

Pubblicato il 03/09/2019

N. 10694/2019 REG.PROV.COLL.
N. 08284/2012 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8284 del 2012, proposto da SPIGA S.R.L., rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Maria Spinozzi, con domicilio eletto presso lo studio Marco Gregoris in Roma, piazza di Villa Carpegna, 43;

contro

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO E DEL MARE, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

GESTORE DEI SERVIZI ENERGETICI- G.S.E. S.P.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Zoppini, Giulio Napolitano, Vincenzo Di Vilio, Maria Antonietta Fadel, Antonio Pugliese, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Zoppini in Roma, via G. Nicotera, 31;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare,

- degli esiti finali della richiesta di concessione della tariffa incentivante, ai sensi del d.m. 5 maggio 2011, relative a n. 7 impianti fotovoltaici, denominati “*Forola 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7*”, di potenza pari (ciascuno) a 111,804 kW, ubicati in contrada Forola, s.n.c., nel comune di Acquaviva Picena (AP), loc. Casali, di cui ai provvedimenti del GSE del 1° giugno 2012, prott. nn. 97789, 98047, 97785, 97817, 97822, 97787 e 97793, con i quali è stata riconosciuta la tariffa incentivante pari ad euro 0,304 per kWh, anziché quella pari ad euro 0,330 per kWh;
- del d.m. 5 maggio 2011, recante “*Incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici*”, limitatamente all’art. 12, comma 5;
- e di tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali, ivi comprese le “*Regole applicative per il riconoscimento delle tariffe incentivanti previste dal D.M. 5/5/2011*”, pubblicate dal GSE sul proprio sito Internet, per la parte ritenuta lesiva;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dello Sviluppo Economico e del Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e del Gestore dei Servizi Energetici– G.S.E. s.p.a.;

Visto il ricorso incidentale depositato il 15 novembre 2012;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 15 maggio 2019 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in decisione la Spiga s.r.l., titolare di n. 7 impianti fotovoltaici, con potenza ciascuno pari a kW 111,804, tutti situati in Acquaviva Picena (AP) in contrada Forola presso località Casali, ha domandato l’annullamento, previa sospensione cautelare, di altrettanti provvedimenti adottati dal Gestore dei Servizi Energetici– G.S.E. s.p.a. in

data 1° giugno 2012 (e meglio identificati in epigrafe) con i quali è stata bensì comunicata, per ciascuno dei sette impianti, l'ammissione ai benefici incentivanti previsti dal c.d. Quarto Conto Energia (di cui al d.m. 5 maggio 2011, recante *“Incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici”*), tuttavia con il riconoscimento di una tariffa incentivante inferiore a quella richiesta. In particolare il Gestore, premesso che tutti gli impianti *“sono stati realizzati su particelle catastali contigue”*, li ha ritenuti, ai fini del riconoscimento della tariffa incentivante, *“come un unico impianto di potenza pari a 782,628 kW”*, applicandovi quindi le *“disposizioni sulle limitazioni al frazionamento degli impianti previste dall'art. 12, comma 5”*, del d.m. 5 maggio 2011, così giungendo a riconoscere la tariffa *“nella misura di 0,304 euro/kWh, determinata sulla base della potenza globale dei citati impianti, pari a 782,628 kW, in luogo della tariffa richiesta pari a 0,330 euro/kWh”*.

Oggetto di impugnazione è, altresì, lo stesso art. 12, comma 5, del d.m. 5 maggio 2011, oltre alle *“Regole applicative per il riconoscimento delle tariffe incentivanti previste dal D.M. 5/5/2011”*, pubblicate dal GSE sul proprio sito Internet, per la parte ritenuta lesiva.

La ricorrente ha esposto, in fatto, che i sette impianti fotovoltaici sono stati realizzati in forza di denuncia di inizio attività (d.i.a.) protocollata presso il Comune di Acquaviva Picena in data 22 marzo 2010, sono stati completati in data 22 luglio 2011 e sono entrati in esercizio il 30 luglio 2011. Ha anche ricordato che il Gestore, *“già con provvedimenti del 09.02.2012”*, aveva riconosciuto per ciascuno di tali impianti la tariffa prevista dal c.d. Quarto Conto *“per un periodo di venti anni a far data dal 01.09.2011”*, salvo successivamente comunicare, con gli atti in questa sede gravati, l'applicazione della contestata (e più bassa) tariffa incentivante. In diritto ha sollevato i seguenti motivi di impugnazione:

- illegittimità costituzionale dell'art. 25, comma 9, del d.lgs. n. 28 del 2011, in relazione all'art. 3 Cost.; irragionevolezza; disparità di trattamento; violazione del legittimo affidamento: in sostanza, la ricorrente ha qui lamentato la

mancata ammissione dei propri impianti ai (maggiori) benefici incentivanti previsti dal c.d. Terzo Conto Energia (di cui al d.m. 6 agosto 2010, recante “*Incentivazione della produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare*”) proprio per effetto della contestata norma transitoria di cui all’art. 25, comma 9, del d.lgs. n. 28 del 2011 che ha individuato la data del 31 maggio 2011 (in luogo di quella del 31 dicembre 2011, precedentemente indicata) come termine massimo per l’entrata in esercizio degli impianti fotovoltaici ai fini della loro ammissione alle tariffe del Terzo Conto;

- violazione del principio di proporzionalità, eccesso di potere per irragionevolezza (oltre che per “ingiustificata disparità di trattamento”) e violazione dell’affidamento, con riguardo all’introduzione della regola “anti-frazionamento” di cui all’art. 12, comma 5, del d.m. 5 maggio 2011;
- carenza di potere del GSE nell’emanazione del par. n. 3.8 delle *Regole applicative* (non depositate in giudizio) in cui il Gestore avrebbe specificato la nozione di “*particelle catastali contigue*” di cui all’art. 12, comma 5, del d.m. 5 maggio 2011.

La ricorrente ha quindi quantificato il “minor introito differenziale derivante [...] dalla vendita dell’energia prodotta nel ventennio” di incentivazione, pari ad euro 624.000,00.

2. Si sono costituiti in giudizio il Ministero dello Sviluppo Economico ed il Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, in persona dei rispettivi Ministri *pro tempore*, argomentando, nel merito, l’infondatezza delle censure avversarie e proponendo altresì, con atto depositato il 15 novembre 2012, un ricorso incidentale con il quale hanno contestato la legittimità del titolo edilizio ottenuto dalla società ricorrente per la costruzione dei sette impianti fotovoltaici *de quibus* (deducendo, in proposito, la violazione dell’art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 387 del 2003, essendo stata superata, per ciascuno dei detti impianti, la potenza limite di 20 kW, assentibile con d.i.a.).

Si è altresì costituito in giudizio il Gestore dei Servizi Energetici– G.S.E. s.p.a., in persona dell'amministratore delegato *pro tempore*, depositando documenti e chiedendo, a propria volta, il rigetto del gravame, argomentando nel merito l'infondatezza delle censure avversarie ed eccependo, preliminarmente, la tardività dell'impugnazione del d.m. 5 maggio 2011.

3. Con ordinanza n. 4111 del 2012 questo TAR ha respinto la domanda cautelare, ritenendo non sussistente il requisito del *periculum in mora*.

In vista della pubblica udienza di discussione, il Gestore ha svolto difese con memoria depositata il 12 aprile 2019.

Alla pubblica udienza del 15 maggio 2019, dopo breve discussione orale, la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Il ricorso principale è in parte inammissibile ed in parte non fondato.

4.1. Quanto al primo motivo, può prescindersi dall'eccezione di tardività sollevata dal Gestore dovendosi la censura respingere nel merito perché non fondata.

Con essa la ricorrente ha dedotto la questione concernente la legittimità della progressiva riduzione delle tariffe incentivanti previste per gli impianti di produzione di energia da fonte fotovoltaica, con contestuale anticipazione della scadenza del termine di efficacia del regime di sostegno previsto dal d.m. 6 agosto 2010 (c.d. Terzo Conto Energia), rimasto in vigore per cinque mesi (dal 1° gennaio 2011 al 31 maggio 2011) anziché per i trentasei mesi originariamente previsti. In particolare, la ricorrente ha richiamato, denunciandone l'illegittimità costituzionale, l'art. 25, comma 9, del d.lgs. n. 28 del 2011, a norma del quale “*Le disposizioni del decreto del Ministro dello sviluppo economico 6 agosto 2010, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 197 del 24 agosto 2010, si applicano alla produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici che entrino in esercizio entro il 31 maggio 2011*”.

La questione di costituzionalità è manifestamente infondata.

Si tratta di una questione già nota alla giurisprudenza amministrativa, anche della Sezione, rispetto alle cui conclusioni il Collegio non può che dare continuità. In particolare, proprio con riguardo a controversie analoghe a quella oggi *sub iudice*, si è anzitutto esclusa la natura retroattiva della novella, affermandosi che “Non può ritenersi che una normativa che abroghi, anche parzialmente, una precedente normativa incentivante abbia portata retroattiva allorquando interviene su incentivi di impianti che ancora non siano stati ammessi al beneficio, ma di cui sia stato soltanto programmato l’investimento, come nella specie (per il passaggio dal Terzo al Quarto Conto Energia), rinvenendosi soltanto nella ammissione il fatto costitutivo del diritto al beneficio e potendosi rinvenire, in precedenza, soltanto mere aspettative di fatto riguardanti il rischio e calcolo imprenditoriale dell’imprenditore del settore. Pertanto sono legittime le disposizioni che individuano il *discrimen* alla data di entrata in esercizio dell’impianto coniugata con la effettiva ammissione al (o concessione del) beneficio, dovendosi distinguere tra la fase di predisposizione dell’impianto e la sua messa in opera, non potendosi ritenere che si determini il fatto costitutivo di un obbligo contrattuale al momento dell’autorizzazione alla realizzazione dell’impianto” (così Cons. Stato, sez. VI, sentt. n. 1043 del 2015 e n. 2791 del 2016; cfr. anche, nello stesso senso, TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sent. n. 7777 del 2018).

Quanto poi alla dedotta irragionevolezza delle restrizioni al regime di agevolazione (con riguardo, in particolare, al contingentamento della potenza incentivabile e – per quanto interessa in questa sede – all’abbassamento delle tariffe nel passaggio dal Terzo al Quarto Conto), la stessa giurisprudenza ha ritenuto che “secondo l’interpretazione datane dalla Corte Costituzionale (cfr., da ultimo, sentenza 11 ottobre 2012, n. 224) le norme statali sopra indicate, di recepimento sin dall’inizio delle direttive comunitarie in materia, nel prevedere un sistema chiaramente orientato all’incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, e nel delineare un nuovo quadro di politica energetica, costituiscono norme fondamentali di riforma

economico-sociale, che ovviamente si adattano nel tempo al mutare delle condizioni normative, operative e di funzionamento sia del mercato interno che esterno. Quindi, gli atti applicativi recanti una restrizione dell'esistente regime di agevolazione sotto i profili del contingentamento della potenza incentivabile, del divieto di installazione di impianti in aree agricole o del sensibile ridimensionamento dei livelli tariffari, non si traducono se non in via di fatto nel peggioramento delle circostanze iniziali dell'operazione economica intrapresa (tant'è che di solito, come nella specie, sono state previste norme di raccordo e transitorie), bensì in una nuova regolamentazione della materia aderente ai tempi e agli obiettivi da raggiungere secondo le modalità diverse prefissate. Il tema diventa allora quello delle sopravvenienze normative, a ragione del quale la legittimità di un provvedimento amministrativo deve essere apprezzata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, secondo il principio *'tempus regit actum'* [...] per cui, da un lato, sono irrilevanti le eventuali sopravvenienze normative che determinino l'abrogazione della disciplina che aveva legittimato l'adozione del provvedimento stesso e, dall'altro reciprocamente, non può essere invocata, a supporto della legittimità di un atto emanando, una norma che al momento dell'emanazione dell'atto abbia perso la sua efficacia. Non è perciò predicabile, né un contrasto interno alle fonti comunitarie primarie, né una divergenza della citata normativa nazionale rispetto alle anteriori direttive (abrogate) e neppure una sua discrepanza con riguardo alla più recente direttiva n. 2009/28/CE: questa direttiva ha imposto agli Stati membri di ridurre gli ostacoli all'aumento della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, anche razionalizzando ed accelerando le procedure amministrative, ma non ha escluso che siano contemperati, dagli Stati membri, l'interesse alla promozione della produzione energetica, nelle forme indicate, con la salvaguardia di altri valori di evidente rilievo costituzionale interno (finalità del piano nazionale, economicità dell'azione senza violare l'art. 81 della Costituzione, rispetto delle quote tra le

varie componenti energetiche, potenze installabili, dimensione dei flussi raggiunti, tutela del territorio, dell'ambiente e del paesaggio)” (così, ancora, le già citate sentt. n. 1043 del 2015 e n. 2791 del 2016 del Consiglio di Stato).

4.2. Non è poi fondato neanche il secondo motivo, con il quale la ricorrente ha denunciato una disparità di trattamento tra gli operatori discendente dall'introduzione della norma antifrazionamento di cui all'art. 12, comma 5, prima parte, del d.m. 5 maggio 2011 (secondo cui “*Ai fini dell'attribuzione delle tariffe incentivanti, più impianti fotovoltaici realizzati dal medesimo soggetto responsabile o riconducibili a un unico soggetto responsabile e localizzati nella medesima particella catastale o su particelle catastali contigue si intendono come unico impianto di potenza cumulativa pari alla somma dei singoli impianti?*”).

Deve anche qui richiamarsi la giurisprudenza amministrativa, in particolare quella di questa Sezione, con la quale si è rimarcato che il divieto di artato frazionamento degli impianti costituisce una regola immanente al regime normativo degli incentivi per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili (in particolare, dalla fonte solare) e, come tale, essa deve considerarsi vigente, ancorché implicitamente, sin dalla disciplina del Primo Conto Energia. Tale divieto mira infatti a reprimere il conseguimento di una serie di obiettivi *contra legem* quali (in disparte le questioni edilizie) l'elusione del divieto di conseguire incentivi per impianti “*da realizzare nel medesimo sito anche tramite società controllate o collegate?*” (come per il c.d. Primo Conto Energia, in base alla delibera AEEG n. 188 del 2005, attuativa dell'art. 9 del d.m. di riferimento del 28 luglio 2005), ovvero il conseguimento di tariffe incentivanti più remunerative, in violazione del criterio dell'inversa proporzionalità tra la potenza dell'impianto e il livello di incentivazione (ciò, per i Conti Energia dal secondo in poi), o ancora l'elusione di soglie di potenza per le quali, ai fini dell'ammissione agli incentivi, è prevista l'iscrizione al registro ovvero la partecipazione a procedure d'asta (in luogo del meccanismo di accesso diretto). In particolare, la Sezione ha precisato che il divieto in questione discende direttamente dal principio di “*equa remunerazione degli incentivi?*”,

coincidente con quello di equa remunerazione dei costi di investimento e di esercizio, vieppiù alla stregua degli inerenti orientamenti sovranazionali (con richiamo alla comunicazione della Commissione europea n. 2014/C 200/01, secondo cui la compatibilità degli incentivi in esame con la disciplina degli aiuti di Stato richiede caratteristiche quali la necessità e la proporzionalità degli incentivi stessi) (cfr., in particolare, di recente, TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sentt. nn. 185 e 5656 del 2019).

4.3. Il terzo motivo è inammissibile.

Con esso la ricorrente ha censurato le regole tecniche varate dal GSE nella parte in cui è stata specificata la nozione di “*particelle catastali contigue*” di cui all’art. 12, comma 5, del d.m. 5 maggio 2011. Come si evince dallo stralcio riportato nelle premesse del ricorso, con tali regole tecniche il Gestore avrebbe stabilito (in particolare, al par. n. 3.8) che, per gli impianti fotovoltaici installati su terreno, “*si definiscono contigue le particelle catastali fisicamente confinanti o separate da una superficie la cui area è inferiore al 20% della superficie della particella di dimensioni maggiori*”. Tuttavia la ricorrente, nella formulazione del motivo, non ha neppure allegato che, nel caso di specie, in punto di fatto, non vi sarebbe la “contiguità” tra le particelle catastali nei termini di misura indicati da tale disposizione tecnica, né ha specificato e/o descritto la situazione di fatto esistente (precisando, ad esempio, qual è la misura della superficie della particella di dimensioni maggiori o qual è la misura della superficie dell’area che separa le due particelle). In tal modo, non ha messo il Collegio nella condizione di verificare la sussistenza dell’interesse all’impugnazione delle misure indicate dall’impugnata regola tecnica del GSE.

In ogni caso, nel merito della censura, può notarsi che la contestata specificazione non fuoriesce dal potere del Gestore di interpretare le norme in materia di regimi incentivanti mediante l’adozione di atti generali assimilabili alle circolari interpretative (cfr. TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sentt. n. 5270 del 2015 e n. 1936 del 2019), limitandosi essa a chiarire, solo

dal punto di vista tecnico, la portata applicativa della norma antifrazionamento di cui al d.m. 5 maggio 2011.

5. Stante il rigetto (e la parziale inammissibilità, nei sensi appena visti) del ricorso principale, non vi è luogo alla disamina del ricorso incidentale, proposto dalle amministrazioni statali resistenti, il quale deve essere dichiarato improcedibile per carenza sopravvenuta di interesse.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono da liquidarsi, in favore del solo GSE s.p.a., nella somma di euro 3.000,00 (tremila/00). Deve invece essere reso un giudizio di compensazione delle spese nei confronti delle amministrazioni ministeriali, a ragione del fatto che il loro ricorso incidentale si appalesa inammissibile per mancata sua notificazione all'amministrazione comunale titolare della potestà edilizia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione terza-ter, definitivamente pronunciando,

- a) dichiara inammissibile il ricorso principale, nella parte indicata in motivazione;
- b) respinge il ricorso principale, nella parte indicata in motivazione;
- c) dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- d) condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite, in favore del solo GSE s.p.a., nella somma liquidata di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, con compensazione delle spese nei confronti delle amministrazioni ministeriali costituite in giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Mario Alberto di Nezza, Presidente FF

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere

Antonino Masaracchia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonino Masaracchia

IL PRESIDENTE
Mario Alberto di Nezza

IL SEGRETARIO