

ENERGIA: Fonti energetiche rinnovabili - Impianto eolico - Richiesta di ammissione agli incentivi - Divieto di artato frazionamento - Sostanziale unicità dell'impianto – Elementi indicativi - Poteri del GSE.

Tar Lazio - Roma, Sez. III ter, 26 maggio 2022, n. 6833

1. “[...] Sul piano generale, il divieto di artato frazionamento degli impianti costituisce una declinazione, nello specifico settore dei meccanismi di incentivazione per la produzione di energia da fonti rinnovabili, del generale divieto di abuso del diritto, quale principio generale dell'ordinamento giuridico. L'elusione delle regole di settore al fine di conseguire vantaggi non spettanti, infatti, non può assurgere a fattispecie costitutiva del diritto all'incentivazione (o del diritto a un'incentivazione superiore a quella spettante), in quanto pregiudica gli altri operatori economici che quelle regole hanno rispettato, vanifica l'imposizione, ad opera dei vari “conti energia”, di specifici requisiti di potenza per l'ammissione al beneficio e frustra, in ultima analisi, la stessa finalità perseguita attraverso la distribuzione delle risorse scarse in questione. 7.4 Questo Consiglio di Stato ha precisato che “il divieto dell'abuso degli istituti giuridici – cui è funzionale la nozione di “artato frazionamento” – è un valore ordinamentale diffuso e di portata generale, che non richiede specifiche e puntuali disposizioni settoriali, posto che consegue all'intrinseca necessità di rispettare la ratio dell'istituto volta per volta in considerazione” [...]. 7.5 Per tale ragione, il decreto del 2016 (e quello del 2011 per il fotovoltaico), contrariamente a quanto sostenuto da parte appellante, non ha natura costitutiva del divieto di artato frazionamento, ma chiarisce, sul piano positivo, gli elementi che connotano la fattispecie elusiva (più impianti riconducibili ad un'unica iniziativa imprenditoriale), con l'indicazione di taluni indizi, di carattere non tassativo, da cui desumere l'artato frazionamento nei casi di impianto a media-alta tensione” [...].”

2. “[...] il GSE può, ex art. 29 c. 1 D.M. 2016, desumere “elementi indicativi di un artato frazionamento della potenza degli impianti”, quale principio generale antielusivo di settore in materia di incentivazione (art. 29 c. 2 D.M. 2016), non esclusivamente in base ai due elementi della unicità imprenditoriale e della contiguità catastale, bensì anche da altri elementi sintomatici, purché sorretti da logicità e ragionevolezza. Ciò si evince dallo stesso tenore letterale del comma 2 dell'art. 29 D.M. 2016, secondo cui “il GSE può valutare anche come possibile elemento indicativo di un artato frazionamento, l'unicità del nodo di raccolta dell'energia prodotta da impianti riconducibili ad un medesimo soggetto”. Laddove l'avverbio “anche” conferma la non tassatività di tale “elemento indicativo” [...].”

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso all'esame, ritualmente notificato e depositato, Tekno Sigma S.r.l. espone che:

- in data 31 ottobre 2012 denunciava al Comune di Melfi (PZ) i lavori di realizzazione di un impianto di micro generazione per la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile della potenza non superiore ad 1 MW (199 KW) e il 1 dicembre 2012 presentava al Gestore dei servizi Energetici GSE S.p.A. (d'ora innanzi solo GSE o Gestore) richiesta di iscrizione al registro degli impianti alimentati da fonte rinnovabile per ottenere gli incentivi previsti dal D.M. 6 luglio 2012, indicando, come data del titolo autorizzativo, quella del 31 ottobre 2012, la quale veniva parimenti indicata all'atto della presentazione dell'istanza di accesso agli incentivi;

- il GSE, con atto del 18 settembre 2015, disponeva la decadenza dell'impianto dalla graduatoria e la sua non ammissione agli incentivi richiesti in quanto il soggetto responsabile aveva indicato nella richiesta di iscrizione al Registro di essere in possesso del titolo autorizzativo valido ed efficace, ottenuto in data 31 ottobre 2012, mentre lo stesso si era invero perfezionato il 30 novembre 2012, posto che le Procedure Applicative approvate dallo stesso Gestore il 24 agosto 2012 prevedono che il titolo si intende conseguito decorsi 30 giorni dalla data di presentazione della relativa documentazione all'Ente comunale competente senza che siano intervenuti espliciti dinieghi e senza che si siano verificate cause di sospensione di detto termine;

- con l'art. 57 *quater* del D.L. 24 aprile 2017 n. 50, convertito in L. 21 giugno 2017 n. 96, venivano apportate una serie di modifiche ed integrazioni all'art.42 del D.lgs. 3 marzo 2011 n. 28 disciplinante i controlli e le sanzioni in tema di incentivi e, tra queste, era aggiunto al detto art. 42, il comma 4 *sexies* secondo cui: *“al fine di salvaguardare la produzione di energia elettrica derivante da impianti eolici, tutti gli impianti eolici già iscritti in posizione utile nel registro EOLN-RG2012, ai quali è stato negato l'accesso agli incentivi di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico 6 luglio 2012, pubblicato nel supplemento ordinario n. 143 alla Gazzetta Ufficiale n. 159 del 10 luglio 2012 a causa della errata indicazione della data del titolo autorizzativo in sede di registrazione dell'impianto al registro EOLN-RG2012, sono riammessi agli incentivi previsti dalla normativa per tale registro. La riammissione avviene a condizione che l'errata indicazione della data del titolo autorizzativo non abbia effettivamente portato all'impianto un vantaggio in relazione alla sua posizione in graduatoria”*;

- l'impianto della ricorrente, rientrando nella previsione di legge, con provvedimento del 6 febbraio 2018 del GSE, veniva quindi riammesso agli incentivi;

- con lo stesso provvedimento il GSE riconosceva, tuttavia, la tariffa più bassa prevista per gli impianti eolici on shore di potenza compresa tra 0,200 MW e 1,00 MW, pur essendo l'impianto della potenza di 0,199 MW, considerando l'impianto della ricorrente riconducibile e quello individuato con il codice FER000388, nella responsabilità della società TAW S.r.l, originariamente appartenente alla Sigma Energy S.r.l., riconducibili ad un'unica iniziativa imprenditoriale e, dunque, quali un unico impianto di potenza cumulativa pari alla somma dei singoli impianti (pari dunque a 0,398 MW); ciò in ragione di svariati indici sintomatici dell'artato frazionamento, quali, in sintesi, il collegamento societario tra le due società Tekno Sigma e Sigma Energy alla data di presentazione della richiesta di iscrizione al Registro e di entrata in esercizio, la condivisione della soluzione di connessione in ragione della comunanza della linea di MT, alimentata da una medesima cabina primaria, nonché la coincidenza della data di presentazione dei titoli abilitativi e della data di entrata in esercizio.

2. Avverso tale provvedimento, nella parte in cui ha attribuito all'impianto una tariffa più bassa di quella richiesta, insorge la ricorrente con tre motivi di ricorso che verranno nel seguito dettagliatamente esaminati.

3. Si è costituito e difeso con memorie il GSE, sostenendo la correttezza del proprio operato, sia in punto di applicazione del D.M. 23 giugno 2016, che quanto a riconducibilità, di fatto, dell'impianto oggetto del ricorso ad un impianto più grande ed artatamente frazionato.

4. Si sono altresì costituiti, tramite l'Avvocatura dello Stato, chiedendo la propria estromissione dal giudizio per difetto di legittimazione passiva, il Ministero dello Sviluppo economico e il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

5. A seguito di rinuncia all'istanza cautelare è stata fissata, per la discussione, la pubblica udienza del 13 aprile 2022, in vista della quale le parti hanno depositato memorie e repliche; il ricorso è stato quindi, a seguito di richiesta di passaggio in decisione allo stato degli atti, trattenuto a sentenza.

6. In via preliminare va disposta l'estromissione dal processo dei Ministeri citati, per carenza di titolarità passiva del rapporto dedotto in giudizio, non rientrando nella propria competenza il provvedimento impugnato e non avendo gli stessi concorso alla relativa emanazione.

7. Con il primo motivo la ricorrente deduce violazione ed errata applicazione dell'art. 42, comma 4 *sexies*, del d.lgs. 28/2011 e del D.M. 23 giugno 2016, nonché del principio generale di successione delle leggi e di quello regolante il rapporto tra norma speciale e norma generale, oltre a eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti.

Sostiene che dal disposto dell'art. 42, comma 4 *sexies* (secondo cui “*tutti gli impianti eolici già iscritti in posizione utile nel registro EOLNRG2012, ai quali è stato negato l'accesso agli incentivi di cui al decreto del Ministro dello Sviluppo economico 6 luglio 2012, pubblicato nel supplemento ordinario n. 143 alla Gazzetta Ufficiale n. 159 del 10 luglio 2012 a causa dell'errata indicazione della data del titolo autorizzativo in sede di registrazione dell'impianto al registro EOLN-RG2012, sono riammessi agli incentivi previsti dalla normativa per tale registro*”) dovrebbe desumersi, stante il riferimento “*agli incentivi previsti dalla normativa per tale registro*” un rinvio fisso alle disposizioni del Decreto del Ministro dello Sviluppo economico 6 luglio 2012, che dovrebbe pertanto trovare applicazione in luogo del successivo D.M. del 23 giugno 2016, applicato dal GSE nel provvedimento di riammissione per determinare la (contestata) tariffa.

Argomenta ricordando che l'art. 29 del D.M. 2016, comma 2, secondo cui “*il GSE applica i principi generali di cui al comma 1 anche nell'ambito dello svolgimento delle attività di verifica e controllo svolte, ai sensi del D.M. 31 gennaio 2014, su tutti gli impianti alimentati a fonti rinnovabili che beneficiano di incentivi tariffari*”, farebbe riferimento ai controlli sugli impianti che beneficiano degli incentivi; pertanto, poiché l'impianto della ricorrente, essendo decaduto, non era destinatario di incentivi al momento dell'adozione del D.M. 2016, il GSE non avrebbe potuto fare applicazione di quest'ultimo. Alle stesse conclusioni si perverrebbe, secondo parte ricorrente, guardando alle previsioni del D.M. 31 gennaio 2014, richiamato nel citato secondo comma dell'art. 29, avente ad oggetto i “*controlli per la verifica della sussistenza o permanenza dei requisiti e dei presupposti per il riconoscimento o il mantenimento degli incentivi*”; configurandosi nel caso in esame una riammissione agli incentivi di un impianto già dichiarato decaduto dagli stessi, non si verterebbe né in ipotesi di riconoscimento, né di mantenimento degli incentivi. Anche per tale ragione, dunque, per la ricorrente nel caso di specie non dovrebbe applicarsi il D.M. 2016.

Esclusa l'applicazione del D.M. 2016, sarebbe applicabile il D.M. 2012, stante il suddetto rinvio fisso, il quale non consentirebbe l'individuazione del ravvisato artato frazionamento poiché i due impianti erano, alla data del ricorso, nella disponibilità di soggetti giuridici diversi tra i quali non vi era alcun collegamento; gli stessi insistevano, inoltre, su particelle catastali diverse e non contigue in quanto distanti 200 metri e separate da altre tre particelle.

7.1. Le tesi sostenute da parte ricorrente non sono fondate.

Ed infatti, occorre in primo luogo considerare che l'impianto per cui è causa risulta ammesso agli incentivi a far data dal 6 febbraio 2018 (di emanazione del provvedimento adottato ai sensi del richiamato art. 57 *quater* del DL 50/2017) allorché era pacificamente in vigore il D.M. del 2016,

non potendosi condividere, in quanto non emergente dal disposto normativo, la tesi sostenuta da parte ricorrente a proposito del rinvio fisso della disposizione “sanante” al solo D.M. 2012.

In ogni caso, anche a prescindere dal superiore rilievo, il Collegio non ha motivo per discostarsi dalla costante giurisprudenza della Sezione che, in forza di quanto espressamente previsto dal combinato disposto dell’art. 29 commi 1 e 2 del D.M. 2016 (che definisce espressamente “principi generali” quelli posti al comma 1), reputa l’artato frazionamento della potenza degli impianti, in quanto violativo del criterio dell’equa remunerazione degli investimenti, secondo cui l’incentivo decresce all’aumento della dimensione degli impianti, un principio generale (anche – e non esclusivamente - applicabile dal GSE, secondo l’art. 29 c. 2 cit., in sede di verifiche ex D.M. 31 gennaio 2014, ciò che priva di fondamento l’argomentazione della ricorrente che vorrebbe quest’ultima disposizione a supporto della propria infondata tesi). Un principio discendente, in ultima analisi, sia da quello ancor più comprensivo dell’abuso del diritto (quale concreto esercizio di diritti con finalità diverse da quelle protette dall’ordinamento), sia dall’ordinamento generale, anche di derivazione comunitaria, in tema di aiuti di stato, in via generale decrescenti all’aumentare delle dimensioni delle imprese.

Quale principio generale non può, dunque, ritenersi, come erroneamente sostenuto dalla ricorrente, essere stato introdotto dal (sul punto, meramente ricognitivo) D.M. 2016 ed essere stato assente dal D.M. 2012.

Questa Sezione (Tar Lazio, sez. III ter, 26 marzo 2020, n. 3663) in caso analogo ha già avuto modo di stabilire che *“in accordo con la giurisprudenza di questa Sezione, il divieto di artato frazionamento, costituendo un principio generale e immanente dell’ordinamento di settore, opera a prescindere da un’espressa previsione normativa e, pertanto, può ritenersi applicabile a tutti gli impianti che percepiscono incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili (cfr. in termini questa Sezione n. 6935/2018, 6317/2018)”*. È stato, altresì, ricordato che *“la pratica dell’artato frazionamento consente agli operatori di percepire tariffe incentivanti più remunerative in violazione del criterio dell’inversa proporzionalità tra la potenza dell’impianto e il livello di incentivazione, diretto corollario del principio di equa remunerazione degli incentivi (rectius, investimenti), e può comportare l’elusione delle soglie di potenza per le quali è stabilita l’ammissione agli incentivi (v. art. 29 D.M. 23.6.2016). L’art. 29 D.M. 23.6.2016 prevede che il GSE nel verificare la sussistenza di “elementi indicativi” di un artato frazionamento della potenza degli impianti “considera gli impianti riconducibili ad un’unica iniziativa imprenditoriale come un unico impianto di potenza cumulativa”*. L’art. 5, comma 2, lett. b) D.M. 23.6.2016 prevede poi che *“più impianti alimentati dalla stessa fonte, nella disponibilità del medesimo produttore o*

riconducibili, a livello societario, a un unico produttore e localizzati nella medesima particella catastale o su particelle catastali contigue si intendono come unico impianto, di potenza cumulativa pari alla somma dei singoli impianti”.

È stato inoltre affermato da questa Sezione che *“il semplice trasferimento dell’impianto non muta i termini della questione”*, dimodoché l’originaria riconducibilità ad una stessa iniziativa imprenditoriale di una pluralità di impianti non viene meno per il semplice successivo trasferimento degli stessi a persone giuridiche distinte.”

Tali affermazioni sono state ribadite nella sentenza di questa Sezione 21 marzo 2022, n. 3242 (*“il divieto di artato frazionamento degli impianti non è stato introdotto né regolato ex novo del D.M. del 2016, essendo, come più volte affermato dalla giurisprudenza di questa Sezione un principio immanente dell’ordinamento (ex plurimis, Tar Lazio, III ter, 4 marzo 2019, n. 2875)”* e, di recente, anche dal Consiglio di Stato (sez. II, 4 aprile 2022, n. 2484), secondo cui *“Sul piano generale, il divieto di artato frazionamento degli impianti costituisce una declinazione, nello specifico settore dei meccanismi di incentivazione per la produzione di energia da fonti rinnovabili, del generale divieto di abuso del diritto, quale principio generale dell’ordinamento giuridico. L’elusione delle regole di settore al fine di conseguire vantaggi non spettanti, infatti, non può assurgere a fattispecie costitutiva del diritto all’incentivazione (o del diritto a un’incentivazione superiore a quella spettante), in quanto pregiudica gli altri operatori economici che quelle regole hanno rispettato, vanifica l’imposizione, ad opera dei vari “conti energia”, di specifici requisiti di potenza per l’ammissione al beneficio e frustra, in ultima analisi, la stessa finalità perseguita attraverso la distribuzione delle risorse scarse in questione. 7.4 Questo Consiglio di Stato ha precisato che “il divieto dell’abuso degli istituti giuridici – cui è funzionale la nozione di “artato frazionamento” – è un valore ordinamentale diffuso e di portata generale, che non richiede specifiche e puntuali disposizioni settoriali, posto che consegue all’intrinseca necessità di rispettare la ratio dell’istituto volta per volta in considerazione” (Cons. Stato Sez. IV 25.01.2021). 7.5 Per tale ragione, il decreto del 2016 (e quello del 2011 per il fotovoltaico), contrariamente a quanto sostenuto da parte appellante, non ha natura costitutiva del divieto di artato frazionamento, ma chiarisce, sul piano positivo, gli elementi che connotano la fattispecie elusiva (più impianti riconducibili ad un’unica iniziativa imprenditoriale), con l’indicazione di taluni indizi, di carattere non tassativo, da cui desumere l’artato frazionamento nei casi di impianto a media-alta tensione”.*

Chiarito, dunque, che ben poteva il GSE fare nel caso di specie applicazione del D.M. 2016, correttamente lo stesso ha riconosciuto la tariffa applicata, analizzando vari indici sintomatici dell’artato frazionamento e valutando la situazione originaria degli impianti, riconducibili ad una

stessa compagine imprenditoriale, come espressamente riconosciuto anche dalla stessa ricorrente che non nega il collegamento societario con la Sigma Energy, contestandone esclusivamente la rilevanza *“ai fini dell’autonomia, oggi, dell’impianto della Tekno Sigma* (pag. 11 del ricorso), avendo Sigma Energy curato l’iter autorizzativo e costruttivo dell’impianto al fine di cedere lo stesso, come poi ha fatto, ad altra società (TAW) e non già al fine di formare un unico impianto con quello della Tekno Sigma, peraltro al momento della determinazione della tariffa con l’adozione del provvedimento di riammissione i due impianti in discussione sarebbero stati nella “disponibilità” di soggetti diversi, privi di alcun tipo di collegamento. Tali circostanze non possono, tuttavia, condurre a conclusioni di segno diverso, sia in quanto non condivisibili, sia in quanto la riconducibilità, di fatto, ad un medesimo soggetto imprenditoriale è solo uno degli svariati indici valorizzati dal GSE nell’ambito del provvedimento gravato.

8. Con il secondo ed il terzo motivo di ricorso, che possono essere congiuntamente trattati in quanto vertenti su questioni connesse, la ricorrente lamenta eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento ed errata valutazione dei fatti e dei presupposti, nonché violazione ed errata interpretazione ed applicazione dell’art. 5 e dell’art. 29 del D.M. 23 giugno 2016 e delle relative procedure applicative; eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

8.1. In proposito asserisce che sarebbe ravvisabile nessuno degli elementi richiesti dalla normativa per ritenere gli impianti in questione quale un unico impianto; nel richiamare le disposizioni di cui al D.M. 6 luglio 2012 e delle relative Procedure applicative, afferma inoltre che si considerano unico impianto più impianti alimentati dalla stessa fonte che siano nella disponibilità dello stesso soggetto o di soggetti diversi tra cui vi sia un collegamento societario e ricadano su particelle catastali contigue, cioè fisicamente confinanti o separate da una superficie la cui area è inferiore al 20%, condizioni che non sarebbero tuttavia ravvisabili nel caso all’esame per la (già eccepita) diversità dei soggetti titolari degli impianti, nonché in ragione del fatto che le aree catastali su cui ricadono i due impianti sono diverse e non contigue, in quanto non confinanti e distanti tra loro più del 20% della superficie della particella più grande.

8.2. Tali censure vanno disattese, sia per quanto esposto al punto precedente, essendo già stata affermata l’originaria e giuridicamente rilevante riconducibilità dei due impianti ad un’unica iniziativa imprenditoriale, sia in ragione dei numerosi ulteriori indici dell’artato frazionamento valorizzati dal GSE nel provvedimento.

Infatti, come detto, vi è non solo coincidenza della data di richiesta del titolo autorizzativo, ovvero il 31 ottobre 2012 (PAS n. 287112, prot. 25636 per l’impianto FER000388; PAS n. 286112, prot. 25635 per l’impianto FER000394) e della data di entrata in esercizio di entrambi gli impianti,

ovvero il 26 gennaio 2015 ma, altresì, dai preventivi di connessione (Codici di rintracciabilità: T0461841 e T0461863), dai Regolamenti d'esercizio con il gestore di rete e dagli elaborati di progetto c.d. *“as built”*, risulta che i suddetti impianti condividono la soluzione di connessione. Vale a dire, le cabine di consegna DP50-2-021099 e DP50-2-021210 sarebbero entrambe connesse in antenna dalla linea in MT (20 kV) denominata ITALSIL - DPSO-35602, alimentata dalla cabina Primaria CP MELFI DP00-1-380456.

8.3. Il complesso di tali molteplici indici conduce a ritenere corretta la valutazione operata dal Gestore in merito alla sostanziale unicità dell'impianto; inoltre, diversamente da quanto affermato dalla ricorrente, va rilevato che il GSE può, *ex art. 29 c. 1 D.M. 2016*, desumere *“elementi indicativi di un artato frazionamento della potenza degli impianti”*, quale principio generale antielusivo di settore in materia di incentivazione (art. 29 c. 2 D.M. 2016), non esclusivamente in base ai due elementi della unicità imprenditoriale e della contiguità catastale, bensì anche da altri elementi sintomatici, purché sorretti da logicità e ragionevolezza. Ciò si evince dallo stesso tenore letterale del comma 2 dell'art. 29 D.M. 2016, secondo cui *“il GSE può valutare anche come possibile elemento indicativo di un artato frazionamento, l'unicità del nodo di raccolta dell'energia prodotta da impianti riconducibili ad un medesimo soggetto”*. Laddove l'avverbio *“anche”* conferma la non tassatività di tale *“elemento indicativo”*.

9. In conclusione, alla luce delle considerazioni sin qui illustrate, il ricorso deve essere rigettato stante l'infondatezza delle censure proposte.

10. Sussistono infine, in ragione della complessità e particolarità della vicenda, giustificati motivi per disporre 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, previa estromissione del Ministero dello Sviluppo economico e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Emanuela Traina, Primo Referendario, Estensore

Angelo Maria Testini, Referendario

L'ESTENSORE
Emanuela Traina

IL PRESIDENTE
Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO