

ENERGIA: Impianto eolico - Realizzazione - Incentivi - Ratio - Possibilità di conseguire gli incentivi - Da parte di chi avesse già iniziato i lavori - Posizione di legittimo affidamento - Non sussiste - Ragioni.

Cons. Stato, Sez. II, 7 aprile 2022, n. 2578

1. “[...] costituisce esigenza ineludibile che un “incentivo economico di fonte pubblica deve essere volto a favorire un investimento che l'operatore non avrebbe realizzato in assenza dell'aiuto e non già a compensare ex post scelte di investimento che l'imprenditore avrebbe comunque realizzato anche in assenza dell'incentivo [...]”.

[...] la necessaria concatenazione causale tra riconoscimento dell'incentivo e pianificazione dell'intervento non può che essere ancorata ad un dato oggettivo, quale quello cronologico, invece che a profili che attengono a scelte imprenditoriali comunque soggettive e riflettenti una strategia ab externo non sondabile [...].

2. “[...] il diverso tenore dei precedenti decreti ministeriali circa la riconosciuta possibilità di conseguire gli incentivi anche da parte di chi avesse già iniziato i lavori non radica alcuna posizione di legittimo affidamento, rientrando nella discrezionalità del legislatore l'effettuare scelte normative non coincidenti, tanto più in un settore in costante aggiornamento quale quello della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili [...]”.

3. “[...] come evidenziato da questo Consiglio, infatti, “le circostanze che, considerate nel loro complesso, avrebbero dovuto indurre l'operatore prudente ed accorto, al momento della programmazione (e negli anni dal 2011 al 2013), a non confidare oltre modo sulla permanente certezza nel tempo degli incentivi pubblici futuri - rispetto a quelli vigenti in precedenza o fino ad allora - sono del resto evidenziate, come osserva la richiamata giurisprudenza, nello stesso decreto ministeriale 5 maggio 2011 che, “nelle articolate premesse, fa riferimento a: a) la continua evoluzione tecnologica e in particolare la significativa riduzione dei costi dei componenti e dei sistemi fotovoltaici; b) i (minori) livelli di incentivazione previsti negli altri Stati membri; c) la esigenza che per gli impianti entrati in esercizio dopo il 31 maggio 2011 sia prevista una progressiva (quindi ben annunciata) diminuzione delle tariffe per un allineamento graduale dell'incentivo pubblico con i costi delle tecnologie; d) la previsione entro pochi anni della c.d. grid parity ossia la convenienza economica della elettricità fotovoltaica rispetto a quella prelevata o immessa in rete, condizione che fa ritenere non più necessario il sostegno pubblico” [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso n. 10917/2017, proposto innanzi al T.a.r. per il Lazio, la società NCD Divisione Eolica s.r.l. (di seguito la società) aveva chiesto quanto segue:

- l'annullamento

a) del d.m. 23 giugno 2016, emesso dal Ministero dello Sviluppo Economico, recante *“Incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico”*, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 150 del 29 giugno 2016, ed, in particolare, dell'art. 4, commi 5 e 6, del medesimo decreto;

b) del *“Bando pubblico per l'iscrizione ai registri informatici di cui al D.M. 23 giugno 2016”*, pubblicato dal G.S.E. - Gestore Per i Servizi Energetici S.p.a. (di seguito GSE);

c) delle *“Procedure applicative del d.m. 23 giugno 2016”* emesse dal GSE ai sensi dell'art. 26, comma 1, del d.m. medesimo, e relativi allegati, nonché delle Informative e FAQ- *Frequently Asked Questions* pubblicate sul sito Internet del GSE e costituenti parte integrante del Bando citato;

d) della *“Graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell'art. 9 del D.M. 23 giugno 2016 in posizione tale da non rientrare nel contingente di potenza previsto per impianti eolici on shore secondo quanto indicato nel Bando del 20 agosto 2016 — Tabella C — non ammessi”*, stilata in data 25 novembre 2016 e pubblicata in pari data sul sito internet del GSE (atto impugnato coi motivi aggiunti);

e) della nota del GSE pubblicata il 25 novembre 2016, nella parte in cui prevede che *“il GSE ricorda che anche gli impianti in posizione utile a seguito di scorrimento potranno accedere agli incentivi a condizione che i lavori di costruzione risultino avviati dopo l'inserimento in posizione utile in graduatoria”*;

d) di ogni altra disposizione del GSE attuativa del d.m. 23 giugno 2016 che possa essere interpretata nel senso di escludere, dall'accesso ai previsti incentivi, gli impianti i cui lavori di installazione siano stati avviati precedentemente all'inserimento in posizione utile nelle relative graduatorie;

- l'accertamento del diritto della ricorrente a presentare la domanda di iscrizione al registro di cui al d.m. 23 giugno 2016 e, conseguentemente, all'iscrizione nella *“Graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell'art. 9 del D.M. 23 giugno 2016 in posizione tale da non rientrare nel contingente di potenza previsto per impianti eolici on shore secondo quanto indicato nel Bando del 20 agosto 2016 — Tabella C — non ammessi”*;

2. A sostegno del ricorso, la società aveva dedotto l'illegittimità dell'impugnato decreto – laddove prevede che *“hanno accesso agli incentivi a condizione che i relativi lavori di costruzione risultino, dalla comunicazione di inizio lavori trasmessa all'amministrazione competente, avviati dopo l'inserimento in posizione utile nelle graduatorie”* – in quanto sarebbe un limite non sorretto da

alcuna ragione logica e non previsto dalle precedenti discipline incentivanti in modo da ledere il legittimo affidamento.

3. Costituitisi il GSE e le Amministrazioni ministeriali in resistenza, il Tribunale amministrativo adito (Sezione III *ter*), dopo aver disposto l'integrazione del contraddittorio mediante pubblici proclami (ordinanza n. 7148 del 2017), ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti ed ha compensato le spese di lite.

4. In particolare, il T.a.r. ha richiamato un precedente in termini della medesima Sezione III *ter* (sentenza n. 8997 del 2017) nel senso della infondatezza di tutte le censure sollevate, considerato che il *“concetto di “necessità dell'aiuto”, risulta imposto in gran parte delle fonti comunitarie (regolamenti, discipline, orientamenti, ecc.) in materia di aiuti di Stato”* e che non si configura alcuna violazione del principio di affidamento.

5. Avverso tale pronuncia la società ha interposto appello, notificato il 18 maggio 2018 e depositato il 22 maggio 2018, lamentando, attraverso sei motivi di gravame (pagine 8-28), ai quali ha fatto seguito la riproposizione dei motivi non esaminati in prime cure (28-33), quanto di seguito sintetizzato:

I) il T.a.r. non si sarebbe pronunciato su quanto dedotto a proposito della natura di atto atipico assolutamente non vincolante della Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C 200/1, richiamata nella sentenza impugnata, con la conseguente insussistenza di alcun obbligo, in capo al Ministero dello sviluppo economico, di recepire pedissequamente, nell'impugnato d.m., i meri *“orientamenti”* ivi contenuti; l'introduzione del limite cronologico posto all'ammissibilità delle domande di incentivazione si porrebbe in aperto ed insanabile contrasto con i *“principi generali”* enunciati dal legislatore statale in materia di regimi di sostegno previsti per gli impianti FER; sarebbe, contrariamente a quanto opinato dal T.a.r., sussistente il c.d. *“effetto incentivazione”* ritenuto necessario per accertare la compatibilità degli aiuti a favore dell'ambiente e dell'energia con il mercato interno;

II) il T.a.r. non si sarebbe avveduto che la menzionata Comunicazione della Commissione europea avrebbe chiaramente disposto l'inapplicabilità della disciplina di cui al punto n. 50 della stessa a tutti i casi, come nella specie, in cui *“l'aiuto è concesso sulla base di una procedura di gara competitiva”*, risultando così ragionevole la scelta dell'amministrazione di applicare il citato art. 50 esclusivamente agli impianti da iscrivere a registro *ex art. 9* del citato d.m. e non anche a quelli di grossa taglia che accedono agli incentivi mediante procedura ad asta;

III) il T.a.r. non avrebbe considerato che la disposizione ministeriale anzidetta sarebbe tale da pregiudicare gli interessi di coloro i quali, ottenuta l'autorizzazione unica sono stati costretti ad

avviare i lavori per non incorrere nella sua decadenza, così irragionevolmente precludendo loro di accedere ai meccanismi incentivanti di cui al medesimo decreto;

IV) nemmeno il T.a.r. avrebbe considerato la lesione del legittimo affidamento ingenerato nell'appellante dalla consolidata prassi del Ministero dello sviluppo economico;

V) nemmeno il T.a.r. avrebbe considerato che la gravata disposizione ministeriale sarebbe tale da pregiudicare irrimediabilmente gli interessi di tutti coloro i quali, ottenuta l'autorizzazione unica, sono stati costretti, loro malgrado, ad avviare i lavori per non incorrere nella decadenza, così precludendo loro di accedere ai meccanismi incentivanti di cui al medesimo decreto.

VI) nemmeno il T.a.r. avrebbe considerato che restano esclusi dagli attuali incentivi i soli impianti i cui lavori siano stati già avviati, ma che non abbiano potuto fare richiesta di accesso agli incentivi previsti dal predetto d.m. del 6 luglio 2012, in quanto i relativi titoli abilitativi sono stati rilasciati solo successivamente;

VII) si ripropongono, al fine, i motivi di primo grado non esaminati dal T.a.r. ed in particolare si torna a lamentare il contrasto con i principi comunitari e nazionali in materia di realizzazione e incentivazione degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili, avendo introdotto una disciplina discriminatoria e sproporzionata; inoltre si deduce la mancanza di una disposizione transitoria proprio a tutela di chi ha già dato inizio ai lavori.

6. L'appellante ha concluso chiedendo, in riforma dell'impugnata sentenza, l'accoglimento del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti e quindi l'annullamento degli atti con lo stesso impugnati e l'accertamento del suo diritto.

7. In data 8 giugno 2018, le Amministrazioni ministeriali si sono costituite in giudizio.

8. In data 18 giugno 2018, il GSE si è costituito con memoria di controdeduzioni, argomentando nel senso della infondatezza di tutte le deduzioni *ex adverso* articolate e concludendo per la reiezione dell'appello. In particolare, parte appellata ha controdedotto che: le Comunicazioni della Commissione europea, pur non essendo vincolanti, è comunque opportuno che siano osservate dagli Stati membri ed in particolare quelle in materia di aiuti di Stato; il recepimento della Comunicazione n. 2014/C 200/1 ad opera del d.m. del 2016 risulta coerente con tale superiore esigenza; la necessità dell'aiuto non può essere invocata al fine di giustificare il salvataggio dal *default* derivante da decisioni imprenditoriali erranee; la determinazione delle modalità di accesso agli incentivi costituisce frutto di una discrezionalità che è stata conferita dalla Commissione europea agli Stati membri; la doglianza con cui viene lamentata una asserita irragionevolezza e disparità di trattamento della scelta compiuta dal Ministero sarebbe da considerare inammissibile ai sensi dell'art. 104 c.p.a.; l'infondatezza di quanto dedotto a proposito

della violazione del principio di affidamento non sarebbe configurabile, atteso che, quando la NCD ha avviato i lavori di costruzione dell'impianto, non aveva attivato alcun procedimento nei confronti del GSE ed era quindi titolare, nei confronti di quest'ultimo, di un interesse di mero fatto e, come tale, giuridicamente irrilevante; si evidenzia, altresì, da parte appellata che controparte non avrebbe richiesto la proroga dell'autorizzazione unica (emanata in data 16 settembre 2014) entro il termine di sei mesi prescritto ai fini dell'inizio dei lavori; sarebbe poi da respingere la domanda di accertamento dell'asserito diritto dell'appellante di essere iscritta nella Tabella C già solo per il fatto che non può configurarsi alcun diritto soggettivo ma al più un mero interesse legittimo.

9. In data 21 gennaio 2022, parte appellante ha depositato una memoria conclusionale, a sua volta insistendo per l'accoglimento del gravame. In particolare essa ha evidenziato: l'insussistenza di "*casi di forza maggiore*" per poter ragionevolmente chiedere e legittimamente ottenere la proroga dell'inizio dei lavori; che la realizzazione e la messa in esercizio dell'impianto eolico *de quo* costituirebbero attività del tutto antieconomiche; che sarebbe stata costretta ad avviare i lavori per non incorrere nella decadenza/revoca della a.u.

10. La causa, chiamata per la discussione alla udienza telematica del 23 febbraio 2022, è stata trattenuta in decisione.

11. L'appello è infondato.

11.1 Si è sopra evidenziato che il GSE ha adottato il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo della lite facendo applicazione dell'art. 4, comma 5, del decreto del Ministero dello sviluppo economico del 23 giugno 2016, nella parte in cui prevede che: "*Gli impianti di cui al comma 1 hanno accesso agli incentivi a condizione che i relativi lavori di costruzione risultino, dalla comunicazione di inizio lavori trasmessa all'amministrazione competente, avviati dopo l'inserimento in posizione utile nelle graduatorie*".

Nel caso di specie, infatti, la società ha dato avvio i lavori, come evidenziato nello stesso gravame, sin dal 17 marzo 2015 e pertanto prima della data di pubblicazione dell'impugnato decreto, in cui peraltro i lavori di costruzione dell'impianto erano ormai sostanzialmente terminati, "*essendo stati già installati i tre nuovi aerogeneratori ed integralmente realizzate le complementari opere edilizie ed elettriche*" (cfr. pagina 5).

11.2 Con i motivi d'appello sopra sintetizzati, suscettibili per il loro tenore di essere esaminati congiuntamente, parte appellante lamenta, nella sostanza, l'illegittimità del suddetto decreto nella sua valenza escludente, motivi che, assorbita ogni questione in rito sollevata da parte appellata, risultano infondati per le seguenti ragioni:

- in ordine a quanto argomentato dall'appellante circa il carattere *“assolutamente non vincolante delle Comunicazioni adottate dalla Commissione europea”* (cfr. pagina 10 dell'appello), all'uopo richiamando una pronuncia in tal senso della Corte di Giustizia europea (sentenza del 19 luglio 2016, emessa nella causa C-526/14), tale qualificazione non osta ai fini del suo eventuale recepimento da parte di uno Stato membro attribuendo così carattere cogente alle relative previsioni, tanto più che queste risultano coerenti con quelle esigenze di incentivazione che ispirano la disciplina sugli aiuti di Stato;
- contrariamente a quanto opinato dall'appellante, la formulazione del par. n. 52 della Comunicazione della Commissione europea (*“Non è tuttavia necessario soddisfare le condizioni di cui ai punti (50) e (51) nei casi in cui l'aiuto è concesso sulla base di una procedura di gara competitiva”*) non sottrae la facoltà di ogni Stato membro di estendere la portata applicativa della previsione anche a tali fattispecie una volta preso atto dell'esigenza, coerente con gli obiettivi comunitari, di assicurare piena attuazione al principio di effettività dell'incentivazione;
- la Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C 200/1, risulta collimante con quanto stabilito dall'art. 107, paragrafo 3, lett. c) del TFUE circa la necessità che gli aiuti a favore dell'energia e dell'ambiente siano compatibili con il mercato interno;
- come evidenziato da questo Consiglio in analoga vicenda, costituisce esigenza ineludibile che un *“incentivo economico di fonte pubblica deve essere volto a favorire un investimento che l'operatore non avrebbe realizzato in assenza dell'aiuto e non già a compensare ex post scelte di investimento che l'imprenditore avrebbe comunque realizzato anche in assenza dell'incentivo (v. Cons. St., parere n. 960/2006)”* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2017, n. 4520);
- l'appellante sostiene che, in base alla formulazione dell'art. 23 del d.lgs. n. 28/2011, emergerebbe il principio generale secondo il quale qualsivoglia regime di incentivazione debba necessariamente salvaguardare gli investimenti già effettuati, determinando anzi la circostanza che l'investimento sia stato già effettuato una priorità di accesso;
- in realtà, le generiche previsioni di cui al citato decreto non consentono di evincere né l'indifferenza della già avvenuta effettuazione degli investimenti, né un diritto prioritario, in quanto si limita a demandare ad un apposito decreto del Ministero dello sviluppo economico la definizione delle *“modalità per l'attuazione dei sistemi di incentivazione”* (cfr. art. 24, comma 5 d.lgs. n. 28/2011);
- la testuale previsione di cui al citato art. 4, comma 5, del decreto del Ministero dello sviluppo economico del 23 giugno 2016, nella sua indeclinabile portata escludente, si fonda sul mero dato cronologico della successione temporale tra la formazione della graduatoria e l'avvio dei lavori,

circostanza fattuale che non può certo essere superata da considerazioni (asseritamente suffragate da documentazione probatoria) che attengono alla convenienza economica dell'intervento, comunque già programmato ed eseguito al momento dell'entrata in vigore del decreto stesso e rispetto al quale, quindi, l'incentivo non ha potuto produrre alcuna spinta propulsiva sul piano motivazionale;

- la necessaria concatenazione causale tra riconoscimento dell'incentivo e pianificazione dell'intervento non può che essere ancorata ad un dato oggettivo, quale quello cronologico, invece che a profili che attengono a scelte imprenditoriali comunque soggettive e riflettenti una strategia *ab externo* non sondabile;

- parte appellante ripropone in questa sede la censura secondo cui vi sarebbe una disparità di trattamento tra gli impianti che non possono accedere agli incentivi per effetto della clausola escludente impugnata e gli impianti che, invece, a norma del comma 6 dell'art. 4 del d.m. 23 giugno 2016, possono invece accedervi; tale previsione riguarda esattamente gli impianti i cui lavori siano stati già avviati, ma che abbiano fatto richiesta di accesso agli incentivi di cui al decreto ministeriale del 6 luglio 2012 o aventi diritto all'accesso diretto sulla base del medesimo decreto; la lamentata disparità di trattamento non sussiste, in quanto i soggetti interessati all'applicazione del d.m. 6 luglio 2012 hanno avviato i lavori di costruzione di un impianto dopo aver presentato domanda di aiuto alle autorità nazionali invece che prima, come nel caso dell'odierno appellante;

- la dedotta disparità di trattamento con gli impianti di grossa taglia, in quanto esclusi dalla disciplina in esame di cui all'art. 4, comma 5, del D.M. 2016 a differenza degli impianti a registro, quale quello di specie, non si ricava dalle semplici diverse caratteristiche delle due tipologie di impianti, fermo restando che, come sopra rilevato, il decreto è frutto di una discrezionalità che è conferita agli Stati membri dalla stessa previsione comunitaria;

- parte appellante, nel contestare il relativo capo reiettivo della sentenza impugnata, deduce che vi sarebbe un mancato coordinamento tra la disciplina della autorizzazione unica rilasciata per la realizzazione degli impianti FER e quella relativa all'accesso agli incentivi di tali impianti prevedendo la prima un regime decadenziale ("*mesi sei dal rilascio dell'autorizzazione*") così costringendo all'esecuzione dei lavori entro tale termine per non incorrere nella temuta decadenza, risultando insussistente ogni "*causa di forza maggiore*"; la censura non può essere accolta, in quanto le due discipline si pongono su piani differenti, stante l'autonomia del provvedimento di valenza urbanistica rispetto a quello incentivante, di tal che la refluenza del primo sul secondo non consente, *de jure condito*, la disapplicazione della prima per ragioni che attengono al raggiungimento degli obiettivi ai quali presiede la seconda;

- il diverso tenore dei precedenti decreti ministeriali circa la riconosciuta possibilità di conseguire gli incentivi anche da parte di chi avesse già iniziato i lavori non radica alcuna posizione di legittimo affidamento, rientrando nella discrezionalità del legislatore l'effettuare scelte normative non coincidenti, tanto più in un settore in costante aggiornamento quale quello della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili;
- come evidenziato da questo Consiglio, infatti, *“le circostanze che, considerate nel loro complesso, avrebbero dovuto indurre l'operatore prudente ed accorto, al momento della programmazione (e negli anni dal 2011 al 2013), a non confidare oltre modo sulla permanente certezza nel tempo degli incentivi pubblici futuri - rispetto a quelli vigenti in precedenza o fino ad allora - sono del resto evidenziate, come osserva la richiamata giurisprudenza, nello stesso decreto ministeriale 5 maggio 2011 che, "nelle articolate premesse, fa riferimento a: a) la continua evoluzione tecnologica e in particolare la significativa riduzione dei costi dei componenti e dei sistemi fotovoltaici; b) i (minori) livelli di incentivazione previsti negli altri Stati membri; c) la esigenza che per gli impianti entrati in esercizio dopo il 31 maggio 2011 sia prevista una progressiva (quindi ben annunciata) diminuzione delle tariffe per un allineamento graduale dell'incentivo pubblico con i costi delle tecnologie; d) la previsione entro pochi anni della c.d. grid parity ossia la convenienza economica della elettricità fotovoltaica rispetto a quella prelevata o immessa in rete, condizione che fa ritenere non più necessario il sostegno pubblico”* (cfr. sentenza, sez. VI, 28 giugno 2016, n. 2847);
- le vicende che hanno interessato l'iter procedimentale (ed il connesso giudizio intrapreso innanzi al T.a.r.) che ha condotto al rilascio dell'autorizzazione unica non possono influire sul regime applicabile per l'ammissione agli incentivi in discorso, potendosi al più ipotizzare profili di responsabilità ove si sia colpevolmente impedito il conseguimento di quest'ultimi;
- non sussistono quindi i presupposti per accedere favorevolmente non solo alla domanda d'annullamento, ma anche a quella di accertamento del diritto di iscrizione al registro di cui al d.m. 23 giugno 2016 e, conseguentemente, all'iscrizione nella graduatoria di cui alla Tabella C-non ammessi, essendo entrambe precluse dalla rilevata anteriorità dell'inizio dei lavori rispetto alla domanda di incentivazione.

12. In conclusione, l'appello è infondato e deve essere respinto.

13. Le spese del presente grado di giudizio, regolamentate secondo il criterio della soccombenza, sono liquidate nella misura stabilita in dispositivo, applicando i parametri di cui al regolamento n. 55 del 2014.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 4063/2018), lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore di GSE, delle spese del presente grado di giudizio che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in collegamento da remoto nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Sabato

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO
