

Nulla-osta alla realizzazione di un impianto per la produzione di energia idroelettrica

Cons. Stato, Sez. IV 30 novembre 2022, n. 10548 - Gambato Spisani, pres.; Martino, est. - Comune di Pieve Torina (avv. Marino) c. Provincia di Macerata (avv. Gentili) ed a.

Ambiente - Concessione di derivazione di acqua pubblica da un fiume per uso idroelettrico - Procedura abilitativa semplificata per la realizzazione di un impianto per la produzione di energia idroelettrica.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

1. In data 17 settembre 2013 la società Fincos s.r.l., titolare di una concessione di derivazione di acqua pubblica dal fiume Chienti per uso idroelettrico rilasciata dall'Ufficio del Genio civile di Macerata, presentava al Comune di Pieve Torina una dichiarazione di inizio di attività al fine di avviare la procedura abilitativa semplificata prevista dall'art. 6 del d.lgs. n. 28 del 3 marzo 2011 e dare inizio ai lavori per la realizzazione di un impianto per la produzione di energia idroelettrica con capacità di generazione di kW 31,4.

1.1. Unitamente alla d.i.a., la Fincos presentava l'istanza per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, necessaria per la realizzazione dell'opera, essendo il sito interessato dall'intervento ubicato in area sottoposta a vincolo.

1.2. Il Comune, con provvedimento del 21 dicembre 2013, inibiva l'inizio dei lavori, motivando tale scelta sulla base della riscontrata difformità tra quanto emergeva dagli elaborati grafici del progetto e la relazione tecnica.

1.3. Avverso tale provvedimento inibitorio la società proponeva ricorso al T.a.r. per le Marche, impugnando contestualmente il silenzio inadempienza serbato dall'Amministrazione comunale rispetto alla richiesta di autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004.

1.4. Nel frattempo, in data 21 gennaio 2014, la medesima società aveva formulato alla Provincia di Macerata richiesta di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in via sostitutiva ai sensi dell'art. 146, comma 10, del d.lgs. n. 42/2004.

1.5. La Provincia di Macerata, dopo aver chiesto chiarimenti al Comune di Pieve Torina - ai quali quest'ultimo aveva dato riscontro prospettando le ragioni del mancato rilascio dell'autorizzazione paesaggistica e rappresentando che, stante l'adozione del provvedimento inibitorio, sarebbe stato precluso alla Provincia l'esercizio dei poteri sostitutivi - avviava ugualmente il procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, concludendolo con l'adozione del provvedimento n. 126 del 25 giugno 2014, contenente il nulla osta alla realizzazione dell'intervento.

1.6. Avverso tale ultimo provvedimento è insorto il Comune di Pieve Torina innanzi al T.a.r. per le Marche, lamentandone l'illegittimità sulla base di sei mezzi di gravame (da pag. 5 a pag.28).

1.6. Nella resistenza della Provincia di Macerata e della società Fincos il T.a.r. - con la sentenza n. 495 del 19 giugno 2015, oggetto dell'odierna impugnativa - ha respinto il ricorso e compensato tra le parti le spese di lite.

2. L'appello del Comune, rimasto soccombente, è affidato ai seguenti motivi:

I. *Error in iudicando. Violazione dei principi di buon andamento, efficienza ed economicità.*

Il T.a.r. ha rigettato il secondo e il terzo motivo del ricorso sulla base del principio di autonomia del procedimento di autorizzazione ambientale rispetto a quello edilizio.

Tale statuizione sarebbe contraddittoria in quanto non tiene conto del fatto che, al di là della natura dei procedimenti coinvolti, l'interesse del privato all'ottenimento dell'autorizzazione paesaggistica sussiste fintanto che permane anche quello alla concreta realizzazione dell'opera.

Nel caso di specie, il privato non aveva più la possibilità di realizzare l'opera alla luce del provvedimento inibitorio adottato dal Comune, per cui l'avvio del procedimento da parte della Provincia sarebbe stato inutile nonché contrario ai principi di buon andamento, economicità ed efficienza della p.a.

L'appellante ha quindi riproposto il vizio di contraddittorietà del provvedimento della Provincia, già contenuto nel terzo motivo del ricorso in primo grado.

II. *Error in iudicando – Violazione di Legge ed Eccesso di potere per difetto dei presupposti per l'esercizio del potere sostitutivo da parte della Provincia.*

Il Comune ha poi riproposto il rilievo, non accolto dal primo giudice, secondo cui l'istanza presentata dalla società controinteressata alla Provincia avrebbe avuto un contenuto diverso rispetto a quella presentata, a suo tempo, al Comune per l'avvio della procedura abilitativa semplificata.

Per tale ragione, l'intervento della Provincia non sarebbe stato, in realtà, di natura sostitutiva.

III. *Error in iudicando – Violazione di Legge ed Eccesso di potere per errore sui presupposti e contraddittorietà.*

Il T.a.r. ha respinto il quinto motivo del ricorso originario sulla base della considerazione che l'autorizzazione paesaggistica prescrive la mera rimozione della copertura in legno del locale per quadri elettrici. Viceversa, dalla lettura

del provvedimento e dal parere della Soprintendenza emergerebbe che la prescrizione avrebbe riguardato la rimozione dell'intero locale per quadri elettrici; rimozione che il privato aveva dichiarato non essere realizzabile alla luce delle prescrizioni impartite dall'Enel.

IV. Error in iudicando. iudicando – Violazione di Legge ed Insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere.

Con riferimento alla sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere sostitutivo da parte della Provincia nei confronti del Comune, il T.a.r. ha respinto il sesto motivo del ricorso originario sul rilievo che le denunciate difformità tra quanto emerge dagli elaborati grafici di progetto e dalla relazione asseverata siano solamente apparenti. Da una lettura complessiva della documentazione allegata alla DIA/PAS emergerebbe, infatti, la chiara dimensione e collocazione dell'intervento e, in particolare, del locale per i quadri elettrici. Discorso analogo, secondo il primo giudice, varrebbe per la dichiarazione del progettista secondo cui l'opera non ricadrebbe in alcuno dei vincoli prescritti dalla regolamentazione urbanistica.

Secondo il Comune, al contrario, sarebbero evidenti le difformità tra quanto dichiarato dal progettista nella relazione asseverata e quanto riportato nell'elaborato grafico (ove veniva rappresentata l'esistenza di un manufatto in acciaio rivestito in legno, con un'altezza di 2,30 mt. da terra).

Il primo giudice ha posto a fondamento della sua decisione l'elaborato grafico del progetto, mentre l'unico documento su cui l'Amministrazione deve basarsi per l'esito positivo del procedimento di cui trattasi sarebbe la relazione descrittiva delle opere, asseverata dal professionista abilitato, la quale riveste valore certificativo.

Altra difformità sarebbe riscontrabile con riferimento all'esistenza sull'area interessata dall'intervento del vincolo prescrittivo di esondabilità e di tutela fluviale.

Il T.a.r. ha valutato il diverso profilo della compatibilità idrogeologica dell'opera, mentre il profilo posto in rilievo dalla relazione tecnica attiene al diverso vincolo di esondabilità.

Il Comune ribadisce che, a fronte delle asseritamente macroscopiche inesattezze presenti nella relazione asseverata al progetto, non vi sarebbe stato alcun obbligo di provvedere sull'istanza di autorizzazione paesaggistica.

Conseguentemente, non avrebbe avuto ragion d'essere l'intervento sostitutivo della Provincia.

3. Si è costituita, per resistere, la Provincia di Macerata.

4. Le parti hanno depositato memorie conclusionali (rispettivamente, in data 8 settembre 2022 la Provincia, e in data 9 settembre 2022 il Comune).

5. L'appellante ha depositato anche una memoria di replica.

6. L'appello, infine, è stato trattenuto per la decisione alla pubblica udienza di smaltimento del 12 ottobre 2022.

7. In via preliminare il Collegio osserva – in ordine alle deduzioni svolte dal Comune appellante nella memoria conclusionale secondo cui l'autorizzazione paesaggistica oggetto del giudizio di primo grado non sarebbe più efficace – che, in assenza di una esplicita dichiarazione di sopravvenuta carenza interesse da parte del Comune (a coltivare l'appello ovvero, in ordine allo stesso ricorso di primo grado), non è ovviamente possibile definire, con una pronuncia di mero rito, il presente giudizio.

Ad ogni buon conto, è agevole rilevare che la legittimazione e l'interesse del Comune all'impugnativa del provvedimento adottato in via sostitutiva dalla Provincia, sono legate alla pretesa lesione delle proprie attribuzioni istituzionali.

Pertanto, derivando tale “*vulnus*” dall'esercizio del potere in sé, esso non può essere eliso dalla (in ipotesi) sopravvenuta inefficacia del provvedimento che ne è concretamente espressione.

8. Ciò posto, il primo ordine di rilievi riproposto dal Comune riguarda il fatto che il progetto della società controinteressata non sarebbe stato assentibile dal punto di vista urbanistico – edilizio.

Pertanto, non sarebbe stato configurabile l'obbligo di provvedere nemmeno rispetto alla richiesta di autorizzazione paesaggistica.

8.1. Il Collegio rileva, in primo luogo, che nessuna critica è stata svolta avverso la statuizione del T.a.r. secondo cui il procedimento per il rilascio del titolo paesaggistico “*è autonomo e distinto rispetto al procedimento per il rilascio del titolo abilitativo tendente a verificare se i lavori, pure se compatibili sotto un profilo ambientale, siano conformi o meno sotto il profilo urbanistico-edilizio.*

Tale autonomia non viene meno nell'ottica della semplificazione introdotta dall'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011, che ha solo previsto una procedura abilitativa semplificata per la realizzazione di impianti quale quello in questione, fermi restando i contenuti del titolo legittimante l'intervento edilizio e del nulla osta paesaggistico, che rimangono differenti”.

L'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire (art. 146, comma 4, del d.lgs. n. 42/2004), sicché il fatto che il Comune abbia inibito l'intervento sul piano urbanistico - edilizio non ha determinato l'improcedibilità dell'istanza di autorizzazione paesaggistica che era stata contestualmente avanzata dalla società, in conformità a quanto disposto dall'art. 6 del d.lgs. n. 28 del 2011 (cfr. in particolare i commi 2 e 5 del testo della norma vigente *ratione temporis*).

A ciò si aggiunga che la questione relativa alla legittimità del provvedimento inibitorio del Comune è tuttora *sub iudice*, essendo pendente l'appello avverso la sentenza n. 488 del 2015 che ha annullato siffatto provvedimento (n.r.g. 5157 del 2015).

Pertanto, l'interesse alla concreta realizzazione dell'opera, all'epoca di cui trattasi, non era affatto venuto definitivamente

meno poiché avrebbe potuto ancora ricevere riconoscimento e tutela in sede giurisdizionale.

8.2. Non vi poi alcuna prova del fatto che il progetto esaminato dal Comune in sede di d.i.a. e quello oggetto di valutazione sul piano paesaggistico avessero contenuti differenti.

L'appellante pretende infatti di evincere tale differenza dalla documentazione integrativa prodotta dalla Fincos su richiesta della stessa Provincia ma non è stata in grado di individuare quali sarebbero le innovazioni, in ipotesi, apportate al progetto.

Al riguardo, per contro, la Provincia ha spiegato e documentato di avere semplicemente richiesto alla società l'invio della scheda paesaggistica "B" di cui alla Deliberazione di Giunta Regionale n. 762 del 2007, relativa agli *interventi di limitato impegno territoriale*, a fronte di una domanda del progettista della Fincos che qualificava l'intervento come di *"lieve entità"* ai sensi del d.P.R. n. 139 del 2010.

8.3. Il Comune ha ravvisato una contraddittorietà dell'azione amministrativa avversata anche nel fatto che una delle prescrizioni dettate dalla Provincia ai fini di un migliore inserimento dell'intervento nel contesto paesaggistico (*"Che non venga realizzato il manufatto in legno posto a copertura e protezione dei quadri elettrici"*), non fosse in concreto attuabile, attesa l'indisponibilità della stessa Fincos a realizzare l'intervento richiesto.

L'appellante, tuttavia, non considera che la prescrizione è parte integrante dell'autorizzazione.

Ne deriva che, a dolersene, avrebbe dovuto essere semmai la società controinteressata che era comunque obbligata ad adeguarsi pena la violazione dell'autorizzazione medesima.

In sostanza, il quinto motivo di ricorso articolato in primo grado, deve ritenersi inammissibile per carenza di interesse del Comune a sollevare questo tipo di censura che non attiene all'esistenza dei presupposti per l'esercizio del potere sostitutivo da parte della Provincia.

8.4. Con il sesto motivo articolato in primo grado l'Amministrazione comunale ha contestato l'attendibilità e la veridicità della relazione tecnica e della relativa asseverazione del progettista, prodotte in allegato alla DIA/PAS presentata il 17 settembre 2013 dalla Fincos, e quindi l'inidoneità della citata documentazione a fondare il rilascio del nulla osta paesaggistico e, a monte, la stessa esistenza dell'obbligo di provvedere.

Il Comune ha in particolare evidenziato la difformità sussistente tra gli elaborati grafici di progetto e le dichiarazioni del progettista circa la compatibilità paesaggistica dell'impianto (*"le poche opere, se non interrato, restano comunque al di sotto del profilo del terreno, non hanno percezione visiva, non determinano alterazioni irreversibili"*), e la sua conformità agli strumenti urbanistici (*"riguardo al PRG del Comune di Pieve Torina l'opera non ricade in alcuno dei vincoli prescrittivi"*).

8.4.1. Il Collegio rileva che la prima delle espressioni testé riportate non ha natura descrittiva ma esprime una valutazione soggettiva del progettista che, come tale, non rientra nel fuoco dell'asseverazione.

8.4.2. Quanto al rilievo circa l'assenza di vincoli si tratta di una espressione estrapolata dal contesto della relazione tecnica, nella quale si legge pure, come evidenziato dal primo giudice, che *"l'intervento ricade in alveo fluviale ed in aree adiacenti esondabili per le quali è stato rilasciato il parere favorevole dell'Autorità di Bacino Regionale con prot. 0813084 del 2.12.2012"*.

Pertanto, il fatto che nella relazione tecnica particolareggiata il progettista *"abbia dichiarato l'assenza di vincoli prescrittivi del PRG per l'area oggetto dell'intervento non determina la non veridicità e la non attendibilità della DIA, dal momento che l'art. 37, lettera i), delle NTA al PRG consente, in via eccezionale, sulle aree esondabili, tra gli altri interventi eccezionalmente previsti dalla norma, la realizzazione e l'ampliamento di infrastrutture tecnologiche o viarie, pubbliche o di interesse pubblico, nonché delle relative strutture accessorie, previa preventiva comunicazione all'Autorità di Bacino, mentre l'art. 39 delle medesime NTA consente, nelle fasce di rispetto fluviale, la costruzione di opere fuori terra solo se siano attinenti al regime idraulico, alle derivazioni, captazioni e al trattamento delle acque reflue, nonché alle opere necessarie alle attività sia viarie che impiantistiche"*.

8.4.3. Ad ogni modo, le incongruenze evidenziate non integravano carenze del progetto tali da elidere l'obbligo di provvedere del Comune sulle istanze della società.

8.4.4. A tale riguardo, è opportuno ricordare che la risalente giurisprudenza richiamata dal Comune ha escluso la sussistenza dell'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento avviato d'ufficio o su istanza di parte solo nei casi limite di domande *"manifestamente assurde, o totalmente infondate e al cospetto di pretese illegali"* (Cons. Stato, sez. V, n. 4065 del 10 luglio 2012), ipotesi alle quali non era palesemente ascrivibile l'istanza della società controinteressata.

A ciò si aggiunga che, all'epoca di cui trattasi, l'art. 2, comma 1, della l. n. 241/90 era stato già modificato dall'art. 1, comma 38, della l. n. 190/2012, risultando del seguente tenore *"Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo"*.

Nel caso di specie, l'Amministrazione comunale era quindi tenuta a concludere il procedimento anche nell'ipotesi in cui

avesse ritenuto la domanda di autorizzazione paesaggistica irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, non potendo in nessun caso rimanere inerte.

9. In definitiva, per quanto sopra argomentato, l'appello deve essere respinto.

10. Le spese del grado seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

(Omissis)

