

Revoca della procedura abilitativa semplificata finalizzata alla realizzazione di un impianto di cogenerazione a biomassa

Cons. Stato, Sez. IV 22 marzo 2023, n. 2892 - Neri, pres.; Martino, est. - Terra Rossa s.r.l. (avv.ti Mainardis, Santarelli e Manenti) c. Comune di Fabro (avv.ti Busiri Vici, Di Rienzo e Frenguelli).

Ambiente - Procedura abilitativa semplificata finalizzata alla realizzazione di un impianto di cogenerazione a biomassa - Revoca.

(*Omissis*)

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto innanzi al T.a.r. per l'Umbria la società odierna appellante esponeva che, in data 19 dicembre 2013, la società Macchia Alta s.r.l. aveva attivato la procedura abilitativa semplificata di cui all'art. 6 del decreto legislativo n. 28 del 2011 finalizzata alla realizzazione di un impianto di cogenerazione a biomassa di potenza pari a 200 kw.

Con istanza del 28 novembre 2014 l'odierna appellante aveva richiesto la voltura della procedura di PAS.

Tuttavia, con ordinanza n. 583 del 22 aprile 2015 l'Amministrazione comunale aveva revocato la suddetta PAS sia perché non era stata conseguita la valutazione di impatto ambientale, sia perché la società non aveva indicato tipologia, quantitativi e luoghi di provenienza della biomassa da utilizzare per il funzionamento dell'impianto.

1.1. Con successiva nota n. 4749 in data 11 giugno 2015, da un lato veniva revocata l'ordinanza n. 583; dall'altro lato veniva adottata una nuova comunicazione di avvio del procedimento di revoca della medesima PAS.

1.2. Con ordinanza n. 587 del 16 luglio 2015 l'Amministrazione adottava il definitivo provvedimento di revoca.

1.3. Il ricorso di primo grado avverso tale atto veniva affidato a quattro articolati mezzi di gravame (da pag. 7 a pag. 22).

2. Nella resistenza del Comune di Fabro, il T.a.r.:

- ha respinto l'eccezione di inammissibilità sollevata dal Comune;

- ha respinto il ricorso, nel merito;

- ha compensato tra le parti le spese di lite.

3. L'appello è affidato ai seguenti motivi.

I. La società ribadisce che, da un punto di vista tecnico, la centrale sarà perfettamente in grado di funzionare indipendentemente dalla realizzazione della linea di teleriscaldamento.

A differenza di quanto ritenuto dal primo giudice, l'Amministrazione non ha alcun potere di valutare l'opportunità dell'opera a seconda che la stessa si configuri o meno come impianto di cogenerazione.

Ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011 il Comune è tenuto a verificare soltanto la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati, la non contrarietà a quelli adottati e il rispetto delle norme di sicurezza e igienico-sanitarie.

Un assetto cogenerativo funzionante è apprezzato dall'ordinamento in ordine alla concessione di maggiori incentivi ma non rappresenta un criterio per assentire o vietare l'opera.

L'appellante soggiunge che uno degli immobili da raggiungere con la rete di teleriscaldamento era di proprietà dello stesso Comune resistente.

Tale circostanza comproverebbe che l'autorizzazione delle "opere connesse" riguarderebbe le sole opere strumentali alla connessione alla rete elettrica, non risultando la linea di teleriscaldamento necessaria al funzionamento dell'impianto.

L'appellante ha quindi riproposto il quarto motivo del ricorso di primo grado relativo alla violazione dell'art. 6, come sopra interpretato.

La "disponibilità" delle aree sarebbe infatti da intendersi limitata ai terreni sui quali realizzare l'impianto e le opere connesse.

La società ha riproposto anche i restanti motivi del ricorso di primo grado, in quanto il passaggio della sentenza che ad essi si riferisce si riduce ad un mero "*obiter dictum*".

Motivo I.

Non sarebbero sussistenti i presupposti previsti dall'art. 21 – *quinquies* della 241 del 1990 per l'esercizio del potere di "revoca".

Sia nelle ipotesi disciplinate dall'art. 21 – *quinquies* che in quelle disciplinate dall'art. 21 – *nonies*, è necessaria l'adeguata rappresentazione delle ragioni di interesse pubblico sottese all'intervento in autotutela.

Inoltre, il provvedimento è stato adottato 18 mesi dopo il conseguimento del titolo autorizzativo, ancorché prima della scadenza del termine per l'ultimazione dei lavori.

Per quanto riguardo l'affidamento maturato sarebbe significativo il fatto che la società, dieci mesi dopo il conseguimento

della PAS, abbia concluso un contratto di compravendita con un Consorzio di cui fa parte anche il Comune appellato.

Motivo II. In subordine.

Sarebbero altresì insussistenti le asserite carenze documentali in ordine alla tipologia e provenienza della biomassa impiegata nell'impianto.

Nella domanda e nelle relazioni tecniche allegata erano stati infatti indicati gli elementi richiesti (origine e natura della biomassa, rappresentata da legnatico, patate, vinacce etc.).

In ogni caso, nel corso del procedimento, il Comune non ha richiesto elementi e/o documentazione integrativa.

Motivo III. In subordine.

Il Comune ha contestato alla società anche una produzione di CO₂ superiore a quella indicata nei moduli PAS in ragione del trasporto della biomassa da siti posti a distanza di 30 Km.

A tale riguardo, l'Amministrazione non avrebbe tuttavia mai esplicitato le stime effettuate, in particolare con riferimento all'esistenza di emissioni "superiori" alla soglia fissata.

3. Si è costituito, per resistere, il Comune di Fabriano.

4. L'appellante ha depositato una memoria conclusoria in data 23 dicembre 2022, mentre il Comune ha depositato una memoria di replica in data 3 gennaio 2023.

5. L'appello, infine, è stato trattenuto per la decisione in data 26 gennaio 2023.

6. Oggetto del contendere è la procedura abilitativa semplificata di cui all'art. 6 del decreto legislativo n. 28 del 2011 per la realizzazione di un impianto di cogenerazione a biomassa (ossia per la contestuale produzione di energia elettrica e calore da distribuire mediante specifico impianto di teleriscaldamento) di potenza pari a 200 kw.

L'Amministrazione ha proceduto alla "revoca" del titolo formatosi *per silentium* in quanto ha rilevato:

a) con riferimento alle disposizioni recate dal Regolamento della Regione Umbria n. 7 del 2011, in materia di "criteri e le condizioni per l'installazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili", che l'indicazione, quale luogo di provenienza delle biomasse, di un'area pari a 30 Km "appare rinviale a un'area estremamente vasta e generica e non appare utile e sufficiente a rispondere al precetto normativo che chiede la individuazione specifica dei luoghi e la estensione delle aree di provenienza della biomassa"; inoltre, secondo le stime effettuate dall'Amministrazione, "il trasporto della biomassa da siti posti a 30 chilometri dall'impianto produce una quantità di CO₂ di molto superiore a quella indicata nei moduli prodotti nell'ambito della PAS qui in considerazione";

b) la mancata disponibilità delle aree da destinare alla rete di teleriscaldamento.

6.1. Il primo giudice ha ritenuto dirimente la circostanza che la società non abbia la disponibilità delle aree destinate alla realizzazione dell'impianto di teleriscaldamento, trattandosi di una "fondamentale condizione di legittimità per accedere al titolo di cui si controverte".

Sussisterebbe inoltre anche "un interesse pubblico alla rimozione del titolo formatosi *per silentium* che può essere ritenuto in re ipsa: l'obiettivo risultanza di un diverso assetto strutturale e soprattutto funzionale dell'impianto in questione determina infatti, per la collettività di riferimento territoriale, la sostanziale insussistenza – in termini di benefici ambientali, energetici ed economici – dei medesimi presupposti che, almeno in via presuntiva, erano alla base del titolo formatosi sulla dichiarazione del 19 dicembre 2013. [...]".

7. Il primo motivo di appello critica le statuizioni fondate sull'assenza, in capo all'appellante, di un titolo di disponibilità delle aree relative alla rete di teleriscaldamento.

Al riguardo, va premesso che, come si evince dalle planimetrie e dalla Relazione tecnica allegata alla PAS del 19 dicembre 2013, la società dante causa dell'odierna appellante ha proposto la realizzazione di una centrale di produzione di energia in assetto cogenerativo cioè un impianto di produzione di energia sia elettrica che termica da distribuire mediante rete di teleriscaldamento.

Nella Relazione si afferma esplicitamente che "L'impianto è progettato per operare in assetto cogenerativo"

La società ha inoltre dichiarato di avere la disponibilità di tutte le aree necessarie a realizzare e gestire l'impianto e le opere connesse (cfr. la pag. 2/7 dell'istanza di PAS).

7.1. Negli impianti operanti in assetto cogenerativo con cessione ad utenti di energia termica, la rete di teleriscaldamento non è un mero accessorio bensì parte integrante dell'impianto medesimo in quanto consente di riutilizzare (e quindi di non disperdere) il calore prodotto.

Si tratta – come osservato dal T.a.r. – di un "unicum" inscindibile.

In tale senso depongono sia il senso logico, sia le definizioni contenute nei vari decreti, succedutisi nel tempo, finalizzati alla disciplina degli incentivi in materia di fonti rinnovabili (cfr., in particolare, l'art. 2, comma 3, lett. a) del D.M. 24 ottobre 2005, che definisce l'impianto di cogenerazione abbinato al teleriscaldamento come un "sistema integrato", costituito "dalle sezioni di un impianto di produzione combinata di energia elettrica e calore [...] e da una rete di teleriscaldamento per la distribuzione del calore, generato dall'impianto di cogenerazione medesimo, a una pluralità di edifici o ambienti per impieghi connessi prevalentemente con gli usi igienico-sanitari e la climatizzazione, il riscaldamento, il raffrescamento, il condizionamento di ambienti a destinazione residenziale, commerciale, industriale e agricola, ad esclusione, nel caso di ambienti a destinazione industriale, degli impieghi in apparecchiature e macchine a servizio di processi industriali".

Nel caso di specie, alla luce del progetto presentato, la legittimazione dell'istante andava quindi verificata anche con riferimento alle aree interessate dalla rete di teleriscaldamento.

7.2. Non può essere condivisa nemmeno l'ulteriore prospettazione secondo cui l'Amministrazione avrebbe comunque dovuto consentire lo scorporo progettuale e quindi la realizzazione di quella porzione di impianto esclusivamente dedicata alla produzione di energia elettrica.

Va infatti ricordato che, in base alla consolidata giurisprudenza amministrativa, la possibilità di procedere all'annullamento parziale di un titolo edilizio è legittimamente configurabile solo nell'ipotesi in cui l'opera assentita sia scindibile ma non allorquando si tratti di un progetto unitario, rispetto al quale l'annullamento non può che riguardare il titolo abilitativo nella sua interezza.

Diversamente, si avrebbe la rielaborazione *ex officio* del progetto da parte dell'Amministrazione, con conseguente invasione nella sfera delle valutazioni e delle scelte rimesse in via esclusiva all'autonomia privata (cfr. Cons. Stato sez. IV, 3 gennaio 2018, n.32).

7.3. Nel caso di specie, non vi è alcuna dimostrazione del fatto che il progetto presentato fosse articolato in opere, di per sé, scindibili.

Vi è invece prova del contrario atteso che tra i documenti prodotti in sede di PAS vi sono anche la planimetria della rete di teleriscaldamento, nella quale vengono rappresentati il tracciato, le utenze alle quali avrebbe dovuto essere collegata, le sezioni degli scavi e le tubazioni.

7.4. È altresì irrilevante il fatto che il T.a.r. abbia erroneamente attribuito all'Amministrazione un potere di valutazione discrezionale circa la preferibilità di un impianto di cogenerazione rispetto ad uno che produce solo energia elettrica.

Se è vero infatti che, in materia edilizia, l'attività dell'Amministrazione è limitata all'accertamento della compatibilità dell'intervento con la disciplina urbanistica ed edilizia (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 2 gennaio 2019, n. 18), rimane il fatto che, nella fattispecie, l'istanza di PAS è stata specificamente presentata al fine di realizzare un impianto cogenerativo su aree di cui la società dante causa dell'odierna appellante non aveva la totale disponibilità.

Era pertanto insussistente la condizione di procedibilità esplicitamente stabilita dall'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 28 del 2011 (*"Il proprietario dell'immobile o chi abbia la disponibilità sugli immobili interessati dall'impianto e dalle opere connesse presenta al Comune, mediante mezzo cartaceo o in via telematica, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, una dichiarazione accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che attestati la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi vigenti e la non contrarietà agli strumenti urbanistici adottati, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie [...]"*).

L'assenza di tale condizione legittima l'esercizio dei poteri inibitori del Comune, ai sensi del comma 4 della medesima disposizione nonché, in caso di formazione del titolo *per silentium*, l'esercizio dei poteri di autotutela.

8. Sono poi infondati anche i motivi il cui esame è stato, sostanzialmente, assorbito dal T.a.r., avendo il primo giudice ad essi dedicato solo un fugace passaggio della sentenza impugnata, dall'appellante stessa qualificato come un mero *obiter dictum*.

8.1. Al riguardo, risulta dirimente la circostanza che il Regolamento della Regione Umbria n. 7/2011 sia rimasto inoppugnato.

Tale Regolamento reca le disposizioni regionali *"per l'installazione di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili"* e costituisce parte integrante della disciplina urbanistica ed edilizia vigente nei Comuni della Regione Umbria.

L'art. 6 del d.lgs. n. 28 del 2011 richiede che il progetto presentato sia compatibile con gli strumenti urbanistici e i regolamenti edilizi vigenti.

Nella fattispecie, risulta che la domanda di PAS fosse carente in ordine ai dati richiesti dal suddetto Regolamento regionale al fine di valutare la corretta localizzazione dell'impianto, in particolare per quanto riguarda la provenienza della biomassa e il bilancio di Co2.

L'istanza di PAS non indica infatti dei luoghi specifici bensì solo un' "area" di approvvigionamento, compresa in un raggio di 30 Km.

Tale generica indicazione non ha pertanto consentito all'Amministrazione di calcolare in maniera attendibile le emissioni in atmosfera, così come richiesto dalla disciplina regionale.

9. Quanto alla sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, è agevole rilevare che in capo all'appellante non si è consolidato alcun affidamento.

Come si è visto, in sede di presentazione della PAS sono state rese dichiarazioni tali da indurre l'Amministrazione in errore circa la sussistenza della legittimazione a richiedere il titolo edilizio in capo alla società dante causa della ricorrente e, successivamente, in capo a quest'ultima, ad ottenerne la volturazione.

In tale ipotesi, l'onere motivazionale gravante sull'Amministrazione può dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo all'erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, non sussistendo un interesse privato meritevole di tutela da porre in comparazione con quello pubblico al ripristino della legalità (Cons. Stato, Adunanza plenaria, 17 ottobre 2017, n. 8).

A ciò si aggiunga che è *in re ipsa* l'interesse pubblico alla rimozione di atti che siano stati emessi sulla base di comportamenti invasivi delle posizioni di terzi (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 2020 del 17 aprile 2003).

10. In definitiva, per quanto sopra argomentato, l'appello deve essere respinto.
Le spese del grado seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

(Omissis)

