

ENERGIA: Impianto eolico on shore - Decadenza dagli incentivi - Poiché la PAS è relativa ad un impianto di 200 kW e non di 199 kW - Legittimità - Indebita acquisizione di un titolo di priorità.

Cons. Stato, Sez. II, 24 ottobre 2022, n. 9056

“[...] la potenza dell'impianto, che va dichiarata in sede di iscrizione al Registro, coincide con la potenza non dell'aerogeneratore, bensì dell'alternatore ovvero, ove non presente, del generatore, ossia quella specifica componente dell'aerogeneratore che converte l'energia meccanica generata dalle pale mosse dal vento in energia elettrica [...].

Ne consegue che, in conformità alla normativa sopra richiamata, la potenza nominale dell'impianto da dichiarare ai fini dell'iscrizione nel registro era quella del generatore, pari a 200 kW, come indicata nella relazione tecnica allegata dalla stessa impresa in sede di istanza per ottenere l'autorizzazione (PAS) e considerato che, secondo il D.M. 6.7.2012, “l'eventuale utilizzo di gruppi depotenziati o interventi di regolazione e controllo effettuati sui motori primi non modificano il valore della potenza complessiva dell'impianto”.

Pertanto, correttamente il GSE ha disposto la decadenza dell'impianto della società ricorrente, facendo piana applicazione del principio espresso in giurisprudenza secondo cui se una società viene ammessa alla graduatoria per gli incentivi diretti agli impianti ad energia rinnovabile sulla base di un dato di potenza inferiore a quello oggetto del titolo autorizzatorio, essa lucra l'indebita acquisizione di un titolo di priorità (art. 10, comma 3, lett. g) del D.M. 6 luglio 2012) in riferimento alla "minore potenza degli impianti" che legittima il provvedimento di decadenza dai benefici concessi [...].”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Gestore dei Servizi Energetici – G.S.E. S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2022 il Cons. Maria Stella Boscarino e uditi per le parti gli avvocati Andrea Sticchi Damiani anche per l'avv. Francesco Saverio Marini e Gianluca Luzi anche per gli avv. Massimo Frontoni e Antonio Pugliese;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'appellante premette che GSE ha adottato in danno della Lucania Energia S.r.l., titolare di un impianto eolico onshore (identificato con codice FER381), un provvedimento di decadenza dal Registro EOLN-RG2012, con successivo diniego di accesso al regime incentivante, perché la Società:

a) avrebbe dichiarato quale data del titolo autorizzativo la data di presentazione della PAS (acronimo per "procedura abilitativa semplificata") e non quella asserita di conseguimento (questione poi superata);

b) contrariamente a quanto dichiarato alla data di presentazione della domanda di iscrizione al Registro informatico, era in possesso di una PAS relativa a un impianto di 200 kW e non di 199 kW, sicché avrebbe illegittimamente beneficiato del criterio di priorità di cui all'articolo 10 comma 3 lett. G del decreto, ossia la minor potenza degli impianti;

c) alla data dell'iscrizione al Registro non sarebbe stata in possesso del preventivo di connessione redatto dal Gestore di rete e accettato in via definitiva;

d) non avrebbe trasmesso il certificato di conformità dell'aerogeneratore.

2. Successivamente, e contestualmente alla proposizione del ricorso al TAR, la Società ha proposto una istanza di riesame su cui il GSE ha emesso un provvedimento con il quale:

- ha ritenuto superato il profilo sub a);

- ha confermato le criticità sub b), sub c) e sub d);

- ha adottato un ulteriore profilo ostativo all'ammissione agli incentivi, ossia la violazione dell'art. 29 d.m. 23.6.2016 in materia di "artato frazionamento di impianti".

Tale provvedimento è stato impugnato con motivi aggiunti.

3. Il T.A.R. Lazio adito, con la sentenza gravata, ha respinto il ricorso esprimendosi unicamente (trattandosi di atto plurimotivato) sulle censure riguardanti la potenza autorizzata dell'impianto e la questione del preventivo di connessione.

3.1. In particolare, il giudice di prime cure, pronunciandosi sul secondo motivo di ricorso, dopo aver rilevato che il preventivo originario si riferiva ad un progetto per la realizzazione di un unico impianto solare della potenza di 999,68 kW, di titolarità della G. Fotovoltaico S.r.l., poi volturato in favore della ricorrente, ha ritenuto che detto preventivo fosse inutilizzabile per la realizzazione di diversi impianti (cinque impianti eolici al posto di un unico impianto solare), riferibili a progetto totalmente diverso per numero di manufatti, fonte energetica, tipologia e potenza.

3.2. Quanto al terzo motivo di ricorso, il giudice adito, dopo aver sottolineato che nella richiesta di accesso agli incentivi la società aveva dichiarato la potenza dell'impianto pari a 199 kW, nonostante il titolo autorizzativo riguardasse un aerogeneratore con potenza di 200 kW, potenza dichiarata in

sede di autorizzazione alla costruzione dell'impianto, ha ritenuto che quest'ultima potenza avrebbe dovuto essere dichiarata in fase di domanda di incentivi, rimanendo irrilevanti successivi depotenziamenti, in quanto la valutazione da parte del GSE deve essere effettuata in astratto con riferimento alla potenza nominale dell'impianto, legittimata dal titolo autorizzativo.

Il T.A.R. ha ritenuto legittima, quindi, la decadenza, in quanto, se una società viene ammessa in graduatoria degli incentivi diretti agli impianti a energia rinnovabile in base a un dato di potenza inferiore a quello oggetto del titolo autorizzatorio, essa lucra l'indebita acquisizione di un titolo di priorità, costituito dall'articolo 10 comma 3 lett. g) del D.M. 6 luglio 2012 relativo alla minore potenza degli impianti; il provvedimento di decadenza dai benefici consegue al mero dato formale della dichiarazione non corrispondente alla realtà.

3.3. Infine, il T.A.R. ha ritenuto insussistente il vizio di omesso avvio del procedimento.

4. La società appellante lamenta l'erroneità della decisione di primo grado; al riguardo, con il primo motivo di appello, riferito al capo della sentenza che ha deliberato il terzo motivo del ricorso introduttivo, si deduce che la decisione del gestore sarebbe in contrasto con l'attestazione rilasciata dal Comune competente, invadendo le competenze attribuite agli enti territoriali, con conseguente violazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011 e dei principi in tema di ripartizione delle competenze tra le PP.AA., dato l'indebito sindacato del titolo autorizzativo rilasciato dall'Amministrazione territoriale.

4.1. Sotto altro profilo viene eccepita l'asserita violazione dell'art. 6 del d.lgvo 28/2011, in quanto l'operatore economico non dovrebbe affatto attestare una volta per tutte il tipo di intervento da eseguire. D'altra parte, l'ammissione agli incentivi è concepita mediante una struttura bifasica e, considerato che il più delle volte trascorre un certo lasso di tempo tra l'ottenimento delle autorizzazioni e la realizzazione dell'impianto, una cristallizzazione definitiva dell'impianto indicato nella PAS irrigidirebbe irragionevolmente la procedura.

4.2. Con il secondo motivo di appello (relativo al secondo motivo del ricorso introduttivo di primo grado) si lamenta l'erroneità della sentenza appellata in quanto, come risulta dalla nota Enel del 25 novembre 2015, prima dell'iscrizione al registro era stata inoltrata e attuata la richiesta di spaccettamento da unico impianto in un lotto di cinque impianti con cambio fonte da fotovoltaico a eolico, per cui all'originario TICA (codice preventivo T 0165404, rimasto efficace anche a seguito della trasformazione da unico impianto in un lotto di cinque impianti) erano state abbinate cinque sotto-TICA; la circostanza che la modifica del preventivo di connessione si sia perfezionata successivamente a causa delle diverse soluzioni tecniche per l'allaccio alla linea elettrica esistente

non toglie validità al preventivo di connessione già esistente al momento dell'iscrizione dell'impianto al registro.

4.3. Di seguito, l'appellante ripropone i motivi non esaminati dalla pronuncia di primo grado.

5. Il GSE, costituitosi in giudizio, con memoria eccepisce l'inammissibilità della censura relativa alla pretesa insindacabilità da parte del GSE degli atti e provvedimenti rilasciati da altri enti e/o amministrazioni ed alla pretesa violazione dell'art. 6 del d.lgvo 28/2011, trattandosi di motivo nuovo.

In ogni caso ne adduce l'irrelevanza, posto che, sulla base del progetto approvato dal Comune di Melfi con PAS n. 197/2012, il Soggetto Responsabile era stato autorizzato per l'installazione di un generatore elettrico di potenza pari a 200 KW.

Esaminati tutti gli altri motivi di ricorso, ne contesta la fondatezza.

6. A tali deduzioni replica ampiamente l'appellante.

Quanto al primo motivo, in particolare, richiama la decisione di questo Consiglio (sez. IV, n. 2085/2019) la quale ha affermato che, coerentemente con quanto previsto dall'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011, spetta soltanto agli enti territoriali accertare se il progetto realizzato corrisponda (sotto tutti i profili rilevanti, e quindi anche sotto il profilo della potenza installata) a quello comunicato mediante gli strumenti di semplificazione amministrativa (nel caso di specie la PAS), e, nel caso in questione, ribadisce come il Comune di Melfi abbia attestato in maniera la coerenza ed idoneità del titolo richiesto relativamente alla realizzazione dell'impianto avente potenza pari a 199 kW.

7. Da ultimo l'appellante, con memoria, rappresenta che sarebbe in corso di approvazione una misura legislativa funzionale a salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili, regolarizzando le vicende relative ad impianti per i quali, a valle di contestazioni da parte del Gestore, siano in corso procedimenti contenziosi.

Alla luce della rilevanza di tale novità legislativa, la parte chiede il rinvio della trattazione del ricorso in appello.

8. All'udienza pubblica del 18 ottobre 2022, esaurita la discussione orale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

9. Preliminarmente il Collegio rileva che non sussistono i presupposti per disporre il differimento della trattazione del giudizio, considerata la natura aleatoria della sopravvenienza legislativa auspicata dalla parte appellante e la circostanza che, ai sensi dell'art. 73, comma 1 bis, c.p.a. il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali (Consiglio di Stato sez. IV, 12/07/2022, n.5872).

10. Il Collegio, pur rilevando profili di inammissibilità dell'appello, considerato che il capo 2.3. della sentenza appellata non risulta idoneamente censurato (infatti, la sentenza non disconosce la portata delle attestazioni del Comune, ma afferma che, essendo stata la società originariamente autorizzata per 200 kW, non poteva indicare una diversa portata al momento della richiesta degli incentivi, e così facendo ha lucrato indebitamente l'acquisizione del titolo di priorità "*minore potenza degli impianti*"), il che, ad avviso del Tar, legittima il provvedimento di decadenza dei benefici; percorso motivazionale non centrato dai profili di appello), ritiene, comunque, assorbente la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità formulata dal GSE in ordine ai profili nuovi introdotti con il ricorso in appello, con conseguente irrilevanza dei rilievi formulati sul punto, dal che deriva altresì l'infondatezza del profilo di gravame riferito al capo 2.3. della sentenza.

Con tale parte della statuizione appellata è stato ritenuto infondato il terzo motivo del ricorso principale.

In particolare, il giudice adito, dopo aver ricordato che "*con il terzo motivo di ricorso principale (replicato con i motivi aggiunti) si deduce poi che la potenza nominale dell'aerogeneratore si attesta su un valore inferiore a 200 kW e, comunque, è in concreto addirittura inferiore a quella nominale massima di 199 kW, prudenzialmente dichiarata*", con conseguente erroneità del diniego, ha ritenuto il motivo infondato in quanto "*nella richiesta di accesso agli incentivi la società ricorrente ha fatto riferimento a un impianto avente una potenza pari a 199 kW mentre come rilevato dal Gestore, il titolo autorizzativo concerneva un aerogeneratore con potenza di 200 kW. Tale misura corrisponde alla potenza dichiarata in sede di autorizzazione alla costruzione dell'impianto (cfr. relazione tecnica illustrativa depositata in sede di PAS e prodotta in atti) ove espressamente si indica la potenza nominale massima dell'impianto in 200 kW.*

Tale è la potenza che doveva essere dichiarata in fase di domanda di incentivi, rimanendo irrilevante la misura dell'utilizzo concretamente effettuato o eventuali successivi depotenziamenti.

Secondo infatti la giurisprudenza di questa Sezione, la valutazione da parte del GSE deve sempre essere effettuata ex ante e in astratto con riferimento alla potenza nominale dell'impianto, cristallizzandosi la situazione al momento della iscrizione e della conseguente formazione della graduatoria secondo regole chiare, precise e identiche per tutti i partecipanti".

10.1. Avverso la statuizione in parte qua l'appellante lamenta che il GSE si sarebbe "*sostituito all'Amministrazione territoriale nel sindacato sull'idoneità ed efficacia del titolo abilitativo conseguito*", con "*un indebito sindacato sul titolo autorizzativo rilasciato dall'Amministrazione territoriale di riferimento*", disapplicando il titolo autorizzativo dell'odierna appellante in palese violazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011 e dei basilari principi costituzionali in tema di

ripartizione delle competenze tra le PP.AA.; richiama, al riguardo, Cons. St., IV, sentenza n. 2859/2018 e, più di recente, in un caso analogo a quello oggetto del presente giudizio, Cons. St. IV, sentenza n. 2085/2019, con la quale si è rilevato che *“prima di adottare un provvedimento di decadenza il GSE avrebbe dovuto chiedere al Comune se la PAS presentata dalla società appellante legittimasse anche un impianto di potenza pari a 195 kW, come quello dichiarato all’atto dell’iscrizione nel Registro”*.

La parte ne trae la conclusione che, secondo il giudice amministrativo, spetta soltanto agli enti territoriali accertare se il progetto realizzato corrisponda (sotto tutti i profili rilevanti, e quindi anche sotto il profilo della potenza installata) a quello comunicato mediante gli strumenti di semplificazione amministrativa (nel caso di specie la PAS), e tale principio troverebbe applicazione al caso in questione.

11. Come eccepito dal Gestore, la censura è anzitutto inammissibile, in quanto nel ricorso di primo grado la parte non ha mai fatto valere alcun profilo riferito alla supposta riserva di competenza in favore delle amministrazioni locali che rilasciano il titolo autorizzatorio e nemmeno al vizio relativo alla pretesa invasione da parte del Gestore nella sfera di competenza riservata al Comune, limitandosi, con il terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, ad affermare l’insufficienza dell’istruttoria e l’erroneità della motivazione del diniego impugnato in quanto l’impianto eolico aveva in effetti una potenza nominale massima di 199 kW, e addirittura la potenza nominale effettiva era ancora inferiore, come rilevabile dalla documentazione tecnica prodotta in giudizio, di guisa che aveva legittimamente usufruito del criterio di priorità della minor potenza degli impianti.

Per tale ragione, l’odierna appellante non può giovare del precedente costituito dalla decisione n. 2085/2019, perché evidentemente in quel giudizio (a differenza che nel presente) era stata ritualmente introdotta la censura poi ritenuta fondata in appello; ma nel caso in questione, il motivo di ricorso inammissibilmente introdotto solo nel giudizio di secondo grado non può, alla stregua dell’eccezione della controparte, essere vagliato.

12. Ciò posto, la motivazione della decisione appellata resiste, sul punto in questione, alle residue censure della parte: come può evincersi dall’esame del preavviso di rigetto, l’appellante aveva richiesto l’accesso ai meccanismi di incentivazione degli impianti a fonti rinnovabili per un impianto eolico dichiarando una potenza pari a 0,199 MW.

Esaminando la documentazione trasmessa in allegato all’istanza, ed in particolare la relazione tecnica allegata alla PAS n. 197/2012, il GSE rilevava che la parte aveva però dichiarato (in detta sede) di impiegare un aerogeneratore ITALTECH WIND 200 kW, che è una turbina eolica con

potenza nominale di 200 kW, e pertanto contestava alla ditta di aver dichiarato un dato di potenza elettrica inferiore beneficiando indebitamente, ai fini della collocazione in graduatoria, del criterio di priorità della minor potenza degli impianti.

In sede di partecipazione procedimentale la parte adduceva di avere indicato quel tipo di aerogeneratore solo ai fini di individuare la tipologia da impiegare, ma senza con ciò voler indicare la potenza da installare.

Il che non è, in quanto, esaminando la relazione tecnica illustrativa depositata presso il Comune di Melfi, al punto “2.4. potenza installata e producibilità” si affermava chiaramente che *“la potenza elettrica prevista è di 200 kW e sarà prodotta con la realizzazione di n.1 aerogeneratore della potenza unitaria massima di 200 kW”*.

In coerenza, quindi, poi la relazione tecnica specialistica chiariva che *“L’aerogeneratore che sarà impiegato è un ITALTECH WIND 200 KW che è una turbina eolica a velocità variabile con regolazione pitch, certificato secondo il tipo classe IEC IIA,IIIA con una potenza nominale di 200 kW e un asse di rotazione orizzontale”* e che *“la ITALTECH WIND 200Kw impiega un generatore asincrono a gabbia di scoiattolo con una potenza nominale di 200 kW ad una velocità nominale di 1000 G/min”*.

Risulta, pertanto, evidente che la parte, in sede di presentazione della domanda di autorizzazione, dichiarò e attestò che avrebbe realizzato un aerogeneratore della potenza nominale pari a 200 kW composto da un generatore con una potenza nominale di 200 kW.

Nella documentazione prodotta in primo grado risulta poi la presentazione, in data 30.4.2014, di un progetto in variante; dalla relazione tecnico descrittiva si evince che la variante non sostanziale aveva ad oggetto la modifica della tipologia di torre eolica da installare in sostituzione di quella prevista con la PAS (della società ITALTECH WIND) e la cabina elettrica a servizio dell’aerogeneratore, con la finalità di installare un aerogeneratore di potenza unitaria nominale massima di 199 kW.

Evidentemente, quindi, in seguito la società decise di modificare la struttura dell’impianto al fine di ricondurlo all’interno della potenza nominale massima di 199 kW, sebbene dalla lettura della relazione tecnica specialistica si evinca che la parte si proponeva comunque di utilizzare un aerogeneratore Vestas V 47 che *“impiega un generatore asincrono a gabbia di scoiattolo con una potenza nominale di 200 kW ad una velocità nominale di 1500 rpm”*.

12.1. Ciò posto, occorre ricordare che il D.M. 6 luglio 2012, recante attuazione dell’art. 24 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, nel regolamentare l’incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici, dispone all’art. 4 che

l'accesso ai meccanismi in argomento avviene previa iscrizione dell'impianto in appositi registri in posizione tale da rientrare in limiti specifici di potenza.

L'art. 2 , co. 1, lett. p), D.M. 6.7.2012 definisce “potenza di un impianto” *“la somma, espressa in MW, delle potenze elettriche nominali degli alternatori (ovvero, ove non presenti, dei generatori) che appartengono all'impianto stesso, ove la potenza nominale di un alternatore è determinata moltiplicando la potenza apparente nominale, espressa in MVA, per il fattore di potenza nominale riportati sui dati di targa dell'alternatore medesimo”*.

Già in precedenza, ai sensi del d.m. del 18-12-2008 (art. 2), il concetto di potenza "nominale" è riferito al "generatore" ed esso esprime la potenza massima dallo stesso erogabile (tra l'altro riportata sui dati di targa).

Il paragrafo 1.1.3. delle procedure applicative del 24.8.2012 precisa che: *“la potenza dell'impianto (ad eccezione degli impianti a fonte idraulica) è pari alla somma delle potenze nominali degli alternatori; pertanto, l'eventuale utilizzo di gruppi depotenziati o interventi di regolazione e controllo effettuati sui motori primi non modificano il valore della potenza complessiva dell'impianto”*; la domanda di iscrizione al registro deve essere effettuata indicando il valore riportato dalla targa dell'alternatore *“anche qualora il titolo autorizzativo sia stato rilasciato con riferimento alla potenza di targa dell'unità di generazione elettrica (ad esempio con riferimento alla potenza di targa dell'aerogeneratore o del 'gen- set')”*.

L'art. 10 co. 5 prevede che sono ammessi ai meccanismi di incentivazione gli impianti rientranti nelle graduatorie, nel limite dello specifico contingente di potenza incentivabile.

La richiesta di iscrizione al registro avviene tramite dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell'articolo 47 del DPR 45 del 2000 nella quale l'istante deve attestare la sussistenza di tutte le condizioni per l'accesso agli incentivi, tra cui la conformità dell'impianto al progetto come autorizzato dall'autorità competente.

Il GSE forma le graduatorie degli impianti iscritti a ciascun registro secondo i criteri di priorità indicati dall'art. 10, tra i quali, al comma 3 lett. g), è previsto quello della *“minore potenza dell'impianto”*.

Alla luce del quadro normativo di riferimento la potenza dell'impianto, che va dichiarata in sede di iscrizione al Registro, coincide con la potenza non dell'aerogeneratore, bensì dell'alternatore ovvero, ove non presente, del generatore, ossia quella specifica componente dell'aerogeneratore che converte l'energia meccanica generata dalle pale mosse dal vento in energia elettrica (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 24.2.2017, n. 775).

Tanto risulta confermato anche dalle relazioni tecniche sopra citate, dove si precisa che entrambi gli aerogeneratori (quello originario e quello indicato nel progetto in variante) impiegano *un generatore asincrono a gabbia di scoiattolo con una potenza nominale di 200 kW*.

12.2. Ne consegue che, in conformità alla normativa sopra richiamata, la potenza nominale dell'impianto da dichiarare ai fini dell'iscrizione nel registro era quella del generatore, pari a 200 kW, come indicata nella relazione tecnica allegata dalla stessa impresa in sede di istanza per ottenere l'autorizzazione (PAS) e considerato che, secondo il D.M. 6.7.2012, *“l'eventuale utilizzo di gruppi depotenziati o interventi di regolazione e controllo effettuati sui motori primi non modificano il valore della potenza complessiva dell'impianto”*.

Pertanto, correttamente il GSE ha disposto la decadenza dell'impianto della società ricorrente, facendo piana applicazione del principio espresso in giurisprudenza secondo cui se una società viene ammessa alla graduatoria per gli incentivi diretti agli impianti ad energia rinnovabile sulla base di un dato di potenza inferiore a quello oggetto del titolo autorizzatorio, essa lucra l'indebita acquisizione di un titolo di priorità (art. 10, comma 3, lett. g) del D.M. 6 luglio 2012) in riferimento alla "minore potenza degli impianti" che legittima il provvedimento di decadenza dai benefici concessi.

13. Dalla inammissibilità ed infondatezza del primo motivo di ricorso in appello discende la conferma della decisione appellata in relazione al profilo di decadenza sopra esaminato, che risulta sufficiente a sorreggere i provvedimenti impugnati con i ricorsi introduttivo e per motivi aggiunti del giudizio di primo grado.

Tanto esime il Collegio dell'indugiare sulle ulteriori censure.

14. Conclusivamente, l'appello dev'essere respinto.

Le spese, come per legge, seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante a rifondere al GSE le spese di giudizio liquidate in euro 3.000,00 oltre accessori, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Luttazi, Presidente FF

Italo Volpe, Consigliere

Carla Ciuffetti, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Consigliere, Estensore

Stefano Filippini, Consigliere

L'ESTENSORE

Maria Stella Boscarino

IL PRESIDENTE

Giancarlo Luttazi