

ENERGIA: Impianto fotovoltaico - Meccanismi incentivanti - Presupposti - Titolarità dell'autorizzazione ed assunzione della responsabilità di detta gestione ed esercizio - Irrilevanza della titolarità del diritto di superficie sull'immobile sul quale è stato realizzato l'impianto.

Tar Lazio - Roma, Sez. III ter, 31 ottobre 2022, n. 14185

“[...] il beneficiario degli incentivi deve necessariamente coincidere con il titolare dell'autorizzazione, atteso che “la normativa vigente non consente il disallineamento tra titolarità del permesso a realizzare ed esercire l'impianto e l'assunzione della responsabilità di detta gestione ed esercizio ai fini dell'accesso agli incentivi”; tale conclusione “è giustificata dal parallelismo, in tutte le disposizioni ... tra le attività oggetto del provvedimento autorizzatorio e quelle che individuano l'oggetto della 'responsabilità' in questione (binomio 'realizzazione' [o costruzione] ed esercizio), che sta a indicare come i benefici siano riservati ai soggetti cui imputare in termini giuridici la riferibilità dell'iniziativa”; “l'assunzione della qualità di responsabile, ai fini del riconoscimento dei benefici incentivanti – anche a seguito di eventuale subentro nella proprietà dell'impianto – deriva dalla titolarità di tutti gli atti e documenti inerenti all'impianto stesso (tra cui, innanzitutto, il provvedimento che autorizza la realizzazione e l'esercizio dell'attività di produzione energetica), e non dalla mera materiale attività di gestione; pertanto la legittimazione ad ottenere l'erogazione delle tariffe incentivanti si fonda normativamente sul necessario presupposto che lo stesso soggetto sia titolare di validi titoli sia per la realizzazione che per l'esercizio dell'impianto “ [...].

A ciò consegue che la titolarità del diritto di superficie sull'immobile sul quale è stato realizzato l'impianto non è, pertanto, rilevante ai fini in esame, essendo incontestata la mancanza, in capo alla ricorrente, dell'indispensabile requisito del titolo autorizzatorio, con conseguente infondatezza anche del secondo dei motivi aggiunti [...].”

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Gestore dei Servizi Energetici - GSE S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2022 la dott.ssa Emanuela Traina;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la società ricorrente espone che:

- è titolare, in forza del contratto rep. n. 46704, raccolta n. 9345 del 30 luglio 2012, registrato con rep. n. 4017 del 21 agosto 2012, del diritto di costruire e mantenere per venti anni sul lastrico di un fabbricato sito in Olbia, Via Libia c.n. 22/24, censito al Catasto Fabbricati Olbia F. 31, mapp. 3110, un impianto fotovoltaico la cui realizzazione è stata autorizzata tramite Dichiarazione Unica Attività Produttive (“DUAAP”) presentata presso lo stesso Comune dalla propria dante causa, la società Marbo S.r.l., in data 27 giugno 2012;
- in tale qualità comunicava al Comune indicato, il successivo 12 ottobre 2012, di essere subentrata nella titolarità del citato titolo abilitativo e chiedeva la conseguente voltura a proprio favore dello stesso; la relativa DUAAP acquisiva il numero di protocollo 101892 del 17 ottobre 2012;
- in data 12 ottobre 2012, con prot. n. 99950 del 15 ottobre 2012, codice univoco 3981, la Marbo S.r.l. comunicava al Comune la conclusione dei lavori di realizzazione dell’impianto, pur non essendo più intestataria del titolo;
- in data 18 febbraio 2013 presentava al Gestore dei Servizi Energetici - GSE S.p.A. (d’ora innanzi solo “GSE” o “Gestore”) richiesta di riconoscimento delle tariffe incentivanti di cui al D.M. 5 maggio 2011, la quale veniva accolta con comunicazione dell’11 settembre 2013 (prot. GSE/P20130182767); seguiva la stipula della Convenzione n. Q01L276080407 del 18 settembre 2013;
- veniva successivamente avviato un procedimento di verifica e controllo sull’impianto all’esito del quale il GSE le contestava che, poiché in data 18 marzo 2016 il Comune di Olbia aveva dichiarato inefficace la DUAAP codice univoco 3892 presentata in data 12 ottobre 2012, non essendo ammessa dopo l’ultimazione dei lavori la voltura della concessione, non risultava in possesso di un titolo autorizzativo valido ed efficace per la realizzazione e l’esercizio dell’impianto; il procedimento si concludeva con l’adozione dell’atto GSE/P20170016064 del 14 febbraio 2017 con il quale veniva disposta la decadenza dalla tariffa incentivante assegnata;
- tale provvedimento veniva impugnato avanti a questo TAR che, con sentenza n. 4032/2021, rigettava il ricorso;
- in data 31 gennaio 2021 la ricorrente formulava, infine, istanza ai sensi dell’art. 56, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120, chiedendo la revoca della decadenza; l’istanza veniva, tuttavia, respinta con nota del GSE Prot. GSE/P20210009081 del 23 marzo 2021.

2. Di tale ultimo provvedimento la ricorrente ha chiesto, con il ricorso introduttivo del presente giudizio, l'annullamento, previa concessione di misure cautelari, lamentandone l'illegittimità in relazione ai seguenti motivi:

I) violazione e falsa applicazione dell'art. 56, commi 7 e 8, della legge n. 120 del 2020 – difetto di istruttoria- eccesso di potere per carenza di motivazione – ingiustizia manifesta;

II) violazione e falsa applicazione dell'art. 42 d.lgs. n. 28/2011, comma 3, così come modificato dall'art. 56, commi 7 e 8, della legge n. 120 del 2020, eccesso di potere per sviamento, motivazione apparente e perplessa, carenza di istruttoria, ingiustizia manifesta violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21 *nonies* l. 241/1990.

3. Nel giudizio così introdotto si è costituito il GSE, che ha depositato documentazione e memoria con cui ha contestato la fondatezza delle censure dedotte.

4. Con ordinanza n. 3880 del 14 luglio 2021, emanata all'esito della camera di consiglio fissata per la delibazione dell'istanza cautelare formulata in ricorso, questa Sezione, ravvisando la sussistenza di apprezzabili elementi di fondatezza del primo motivo di ricorso e rilevando che il bilanciamento tra gli opposti interessi richiesto dall'art. 56 del citato d.l. 76/2020 non risultasse, nell'impugnato provvedimento, adeguatamente effettuato dal GSE, richiedendo lo stesso una motivazione non limitata ad *“un generico ed assiomatico riferimento alla prevalenza dell'interesse pubblico alla corretta allocazione degli incentivi, dovendo lo stesso essere condotto con riferimento alle peculiarità del caso concreto, facendo altresì riferimento alla tipologia della violazione contestata, traducendosi, in caso contrario, nella violazione della ratio della norma come emergente dalla relazione illustrativa del D.L. 76/2020”*, ha accolto l'istanza cautelare *“impartendo al Gestore ordine di riesaminare l'istanza e motivare in merito agli indicati profili”*.

5. Con il ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha esteso l'impugnazione al sopravvenuto provvedimento GSE/P20220005369 del 24 febbraio 2022 con il quale il Gestore, in esecuzione dell'ordinanza citata, si è nuovamente pronunciato sull'istanza di riesame *ex art. 56* citato, respingendola.

6. Di tale provvedimento la ricorrente lamenta sia l'illegittimità derivata, riproducendo i motivi spiegati nell'ambito del ricorso introduttivo, sia autonomi profili di censura, quali:

I) violazione e falsa applicazione dell'art. 56, commi 7 e 8, del d.l. 76/2020 conv. dalla l. 120/2020, difetto di istruttoria, eccesso di potere per carenza di motivazione, ingiustizia manifesta, violazione e falsa applicazione dell'art. 42 d.lgs. 28/2011, sviamento, motivazione apparente e perplessa, carenza di istruttoria, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21 *nonies* l. 241/1990; la motivazione del provvedimento di riesame, nonostante lo specifico ordine impartito con l'ordinanza

cautelare, sarebbe solo apparente, essendo stato ancora una volta condotto il bilanciamento degli opposti interessi richiesto dalla norma in via solo astratta e con l'unico obiettivo del ripristino della legalità violata, con ulteriore violazione del complesso delle disposizioni indicate, senza nessuna valutazione del caso concreto;

II) eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione, motivazione apparente, contraddittorietà ed erroneità dei presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia manifesta, sviamento, violazione del principio di sufficienza del titolo edilizio, disparità di trattamento, violazione del principio di conservazione degli atti giuridici e del principio di affidamento, violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *nonies* l. 241/1990 e dell'art. 42 d.lgs. n. 28/2011; il provvedimento si limiterebbe a ribadire il profilo critico del disallineamento del titolo edilizio rispetto alla proprietà dell'impianto senza tenere in alcuna considerazione la circostanza che il titolare dell'impianto sarebbe comunque, pacificamente, il titolare del diritto di superficie del tetto sul quale l'impianto insiste;

III) violazione dell'ordinanza cautelare n. 3880/2021, elusione degli artt. 59, 112, comma 2, lett. c), 114, comma 4, lett. c), c.p.a., violazione dell'art. 21-septies l. n. 241/1990, eccesso di potere per arbitrarietà manifesta, irragionevolezza dell'azione amministrativa, ingiustizia ed illogicità; il provvedimento sarebbe stato, altresì, emanato in elusione dell'ordinanza cautelare in quanto il GSE, all'esito del procedimento di riesame, avrebbe ulteriormente omesso di valutare non solo l'interesse privato alla conservazione del beneficio originariamente erogato e poi ritirato, ma anche il distinto interesse pubblico alla produzione energetica da fonte rinnovabile e, quindi, alla tutela dei valori ambientali e produttivi di cui la norma eccezionale si farebbe carico.

7. In vista della pubblica udienza del 5 ottobre 2022 le parti hanno scambiato memorie e repliche nelle quali hanno insistito nelle tesi rispettivamente proposte; in tal sede il GSE ha, inoltre, eccepito l'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse in relazione all'adozione del provvedimento impugnato con i motivi aggiunti.

8. La causa è stata, infine, trattenuta per la decisione all'udienza indicata, senza discussione orale, come richiesto dalle parti.

9. Deve essere preliminarmente dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo del giudizio, in accoglimento dell'eccezione formulata dalla difesa del GSE; ritiene infatti il Collegio che, a seguito dell'emanazione del provvedimento del 24 febbraio 2022, con cui è stato nuovamente disposto il rigetto dell'istanza di riesame presentata dalla ricorrente, l'interesse della ricorrente debba intendersi integralmente traslato su quest'ultimo, mentre il primo diniego di revoca *ex art.* 56 d.l. 76/2020 deve considerarsi superato.

Il “secondo” provvedimento di diniego non può, infatti, considerarsi meramente confermativo del primo, in quanto emanato all’esito di una rivalutazione complessiva della vicenda e connotato da diversa motivazione; peraltro il fatto che lo stesso sia stato emanato in sede di esecuzione dell’ordine impartito dall’ordinanza cautelare non muta la natura del potere esercitato (in termini TAR Lazio, sez. I bis, 11916/2022).

Il ricorso introduttivo deve essere, pertanto, dichiarato improcedibile, non potendosi più ravvisare, per quanto sopra detto, un interesse giuridicamente rilevante della società ricorrente alla relativa decisione.

10. Occorre, di conseguenza, procedere all’esame dei motivi aggiunti, diretti all’annullamento del secondo diniego di riesame *ex art. 56 d.l. 76/2020*, motivi che possono essere scrutinati contestualmente in ragione della stretta attinenza delle questioni sulle quali gli stessi vertono.

10.1. In proposito il Collegio reputa preliminarmente necessario rilevare che il “primo” provvedimento diniego emanato dal GSE risulta motivato, come già rilevato nell’ambito dell’ordinanza cautelare n. 3880/2021, esclusivamente attraverso riferimenti di carattere generale ed astratto alla natura del potere di verifica e controllo attribuito al GSE dall’art. 42 d.lgs. 28/2011 e degli incentivi per la produzione delle energie rinnovabili, oltre che con il richiamo all’affermata non retroattività delle disposizioni di cui al più volte citato art. 56, senza dunque contenere nessun riferimento alle peculiarità dello specifico caso in esame.

10.2. Il “secondo” diniego – impugnato, come detto, con i motivi aggiunti – dopo avere richiamato la “pacifica e consolidata acquisizione giurisprudenziale” in merito alla necessaria corrispondenza tra il beneficiario degli incentivi e il soggetto titolare del provvedimento autorizzatorio inerente la realizzazione e l’esercizio dell’impianto, non essendo consentito dalla normativa vigente il disallineamento tra questi ultimi, ha invece precisato che, alla luce di tali considerazioni, *“nella ponderazione degli interessi in gioco non può dunque ritenersi prevalente quella del soggetto privato a vedersi riconosciuti gli incentivi, non potendo ammettersi che l’impianto possa essere esercito in difetto del titolo autorizzativo, violazione questa che, ai sensi del d.m. 31 gennaio 2014, integra un profilo di insussistenza dei requisiti autorizzativi”*.

10.3. Il GSE ha, dunque, ulteriormente respinto l’istanza di riesame ritenendo che la violazione sul cui rilievo è fondato il provvedimento di decadenza, cioè l’assenza del titolo autorizzativo - prevista dall’all. 1 al citato d.m. del 2014, alla lett. j) quale violazione grave, al ricorso della quale deve essere disposta, senza alcuna valutazione discrezionale, la decadenza dal beneficio - impedisca l’adozione di un provvedimento di segno diverso, così implicitamente ritenendo prevalente

l'interesse pubblico alla corretta allocazione degli incentivi per la produzione dell'energia da fonte fotovoltaica su quello privato al mantenimento degli stessi.

10.4. Reputa, pertanto, il Collegio che i rilievi in forza dei quali con la citata ordinanza cautelare è stato ordinato il riesame dell'istanza ex art. 56 d.l. 76/2020 siano stati, tramite l'emanazione di tale provvedimento, superati, atteso che il "secondo" diniego reca, come detto, una ben precisa, ancorché sintetica, motivazione in ordine alle ragioni della ravvisata insussistenza dei presupposti per procedere alla revoca del provvedimento di decadenza.

10.5. Deve, inoltre, nella presente sede riaffermato che il procedimento previsto dall'art. 56 del d.l. 76/2020 ha *"natura eccezionale, finalità di sanatoria e di conservazione della capacità di produzione energetica da fonte rinnovabile"* e che lo stesso *"configura l'esercizio di un potere caratterizzato, da un lato, dalla doverosità (posto che l'Amministrazione, contrariamente a quanto accade in via generale per i poteri di autotutela, è tenuta, per disposizione espressa, a pronunciarsi sulla istanza di riesame entro 60 dalla presentazione dell'istanza), dall'altro dalla discrezionalità, essendo rimessa al Gestore la valutazione della situazione di fatto e di diritto, tenuto conto degli interessi pubblici e privati incisi dal provvedimento di decadenza e dunque l'esito del procedimento non è vincolato dovendo essere rimesso alla ponderazione discrezionale degli interessi in gioco"* (sent. di questa sez. III-ter n. 12326/2022 e i precedenti ivi citati).

Ciò in quanto *"il principio di coincidenza tra responsabilità e legittimazione al beneficio persegue la finalità di evitare raggiri ai danni del GSE e dispersione di risorse pubbliche, che conseguirebbero in caso di erogazione delle incentivazioni a soggetti che non hanno assunto su di sé la responsabilità della realizzazione e dell'esercizio dell'iniziativa ammessa a beneficiare delle tariffe incentivanti; solo tale identità può, infatti, assicurare un "anello di congiunzione" reale tra vicende dell'impianto e il regime delle incentivazioni"* (sent. di questa sezione 2123/2019).

10.6. In definitiva, considerato che il riesame previsto dall'art. 56 comma 8 del citato d.l. 56/2020 implica un potere valutativo del GSE in merito alla sussistenza dei presupposti per procedere alla riammissione al beneficio e che l'impianto in questione viene esercito da un soggetto privo del necessario titolo autorizzatorio, con conseguente emersione di una violazione espressamente individuata quale causa di decadenza dall'incentivo, la motivazione del provvedimento all'esame non può ritenersi inficiata dai vizi dedotti.

10.7. Peraltro, non vi sono ragioni per rimeditare la consolidata affermazione della giurisprudenza secondo cui il beneficiario degli incentivi deve necessariamente coincidere con il titolare dell'autorizzazione, atteso che *"la normativa vigente non consente il disallineamento tra titolarità del permesso a realizzare ed esercire l'impianto e l'assunzione della responsabilità di detta*

gestione ed esercizio ai fini dell'accesso agli incentivi"; tale conclusione "è giustificata dal parallelismo, in tutte le disposizioni ... tra le attività oggetto del provvedimento autorizzatorio e quelle che individuano l'oggetto della 'responsabilità' in questione (binomio 'realizzazione' [o costruzione] ed esercizio'), che sta a indicare come i benefici siano riservati ai soggetti cui imputare in termini giuridici la riferibilità dell'iniziativa"; "l'assunzione della qualità di responsabile, ai fini del riconoscimento dei benefici incentivanti – anche a seguito di eventuale subentro nella proprietà dell'impianto – deriva dalla titolarità di tutti gli atti e documenti inerenti all'impianto stesso (tra cui, innanzitutto, il provvedimento che autorizza la realizzazione e l'esercizio dell'attività di produzione energetica), e non dalla mera materiale attività di gestione; pertanto la legittimazione ad ottenere l'erogazione delle tariffe incentivanti si fonda normativamente sul necessario presupposto che lo stesso soggetto sia titolare di validi titoli sia per la realizzazione che per l'esercizio dell'impianto" (da ultimo, sent. di questa sezione 10919/2022; id. n. 8955/2022 e i precedenti ivi richiamati).

10.8. A ciò consegue che la titolarità del diritto di superficie sull'immobile sul quale è stato realizzato l'impianto non è, pertanto, rilevante ai fini in esame, essendo incontestata la mancanza, in capo alla ricorrente, dell'indispensabile requisito del titolo autorizzatorio, con conseguente infondatezza anche del secondo dei motivi aggiunti.

10.9. Neppure la terza censura spiegata avverso il "secondo" provvedimento di diniego di riesame può, infine, essere condivisa, non potendosi, per quanto già detto, ritenere lo stesso elusivo dell'ordinanza cautelare e dovendosi ritenere assolto, per quanto in forma sintetica, l'onere motivazionale gravante sul GSE nella valutazione delle istanze proposte ai sensi dell'art. 56 d.l. 76/2020.

11. In conclusione, dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo, i motivi aggiunti devono essere respinti perché infondati.

12. Sussistono non di meno, alla luce della particolarità della vicenda e dell'andamento complessivo della controversia, 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:

- dichiara il ricorso introduttivo improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse;
- respinge i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Emanuela Traina, Primo Referendario, Estensore

Fabio Belfiori, Referendario

L'ESTENSORE

Emanuela Traina

IL PRESIDENTE

Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO