

ENERGIA: Impianto fotovoltaico - Ammissione agli incentivi di cui al D.M. 28.7.2005 - Aggiornamento ISTAT delle tariffe incentivanti - Recupero delle somme erogate a titolo di rivalutazione ISTAT - Provvedimento - Natura vincolata e non discrezionale.

Tar Lazio - Roma, Sez. III ter, 21 febbraio 2022, n. 2090

“[...] il provvedimento di recupero natura vincolata e non discrezionale ed essendo in re ipsa l'interesse pubblico ad evitare un danno erariale con il recupero di somme indebitamente attribuite, con conseguente superfluità di ogni richiamo all'affidamento del percipiente, non ostativo al recupero, e al tempo trascorso [...].

Il Collegio reputa, inoltre, opportuno richiamare sul punto l'ulteriore affermazione della già citata sentenza n. 1242/2017, secondo cui il recupero di somme pubbliche indebitamente corrisposte assume una rilevanza ancora più pregnante nel settore degli incentivi per le energie rinnovabili “in cui la corretta allocazione delle risorse pubbliche risponde all'esigenza, tutelata dal legislatore comunitario e nazionale, di incentivare i soli impianti che rispondano ai requisiti previsti dalla normativa vigente e che, come tali, consentano di raggiungere gli obiettivi, in termini di produzione di energia rinnovabile, posti a carico del nostro Paese dai trattati internazionali”.

Non può dunque configurarsi, nel caso di specie, un affidamento meritevole di tutela, essendo stata dalla sopra richiamata giurisprudenza più volte affermata la natura non innovativa, bensì interpretativa, delle disposizioni del d.m. 6.2.2006 recanti l'esclusione dell'aggiornamento ISTAT per le tariffe attribuite agli interessati sulla base di domande presentate negli anni 2005 e 2006 (cfr. artt. 6, co. 6, d.m. 28.7.2005 e art. 4, co. 1, d.m. 6.2.2006); in particolare la citata sentenza dell'Adunanza plenaria ha sul punto precisato [...].”.

FATTO e DIRITTO

1. Parte ricorrente, titolare di un impianto fotovoltaico ammesso a godere degli incentivi di cui al d.m. 28.7.2005 (I Conto Energia) a seguito di istanza presentata e ritenuta ammissibile dal Gestore dei Servizi Energetici –GSE S.p.A. (d'ora innanzi GSE o Gestore) prima dell'adozione del d.m. 6.2.2006, premette che:

- l'art. 6, co. 6, d.m. 28.7.2005 prevedeva l'aggiornamento ISTAT delle tariffe incentivanti a decorrere dal primo gennaio di ogni anno;
- l'art. 4, comma 1, del d.m. 6.2.2006, frattanto approvato, aveva stabilito che il predetto adeguamento tariffario non avrebbe più operato per gli incentivi già concessi e così per tutta la

durata ventennale della Convenzione, ma avrebbe riguardato unicamente la determinazione iniziale della tariffa;

- ai sensi dell'art. 8 del d.m. 6.2.2006 la modifica suddetta avrebbe trovato applicazione con riguardo a tutte le domande di ammissione al beneficio presentate dopo l'entrata in vigore del d.m. 28.7.2005, tra le quali anche quelle formulate dalla ricorrente;

- quest'ultima disposizione veniva annullata dal T.A.R. Lombardia, con le sentenze nn. 2124, 2125 e 2126 del 2006, la seconda delle quali (n. 2125/06) confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1435/2008, la terza (n. 2126/06) e la prima (n. 2124/06), invece, rispettivamente riformate con sentenze n. 9/ 2012 dell'Adunanza Plenaria e n. 3990/2013 della Sesta Sezione;

- a seguito della pronuncia dell'Adunanza Plenaria il GSE dapprima sospendeva l'erogazione degli ulteriori aumenti ISTAT, corrispondendo per gli anni 2013 e 2014 la tariffa nella misura risultante dall'ultimo aggiornamento precedente la sentenza, relativo all'anno 2012, e successivamente, dal 1° gennaio 2015, provvedeva invece alla corresponsione della tariffa nella misura inizialmente prevista dalle Convenzioni, priva cioè dell'adeguamento;

- successivamente il Gestore avviava il procedimento di recupero delle somme erogate a titolo di rivalutazione ISTAT, il quale si concludeva con l'emanazione del provvedimento – descritto in epigrafe – con il quale, facendo applicazione dei principi affermati dalla citata decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, disponeva l'integrale recupero delle somme versate a tale titolo.

2. Avverso tale provvedimento parte ricorrente deduce i seguenti motivi:

I. Violazione di legge. violazione degli artt. 3, 41, 97 Cost.. violazione dei principi di cui all'art. 21-nonies, della legge n. 241 del 1990. violazione del legittimo affidamento. violazione dei principi di buona fede e correttezza.

II. Violazione dell'art. 6.6. del d.m. 28.7.2005, nonché per violazione dei principi in materia di annullamento degli atti regolamentari. violazione dell'art.113 Cost.

III. Illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati per illegittimità del combinato disposto dell'articolo 4, comma 1, e dell'articolo 8, del d.m. 6.2.2006.

In via subordinata, illegittimità degli artt. 4.1 e 8.1 del d.m. 6.2.2006, sotto i seguenti profili:

III.A. violazione dell'art. 11 delle preleggi e degli articoli 3 e 41 della Costituzione, nonché per lesione de principio del legittimo affidamento. Violazione dell'articolo 7, del d.lgs. n. 387 del 2003.

In via subordinata, rilevanza e non manifestamente infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, d.lgs. n. 387 /2003, per

III. B. *Violazione dell'art. 117, comma 1, della Costituzione, in relazione all'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU. 1. Gli articoli 4.1 e 8, del d.m. 6.2.2006, sarebbero illegittimi anche per violazione dell'art. 117, comma 1, della Costituzione, in relazione all'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU (Protezione della proprietà);*

III. C. *Violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione ai contenuti della Direttiva 2009/28/CE, recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. n. 28 del 2011;*

III. D. *Violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. e del Trattato sulla Carta europea dell'energia stipulato a Lisbona il 17.12.1994, e ratificato in Italia con legge 10 novembre 1997, n. 415.*

3. Si è costituito in resistenza il GSE, il quale ha depositato documentazione e memoria difensiva.

Si sono altresì costituiti il Ministero dello Sviluppo economico e il Ministero dell'Ambiente, della Tutela del Territorio e del Mare.

4. Alla pubblica udienza del 24 gennaio 2022, in vista della quale le parti hanno depositato ulteriori atti difensivi con cui hanno insistito nelle conclusioni rispettivamente rassegnate, la causa è stata trattenuta in decisione.

4. I motivi di ricorso non possono essere condivisi, non avendo la Sezione ragioni per discostarsi dai numerosi precedenti (sent. nn. 1242 e 1261 del 24 gennaio 2017; n. 7293 del 22 giugno 2017; n. 12881 e 12882 del 2 dicembre 2020, n. 9370 del 17 agosto 2021) con i quali le questioni all'odierno esame sono state già delibate e non favorevolmente valutate; precedenti che in questa sede devono essere richiamati ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 74 e art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.

4.1. Né può ritenersi – come dedotto da parte ricorrente nelle memorie conclusionali - che le citate decisioni non possano rilevare nel caso all'esame in quanto avrebbero pronunciato su motivi di gravame e vicende di fatto diverse, essendo stati nelle stesse enunciati principi generali riguardanti la medesima *res controversa* per vicende del tutto sovrapponibili a quella in esame e da ritenersi, quindi, senz'altro applicabili anche all'odierna fattispecie.

5. Ciò posto, i motivi di ricorso vengono trattati congiuntamente, stante la loro stretta connessione logica.

5.1. Va premesso – richiamando ai sensi delle norme citate il più recente pronunciamento della sezione (9370/2021 cit.) - che:

- “L'art. 7 d.lgs. n. 387/2003 (applicabile *ratione temporis* al caso in esame), nel demandare a “uno o più decreti” ministeriali la definizione dei “criteri per l'incentivazione della produzione di energia elettrica dalla fonte solare” (co. 1), ha previsto che tali criteri (tra l'altro): “stabiliscono le modalità per la determinazione dell'entità dell'incentivazione. Per l'elettricità

prodotta mediante conversione fotovoltaica della fonte solare prevedono una specifica tariffa incentivante, di importo decrescente e di durata tali da garantire una equa remunerazione dei costi di investimento e di esercizio” (co. 2, lett. d). Il d.m. 28.7.2005, emanato in attuazione dell’art. 7 d.lgs. cit., agli artt. 5 e 6, ha indicato per l’appunto le “modalità per la determinazione dell’entità dell’incentivazione”, distinguendo tra impianti di potenza inferiore (art. 5) o superiore (art. 6) a 20 kW e, nell’ambito di ciascuna delle predette categorie, tra impianti la cui domanda d’incentivazione è stata proposta negli anni 2005/2006 o negli anni successivi.

L’art. 6, co. 6 prevede che “l’aggiornamento delle tariffe incentivanti di cui all’art. 5, comma 2, e all’art. 6, commi 2 e 3, viene effettuato a decorrere dal primo gennaio di ogni anno sulla base del tasso di variazione annuo, riferito ai dodici mesi precedenti, dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati rilevati dall’Istat”.

Tale disposizione è stata sostituita dall’art. 4, co. 1, d.m. 6.2.2006, a mente del quale “l’aggiornamento delle tariffe incentivanti di cui all’art. 5, comma 2, lettera b), all’art. 6, comma 2, lettera b), e all’art. 6, comma 3, lettera b), viene effettuato per ciascuno degli anni successivi al 2006 sulla base del tasso di variazione annuo, riferito ai dodici mesi precedenti, dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati rilevati dall’Istat”.

L’art. 8, co. 1, d.m. 6.2.2006 ha sancito, infine, che la modifica in questione si applica “alle domande inoltrate successivamente alla data di entrata in vigore del decreto 28 luglio 2005”.

Per effetto delle disposizioni sopra richiamate, come già affermato da questo TAR (sentenze 2 dicembre 2020 nn. 12881/2020 e 12882/2020) con orientamento che non si ha ragione di rimeditare, l’aggiornamento Istat è rimasto escluso per le tariffe riconosciute sulla base di domande presentate negli anni 2005 e 2006 (artt. 5, co. 2, lett. a, e 6, commi 2 e 3, lettere a, d.m. 28.7.2005).

Come già chiarito nei citati precedenti giurisprudenziali, se è vero che il T.A.R. Lombardia annullava l’art. 8, co. 1, d.m. 6.2.2006 con sentenza n. 2125/2006, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1435/2008, è altresì vero che la sentenza n. 2126/2006 del medesimo Tribunale è stata invece riformata in appello dalla sentenza n. 9/2012 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha ritenuto legittimo l’operato dell’Amministrazione sulla scorta delle seguenti argomentazioni:

- l’art. 7 d.lgs. n. 387/2003, “in quanto fonte primaria legittimante l’adozione dei decreti ministeriali e perciò norma sovraordinata che fissa gli scopi che i decreti devono conseguire con la disciplina di attuazione, e quindi avente valenza di parametro vincolante per l’interpretazione del loro contenuto”, dispone che l’importo della tariffa incentivante è decrescente (co. 2, lett. d), “per

cui appare logico ritenere che i decreti ministeriali attuativi debbano in linea di principio essere idonei ad assicurare tale risultato. Ciò comporta che deve ritenersi più coerente con la norma citata il fatto che la tariffa resti fissa nel suo valore nominale per il periodo in cui è riconosciuta ed erogata poiché ciò comporterebbe in termini reali un andamento appunto decrescente”;

- “è sulla base di questo presupposto che va valutato l’art. 6, comma 6, del decreto ministeriale 28 luglio 2005”; in questa ottica, con il d.m. 6.2.2006 “è stata data l’interpretazione autentica del testo del detto comma del d.m. del 2005, nel momento in cui è precisato che l’aggiornamento delle tariffe per gli impianti di cui alla lettera b) ‘viene effettuato per ciascuno degli anni successivi al 2006’, essendo altresì convergente con ciò l’ulteriore previsione, di cui all’art. 8, comma 1, dello stesso d.m., per il quale la suddetta modifica si applica ‘alle domande inoltrate successivamente alla data di entrata in vigore del D.M. 28 luglio 2005’. Tale soluzione, peraltro, è la più favorevole per gli operatori tra quelle consentite dall’art. 7 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387: il vincolo del carattere decrescente della tariffa viene infatti assicurato mantenendola fissa a livello nominale e lasciandola decrescente solo in termini reali”;

- “appurata la natura meramente interpretativa e non innovativa del decreto ministeriale impugnato, deve escludersi la violazione del principio di retroattività”;

- “da questa conclusione discende altresì che non può configurarsi un legittimo affidamento da parte dei soggetti che abbiano presentato domande negli anni 2005 e 2006, a fronte di una interpretazione del testo del d.m. del 2005 obiettivamente già in atto individuabile, prioritaria in ragione della sua diretta rispondenza alla norma di legge, di conseguenza, di certo riconoscibile da parte di operatori esperti del settore”.

5.2. Alla luce di tali principi, che il Collegio reputa come detto attinenti anche al caso di specie, i motivi di ricorso non possono essere accolti.

5.2.1. È in primo luogo inconferente il richiamo – contenuto nel primo motivo di ricorso – alla disciplina di cui all’art. 21 *nonies* L. 241/1990, avendo la Sezione sul punto già affermato (sent. 22 giugno 2017, n. 7293) che dal recupero degli importi indebitamente versati dal GSE a titolo di rivalutazione ISTAT “*esulano profili involgenti la sfera di discrezionalità del Gestore, chiamato unicamente ad applicare la disciplina di riferimento alla luce del ricordato indirizzo dell’Adunanza Plenaria*” e che “*le maggiori somme erogate dal GSE, infatti, integrano altrettante obbligazioni restitutorie, riconducibili alla comune fattispecie di indebito oggettivo (art. 2033 cod. civ.: “chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato”)*”, così che neppure è ipotizzabile alcun difetto di motivazione, avendo il provvedimento di recupero natura vincolata e non discrezionale ed essendo *in re ipsa* l’interesse pubblico ad evitare un danno erariale con il

recupero di somme indebitamente attribuite, con conseguente superfluità di ogni richiamo all'affidamento del percipiente, non ostativo al recupero, e al tempo trascorso (sent. 1242/ 2017 cit., che sul punto richiama Cons. Stato sez. V n. 127/2016; Cons. Stato sez. III n. 5486/2015; Cons. Stato sez. III n. 201/2015).

Il Collegio reputa, inoltre, opportuno richiamare sul punto l'ulteriore affermazione della già citata sentenza n. 1242/2017, secondo cui il recupero di somme pubbliche indebitamente corrisposte assume una rilevanza ancora più pregnante nel settore degli incentivi per le energie rinnovabili *“in cui la corretta allocazione delle risorse pubbliche risponde all'esigenza, tutelata dal legislatore comunitario e nazionale, di incentivare i soli impianti che rispondano ai requisiti previsti dalla normativa vigente e che, come tali, consentano di raggiungere gli obiettivi, in termini di produzione di energia rinnovabile, posti a carico del nostro Paese dai trattati internazionali”*.

5.2.2. Non può dunque configurarsi, nel caso di specie, un affidamento meritevole di tutela, essendo stata dalla sopra richiamata giurisprudenza più volte affermata la natura non innovativa, bensì interpretativa, delle disposizioni del d.m. 6.2.2006 recanti l'esclusione dell'aggiornamento ISTAT per le tariffe attribuite agli interessati sulla base di domande presentate negli anni 2005 e 2006 (cfr. artt. 6, co. 6, d.m. 28.7.2005 e art. 4, co. 1, d.m. 6.2.2006); in particolare la citata sentenza dell'Adunanza plenaria ha sul punto precisato:

- che il criterio dell'importo decrescente della tariffa incentivante, sancito dall'art. 7 d.lgs. n. 387/2003, comporta che *“deve ritenersi più coerente con la norma citata il fatto che la tariffa resti fissa nel suo valore nominale per il periodo in cui è riconosciuta ed erogata poiché ciò comporterebbe in termini reali un andamento appunto decrescente”*;
- che il d.m. 6.2.2006 ha fornito l'interpretazione autentica dell'art. 6, co. 6, d.m. 28.7.2005, laddove si precisa che l'aggiornamento delle tariffe per gli impianti di cui alla lettera b) *“viene effettuato per ciascuno degli anni successivi al 2006”* (soluzione *“più favorevole per gli operatori tra quelle consentite dall'art. 7 [d.lgs. n. 387/03]: il vincolo del carattere decrescente della tariffa viene infatti assicurato mantenendola fissa a livello nominale e lasciandola decrescente solo in termini reali”*);
- che la natura *“meramente interpretativa e non innovativa”* delle pertinenti previsioni del d.m. 6.2.2006 consente di escludere la violazione del principio di retroattività, non potendo nemmeno *“configurarsi un legittimo affidamento da parte dei soggetti che abbiano presentato domande negli anni 2005 e 2006, a fronte di una interpretazione del testo del d.m. del 2005 obiettivamente già in atto individuabile, prioritaria in ragione della sua diretta rispondenza alla norma di legge, di*

conseguenza, di certo riconoscibile da parte di operatori esperti del settore” (sent. 7293/2017, che richiama i precedenti 1242/2017 e 1261/2017).

5.3. Parimenti infondato è il secondo motivo, con il quale si lamenta la violazione del giudicato formatosi sull’annullamento dell’art. 8 del d.m. 6.2.2006, il quale avrebbe efficacia *erga omnes* in ragione della natura regolamentare della disposizione, e dunque l’illegittimità del recupero disposto dal GSE sulla base di una normativa espunta dall’ordinamento.

Osserva il Collegio che, anche ad accedere alla tesi ricorrente dell’annullamento *erga omnes*, non ne deriverebbe per la parte alcun effetto utile alla luce dell’interpretazione ormai consolidatasi in merito al vincolo del carattere decrescente della tariffa, che viene nella specie assicurato mantenendo la stessa fissa a livello nominale, lasciandola decrescente solo in termini reali.

Infatti - anche a prescindere dalla considerazione per cui, se l’annullamento dell’art. 8 del d.m. 6.2.2006 avesse avuto efficacia *erga omnes*, l’Adunanza Plenaria e, prima ancora, la sezione rimettente avrebbero dichiarato il ricorso al proprio esame improcedibile - sul punto va ribadito, in linea con i precedenti della Sezione, che la non spettanza della maggiorazione era, di per sé, desumibile, già dal d.m. 28.7.2005 e dai criteri direttivi di cui all’art. 7, del d.lgs. n. 387/2003.

5.4. Non è favorevolmente valutabile neppure il terzo motivo, con il quale si deduce l’illegittimità in via derivata da quella del combinato disposto dell’art. 4, comma 1 e dell’art. 8 del d.m. 6 febbraio 2006, avendo la richiamata giurisprudenza precisato che le norme contenute nel d.m. 6 febbraio 2006 non modificano retroattivamente il Primo Conto Energia, ma si limitano a fornirne l’esatta interpretazione, chiarendo che l’adeguamento della tariffa va effettuato al momento di ammissione alle tariffe ed è valido per tutto il periodo ventennale di incentivazione.

Peraltro la stessa Ad. Plen. n. 9/2012 ha chiaramente affermato che la tesi “*secondo cui l’art. 6, comma 6, del decreto ministeriale 28 luglio 2005 avrebbe riconosciuto il diritto all’aggiornamento annuale delle tariffe incentivanti sulla base del tasso di inflazione annuo, darebbe luogo ad una tariffa crescente in termini nominali e costante in termini reali*” si porrebbe in contrasto con l’art. 7 del d.lgs. n. 387/2003 che – come già puntualizzato – ha configurato un sistema di incentivazione ad importi decrescenti, e che la soluzione adottata dal d.m. 6 febbraio 2006 è, invero, la più favorevole tra quelle ipoteticamente configurabili in attuazione dell’art. 7 del d.lgs. n. 387/2003, giacché il carattere decrescente del meccanismo viene assicurato mantenendo fisso l’importo nominale e lasciandolo decrescere solo sul piano reale, come parimenti più volte affermato dalla richiamata giurisprudenza.

5.5. Per le ragioni innanzi esposte non si ravvisano nemmeno le violazioni della normativa europea e internazionale denunciate con il terzo e il quarto motivo, prospettanti la sopravvenuta lesione di

una situazione giuridica soggettiva di vantaggio (diritto di percepire gli incentivi rivalutati) in realtà (*ab origine*) insussistente (in tal senso, sent. 1261/2017), né i denunciati aspetti di incostituzionalità della normativa presupposta alla richiesta del GSE di restituzione della rivalutazione ISTAT, considerato altresì che, secondo il principio più volte ribadito nella giurisprudenza della Corte costituzionale, non è configurabile una lesione della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. quando l'apposizione di limiti al suo esercizio (tra l'altro, nella specie, genericamente dedotti) corrisponda all'utilità sociale, purché l'individuazione di quest'ultima non appaia arbitraria e gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue (*ex multis*, Corte Costituzionale, sentenza n. 16/2019, in materia di rimodulazione delle tariffe incentivanti per gli impianti fotovoltaici); condizioni che, per quanto finora detto, risultano entrambe rispettate.

6. In conclusione, in ragione delle superiori considerazioni, i motivi di ricorso non possono essere accolti.

7. La novità della questione al momento della proposizione del ricorso giustifica, non di meno, la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Paola Patatini, Primo Referendario, Estensore

Angelo Maria Testini, Referendario

L'ESTENSORE

Paola Patatini

IL PRESIDENTE

Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO