

**ENERGIA: Impianti fotovoltaici - Meccanismi incentivanti ex d.m. 5 maggio 2011 – Poteri del GSE - Natura - Disposta decadenza dal diritto alle tariffe - Poiché l'impianto non può classificarsi nella tipologia "su edificio" – Nozione di volume "chiuso" - Legittimità.**

**Tar Lazio - Roma, Sez. III stralcio, 7 luglio 2022, n. 9280**

1. “[...] la decadenza non è conseguenza di potere sanzionatorio, bensì di controllo, connaturato alla modalità di incentivazione descritta. Per cui non si pongono questioni legate alla retroattività delle sanzioni.

È consolidata, sul punto, l'affermazione pretoria secondo cui “Il GSE è titolare di un potere immanente di verifica della spettanza dei ridetti incentivi, potere la cui sussistenza è pienamente giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e che può essere esercitato per tutta la durata dello stesso (...)” “la potestà esercitata nella specie non ha connotazioni sanzionatorie”, (T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, 28 dicembre 2017, n. 12758. Nello stesso senso Consiglio Stato, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 50, qualifica il provvedimento decadenziale in termini di “atto vincolato di decadenza accertativa dell'assodata mancanza dei requisiti oggettivi condizionanti ab origine l'ammissione al finanziamento pubblico”)>> [...]”.

2. “[...] con particolare riguardo alla tipologia di impianti fotovoltaici installati su edificio, in base ai principi affermati dalla giurisprudenza della Sezione, deve ritenersi che la definizione di edificio faccia necessariamente riferimento alla nozione di volume “chiuso” [...].

L'elemento della chiusura, sebbene non espressamente previsto dall'art. 1 del DPR n. 412/1991, deve ritenersi, invero, un requisito strutturale, funzionale e connaturato alla tipologia degli edifici rispetto ai quali il citato DPR riconosce la possibilità di ottenere la certificazione energetica.

Come è stato infatti osservato dal Consiglio di Stato, gli stessi edifici di cui all'art. 3 del decreto sono classificati in base alla loro destinazione d'uso secondo specifiche categorie, “tutte caratterizzate dall'essere strutture sostanzialmente chiuse”

[...] essendo il manufatto edilizio sul quale insiste parte dell'impianto fotovoltaico in esame una struttura aperta su un lato, non può ritenersi sussistente la condizione di cui sopra ai fini di una sua qualificazione come “edificio” [...].

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gestore dei Servizi Energetici - Gse Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 24 giugno 2022 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha impugnato il provvedimento del GSE con cui è stata disposta la decadenza dal diritto alle tariffe incentivanti ex d.m. 5 maggio 2011 e l'annullamento d'ufficio del provvedimento di ammissione alle tariffe incentivanti del 6 dicembre 2012.

In particolare, il provvedimento impugnato ha ritenuto che <<- *gli allegati alla concessione edilizia n. 105/C prot. n. 41089 del 1997 identificano come "tettoia" il manufatto utilizzato quale vano tecnico ove alloggiavano le UTA sul quale è stata installata parte dell'impianto in oggetto. Pertanto, in ragione di quanto indicato al punto 2 dell'Allegato 2 al Decreto, l'impianto non può classificarsi nella tipologia "su edificio"; - l'impianto, che è complessivamente da considerarsi quale altro impianto fotovoltaico, non opera in regime di scambio sul posto ed è pertanto da considerarsi un "grande impianto" per il quale ricorreva l'obbligo di iscrizione al Registro*>>.

La ricorrente ha dedotto i seguenti motivi: 1. Sull'inapplicabilità ratione temporis del d.m. 31 gennaio 2014, recante "disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi nel settore elettrico di competenza del Gestore dei Servizi Energetici GSE S.p.A". Violazione/falsa applicazione d.m. 31 gennaio 2014. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare per violazione del principio tempus regit actum, irragionevolezza, violazione del principio del legittimo affidamento. 2. Sulla sussistenza dei presupposti per il beneficio tariffario e sull'erronea qualificazione del manufatto quale "tettoia". In subordine, sull'illegittimità in parte qua del d.m. 5 maggio 2011, Allegato 2, punto 2 e delle "Regole applicative per il riconoscimento delle tariffe incentivanti previste dal d.m. 5 maggio 2011". Violazione/falsa applicazione d.m. 5 maggio 2011, Allegato 2; Violazione/falsa applicazione art. 1, DPR 26 agosto 1993, n. 412; Violazione/falsa applicazione "Regole applicative per il riconoscimento delle tariffe incentivanti previste dal D.M. 5 maggio 2011" adottate dal GSE. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare per travisamento in fatto e in diritto, difetto di istruttoria, irragionevolezza manifesta. 3. Sul difetto di motivazione. Violazione/falsa applicazione art. 3, l. n. 241/1990. Violazione/falsa applicazione art. 10, l. n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di motivazione, violazione del principio del contraddittorio, irragionevolezza. 4. Sulla tempistica nell'adozione del provvedimento. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, per violazione della clausola della buona fede e del principio del buon andamento. 5. In subordine, sulla decadenza totale e non parziale dalla tariffa incentivante. Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e in particolare per contraddittorietà intrinseca del provvedimento, carenza di

motivazione, difetto dei presupposti, illogicità, irragionevolezza, violazione del principio di proporzionalità.

Sostiene la ricorrente:

- che il procedimento concluso con il provvedimento impugnato è stato avviato il 13 gennaio 2014, prima cioè dell'entrata in vigore del d.m. 31 gennaio 2014 che consente al GSE di individuare le "violazioni rilevanti" e di irrogare le relative sanzioni;
- che per l'Appendice B delle "Regole Applicative" si considerano installazioni "su edificio" ai fini dell'applicazione delle tariffe agevolate non solo i manufatti realizzati sul tetto che copre l'ultimo piano dell'edificio, ma anche quelli posti sulla porzione di tetto "che si estende a protezione di volumi non chiusi";
- che una parte del tetto dell'edificio IKEA si estende "a protezione di volumi non chiusi", i volumi tecnici, a copertura e in sostanziale uniformità con il tetto dell'edificio, di cui è parte integrante;
- che nelle "Regole applicative per il riconoscimento delle tariffe incentivanti previste dal D.M. 5 maggio 2011" per "tettoia" si intende la "struttura posta a copertura di ambienti esterni agli edifici ornata da spioventi che poggiano sul muro degli edifici stesso o anche struttura fissa e indipendente all'edificio purché pertinente e funzionale allo stesso";
- che il manufatto sul quale insiste parte dell'impianto non può essere qualificato come "tettoia" in quanto non poggia "sul muro degli edifici stessi" e non è una "struttura fissa e indipendente all'edificio purché pertinente e funzionale allo stesso";
- che il GSE aveva l'obbligo di valutare le osservazioni svolte da IKEA nel corso del procedimento, peraltro su invito della stessa amministrazione.;
- che GSE ha adottato il provvedimento impugnato dopo la scadenza del termine per l'iscrizione dell'impianto nel suddetto Registro;
- che GSE avrebbe dovuto disporre la decadenza parziale dai benefici dalla tariffa agevolata, relativa alla sola parte dell'impianto presuntivamente costruito sulla "tettoia".

Il GSE si è costituito controdeducendo nel merito.

Con atto del 21 giugno 2022 la ricorrente ha chiesto il rinvio della presente discussione rilevando di aver presentato istanza al GSE ai sensi dell'art. 56, commi 7 e 8, del D.L. n. 76/2020.

Alla pubblica udienza del 24 giugno 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1. È da premettere che non è accoglibile la richiesta di rinvio in quanto è stato precisato che "la modifica legislativa - che non ha in ogni caso mutato la natura del potere esercitato, il quale rimane di decadenza (ex multis, Consiglio di Stato, Sezione Seconda, sentenza n. 2747/2022) - trova infatti applicazione per tutti i provvedimenti adottati successivamente alla data di entrata in vigore della novella stessa (17 luglio 2020)" (TAR Lazio, sez. III, 20 giugno 2022, n. 8257).

2. Infondata è la dedotta inapplicabilità *ratione temporis* alla fattispecie in esame del d.m. 31 gennaio 2014 su cui si richiama la giurisprudenza di questo Tribunale per la quale <<la decadenza non è conseguenza di potere sanzionatorio, bensì di controllo, connaturato alla modalità di incentivazione descritta. Per cui non si pongono questioni legate alla retroattività delle sanzioni. È consolidata, sul punto, l'affermazione pretoria secondo cui "Il GSE è titolare di un potere immanente di verifica della spettanza dei ridetti incentivi, potere la cui sussistenza è pienamente giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e che può essere esercitato per tutta la durata dello stesso (...)"la potestà esercitata nella specie non ha connotazioni sanzionatorie", (T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, 28 dicembre 2017, n. 12758. Nello stesso senso Consiglio Stato, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 50, qualifica il provvedimento decadenziale in termini di "atto vincolato di decadenza accertativa dell'assodata mancanza dei requisiti oggettivi condizionanti ab origine l'ammissione al finanziamento pubblico")>> (sent. 6396/2022).

2.1. Parimenti infondati sono i motivi di ricorso aventi ad oggetto la qualifica di tettoia atteso che la giurisprudenza ha precisato che <<Il DM 5 maggio 2011 (Quarto Conto Energia), recante criteri per incentivare la produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici, distingue i "piccoli impianti" dai "grandi impianti", prevedendone un differente meccanismo di accesso agli incentivi (art. 4).

Ai sensi dell'art. 3, sono "piccoli impianti" <<gli impianti fotovoltaici realizzati su edifici che hanno 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, nonché gli impianti fotovoltaici di potenza qualsiasi realizzati su edifici ed aree delle Amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001» (lettera u); "grande impianto" è «un impianto fotovoltaico diverso da quello di cui alla lettera u)>> (lettera v).

Lo stesso art. 3, alla lettera g), fornisce la definizione generale di "impianto fotovoltaico realizzato su un edificio" come "l'impianto i cui moduli sono posizionati sugli edifici secondo le modalità individuate in allegato 2".

Il predetto allegato 2 stabilisce che «[a]i fini dell'accesso alla tariffa pertinente, i moduli devono essere posizionati su un edificio così come definito dall'art. 1, comma 1, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 26 agosto 1993, n. 412, e successive modificazioni, e ricadente in una delle categorie di cui all'art. 3 del medesimo decreto [...]», specificando inoltre che «non rientrano nella definizione di edificio le pergole, le serre, le tettoie, le pensiline, le barriere acustiche e le strutture temporanee comunque denominate».

A sua volta, l'art. 1, comma 1, lettera a) del DPR n. 412/1993 definisce edificio «un sistema costituito dalle strutture edilizie esterne che delimitano uno spazio di volume definito, dalle

*strutture interne che ripartiscono detto volume e da tutti gli impianti, dispositivi tecnologici ed arredi che si trovano al suo interno; la superficie esterna che delimita un edificio può confinare con tutti o alcuni di questi elementi: l'ambiente esterno, il terreno, altri edifici».*

*Infine, ai sensi dell'art. 14, comma 2, del DM 5 maggio 2011, «gli impianti i cui moduli costituiscono elementi costruttivi di pergole, serre, barriere acustiche, tettoie e pensiline hanno diritto a una tariffa pari alla media aritmetica fra la tariffa spettante per “impianti fotovoltaici realizzati su edifici” e la tariffa spettante per “altri impianti fotovoltaici”».*

*Ai sensi dell'art. 42, comma 1, del d.lgs. n. 28/2011, poi, l'erogazione degli incentivi è subordinata alla verifica dei dati forniti in sede di istanza di ammissione e tale attività è di competenza del GSE, il quale, in base al successivo comma 3, può disporre il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dal beneficio «nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli di cui ai commi 1 e 2 siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi».*

*Su tale disposizione, come noto, è recentemente intervenuto l'art. 56, comma 7, del d.l. n. 76/2020 il quale ha condizionato l'esercizio del potere di verifica e controllo alla presenza dei presupposti di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241/1990.*

*Il medesimo comma 3, secondo periodo, prevede che «[i]n deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione».*

*3. Ciò premesso sul quadro normativo, il Collegio osserva che, con particolare riguardo alla tipologia di impianti fotovoltaici installati su edificio, in base ai principi affermati dalla giurisprudenza della Sezione, deve ritenersi che la definizione di edificio faccia necessariamente riferimento alla nozione di volume “chiuso” (ex multis, sentenza n. 157/2022).*

*L'elemento della chiusura, sebbene non espressamente previsto dall'art. 1 del DPR n. 412/1991, deve ritenersi, invero, un requisito strutturale, funzionale e connaturato alla tipologia degli edifici rispetto ai quali il citato DPR riconosce la possibilità di ottenere la certificazione energetica.*

*Come è stato infatti osservato dal Consiglio di Stato, gli stessi edifici di cui all'art. 3 del decreto sono classificati in base alla loro destinazione d'uso secondo specifiche categorie, “tutte caratterizzate dall'essere strutture sostanzialmente chiuse” (in tali termini, Cons. Stato, Sezione Seconda, sentenza n. 462/2022)>>.*

*Pertanto, essendo il manufatto edilizio sul quale insiste parte dell'impianto fotovoltaico in esame una struttura aperta su un lato, non può ritenersi sussistente la condizione di cui sopra ai fini di una sua qualificazione come “edificio” (TAR Lazio, sez. III, 20 giugno 2022, n. 8257).*

Alla luce di quanto sopra quindi, il GSE ha correttamente escluso l'impianto in esame dalla tipologia "su edificio" ritenendo conseguentemente trattarsi di un "grande impianto", per il quale ricorreva l'obbligo di iscrizione nel relativo Registro ai fini dell'accesso alle tariffe di cui al d.m. 2011.

3. Fondato è invece il motivo, proposto in via subordinata, con il quale si deduce l'illegittimità del provvedimento nella parte in cui ha disposto la decadenza dalla tariffa agevolata per l'intero impianto anziché la decadenza parziale dai benefici dalla tariffa agevolata, relativa alla sola parte dell'impianto presuntivamente costruito sulla "tettoia".

La giurisprudenza di questo Tribunale ha precisato <<che non sussiste per il soggetto interessato alcun "diritto" alla decurtazione, bensì, come più volte detto, un obbligo per il GSE di valutarne la possibile applicazione al caso in esame, nella misura percentuale ratione temporis vigente, non ostando a ciò la mancata adozione del decreto di attuazione.

*Ne segue che, a fronte del rilievo di violazioni incidenti sull'erogazione degli incentivi, il Gestore aveva l'onere di valutare, in prima battuta, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della decurtazione dell'incentivo, indipendentemente dall'emanazione del decreto ministeriale, potendo procedere a disporre la decadenza solo nel caso in cui ritenga – in forza di valutazioni che devono essere esternate nella motivazione del provvedimento – che tali presupposti non siano configurabili, dovendosi altresì sottolineare che il particolare meccanismo di conversione della decadenza dagli incentivi in decurtazione dei medesimi, introdotto dal legislatore al dichiarato fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili, ha senso proprio con riferimento alle sanzioni "rilevanti", ossia a quelle sanzioni che prima della novella legislativa davano automaticamente luogo a decadenza sulla base del D.M. 31 gennaio 2014 (Cons. di Stato, Sezione Quarta, sentenza n. 619/2022)>> (sent. n. 8257/2022 cit.).*

Nella specie, tale valutazione è mancata, non avendo accertato quale violazione possa dar luogo o meno a decurtazione.

4. Alla luce delle considerazioni svolte, il ricorso va accolto, con annullamento dell'atto impugnato e conseguente obbligo per il GSE di rideterminarsi nei termini sopra detti.

5. In ragione della parziale soccombenza, le spese di lite possono compensarsi tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Stralcio), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

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

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Claudia Lattanzi, Consigliere, Estensore

Silvia Piemonte, Referendario

**L'ESTENSORE**

**Claudia Lattanzi**

**IL PRESIDENTE**

**Maria Cristina Quiligotti**

**IL SEGRETARIO**