

14
5549/04
REG. SENT.
ANNO 2004
n. 3236 Reg. Ric.
Anno 2001

ORIGINALE

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER LA LOMBARDIA

SEDE DI MILANO

- IV[^] SEZIONE -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso n. 3236/01 proposto dalla società Ecoidea, s.r.l., in persona del legale rappresentante pro- tempore, rappresentata e difesa degli avv.ti Giuseppe Mercanti e Francesco Simone Crimaldi ed elettivamente domiciliata in Milano, via degli Omeoni n. 2, presso lo studio degli stessi

contro

l'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (AEEG), in persona del presidente pro- tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, presso il cui ufficio distrettuale di Milano è per legge domiciliata;

per l'annullamento

della deliberazione n. 144/01 del 26.6.2001 comunicata l'8.8.2001, prot. PB/MO011851, nella parte in cui ha dichiarato, in relazione all'impianto di cogenerazione di energia progettato dalla ricorrente, l'avvenuto adempimento del disposto dell'art. 15, comma 2, del dec. leg.vo 16.3.1999 n. 79, limitatamente alla quota di potenza autorizzata con decreto 7.3.2000 n. 23/2000 del Ministero dell'Industria (MICA); della deliberazione del 5.7.2001 n. 151/01, nella parte in cui dichiara il non avvenuto adempimento di cui al medesimo disposto, per la quota di potenza eccedente quella

autorizzata con il richiamato decreto del MICA.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato per

l'Autorità intimata;

Vista l'ordinanza collegiale n. 65 del 31 marzo 2004 ;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 5 ottobre 2004 , il presidente

Maurizio Nicolosi;

Uditi, altresì, i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in esame, notificato il giorno 11 ottobre 2001 e depositato il 22 ottobre seguente, la nominata società ha impugnato *in parte qua* i provvedimenti in epigrafe indicati e ne ha chiesto l'annullamento.

Con ordinanza collegiale n.65 del 31 marzo 2004 è stata disposta l'integrazione del contraddittorio mediante notifica del ricorso all'Avvocatura dello Stato che nel costituirsi in giudizio per l'AEEG ha prodotto una memoria in sede di udienza pubblica con l'assenso di parte ricorrente.

All'udienza del 5 ottobre 2004 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1) La società ricorrente, che si occupa di produzione di energia elettrica e termica tramite utilizzo di fonti rinnovabili od assimilate, ha progettato la realizzazione di un impianto di cogenerazione di energia elettrica e vapore.

nel comune di Cologna per una potenza di complessivi 6,6 MW elettrici.

Com'è noto, il previsto uso di fonti rinnovabili consente di beneficiare degli incentivi concernenti i provvedimenti di cui all'art. 3, comma 7, della legge 14.11.1995 n. 481 disciplinati con il provvedimento del CIPE 6/92 del 1992.

La ricorrente è subentrata, a tal fine, alla società SEBA nella convenzione stipulata con l'ENEL in data 24.12.1996.

Tra le varie autorizzazioni è stata rilasciata anche quella della tutela della qualità dell'aria (provvedimenti MICA 23/2000 e 122/2000).

La documentazione è stata depositata presso l'AEEG per l'ottenimento della dichiarazione di adempimento ai sensi dell'art. 15, comma 2, del dec. lgs 16.3.1999 n. 79; tuttavia l'Autorità, mentre con delibera 144/01 ha dichiarato l'avvenuto adempimento per la potenza autorizzata con decreto 7/2000, non ha dichiarato tale adempimento in relazione alla potenza autorizzata con il decreto 122/2000.

Impugnando tale ultima determinazione dell'Autorità, la ricorrente deduce nel ricorso:

- l'assoluta carenza di motivazione, per non essere state indicate le ragioni giuridiche di tale affermato inadempimento in presenza di tutte le autorizzazioni;
- l'erroneo convincimento dell'Autorità sull'inadempimento entro il 31.3.2000 del requisito riguardante l'autorizzazione del MICA relativo al provvedimento 122/2000 in quanto rilasciato il 17.11.2000, essendo rilevanti in proposito solo le autorizzazioni in materia urbanistica e dei beni culturali ed ambientali;
- la mancata valutazione che alla data del 31.3.2000 era stato comunque

chiesto il rilascio del provvedimento ministeriale;

- l'erroneo convincimento della necessità dell'autorizzazione rilasciata ai sensi dell'art. 17 del d.p.r. 203/88, riguardando tale autorizzazione solo l'esercizio e non la costruzione dell'impianto di che trattasi.

2) L'Avvocatura dello Stato, costituitasi per l'AEEG, ha replicato nella propria memoria affermando sostanzialmente la vincolatività del provvedimento adottato dall'Autorità in relazione alla tardiva produzione dell'autorizzazione in questione ai fini della richiesta dichiarazione di adempimento.

3) Tanto premesso in ordine al *thema decidendum* dedotto, il Collegio ritiene che il ricorso sia infondato alla luce del recente orientamento assunto dal Consiglio di Stato che questa Sezione ha avuto modo di recente di condividere, riconsiderando il precedente orientamento favorevole assunto su altre controversie aventi ad oggetto provvedimenti adottati dall'Autorità nella materia di che trattasi.

Tale (nuovo) orientamento ha innanzi tutto confermato che l'Autorità è investita dalla legge di un potere di accertamento e verifica della completezza della documentazione acquisita entro il termine indicato dalla legge, al quale è collegato direttamente l'effetto di ammissione o di decadenza in ordine ai benefici connessi all'adempimento prescritto dalla legge medesima.

Tale potestà si inquadra agevolmente nel potere di vigilanza riconosciuto all'Autorità dalla legge 481/95, e si giustifica con la finalità indicata dal comma 2 dell'art. 15 del dec. lgs. 79/99, di "definire un quadro temporale certo delle realizzazioni" degli impianti ammessi alle incentivazioni.

Non si comprenderebbe diversamente come mai la legge 79/99, all'art. 15, comma 2, abbia indicato l'Autorità quale destinataria della documentazione relativa alla costruzione degli impianti non ancora in esercizio. La previsione si giustifica, invece, come detto, nell'ambito del generale potere di vigilanza sullo svolgimento dei servizi di pubblica utilità attribuito all'Autorità dalla legge 481/95 ed in considerazione della necessità di porre rimedio alle conseguenze negative derivanti dalla mancata previsione, nella disciplina previgente al d. lgs. 79/99, di un termine decadenziale per l'esercizio del diritto acquisito con l'immissione nella graduatoria di cui al provvedimento CIP n. 6/92.

Tanto preliminarmente asseverato, va per il resto detto che la fruizione dei benefici economici in questione deriva direttamente dalla legge, la quale definisce in modo vincolante anche per l'Autorità, che non ha alcun margine di discrezionalità in proposito, le condizioni alle quali è subordinata la dichiarazione di adempimento demandata all'Autorità medesima. Si tratta di adempimenti procedurali comportanti l'onere - a pena di decadenza dai benefici previsti - della presentazione all'Autorità, entro la data del 31 marzo 2000, di tutte le autorizzazioni necessarie alla costruzione ed all'esercizio degli impianti di che trattasi.

La ricorrente, quindi, era in grado di comprendere le ragioni del provvedimento impugnato e deve ritenersi, in conformità alla tesi secondo la quale l'obbligo motivazionale può ritenersi assolto quando le ragioni del provvedimento possano essere colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento (C.d.S. Sez. IV, 29/4/2002 n. 2281), che il vizio di difetto di motivazione denunciato sia insussistente.

Relativamente alla tesi che sarebbero rilevanti a fini della dichiarazione di adempimento solo le autorizzazioni in materia urbanistica e dei beni culturali ed ambientali e non l'autorizzazione rilasciata ai sensi dell'art. 17 del d.p.r. 203/88, riguardando tale autorizzazione solo l'esercizio e non la costruzione dell'impianto di che trattasi, il Collegio osserva che la *ratio* del disposto normativo del comma 2 dell'art. 15 del dec. lgs 79 del 1999 è quella di stabilire in via definitiva un limite temporale collegato al verificarsi di tutti i presupposti giuridici ai quali sono subordinati non solo la costruzione, ma anche la messa in esercizio degli impianti di generazione elettrica di che trattasi - al quale imputare la definitiva determinazione di ammissione o no ai benefici delle incentivazioni previste per la produzione di energia da fonti rinnovabili dopo l'immissione nella graduatoria di cui al provvedimento CIP n. 6/92.

La tesi che l'autorizzazione di cui all'art. 17 del d.p.r. 203/1988 all'immissione nell'aria dei fumi di combustione attenga ad esigenze connesse al contenimento dell'inquinamento e quindi al funzionamento dell'impianto dopo la sua realizzazione e non alla costruzione, appare al Collegio riduttiva e frutto di una non corretta interpretazione sistematica delle disposizioni richiamate. Ed infatti, il rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 17 richiamato attiene non solo all'esercizio, ma anche alla costruzione dell'impianto: la verifica del rispetto delle prescrizioni ed i limiti inerenti alle emissioni di fumi nell'atmosfera di cui alla lett. d), dell'art. 1, comma 1, del d.p.r. 53 del 1998, è solo una delle condizioni (tecnico- giuridiche) necessarie all'esercizio dell'impianto alla quale è collegata ed essa segue l'esito positivo della verifica dei processi di

combustione di cui al progetto presentato; donde è irrilevante la circostanza che la messa in esercizio segua la costruzione dell'impianto, in quanto la finalità che il legislatore intende perseguire è quella dell'effettiva esistenza di tutte le autorizzazioni occorrenti a che l'impianto possa essere messo in funzione: evento irrealizzabile se nonostante la piena conformità delle opere agli strumenti urbanistici ed ai vincoli ambientali, paesaggistici, idrogeologici e quant'altro, i macchinari non fossero in grado di produrre energia per l'impossibilità di immettere nell'area i fumi di scarico. Verosimilmente parte ricorrente confonde l'autorizzazione ex art. 17 cit. con la verifica dell'effettiva conformità dei fumi immessi nell'area alla tabella progettuale relativa al rispetto dei parametri stabiliti dalla normativa vigente cui è subordinata l'autorizzazione rilasciata. Ma tale verifica attiene ad una fase di controllo periodico che, con la messa in esercizio, interessa ogni impianto che immetta fumi di combustione nell'aria.

Quanto sopra evidenziato, non è smentito del resto dal disposto dell'art. 26 della legge 10 del 1991, contenente le norme per l'attuazione del piano energetico nazionale, che al riferimento alle disposizioni della legge 19 del 1977 aggiunge la locuzione "nel rispetto delle norme urbanistiche, di tutela artistico-storica e ambientale": quest'ultima è da intendere nella sua accezione più ampia e propria di tutela dell'ambiente, come è dato evincere dall'art. 1 della legge stessa che indica come sua finalità quella "di migliorare i processi di trasformazione dell'energia, di ridurre i consumi di energia e di migliorare le condizioni di compatibilità ambientale dell'utilizzo dell'energia a parità di servizio reso e di qualità della vita".

Le conclusioni del Collegio appaiono del resto confermate dallo stesso



decreto ministeriale 122 del 2000 che, come il precedente 23/2000 per la prima linea, è stato rilasciato per l'installazione e l'esercizio dell'impianto; ossia per due finalità ben distinte, delle quali la prima indubbiamente attiene alla fase della realizzazione dell'impianto ossia ad un'autorizzazione necessaria a termini del secondo comma dell'art. 15 del dec. lgs 79 del 1999. Ove interpretato nel senso indicato dalla ricorrente, il disposto di cui all'art. 15, comma 2, del d. lgs. 79/99 diventerebbe in sostanza illogico per genericità, poiché non indicherebbe con precisione quale provvedimento debba essere prodotto. Infatti, se il beneficiario delle incentivazioni, al fine del mantenimento delle stesse, dovesse presentare solo alcune autorizzazioni e non tutte quelle previste dal procedimento, non si comprenderebbe quale, tra le varie necessarie (concessione edilizia, autorizzazione paesistica ecc.), sarebbe quella costituente titolo al mantenimento del diritto alle incentivazioni. Si è già osservato anche di recente in fattispecie analoghe che se il legislatore avesse inteso indicare la necessità di presentare all'Autorità una sola od alcune specifiche autorizzazioni avrebbe utilizzato una proposizione normativa diversa indicante specificamente gli atti occorrenti. Con il richiedere la produzione delle "autorizzazioni necessarie alla costruzione degli impianti non ancora in esercizio", il legislatore stesso ha, invece, preferito un rinvio alla vigente normativa in materia e riferirsi, quindi, a tutte le autorizzazioni che, secondo tale normativa, sono necessarie a mettere in esercizio gli impianti di che trattasi.

Del resto, solo con l'integrale produzione documentale può essere definito il quadro temporale certo delle realizzazioni delle nuove centrali, ciò che costituisce in ultima analisi la *ratio* del disposto normativo in discussione.

Sia il criterio letterale che quello teleologico portano, dunque, alla medesima conclusione: il mantenimento delle incentivazioni economiche relative ai provvedimenti di cui all'art. 3, comma 7, Legge 481/95 è subordinato alla produzione, entro il termine decadenziale normativamente indicato, di tutti i provvedimenti autorizzativi necessari per la messa in esercizio degli impianti.

La difesa della società ricorrente lamenta infine che l'Autorità non abbia considerato la circostanza che alla data del 31.3.2000 era stato comunque chiesto il rilascio del provvedimento ministeriale ed invoca in proposito l'orientamento favorevole assunto dalla giurisprudenza anche di questo Tribunale. Tale doglianza è ulteriormente sviluppata nella memoria anche in riferimento alla modifica dell'art. 15 cit. apportata con l'art. 34 della legge 12 dicembre 2002, n. 273.

Il Collegio rileva sul punto che effettivamente questo Tribunale ha seguito in precedenza un orientamento giurisprudenziale interpretativo secondo il quale era sufficiente per la dichiarazione di adempimento che alla data del 31.3.2000 fossero state chieste dall'impresa interessata le necessarie autorizzazioni, ritenendo che non potessero gravare sulle imprese i ritardi delle Amministrazioni nel rilascio dei titoli abilitativi.

Questo orientamento interpretativo, tuttavia, non è stato ritenuto corretto dal Consiglio di Stato che, in particolare, con decisione Sez. VI, n. 5247/2003, in riforma della sentenza 1193 del 2002 di questo stesso Tribunale, ha affermato "che l'Autorità non avesse alcuna discrezionalità in sede di definizione di domande cui non fosse stata allegata la documentazione attestante, non già l'avvio dei procedimenti preordinati al rilascio delle

autorizzazioni necessarie alla costruzione degli impianti non ancora in esercizio", ma l'intervenuta adozione dei provvedimenti abilitativi" e che la società... "pur avendo trasmesso il favorevole parere della commissione edilizia entro la data indicata nella citata previsione legislativa, ha ottenuto solo in data 11.12.2000 la richiesta concessione edilizia"; donde "Eventuali ritardi delle Amministrazioni competenti nel rilascio delle richieste autorizzazioni, se certo possono essere in astratto invocati quali concause fondanti l'esercizio di eventuali azioni di responsabilità, non consentono, ad avviso del Collegio, di invocare l'operatività di una previsione legislativa dal tenore letterale chiaro e non equivoco, quale appare quella del citato art. 15, comma 2, d. lgs. n. 79/99, nella sua primitiva versione".

Tale diverso orientamento del giudice di appello ha imposto alla Sezione di riconsiderare *funditus* la questione, anche in considerazione della circostanza che la proroga del termine contenuta nella novella legislativa data dell'art. 34 della legge 12 dicembre 2002, n. 273, che ha modificato ed integrato l'art. 15, comma 2, del d. lgs. n. 79/99, in forza del quale era stato adottato il provvedimento di decadenza impugnato in primo grado e secondo il quale ... "Al fine di definire un quadro temporale certo delle realizzazioni, è fatto obbligo ai soggetti beneficiari delle suddette incentivazioni di presentare all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, per gli impianti non ancora entrati in esercizio entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le autorizzazioni necessarie alla costruzione degli impianti medesimi, rilasciate entro la data suddetta. Fermo restando il termine ultimo di cui al primo comma per l'ottenimento delle autorizzazioni, il mancato adempimento a tale obbligo entro il 31 dicembre 2002" ..., depono per la tesi

interpretativa seguita dal Consiglio di Stato, confermata peraltro dalla lettura che lo stesso giudice di appello ha già avuto modo di esprimere sulla richiamata novella legislativa, in ultimo con la decisione 939 del 2004, sempre della sesta Sezione.

Come ulteriore riflessione sul punto, occorre osservare che sarebbe stato comunque difficile estendere il precedente favorevole orientamento a quelle fattispecie nelle quali la richiesta di autorizzazione risultasse presentata nell'imminenza della scadenza del 31 marzo 2000, ossia in uno spazio di tempo assolutamente insufficiente anche al solo inizio dell'istruttoria della pratica.

Tomando alla modifica contenuta nella legge 273 del 2002, di natura innovativa e non interpretativa - anche se con effetti retroattivi per le situazioni ricadenti nella sua previsione -, va quindi osservato che le imprese sono state rimesse nei termini per l'ottenimento della dichiarazione di adempimento da parte dell'Autorità grazie ad un doppio beneficio: il primo, dato della proroga al 31.12.2002 per la presentazione delle autorizzazioni richieste; il secondo, dall'avere il legislatore previsto (diversamente dall'originario dettato normativo) che alla data del 31.3.2000 fossero almeno state chieste le autorizzazioni medesime: in tal senso è da interpretare la pur non perspicua disposizione dell'articolo richiamato; diversamente (ossia se anche quest'ultimo adempimento dovesse coincidere con il possesso materiale delle autorizzazioni richieste da produrre però entro il 31.12.2002) la stessa norma più che irrazionale sarebbe incomprensibile.

Confermando, pertanto, il nuovo orientamento, coerente del resto con il principio del *tempus regit actum* che impone di valutare la legittimità degli

atti in base alla situazione giuridica ed alla disciplina normativa vigente alla data di adozione del provvedimento impugnato, le doglianze dedotte nel ricorso in esame devono essere ritenute infondate, manifestandosi legittime le impugnate delibere dell'Autorità emesse in vigenza dell'originario testo dell'art. 15, comma 2, del d. lgs. 79/99, che non lasciava alcun margine discrezionale all'Autorità per valutare idonea ai fini dell'adempimento e della conservazione del diritto alle incentivazioni, al posto del provvedimento di autorizzazione ex art. 17 cit., la domanda presentata per il rilascio della stessa. Presentandosi, in definitiva, la declaratoria d'inadempimento, nel caso *de quo*, sostanzialmente vincolata, l'Autorità non era onerata a motivare in modo puntuale circa la presentazione di documenti ritenuti insufficienti dalla legge stessa.

Le conclusioni non mutano nemmeno in riferimento alle argomentazioni contenute nell'ultima memoria depositata dalla difesa della ricorrente, la quale, nel rimarcare il diverso atteggiamento assunto dall'Autorità in relazione all'esito dei giudizi promossi da imprese dichiarate inadempienti, invoca una pronuncia confermativa del precedente favorevole orientamento assunto dal Tribunale, basata su una interpretazione sostanzialmente non discriminatoria, avuto riguardo alla sussistenza delle condizioni richieste dalla novella legislativa del 2002 per la dichiarazione dell'avvenuto adempimento.

Ed invero, spetta solo all'Autorità e non al giudice in sede di giudizio promosso su un atto adottato in applicazione dell'originaria disciplina dell'art. 15 cit., verificare, non sulla base della pronuncia giurisdizionale emessa in quel giudizio, ma della novella legislativa intervenuta nelle more

dello stesso, la sussistenza delle condizioni richieste dall'art. 34 della legge 273 del 2002 per la dichiarazione di adempimento. Se la società ricorrente si dovesse trovare (come sembrano far presumere gli atti depositati) nelle condizioni che in base alla novella della legge 273/2002 le permettono di ottenere la declaratoria di adempimento, non potrebbe che avvalersene "ora per allora" e l'Autorità dovrebbe determinarsi di conseguenza.

Il giudice, nell'ambito dello *ius superveniens* che impone all'Autorità stessa il riesame delle posizioni delle imprese nei confronti delle quali è stato dichiarato l'inadempimento, potrebbe solo prendere atto dell'eventuale provvedimento favorevole intervenuto nelle more del giudizio, in applicazione della novella medesima, ai fini dell'attualità dell'interesse.

Se tale atto non è intervenuto, la valutazione della legittimità del provvedimento allora adottato (laddove parte ricorrente espressamente insista nel giudizio, come nel caso di specie, in base all'originario disposto dell'art. 15) non potrebbe che effettuarsi sulla medesima norma che ha costituito la fonte regolatrice del potere esercitato.

Se, diversamente, nonostante la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge 273/2002, è intervenuto un nuovo provvedimento sfavorevole (*rectius* non includente nell'elenco dei progetti per i quali è dichiarato l'avvenuto adempimento quello di cui è causa), sorgerebbe l'onere della sua impugnazione al fine di ottenerne l'annullamento per violazione di legge, come è già avvenuto ad opera di altre imprese in analoghe controversie recentemente esaminate dalla Sezione.



4) In conclusione, il ricorso deve essere respinto anche nella richiesta risarcitoria, non essendosi concretato alcun atto illegittimo da parte dell'Autorità.

Le oscillazioni giurisprudenziali intervenute in materia giustificano l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sez. IV, respinge il ricorso in epigrafe.

Compensa integralmente tra le parti le spese del presente giudizio.

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

Così deciso in Milano nella Camera di Consiglio del 5 ottobre 2004 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio NICOLOSI, Presidente estensore

Rita CERIONI, Consigliere

Alessandro CACCIARI, Referendario

