stata in grado di produrre la documentazione richiesta con la nota del 10 novembre 2016 entro il termine di conclusione del procedimento stabilito dal più volte menzionato art. 12, comma 4, (pari a 90 giorni, al netto della sospensione per lo svolgimento delle procedure di valutazione di impatto ambientale, già peraltro esaurite al momento della richiesta di integrazione documentale: il parere favorevole di VIA risale, infatti, al 2015);

b) non è configurabile alcuna ipotesi di forza maggiore o caso fortuito che abbiano impedito alla ditta, oggettivamente, di produrre la documentazione richiesta; inoltre, non è emersa alcuna specificità o

peculiarità tale da giustificare un approfondimento istruttorio, di tal ché, occorre concludere, la natura dei documenti richiesti va qualificata come meramente 'routinaria', tenuto conto della normativa tecnica e della specifica conoscenza della stessa da parte degli imprenditori del settore;

c) la comunicazione "di non rinuncia all'istanza" trasmessa dalla Melfi Energia alla Regione Basilicata con nota del 19 febbraio 2019 non conteneva alcuna 'richiesta di proroga'; è pervenuta alla Regione in data antecedente alla norma che prevedeva la possibilità di proroghe (art. 12, comma 1, l.r. 13 marzo 2019 n. 4); ad ogni modo, la proroga non era automatica ed era necessario che la richiesta fosse supportata da "motivi indipendenti dalla volontà dell'istante";

d) al momento della presentazione della nota in questione, inoltre, pur a volere prescindere dalla sua qualificazione come istanza di proroga, è un dato di fatto che non erano ancora stati esibiti i documenti richiesti ed erano ampiamente decorsi i termini previsti dall'art. 12, d.lgs. n. 387 cit. e non era stato rispettato quanto sancito dall'art. 3-bis comma 1, l.r. n. 8 del 2012 (introdotto dall'art. 34 l.r. 38 del 2018, con decorrenza per le procedure pendenti dal 22 novembre 2018), ovvero sia il deposito della documentazione mancante, fra cui, di certo, non poteva annoverarsi la dichiarazione di avere ancora interesse alla realizzazione dell'impianto; da qui l'irrelevanza della entrata in vigore dell'art. 12, l. r. 13 marzo 2019 n. 4 (che ha inserito nell'art. 3-bis cit. il comma 1-bis che ha previsto [pure illegittimamente come assodato dalla sentenza della Corte cost. n. 106 del 5 giugno 2020] la possibilità della proroga del termine di 90 gg sancito dal primo comma dell'art. 3-bis a domanda della impresa e per fatti indipendenti dalla sua volontà) successivamente al maturare del termine di 90 giorni;

e) al momento della esibizione dei documenti (in data 19 aprile 2019) erano dunque scaduti i termini previsti dall'art. 12, d.lgs. n. 387 cit. e dall'art. 3 bis, comma 1, l.r. n. 8 del 2012 (si tratta di 90 giorni decorrenti dal 22 novembre 2018);

f) non sussiste la violazione dell'art. 10-bis l. n. 241 del 1990, perché vi è corrispondenza sostanziale fra preavviso di diniego e diniego finale.

14. Sul piano esecutivo ricostruttivo, invece, la Sezione osserva che:

g) l'art. 12, l.r. 13 marzo 2019 n. 4 (che ha inserito nell'art. 3-bis cit. il comma 1-bis che ha previsto [come si è già detto, pure illegittimamente come assodato dalla sentenza della Corte cost. n. 106 del 5 giugno 2020] la possibilità della proroga del termine di 90 gg sancito dal primo comma dell'art. 3-bis a domanda della impresa e per fatti indipendenti dalla sua volontà) non ha portata retroattiva ed è soggetto a canoni di stretta interpretazione (sul punto è dirimente la richiamata sentenza della Corte cost. n. 106 del 2020 che, riferendosi precipuamente alla fase antecedente alla convocazione della conferenza di servizi, ha osservato che *"la proroga stabilita dal legislatore lucano finisce con l'aggiungere un ulteriore irragionevole anello alla già lunga catena di adempimenti previsti da quello statale, determinando un aggravamento del procedimento autorizzativo, lesivo, ad un tempo del principio del buon andamento della pubblica amministrazione e dello standard di tutela dell'ambiente fissato dalla disciplina statale."*);

h) la possibilità della proroga della procedura prevista dall'art. 27-bis, decreto n. 152 del 2006 (introdotto dal d.lgs. n. 104 del 16 giugno 2017) è basata sulla necessità di acquisire le valutazioni di impatto ambientale per istruttorie ancora in corso, mentre invece, nel caso all'esame, il parere favorevole di compatibilità ambientale era stato già rilasciato rispetto alla data della richiesta della integrazione documentale (10 novembre 2016), e dunque non poteva trovare ingresso nella procedura di autorizzazione unica;

i) i termini previsti dall'art. 12, d.lgs. n. 387 cit. hanno natura ordinatoria se riferiti agli adempimenti della P.A. (arg. da ultimo da Sez. IV, n. 1535 del 2021, si suppone invece la natura perentoria dei medesimi, se riferiti ai privati, nei limiti in cui la scadenza dei termini stessi rilevi ad altri fini, quali ad esempio l'attivazione del rimedio giurisdizionale avverso il silenzio, dovendo la decorrenza del termine di impugnazione essere ancorata ad un momento certo);

l) la violazione dell'art. 10-bis l. n. 241 del 1990, prima della novella recata dal d.l. n. 76 del 2020, non era causa di illegittimità del provvedimento finale (cfr. *ex plurimis* e da ultimo sez. IV, n. 594 del 2021; n. 8418 del 2020 e la giurisprudenza ivi citata) e dava luogo ad una violazione meramente formale e dunque sanabile ex art. 21-octies l. n. 241 cit., ovvero non trovava applicazione per gli atti a contenuto vincolato, qual è quello di specie, attesa anche la immediata descrittività dei requisiti documentali richiesti dalla normativa tecnica di settore.

15. In definitiva, alla luce delle considerazioni illustrate, l'appello va accolto e, in riforma dell'impugnata sentenza, va respinto il ricorso introduttivo del giudizio.

16. Le spese del doppio grado sono liquidate in dispositivo sulla base dei parametri indicati nel regolamento n. 55 del 2014 e s.m.i., mentre il pagamento del contributo unificato del doppio grado va posto in via definitiva a carico della originaria ricorrente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso n.r.g. 7543 del 2020, come in epigrafe proposto:

- a) accoglie l'appello di cui all'epigrafe;
- b) per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso introduttivo del giudizio;
- c) condanna la S.r.l. Melfi Energia a rifondere in favore della Regione Basilicata le spese del doppio grado, liquidate in complessivi euro 8.000,00 oltre spese generali, I.V.A. e C.P.A. se dovute come per legge;
- d) pone il pagamento del contributo unificato del doppio grado in via definitiva a carico della S.r.l. Melfi Energia.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2021- svoltasi mediante collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020 - con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

L'ESTENSORE

Daniela Di Carlo

IL PRESIDENTE

Vito Poli

IL SEGRETARIO