

ENERGIA: Consiglio di Stato, Sezione Seconda, sentenza 15 gennaio 2024, n. 464

1. ENERGIA: Ricostruzione di un impianto di generazione di energia elettrica da fonte eolica *onshore* con potenza pari a 0,900 MW - Diniego della richiesta di accesso ai meccanismi di incentivazione degli impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici – Nozione di potenza di impianto di cui all’art. 2, co. 1, lett. p), del D.M. 6.7.2012 – Sentenza della Corte Costituzionale n. 237/2000 – Valorizzazione dei rilievi sostanziali -Necessità

1. La sentenza della Corte Costituzionale n. 237/2020 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 42, co. 4-*sexies*, del d.lgs. n. 28/2011, nella parte in cui – a parità di condizioni – non prevede la riammissione agli incentivi per gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili diversi dall’eolico, ovvero per impianti eolici iscritti in registri differenti da quello relativo all’anno 2012 (EOLN-RG2012).

Da tale pronuncia è dato inferire un principio generale che riflette appunto l’esigenza di valorizzare i profili sostanziali della vicenda che interessa gli operatori del settore energia di guisa che assume rilievo assorbente la circostanza relativa al fatto che la l’autorizzazione unica è stata rilasciata per il rifacimento di un impianto eolico avente “*una potenza nominale di 900 kW*” e che non emergono elementi fattuali che consentano di escludere che tale sia effettivamente la potenza dell’impianto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Gestore servizi energetici - GSE S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l’art. 87, comma 4-*bis*, c.p.a.;

Relatore all’udienza straordinaria di smaltimento dell’arretrato del giorno 6 dicembre 2023 il consigliere Giovanni Sabato e vista l’istanza di passaggio in decisione della parte appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l’appello in trattazione, ritualmente notificato il 20 ottobre 2021 e depositato il primo novembre 2021, la Energia Eolica Mediterranea S.r.l. (d’ora in avanti, EEM o Società) ha impugnato la sentenza n. 8739 del 21 luglio 2021, con la quale il T.a.r. per il Lazio, Sez. III *Ter*, ha respinto il suo ricorso avverso il provvedimento del Gestore dei servizi energetici S.p.a. (per brevità anche Gestore o GSE) del 10 giugno 2016, recante il diniego della richiesta di accesso ai meccanismi di incentivazione degli impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici per l’intervento di integrale ricostruzione di un impianto di generazione di energia elettrica da fonte eolica *onshore* con potenza pari a 0,900 MW - codice registro: EO9LN_RG2013;

1.1. In fatto occorre precisare che la EEM inoltrava, in data 15 aprile 2013, domanda per l’iscrizione nel registro EOLN_RG2013, dichiarando di usufruire della priorità di cui all’art 1, comma 3, lettera

f) del DM del 6 luglio 2012 per essere iscritta in posizione non utile nella graduatoria del precedente registro EOLN_RG2012.

1.2. L'impianto, ai fini della formazione della graduatoria, si giovava pertanto del prefato criterio di priorità, ottenendo l'inserimento nella graduatoria in posizione tale da rientrare nel contingente di potenza disponibile per l'anno 2014.

1.3. In data 14 agosto 2015 la Società trasmetteva al Gestore l'istanza di accesso agli incentivi, con acclusa documentazione inerente il progetto autorizzato.

1.4. Il GSE, nell'ambito dell'avviato procedimento di verifica e controllo, accertava però che ai fini dell'iscrizione al registro era stato dichiarato un dato di potenza elettrica nominale di 0,900 MW (in luogo di 0,950 MW) e che l'impianto aveva di conseguenza indebitamente beneficiato, ai fini della formazione della graduatoria, del vantaggio derivante dall'applicazione del criterio della minor potenza degli impianti di cui all'art 1, comma 3, lettera g) del D.M. 2012.

1.5. Alla luce di ciò e del contraddittorio procedimentale instaurato con la parte privata, il GSE, sulla base anche dell'ulteriore documentazione trasmessa dalla Regione Sardegna, concludeva il procedimento di verifica adottando il 10 giugno 2016 il provvedimento con cui disponeva la decadenza dell'impianto dalla graduatoria pubblicata in data 15/01/2013 in relazione al Registro EOLN_RG2012 e, per l'effetto, la decadenza dalla graduatoria relativa al Registro EOLN_RG2013, con contestuale diniego di ammissione alle tariffe incentivanti.

2. Avverso tale decisione la EEM è insorta innanzi al T.a.r. Lazio, con istanza di sospensione cautelare.

2.1. Il T.a.r., con ordinanza n. 6172/2016 (confermata in sede di appello con ordinanza n. 775/2017), ha respinto la domanda cautelare per il ravvisato difetto del requisito del *fumus boni iuris*, con particolare riferimento alla circostanza per cui l'art. 2, comma 1, lett. p), del DM 2012, rispetto al dato di potenza nominale da indicare ai fini dell'iscrizione ai Registri informatici, fa espresso riferimento agli "alternatori" e non agli "aerogeneratori".

3. Il T.a.r., successivamente, con la sentenza segnata in epigrafe ha rigettato il ricorso della EEM, condannandola al pagamento delle spese di lite in favore del GSE, nella misura di euro 3.500,00, oltre oneri e accessori di legge.

3.1. Il giudice di prime cure, dopo aver ripercorso il quadro normativo di riferimento, ha ritenuto infondata la domanda di annullamento formulata dalla Società in considerazione del fatto che «*la potenza dell'impianto, che va dichiarata in sede di iscrizione al Registro non coincide, come prospettato da parte ricorrente, con la potenza complessiva dell'aerogeneratore, bensì con la potenza dell'alternatore (ovvero, ove non presente, del generatore)*» e che non «*vi è identità tra aerogeneratore ed alternatore*». La potenza nominale dell'impianto da dichiarare ai fini

dell'iscrizione nel registro non era quella dell'aerogeneratore, ma quella superiore del generatore. Il GSE ha quindi correttamente disposto la decadenza dell'impianto, posto che nel progetto presentato ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica la potenza nominale del generatore è indicata come pari a 950 kW, mentre è l'aerogeneratore ad avere una potenza di 900 kw. Acclarato che la potenza nominale dell'impianto, così come risultante dalla relazione allegata al titolo autorizzatorio era di 950 kW e non di 900 kW, il provvedimento di decadenza è di conseguenza immune dai dedotti vizi di violazione di legge ed eccesso di potere, a nulla rilevando documenti diversi dal titolo autorizzatorio. Né risulterebbe conferente l'invocazione del principio giurisprudenziale secondo cui il Gestore non avrebbe il potere di sindacare il provvedimento autorizzativo adottato dagli Uffici regionali, avendo il GSE accertato la non correttezza del dato di potenza indicato, ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. p), del D.M. 6.7.2012, ai fini dell'ammissione agli incentivi nell'esercizio del potere di verifica attribuito dal legislatore con l'art. 42 del D.Lgs. n. 28/2011.

4. Avverso tale pronuncia la EEM ha proposto appello, notificato il 20 ottobre 2021 e depositato il 1° novembre 2021, avanzando due articolati motivi di doglianza con i quali, in estrema sintesi, ripercorre in chiave critica le ragioni di impugnazione disattese dal giudice di prime cure.

4.1. Con il primo motivo ha sostenuto che il convincimento del T.a.r. sarebbe affetto da *error in iudicando* per travisamento dei presupposti di fatto ed errata interpretazione della nozione di potenza dell'impianto di cui all'art. 2, comma 1, lett. p) del D.M. 6.7.2012. Secondo la prospettazione dell'appellante, infatti, la EEM non avrebbe erroneamente indicato, così come affermato, una potenza di 900 kW in luogo della potenza autorizzata di 950 kW in sede di iscrizione al registro. A riprova di ciò deporrebbe la nota prot. n. 23755 del 7 luglio 2017 della Regione Sardegna, con la quale l'ente regionale avrebbe precisato che l'autorizzazione unica sarebbe stata rilasciata per il rifacimento di un impianto eolico avente "*una potenza nominale di 900 kW*", così come correttamente dichiarato. La nozione di potenza di impianto poi riportata dall'Allegato 1 della DGR n. 27/16 del 1°6.2011 coinciderebbe con la nozione di potenza di cui all'art. 2, co. 1, lett. p), del D.M. 6.7.2012. Pertanto, il T.a.r., pervenendo ad una inconferente distinzione tra aerogeneratore e generatore, avrebbe caldeggiato la stigmatizzata ed erronea interpretazione del GSE, concludendo per la legittimità del provvedimento avverso, nonostante l'errore materiale riportato in due punti della relazione tecnica allegata al progetto approvato da parte del progettista e la circostanza che la graduatoria indicata non sarebbe stata in alcun modo alterata, stante la ricorrenza, anche in concreto, di tutti i requisiti richiesti dalla normativa di riferimento per accedere agli incentivi.

4.2. Con il successivo motivo di appello la Società ha stigmatizzato la sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto il secondo motivo di ricorso, sottolineando che né il GSE né il T.a.r. avrebbero

adeguatamente considerato che la presunta irregolarità non costituirebbe comunque una violazione rilevante ai sensi dell'art. 11, comma 1 del DM 31.1.2014.

5. Il 4 novembre 2021 si è costituito in giudizio il GSE al fine di chiedere il rigetto dell'avverso gravame e la conferma della sentenza impugnata.

6. Depositato *medio tempore* l'atto di diniego dell'istanza di riesame presentata dalla Società, il Gestore, con articolata memoria del 3 novembre 2023, ha confutato i motivi di appello dedotti dall'appellante e ha eccepito l'inammissibilità della censura con la quale parte avversaria sostiene la non rilevanza delle violazioni contestate per omesso motivo di impugnazione nel giudizio di primo grado.

7. Con memoria di replica del 15 novembre 2023 la Società ha ribadito le proprie difese, citando un precedente di questa sezione che confermerebbe il principio di prevalenza, ai fini dell'iscrizione al registro, del dato formale del titolo autorizzativo rilasciato dalla competente autorità amministrativa locale e della potenza dell'impianto effettivamente installato dall'operatore.

8. All'udienza del 6 dicembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. L'appello, per le ragioni di cui *infra*, è meritevole di accoglimento.

9.1. Come esposto in narrativa, la controversia scaturisce dal fatto che, ai fini dell'iscrizione al registro, ad avviso del GSE, la società avrebbe dichiarato un dato di potenza elettrica nominale di 0,900 MW (in luogo di 0,950 MW) e che in ragione di ciò l'impianto avrebbe indebitamente beneficiato, ai fini della formazione della graduatoria, del vantaggio derivante dall'applicazione del criterio della minor potenza degli impianti di cui all'art 1, comma 3, lettera g) del D.M. 2012. Il T.a.r., nel respingere il ricorso proposto da EEM S.r.l. ha rilevato che la potenza nominale dell'impianto da dichiarare ai fini dell'iscrizione nel registro non era quella dell'aerogeneratore, ma quella superiore del generatore cosicché la potenza nominale dell'impianto, così come risultante dalla relazione allegata al titolo autorizzatorio, era di 950 kW e non di 900 kW.

9.2. Il primo motivo, avente rilievo centrale nell'economia del ricorso, è fondato.

L'appellante evidenzia, al riguardo, che, con la nota prot. n. 23755 del 7 luglio 2017, la Regione Sardegna ha precisato che l'autorizzazione unica è stata rilasciata per il rifacimento di un impianto eolico avente "*una potenza nominale di 900 kW*", così come correttamente dichiarato. La nozione di potenza di impianto poi riportata dall'Allegato 1 della DGR n. 27/16 del 1.6.2011 coincide con la nozione di potenza di cui all'art. 2, co. 1, lett. p), del D.M. 6.7.2012.

Il GSE afferma che ai sensi dell'art. 2 comma 1 lettera p) del d.m. 6 luglio 2012, la potenza nominale rilevante è quella riferita agli alternatori o ai generatori, e che nel caso di specie la potenza dichiarata del generatore, come riportata nella relazione tecnica allegata al progetto presentato ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica, è pari a 950 kW. Senonché, come risulterebbe *per tabulas* dalla stessa

relazione tecnica allegata al progetto autorizzativo dell’Impianto e come appurato anche dal T.a.r., *“l’aerogeneratore impiega un generatore asincrono a gabbia di scoiattolo o un generatore sincrono a eccitazione permanente ciascuno con potenza nominale di 950 kW”* (pag. 16, doc. 6 – fasc. I grado). Ritiene tuttavia il Collegio di seguire un preciso indirizzo interpretativo che si ricava con particolare nitidezza dal recente intervento della Corte delle Leggi ed in particolare con la sentenza n. 237/2020 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione del d.lgs. n. 28/2011 che ha riservato ai soli impianti eolici, già iscritti al registro EOLN-RG2012, il beneficio della riammissione agli incentivi di cui al DM 6 luglio 2012. Tale pronuncia, in tema di comma 4-*sexies* dell’art. 42, introdotto dall’art. 57-*quater* del d.l. n. 50/2017, conv. in l. n. 96/2017, al fine di sanare la posizione di alcuni impianti eolici che erano stati esclusi dai suddetti incentivi a causa dell’errata indicazione della data del titolo autorizzativo ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 42, co. 4-*sexies*, del d.lgs. n. 28/2011, nella parte in cui – a parità di condizioni, ossia sul comune presupposto che l’errata indicazione della data del titolo autorizzativo non abbia effettivamente portato all’impianto alcun vantaggio in relazione alla sua posizione in graduatoria – non prevede la riammissione agli incentivi per gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili diversi dall’eolico, ovvero per impianti eolici iscritti in registri differenti da quello relativo all’anno 2012 (EOLN-RG2012).

Assume particolare rilievo il seguente passaggio testuale della pronuncia, con la quale la Corte così si esprime: *“il complessivo assetto normativo descritto, e in particolare la ripetuta rimodulazione, in termini generali e non già settoriali, della prescrizione del comma 3 dell’art. 42 citato sul rigetto dell’istanza e sulla decadenza dagli incentivi in caso di violazioni "rilevanti", dimostrano che la disposizione censurata è riconducibile ad una più ampia ratio di sostegno della produzione di energia da fonti rinnovabili, comune a tutte quelle alle quali tale prescrizione si riferisce e non già peculiare del solo settore eolico con riferimento esclusivo al registro EOLN-RG2012. Quindi, opera il principio, anch’esso affermato da tempo nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui “il legislatore, ... una volta riconosciuta l’esigenza di un’eccezione rispetto a una normativa più generale, non potrebbe, in mancanza di un giustificato motivo, esimersi dal realizzarne integralmente la ratio, senza per ciò stesso peccare di irrazionalità” (sentenza n. 416 del 1996). Nel compiere tale valutazione non può del resto trascurarsi il preminente rilievo, costantemente riconosciuto dalla giurisprudenza di questa Corte, del principio della massima diffusione delle energie rinnovabili, che comporta un’esigenza di semplificazione dei procedimenti autorizzatori (sentenze n. 148 del 2019, n. 177 del 2018 e n. 275 del 2012)”*.

Da tale pronuncia è dato inferire un principio generale, suscettibile di applicazione nel caso di specie, che riflette appunto l’esigenza di valorizzare, *in subiecta materia*, i profili sostanziali della vicenda

che interessa gli operatori del settore energia di guisa che assume rilievo assorbente la circostanza relativa al fatto che la stessa amministrazione regionale ha precisato che l'autorizzazione unica è stata rilasciata per il rifacimento di un impianto eolico avente “*una potenza nominale di 900 kW*” e che non emergono elementi fattuali che consentano di escludere che tale sia effettivamente la potenza dell'impianto.

10. In conclusione, l'appello è fondato e deve essere accolto cosicché, in riforma dell'impugnata sentenza, il ricorso di primo grado va accolto.

11. Sussistono nondimeno giusti motivi, attesa l'assoluta peculiarità della vicenda, per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 9181/2021), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla gli atti ivi impugnati

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del 6 dicembre 2023, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, con l'intervento dei magistrati:

Raffaello Sestini, Presidente FF

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

Antonella Manzione, Consigliere

Carmelina Adesso, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere