



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

N.671/2006

Reg.Dec.

N. 4893 Reg.Ric.

ANNO 2005

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dal Comune di Modugno, rappresentato e
difeso dagli avv.ti Alessio Petretti e Luigi Campanile, con domicilio eletto
presso il primo in Roma, via degli Scipioni, n. 268/A;

contro

- la S.r.l. Ecoenergia, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa
dall'avv.to Anna Patrizia Damato ed elettivamente domiciliata presso la
stessa in Roma, via Ombrone, n. 12, palazzina B;

- il Consorzio per lo Sviluppo Industriale dei Servizi Reali alle Imprese di
Bari (ASI), costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall' avv.to
Francesco Paparella, con domicilio eletto in Roma, Corso Trieste, n. 88,
presso lo studio legale Recchia ed associati;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sez.
III[^], n. 996/2005 del 10.03.2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Soc. Ecoenergia e del
Consorzio di Sviluppo Industriale;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore per la pubblica udienza del 22 novembre 2005 il Consigliere Polito Bruno Rosario;

Uditi l'avv. Petretti, l'avv. Campanile, l'avv. Loiodice per delega dell'avv. Damato e l'avv. Paparella;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1). Con atto n. 47 del 06.10.2003 il Comune di Modugno rilasciava alla Soc. Ecoenergia permesso a costruire in ambito di zona destinata allo sviluppo industriale di un impianto per la produzione di energia elettrica della potenza 10 MWE, alimentato da combustibili ecologici.

Previa nota di avvio del procedimento in data 18.10.2004 con provvedimento del dirigente del settore Edilizia Privata ed Urbanistica del Comune predetto n. 58229 del 24.11.2004 era disposto l'annullamento in via di autotutela del predetto titolo autorizzatorio per i seguenti rilievi di legittimità:

- violazione di legge per la mancata applicazione di norme concernenti la tutela ambientale paesaggistica di cui al d.lgs. n. 490/1999 ed alla legge n. 431/1985;

- violazione di legge per la mancata sottoposizione a valutazione di impatto ambientale del progetto di realizzazione dell'impianto di produzione di energia elettrica;

- violazione delle prescrizioni contenute nel permesso a costruire riguardanti l'acquisizione del nulla osta da parte del Soprintendente per i Beni Archeologici della Puglia.

Avverso il provvedimento di annullamento d'ufficio la Soc. Ecoenergia proponeva ricorso avanti al T.A.R. per la Puglia deducendo motivi di violazione delle regole del giusto procedimento, per l'assenza di una valida comunicazione di inizio del procedimento di riesame dell'atto abilitativo, e sostenendo l'insussistenza in fatto ed in diritto dei presupposti assunti dal Comune di Modugno a sostegno dell'atto di annullamento d'ufficio.

Con sentenza n. 996/2005 del 10.03.2005 il T.A.R. per la Puglia, Sez. III[^], accoglieva il ricorso.

Avverso detta decisione ha proposto appello il Comune di Modugno che ha, in rito, eccepito l'inammissibilità del ricorso in primo grado per l'intervenuta decadenza del permesso a costruire n. 47/2003 in assenza di inizio di lavori entro l'anno dal suo rilascio e, nel merito, ha confutato le conclusioni del T.A.R. ribadendo la legittimità dell'operato dell'Amministrazione comunale.

Si sono costituiti in giudizio la Soc. Ecoenergia ed Consorzio per lo Sviluppo Industriale dei Servizi Reali alle Imprese di Bari che, con le rispettive memorie, hanno contraddetto ai motivi di impugnazione e chiesto il rigetto dell'appello.

All'udienza del 22 novembre 2005 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1). In sede di note conclusive il Comune di Modugno insiste sull'inammissibilità per difetto di interesse all'impugnazione del ricorso di primo grado proposto dalla Soc. Ecoenergia (motivo articolato a pag. 9 dell'atto di appello), perché a suo dire il permesso a costruire in ambito di zona destinata allo sviluppo industriale di un impianto per la produzione di energia elettrica della potenza 10 MWE, alimentato da combustibili ecologici - oggetto del provvedimento di annullamento di ufficio che ha generato il presente contenzioso – sarebbe decaduto per il mancato inizio dei lavori entro il termine di un anno quale previsto dall'art. 14 del d.lgs. 06.06.2001, n. 380.

1.1.) L'eccezione non ha pregio.

1.2). Sotto un primo profilo deve osservarsi che l' esercizio della potestà di autotutela da parte del Comune di Modugno nei confronti del permesso a costruire n. 47 del 06.10.2003 presuppone per implicito – in base a valutazione dello stesso organo preposto al controllo dello sviluppo edilizio ed urbanistico in ambito comunale – l' esistenza di un atto abilitativo all'attività costruttiva valido ed efficace su cui si è ritenuto di dover intervenire con effetto demolitorio per ritenuti vizi di legittimità.

1.3). Sotto ulteriore profilo è pacifico in giurisprudenza che la perdita di efficacia dell'atto che autorizza l'intervento costruttivo per mancato inizio o ultimazione dei lavori nei termini prescritti deve essere accertata e dichiarata con pronunzia espressa dell' Amministrazione, anche ai fini del necessario contraddittorio con il privato in ordine all'esistenza dei

presupposti di fatto e di diritto che possano giustificare la pronuncia di decadenza del titolo all'edificazione.

1.4). Anche nel merito la tesi del Comune di Modugno sulla sopravvenuta decadenza del permesso a costruire non appare sostenuta da validi presupposti.

Il permesso all'edificazione recava, infatti, apposita clausola che - stante l'interesse archeologico della zona interessata dai lavori - imponeva *“di concordare preventivamente con la Soprintendenza (per i Beni Archeologici della Puglia) i modi ed i tempi degli scavi e/o delle indagini conoscitive a scopo archeologico”*. Dalla documentazione versata in giudizio risulta che, dopo l'esecuzione di indagini archeologiche preventive ed in base all'esito delle stesse, con atto n. 13650 del 12.08.2005 la Soprintendenza rilasciava il nulla osta di competenza per la realizzazione dell'impianto di produzione di energia elettrica in zona industriale. Il *“dies a quo”* per l'inizio dei lavori è, quindi, divenuto certo solo con il rilascio dell'autorizzazione di cui innanzi da parte dell'autorità preposta alla tutela del vincolo archeologico e, pertanto, nessun colpevole ritardo può essere addebitato alla Soc. ECOENERGIA nell'osservanza del termine annuale per l'inizio dei lavori essendo poi intervenuto in data 24.11.2004 l'annullamento d'ufficio dell'atto a ciò abilitativo.

2). Passando all'esame dei motivi di merito dell'appello si è accennato nell'esposizione del fatto che il Comune di Modugno ha provveduto all'annullamento in via di autotutela del permesso a costruire n. 47/2003 per motivi di legittimità inerenti:

a). alla violazione di legge per la mancata applicazione di norma concernente la tutela ambientale paesaggistica di cui al d.lgs. n. 490/1999 ed alla legge n. 431/1985;

b). alla violazione di legge per la mancata sottoposizione a valutazione di impatto ambientale del progetto di realizzazione dell'impianto di produzione di energia elettrica;

c). alla violazione delle prescrizioni contenute nel permesso a costruire riguardanti l'acquisizione del nulla osta da parte del Soprintendente per i Beni Archeologici della Puglia.

Anche alla luce dei motivi di appello la sentenza del T.A.R. Puglia che ha riconosciuto l'insussistenza dei menzionati profili di invalidità del titolo all'edificazione merita conferma.

Quanto al vizio di legittimità del permesso a costruire epigrafato sub a), la pur diffusa motivazione posta a sostegno dell'atto di ritiro non consente di individuare la tipologia di vincolo a tutela del paesaggio e dell'ambiente al quale risulterebbe assoggettata la zona su cui ricade il progetto di costruzione dell'impianto di produzione di energia elettrica. Si rinviene, invero, un richiamo all'art. 146 del d.lgs. n. 490/1999 (sostituito dall'art. 142 del d.lgs. n. 41/2004) - che elenca tutte le categorie di beni sottoposti "*ex lege*" a tutela paesaggistica/ambientale - nonché ad una sentenza della Corte di Cassazione, Sezione Penale, sulla vigenza del regime di tutela in rapporto alla disciplina urbanistica in atto, ma nulla è detto sulle sue caratteristiche oggettive della zona, di talché possa essere ricondotta in taluna delle categorie elencate al menzionato art. 146 e tantomeno in ordine

all'esistenza di un provvedimento dichiarativo dell'interesse paesaggistico emesso ai sensi degli artt. 140 e segg. del d.lgs. predetto.

Il provvedimento di autotutela non si sottrae, in parte "*de qua*", alla censura di insufficienza ed inadeguatezza della motivazione, ove si consideri che esso interviene a salvaguardia dell'interesse di rilievo pubblico al corretto sviluppo urbanistico ed edilizio del territorio, la cui compromissione, prima di pervenire alla statuizione di annullamento d'ufficio, va valutata sul piano dell'effettività, in raffronto alle posizioni soggettive del privato beneficiario del provvedimento autorizzatorio.

2.1). Ove, come appare emergere dalle acquisizioni documentali di causa, il regime di tutela "*ex lege*" dell'area interessata dalla nuova edificazione debba essere ricondotto nella previsione di cui alla lett. m) dell'art. 146 del d.lgs. n. 490/1999 (poi art. 142 del d.lgs. n. 41/2004) che prende in considerazione le "*zone di interesse archeologico*", siffatta misura di vincolo appare adeguatamente salvaguardata all'interno del procedimento conclusosi con l' emissione del permesso a costruire n. 47/2003 e successivamente al suo rilascio. Si è già in precedenza detto che il permesso all'edificazione recava apposita clausola che imponeva alla Soc. ECOENERGIA "*di concordare preventivamente con la Soprintendenza (per i Beni Archeologici della Puglia) i modi ed i tempi degli scavi e/o delle indagini conoscitive a scopo archeologico*". La Soprintendenza rilasciava poi in data 30.04.2004 "*nulla osta per l'esecuzione dei lavori di scavo finalizzati alla realizzazione dell'impianto di centrale termoelettrica*" e da ultimo con nota n. 13650 del 12.08.2005, disponeva in via definitiva l'autorizzazione all'esecuzione dei lavori "*considerati gli esiti*

sostanzialmente negativi delle indagini archeologiche preventive (indagini topografiche, elettriche e saggi di scavo) effettuate sotto la sorveglianza di un archeologo ed con il controllo scientifico della Soprintendenza”.

Resta, quindi, escluso che la Soc. ECOENERGIA sia incorsa nella “*violazione delle raccomandazioni e prescrizioni specificatamente indicate nel permesso a costruire n. 47/2003, riguardanti il nulla osta rilasciato dal Soprintendente per i Beni Archeologici della Puglia*”. Risulta, invece, “*per tabulas*” che a dette raccomandazioni e prescrizioni la Società interessata si è pedissequamente attenuta, fermo restando che, una volta adempiuta la condizione apposta all’atto abilitativo, ogni successivo intervento di tutela dei beni di interesse archeologico va ricondotto nelle attribuzioni della locale Soprintendenza, quale autorità preposta alla tutela del vincolo, e non del Comune, cui compete la vigilanza sugli aspetti urbanistico/edilizio dell’intervento modificativo dell’assetto del territorio (art. 27, primo comma, del d.lgs. n. 380/2001, già art. 4 della legge n. 47/1985).

3). Come ultimo motivo giustificativo del provvedimento di annullamento d’ufficio il Comune di Modugno richiama l’avvenuta cancellazione della Soc. ECOENERGIA dal registro delle imprese che effettuano attività di smaltimento di rifiuti non pericolosi; ciò determinerebbe l’impossibilità di applicare le procedure semplificate a tal fine previste dall’art. 33 del d.lgs. n. 22/1997, in presenza delle quali l’allegato A alla L.R. 12.04.2001, n. 11, esclude l’obbligo di osservare la procedura di V.I.A.

Sul punto va confermata la conclusione cui è pervenuto il giudice di primo grado. Ciò che infatti rileva ai fini dell’applicazione dell’ipotesi di

esonero dalla V.I.A. sono le caratteristiche oggettive dell'impianto, in relazione alla possibilità di avvalersi del regime semplificato per lo smaltimento delle sostanze utilizzate per la produzione di energia, indipendentemente dalla circostanza che a ciò possa provvedervi o meno in via diretta il richiedente il permesso a costruire. Sotto ulteriore profilo, come posto in rilievo sia dall'appellante Soc. ECOENERGIA, sia dall'interveniente il Consorzio per lo Sviluppo Industriale dei Servizi Reali alle Imprese di Bari (ASI), il requisito soggettivo elevato dal Comune di Modugno a condizione del rilascio del permesso a costruire non viene in rilievo all'interno del procedimento di verifica della compatibilità urbanistica ed edilizia delle opere, ma presuppone il loro compimento, a seguito del quale è possibile formulare la denuncia dell'inizio dell'attività di smaltimento, con iscrizione nell'apposito registro dell'impresa a ciò preposta e la verifica d'ufficio della sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti.

Le considerazioni svolte in memoria dal Comune appellante sulla tipologia di sostanze qualificate "*altamente pericolose*" che potrebbero essere immesse nell'atmosfera a seguito del procedimento di combustione per la produzione di energia introducono un elemento che, a parte la genericità dell'asserzione, non si rinviene nella motivazione dell'atto di ritiro e di essa non può costituire integrazione postuma. L'annullamento del permesso a costruire è, infatti, intervenuto solo per l'assenza in capo alla Soc. ECOENERGIA del requisito formale di iscrizione nel registro delle imprese abilitate allo smaltimento di rifiuti non pericolosi. Nessuna attività di istruttoria tecnica risulta invece essere stata compiuta in merito ai risultati

Giuseppe Romeo	Consigliere
Lanfranco Balucani	Consigliere
Polito Bruno Rosario	Consigliere relatore ed estensore

Presidente

MARIO EGIDIO SCHINAIA

Consigliere

BRUNO ROSARIO POLITO

Segretario

VITTORIO ZOFFOLI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il..17/02/2006
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria