

### **TAR di Palermo, sentenza n. 272/2010, realizzazione di un parco eolico**

*Alla stregua dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, il Comune è incompetente in ordine alla selezione informale espletata per l'affidamento in concessione della realizzazione ed esercizio di un parco eolico, stante la titolarità delle relative funzioni abilitative in capo alla Regione e la tassatività delle previsioni legislative disciplinanti il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica regionale.*

*Al Comune è preclusa ogni possibilità di aggravare il procedimento di autorizzazione unica regionale ex art. 12 d.lgs. n. 387/2003, indicando una gara per la selezione della migliore proposta di realizzazione di un parco eolico, per la ragione che "così operando, si trasforma una attività libera, soggetta ad autorizzazione (intesa come rimozione di un limite all'esercizio di un diritto preesistente), in un'attività riservata ai poteri pubblici, soggetta a concessione (intesa come atto costitutivo di un diritto che non preesiste)". (cfr. Cons. Stato, ez. III, n. 2849/2008).*

(Nella fattispecie, il Collegio ha ritenuto illegittime le delibere impugnate, nonché dello schema di convenzione con esse approvato, sottolineando che l'accertamento di tale illegittimità è pienamente satisfattivo degli interessi della ricorrente, atteso che una nuova eventuale localizzazione dell'impianto proposto dalla controinteressata nel medesimo sito dovrà essere rivalutata nell'ambito del procedimento unico regionale iniziato ad istanza di parte per la realizzazione del parco eolico)

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA SICILIA,  
(Sezione Seconda)

N. 00273/2010 REG.SEN.

N. 00870/2009 REG.RIC.

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 870 del 2009, proposto da:

Gamesa Energia Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Mangialardi, con domicilio eletto presso lo studio  
dell'avv. Gaetano Armao, in Palermo, via Noto 12;

contro

Comune di Gangi in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.  
Gandolfo Mocchiato, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Catania 8/A;

nei confronti di

Natuna S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso  
dagli avv. Giuseppe Incandela, Emanuele Poretti, con domicilio eletto presso lo studio  
dell'avv. Gaetano Leto in Palermo, via delle Alpi n° 119D;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

-delle deliberazioni della G.M. n. 22 dell'11 febbraio 2009 e n. 23 del 20 febbraio 2009;

-della deliberazione del C.C. n. 3 del 20 febbraio 2009;

-della nota sindacale n. 5478 del 10 aprile 2009.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Gangi in persona del Sindaco;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Natuna S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 dicembre 2009 il Referendario dott.ssa Francesca Aprile e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

La Gamesa Energia Italia s.p.a. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, con i quali il Comune di Gangi ha espletato una selezione informale per l'individuazione della proposta progettuale ritenuta più vantaggiosa e conveniente tra quelle presentate dalle società interessate, provvedendo a scegliere la proposta della Natuna s.p.a. ed approvare lo schema di convenzione con quest'ultima per la realizzazione e gestione di un parco eolico in c.da Serra del Vento.

La ricorrente ha lamentato vizi di incompetenza, violazione degli artt. 3 e 41 Cost., violazione del d.lgs. n° 79/1999, della legge n° 239/2004 e del d.lgs. n° 387/2003, del d.lgs. n° 163/2006, nonché eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e discriminazione.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione intimata e la Natuna s.p.a., per eccepire l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso e domandarne il rigetto, con vittoria di spese.

Preliminarmente devono essere vagliate le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità per carenza di interesse sollevate dalle difese dell'amministrazione resistente e della controinteressata.

Le eccezioni sono infondate.

La Natuna s.p.a. argomenta la ritenuta tardività del ricorso sulla natura presupposta della delibera n° 22 del 11 febbraio 2009 della Giunta municipale di Gangi, che, essendo stata impugnata solo il 4 maggio 2009, darebbe luogo all'inammissibilità dell'intero gravame.

La tesi non può essere accolta.

In vero, sebbene con la menzionata delibera n° 22/2009 il Comune intimato abbia dato avvio alla procedura comparativa per l'individuazione del progetto più vantaggioso e conveniente, non v'è dubbio che la lesione nella sfera giuridica della ricorrente si sia

consolidata con le successive delibere comunali impugnate, rispetto alle quali, anche tenuto conto del termine di pubblicazione previsto dall'art. 124 del d.lgs. n° 267/2000, il ricorso è tempestivo.

E' altresì infondata l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse.

Risulta dagli atti del giudizio che la ricorrente ha presentato, in data 10 marzo 2005, un progetto di realizzazione di parco eolico per la medesima area, denominata Serra del Vento, in ordine alla quale il Comune ha affidato alla controinteressata, con le delibere impugnate, la concessione per l'attivazione di analogo parco eolico.

Il progetto della ricorrente è stato presentato anche alla Regione ai fini rispettivamente della Valutazione di Impatto Ambientale e del conseguimento dell'autorizzazione unica, procedimento, quest'ultimo, ancora in corso.

La ricorrente, pertanto, sulla scorta delle istanze presentate per il rilascio dei titoli abilitativi necessari per il progetto di parco eolico in contrada di Serra del Vento, ed essendo peraltro già titolare di autorizzazione per l'installazione di una torre anemometrica per la rilevazione della velocità del vento nella medesima località, è titolare di un interesse legittimo di natura pretensiva pregiudicato dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati. Tanto radica l'interesse attuale, concreto e immediato all'impugnativa in esame. Nè può valere ad elidere la posizione legittimante in capo all'odierna ricorrente la condizione sospensiva apposta alla convenzione stipulata il 13 marzo 2009 tra il Comune intimato e la Natuna s.p.a., stante che l'attribuzione alla controinteressata di diritti, sia pur sospensivamente condizionati, ed in definitiva del bene della vita cui la ricorrente aspira, in disparte ogni considerazione di merito sulla sussistenza o meno del relativo potere in capo all'amministrazione che ne ha disposto, è suscettibile di ledere l'interesse pretensivo della ricorrente medesima, depauperandone corrispondentemente la sfera giuridica. Non pare, inoltre, a questo Collegio che la determinazione a contrarre e la conseguenziale stipula di una convenzione di natura concessoria tra un Comune e una società privata per l'attivazione di un parco eolico, pur se subordinata al rilascio dell'autorizzazione unica regionale, possa risoversi, come nelle prospettazioni difensive della controinteressata, in una mera manifestazione di "gradimento" per il progetto di quest'ultima, atteso che, al di là della radicale inesistenza di norma legittimante un simile "gradimento" e delle negative ripercussioni sul piano della corretta formazione della volontà dell'ente nella sede istituzionale propria, ovvero la conferenza di servizi di cui al d.lgs. n° 387/2003, in base al principio di tipicità degli atti amministrativi, a ciascuna categoria provvedimento vanno riconnessi gli effetti giuridici di essa propri.

Nel merito, il ricorso è fondato.

Appare utile la ricostruzione del quadro normativo alla stregua del quale va scrutinata la legittimità degli atti impugnati.

Giova prendere le mosse dalle incisive pronunce della Corte Costituzionale che hanno definito il riparto di attribuzioni tra Stato e Regioni nella materia a legislazione concorrente della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione.

Con sentenza del 30 dicembre 2009 n° 339, confermativa di un consolidato orientamento giurisprudenziale e al contempo applicabile al caso in esame in considerazione della nota efficacia retroattiva erga omnes delle pronunce di incostituzionalità, la Corte Costituzionale ha statuito, tra gli altri, i seguenti principi:

"l'espressione utilizzata nel terzo comma dell'art. 117 Cost. deve ritenersi corrispondere alla nozione di «settore energetico» di cui alla legge n. 239 del 2004, così come alla corrispondente nozione di «politica energetica nazionale» utilizzata dal legislatore statale nell'art. 29 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112(sentenza n. 383 del 2005)".

"al fine di preservare «gli assetti nazionali del settore energetico e gli equilibri su cui esso si regge nel suo concreto funzionamento» (sentenza n. 248 del 2006), non può negarsi che il Governo della Repubblica possa assumere, nel rispetto della sfera di competenza legislativa ed amministrativa delle Regioni, un ruolo di impulso ai fini dello sviluppo energetico nazionale, in quanto parte della politica generale che ad esso compete tracciare".

- "pur dovendosi rispettare la competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, non se ne può infatti dedurre la impossibilità per il legislatore statale di determinare una speciale disciplina mediante la quale il Governo della Repubblica può giungere ad elaborare una propria piattaforma d'azione in un settore in profondo mutamento dopo - tra l'altro - la determinazione di riaprire la sperimentazione sul versante della produzione energetica nucleare, l'accresciuta diversificazione delle fonti di energia, lo sviluppo delle fonti rinnovabili, ed in considerazione dell'importanza del dibattito sulla sostenibilità ambientale nella produzione e nell'uso dell'energia";

“con riguardo alla rete di infrastrutture di comunicazione elettronica, ma con argomenti certamente estensibili alla rete energetica e della telecomunicazione, si è infatti già posta in luce «l’incidenza che un’efficiente rete» «può avere sullo sviluppo economico del Paese e sulla concorrenzialità delle imprese» (sentenza n. 336 del 2005). In tale prospettiva, viene in rilievo non già una finalità di «aiuto» di Stato alle imprese, in sé incompatibile con la tutela della concorrenza (sentenza n. 63 del 2008), quanto, invece, la realizzazione di «programmi» con cui soddisfare i requisiti fattuali, in punto di accesso alla fonte energetica e ai mezzi di telecomunicazione, necessari ai fini della libera competizione sul mercato”. (Corte Cost. n. 339/2009; conformi Corte Cost. n. 383 e n. 336 del 2005; Corte Cost. n. 364/2006; Corte Cost. n. 1/2008; Corte Cost. n. 166/2009; Corte Cost. n. 282/2009). Con decreto legislativo 29.12.2003, n. 387, il legislatore statale ha dato attuazione, alla Direttiva 27.9.2001, n. 2001/77/CE, nonché, a monte della detta Direttiva Comunitaria, ad accordi conclusi a livello internazionale, tesi alla produzione di energia pulita (quale, per esempio, il Protocollo di Kyoto della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici).

La Regione Sicilia, ad oggi, non ha esercitato la potestà legislativa di dettaglio per il recepimento dei principi stabiliti dal d. lgs. n° 387 del 2003, nè per il recepimento della direttiva n. 2001/77/CE.

Giova ricordare che, a mente dell’art. 117, quinto comma, Cost., “Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all’attuazione e all’esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell’Unione europea nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza”.

Le norme di procedura per l’esecuzione di obblighi comunitari, richieste dall’art. 117 quinto comma Cost., sono state fissate con legge statale n° 11/2005, che, all’art. 16, dispone:

“1. Le regioni e le province autonome, nelle materie di propria competenza, possono dare immediata attuazione alle direttive comunitarie. Nelle materie di competenza concorrente la legge comunitaria indica i principi fondamentali non derogabili dalla legge regionale o provinciale sopravvenuta e prevalenti sulle contrarie disposizioni eventualmente già emanate dalle regioni e dalle province autonome.

2. I provvedimenti adottati dalle regioni e dalle province autonome per dare attuazione alle direttive comunitarie, nelle materie di propria competenza legislativa, devono recare nel titolo il numero identificativo della direttiva attuata e devono essere immediatamente

trasmessi in copia conforme alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie.

3. Ai fini di cui all'articolo 117, quinto comma, della Costituzione, le disposizioni legislative adottate dallo Stato per l'adempimento degli obblighi comunitari, nelle materie di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome, si applicano, per le regioni e le province autonome, alle condizioni e secondo la procedura di cui all'articolo 11, comma 8, secondo periodo.

4. Nelle materie di cui all'articolo 117, secondo comma, della Costituzione, cui hanno riguardo le direttive, il Governo indica i criteri e formula le direttive ai quali si devono attenere le regioni e le province autonome ai fini del soddisfacimento di esigenze di carattere unitario, del perseguimento degli obiettivi della programmazione economica e del rispetto degli impegni derivanti dagli obblighi internazionali. Detta funzione, fuori dai casi in cui sia esercitata con legge o con atto avente forza di legge o, sulla base della legge comunitaria, con i regolamenti previsti dall'articolo 11, è esercitata mediante deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro per le politiche comunitarie, d'intesa con i Ministri competenti secondo le modalità di cui all'articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59”.

L'art. 11, comma ottavo, della medesima legge n° 11/2005 stabilisce che gli atti normativi di rango primario e secondario adottati dallo Stato per il recepimento delle direttive comunitarie sono efficaci anche nelle materie di competenza legislativa delle Regioni e delle Province autonome al fine di porre rimedio all'eventuale inerzia dei suddetti enti nel darvi attuazione. La norma da ultimo menzionata precisa che “in tale caso, gli atti normativi statali adottati si applicano, per le Regioni e le Province autonome nelle quali non sia ancora in vigore la propria normativa di attuazione, a decorrere dalla scadenza del termine stabilito per l'attuazione della rispettiva normativa comunitaria, perdono comunque efficacia dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione di ciascuna Regione e Provincia autonoma e recano l'esplicita indicazione della natura sostitutiva del potere esercitato e del carattere cedevole delle disposizioni in essi contenute”.

La giurisprudenza ha evidenziato il fondamento costituzionale del potere suppletivo del legislatore statale a fronte dell'inerzia di Regioni, anche a Statuto speciale, nel recepimento di norme comunitarie (Corte Cost. n° 126 del 24 aprile 1996; Corte Cost. n° 425 del 10 novembre 1999; Cons. Stato, Adunanza Generale n° 2 del 25 febbraio 2002). Tale fondamento, esplicitato, per effetto della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n° 3, dal primo comma dell'art. 117 Cost., è causalmente riconducibile alla responsabilità



sovranazionale e internazionale, che fa capo integralmente e unitariamente allo Stato-persona per le carenze nel rispetto dei relativi impegni.

In particolare, l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n° 2 del 25 febbraio 2002 ha ritenuto che: “- all'attuazione delle direttive comunitarie nelle materie attribuite alle Regioni o alle Province autonome in via esclusiva o concorrente, siano competenti le Regioni e le Province autonome;

- ove le Regioni non abbiano provveduto, sussista il potere dovere dello Stato, al fine di rispettare i vincoli comunitari, di attuare, attraverso proprie fonti normative, tali direttive;

- le norme poste dallo Stato in via sostitutiva siano applicabili solo nell'ambito dei territori delle Regioni e Province autonome che non abbiano provveduto e siano cedevoli, divengano cioè inapplicabili, qualora le Regioni o le Province esercitino il potere loro proprio di attuazione della direttiva, nel territorio di tali Regioni o Province; (...).

Tale previsione del potere sostitutivo (id est, il quinto comma dell'art. 117 Cost.) rende espressa una norma riconducibile agli articoli 11 e 117, primo comma, della Costituzione e, cioè, al generale potere dovere dello Stato di rispettare i vincoli comunitari per i quali è responsabile unitariamente”.

Nel caso di specie, in ossequio ai principi costituzionali enucleati dalla giurisprudenza appena richiamata, deve ritenersi che, pur in difetto di un'espressa qualificazione del carattere cedevole delle norme del d.lgs. n° 387/2003 e della legge n° 239/2004 negli ordinamenti regionali anche a Statuto speciale privi di normativa di esecuzione degli obblighi comunitari, la fonte legislativa statale assuma natura suppletiva ai sensi della legge n° 11/2005 e, come tale, si applichi anche per la disciplina di dettaglio, nelle more dell'esercizio della potestà legislativa regionale concorrente.

A ciò consegue che il parametro di legittimità degli atti impugnati con l'odierno ricorso va rinvenuto nella legislazione statale dettata con il d. lgs. n° 387/2003 e con la legge n° 239/2004.

L'art. 12 del d.lgs. n° 387/2003, ai commi terzo e quarto, prescrive: “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, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla Regione o dalle Province delegate dalla Regione, 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. A tal fine la Conferenza dei servizi è convocata dalla Regione entro trenta giorni dal ricevimento della domanda di autorizzazione. (...)

4. L'autorizzazione di cui al comma 3 è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni. Il rilascio dell'autorizzazione costituisce titolo a costruire ed esercitare l'impianto in conformità al progetto approvato e deve contenere l'obbligo alla rimessa in pristino dello stato dei luoghi a carico del soggetto esercente a seguito della dismissione dell'impianto o, per gli impianti idroelettrici, l'obbligo all'esecuzione di misure di reinserimento e recupero ambientale. Il termine massimo per la conclusione del procedimento di cui al presente comma non può comunque essere superiore a centottanta giorni”.

Alla stregua della norma ora citata, è evidente la fondatezza del primo motivo di ricorso, volto a far valere il difetto di competenza del Comune resistente in ordine alla selezione informale espletata per l'affidamento in concessione della realizzazione ed esercizio di un parco eolico in c.da Serra del Vento, stante la titolarità delle relative funzioni abilitative in capo alla Regione e la tassatività delle previsioni legislative disciplinanti il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica regionale.

E' altresì fondata la censura prospettata per violazione degli artt. 3 e 41 Cost., per violazione del d.lgs. n° 79/1999, della legge n° 239/2004 e del d.lgs. n° 387/2003, nonché per eccesso di potere, stante che, in base alle suddette fonti normative, la produzione di energia anche da fonti rinnovabili avviene in regime di libero mercato concorrenziale, incompatibile sia con riserve e monopoli pubblici, sia con private industriali (Tar Puglia - Bari, sez. I, 8 marzo 2008 n. 530).

Al riguardo, ritiene questo Collegio di non doversi discostare dal parere del Consiglio di Stato, Sezione III, n° 2849 del 14 ottobre 2008, che ha affermato il principio per cui al Comune è preclusa ogni possibilità di aggravare il procedimento di autorizzazione unica regionale, indicando una gara per la selezione della migliore proposta di realizzazione di un parco eolico, per la ragione che “così operando, si trasforma una attività libera, soggetta ad autorizzazione (intesa come rimozione di un limite all'esercizio di un diritto preesistente), in un'attività riservata ai poteri pubblici, soggetta a concessione (intesa come atto costitutivo di un diritto che non preesiste)”.

Di qui l'illegittimità delle delibere impugnate e dello schema di convenzione (di natura

concessoria, rientrando nella categoria della concessione-contratto) con esse approvato. L'accertamento di tale illegittimità, in accoglimento delle censure sopra esaminate, è pienamente soddisfacente degli interessi della ricorrente, atteso che una nuova eventuale localizzazione dell'impianto proposto dalla controinteressata nel medesimo sito dovrà essere rivalutata nell'ambito del procedimento unico regionale iniziato ad istanza di parte per la realizzazione del parco eolico. Non residuano, a parere del Collegio, danni risarcibili.

La domanda di risarcimento danni, comunque, è generica e sfornita di ogni principio di prova.

Per le ragioni suesposte, dichiarate assorbite le residue censure, il ricorso va accolto nei sensi sopra precisati, con compensazione delle spese di lite tra le parti, in ragione della parziale novità delle questioni.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Palermo, Sezione seconda, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i seguenti atti:

delibera della Giunta municipale del Comune di Gangi n° 22 del 11 febbraio 2009;  
delibera della Giunta municipale del Comune di Gangi n° 23 del 20 febbraio 2009;  
delibera del Consiglio comunale del Comune di Gangi n° 3 del 20 febbraio 2009 e allegati.  
Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 22 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Cosimo Di Paola, Consigliere

Francesca Aprile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO