

ENERGIA: Fonti energetiche rinnovabili - Regolamento comunale per l'applicazione del canone concessorio - Impugnazione - Giurisdizione del g.a. - Avviso di pagamento - Contestazioni - Giurisdizione del g.o.

Tar Puglia - Bari, Sez. I, 30 maggio 2022, n. 776

“[...] sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo solo rispetto all'impugnazione del regolamento comunale per l'applicazione del canone concessorio non ricognitorio, mentre le contestazioni relative all'avviso di pagamento appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, con conseguente inammissibilità in parte qua dell'impugnazione proposta [...]”.

FATTO e DIRITTO

La X Elio Bonassisi S.r.l. premette di operare nel settore della produzione di energie da fonti rinnovabili.

In data 25.5.2011 la predetta Società e la Provincia di Foggia sottoscrivevano le convenzioni n. 168 e 169 disciplinanti le concessioni per l'occupazione permanente di spazi ed aree pubbliche provinciali relative ad un unico impianto di rete, che attraversa rispettivamente la SP n. 80 cat 1 dal km 8+320 al km 3+300 (concessione n. 168) e la SP n. 79, cat. 1 al km tra la sp 80 al km 6+180 (concessione n. 169).

Nelle suddette concessioni è stato previsto che la società istante fosse tenuta al pagamento di un canone fisso annuo pari ad euro 15,49 per occupazione permanente ai sensi del 2° comma dell'art. 405 del d.P.R. n. 495/92, nonché di una tassa annua (TOSAP) in dipendenza della lunghezza stradale occupata pari ad euro 464,82 per la concessione n. 168 e ad euro 77,47 per la concessione n. 169.

Relativamente all'area oggetto della concessione n. 168, a seguito del collaudo degli impianti di rete per la concessione, ENEL Distribuzione S.p.a. veniva immessa nel possesso gratuito degli stessi.

Relativamente all'area oggetto della concessione n. 169, a seguito del collaudo degli impianti di rete per la concessione, ENEL Distribuzione Spa veniva immessa nel possesso gratuito degli stessi; in data 15.7.2014, tramite atto notarile, i suddetti impianti venivano sarebbero stati anche definitivamente ceduti ad ENEL Distribuzione S.p.a.-.

Con deliberazione n. 44 del 19.11.2018, il Consiglio Provinciale di Foggia ha approvato il regolamento provinciale per l'applicazione del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (COSAP), con contestuale abrogazione del regolamento per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche e per l'applicazione e riscossione della relativa tassa (TOSAP).

Quindi la medesima Provincia, Settore Patrimonio e Tributi, Ufficio Tributi COSAP, in seguito, ha notificato alla ricorrente la nota prot. n. 17838 del 2.4.2019, avente ad oggetto “Avviso di pagamento

COSAP anno 2019”, nella quale invitava la società ricorrente a far pervenire, con riferimento alla Concessione n. 168, la somma di euro 87.217,00, e la nota prot. n. 17838 del 2.04.2019, avente ad oggetto “Avviso di pagamento COSAP anno 2019”, nella quale invitava la Società a fare pervenire, con riferimento alla Concessione n. 169, la somma di euro 174,00; in entrambi i casi con l’espreso avvertimento che, laddove il pagamento non fosse avvenuto entro il 30 aprile 2019, la p.a. avrebbe provveduto alla revoca della concessione ai sensi dell’art. 14, del Regolamento COSAP della Provincia di Foggia nonché all’applicazione delle sanzioni previste dall’art. 22 del D.lgs. n. 285/1992. Avverso gli atti in epigrafe ha proposto impugnativa l’interessata (con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, poi trasposto in sede giurisdizionale dinanzi al TAR per la Puglia), chiedendone l’annullamento, previa sospensione dell’esecuzione, sulla base dei seguenti motivi:

1) Violazione del legittimo affidamento, violazione del principio di irretroattività dei regolamenti amministrativi, violazione del principio di predeterminazione degli oneri concessori.

Il Regolamento COSAP della Provincia di Foggia, approvato in data 19.11.2018 e richiamato dall’amministrazione resistente nei provvedimenti impugnati, non potrebbe applicarsi al caso di specie, perché alcun articolo delle concessioni n. 168 e n. 169 sopra richiamate prevederebbe il pagamento a carico della Società di un importo COSAP, come disciplinato dall’attuale Regolamento. Le concessioni avrebbero stabilito che il titolare della concessione fosse tenuto a pagare un canone fisso annuo pari ad euro 15,49 per occupazione permanente ai sensi del 2° comma dell’art. 405 del DPR n. 495/92 (Codice della Strada), nonché una tassa annua (TOSAP) in dipendenza della lunghezza stradale occupata pari ad euro 464,82 per la concessione n. 168 e ad euro 77,47 per la concessione n. 169.

Nessun riferimento, dunque, al canone COSAP introdotto dall’attuale Regolamento, bensì solo al canone concessorio fisso di 14,49 euro di cui al Codice della Strada ed alla tassa TOSAP.

Vi sarebbe stata, quindi, una illegittima applicazione retroattiva del Regolamento COSAP a rapporti concessori sorti e consolidatisi sette anni prima della sua entrata in vigore e risalenti alle concessioni rilasciate nel 2011 in violazione dell’art. 11 disp. Prel. Cod. civ. e del principio del “tempus regit actum”.

L’applicazione retroattiva del regolamento avrebbe leso il legittimo affidamento della ricorrente nella mancata richiesta di corresponsione del canone COSAP, per cui l’impresa, alla data di acquisizione delle concessioni avrebbe organizzato la propria attività imprenditoriale, la gestione del proprio patrimonio e le spese in considerazione del pagamento dell’importo originario e non potendo supporre in alcun modo che la p.a. giungesse ad un ripensamento.

Né la ricorrente, al momento della successiva entrata in vigore del regolamento poteva presupporre che la p.a. avrebbe applicato lo stesso in via retroattiva a rapporti sorti e definiti in data precedente alla sua entrata in vigore, in violazione dei principi del legittimo affidamento e di predeterminazione degli oneri concessori.

L'applicazione retroattiva del Regolamento COSAP comprometterebbe l'equilibrio finanziario della ricorrente, poiché inciderebbe significativamente sulle scelte imprenditoriali dell'impresa, ragionate e calibrate proprio con riferimento agli oneri e delle spese su cui la ricorrente aveva riposto affidamento al momento dell'acquisizione delle concessioni;

2) Violazione art. 44 Regolamento COSAP. Violazione del principio di partecipazione al procedimento amministrativo e degli artt. 7 e ss. della L. 241/1990.

La p.a. avrebbe notificato alla società ricorrente gli avvisi di pagamento, senza preventivamente comunicare le prescrizioni di adeguamento del canone e senza attendere che la ricorrente manifestasse la propria adesione ex art. 44 del Regolamento COSAP.

La modifica unilaterale delle condizioni della concessione costituirebbe un provvedimento di secondo grado, mediante il quale la Provincia ha inciso autoritativamente sull'affidamento del privato: in tal senso sarebbe stato necessario che la p.a., avviasse un contraddittorio con il privato volto al contemperamento degli interessi pubblici e privati e consentisse di controdedurre rispetto alla determinazione della p.a.-;

3) Difetto di legittimazione passiva.

La società ricorrente non potrebbe essere individuata quale soggetto passivo del pagamento, in quanto a seguito del collaudo degli impianti di rete per la connessione, ENEL Distribuzione Spa sarebbe stata immessa nel possesso gratuito degli stessi.

Con specifico riferimento alla concessione n. 168/2011, si rappresenta, inoltre, che detto impianto di rete per la connessione ad Enel Distribuzione S.p.a., è stato ceduto con atto notarile in data 14.7.2014. Per cui la ricorrente non sarebbe tenuta a versare all'ente alcun importo COSAP neppure in via solidale o subordinata;

4) Violazione art. 63, comma 2, lett. f) del D. Lgs. n. 446 del 1997; violazione art. 27, lett. B) del Regolamento COSAP della Provincia di Foggia

A seguito del collaudo degli impianti di rete per la connessione, ENEL Distribuzione Spa è stata immessa nel possesso gratuito degli stessi; l'attività di distribuzione dell'energia da fonte rinnovabile presso la collettività, svolta da ENEL Distribuzione Spa, costituirebbe un servizio pubblico per cui il pagamento del canone dovrebbe essere forfetario.

Pertanto la società sarebbe comunque tenuta a pagare un importo COSAP forfetario, essendo l'occupazione di un impianto strumentale da parte di ENEL, destinata alla distribuzione dell'energia da fonte rinnovabile presso la collettività ed integrando l'attività di erogazione dell'energia presso la generalità dei cittadini un servizio pubblico.

Quanto sopra dedotto vale a maggior ragione per quanto concerne la concessione 168/2011.

Con specifico riferimento alla concessione n. 169/2011, occorrerebbe considerare l'attività svolta dalla Società ricorrente, in conseguenza dell'allaccio ai cavidotti alla rete elettrica nazionale (e del relativo collaudo), come strumentale al servizio pubblico di distribuzione dell'energia svolto da ENEL ai sensi dell'art 63 del D.lgs. n. 446 del 1997: per cui gli avvisi di pagamento dovrebbero essere illegittimi essendo previsto il pagamento del canone ordinario in luogo di quello forfetario;

5) Illegittimità del Regolamento COSAP per violazione dell'art. 63 D.lgs. n. 446/1997.

Il Regolamento violerebbe la succitata disposizione, in quanto non avrebbe previsto alcuna agevolazione per occupazioni – come quella in esame - di speciale interesse pubblico perché darebbe luogo ad beneficio riducendo l'impatto ambientale a vantaggio della collettività.

Il Regolamento COSAP avrebbe dunque dovuto annoverare le occupazioni permanenti finalizzate alla produzione di energia fotovoltaica tra quelle di pubblico interesse e sottoporle ad un canone differenziato da quello ordinario e certamente agevolato: in tal senso il Regolamento sarebbe in contrasto con l'art. 63 del D.lgs. n. 446/1997.

La provincia di Foggia si è costituita in giudizio eccependo in via preliminare la tardività del ricorso con il quale si impugna il Regolamento COSAP presupposto, approvato dalla Provincia di Foggia con deliberazione n. 44 del 19.11.2018 e pubblicata nell'Albo Pretorio dal 27.11.2018 al 12.12.2018, già lesivo della posizione giuridica della ricorrente, posto che il ricorso è stato notificato il 30.7.2019. Inoltre, eccepisce il difetto di giurisdizione di questo Tribunale in favore del giudice ordinario ex art. 133, comma 1, lett. b, c.p.a. in relazione all'impugnazione degli avvisi di pagamento per l'anno 2019 E-distribuzione S.p.A., si è costituita in giudizio eccependo anch'essa il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo quanto agli avvisi di pagamento e l'infondatezza della domanda formulata nei suoi confronti.

Alla pubblica udienza dell'11 maggio 2022 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

1. In via preliminare, il Tribunale rileva il parziale difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, con riferimento all'impugnazione della nota prot. n. 17838 del 2.4.2019, avente ad oggetto “avviso pagamento COSAP – anno 2019”, emessa dalla Provincia di Foggia, Settore Patrimonio e Tributi, per l'importo di euro 87.217,00, dovendosi pertanto accogliere l'eccezione formulata dalla difesa della provincia di Foggia e di E – Distribuzione S.p.a.-.

La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste, infatti, solo in relazione alla contestazione del regolamento, mentre l'impugnazione dell'avviso di pagamento è compresa in quella del giudice ordinario.

Una volta ricondotta la materia del contendere tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di beni pubblici, è consequenziale escludere da essa la contestazione dell'avviso di pagamento, che integra un atto paritetico di mera quantificazione del debito vantato dall'amministrazione sulla base di criteri predeterminati in modo vincolante.

1.1. Per quest'ultimo profilo, la controversia coinvolge solo questioni meramente patrimoniali concernenti la quantificazione del debito, mentre non attiene all'*an* della pretesa debitoria, che è contestata attraverso l'impugnazione del regolamento, fonte del debito affermato dall'amministrazione. L'avviso di pagamento non sottende l'esercizio di un potere autoritativo, speso dall'amministrazione in sede di adozione del regolamento, ma di un potere paritetico, sottratto alla cognizione del giudice amministrativo, in coerenza con il citato art. 133 lett. b) c.p.a., che esclude dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di beni pubblici le controversie relative ad indennità, canoni ed altri corrispettivi.

1.2. Né la giurisdizione amministrativa è radicabile invocando il fatto che l'impugnazione nel suo complesso ha ad oggetto il rapporto pubblicistico, sicché la contestazione dell'avviso di pagamento sarebbe solo strumentale alla contestazione del rapporto. Tale argomentazione, spesso utilizzata a livello giurisprudenziale per individuare le ipotesi in cui, in relazione ad uno specifico rapporto concessorio, la contestazione non abbia ad oggetto questioni solo patrimoniali, ma incida sulla concessione, trattandosi di doglianze che mettono in discussione i poteri e gli obblighi delle parti secondo quanto risulta dal titolo concessorio, non è infatti invocabile nella presente controversia, la quale non ha ad oggetto l'esistenza di uno specifico rapporto concessorio, od il suo contenuto, o la misura dei poteri e dei doveri gravanti sulle parti di tale rapporto, ma solo il potere dell'amministrazione di determinare, con atto regolamentare adottato ai sensi dell'art. 27 del codice della strada, la debenza e la misura del c.d. canone patrimoniale non ricognitorio, in dipendenza dell'uso che taluno faccia della sede stradale. In tale contesto, l'impugnazione dell'avviso di pagamento non è il veicolo per portare la contestazione sulla sostanza di un rapporto pubblicistico, poiché il titolo della pretesa non è costituito da un particolare rapporto pubblicistico, ma dalla disciplina regolamentare parimenti impugnata e, come evidenziato, sicuramente compresa nella giurisdizione del giudice amministrativo.

1.3. Neppure valgono in senso contrario i riferimenti ad esigenze di concentrazione ed economia processuale, in quanto, come è noto, la giurisdizione non è derogabile per ragioni di connessione.

L'avviso di pagamento è dunque rilevante nel caso di specie solo ai fini della dimostrazione in fatto dell'interesse attuale all'impugnazione, stante il carattere non immediatamente lesivo delle norme regolamentari impugnate, la cui attitudine pregiudizievole si manifesta in modo concreto solo quando l'amministrazione, ritenendo una particolare fattispecie compresa nella previsione regolamentare, faccia applicazione della nuova disciplina, quantificando la propria pretesa patrimoniale.

1.4. In conclusione, deve pertanto essere ribadito che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo solo rispetto all'impugnazione del regolamento comunale per l'applicazione del canone concessorio non ricognitorio, mentre le contestazioni relative all'avviso di pagamento appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, con conseguente inammissibilità in parte qua dell'impugnazione proposta" (cfr., *ex multis*, TAR Lombardia – Milano, 8.8.2019, n. 1867; *idem*, 5 novembre 2015, n. 2337 nonché TAR per la Puglia, Bari, sez. I, 4.2.2020, n. 184).

2. È possibile procedere, quindi, all'esame della eccezione di tardività della impugnazione avverso la delibera n. 44 del 19.11.2018 della Provincia di Foggia che ha introdotto il nuovo Regolamento Cosap.

A tale riguardo non può condividersi la tesi dell'amministrazione provinciale atteso che – per giurisprudenza ormai pacifica – l'efficacia lesiva del regolamento si concretizza solo nel momento in cui l'ente locale palesi la volontà di darci applicazione mediante l'adozione di specifici atti come quelli sopra esaminati di quantificazione del canone dovuto (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, sentenze nn. 1248/2020 e 5750/2019; *idem*, Cons. Stato, sez. VI, n. 994/2015 e n. 995/2015).

3. È possibile procedere così all'esame delle restanti censure.

3.1. Con il primo motivo si contesta la violazione del legittimo affidamento e del principio di irretroattività dei regolamenti amministrativi nonché la, violazione del principio di predeterminazione degli oneri concessori determinata dalla approvazione del regolamento COSAP in questione.

La tesi non convince.

A tal riguardo il giudice di appello ha già affermato che in proposito *“un rapporto amministrativo di così lunga durata come quello insorto per effetto degli atti concessori di cui si discute, è necessariamente esposto allo ius superveniens (come pure, evidentemente, alle sopravvenienze fattuali) e che ciò possa, a partire dall'instaurazione del rapporto, aprire a profili di disciplina innovativi immediatamente applicabili (essendo, per comune principio, sottratti alla disciplina normativa sopravvenuta solamente i rapporti esauriti); nel caso di specie, peraltro, i concessionari erano pienamente a conoscenza della possibilità che la Provincia procedesse alla sostituzione della T.O.S.A.P. con il C.O.S.A.P., visto che la norma primaria è stata introdotta nel 1997.*

Considerato, poi, che il nuovo regolamento, approvato con la delibera consiliare n. 44 del 19 novembre 2018 (pubblicata nell'albo pretorio dell'amministrazione dal 27 novembre 2018 al 12 dicembre 2018), applicabile ai sensi dell'art. 44 anche alle concessioni in corso, è efficace a far tempo dal 2019, è possibile escludere ogni portata retroattiva per le annualità pregresse (cfr., al riguardo, C.d.S., n. 2572 del 2019, cit.)” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24.12.2020, n. 8302).

Va inoltre considerato che il nuovo regolamento, approvato con la delibera consiliare n. 44 del 19 novembre 2018 (pubblicata nell'albo pretorio dell'amministrazione dal 27 novembre 2018 al 12 dicembre 2018), applicabile ai sensi dell'art. 44 anche alle concessioni in corso, è efficace a decorrere dal 2019, per cui è possibile escludere ogni portata retroattiva per le annualità pregresse (cfr., al riguardo, Cons. Stato, n. 2572 del 2019, cit.).

3.2. Né sussiste la violazione del principio del legittimo affidamento, in quanto si è trattato di una riforma snodatasi all'esito di un lungo *iter* che ha preso abbrivio dalla previsione che ha introdotto il Canone per l'Occupazione di Spazi ed Aree Pubbliche (art. 63 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446) nel corso del quale si è giunti alla trasformazione della tassa in corrispettivo e ciò a fronte di una concessione, di durata quasi trentennale.

Tutto ciò non senza considerare che, sia la concessione n.168 che la concessione n.169, rilasciate in favore del ricorrente, al punto 17 delle “PRESCRIZIONI GENERALI” prevedono che “*ogni eventuale variazione che potrà intervenire successivamente circa l'ammontare delle somme in questione sarà automaticamente estesa alla presente concessione*”.

4. Deve essere disatteso anche il secondo motivo

Come correttamente eccepito dalla difesa dell'Amministrazione, l'art. 44 del Regolamento COSAP, rubricato “Norma finale e transitoria”, stabilisce il rinnovo automatico delle concessioni di spazi ed aree pubbliche in corso alla data di entrata in vigore del regolamento mediante il pagamento del canone risultante dall'applicazione della nuova tariffa, così come comunicata dal competente servizio, in coerenza con quanto stabilito dall'art.64, comma 1, del D.Lgs.n.446/1997, secondo il quale “*...le concessioni di spazi ed aree pubbliche, rilasciate anteriormente alla data dalla quale hanno effetto i regolamenti previsti negli articoli 62 e 63 , sono rinnovate a richiesta del relativo titolare o con il pagamento del canone ivi previsto, salva la loro revoca per il contrasto con le norme regolamentari*”.

Pertanto, il rapporto concessorio in essere prosegue con il mero pagamento del canone, in una logica di semplificazione procedimentale.

4.1. Come chiarito dal Consiglio di Stato, con la sentenza n. 7449 del 2020, l'art. 44 in questione non impone alcun mutamento del titolo, in quanto esso ha lo scopo di evitare la decadenza della

concessione mediante il pagamento del canone, a decorrere dal 2019 e, quindi, senza alcuna portata retroattiva.

Né sussiste la dedotta violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990 alla luce di quanto previsto dall'art. 13 - Ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione - atteso che l'avversato regolamento della provincia rientra tra gli amministrativi generali, per i quali la disposizione esclude l'applicazione anche della comunicazione di avvio del procedimento. Considerato, peraltro, quanto già osservato in ordine alla sequenza degli atti normativi e di regolazione in discussione, per i quali si rinvia ai precedenti punti 3.1 e 3.2.-.

5. Per quanto concerne il terzo motivo, deve richiamarsi quanto già osservato in precedenza sul difetto di giurisdizione di questo giudice, trattandosi di questioni devolute alla competenza del giudice ordinario; ciò anche alla stregua della decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui "le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi riservate, in materia di concessioni amministrative, alla giurisdizione del giudice ordinario sono quelle contrassegnate da un contenuto meramente patrimoniale, attinente al rapporto interno tra p.a. concedente e concessionario del bene, contenuto in ordine al quale la contrapposizione tra le parti si presta ad essere schematizzata secondo il binomio "obbligo-pretesa", senza che assuma rilievo un potere di intervento riservato alla p.a. per la tutela di interessi generali" (Cass. civ., Sez. un., n. 411/2007).

Tale pronuncia ha trovato successiva e più recente conferma nella decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 4.9.2018, n. 21597, la quale ribadisce che l'articolo 133, comma 1, lett. b) c.p.a., nel prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, fa espressamente salve le liti aventi ad oggetto, appunto, "indennità, canoni o altri corrispettivi".

6. In relazione al quarto mezzo si ribadisce la giurisdizione del Giudice ordinario per le ragioni sopra esposte.

7. Deve essere disatteso anche il quinto motivo con il quale si denuncia la "illegittimità del Regolamento COSAP per violazione dell'art. 63 D.lgs. n. 446/1997", in particolare del comma 2, lettera e), il quale prevede speciali agevolazioni per occupazioni ritenute di particolare interesse pubblico e, in particolare, per quelle aventi finalità politiche ed istituzionali.

A tal riguardo si osserva che la relazione allegata alla delibera chiarisce *"la distinzione tra soggetti occupanti che svolgono attività di erogazione di pubblici servizi e soggetti che diversamente svolgono attività di produzione e trasporto di energia prodotta da fonti energetiche rinnovabili; nel primo caso sussiste il servizio pubblico, mentre nel secondo caso si tratta di un'attività che si pone come presupposto della successiva attività di erogazione del servizio di energia, con la conseguenza che*

non rientra nell'ambito della disciplina di agevolazione per occupazioni di interesse pubblico” (cfr. Cons. Stato, n. 7449 del 2020 cit.).

8. Infine, la sentenza del TAR Lecce, sez. II, n. 998 del 1.6.2012, richiamata dalla ricorrente a supporto delle proprie tesi, è stata riformata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1786 del 2013. Per le ragioni esposte il ricorso deve essere respinto.

La complessità delle questioni esaminate e la parziale novità della vicenda, con particolare riferimento alla emanazione del regolamento impugnato, giustifica la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile, limitatamente al terzo e quarto motivo di ricorso, per difetto di giurisdizione che declina in favore del G.O.-.

Spese integralmente compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere, Estensore

Maria Luisa Rotondano, Consigliere

L'ESTENSORE

Vincenzo Blanda

IL PRESIDENTE

Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO