

ENERGIA: Fonti rinnovabili - Poteri del GSE - Limiti - Autorizzazione unica - Effetti - Variazione della destinazione urbanistica della zona - Conformità alle disposizioni urbanistiche la localizzazione dell'impianto.

Tar Lazio - Roma, Sez. III ter, 19 maggio 2022, n. 6508

1. “[...] il controllo del GSE in ordine agli atti e provvedimenti adottati da altre Amministrazioni, ovvero dagli enti locali o, in generale in relazione a procedimenti che devono essere gestiti dai detti enti “ha carattere meramente formale, ossia di verifica della sussistenza del titolo, non potendosi spingere sino alla verifica della legittimità dello stesso a pena di stravolgimento del riparto di competenze fissato dal legislatore. Una opposta conclusione porterebbe a ritenere che il GSE operi quale Amministrazione sovraordinata rispetto a quelle che concorrono a rilasciare i titoli necessari per l’ammissione alle tariffe incentivanti.” [...] Pertanto, qualora il GSE dubiti della legittimità di un atto rilasciato da altra amministrazione deve interloquire con quest’ultima, invitandola ad esercitare i propri poteri di controllo e a trasmettere tempestivamente l’esito degli accertamenti effettuati” [...].

[...] L’attività amministrativa posta in essere dal Comune, presupposta all’ammissione dell’impianto per cui è causa alla tariffa incentivante contestata, non può quindi essere validamente sindacata o disapplicata dal GSE sul mero presupposto della configurabilità di un disegno elusivo della normativa da parte del soggetto responsabile dell’impianto [...]”.

2. “[...] l’autorizzazione alla realizzazione di un impianto di energia elettrica alimentato da fonti rinnovabili in una zona in cui per i divieti contenuti negli strumenti urbanistici tale opera non sarebbe realizzabile determina la variazione della destinazione urbanistica della zona e rende conforme alle disposizioni urbanistiche la localizzazione dell’impianto [...] anche in presenza di parere negativo del Comune, senza la necessità di alcun ulteriore provvedimento di assenso all’attività privata” [...].

Ciò comporta l’illegittimità del provvedimento impugnato anche nella parte in cui ha considerato l’area de qua ancora come area agricola, senza tener conto della variazione della destinazione urbanistica medio tempore intervenuta in virtù dell’autorizzazione unica sopra menzionata [...]”.

FATTO

1. Con ricorso notificato il 30 marzo 2020 e depositato il successivo 2 aprile, la società San Giovanni Energia ha adito questo Tribunale al fine di ottenere l’annullamento del provvedimento del Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.A., prot. n. GSE/P20200006163 del 12 febbraio 2020, di decadenza dagli incentivi ex d.m. 5 maggio 2011, relativi all’impianto fotovoltaico n. 813420, di

potenza pari a 9.768 kW, incentivato e autorizzato dalla Regione Campania con A.U. n. 545 del 31 ottobre 2011 – sito in Loc. “San Giovanni”, nel Comune di Buccino (SA), e degli atti connessi come in epigrafe specificati.

2. La società San Giovanni energia S.r.l. espone in fatto di aver ottenuto, dalla Regione Campania l’autorizzazione unica per la realizzazione di un impianto fotovoltaico di potenza pari a 9.768 kW (n. identificativo 813420), realizzato in località “San Giovanni”, nel Comune di Buccino (SA), su terreno riportato al catasto foglio di mappa 55, particelle n. 122, 121, 119, 118, 115, 114, 113, 112, 109, del Comune di Buccino (SA).

Tali terreni sono di proprietà del Comune di Zungoli che, dopo averli acquistati, ha costituito su di essi un diritto di superficie in favore della società ricorrente, per la realizzazione di un impianto fotovoltaico.

L’acquisto dei predetti terreni si colloca nell’ambito del programma ASPEA (Azzeramento Spesa Energetica Associati).

In data 29 giugno 2010, il Consorzio Asmez ha, infatti, deliberato il varo del suddetto Programma, adottando il relativo Regolamento di attuazione, con l’obiettivo di supportare gli Enti locali associati nell’accesso ai contributi in “Conto Energia”, spostando l’onere di acquisizione delle risorse finanziarie ed il rischio imprenditoriale in capo ad operatori economici (c.d. “partner”) specializzati nel settore e disponibili alla realizzazione e gestione degli impianti fotovoltaici. Sulla base di tali criteri i partner privati dovevano essere selezionati direttamente dal Consorzio Asmez, quale centrale di committenza con l’onere di selezionare con procedura ad evidenza pubblica gli operatori economici interessati a supportare il Consorzio nella gestione del programma, sollevando l’Ente locale da ogni rischio e incombenza.

Secondo il Regolamento, gli Enti locali associati interessati all’iniziativa dovevano essere inseriti in una graduatoria per definire l’ordine temporale degli interventi, cui sono obbligati ad attenersi i Partner aggiudicatari.

Il Programma prevedeva, altresì, che i Comuni aderenti individuassero o acquisissero nella propria disponibilità i beni immobili (tetti o terreni), anche di altro Comune, da destinare alla realizzazione degli impianti.

In data 9 luglio 2010, con atto della Giunta Comunale, il Comune di Zungoli deliberava l’adesione al programma ASPEA, risultando iscritto nella graduatoria dei Enti aderenti, al posto n. 9.

Successivamente, il 3 agosto 2010, il Consorzio Asmez pubblicava sulla GUCE un avviso pubblico, teso a individuare i partner interessati ad affiancare il Consorzio nella realizzazione del programma

ASPEA, con la successiva definizione di un accordo di partenariato con l'operatore economico ritenuto idoneo.

La società CMS – Carpenterie Metalliche Sannite S.r.l. partecipava alla procedura bandita dal Consorzio ASMEZ e, in accoglimento della relativa proposta economico-finanziaria, veniva selezionata come partner privato. Con l'accordo quadro stipulato in data 22 ottobre 2012 tra la società CMS, il Consorzio e Asmenet Ambiente S.r.l. (società delegata per l'attuazione del programma), è stato, altresì, pattuito che il partner avrebbe potuto proporre al Comune di divenire proprietario di aree già provviste di tutte le autorizzazioni anche in territori "extracomunali".

Di conseguenza, definiti i reciproci obblighi e impegni tra Consorzio e Partner privato, in data 26 ottobre 2012, il Comune di Zungoli deliberava l'acquisto delle aree individuate dalla Società CMS – ai sensi del Regolamento ASPEA e dell'Accordo quadro – come idonee alla realizzazione dell'impianto fotovoltaico, identificate catastalmente in località "San Giovanni", Comune di Buccino (SA), Foglio 55, particelle nn. 109, 112, 113, 114, 115, 118, 119, 121, 122.

L'acquisto delle aree da parte del Comune di Zungoli rappresentava, peraltro, la condizione per poter accedere agli incentivi del Quarto Conto Energia, poiché, ai sensi dell'art. 1, co. 4, lett. c), d.M. 5 luglio 2012, si è prevista l'applicazione delle predette tariffe incentivanti in favore di quegli impianti "*realizzati su edifici pubblici e su aree delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che entrano in esercizio entro il 31 dicembre 2012*".

La società CMS ha quindi acquisito delle quote partecipative della Società San Giovanni Energia S.r.l., indicando quest'ultima come società veicolo per la realizzazione dell'impianto, in linea con quanto previsto dallo stesso Regolamento attuativo ASPEA. La società veicolo, odierna ricorrente, aveva, infatti, già ottenuto:

- il parere positivo circa la compatibilità ambientale dell'opera, espresso dalla Commissione V.I.A., in data 6 giugno 2011 con decreto dirigenziale della Regione Campania, n. 385;
- l'autorizzazione unica alla realizzazione dell'impianto nelle aree predette, rilasciata in data 31 ottobre 2011.

Inoltre, in data 2 ottobre 2012, il Comune di Buccino, con nota prot. n. 7038, rilasciava certificato di destinazione urbanistica, mediante il quale si certificava che "*a far data dal 31/10/2011 la destinazione urbanistica dell'area contraddistinta dal foglio 55, mappali 28, 109, 112, 113, 114, 115, 118, 119, 121, 122 è la seguente: <impianto fotovoltaico per la produzione di energia elettrica>*".

Con atto notarile del 27 ottobre 2012 (rep. n. 3423, racc. n. 2435), gli appezzamenti di terreno sopra individuati sono stati ceduti dai precedenti proprietari al Comune di Zungoli. Il prezzo della vendita

veniva corrisposto integralmente – oltre a spese e oneri connessi – dalla società San Giovanni Energia S.r.l., poiché, come precisato nello stesso Programma ASPEA e ripetuto nell’atto di vendita, *“l’acquisto degli appezzamenti di terreno sui quali verrà installato l’impianto fotovoltaico non [deve] comportare alcun onere a carico del bilancio comunale, essendo prevista dal Regolamento ASPEA una decurtazione pari al 15% (quindici per cento) annuo del ricavato dei proventi a favore del Comune nel caso in cui esso non sia in possesso di proprio sito idoneo ed autorizzato.*

In pari data, con scrittura privata sottoscritta da tutti gli attori della procedura, la società CMS individuava formalmente San Giovanni Energia S.r.l. quale soggetto che avrebbe dovuto assumersi tutti gli oneri inerenti all’attuazione del programma ASPEA per il Partner, ivi compresi quelli relativi alla realizzazione, gestione e manutenzione dell’impianto fotovoltaico.

Successivamente, la società ricorrente, in data 12 aprile 2013, ha presentato al GSE, per l’impianto in oggetto, richiesta di riconoscimento delle tariffe incentivanti spettanti ai sensi del Quarto Conto Energia, dichiarando quale data di entrata in esercizio dell’impianto, il 29 marzo 2013.

Il GSE, con comunicazione del 29 luglio 2013 (prot. FTV_01038331), ha riconosciuto per un periodo di 20 anni la tariffa omnicomprensiva nella misura di 0,199 €/kWh (doc. 16), cui ha fatto seguito la stipula della convenzione n. D05N274589507 in data 19 agosto 2013.

Con comunicazione del 24 luglio 2014 (prot. GSE/A20140199454), la società ricorrente rendeva noto al GSE di aver ceduto alla società B&A Trust Company S.r.l.s., con atto del 7 luglio 2014, i crediti derivanti dalla Convenzione. Di conseguenza, il GSE ha provveduto a versare gli incentivi alla società B&A Trust Company S.r.l.s., dandone comunicazione alla ricorrente con nota del 16 dicembre 2014 (GSE/P20140184706).

La società ha, dunque, potuto beneficiare degli incentivi riconosciuti dal d.m. 5 maggio 2011, *ex art. 3, co. 1, lett. u)*, per gli impianti fotovoltaici realizzati su aree della P.A. (qualificati come “piccoli impianti”), in considerazione della proroga prevista dall’art. 1, co. 425 della l. n. 228 del 24 dicembre 2012 (c.d. legge di stabilità 2013). Con tale ultima disposizione, il termine originariamente dettato dall’art. 1, co. 4, lett. c), d.m. 5 luglio 2012 per l’entrata in esercizio degli impianti *“realizzati su edifici pubblici e su aree delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165”*, fissato al *“31 dicembre 2012”* è stato prorogato al 31 marzo 2013.

Tuttavia, il GSE, con nota del 2 febbraio 2017 (GSE/P20170012512), comunicava alla società ricorrente l’avvio del procedimento di verifica *“ai sensi dell’art. 42 del D.lgs. 28/2011 e del D.M.*

31 gennaio 2014” e l’effettuazione di un sopralluogo per mezzo di società incaricate dallo stesso GSE, eseguito poi nei giorni 6 e 7 febbraio 2017.

Con successiva comunicazione prot. n. GSE/20170004219 dell’8 novembre 2017, il GSE sospendeva il procedimento di verifica e richiedeva integrazioni documentali e osservazioni al Soggetto Responsabile. In particolare, il GSE rilevava alcune criticità sostenendo che:

- *“il terreno del Comune di Buccino, ove è stato realizzato l’impianto, risulta di proprietà del Comune di Zungoli, per effetto della interposizione di quest’ultimo nell’ambito del citato contratto stipulato in data 27 ottobre 2012 (Repertorio n. 3423, Raccolta n. 2435) attuata presumibilmente al fine di poter usufruire delle modalità d’accesso diretto all’incentivazione previste per i «piccoli impianti» ed eludere così l’obbligo di iscrizione al Registro dei «grandi impianti»”;*

- *“diversamente da quanto indicato nel certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal Comune di Buccino, nella summenzionata Autorizzazione Unica non vi è alcun riferimento alla variazione della destinazione urbanistica dell’area ove è stato realizzato l’impianto, la quale, pertanto, è ancora oggi da considerarsi quale «area agricola», peraltro soggetta, almeno parzialmente, a tutela paesaggistica”.* Da tale conclusione, il GSE deduceva una presunta applicabilità all’impianto in questione – in luogo della disciplina dettata per le aree di proprietà della P.A. – delle disposizioni di cui all’art. 65, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (conv in l. n. 27 del 2012) che ha escluso per gli impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra in aree agricole *“l’accesso agli incentivi statali di cui al decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28”*, salvo che il titolo abilitativo non fosse stato conseguito alla data di entrata in vigore della legge di conversione (avvenuta in data 24 marzo 2012) e che l’impianto fosse entrato in esercizio entro 180 giorni dalla stessa data d’entrata in vigore della legge di conversione.

Infine con la stessa comunicazione il GSE chiedeva la produzione dell’elenco completo recante marca, modello e numero di matricola dei moduli fotovoltaici, suddivisi per le singole sezioni, segnalando eventuali furti e/o sostituzioni.

Con nota del 6 dicembre 2017, la società ricorrente riscontrava le presunte criticità, contestando, in primo luogo, la presunta partecipazione, unitamente al Comune di Zungoli, all’intento di eludere la normativa di settore.

In secondo luogo, contestava la censura sull’asserita natura agricola delle aree interessate dall’impianto fotovoltaico, poiché:

- l’A.U. n. 545 del 2011, adottata dalla Regione Campania per la realizzazione dell’impianto costituisce, ai sensi dell’art. 12, co. 3, d.lgs. n. 387 del 2003, *“ove occorra variante allo strumento urbanistico”*;

- il parere rilasciato dalla Soprintendenza Beni e Attività Culturali di Salerno e Avellino – in merito alla presunta sussistenza di vincoli paesaggistici nell’area da destinare alla realizzazione dell’impianto – è stato prodotto tardivamente in sede di conferenza dei servizi (come attestato dalla stessa A.U.).

Infine, la ricorrente allegava alla nota inviata al GSE l’elenco completo in formato .xls recante marca, modello e numero di matricola dei moduli installati.

Con comunicazione del 23 marzo 2018, prot. n. GSE/20180026604, il GSE ha richiesto chiarimenti sui titoli autorizzativi rilasciati per la costruzione e l’esercizio degli impianti fotovoltaici, sia alla Regione Campania sia al Comune di Buccino.

Solo il Comune ha riscontrato la richiesta formulata dal Gestore, con nota prot. n. 2813 del 27 aprile 2018, rappresentando in particolare che *“l’Autorizzazione Unica emessa ai sensi del comma 3 dell’art. 12 del D.lgs. 387/03, costituisce peraltro variante allo strumento urbanistico [...]”* e che, con l’adozione dell’A.U. n. 545 del 31 ottobre 2011, *“a partire da tale data il terreno riportato al catasto foglio di mappa 55, Particelle 122, 121, 119, 118, 115, 114, 112, 109, è stato oggetto di variazione di destinazione urbanistica da agricola a impianto fotovoltaico per la produzione di energia elettrica”*.

Ciò nonostante, con provvedimento prot. n. GSE/P20200006163 del 12 febbraio 2020, il GSE ha adottato il provvedimento di decadenza dal diritto alle tariffe incentivanti di cui al d.m. 5 maggio 2011, rilevando che:

- *“l’interposizione del Comune di Zungoli (un Comune peraltro diverso da quello che ospita l’impianto [!]) nella proprietà del Terreno risulta inequivocabilmente attuata al solo fine di poter accedere alle tariffe incentivanti del Decreto, in applicazione del combinato disposto del richiamato art. 1, comma 4, lettera c) del d.m. 5 luglio 2012 e dell’art. 1, comma 425 della Legge 228/2012, così eludendo l’obbligo di iscrizione ai registri previsti dal Decreto”;*

- *“il rilascio dell’Autorizzazione Unica ex art. 12 del d. lgs. 387/2003 per la costruzione e l’esercizio dell’impianto in esame, avvenuto con Determinazione dirigenziale n. 545 del 31 ottobre 2011 della Regione Campania, non costituisce di per sé variante allo strumento urbanistico non recando alcuna indicazione in tal senso, contenendo piuttosto riferimenti espliciti alla classificazione dell’area quale “area agricola” peraltro soggetta, almeno parzialmente, a tutela paesaggistica”, con la conseguenza che – sulla base di questa erronea qualificazione dell’area da parte del GSE – non sarebbero state rispettate “le condizioni per il riconoscimento degli incentivi dettate dall’art. 65 del D.L. 1/2012” per gli impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra in aree agricole, poiché l’entrata in esercizio dell’impianto della ricorrente è avvenuta in data 29 marzo*

2013 e, quindi, oltre il termine previsto dal d.l. n. 1 del 2012 (180 giorni dalla data di entrata in vigore [24 marzo 2012] della legge di conversione).

Nel medesimo provvedimento, inoltre, il Gestore negava alla società ricorrente la possibilità di accesso al meccanismo di *“decurtazione dell’incentivo in misura compresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell’entità della violazione”* di cui all’art. 42, co. 3, del d.lgs. n. 28/2011, in quanto – a suo avviso – *“non risulta connotato da una prescrittività tale da rendere la previsione autosufficiente e, quindi, immediatamente applicabile da parte del GSE”*, in mancanza di adozione da parte del Ministero dello Sviluppo Economico del Decreto di cui al comma 5 della medesima disposizione, affermando inoltre che *“le violazioni che sono state accertate non possono che essere ricondotte, ad oggi, tra le «violazioni rilevanti»”*.

3. Avverso la disposta decadenza la società ricorrente deduce i seguenti motivi di diritto:

I. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione dell’art. 42, d.lgs. n. 28 del 2011. Indebito sindacato del GSE sul titolo autorizzativo inerente all’impianto, in quanto il GSE avrebbe comminato la decadenza sulla base di una propria valutazione in ordine alla validità ed efficacia del titolo autorizzativo, che, ex lege, gli sarebbe sottratta.

II. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione degli artt. 5 e 42, d.lgs. n. 28 del 2011, dell’art. 3, comma 1, lett. u), d.m. 5 maggio 2011, dell’art. 1, comma 4, lett. c), d.m. 5 luglio 2012, dell’art. 1, comma 425, l. n. 228 del 2012, dell’art. 65, d.l. n. 1 del 2012, conv. in l. n. 27 del 2012 nonché dell’art. 12, d.lgs. n. 387 del 2003 e degli artt. 14-ter e 14-quater, l. n. 241 del 1990. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria e di motivazione. Erronea presupposizione in fatto e in diritto. Illogicità e contraddittorietà. Sviamento di potere.

Il provvedimento sarebbe altresì illegittimo in quanto l’art. 5, d.lgs. n. 28 del 2011, dispone che per *“la costruzione e l’esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all’esercizio degli impianti, [...], sono soggetti all’autorizzazione unica di cui all’art. 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387”*.

Ciò precisato, l’art. 12, d.lgs. n. 387 del 2003, nel regolare il procedimento di rilascio dell’A.U., espressamente prevede, al co. 3, che la *“autorizzazione unica [...] costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico”*.

Nel caso di specie, allora, l’adozione da parte della Regione Campania dell’A.U. n. 545 del 31 ottobre 2011 non può che aver comportato un cambio di destinazione urbanistica, con la conseguenza che l’area identificata in loc. “San Giovanni”, Comune di Buccino (SA), foglio n. 55,

particelle nn. 28, 109, 112, 113, 114, 115, 118, 119, 121, 122, dovrebbe necessariamente essere classificata come “impianto fotovoltaico per la produzione di energia elettrica”.

III. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione dell’art. 42, d.lgs. n. 28 del 2011, dell’art. 3, comma 1, lett. u), d.m. 5 maggio 2011, dell’art. 1, comma 4, lett. c), d.m. 5 luglio 2012, dell’art. 1, comma 425, l. n. 228 del 2012, nonché dell’art. 65, d.l. n. 1 del 2012, conv. in l. n. 27 del 2012. Violazione del principio di legalità. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria e di motivazione. Erronea presupposizione in fatto e in diritto. Illogicità. Sviamento di potere, perché la normativa in materia non richiederebbe che i terreni dove deve essere localizzato l’impianto debbano avere una destinazione diversa da quella agricola.

IV. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per eccesso di potere. Difetto di istruttoria e di motivazione. Erronea presupposizione in fatto e in diritto. Sviamento di potere. Violazione dell’art. 42, d.lgs. n. 28 del 2011, dell’art. 3, comma 1, lett. u) e v), d.m. 5 maggio 2011, dell’art. 1, comma 4, lett. c), d.m. 5 luglio 2012, dell’art. 1, comma 425, l. n. 228 del 2012. Violazione del principio di legalità, laddove il GSE affermerebbe in modo arbitrario che il Comune avrebbe artatamente consentito alla ricorrente l’accesso alle tariffe incentivanti, acquistando il terreno e costituendo in suo favore il diritto di superficie.

V. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione dell’art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011 e dell’art. 11 del d.m. 31 gennaio 2014, nonché dell’all. 1, lett. j). Violazione dell’art. 1, 1° Protocollo addizionale alla CEDU. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere. Contraddittorietà. Irragionevolezza manifesta. Violazione dei principi di buona fede, certezza dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Sviamento di potere. Violazione del principio di proporzionalità e buon andamento. Irrilevanza della violazione, in quanto dal punto di vista autorizzativo la ricorrente sarebbe in regola con tutta la richiesta documentazione.

VI. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione dei principi in materia di autotutela. Violazione degli artt. 21-quinquies e 21-nonies, l. n. 241 del 1990 e dell’art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004. Violazione dei principi di buona fede, certezza del diritto e legittimo affidamento ex artt. 3, 97 e 117, comma 1, Cost.

VII. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione dei principi euro-unitari in materia di legittimo affidamento. Violazione della Direttiva 2009/28/CE. Violazione dell’art. 1, 1° protocollo addizionale alla CEDU. Violazione del principio di proporzionalità e del principio di ragionevolezza. Sviamento di potere.

VIII. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione dell’art. 42, co. 3 e co. 5, lett. c-bis), d. lgs. n. 28 del 2011, come introdotto dall’art. 1, co. 960, lett. a), della l. n. 205 del 2017 e, da

ultimo, modificato dall'art. 13-bis del d.l. 3 settembre 2019, n. 101, convertito con modificazioni in l. 2 novembre 2019, n. 128 e dell'art. 11, d.m. 31 gennaio 2014, nonché dell'All. 1, lett. j). Violazione dei principi di buona fede, certezza del diritto e legittimo affidamento. Violazione del principio di proporzionalità e del principio di ragionevolezza. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria e motivazione. Sviamento di potere.

In subordine si contesta la mancata decurtazione dell'incentivo in luogo della disposta decadenza ai sensi dell'art. 42, comma 3, d. lgs. n. 28/2011.

4. Si sono costituite in giudizio, con atto di intervento ad adiuvandum, il Consorzio Asmez e la società Asmenet Ambiente.

5. All'esito della camera di consiglio del 21 aprile 2020, con ordinanza cautelare n. 3108/2020, è stata respinta la domanda di sospensiva in quanto *prima facie* non è risultata implausibile l'ipotesi di elusione della normativa sui grandi impianti formulata dal GSE sul punto, rilevato che:

“- la ratio dell'accesso al più favorevole regime incentivante previsto dalla norma sopra citata per gli impianti realizzati su edifici ed aree di proprietà della pubblica amministrazione risiede, come da costante giurisprudenza della Sezione (cfr. sentenze n. 12614/2018, 7561/2018, 7562/2018, 6197/2017), nell' “esigenza di favorire l'efficientamento energetico e la valorizzazione del patrimonio immobiliare delle pubbliche amministrazioni in coerenza con gli obiettivi di “efficienza degli usi finali dell'energia nel settore pubblico” indicati dall'art. 5 della direttiva 2006/32/CE”;

- parte ricorrente non ha, tuttavia, fornito elementi idonei a comprovare le modalità attraverso le quali l'impianto de quo perseguirebbe tali finalità, le quale sembrano piuttosto escluse dalle stesse previsioni convenzionali intercorse tra la ricorrente ed il Comune di Zungoli in atti (cfr. art. 14 atto notarile del 27 ottobre 2012), laddove viene stabilito che l'impianto fotovoltaico de quo è destinato a rimanere nella esclusiva proprietà della ricorrente anche in seguito all'estinzione del diritto di superficie alla stessa concesso e che l'Ente non vanta alcun diritto in merito, tra l'altro, alla titolarità, all'esercizio ed alla produttività del medesimo”.

6. Avverso tale ordinanza la San Giovanni Energia S.r.l. ha proposto appello cautelare innanzi al Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 4025/2020 del 4 luglio 2020, ha accolto con ampia motivazione l'istanza cautelare, ritenendo, più in particolare che:

“- quanto al primo motivo, nei limiti dell'esame proprio di questa fase cautelare, non si può affermare che sia immediatamente evidente l'intento elusivo di un'iniziativa la quale, oltre ad essersi svolta a quanto consta in completa trasparenza, ha l'effetto di trasferire ai Comuni una quota di incentivi erogati dallo Stato, e quindi di farli rimanere nel settore pubblico, allo scopo di provvedere a spese obbligatorie come le bollette dei consumi elettrici;

- quanto al secondo motivo, la questione delle possibilità per il GSE di esercitare sostanziali poteri di vigilanza urbanistica, che di norma spettano al Comune, e di contestare quindi la classificazione di un terreno come avvenuto nel caso di specie, va approfondita nel merito;

- è poi emerso dalla discussione come effettivamente il provvedimento impugnato preluda al recupero di una somma di danaro molto ingente, che potrebbe avere l'effetto di costringere la ricorrente appellante alla chiusura dell'attività con evidente danno non riparabile”.

7. Con motivi aggiunti notificati il 16 giugno 2020, la società ricorrente ha poi impugnato il provvedimento - nota prot. GSE/P20200016879 del 17 aprile 2020 - con cui il GSE ha chiesto la restituzione degli incentivi indebitamente percepiti, per un importo complessivo pari a € 14.332.247,39.

8. Si è quindi costituito in giudizio, anch'esso con atto di intervento *ad adiuvandum*, il Comune di Zungoli sostenendo la fondatezza del gravame ed escludendo di aver perseguito qualsivoglia intento elusivo della normativa in materia.

Più in particolare, è stato evidenziato come, in base alla graduatoria dei Comuni che avevano aderito al Programma ASPEA, veniva individuato il Comune di Zungoli come soggetto responsabile dell'impianto di Buccino.

Pertanto, in data 27 ottobre 2012, venivano stipulati in stretta successione:

- l'atto di acquisto del Comune di Zungoli del terreno in cui sarebbe stato realizzato l'impianto;
- l'atto di costituzione del diritto di superficie da parte del Comune di Zungoli in favore della società San Giovanni Energia (società di scopo indicata da CMS per la realizzazione e gestione dell'impianto);
- il contratto di gestione dell'impianto tra Asmenet Ambiente, Comune di Zungoli, CMS e San Giovanni Energia.

In forza di tale accordo (come successivamente modificato ed integrato in data 20.11.16), la San Giovanni Energia si è impegnata a versare la somma annuale di euro 194.682,59 per i 20 anni di funzionamento dell'impianto fotovoltaico.

Da tale somma, 181.904,90 euro sono destinati ai comuni appartenenti al Consorzio Asmez, tra i quali il comune di Zungoli che, essendo capofila e proprietario del terreno dell'impianto fotovoltaico, percepisce 73.048,80 euro.

Il Comune ha precisato come la somma di € 73.048,00 a lui spettante è esattamente la somma occorrente per il pagamento dei consumi elettrici degli impianti di pubblica illuminazione e degli edifici pubblici comunali (così come già dichiarato nel 2010 al momento dell'adesione al programma ASPEA), con conseguente realizzazione dell'obiettivo di “efficientamento energetico e

valorizzazione del patrimonio immobiliare della P.A.”, come prescritto dal legislatore, escludendo, pertanto, qualsiasi intento elusivo della normativa in materia.

9. Con ricorso notificato il 9 novembre 2020, la società San Giovanni Energia S.r.l. ha proposto ulteriori motivi aggiunti, per l’annullamento di tutti gli atti già in precedenza impugnati in relazione a quanto previsto dall’art. 56, comma 7, del d.l. n. 76 del 2020, convertito in legge n. 120 del 2020, con cui è stato modificato l’art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011;

10. Alla pubblica udienza de 27 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta, infine, in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

2. Giova, innanzitutto, svolgere una breve premessa in ordine alla normativa sottesa all’emanazione dei contestati provvedimenti.

Il d.m. 5 maggio 2011 (“Quarto Conto Energia”), recante criteri e modalità per l’incentivazione dell’energia elettrica prodotta dagli impianti fotovoltaici, prevede solo per i “piccoli impianti” l’accesso alle tariffe incentivanti in via diretta e senza limiti di costo, mentre prescrive per i “grandi impianti” l’iscrizione in appositi registri previo esperimento di una procedura comparativa all’esito della quale, tenuto conto di determinati criteri di priorità e dei limiti massimi di potenza e di costo incentivabili, viene redatta la relativa graduatoria (art. 8, d.m. cit.), con conseguente esclusione dai benefici degli impianti nella stessa non rientranti.

L’art. 3, comma 1 lettera u), del decreto, definisce “piccoli impianti” quelli realizzati su edifici aventi una potenza non superiore a 1000 kW, gli altri impianti fotovoltaici con potenza non superiore a 200 kW operanti in regime di scambio sul posto e gli impianti di qualsiasi potenza realizzati su edifici ed aree della Pubblica Amministrazione di cui all’art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001.

Tutti gli impianti diversi da quelli indicati dalla lettera u) sono, invece, considerati “grandi impianti”.

L’art. 1, co. 4, d.m. 5 luglio 2012 (Quinto Conto energia), ha poi previsto che le (più favorevoli) tariffe incentivanti del Quarto Conto (d.m. 5.5.2011) continuino ad applicarsi: *“c) agli impianti realizzati su edifici pubblici e su aree delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che entrano in esercizio entro il 31 dicembre 2012.”*

L’art. 1, co. 425, l. 24 dicembre 2012 ha, inoltre, disposto una proroga del citato termine per i soli impianti da realizzare su edifici della P.A. che abbiano ottenuto apposita autorizzazione entro il 31 marzo 2013 e per gli impianti soggetti alla procedura di Valutazione di Impatto Ambientale sino al

30 giugno 2013, nonché per questi ultimi, nel caso in cui abbiano ottenuto l'autorizzazione successivamente al 31 marzo 2013, sino al 13 ottobre 2013.

Le Regole Applicative emanate dal GSE con riferimento alle disposizioni citate affermano, infine, che *“la dizione della norma «edifici ed aree delle Amministrazioni pubbliche» è da intendersi nel senso che le aree e gli edifici devono essere di proprietà della PA, che direttamente li utilizza per l'installazione di un impianto fotovoltaico o li mette a disposizione di altro soggetto (cui è conferito un diritto reale o persona le di godimento), che pertanto figura come Soggetto Responsabile”*.

3. Ciò premesso, rileva il Collegio che con il provvedimento impugnato il GSE ha disposto la decadenza della ricorrente dal diritto alla tariffa incentivante prevista dal d.m. 5 maggio 2011, alla stessa attribuita il 29 luglio 2013, con riferimento all'impianto fotovoltaico sopra descritto, sulla base di due ordini di motivi:

a) in primo luogo, perché in sede di controllo, sarebbe emerso che l'area agricola su cui insiste l'impianto fotovoltaico in oggetto, sita nel Comune di Buccino, risulta di proprietà del Comune di Zungoli per effetto della interposizione di quest'ultimo nell'ambito del contratto stipulato in data 27 ottobre 2012 (Repertorio n. 3421, Raccolta n. 2435), realizzata all'unico scopo di usufruire delle modalità di accesso diretto all'incentivazione prevista per i *“piccoli impianti”* ed eludere l'obbligo di iscrizione al Registro dei *“grandi impianti”*;

b) in secondo luogo, perché nel corso dell'attività di verifica sarebbe stato accertato che l'area su cui insiste l'impianto è area agricola, come risulta dal provvedimento dirigenziale n. 545 del 31 ottobre 2011 della Regione Campania, avente ad oggetto *“Autorizzazione Unica per la costruzione e l'esercizio di un impianto per la produzione di energia con tecnologia fotovoltaica della potenza di 9.768 MW, da realizzarsi nel Comune di Buccino (SA)”*, con la conseguenza che, in ragione delle disposizioni di cui all'articolo 65 del d.l. 1/2012, convertito in legge n. 27 del 2012, all'impianto in oggetto, essendo entrato in esercizio in data 29 marzo 2013, non possono essere riconosciuti gli incentivi in conto energia.

3.1. La difesa del Gestore ha eccepito l'infondatezza delle censure articolate dalla ricorrente deducendo:

a) con riguardo al primo motivo di decadenza censurato attraverso il quarto motivo di ricorso:

- come nel caso di specie, il GSE ha adottato il provvedimento di decadenza avendo accertato che l'acquisto da parte del Comune di Zungoli della proprietà dei terreni era stato attuato al solo fine di consentire alla ricorrente di accedere direttamente alle tariffe incentivanti previste dal decreto per i *“piccoli impianti”*, in applicazione del combinato disposto del richiamato art. 1, comma 4, lettera c) del D.M. 5 luglio 2012 e dell'art. 1, comma 425 della Legge 228/2012;

- a conferma della condotta elusiva posta in essere, deve considerarsi che: 1) il privato era nella sostanza già proprietario dell'area; 2) il privato era altresì il soggetto autorizzato a realizzare l'impianto sulla suddetta area; 3) la cessione al Comune di Zungoli è stata effettuata al solo fine di evitare l'iscrizione al Registro necessaria per l'incentivazione; 4) il privato aveva già iscritto l'impianto al Registro due volte collocandosi in posizione non utile alla percezione degli incentivi;

- non vi è stata alcuna valorizzazione del proprio patrimonio immobiliare da parte del Comune, essendo quest'ultimo intervenuto nell'iniziativa *ex post* e al solo fine di "prestare" la propria natura di ente pubblico al privato per consentire l'accesso al regime più favorevole riservato alle Pubbliche Amministrazioni e in considerazione del fatto che: 1) il terreno si trova in un Comune diverso dal Comune di Zungoli; 2) il Comune non ha corrisposto il prezzo di acquisto del terreno che è stato corrisposto, in ultima istanza, dalla stessa San Giovanni Energia S.r.l.; 3) il Comune percepisce una minima percentuale degli incentivi, (mediante contributo versato dal privato al Consorzio Asmez e da quest'ultimo, a sua volta, riversato in parte al Comune) ma che in buona sostanza questa è e resta un'iniziativa del privato;

b) con riguardo al secondo motivo di decadenza contestato con il primo, secondo e terzo motivo di ricorso:

- che nessun sindacato è stato compiuto dal GSE sulla validità del titolo autorizzativo rilevante nel caso di specie, ossia sull'Autorizzazione Unica della Regione Campania, essendosi limitato, il Gestore, semplicemente ad esaminare il predetto titolo dal quale emerge, quale dato rilevante ai fini della decadenza dagli incentivi in oggetto, che l'area su cui risulta realizzato l'impianto fotovoltaico, di cui l'odierna ricorrente è responsabile, ricade in zona Agricola E2;

- pertanto, in ragione delle disposizioni di cui all'articolo 65, d.l. n. 1 del 2012, convertito in legge n. 27 del 2012, e della classificazione dell'area come agricola, all'impianto, che è entrato in esercizio il 29 marzo 2013, non possono essere riconosciuti gli incentivi.

3.2. Le motivazioni spese dal Gestore nell'ambito del provvedimento, così come le relative difese spiegate in giudizio e sopra riassunte, non possono essere condivise.

3.3. Occorre, preliminarmente, rimarcare che la normativa di favore riservata agli impianti delle pubbliche amministrazioni è senz'altro finalizzata a *"favorire l'efficientamento energetico e la valorizzazione del patrimonio immobiliare delle pubbliche amministrazioni, in coerenza con gli obiettivi di "efficienza degli usi finali dell'energia nel settore pubblico" indicati dall'art. 5 della direttiva n. 2006/32/CE"* e non anche, invece, a *"introdurre un generale regime di favore per le amministrazioni pubbliche o, addirittura, di favorire le iniziative speculative da queste ultime"*

realizzate” (TAR Lazio, III Ter, 9 luglio 2018 n. 7561; negli stessi termini anche 24 maggio 2017 n. 6197).

3.4. Così come deve essere sottolineato che, affinché tali finalità vengano effettivamente perseguite è necessario che *“l’edificio o l’area su cui sorge l’impianto fotovoltaico risulti di proprietà dell’amministrazione pubblica già al momento della sua entrata in esercizio, in quanto, se fosse diversamente, attraverso l’accesso diretto ai meccanismi incentivanti del Quarto Conto (invece dell’accesso, tramite Registro, a quelli, meno remunerativi, del Quinto Conto) non sarebbe in concreto perseguita la finalità di migliorare e di valorizzare il patrimonio immobiliare pubblico, ma al contrario si finirebbe per avallare un’operazione meramente speculativa volta all’ottenimento di migliori condizioni di fruizione del beneficio a carico dell’erario (sent. cit.)*.

3.5. Ciò premesso, va, tuttavia, esclusa, nella fattispecie in esame, la natura simulata dell’acquisto dell’area sulla quale insiste l’impianto, da parte del Comune, non avendo il Gestore provato che l’interposizione dell’Ente sia meramente fittizia.

Il presupposto della proprietà pubblica del Comune deve infatti essere valutato, al pari delle altre condizioni normativamente stabilite per l’accesso alla tariffa incentivante, al momento dell’entrata in esercizio dell’impianto, come affermato dalla Sezione nell’ambito dei precedenti succitati con riferimento all’applicazione della tariffa del d.m. 5 luglio 2011 a impianti divenuti di proprietà pubblica successivamente alla tale data, e come peraltro espressamente sancito dagli art. 6 comma 4 e 12 comma 2 dello stesso Decreto.

Il potere del GSE nell’ambito considerato ha natura vincolata ed è condizionato alla verifica dei requisiti prevista dalla normativa vigente. Pertanto, la sussistenza alla data di entrata in esercizio delle condizioni normativamente stabilite deve ritenersi condizione al tempo stesso necessaria e sufficiente per l’accesso alla tariffa, non essendo prevista dal Decreto alcuna eccezione in relazione alle circostanze dell’acquisto dell’area su cui è ubicato l’impianto da parte della Pubblica Amministrazione, né la possibilità di rivalutazione discrezionale del complessivo assetto di interessi coinvolti, così impingendo nel merito delle scelte riservate all’ente comunale, proprietario dell’area. In altre parole, ciò che rileva ai fini della attribuzione delle tariffe incentivanti è il rispetto oggettivo delle condizioni previste dalle norme disciplinanti i requisiti di accesso, secondo il principio generale affermato anche dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella recente decisione 11 settembre 2020 n. 18, laddove viene precisato che *“l’accertamento necessario ai fini della pronuncia di decadenza ha ad oggetto la sola violazione e la sua rilevanza, prescindendo dall’elemento soggettivo”* (punto n. 4.1.), con riferimento alla data di entrata in esercizio dell’impianto, così che laddove tale rispetto sia, come nel caso di specie, comprovato, non rientra

nei poteri del GSE ravvisare finalità elusive del disposto normativo in ragione della prossimità dell'acquisto a tale data o della circostanza che lo stesso sia stato in precedenza escluso dalle graduatorie per l'iscrizione al registro dei grandi impianti, e fondare sulle stesse un provvedimento di decadenza.

3.6. Tale conclusione è, altresì, avvalorata dalla constatazione che nell'ambito del sopra delineato sistema normativo non è presente alcuna disposizione che consenta al GSE di verificare e sanzionare ipotesi elusive delle finalità perseguite dalle disposizioni inerenti le iniziative di efficientamento energetico riconducibili alle pubbliche amministrazioni (ciò che, invece, è espressamente previsto, a titolo esemplificativo, con riferimento all'ipotesi di artato frazionamento della potenza, nel cui ambito il legislatore ha espressamente attribuito al Gestore, anche nel D.M. 5.5.2011, il potere di valutare, partendo da indici sintomatici prestabiliti, la sussistenza di un intento elusivo della normativa in materia di accesso agli incentivi).

Deve pertanto ritenersi che, qualora le condizioni per l'accesso alla tariffa incentivante siano oggettivamente rispettate, come accaduto nel caso di specie, non rientri tra i poteri attribuiti al GSE la contestazione di finalità elusive del richiamato disposto normativo, non essendo tale prerogativa prevista dall'ordinamento tra le quelle spettanti al Gestore.

3.7. L'anzidetta conclusione è confermata anche da un ulteriore ordine di ragioni.

È infatti parimenti consolidata l'affermazione della giurisprudenza secondo la quale il controllo del GSE in ordine agli atti e provvedimenti adottati da altre Amministrazioni, ovvero dagli enti locali o, in generale in relazione a procedimenti che devono essere gestiti dai detti enti *“ha carattere meramente formale, ossia di verifica della sussistenza del titolo, non potendosi spingere sino alla verifica della legittimità dello stesso a pena di stravolgimento del riparto di competenze fissato dal legislatore. Una opposta conclusione porterebbe a ritenere che il GSE operi quale Amministrazione sovraordinata rispetto a quelle che concorrono a rilasciare i titoli necessari per l'ammissione alle tariffe incentivanti.”* ... *“Non può, in definitiva, dubitarsi che il cd. principio di equiparazione in termini di efficacia degli atti amministrativi illegittimi a quelli legittimi, operi anche nei rapporti fra Amministrazioni, a meno che il legislatore in via eccezionale non consenta ad un soggetto pubblico di sindacare e ritenere tamquam non esset in caso ne valuti l'illegittimità, l'atto adottato da altra amministrazione. Pertanto, qualora il GSE dubiti della legittimità di un atto rilasciato da altra amministrazione deve interloquire con quest'ultima, invitandola ad esercitare i propri poteri di controllo e a trasmettere tempestivamente l'esito degli accertamenti effettuati.”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 maggio 2018, n. 2859; 24 ottobre 2018 n. 6060, 18 novembre 2019 n. 7883).

Tali principi non possono che trovare applicazione anche nel caso di specie nel quale l'Amministrazione Comunale ha acquistato un immobile previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica, dichiarando espressamente il proprio interesse ad incrementare il proprio patrimonio disponibile nonché a percepire un canone, oltre che a favorire lo sviluppo di iniziative economiche legate alla produzione di energia da fonti rinnovabili.

L'attività amministrativa posta in essere dal Comune, presupposta all'ammissione dell'impianto per cui è causa alla tariffa incentivante contestata, non può quindi essere validamente sindacata o disapplicata dal GSE sul mero presupposto della configurabilità di un disegno elusivo della normativa da parte del soggetto responsabile dell'impianto.

4. Devono pertanto ritenersi fondate, per tutto quanto esposto, le censure esposte nel quarto motivo del ricorso principale, con il quale si è contestata la parte del provvedimento in cui è stato asserito l'intento elusivo da parte del Comune della normativa in esame.

5. La ricorrente contesta, quindi, anche la seconda parte del provvedimento, in cui si afferma essere stato accertato, in sede di verifica, che l'area su cui insiste l'impianto era ed è area agricola come risultante dall'autorizzazione unica del 31 ottobre 2011 rilasciata dalla Regione Campania.

Le censure sono fondate.

Nel caso di specie, l'autorizzazione unica del 31 ottobre 2011 della Regione Campania, richiamata dal Gestore a fondamento delle sue argomentazioni in merito alla destinazione dell'area ad uso agricolo, in realtà:

- dà sì atto che “dal Certificato di Destinazione Urbanistica del Comune di Buccino del 22/02/2011, risulta che il terreno interessato dall'impianto ricade in zona "Agricola E2" e che non risulta gravato da vincolo Paesaggistico di cui al D.lgs. 42/2004; vincolo per aree di importanza per i Beni Archeologici; vincolo per aree di importanza per i Beni Architettonici presenza Foreste e Parchi; usi civici e vincoli cave”;

- affermando al contempo, tuttavia, “che l'art. 12 comma 3 del d. lgs. 387/03 stabilisce che l'Autorizzazione Unica alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili rilasciata dalla Regione, costituisce ove occorra variante allo strumento urbanistico”.

Lo stesso Comune di Buccino ha poi confermato che a far data dal rilascio dell'A.U n. 545 del 2011 della Regione Campania, la destinazione urbanistica dell'area è variata in “impianto fotovoltaico per la produzione di energia” (certificato di destinazione urbanistica del 2.10.2012, prot. n. 7038, allegato in atti).

È sufficiente al riguardo rammentare che *“la giurisprudenza ha precisato che l'autorizzazione alla realizzazione di un impianto di energia elettrica alimentato da fonti rinnovabili in una zona in cui per i divieti contenuti negli strumenti urbanistici tale opera non sarebbe realizzabile determina la variazione della destinazione urbanistica della zona e rende conforme alle disposizioni urbanistiche la localizzazione dell'impianto (Cons. Stato, V, 15 gennaio 2020, n. 377; V, 13 marzo 2014, n. 1180, anche in presenza di parere negativo del Comune), senza la necessità di alcun ulteriore provvedimento di assenso all'attività privata”* (così, tra le altre, Cons. Stato, V, 29 aprile 2020, n. 2724).

Ciò comporta l'illegittimità del provvedimento impugnato anche nella parte in cui ha considerato l'area *de qua* ancora come area agricola, senza tener conto della variazione della destinazione urbanistica medio tempore intervenuta in virtù dell'autorizzazione unica sopra menzionata.

Conseguentemente, meritevoli di accoglimento sono altresì le censure mosse con il primo, il secondo e il terzo motivo del ricorso principale, dovendosi ritenere assorbite quelle contenute nei restanti motivi di ricorso e nei motivi aggiunti, in quanto proposte dalla ricorrente in via meramente subordinata.

5. Il ricorso deve, pertanto, essere accolto con conseguente annullamento del provvedimento di decadenza, prot. n. GSE/P20200006163 del 12 febbraio 2020, e del consequenziale provvedimento, prot. GSE/P20200016879 del 17 aprile 2020, con il quale è stata chiesta la restituzione degli incentivi già percepiti.

6. La novità e la particolarità delle questioni trattate costituiscono giustificati motivi per disporre l'integrale 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 accoglie, e per l'effetto, annulla i gravati provvedimenti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luca De Gennaro, Presidente FF

Paola Patatini, Primo Referendario

Francesca Romano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Romano

IL PRESIDENTE
Luca De Gennaro

IL SEGRETARIO