T.A.R. Puglia, Bari, 24 settembre 2009, n. 2102

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 338 del 2008, proposto da proposto dalla S.F.E. s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Claudia Ioannucci, con domicilio eletto presso l'avv. Ettore Gaetano in Bari, piazza Umberto, 40;

contro

Ministero dello Sviluppo Economico, non costituito; Regione Puglia, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Liberti e Luca Alberto Clarizio, con domicilio eletto presso il secondo in Bari, via De Nicolò, 7;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del Decreto n. 55/01/2007 del 7.12.2007 del Ministero dello Sviluppo Economico - Direzione Generale per l'energia e le risorse minerarie, con il quale si è concluso negativamente il procedimento avviato su istanza della S.F.E. s.r.l. volto ad ottenere l'autorizzazione alla realizzazione ed esercizio di una centrale termoelettrica a ciclo combinato da ubicare nel Comune di Foggia, nonché delle relative opere connesse;
- della nota della Regione Puglia del 15.12.2006 con cui è stato preliminarmente espresso il diniego alla intesa;
- di ogni altro atto connesso, collegato, presupposto, precedente e consequenziale ed in particolare, ove occorra e per quanto di interesse, dei seguenti atti: 1) il Piano Energetico Ambientale Regionale (P.E.A.R.) adottato con delibera della Giunta Regionale n. 827 in data 8.6.2007, contenente indirizzi ed obiettivi strategici in campo energetico nel territorio della Regione Puglia; 2) il verbale della Conferenza dei servizi del 18.12.2006, nel quale sono confluite le posizioni delle Amministrazioni intervenute, ed in particolare l'intesa negativa della Regione Puglia; 3) la determinazione conclusiva del procedimento, adottata dall'Ufficio istruttore del Ministero dello Sviluppo Economico in data 14.11.2007 con la quale si adotta determinazione sfavorevole, non conosciuta;
- e per la condanna della Regione Puglia e del Ministero dello Sviluppo Economico al risarcimento dei danni ingiusti patiti dalla società ricorrente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Puglia;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 giugno 2009 il dott. Savio Picone e uditi l'avv. Morgese (su delega dell'avv. Ioannucci) per la società ricorrente e gli avv.ti Liberti e Clarizio per la Regione Puglia;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La S.F.E. s.r.l. impugna gli atti in epigrafe, con i quali è stata respinta l'istanza di autorizzazione, presentata al Ministero dello Sviluppo Economico in data 31.5.2002, per la realizzazione ed esercizio di una centrale termoelettrica a ciclo combinato, da ubicare nel Comune di Foggia.

Deduce, avverso il decreto ministeriale di diniego, eccesso di potere per carenza di motivazione e di istruttoria, genericità, violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990.
Lamenta altresì, quanto alla presupposta manifestazione di dissenso della Regione Puglia, i vizi di incompetenza, difetto di motivazione ed eccesso di potere per erroneità dei presupposti, illogicità, carenza di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà, sviamento.
In subordine, chiede l'annullamento del P.E.A.R. (Piano Energetico Ambientale Regionale) della Regione Puglia per violazione dell'art. 117 della Costituzione e contrarietà alla normativa di settore, nonché per eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà ed illogicità manifesta.
Si è costituita la Regione Puglia, che ha eccepito la tardività del ricorso e ne ha chiesto in ogni caso il rigetto, in quanto infondato.
Con ordinanza istruttoria n. 23 del 30.1.2009, la Sezione ha disposto il deposito integrale del P.E.A.R. regionale.
Le parti hanno ulteriormente svolto le proprie difese in vista della pubblica udienza del 17.6.2009, alla quale la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La S.F.E. s.r.l. espone di aver presentato al Ministero dello Sviluppo Economico, in data 31.5.2002, istanza di autorizzazione per la costruzione ed esercizio di una centrale termoelettrica a ciclo combinato (ed opere connesse), da ubicare in località Incoronata, nell'area industriale del Comune di Foggia.
In data 18.11.2004, il Ministero per i Beni e le Attività Culturali ha espresso parere favorevole, con prescrizioni. In data 29.3.2005 si è conclusa positivamente la procedura di valutazione di impatto ambientale presso il Ministero dell'Ambiente, il quale ha successivamente adottato il decreto di autorizzazione ambientale integrata, con atto del 16.5.2006.
Si è quindi svolta la conferenza di servizi indetta dal Ministero dello Sviluppo Economico, ai sensi dell'art. 1 del decreto legge 7 febbraio 2002, n. 7 (convertito con legge 9 aprile 2002, n. 55).
In quella sede il Comune e la Provincia di Foggia hanno espresso giudizio favorevole alla realizzazione della centrale.
Il rappresentante della Regione Puglia, nella seduta del 18.12.2006, ha manifestato parere contrario al rilascio dell'autorizzazione, dichiarando che "… le politiche energetiche della Regione, definite nel P.E.A.R. in corso di definizione, non prevedono l'insediamento di ulteriori centrali a ciclo combinato se non in presenza di una riduzione della produzione energetica proveniente dal carbone, che al momento non è stata ancora attuata. Pertanto esprime un esplicito diniego all'atto di intesa. Consegna inoltre agli atti della conferenza la nota prot. n. 1765/sp … per costituirne parte integrante e sostanziale". Nella nota, a firma dell'Assessore regionale alle politiche energetiche, si legge un analogo giudizio contrario alla costruzione della centrale, con la motivazione aggiuntiva che "… Questo è a maggior ragione vero in un territorio dove il consenso espresso dal precedente Governo regionale in merito a due insediamenti come quelli insistenti nei Comuni di San Severo per la Capitanata e di Modugno per il barese hanno determinato il contrasto del sistema delle autonomie locali e della nuova Giunta regionale, pur in presenza di autorizzazioni già concesse".

Neppure a seguito della nota interlocutoria, trasmessa al Ministero in data 13.9.2007 dall'Assessore all'ecologia, il parere della Regione Puglia è mutato. La stessa Regione, con nota del 22.11.2007, ha lapidariamente confermato il proprio parere contrario.
Il procedimento si è perciò definitivamente concluso con l'impugnato decreto ministeriale di diniego n. 55/01/2007 del 7.12.2007, motivato sulla base del difetto di intesa con la Regione Puglia, ai sensi dell'art. 1, secondo comma, del decreto legge n. 7 del 2002.
2. Tanto premesso in fatto, devono preliminarmente respingersi le eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità sollevate dalla difesa regionale.
2.1. In primo luogo, la Regione eccepisce che la ricorrente avrebbe ricevuto il decreto ministeriale a mezzo fax in data 11.12.2007, ciò che determinerebbe la tardività del ricorso, che è stato notificato il 15.2.2008.
Osserva il Collegio che se, in linea di principio, anche la conoscenza del provvedimento acquisita per mezzo del fax è idonea a far decorrere il termine decadenziale per impugnare (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2007 n. 2951), incombe tuttavia sulla parte resistente l'onere di provare la circostanza dell'avvenuto invio dell'atto, mediante il "rapporto di trasmissione" ovvero altro mezzo equivalente. Ma la difesa regionale, nella fattispecie, si limita ad affermare che il decreto sarebbe stato trasmesso via fax dagli uffici ministeriali in data 11.12.2007 (sulla base del codice – protocollo apposto nell'epigrafe della lettera di spedizione), senza allegare prova dell'effettivo invio mediante fax al recapito della società.
D'altra parte, la ricorrente ha contestato tale affermazione, dichiarando di aver preso conoscenza del provvedimento solo in data 18.12.2007. In difetto del necessario supporto probatorio, e vista la mancata costituzione in giudizio del Ministero dello Sviluppo Economico, l'eccezione perciò deve essere respinta.
2.2. La Regione Puglia eccepisce poi la tardività del gravame, in relazione al parere negativo espresso dal rappresentante della Regione Puglia nella seduta della conferenza di servizi del 18.12.2006, che la ricorrente avrebbe dovuto immediatamente impugnare, avendone avuto diretta conoscenza per la presenza di un proprio delegato, come da verbale.
In contrario, va innanzitutto rilevato che il diniego di intesa è divenuto definitivo solo a seguito della menzionata corrispondenza intercorsa, tra la Regione ed il Ministero, negli ultimi mesi del 2007.
Ed in ogni caso, la conferenza di servizi disciplinata dall'art. 1 del decreto legge n. 7 del 2002 ha natura non decisoria, essendo finalizzata a consentire la partecipazione al procedimento delle Amministrazioni le cui conclusioni assumono valenza istruttoria, di cui deve tenere conto l'organo competente ad assumere la determinazione finale. Secondo la giurisprudenza, infatti, il legislatore ha previsto non una decisione pluristrutturata, tipica delle conferenze decisorie in cui il provvedimento finale concordato sostituisce i necessari assensi degli enti partecipanti, ma una decisione monostrutturata, in cui il Ministero competente deve acquisire l'avviso di altre Amministrazioni, oltre all'intesa con la Regione (Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2004 n. 3502).
Ne consegue che solo in relazione al provvedimento conclusivo adottato dal Ministero è sorto, per la ricorrente, l'onere di tempestiva

impugnazione; quanto al diniego d'intesa espresso dalla Regione, esso è stato utilmente impugnato insieme al primo, dal quale è scaturita la conclusione sfavorevole del procedimento.
3. Nel merito, vanno preliminarmente esaminati i primi tre motivi, mediante i quali la ricorrente deduce, con riferimento al provvedimento conclusivo assunto del Ministero dello Sviluppo Economico, i vizi di eccesso di potere per carenza di motivazione e di istruttoria, genericità e violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990.
I motivi sono infondati.
Come è noto, l'art. 1, secondo comma, del decreto legge 7 febbraio 2002, n. 7 prevede che l'autorizzazione alla realizzazione delle centrali è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano le Amministrazioni statali e locali interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge n. 241 del 1990, d'intesa con la Regione interessata.
La Corte costituzionale, con la sentenza 13 gennaio 2004 n. 6, ha affermato che l'art. 1 del citato decreto legge ha introdotto, in materia di realizzazione di nuove infrastrutture energetiche, una tipologia di intesa "forte" tra Stato e Regione, nel senso che il suo mancato raggiungimento costituisce ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento, a causa del particolare impatto che tali strutture hanno sulle funzioni regionali relative al governo del territorio, alla tutela della salute, alla valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, al turismo.
Nella vicenda dedotta in giudizio, il Ministero dello Sviluppo Economico non poteva diversamente provvedere, al cospetto del diniego d'intesa manifestato dalla Regione Puglia, sia in sede di conferenza sia mediante determinazioni formali. Del dissenso regionale viene puntualmente dato conto nella premessa del decreto impugnato. Non è ravvisabile, pertanto, il difetto di istruttoria e di motivazione invocato dalla ricorrente.
Ugualmente insussistente è l'asserita violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, poiché (come ammesso dalla stessa ricorrente) il preavviso di diniego è stato ritualmente effettuato in data 28.12.2006 e, d'altronde, la decisione finale tiene conto del diniego regionale avente efficacia vincolante.
4. Sono viceversa fondate le censure avanzate dalla ricorrente nei confronti dell'atto di dissenso proveniente dalla Regione Puglia (formalizzato nella nota del 15.12.2006), richiamato per relationem nella motivazione del provvedimento ministeriale conclusivo.
Stando alle argomentazioni espresse dal rappresentante della Regione, riportate nel verbale della conferenza di servizi del 18.12.2006 e sostanzialmente coincidenti con quelle espresse dall'Assessore all'ecologia con lettera del 15.12.2006, il rifiuto di intesa è stato giustificato con la generica contrarietà del progetto rispetto alle "politiche energetiche della Regione", definite nel P.E.A.R. (all'epoca in corso di approvazione), le quali non consentirebbero l'insediamento di ulteriori centrali, se non in presenza di una riduzione della produzione energetica proveniente dal carbone.
Il diniego così formulato deve giudicarsi carente di motivazione.
Si legge al terzo capitolo del P.E.A.R. – paragrafo 3.1. "La generazione di energia elettrica da fonti fossili" (pagg. 47-ss.) che, in considerazione dei dati riguardanti la produzione di energia

elettrica ed i consumi nella Regione Puglia, la politica energetica regionale deve porsi i seguenti obiettivi:
- mantenimento e rafforzamento di una capacità produttiva idonea a soddisfare il fabbisogno della Regione e di altre aree del Paese, nello spirito di solidarietà;
- riduzione dell'impatto sull'ambiente, sia a livello globale che a livello locale; in particolare, nel medio periodo, stabilizzazione delle emissioni di CO2 del settore rispetto ai valori del 2004, subordinando l'impiego delle diverse fonti primarie all'utilizzo delle migliori tecnologie (soprattutto per quanto riguarda il carbone);
- diversificazione delle risorse primarie utilizzate, nello spirito di sicurezza degli approvvigionamenti e nella compatibilità di cui all'obiettivo precedente;
- sviluppo di un apparato produttivo ad alta efficienza energetica.
Il paragrafo prosegue con l'analisi della possibile evoluzione delle fonti di produzione in ambito regionale, concludendo che "… il Piano considera il ricorso alla installazione di altre centrali termoelettriche di grossa taglia come possibilità praticabile solo nel caso in cui ciò non sia accompagnato da un ulteriore incremento delle emissioni di CO2".
Dunque il P.E.A.R. approvato dalla Regione Puglia non esclude in termini assoluti la costruzione di nuove centrali termoelettriche nel territorio regionale, ma viceversa la subordina a talune condizioni (utilizzo delle migliori tecnologie e non incremento delle emissioni che determinano alterazioni climatiche), nel contesto dei fabbisogni locali e nazionali.
A fronte di ciò, la laconica motivazione espressa dalla Regione nel corso dell'istruttoria sul progetto della Società Foggia Eenergia s.r.l. non può essere ritenuta adeguata, sia tenuto conto delle previsioni tutt'altro che rigide ed univoche contenute nel P.E.A.R., sia alla luce della tipologia di impianto per il quale è stata richiesta l'autorizzazione.
La difesa della ricorrente ha infatti spiegato, con affermazioni non contraddette sul piano tecnico da controparte, che la centrale da realizzarsi nel Comune di Foggia appartiene alla categoria degli "impianti di cogenerazione di energia elettrica e termica a ciclo combinato", non produttiva di emissioni di CO2 in atmosfera, in quanto l'impianto utilizza gas naturale come combustibile, che produce calore di condensazione del vapore in uscita dalla turbina il quale, a sua volta, viene utilizzato mediante un impianto di teleriscaldamento per alimentare serre nella zona agricola limitrofa, secondo un progetto già approvato dal Comune di Foggia.
Tali aspetti tecnici di indubbia complessità, anche alla luce delle riferite previsioni del P.E.A.R., della conclusione favorevole della valutazione di impatto ambientale e dei pareri favorevoli espressi dalla Provincia e dal Comune di Foggia, avrebbero meritato più approfondita e completa ponderazione da parte della Regione in sede istruttoria; quanto meno, la motivazione del diniego all'intesa avrebbe dovuto opportunamente dar conto della ragioni di incompatibilità del progetto con le scelte programmatiche attinenti al governo del territorio, alla tutela della salute, alla valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, al turismo, ossia a quegli interessi pubblici la cui cura è attribuita in via primaria alla Regione, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (cfr. la citata sentenza n. 6 del 2004).

In tal senso, proprio il riconoscimento a favore della Regione di un pregnante potere di interdizione in materia di realizzazione di nuove centrali termoelettriche, attraverso il meccanismo istituzionale dell'intesa "forte", esige che l'esercizio di tale potestà altamente discrezionale avvenga nel rispetto degli obblighi procedimentali oggi sanciti nella legge n. 241 del 1990, e che dunque la Regione svolga una compiuta istruttoria e fornisca una motivazione chiara e controllabile delle proprie decisioni, affinché il diniego all'intesa non si trasformi, nei fatti, in un atto politico insindacabile da parte del giudice amministrativo.
Nella fattispecie, il rappresentante della Regione Puglia non è andato oltre l'esternazione di un'apodittica contrarietà del progetto alle "politiche energetiche" dell'ente, senza alcun cenno di motivazione sulle specifiche caratteristiche tecniche dell'impianto in esame e sui vantaggi, proprio dal punto di vista delle emissioni di CO2, derivanti dal descritto riutilizzo in agricoltura del vapore prodotto.
Il diniego ministeriale è perciò affetto, in via derivata, da carenza di motivazione e da eccesso di potere per difetto di istruttoria e contraddittorietà e deve essere annullato, restando assorbite le ulteriori censure. E' altresì annullata la nota della Regione Puglia del 15.12.2006, con cui è stato preliminarmente espresso il diniego alla intesa.
5. Deve invece essere respinta la domanda di risarcimento del danno, che è del tutto sprovvista di prova in ordine al pregiudizio patrimoniale sofferto.
La ricorrente, invero, specifica le voci di danno delle quali pretende il ristoro (spese della fase progettuale; mancato avviamento della centrale e mancata vendita di energia; mancata vendita dei certificati verdi; mancata vendita del calore alle serre) ma omette qualsivoglia allegazione documentale, sia con riguardo al danno emergente, sia con riguardo ai contratti che afferma di aver già stipulato con tale G.C..
La domanda è inoltre respinta in considerazione della portata satisfattiva della pronuncia di annullamento del provvedimento di diniego, che fa sorgere in capo alle Amministrazioni competenti (Ministero dello Sviluppo Economico e Regione Puglia) l'obbligo di riavviare l'istruttoria sul progetto della S.F.E. s.r.l. e di concluderla in ossequio ai principi sopra esposti, restando tuttavia salva, nel riesercizio del potere, la discrezionalità riconosciuta dalla legge.
6. Le spese processuali possono essere integralmente compensate, tenuto conto della complessità della vicenda.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Prima Sezione, accoglie in parte il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla il decreto del Ministero dello Sviluppo Economico n. 55/01/2007 del 7.12.2007 e la nota della Regione Puglia del 15.12.2006.
Respinge la domanda di risarcimento del danno.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente
Doris Durante, Consigliere

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 24/09/2009
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO