

**N. 05000/2013REG.PROV.COLL.
N. 06228/2012 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6228 del 2012, proposto da:

Comune di Santeramo in Colle, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Paccione e Mario Simone, con domicilio eletto presso lo studio del dott. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

O.R.P. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Cristina Lenoci e Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Cola di Rienzo, n. 271;

Regione Puglia, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Tiziana Colelli, con domicilio eletto presso la Delegazione della Regione Puglia, in Roma, via Barberini, n. 36;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia – Bari, Sezione I, n. 01322/2012, resa tra le parti, concernente silenzio su domanda di rilascio autorizzazione per la realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da biomasse.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le proprie ordinanze 17 ottobre 2012 n. 4148 e 15 gennaio 2013 n. 174;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della O.R.P. s.r.l. e della Regione Puglia;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2013 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Paccione, Lentini, Lenoci e Altamura, per delega dell'avvocato Colelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La O.R.P. s.r.l. ha proposto ricorso presso il T.A.R. Puglia, sede di Bari, per l'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Puglia (o dal Comune di Santeramo in Colle) in ordine alla sottoscrizione della convenzione e dell'atto di impegno prodromici al rilascio dell'autorizzazione unica ex art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 per la costruzione e l'esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica da biomasse, sito nel Comune di Santeramo in Colle, in c.da. Montefungale; nonché per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio stesso e del conseguente diritto della ricorrente (anche ai sensi dell'art. 31, comma 3, del c.p.a.) al rilascio

dell'autorizzazione unica, per la nomina di un commissario "ad acta" e per il risarcimento del danno, ex art. 117, comma 6, ed art. 30, commi 2 e 4, del c.p.a..

Con la sentenza in epigrafe indicata la Sezione I di detto T.A.R. ha accolto il ricorso ed ha conseguentemente ordinato alla Regione Puglia e al Comune di Santeramo in Colle di provvedere, nel termine di trenta giorni, alla sottoscrizione con la O.R.P. s.r.l. della convenzione e dell'atto di impegno propedeutici al rilascio di detta autorizzazione unica, nonché alla Regione Puglia di provvedere, nel termine di trenta giorni, al rilascio della autorizzazione stessa.

Con il ricorso in appello in esame il Comune di Santeramo in Colle ha chiesto l'annullamento della citata sentenza deducendo le seguenti censure:

1.- "Errores in iudicando": inammissibilità del ricorso di primo grado.

La sentenza è errata nella parte in cui ha negato natura contrattuale ad atti paritetici ed ha invece riconosciuto loro natura provvedimentoale e conseguente soggezione alla giurisdizione del giudice amministrativo (G.A.) e all'art. 11 della l. n. 241/1990.

Erroneamente sono stati qualificati la convenzione e l'atto di impegno accordi integrativi sul contenuto del provvedimento.

Non è stato tenuto conto del capo 3 del dispositivo della determinazione commissariale n. 103/2011, mai impugnata.

2.- "Errores in iudicando". Violazione dell'art. 31, commi 2 e 3 del c.p.a.. Irricevibilità del ricorso di primo grado.

Il T.A.R. ha respinto la eccezione di tardiva proposizione del ricorso di primo grado nell'erroneo assunto che il termine per la proposizione del ricorso contro il silenzio sia quello prescrizionale.

3.- “Errores in iudicando”. Violazione dell’art. 31, comma 2, del c.p.a..

Il T.A.R. ha erroneamente ritenuto che fossero sussistenti tutti i presupposti per ritenere accertata la fondatezza della pretesa, ordinando alle Amministrazioni convenute di provvedere alla sottoscrizione della convenzione e dell’atto di impegno.

Con atto notificato il 21.9.2012 e depositato il 22.9/2.10.2012 si è costituita in giudizio (ed ha inteso proporre anche appello incidentale) la O.R.P. s.r.l., che, evidenziato in particolare che gli atti in questione erano riconducibili al modello dei contratti di diritto pubblico, ha dedotto la infondatezza dell’appello, concludendo per la reiezione; in subordine ha chiesto l’annullamento della sentenza di cui trattasi, da riformare ai fini almeno della statuizione sull’obbligo a provvedere alla conclusione del procedimento.

La Regione Puglia, con memoria depositata il 22.9.2012, si è costituita in giudizio, riproponendo le medesime ragioni dedotte in primo grado e chiedendo l’accoglimento dell’appello; successivamente, con memoria depositata il 12.10.2012, ha, in particolare, evidenziato la illogicità e la contraddittorietà della impugnata sentenza laddove ha affermato che la Regione può rilasciare l’autorizzazione unica solo dopo la sottoscrizione dell’atto di impegno e convenzione tra il Comune e la società e poi ha ordinato alla Regione di sottoscrivere detto atto, pur competendo ciò al Comune, e di rilasciare entro trenta giorni la autorizzazione per la realizzazione dell’impianto.

Con ordinanza 17 ottobre 2012 n. 4148 la Sezione ha accolto la istanza di sospensione della efficacia della sentenza impugnata nell’assunto che, ad un primo e sommario esame, l’appello cautelare appariva assistito da “fumus

boni juris”, con riferimento ai motivi C.2) e C.3).

Con memoria depositata il 27.11.2012 la O.R.P. s.r.l., evidenziata in particolare la tempestività del ricorso di primo grado, ha insistito per la reiezione dell'appello.

Con memoria depositata il 28.11.2012 il Comune appellante ha eccepito la inammissibilità della produzione di documenti nuovi in appello da parte della O.R.P. s.r.l. e quella dell'appello incidentale (per carenza di “petitum” e di “causa petendi”), nonché ha ribadito la fondatezza dell'appello.

Con memoria depositata il 3.12.2012 la O.R.P. s.r.l. ha replicato deducendo che solo parte della documentazione prodotta era diversa da quella di primo grado e che sarebbe comunque indispensabile al fine di dirimere dubbi sulla tardività del ricorso di primo grado; inoltre ha asserito che i motivi dell'appello incidentale si deducono dal contenuto del controricorso ed ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 3.12.2012 il Comune ha a sua volta replicato alle avverse argomentazioni.

Con ordinanza 14 dicembre 2012/15 gennaio 2013 n. 174 la Sezione ha disposto la acquisizione, a cura della Regione Puglia e del Comune di Santeramo in Colle, di documentazione ritenuta rilevante ai fini del decidere.

Il Comune appellante, con memoria depositata il 30.4.2013, ha dedotto che l'esito della disposta istruttoria ha confermato la fondatezza del gravame ed ha ribadito tesi e richieste; con successiva memoria depositata il 21.6.2013 ha eccepito la inammissibilità della produzione di documentazione in data 18.6.2013 da parte della O.R.P. s.r.l. e ne ha dedotto la irrilevanza, insistendo nelle già rassegnate decisioni.

La O.R.P. s.r.l., con memoria depositata il 22.6.2013, ha insistito, alla luce della prodotta documentazione, per la riezione dell'appello principale e per l'accoglimento, in subordine, di quello incidentale, con statuizione dell'obbligo di provvedere a carico della Regione e del Comune; con successiva memoria depositata il 28.6.2013 ha replicato alle avverse deduzioni ed ha contestato la fondatezza di asserzioni contenute nelle relazioni della Regione e del Comune prodotte a seguito della istruttoria disposta dalla Sezione. Ha quindi insistito per la riezione dell'appello principale e, in subordine, per l'accoglimento di quello incidentale.

Con note depositate il 28.6.2013 il Comune appellante ha replicato alle avverse deduzioni, contestando la rilevanza delle nuove produzioni documentali della O.R.P. s.r.l. ed insistendo nelle già rassegnate conclusioni.

Alla udienza in camera di consiglio del 9.7.2013 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dal Comune di Santeramo in Colle, di annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla O.R.P. s.r.l. per l'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Puglia (o dal Comune di Santeramo in Colle) in ordine alla sottoscrizione della convenzione e dell'atto di impegno, prodromici al rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica da biomasse; inoltre per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio serbato da detta Regione e del conseguente

diritto al rilascio dell'autorizzazione unica, infine per la nomina di un commissario "ad acta" e per il risarcimento del danno. Con la sentenza è stato ordinato alla Regione e al Comune citati di provvedere, nel termine di trenta giorni, alla sottoscrizione con la O.R.P. s.r.l. della convenzione e dell'atto di impegno propedeutici al rilascio di detta autorizzazione unica, nonché è stato ordinato alla Regione di provvedere, nel termine di trenta giorni, al rilascio della autorizzazione stessa.

2.- Con il primo motivo di appello il Comune di Santeramo in Colle ha sostenuto la erroneità della sentenza nella parte in cui ha affermato la sussistenza della giurisdizione del G.A. in materia di accertamento di silenzio inadempimento in relazione alla sua richiesta di sottoscrizione di una convenzione di diritto privato, negando natura contrattuale ad atti paritetici e riconoscendo loro natura provvedimento in quanto accordi integrativi sul contenuto del provvedimento ex art. 11 della l. n. 241/1990. Erroneamente sarebbero stati qualificati tali la convenzione e l'atto di impegno, in quanto la lettura degli allegati "A", "B" e "C" alla deliberazione commissariale n. 103/2011 ne dimostrerebbe la natura negoziale; comunque gli accordi integrativi non sarebbero assoggettabili alla procedura del silenzio inadempimento, come dimostrato dall'inimpugnato art. 3 dell'atto integrativo della convenzione, che contempla ulteriori obblighi (di cessione di area, di realizzazione di opere di urbanizzazione e di trasmissione di vincolo delle aree a parcheggio) ai quali la società non ha mai dimostrato di poter ottemperare.

Peraltro, secondo il Comune, poiché le trattative volte alla stipula degli accordi di cui trattasi sono frutto della libera volontà del Comune stesso e della società, mentre la titolarità del potere di rilascio della autorizzazione è

della Regione Puglia, non poteva sussistere accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento senza la partecipazione negoziale dell'Ente titolare del potere amministrativo, cioè della Regione Puglia, in presenza di atti predisposti dal solo Comune appellante.

Detti allegati sarebbero stati quindi qualificabili come mere proposte contrattuali dal contenuto negoziale non coercibile, come tali non soggette alla procedura del silenzio rifiuto.

2.1.- Premette la Sezione che con la impugnata sentenza è stata respinta la eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione formulata dalla difesa comunale, non essendo stata condivisa la qualificazione da essa operata in merito alla natura privatistica delle convenzioni e dell'atto di impegno [ai sensi dei punti 2.3.5. e 2.3.6. dell'Allegato A della delibera di giunta regionale (G.R.) n. 35/2007 e della L.R. n. 31/2008], i cui schemi sono stati approvati dal commissario straordinario con determinazione n. 103/2011.

Detti atti, che prevedono vari obblighi a contenuto eterogeneo (comprensivi di interventi di riqualificazione e ristoro ambientale a carico della società proponente al fine del rilascio dell'autorizzazione unica), sono stati qualificati accordi integrativi sul contenuto del provvedimento (la autorizzazione unica) di cui all'art. 11 legge n. 241/1990 e successive modificazioni, aventi ad oggetto, diversamente dal contratto, "la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento", ovvero la sua sostituzione, nell'ambito di un principio di generale "consensualità" dell'azione amministrativa, o più precisamente, di negoziazione delle modalità di esercizio del potere discrezionale.

Il T.A.R. ha quindi aderito alla tesi c.d. "pubblicistica" nell'assunto che,

diversamente dai contratti anche “ad oggetto pubblico”, che regolano gli aspetti patrimoniali di un provvedimento già sorto, gli accordi rappresentano moduli convenzionali che precedono l’atto autoritativo, regolandone contenuto e condizioni nei limiti dei vincoli direttamente posti dalla legge, per definizione non negoziabili.

A detta qualificazione giuridica delle convenzioni e dell’atto di impegno di cui trattasi è stata fatta conseguire, in ipotesi di inerzia dell’Amministrazione titolare del potere di provvedere sul contenuto dell’accordo, la piena ammissibilità dell’azione “contra silentium”, rivestendo la posizione sostanziale del privato che ha pattuito l’accordo la consistenza di interesse legittimo di tipo pretensivo in riferimento all’esercizio di un potere di natura autoritativa, seppur in forma “mediata”.

2.2.- Osserva in linea generale la Sezione che, come è noto, le controversie che rientrano nella giurisdizione del Giudice ordinario sono unicamente quelle nelle quali non entra in gioco alcun potere autoritativo dell’Amministrazione a tutela di interessi generali; ove, invece, la controversia coinvolga l’esercizio di poteri discrezionali, ovvero la verifica dell’azione autoritativa della Amministrazione sul rapporto sottostante, oppure investa l’esercizio di poteri discrezionali - valutativi dell’intero rapporto, allora entra in gioco la competenza giurisdizionale del Giudice amministrativo.

L’autorizzazione unica, rilasciata, previa conferenza di servizi, all’esito del procedimento unico di cui all’art. 12 del d. lgs. n. 387/2003, assorbe in sé tutte le procedure previste dalla normativa vigente, per una valutazione complessiva e contestuale di tutti gli interessi coinvolti; in tale ambito la Regione è tenuta a svolgere una funzione fondamentale valutativa e

volitiva, ai fini dell'emanazione dell'autorizzazione unica, e non meramente partecipativa in seno alla conferenza di servizi.

Ai fini del rilascio di detta autorizzazione unica la decisione collegiale della Conferenza di servizi si connota come atto presupposto alla decisione finale, atteso che il procedimento si conclude con un autonomo provvedimento adottato individualmente, al di fuori di detta Conferenza (e cioè dopo che la stessa ha esaurito la sua funzione), dalla sola Amministrazione procedente, cui, ai sensi dell'art. 12 sopra citato, è attribuita la cura dell'interesse specifico di settore (allo sviluppo della politica energetica ed al controllo sull'uso delle fonti di energia alternativa).

Quindi, mentre l'atto conclusivo dei lavori della conferenza si concreta in un atto istruttorio endo-procedimentale "a contenuto consultivo", l'atto conclusivo del procedimento è il provvedimento finale (a rilevanza esterna) con cui l'Amministrazione decide a seguito di una valutazione complessiva.

La Regione Puglia, con la deliberazione n. 16183 del 17.11.2010, per quanto emerso dalla Conferenza dei servizi e a seguito di successive verifiche, ha dato atto che il procedimento di autorizzazione in questione si era concluso positivamente ed ha invitato la società istante a trasmettere copie del progetto definitivo, ad ottemperare a quanto previsto per oneri di monitoraggio, alla sottoscrizione dell'atto di impegno e della convenzione con il Comune interessato dall'intervento e, a conclusione dell'iter procedurale e prima dell'emissione del provvedimento di rilascio della autorizzazione unica, a dimostrare la piena disponibilità dei terreni.

Il ricorso di primo grado era volto all'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dalla Regione o dal Comune in ordine alla sottoscrizione della convenzione e dell'atto di impegno prodromici al rilascio della

autorizzazione unica e alla declaratoria del diritto al rilascio di questa; sicché non può che confermarsi la piena giurisdizione del G.A. sul sostanziale “petitum” fatto valere, identificabile nell’interesse legittimo al corretto esercizio dei sopra richiamati poteri autoritativi ai fini del rilascio della autorizzazione unica, e l’ammissibilità del ricorso alla procedura di cui all’art. 31 del c.p.a..

2.3.- Aggiungasi che gli atti da sottoscrivere, pure investiti dal ricorso contro il silenzio di cui trattasi, sono stati, secondo il Collegio, correttamente assimilati dal T.A.R., ai sensi dell'art. 11 legge n. 241/1990, ad accordi integrativi del contenuto discrezionale di provvedimenti.

Tali accordi non sono negozi di diritto privato, bensì contratti ad oggetto pubblico per i quali sussiste la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 11, comma 5, della l. n. 241/1990 [ora art. 133, comma 1, lett. a), punto 2, del c.p.a.].

Essi costituiscono una modalità di esercizio del potere amministrativo attuata attraverso un modulo bilaterale e consensuale, pur rimanendo la potestà esercitata pubblica e, quindi, istituzionalmente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico di cui è titolare l'Amministrazione e soggetta alle regole generali dell'attività amministrativa, in parte diverse da quelle che disciplinano l'attività contrattuale privatistica.

Anche se il potere amministrativo può concretizzarsi in atti bilaterali (accordi ex art. 11 della l. n. 241/1990) ovvero atti di diritto privato (art. 1, comma 1 bis, di detta legge), con fusione tra potere amministrativo e autonomia privata in un atto bilaterale consensuale in cui essi confluiscono nella regolamentazione di interessi comuni, tuttavia l'Amministrazione, nella conclusione di tali accordi, diversamente dalla parte privata, non

esercita alcuna autonomia privata (come dimostrato dalla previsione di cui al comma 4 bis dell'art. 11 della l. n. 241/1990 relativa alla necessità della previa deliberazione da parte dell'organo competente per l'adozione del provvedimento integrato o sostituito), bensì un potere unilaterale non privatistico.

In base all'art. 11 della l. n. 241/1990 gli accordi in esame, che possono essere alternativi rispetto al provvedimento (sostitutivi), ovvero rispetto alla determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento (integrativi), non sono quindi, secondo la Sezione, qualificabili quali contratti ad evidenza pubblica, che costituiscono invece veri e propri contratti di diritto privato, soggetti, come tali, salvo espresse disposizioni derogatorie, alla disciplina privatistica.

Gli accordi in questione, coerentemente con la loro natura giuridica, non sono disciplinati dall'insieme delle regole proprie del diritto privato, ma unicamente dai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti" (prevedendo il comma 2 dell'art. 11 della l. n. 241/1990 due clausole di salvezza: applicabilità di tali principi "ove non diversamente previsto" ed "in quanto compatibili").

La delineata diversità di natura giuridica si traduce in una differenziazione di disciplina processuale: per i contratti ad evidenza pubblica sussiste la giurisdizione del Giudice amministrativo solo con riferimento alla formazione del contratto, mentre la fase esecutiva è devoluta alla cognizione del Giudice ordinario, trattandosi di controversia di diritto civile in cui vengono in rilievo diritti soggettivi (rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario in base al tradizionale criterio di riparto); per gli accordi ex art. 11 della l. n. 241/1990 non esiste invece alcun riparto di

giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo, in quanto tutte le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi in esame sono riservate alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo [art. 11, comma 5, della l. n. 241/1990 ed, attualmente, art. 133, comma 1, lett. a), punto 2, del c.p.a.].

Poiché gli accordi in questione sono qualificabili di diritto pubblico, sussistendo tutti gli elementi che come tali li caratterizzano (esercizio di un potere amministrativo e preordinazione al perseguimento dell'interesse pubblico), sussiste la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in ordine alle relative controversie.

Del resto anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004 ha chiarito che il radicamento della giurisdizione amministrativa trova una sua giustificazione a livello costituzionale unicamente se si tratta di materie che vedono la Pubblica Amministrazione agire in veste di autorità.

L'atto di impegno e la sottoscrizione di cui trattasi nel caso di specie non potevano quindi considerarsi, come dedotto dall'appellante, mere proposte contrattuali dal contenuto negoziale non coercibile, come tali non soggette alla procedura del silenzio rifiuto, e la procedura di cui all'art. 31 del c.p.a. è stata quindi ammissibilmente intrapresa dalla O.R.P. s.r.l. con riguardo al conseguimento della autorizzazione unica, previa adozione dei sopra indicati atti costituenti sostanziali accordi integrativi, con piena sussistenza in materia della giurisdizione del G.A..

Le censure in esame non sono quindi suscettibili di accoglimento.

3.- Con il secondo motivo di gravame è stato dedotto che il T.A.R. ha respinto la eccezione di tardiva proposizione, in data 5.3.2012, del ricorso di primo grado (a decorrere dalla comunicazione della nota regionale del

17.11.2010, con cui la O.R.P. s.r.l. era stata resa edotta della positiva conclusione del procedimento istruttorio ed invitata a perfezionare la procedura), erroneamente assumendo che il termine per la proposizione del ricorso contro il silenzio sia qualificabile come termine prescrizionale breve, anziché come termine decadenziale ex art. 2964 e seguenti del c.c., nel rilievo che la legge prevede, alla scadenza, la reiterabilità dell'istanza ed il diritto di riproporre l'azione mediante diffida all'Amministrazione comprovante la persistenza dell'interesse all'adozione del provvedimento richiesto.

Osterebbe, infatti, secondo il Comune appellante, al riconoscimento al termine di proposizione del ricorso contro il silenzio rifiuto del carattere prescrizionale, il dato letterale dell'art. 31, comma 2, del c.p.a. ed esso dovrebbe quindi essere inteso quale termine decadenziale, con tardività del ricorso introduttivo del giudizio proposto oltre il termine annuale decorrente dalla nota regionale del 17.11.2010.

3.1.- Osserva in proposito la Sezione che la Regione Puglia, con nota prot. n. 16183 del 17.11.2010 ricevuta dal Comune appellante in data 14.12.2010, aveva comunicato alle parti interessate che il procedimento di autorizzazione in questione si era concluso positivamente, invitando la società istante a trasmettere copie del progetto definitivo, ad ottemperare a quanto previsto per oneri di monitoraggio, a sottoscrivere l'atto di impegno e la convenzione con il Comune interessato dall'intervento, cioè il Comune di Santeramo in Colle, e a dimostrare la piena disponibilità dei terreni.

La sottoscrizione di detti atti, essendo propedeutica al rilascio dell'autorizzazione unica di cui trattasi, costituiva una procedura autonoma

cui era comunque subordinato il rilascio dell'autorizzazione medesima.

Il termine massimo per la conclusione del procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica, che, ai sensi dell'art. 12, comma 4, del d.lgs. n. 387/2003, è di 180 giorni dalla ricezione della domanda, aveva cominciato quindi nuovamente a decorrere dalla data del 14.12.2010, di ricezione di detta comunicazione della Regione del 17.11.2010, e scadeva in data 12.6.2011.

Il termine di un anno dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento, stabilito dagli artt. 31, comma 2, e 117, comma 1, del c.p.a., veniva pertanto a scadere dopo un anno da detta data del 12.6.2011 (di rinnovata scadenza del termine di 180 giorni sopra evidenziato), cioè in data 12.6.2012, con conseguente tempestività del ricorso di primo grado notificato il 5.3.2012.

Aggiungasi che il Comune solo con la delibera commissariale n. 103 del 1.12.2011 aveva approvato gli schemi dell'atto di impegno e di convenzione propedeutici al rilascio dell'autorizzazione unica, sicché deve ritenersi che fosse comunque tempestivo il ricorso di primo grado notificato il 5.3.2012.

Anche la censura in esame, a prescindere dalla natura prescrizione o decadenziale del termine per la proposizione del ricorso contro il silenzio della pubblica amministrazione, è quindi insuscettibile di assenso.

4.- E' fondato invece, secondo il Collegio, il terzo motivo di appello principale.

Con esso è stato asserito che erroneamente il T.A.R., ritenuto che sussistessero tutti i presupposti (attività vincolata o assenza di ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, senza necessità di adempimenti istruttori da parte della amministrazione) per ritenere accertata la

fondatezza della pretesa (risultando dalla documentazione prodotta in giudizio che il procedimento, in esito all'esito favorevole della conferenza dei servizi, era concluso, non essendovi altre ragioni ostative e considerato che l'intervenuta approvazione di tutti gli atti propedeutici unitamente alla non contestazione del possesso della disponibilità dei terreni da parte della ricorrente, con consumazione da parte della Regione dei suoi poteri discrezionali), ha ordinato alle Amministrazioni convenute di provvedere alla sottoscrizione della convenzione e dell'atto di impegno.

Invero l'A.R.P.A. Puglia, con nota prot. n. 40186 del 26.7.2012, aveva dichiarato che la O.R.P. s.r.l. non aveva ancora ottemperato a consegnare la documentazione integrativa definitiva; inoltre, nella conferenza dei servizi del 16.6.2009 l'Ente locale aveva espresso parere favorevole a condizione che venisse individuata e ceduta al Comune gratuitamente un'area adiacente all'intervento da destinare a parcheggio pubblico, che venissero realizzate (a carico dei proponenti) opere di urbanizzazione primaria e che venisse trasmesso l'atto di vincolo delle aree destinate a parcheggio privato, preferibilmente prima del rilascio della autorizzazione unica.

Inoltre, ai sensi dell'allegato A alla deliberazione della G.R. Puglia n. 35/2007 (punto 2.3.5), parte integrante dell'atto di impegno era il progetto definitivo dell'impianto e delle opere accessorie necessarie per il suo regolare funzionamento, ma il progetto presentato dalla O.R.P. s.r.l. non sarebbe stato conforme alle prescrizioni della G.R..

Non sarebbe nemmeno stata dimostrata da detta società la disponibilità dei suoli su cui l'opera "de qua" avrebbe dovuto essere realizzata, come dovuto da parte della società, mentre la tesi del T.A.R., che sarebbe stata imputabile al Comune la mancata contestazione ad essa della indisponibilità dei suoli,

avrebbe capovolto la norma processuale in punto di onere della prova di cui all'art. 63 del c.p.a., essendo tenuto il proponente, ex art. 4 bis del d. lgs. n. 387/2003, a dimostrare, prima della autorizzazione, la disponibilità in questione.

In conclusione, secondo il Comune appellante, il diritto della O.R.P. s.r.l. ad ottenere il rilascio della autorizzazione unica sarebbe stato accertato dal T.A.R. senza che la società avesse documentato la disponibilità del suolo su cui realizzare l'impianto e delle aree annesse da cedere e su cui eseguire le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, compresi i parcheggi nella misura imposta dal Comune.

4.1.- Osserva la Sezione che, secondo l'art. 31, comma 3, del c.p.a., il Giudice, con riguardo alla azione avverso il silenzio, può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata, o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione.

Il G.A., non potendo sostituirsi all'Amministrazione negli accertamenti e nelle scelte ad essa riservati, non può infatti, in nessun caso, "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", come dispone il comma 2 dell'art. 34 del c.p.a. (Consiglio di Stato, Sezione VI, 16 febbraio 2011, n. 996).

Nel caso che occupa il T.A.R., dopo aver riconosciuto la sussistenza di tutti i presupposti per la declaratoria della illegittimità del silenzio-rifiuto, costituiti dalla titolarità in capo al soggetto istante di una posizione qualificata legittimante la richiesta e dal decorso del termine di conclusione del procedimento con conseguente formazione del silenzio, ha accolto

anche la istanza di accertamento della fondatezza della pretesa.

Ciò in quanto, dalla documentazione in atti, il procedimento, dopo la conclusione della conferenza di servizi favorevole alla realizzazione del progetto, risultava concluso, avendo la Regione Puglia assunto formale impegno a rilasciare l'autorizzazione unica, subordinatamente alla sottoscrizione dell'atto di impegno e della convenzione nonché alla dimostrazione della piena disponibilità dei terreni su cui realizzare l'impianto, non essendovi altre ragioni ostative.

Secondo il T.A.R. l'avvenuta approvazione da parte del commissario straordinario del Comune di tutti gli atti propedeutici, unitamente alla mancata contestazione del possesso della disponibilità dei terreni da parte della società ricorrente, che aveva comportato la consunzione da parte della Regione dei propri poteri discrezionali, come pure l'insussistenza della necessità di approfondimenti istruttori, comportava l'obbligo di rilasciare l'autorizzazione unica, a completamento dell'iter procedimentale.

Rileva in proposito il Collegio che il rilascio della autorizzazione unica di cui trattasi non consiste affatto in un'attività vincolata e non risulta che fossero stati puntualmente posti in essere tutti i previsti adempimenti istruttori, residuando margini di esercizio della discrezionalità, connessa a complesse valutazioni di merito e di opportunità, che postulano equilibrati apprezzamenti di ordine tecnico che vanno rimessi in via esclusiva all'Amministrazione.

Invero, come in precedenza accennato, con la nota prot. n. 16183 del 17.11.2010 la Regione (preso atto che, ai sensi dell'art. 14 ter, comma 7, della l. n. 241/1990, la mancata espressione della volontà dell'Amministrazione rappresentata all'esito della conferenza dei servizi

svoltasi il 16.6.2009 doveva intendersi come assenso e considerato che i sopravvenuti pareri degli Enti cui la società aveva fornito chiarimenti o integrazioni erano tutti favorevoli o favorevoli con prescrizioni) ha affermato che il procedimento di autorizzazione in questione si era concluso positivamente ed ha invitato la O.R.P. s.r.l., in particolare, a trasmettere tre copie del progetto definitivo, adeguato alle prescrizioni formulate in sede di conferenza dei servizi, e, prima della emissione del provvedimento di rilascio dell'autorizzazione unica, a dimostrare la piena disponibilità dei terreni ex comma 4 bis dell'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003.

Quanto al progetto esecutivo va rilevato che, anche se in motivazione detto provvedimento regionale conteneva l'affermazione che tutti i pareri erano favorevoli o con prescrizioni da eseguirsi nella fase esecutiva dell'opera, l'esserne stata formalmente richiesta la produzione prima del rilascio della autorizzazione unica deve ritenersi che costituisse comunque condizione apposta al rilascio stesso (ben potendo l'Amministrazione pretendere di conoscere in anticipo le modalità esecutive del progetto), con sussistenza della necessità di ulteriori adempimenti istruttori ed impossibilità di pronuncia sulla fondatezza della domanda da parte del Giudice ex art. 31, comma 3, del c.p.a..

Non può condividersi la tesi del primo Giudice che il positivo esito del verbale di deliberazione del Commissario straordinario del Comune di cui trattasi n. 103 dell'1.12.2011 comportasse il superamento della condizione, in quanto, pur essendo fatto riferimento alla citata richiesta effettuata dalla Regione con la nota del 17.11.2010, non è poi fatto cenno alla produzione di quanto richiesto, sicché la disposta approvazione dello schema di atto di impegno e di convenzione non si ritiene che possa intendersi quale

circostanza sufficiente a superare la mancata dimostrazione dell'adeguamento dei progetti alle prescrizioni formulate in conferenza dei servizi.

La mancata contestazione della omessa dimostrazione dell'avvenuto adeguamento è inoltre insufficiente a dimostrare la avvenuta ottemperanza a detta condizione, considerato che, ex art. 63 del c.p.a., l'onere della prova è a carico della parte che agisce in giudizio e il Giudice può chiedere al riguardo anche d'ufficio chiarimenti o documenti. Tanto è avvenuto nel caso di specie con la adozione della ordinanza istruttoria n. 14/2012, in riscontro alla quale la Regione Puglia ha comunicato con atto prot. n. AOO 159 del 19.2.2013 che le tre richieste copie del progetto erano state depositate solo in data 12.12.2011, dopo, peraltro, la adozione di detta deliberazione n. 103/2011, con irregolarità immediatamente percepibili con riguardo ai punti T5, P12, R20.

Aggiungasi che l'acquiescenza può ritenersi sussistente solo in presenza, e ciò non risulta nel caso di specie, di un comportamento univoco, posto liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostri la chiara ed incondizionata volontà dello stesso di accettarne gli effetti.

Tanto dimostra, anche se la rilevanza di dette irregolarità è stata contestata dalla società resistente con memoria depositata il 28.6.2013, che quanto asserito al riguardo con detta deliberazione n. 103/2011 dal Commissario straordinario del Comune in questione non fosse idoneo ad escludere il permanere di residua discrezionalità della Regione procedente al rilascio della autorizzazione in questione.

Quanto alla dimostrazione della piena disponibilità dei terreni, ulteriore formalità condizionante il rilascio di detta autorizzazione, va rilevato che

anche in questo caso non può condividersi la tesi del Giudice di primo grado che la mancata contestazione da parte del Commissario straordinario, in sede di approvazione degli atti propedeutici, della loro indisponibilità e la dichiarata insussistenza di approfondimenti istruttori, comportasse l'obbligo di rilascio della autorizzazione in questione, con conseguente assenza di margini di discrezionalità in capo alla Regione.

Non è, infatti, contenuto alcun riferimento nel citato verbale di deliberazione n. 103/2011 alla richiesta effettuata dalla Regione con la nota del 17.11.2010, né era stata fornita dalla società la prova della disponibilità stessa, da fornire, ex art. 12, comma 4 bis, del d. lgs. n. 387/2003, prima del rilascio della autorizzazione unica.

In conclusione, in accoglimento "in parte qua" del motivo di ricorso in esame, va annullata la impugnata sentenza nella parte in cui ha ordinato alla Regione Puglia e al Comune appellante di provvedere entro trenta giorni alla sottoscrizione con la O.R.P. s.r.l. della convenzione e dell'atto di impegno, nonché al rilascio della richiesta autorizzazione unica.

5.- Deve conseguentemente essere esaminato dalla Sezione l'appello incidentale, subordinatamente proposto dalla resistente O.R.P. s.r.l. al fine di ottenere la statuizione quantomeno dell'obbligo di provvedere alla conclusione del procedimento.

5.1.- Innanzi tutto osserva il Collegio che la eccezione di inammissibilità dello stesso formulata dal Comune per carenza di "petitum" e di "causa petendi" non può essere condivisa, atteso che è ben chiara la richiesta formulata e i motivi della richiesta sono impliciti nelle argomentazioni contenute nel controricorso ed appello incidentale, considerato anche che, come peraltro rilevato dal T.A.R., l'autorizzazione è rilasciata a seguito di

un procedimento unico che deve concludersi entro il termine massimo di 180 giorni, e che comunque O.R.P. s.r.l. ha interesse alla conclusione dello stesso.

5.2.- Nel merito va accolta la subordinata richiesta in questione, rimanendo confermata la parte di sentenza con la quale è stata riconosciuta la sussistenza dei requisiti legittimanti la impugnazione del silenzio mantenuto dalla Regione sulla istanza di cui trattasi.

Sussistono, infatti, tutti i presupposti di cui all'art. 31 del c.p.a. per l'accertamento dell'obbligo dell'Amministrazione di provvedere, essendo titolare la O.R.P. della posizione qualificata legittimante la richiesta ed essendo inutilmente trascorso il termine di conclusione del procedimento, con formazione di illegittimo silenzio rifiuto.

L'obbligo, per l'Amministrazione preposta, di pronunciarsi entro termini perentori sulle istanze di compatibilità ambientale costituisce infatti principio fondamentale della materia non derogabile dalle Regioni, secondo il combinato disposto degli artt. 31, 43 e 44 del d. lgs. n. 152/2006.

Il termine massimo di 180 giorni dalla presentazione della richiesta, fissato dall'art. 12, comma 4, del d.lgs. n. 387/2003 per la conclusione del procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica, è infatti di natura perentoria, in quanto costituisce principio fondamentale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia elettrica, che risulta ispirato alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità, garantendo in modo uniforme sull'intero territorio nazionale la conclusione entro un termine definito del procedimento autorizzativo. Pertanto la mancata adozione del provvedimento finale entro detto termine massimo legittima l'istante a proporre ricorso avverso il silenzio-

inadempimento serbato dall'Amministrazione procedente secondo il rito dell'art. 117 del d.lgs. n. 104/2010 (Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5413), con obbligo di concludere il procedimento entro 180 giorni, cui la Regione deve inderogabilmente uniformarsi.

6.- L'appello principale deve essere conclusivamente accolto solo in parte, limitatamente al terzo motivo, e va annullata la impugnata sentenza nella parte in cui ha ordinato alla Regione Puglia e al Comune appellante di provvedere entro trenta giorni alla sottoscrizione con la O.R.P. s.r.l. della convenzione e dell'atto di impegno, nonché al rilascio della richiesta autorizzazione unica.

Deve altresì essere accolto l'appello incidentale, proposto in subordine dalla O.R.L. s.r.l., e riformata la prima decisione nel senso che va riconosciuta la illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Puglia sulla istanza di autorizzazione unica presentata dalla O.R.P. s.r.l., essendo decorsi i termini per la conclusione del procedimento, e va dichiarato l'obbligo della Regione stessa di condurre il procedimento nel rispetto della normativa di settore e di adottare tutte le determinazioni previste dalla legge in ordine all'istanza presentata dalla ricorrente società, concludendo lo stesso nel termine tassativamente prescritto.

Va assegnato a tal fine alla Regione, ai sensi dell'art. 117, comma 2, del c.p.a, un termine ultimativo non superiore a sessanta giorni decorrente dalla comunicazione, o, se anteriore, dalla notifica della presente pronuncia; in caso di ulteriore inutile scadenza anche di tale termine la parte ricorrente in primo grado potrà formulare una nuova istanza alla Sezione al fine di ottenere la nomina di un commissario "ad acta", che provveda in luogo della Regione inadempiente.

7.- Le pregresse conclusioni consentono di soprassedere alla verifica della fondatezza delle eccezioni del Comune appellante in ordine alla ammissibilità delle produzioni documentali effettuate da controparte, stante la loro irrilevanza ai fini del decidere.

8.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il Collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie in parte l'appello principale in esame e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, annulla la impugnata sentenza nella parte in cui ha ordinato alla Regione Puglia e al Comune appellante di provvedere entro trenta giorni alla sottoscrizione della convenzione e dell'atto di impegno, nonché al rilascio della richiesta autorizzazione unica. Accoglie l'appello incidentale proposto dalla O.R.P. s.r.l. e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, ordina alla Regione Puglia di provvedere sulla richiesta di autorizzazione unica formulata da detta società nei termini e nei sensi di cui in motivazione. In difetto la parte ricorrente in primo grado potrà formulare una nuova istanza alla Sezione al fine di ottenere la nomina di un commissario "ad acta", perché provveda in luogo della Regione inadempiente.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)