

Pubblicato il 30/06/2022

N. 05465/2022REG.PROV.COLL.

N. 09300/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 9300 del 2021, proposto dalla regione Campania, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Marzocchella, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Poli n. 29;

contro

la ditta Rwe Renewables Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Vivani, Simone Abellonio, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

nei confronti

del Ministero della transizione ecologica, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione sesta, n. 5604 del 24 agosto 2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della ditta Rwe Renewables Italia s.r.l. e del Ministero della transizione ecologica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il consigliere Emanuela Loria;

Viste le istanze di passaggio in decisione depositate dagli avvocati Angelo Marzocchella, Claudio Vivani e Simone Abellonio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla determinazione della regione Campania n. 554470 del 23 novembre 2020 recante l'archiviazione della istanza di VIA (valutazione di impatto ambientale) e VI (valutazione di incidenza) - relativa al progetto denominato "Lisa", per la costruzione e gestione di un parco eolico in ampliamento di quello preesistente denominato "Morcone" - proposta dalla ditta Rwe il 23 ottobre 2020.

Il provvedimento impugnato è motivato con riferimento allo "spacchettamento" del progetto, che, "indipendentemente dall'obiettivo per il quale è operato (es. eludere le dovute valutazioni, eludere la valutazione dell'opera nel suo complesso, rientrare nella competenza di questa o quella amministrazione sia ai fini della valutazione ambientale che ai fini autorizzatori, accedere ad un regime autorizzatorio semplificato (DIA invece di AU), accedere ad un regime incentivante più favorevole, ecc.), ha sicuramente sempre come risultato quello di "falsare" le reali dimensioni dell'opera che si realizza nel concreto, che invece, anche dal punto di vista ambientale, deve essere unitariamente considerata."

L'amministrazione ha ritenuto, altresì, che la necessità della valutazione unitaria dell'opera nel suo complesso, comprensiva di tutte le componenti che rilevano sotto più punti di vista (vedasi tra l'altro la definizione di cui all'art. 12 co. 3 del d.lgs. 387 del 2003), sia un principio già connaturato nella disciplina di settore degli impianti per la produzione di Fonti energetiche rinnovabili (FER) e che l'artato frazionamento non sia riferibile – come invece è stato sostenuto dalla ditta – al solo frazionamento operato al fine di eludere l'obbligo di valutazione sancito dalla parte seconda del d.lgs. n. 152 del 2006 solo per gli impianti di potenza superiore a 1 MW (o 0,5 MW in caso di applicazione dei criteri del d.m. 52 del 2015 per i nuovi impianti); ma che sia una fattispecie di carattere generale che si configura ogni qual volta, per motivi diversi, si opera uno "spacchettamento" dell'opera finale che determina l'elusione delle norme e dei principi di riferimento che governano non solo la VIA (con sottoposizione del progetto alla VIA regionale anziché statale) ma anche l'*iter* autorizzatorio e gli incentivi pubblici, e che sottraggono l'opera alla necessaria valutazione unitaria: in particolare, ascrivere al completamento e non all'artato frazionamento i due impianti implica, per la ditta proponente, l'accesso ad un regime autorizzatorio semplificato (DIA in luogo dell'autorizzazione unica) e ad un regime incentivante più favorevole.

Pertanto, l'amministrazione ha stabilito che gli impianti "Lisa" e "Morcone" hanno le caratteristiche per essere considerati un impianto unitario, con la conseguenziale applicazione della parte seconda del d.lgs. n. 152 del 2006, che disciplina l'individuazione dell'Autorità competente in materia di VIA.

La competenza pertanto va ascritta all'autorità statale e non all'autorità regionale.

2. La ditta istante ha impugnato la predetta determinazione e ha articolato tre autonomi motivi di censura (da pagina 5 a pagina 20).

3. La sentenza impugnata emessa dal T.a.r. per la Campania, sez. VII, n. 5604 del 24 agosto 2021:

I) ha esaminato e accolto il primo motivo del ricorso ritenendo inconfigurabile un artato frazionamento del progetto relativo alle due centrali "Morcone" e "Lisa" (elemento centrale per la sentenza è il lasso di tempo di sette anni fra il primo e secondo progetto);

II) ha compensato le spese di lite.

3. La regione Campania ha appellato, sollevando tre motivi (da pagina 5 a pagina 20):

1). VIOLAZIONE DEL D.LGS. 152/2016 – MOTIVAZIONE CONTRADDITTORIA, ERRONEA ED INSUFFICIENTE – TRAVISAMENTO DEI FATTI – ERROR IN JUDICANDO.

Secondo l'appellante il giudice di primo grado avrebbe errato nell'escludere l'ipotesi dell' "artato frazionamento", che ha una sua rilevanza non solo nell'ottica dell'investimento economico ma anche sotto il profilo ambientale: già con la nota prot. n. 92487 del 19.2.2021, la Regione metteva in luce, nel caso di RWE, gli elementi indiziari dell'unicità dell'opera e sintomatici dunque della propria incompetenza ad istruire l'istanza presentata dall'appellata.

In particolare, la Regione avrebbe immediatamente segnalato che l'istanza di RWE sottintendeva lo "spacchettamento" del progetto: ovverossia il richiesto "completamento" con l'impianto "Lisa" da 29,92 MW dell'impianto "Morcone" da 57 MW, che ha come conseguenza l'accesso ad un regime autorizzatorio semplificato (DIA invece di AU) e ad un regime incentivante più favorevole.

Ciò si evince dal fatto che i due impianti:

a) sono localizzati in aree vicine;

b) sono riconducibili al "medesimo centro di interesse", ovvero la ditta RWE Renewables Italia s.r.l.;

c) prevedono il collegamento alla stessa stazione di trasformazione, quella già esistente dell'impianto eolico Morcone.

2). VIOLAZIONE DEL D.LGS. 152/2016 – MOTIVAZIONE CONTRADDITTORIA, ERRONEA ED INSUFFICIENTE – TRA-VISAMENTO DEI FATTI – ERROR IN JUDICANDO.

La sentenza impugnata avrebbe errato nel non considerare l'impatto cumulativo dei due impianti, che sarebbe risultato apprezzabile già dal titolo del progetto della società Rwe ("Realizzazione di una centrale eolica da 29,92 MW denominata "Lisa", nei Comuni di Morcone (BN) e Pontelandolfo (BN), quale completamento dell'esistente Parco Eolico "Morcone").

3). VIOLAZIONE DEL D.LGS. 152/2016 – CARENZA D'INTERESSE ALL'ANNULLAMENTO DELL'ARCHIVIAZIONE PAUR – TRAVISAMENTO DEI FATTI – ERROR IN JUDICANDO.

La Rwe, nel progetto sottoposto a VIA regionale, ha indicato una potenza degli aerogeneratori Vestas V162 (3,74 MW), inferiore rispetto a quella prevista dal modello (5,6 o 6M).

Ciò consentirebbe l'accesso all'eventuale ampliamento dell'impianto con il procedimento semplificato previsto dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, che ha disposto, con l'art. 56, comma 1, lett. d), l'introduzione dell'art. 6-*bis* (rubricato: "Dichiarazione di inizio lavori asseverata") nel corpo del d.lgs. n. 28 del 2011, che, al comma 1 dispone che "... *Non sono sottoposti a valutazioni ambientali e paesaggistiche, nè sottoposti all'acquisizione di atti di assenso comunque denominati, e sono realizzabili a seguito del solo deposito della dichiarazione di cui al comma 4, gli interventi su impianti esistenti e le modifiche di progetti autorizzati che, senza incremento d'area occupata dagli impianti e dalle opere connesse e a prescindere dalla potenza elettrica risultante a seguito dell'intervento, ricadono nelle seguenti categorie:*

a) impianti eolici: interventi consistenti nella sostituzione della tipologia di rotore che comportano una variazione in aumento delle dimensioni fisiche delle pale e delle volumetrie di servizio non superiore in ciascun caso al 15 per cento e interventi che comportano una riduzione di superficie o di volume, anche quando non vi sia sostituzione di aerogeneratori..." (quest'ultimo inciso inserito proprio dal d.l. n. 77/2021, convertito in l. n. 108/2021).

Vi sarebbe pertanto un intento di realizzare in frode alla legge un "frazionamento" dei procedimenti autorizzativi relativi ai due impianti al fine di eludere la necessità della valutazione unitaria dell'opera finale, evitando, *inter alia*, gli effetti negativi sulla determinazione finale di un eventuale parere sfavorevole della competente Soprintendenza.

4. Si è costituita in giudizio la ditta RWE per resistere, ma senza riproporre espressamente i motivi assorbiti ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

5. Si è costituito in giudizio il Ministero della transizione ecologica per aderire all'appello.

6. Con decreto n. 6017 del 5 novembre 2021 e con ordinanza n. 6342 del 25 novembre 2021, è stata accolta la domanda cautelare.

7. Le parti hanno depositato memorie: in particolare, la ditta in data 22 novembre 2021, 14 e 24 febbraio 2022 e la regione in data 21 gennaio 2022.

8. Alla pubblica udienza del 17 marzo 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

8.1. Preliminarmente il collegio osserva che il *thema decidendum* è circoscritto all'accertamento della fondatezza del primo motivo posto a sostegno del ricorso dinanzi al T.a.r. giacché il perimetro del giudizio di appello è circoscritto dalle censure ritualmente sollevate in primo grado ed altrettanto ritualmente riproposte in sede di appello. Pertanto, per ragioni di economia dei mezzi processuali e per comodità espositiva, sarà presa in esame direttamente ed esclusivamente il primo motivo posto 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, Cons. Stato, sez. IV, n. 1137 del 2020).

8.2. Il collegio inoltre rileva che, attesa l'infondatezza del ricorso di primo grado nel merito, si può prescindere dall'esaminare l'eccezione, sollevata dalla regione Campania con il terzo mezzo di gravame, di sopravvenuta carenza di interesse della ditta a coltivare il giudizio, solo perché ha

attivato, peraltro con riserva (come espressamente riferito in sentenza a pag. 4 nella parte finale) la procedura di VIA nazionale.

8.3. Infine, il collegio rileva la intempestività del deposito documentale effettuato dalla ditta Rwe alle ore 10,36 del giorno 17 marzo 2022 (giorno in cui è stata celebrata l'udienza di discussione della presente causa) e la impossibilità di riconoscere la sussistenza degli eccezionali presupposti sanciti dall'art. 54 comma 1 c.p.a per autorizzare tale deposito tardivo.

9. In particolare con il primo motivo dell'originario ricorso, è stata sollevata la censura di violazione e falsa applicazione dell'art. 5, dell'art. 22 e dell'allegato VII alla Parte II del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 e s.m.i. nonché la violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003 n. 387 e s.m.i., la violazione e falsa applicazione del d.m. 10 settembre 2010, l'eccesso di potere nelle figure sintomatiche del difetto di istruttoria, del travisamento dei fatti, della irragionevolezza manifesta.

La ricorrente sostiene con tale motivo che il provvedimento impugnato sia partito dall'erroneo presupposto per cui via sia un "artato frazionamento" dei due impianti con uno spacchettamento dell'opera finale che determina l'elusione delle norme e dei principi che governano non solo la VIA, ma anche l'iter autorizzatorio e gli incentivi pubblici, e che sottraggono l'opera alla necessaria valutazione unitaria.

In particolare, la ditta osserva che lo "spacchettamento" non vi sarebbe stato poiché nel pieno rispetto dell'art. 27-bis del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e s.m.i., sarebbe stata presentata l'istanza di PAUR proprio allo specifico e dichiarato fine di ottenere la VIA e l'AU sul Progetto Lisa.

Nell'ambito dello studio di impatto ambientale, RWE avrebbe puntualmente posto in evidenza e diffusamente trattato gli impatti cumulativi del Progetto Lisa con quelli degli altri impianti eolici presenti nell'area, tra i quali vi è l'impianto Morcone.

Gli atti impugnati avrebbero confuso la disciplina e la *ratio* della valutazione degli impatti cumulativi e quella del cd. "artato frazionamento" di iniziative imprenditoriali unitarie: per gli impianti eolici la disciplina degli impatti cumulativi è quella dell'Allegato 4 al d.m. 10 settembre 2010 recante le *"Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili"*.

L'Allegato 4 riporta i *"criteri per il corretto inserimento degli impianti"* e prevede che, in sede di progettazione degli impianti eolici, occorra tenere conto degli effetti cumulativi derivanti dalla compresenza di più impianti, esigenza ribadita anche dall'art. 4, comma 3, del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, che ha rimesso alle Regioni l'individuazione dei *"casi in cui la presentazione di più progetti per la realizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili e localizzati nella medesima area o in aree contigue sono da valutare in termini cumulativi nell'ambito della valutazione di impatto ambientale"*.

Peraltro anche la regione, con la d.G.R. 532 del 4 ottobre 2016 ha fornito indirizzi per la valutazione degli impatti cumulativi.

Conformemente con la disciplina sin qui riassunta e con la giurisprudenza eurounitaria (in particolare, Corte di giustizia CE, 28 febbraio 2008, C-2/07, che sarebbe stata citata in modo non pertinente nel preavviso di diniego del PAUR), la ditta ricorrente nello studio di impatto ambientale avrebbe specificamente trattato gli impatti cumulativi tra il Progetto Lisa e – tra gli altri – l'Impianto Morcone, presentando un'istanza di PAUR che non realizza, pertanto, l' "artato

frazionamento” di progetti unitari, come invece è stato sostenuto dall’amministrazione nei provvedimenti impugnati.

9.1. Nel merito, il motivo dell’originario ricorso appare infondato per le seguenti motivazioni.

9.2. In primo luogo, la documentazione depositata agli atti e, in particolare, il parere del Ministero della transizione ecologica del 31 agosto 2021 prot. n. 0092507 bene ribadiscono i presupposti sulla base dei quali la Regione ha ritenuto che vi sia stato un “*artato frazionamento*”:

i) se infatti, la presentazione delle istanze in momenti differenti e la loro peraltro limitata distanza non valgono ai fini del riconoscimento dei due impianti come distinti, tuttavia, come stabilito dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado e d’appello, l’amministrazione competente può legittimamente trarre la conclusione di trovarsi al cospetto di un unico progetto, con la conseguenza di assoggettare il medesimo a verifica di compatibilità ambientale, in caso di superamento delle soglie di potenza previste dalla normativa di settore, come avviene nel caso in esame;

ii) il collegamento funzionale tra le istanze può ben desumersi da alcuni elementi indiziari o sintomatici della unicità della operazione imprenditoriale, quali la unicità dell’interlocutore che ha curato i rapporti con l’Amministrazione, la medesimezza della società alla quale vanno imputati gli effetti giuridici della domanda di autorizzazione (presenti nel caso in esame) e, per finire, la unicità del punto di connessione.

9.3. Inoltre, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha elaborato una serie di principi (cui si è richiamata anche la regione), relativi al “divieto di frazionamento” che ben si attagliano alla fattispecie (cfr. sez. IV, n. 499 del 2018; n. 36 del 2014).

In particolare, sono state definite le coordinate entro le quali è necessario sottoporre gli impianti eolici a valutazione di impatto ambientale con la precisazione che la necessità di tale valutazione non può ritenersi esclusa dalla conformità del progetto alla disciplina di cui al punto 2 – b dell’allegato IV del d.lgs. n. 165 del 2006 che impone la sottoposizione alla verifica di assoggettabilità di competenza delle regioni degli impianti per la produzione di energia con potenza complessiva superiore a 1 MW.

Soprattutto nel caso di realizzazione di diversi impianti sostanzialmente avvinti dal vincolo della complessità è necessario, infatti, avere riguardo non solo alle dimensioni del progettato ampliamento di opera già esistente, bensì alle dimensioni dell’opera finale, risultante dalla somma di quella esistente con quella nuova, perché è l’opera finale nel suo complesso che, incidendo sull’ambiente, deve essere sottoposta a valutazione.

9.4. Esattamente nella direzione testé indicata si muove il provvedimento impugnato che ha ravvisato i tre elementi sintomatici della unitarietà del progetto nel fatto che gli impianti sono localizzati in aree vicine, sono riconducibili al medesimo “centro di interessi”, condividono lo stesso punto di connessione, dimodochè tali caratteristiche hanno fatto ritenere che il progettato impianto “Lisa” di cui all’istanza del 22 ottobre 2020 non sia un impianto funzionalmente autonomo dall’esistente impianto “Morcone”, ma ne costituisca invece la modifica (l’ampliamento) al fine di realizzare un impianto finale da 86,2 MW.

Alla luce di tali presupposti, risulta legittima la conclusione alla quale è pervenuta l’amministrazione per cui la proposta progettuale del 22 ottobre 2020 si configura come un frazionamento che elude la necessità della valutazione unitaria dell’opera finale e che ha come

ulteriore effetto quello di vanificare le disposizioni della parte seconda del d.lgs. n. 152 del 2006 che disciplinano l'individuazione dell'autorità competente in materia di VIA.

10. Conclusivamente, per le ragioni indicate l'appello va accolto.

11. Le spese del doppio grado di giudizio vanno, come di regola, poste a carico della parte soccombente e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello r.g.n. 9300/2021 lo accoglie appello e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna la parte soccombente al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio nella misura di euro 4.000,00 (quattromila), oltre accessori se dovuti in favore di ciascuna delle due parti vittoriose (Regione Campania e Ministero della transizione ecologica).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Emanuela Loria

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO