

Pubblicato il 05/11/2018

N. 06251/2018REG.PROV.COLL.
N. 01819/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1819 del 2018, proposto da
Consorzio per l'Area di Sviluppo Industriale di Caserta, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Ceceri,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto
presso lo studio Placidi s.r.l., in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

Calenia Energia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Cosimo Cuppone, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio
del difensore, in Roma, piazza d'Ara Coeli n. 1;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione
Sesta) n. 06102/2017.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Calenia Energia S.p.A.;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2018 il Cons. Silvia Martino;

Uditi, per le parti rispettivamente rappresentate, gli avvocati Paola Conticiani (su delega dell'avvocato Giuseppe Ceceri) e Antonio Cosimo Cuppone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Calenia Energia s.p.a., veniva autorizzata dal Ministero dello Sviluppo Economico con decreto n. 55/06/2004 del 10 maggio 2004 (autorizzazione unica) alla realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica, alimentato a gas naturale, da ubicare nell'area industriale di Sparanise in provincia di Caserta.

In data 2 marzo 2005, la società stipulava con il Consorzio A.S.I. di Caserta una convenzione con cui venivano stabiliti gli oneri per la realizzazione delle infrastrutture e delle opere di urbanizzazione necessarie all'area interessata dall'impianto autorizzato dal Ministero; in particolare veniva stabilito che Calenia Energia dovesse versare a titolo di costo di urbanizzazione l'importo di euro 95.601; tale importo veniva determinato a parziale compensazione delle opere che la stessa Calenia Energia si impegnavano a realizzare in favore del Consorzio, rappresentate da un «impianto di depurazione a disposizione delle aziende limitrofe che vorranno servirsene, oltre che delle necessarie infrastrutture primarie (tronco stradale e fognario nonché rete idropotabile)».

Con ricorso proposto innanzi al TAR per la Campania il Consorzio ASI sosteneva che i lavori effettivamente eseguiti dalla società non corrispondessero a quelli pattuiti, e in particolare lamentava che l'impianto di depurazione non fosse liberamente fruibile da tutte le aziende del comparto.

Chiedeva quindi che fosse dichiarato l'inadempimento contrattuale da parte delle Calenia Energia per violazione del punto 4 della convenzione stipulata che stabiliva che le opere infrastrutturali da realizzare e l'impianto di depurazione dovessero essere poste a servizio di tutte le società già insediate o da insediarsi nel comparto e, per l'effetto, dichiarare la risoluzione contrattuale e condannare la

società alla corresponsione, in favore del Consorzio, «della somma di euro 403.280,00 oltre iva ed oneri fiscali come per legge, nonché interessi legali e moratori a far data dalla stipula della convenzione (02.03.2005) e fino all'effettivo soddisfo, quale somma originariamente scomputata dall'importo degli oneri di urbanizzazione a carico della Calenia Energia S.p.A.», oltre al risarcimento dei danni.

2. Il TAR dichiarava il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

3. Il Consorzio ASI di Caserta ha impugnato siffatta declinatoria di giurisdizione, alla stregua delle argomentazioni che possono essere così sintetizzate.

Il primo giudice non ha attentamente valutato le funzioni dei Consorzi di sviluppo industriale, quali definiti dalla legislazione nazionale e, con più dettaglio, da quella regionale.

Nel caso di specie, la convenzione di cui il Consorzio ha lamentato l'inadempimento da parte di Calenia Energia è «servente e strumentale all'attività pubblicistica del Consorzio», la quale non concerne solo la pianificazione territoriale degli insediamenti ma anche la realizzazione e la gestione delle infrastrutture e dei servizi complementari i quali vengono finanziati con i corrispettivi che devono versare le imprese che realizzano e gestiscono impianti industriali negli agglomerati A.S.I.. Secondo il Consorzio appellante gli oneri economici e realizzativi dedotti nella convenzione a carico di Calenia Energia non sono, peraltro, oneri di urbanizzazione *ex art. 16 del d.P.R. n. 380/2001* ma corrispettivi economici dovuti al Consorzio *ex art. 5 della legge della Regione Campania n. 19/2013* per l'espletamento delle attività e dei servizi e per la realizzazione delle infrastrutture contemplati dalla normativa regionale.

Nel caso di specie, le delibere consortili (n. 231/2003 nonché n. 47/2005) e la relativa convenzione accessiva rientrano nel novero delle funzioni (obbligatorie e doverose) assegnate *ex lege* ai consorzi, per ciò stesso radicandosi la giurisdizione del g.a. ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, e/o dell'art. 133, comma 1, lett. f) del codice del processo amministrativo.

4. In data 28 marzo 2018 si è costituita, per resistere, la società Calenia Energia, svolgendo, in sintesi, le seguenti eccezioni e/o argomentazioni:

- in via preliminare, l'appello sarebbe inammissibile per violazione dell'art. 104, comma 1, del d.lgs. n. 104/2010, poiché il Consorzio avrebbe proposto doglianze ulteriori rispetto a quelle prodotte in prime cure. In particolare, in primo grado, il Consorzio ha incentrato le proprie argomentazioni sulla natura urbanistica della convenzione stipulata con Calenia Energia; prospettazione a cui la società ha opposto che il Consorzio non aveva attivato alcun procedimento amministrativo di ponderazione degli interessi, né aveva assegnato alla società alcuna area ove costruire la Centrale, essendo questa già di proprietà della società; né, ancora, aveva esercitato alcun potere pubblicistico di tipo pianificatorio o edilizio (spettante al MISE in forza della l. n. 55/2002);
- violerebbe quindi il divieto dei *nova* l'introduzione di profili ed argomentazioni che mutano l'oggetto e la causa in concreto del titolo giuridico sottostante, ossia della convenzione, che non sarebbe più una convenzione urbanistica ma altro accordo di natura pubblicistica:
- analogamente, solo in appello il Consorzio ha affermato che non assumerebbe alcun valore, per escludere la giurisdizione del giudice amministrativo, il fatto che la società abbia acquistato il terreno da sé, qualificando le delibere adottate come atti di ammissione della centrale nello spazio del Consorzio (cfr. pag. 9 dell'appello);
- nel merito (della questione di giurisdizione), la società ricorda che la costruzione e l'esercizio della Centrale è disciplinata dalla normativa speciale di cui alla l. n. 55/2002 e dalla conseguente autorizzazione unica. Inoltre, ai sensi dell'art. 1, commi 125 e 126 della l. n. della Legge 147/2013 (disposizioni che, secondo la società, costituiscono mera interpretazione autentica della legge n. 55/2002) la costruzione di centrali termoelettriche non è soggetta agli oneri di urbanizzazione, con esclusione, quindi, del relativo potere pubblicistico in capo al Consorzio;
- la legge regionale n. 19/2013, invocata dal Consorzio, non è applicabile alla fattispecie, in quanto la convenzione è stata stipulata nell'anno 2005;

- ammesso che la convenzione sia un accordo *ex art.* 11 della l. n. 241/90, l'appellante non ha specificato quali sarebbero i provvedimenti amministrativi che la convenzione va a sostituire, né ha indicato la norma attributiva del relativo potere;
- l'unica assegnazione di cui si può astrattamente discutere è quella relativa all'area di ubicazione dell'impianto;
- le "attività in materia di realizzazione, adeguamento e gestione di infrastrutture, di aree attrezzate e di servizi" invocate dal Consorzio, sarebbero comunque attività privatistiche;
- per le opere soggette al regime di cui alla l. n. 55/2002, il potere pianificatorio appartiene solamente allo Stato-MISE, avendo l'autorizzazione unica anche effetto di variante urbanistica;
- il procedimento di autorizzazione unica non ha mai richiesto e/o considerato come rilevante né il parere del Consorzio, né tantomeno la convenzione, che non si è quindi mai tradotta in uno specifico obbligo prescrizionale inserito nel provvedimento autorizzativo finale;
- l'ammissione all'interno del Consorzio consisterebbe in un atto di mero accertamento di un diritto già prefigurato dalla legge; la società invoca, al riguardo, la giurisprudenza della Cassazione civile in materia di contributi richiesti dai Consorzi A.S.I.;
- la radicale assenza di poteri autoritativi in capo al Consorzio si desumerebbe sia dal fatto che la costruzione di centrali termoelettriche, come la centrale, non è soggetta agli oneri di urbanizzazione, sia dall'acquisto da parte di Calenia Energia del sito di ubicazione della centrale termoelettrica in pieno regime dominicale privato *ex art.* 823 e ss. c.c..

La società ha riproposto, altresì, l'eccezione di difetto di competenza del TAR per la Campania, ai sensi degli articoli 14 e 135, lett. f) del d.lgs. n. 104/2010, trattandosi di controversia attinente ad una centrale termoelettrica di potenza superiore a 400 MW.

5. Il Consorzio ha depositato una memoria di "replica" in data 28.9.2018.

6. La società appellata ha eccepito l'inammissibilità di siffatta memoria in quanto, essendo in realtà una memoria conclusionale, avrebbe dovuto essere depositata entro il 25.9.2018.

7. L'appello, infine, è stato assunto in decisione alla camera di consiglio dell'11 ottobre 2018.

8. In via preliminare, deve procedersi allo stralcio della memoria di "replica" depositata dal Consorzio appellante in data 28.9.2018 e quindi oltre il termine di 15 giorni liberi previsto nei procedimenti in camera di consiglio (*ex art. 73, comma 1, e 87 comma 3, c.p.a.*) per la produzione di memorie.

Nel processo amministrativo non è infatti consentito utilizzare la memoria di replica ove quella conclusionale non contenga effettive controdeduzioni o, come nel caso di specie, non sia stata nemmeno redatta.

9. Va invece respinta l'eccezione della società controinteressata secondo cui le deduzioni del Consorzio in appello, incentrate su un diverso inquadramento giuridico della convenzione rispetto a quanto articolato in primo grado, modificherebbero il *thema decidendum* quale ivi delineato.

A tale riguardo, va infatti ricordato che, nel processo amministrativo, il c.d. divieto dei *nova* di cui all'art. 104, comma 1, c.p.a. non può impedire all'appellante di confutare tutte le argomentazioni poste a base della sentenza impugnata «perché le mere difese sono sempre esaminabili per la prima volta in grado di appello, mentre è l'impugnazione proposta per la prima volta in appello di atti rimasti estranei alla cognizione dei giudici del primo grado che è inammissibile» (Cons. St., Sez. V, 4 maggio 2016, n. 1754).

Inoltre, la qualificazione giuridica della domanda, e quindi l'accertamento della "*causa petendi*" in rapporto alla natura delle situazioni soggettive dedotte, spetta al giudice il quale, a tal fine, non è vincolato dalle prospettazioni e/o argomentazioni delle parti (cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. II, 10 maggio 2018, n. 11289; Cons. St., Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4979).

In tale prospettiva, può aversi una vera e propria *mutatio libelli* solo quando si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel

manutenzione degli impianti e delle attrezzature generali [...]».

I poteri esercitati dal Consorzio, nella fattispecie, sono disciplinati dalla legge della Regione Campania n. 16 del 13.8.1998, vigente all'epoca della stipulazione, secondo cui, per quanto qui interessa, «Nel quadro delle previsioni di programmazione socio-economica della Regione, i Consorzi A.S.I. promuovono, nell'ambito degli agglomerati industriali, delle aree, delle zone e dei nuclei di sviluppo industriale attrezzati da loro stessi, le condizioni necessarie per la creazione e lo sviluppo di attività imprenditoriali nei settori dell'industria e dei servizi alle imprese anche mediante la costituzione di società per la gestione dei servizi consortili, salvo le funzioni amministrative relative all'adozione di piani e di attrezzatura ambientale delle aree in essi comprese, le espropriazioni dei suoli ed eventuali accessioni da assegnare per attività industriali e dei servizi alle imprese, e gli atti di assegnazione degli impianti e di servizi consortili. I consorzi A.S.I. attivano, altresì, consulenze e servizi reali alle imprese» (art. 4, comma 1, legge ult. cit.).

In particolare, i Consorzi «progettano e realizzano le opere di urbanizzazione ed i servizi nonché attrezzano gli spazi pubblici o destinati alle attività collettive, a verde pubblico ed a parcheggi» (art. 4, comma 3, lett. a).

Gli impegni previsti dalla convenzione in esame in capo alla società riguardano, come già evidenziato, le opere necessarie alla infrastrutturazione dell'agglomerato industriale, sotto forma di contributo in denaro, ovvero mediante la realizzazione, a scomputo, di parte delle opere previste.

La loro funzione è quindi del tutto analoga a quella degli oneri di urbanizzazione trattandosi di corrispettivi di diritto pubblico di natura non tributaria dovuti per la partecipazione ai costi delle opere di urbanizzazione connesse all'edificazione.

Nell'ipotesi di richiesta di contributo per opere di urbanizzazione realizzate da un consorzio di sviluppo industriale, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno recentemente ribadito che, sebbene i predetti consorzi siano qualificati dalla l. n.

317 (art. 6) come enti pubblici economici, non tutte le loro attività sono da ricondurre al campo privatistico imprenditoriale, restandone escluse, ad

TOTALE COMPLESSIVO COSTI AGGIUNTIVI DOVUTI DALLA DIP. ASSEMBLARIA	91 (37)	30.896,39	TOTALE COMPLESSIVO COSTI AGGIUNTIVI DOVUTI DALLA DIP. ASSEMBLARIA	91 (37)	32.799,69
--	---------	-----------	--	---------	-----------

esempio, quelle di natura pubblicistica che attengono ai poteri inerenti alla “localizzazione industriale”.

Conseguentemente, hanno statuito che sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche nel caso in cui il contributo per la realizzazione delle opere di urbanizzazione sia richiesto da un consorzio per lo sviluppo industriale e non da un comune (Cass. civ., Sez. Un., 29 aprile 2015, n. 8619).

Ad analoghe conclusioni la Corte regolatrice è giunta anche in una fattispecie relativa ad oneri imposti da un consorzio ASI in relazione ad un’attività di vendita di immobili compresi nell’area consortile senza l’autorizzazione del consorzio medesimo (sentenza 9 luglio 2015, n. 14345).

In questa decisione la Corte di Cassazione ha richiamato la normativa statale che demanda alla normativa regionale di regolare i consorzi per le aree di sviluppo industriale (da ultimo, il d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, art. 26; in precedenza l’art. 65 del d.P.R. n. 616 del 1977 nonché il già cit. art. 36 della l. n. 317 del 1991), alla stregua della quale gli stessi, pur nella loro qualità di enti pubblici economici, si vedono attribuiti, per lo svolgimento delle loro attività, poteri pubblicistici sulle imprese insediate nell’ area consortile «che certamente, per il fatto stesso che tali poteri concernono un’area di un certo territorio che viene destinata alle attività di sviluppo industriale, sono riconducibili e sono incidenti su di essa» e dunque attengono «se non direttamente alla nozione di urbanistica e di edilizia, quantomeno ad un aspetto particolare dell’uso del territorio, determinato proprio dalla peculiarità dell’area o delle aree comprese nell’attività, ivi compresa quella di gestione, del consorzio».

In tale ottica, ha quindi evidenziato che ai consorzi in questione «competete, sulla base delle previsioni delle leggi regionali abilitate dal d.lgs. n. 112 del 1998, art. 26, un’attività di “gestione” delle aree consortili che certamente rappresenta un aspetto dell’uso del territorio, in ragione della loro peculiare destinazione allo sviluppo industriale».

Così, anche nel caso di specie, secondo la richiamata normativa regionale (ma in senso analogo dispone, come ricordato dall’appellante, la legge delle Regione

nelle controversie relative all'assegnazione di terreni da parte dei consorzi di sviluppo industriale (12 marzo 2004, n. 5178; *id.*, 29 aprile 2009, n. 9951).

E sempre le Sezioni Unite hanno da tempo evidenziato (sentenza n. 781 del 16.11.1999) che la posizione soggettiva dei privati assegnatari delle aree, nei confronti dei poteri del consorzio, non è di diritto soggettivo bensì di interesse legittimo.

Nel caso in esame, non giova poi alla società invocare la differente conclusione cui la Corte è pervenuta in materia di "contributi consortili" (ad esempio, 1 aprile 1999, n. 203), poiché essa concerne i corrispettivi dovuti per la fruizione dei servizi forniti dai consorzi e non già gli oneri per infrastrutture.

Tale distinzione, nella fattispecie, appare chiara anche nella formulazione della convenzione del 2 marzo 2005 in cui gli oneri "*per infrastrutture*" (art. 3) sono nettamente distinti dai contributi da versarsi annualmente dalla ditta «*per la gestione e manutenzione degli impianti e delle attrezzature generali*» (art. 7).

Infine, ai fini che qui occupano, è indifferente accertare se, alla stregua della normativa di settore invocata dalla società appellata, gli oneri pretesi dal Consorzio appellante siano effettivamente dovuti poiché tale questione appartiene al merito della pretesa azionata.

12. La società Calenia Energia ha riproposto la questione di competenza, non affrontata dal TAR in coerenza con la declinatoria di giurisdizione.

Tale questione non può tuttavia essere definita in seno al presente procedimento (limitato, *ex art.* 105, comma 2, c.p.a., al profilo della giurisdizione) ma dovrà essere preliminarmente vagliata dallo stesso TAR in sede di rinvio.

13. In definitiva, per quanto testé argomentato, l'appello merita accoglimento.

La causa, pertanto, deve essere rimessa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a..

14. Nella peculiarità del giudizio e nella relativa novità della specifica questione di giurisdizione controversa (solo recentemente definita dalle Sezioni Unite della Cassazione), il Collegio ravvisa le ragioni per l'integrale compensazione delle spese di entrambi i gradi del giudizio attinenti alla questione di giurisdizione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, di cui in premessa, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo e rimette la causa al giudice di primo grado ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 105, comma 1, c.p.a..

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Troiano, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Silvia Martino

IL PRESIDENTE

Paolo Troiano

IL SEGRETARIO