

N. 00369/2024REG.PROV.COLL.

N. 09076/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9076 del 2021, proposto dalla Volere Volare S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sara Di Cunzolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Aureliana, n. 63,

***contro***

il Gestore dei servizi energetici – GSE S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Fraccastoro e Antonio Pugliese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

***per la riforma***

della sentenza del T.a.r. per il Lazio, Sezione Terza *Ter*, n. 8242 del 12 luglio 2021, resa tra le parti, concernente un provvedimento di decadenza dagli incentivi previsti per gli impianti eolici “on shore”.

Visti il ricorso in appello 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;

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 uditi per le parti gli avvocati Polese, in sostituzione dell'avvocato Di Cunzolo, e Volino, in sostituzione dell'avvocato Fraccastoro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in trattazione, ritualmente notificato il 12 ottobre 2021 e depositato il 27 ottobre 2021, la società Volere Volare S.r.l. (d'ora in avanti "la società") ha impugnato la sentenza n. 8242/2021 con la quale il T.a.r. per il Lazio, Sez. III *ter*, ha respinto il ricorso (presentato con nrg. 11231/2014) avverso il provvedimento emanato dal Gestore per i servizi energetici (d'ora in avanti "GSE") con cui lo stesso GSE ha disposto la decadenza della società stessa dal regime dei benefici incentivanti.

1.1. In fatto, occorre precisare che la società appellante è una società attiva nel mercato delle energie rinnovabili, titolare di cinque impianti di produzione di energia da fonte eolica di potenza pari a 200 KW ciascuno, ottenuti con atto di cessione del 4 ottobre 2012 dal precedente titolare, la società Enerpas s.r.l. In particolare, quest'ultima, nell'agosto del 2012, aveva ottenuto il titolo abilitativo per la costruzione degli impianti nella forma della PAS, e poi, una volta diventata titolare,

l'odierna appellante aveva presentato domanda di iscrizione al registro informatico tenuto dal GSE per l'accesso al regime incentivante.

In data 26 giugno 2013 il Comune di Melfi, preso atto della cessione precedentemente avvenuta, provvedeva a rilasciare alla società le volture relative alla PAS. In data 27 maggio 2014, la stessa società provvedeva a chiedere chiarimenti al GSE in ordine alla necessità delle volture per l'iscrizione nel registro.

In data 11 giugno 2014, il GSE rispondeva alla società emanando un provvedimento di decadenza della società dal regime incentivante poiché sarebbe emerso che la *“Società ha conseguito la titolarità delle autorizzazioni per effetto della voltura rilasciata dal Comune di Melfi il 26 giugno 2013, vale a dire successivamente alle richieste di iscrizione, vista la carenza dei requisiti necessari per le medesime”*.

Infine, in data 23 aprile 2021 la società ha presentato istanza di riesame al GSE in ragione dello *jus superveniens* (art. 57-*quater*, co. 4-*sexies* del d.lgs. n. 50/2017).

1.2. La società ha proposto ricorso davanti al T.a.r. per il Lazio chiedendo l'annullamento del provvedimento di decadenza emanato dal GSE per distinti profili di illegittimità all'uopo evidenziati.

In primo luogo, ad avviso della società, il GSE avrebbe violato alcuni degli obblighi procedurali e, segnatamente, l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento di decadenza e l'obbligo di garantire il contraddittorio. In merito, infatti, la società non avrebbe potuto conoscere il *dies ad quem* dell'iniziativa procedimentale né avrebbe potuto difendere le proprie ragioni prima dell'adozione del provvedimento di decadenza, dimostrando, in particolare, l'illogicità del requisito della voltura del titolo abilitativo necessario ai fini dell'iscrizione nel registro laddove l'impianto sia stato oggetto di procedura autorizzativa semplificata (PAS).

In secondo luogo, trattandosi di un provvedimento di autotutela, il GSE non avrebbe adeguatamente motivato il provvedimento e avrebbe mancato di valutare l'affidamento ingenerato nella società.

Ancora, il provvedimento sarebbe stato viziato, non solo da un punto di vista procedurale ma anche nel merito. Infatti, a detta della società, non sarebbe stato ragionevole richiedere la "previa voltura" nel caso di procedura autorizzativa semplificata. Al contrario, la richiesta della voltura sarebbe giustificata solo laddove si sia in presenza di procedimenti di autorizzazione ordinari. Ne conseguirebbe che la mancata voltura non potrebbe neanche influire sull'accesso al sistema degli incentivi, e dunque, il provvedimento del GSE non sarebbe proporzionato in quanto altera l'equilibrio tra le situazioni coinvolte.

Infine, in una prospettiva generale, le Procedure Applicative elaborate dal GSE che richiedono la presenza della voltura, ad avviso della società, sarebbero illegittime in quanto interpretano l'art. 10 del D.M. 6 luglio 2012 in maniera irragionevole richiedendo un requisito ulteriore.

2. Il Tribunale adito, con sentenza n. 8242/2021, ha rigettato il ricorso proposto dalla società.

2.1. In via preliminare, il giudice di primo grado evidenzia che non osta alla definizione del giudizio l'istanza presentata dalla ricorrente al GSE ai sensi dell'art. 57-*quater*, co. 4-*sexies* del d.lgs. n. 50/2017, convertito dalla legge 21 giugno 2017, n. 96, in quanto, in virtù del principio "*tempus regit actum*" la legittimità del provvedimento amministrativo, anche ai fini di un eventuale interesse risarcitorio, va valutata alla luce del quadro normativo esistente al momento dell'adozione del provvedimento, sicché la legittimità della decadenza va vagliata alla luce della normativa all'epoca vigente.

Ad avviso del T.a.r., in riferimento ai primi motivi di ricorso, va esclusa la natura di autotutela del provvedimento di decadenza dovendosi ritenere che, invece, si tratti di un potere di verifica e controllo volto ad accertare la corrispondenza rispetto a quanto dichiarato dall'interessato nella domanda di ammissione al registro.

Né è possibile accedere ad una diversa interpretazione alla luce della novella all'art. 42 del d.lgs. apportata dall'art. 56 del d.l. dell'art. 42, comma 3, del d.lgs. 28/2011, come modificato dall'art. 56 comma 7 del d.l. 76/2020 ("d.l. semplificazioni"), che subordina la decadenza dagli incentivi alla ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990. *"In primo luogo, in virtù del principio "tempus regit actum" già richiamato in precedenza. In secondo luogo, perché il legislatore con la novella all'art. 42, comma 3, citato, come già questa sezione ha avuto modo di evidenziare, non ha mutato la natura del potere esercitato dal GSE, in sede di verifica e controllo, potere che resta di natura decadenziale, all'esito dell'accertamento della non corrispondenza o non veridicità delle dichiarazioni rese dal privato ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 445 /2000"*.

Con riguardo agli altri motivi di ricorso, il Tribunale ritiene che le Procedure Applicative elaborate dal GSE siano conformi al D.M. 6 luglio 2012. Questo prevede chiaramente ed inequivocabilmente che è legittimato all'iscrizione nel registro il soggetto titolare del titolo autorizzativo o concessorio dell'impianto. Sono, pertanto, legittime, le regole applicative che, in coerenza con il disposto normativo di cui all'art. 10 del DM 2012 prevedono che *"possono richiedere l'iscrizione ai Registri i soggetti responsabili titolari del titolo autorizzativo/abilitativo conseguito per la costruzione e l'esercizio dell'impianto, anche a seguito di voltura"*.

Dunque, risulta non idonea, ai fini della legittimazione all'iscrizione nel registro, la dichiarazione resa dalla ricorrente, *"di essere titolare del pertinente titolo autorizzativo del 26 luglio 2012 per l'intervento di nuova costruzione e per l'esercizio dell'impianto"* dal momento

che dagli atti risulta che le autorizzazioni per la realizzazione degli impianti eolici, sono state trasferite, per effetto del provvedimento del Comune di Melfi del 26 ottobre 2013. In definitiva, ben avrebbe fatto il GSE a emanare il provvedimento di decadenza in quanto la dichiarazione presentata non corrisponde alla realtà.

Infine, ad avviso del T.a.r. anche la doglianza in merito al mancato avviso di avvio del procedimento è priva di pregio in quanto, trattandosi di un provvedimento vincolato, ai sensi dell'art. 21-*octies*, questo sarebbe annullabile solo laddove si dimostri che il provvedimento finale avrebbe potuto essere diverso. Al contrario, nel caso di specie, anche se fosse intervenuto l'avviso di avvio del procedimento, il provvedimento non sarebbe stato diverso.

3. Avverso tale pronuncia la società ha proposto ricorso in appello, notificato il 12 ottobre 2021 e depositato il 27 ottobre 2021, articolato in quattro motivi.

3.1. Con il primo motivo di appello, la società censura la pronuncia di primo grado laddove ha ritenuto non applicabile l'art. 57-*quater* comma 4-*sexies* del D.lgs. n. 50/2017. Al contrario, ad avviso dell'appellante, la disposizione in parola si applicherebbe al caso di specie essendo volta a introdurre misure per riottenere gli incentivi per le Società che sono già iscritte nel registro, ma alle quali sia stato negato l'accesso per contestazioni del tipo in esame.

3.2. Con il secondo motivo di ricorso, parte appellante lamenta l'erroneità della pronuncia di primo grado in quanto avrebbe erroneamente sostenuto la natura vincolata e doverosa del provvedimento di decadenza. Invero, a detta della società, sarebbe noto che il decreto semplificazioni (decreto-legge n. 120 del 2020) – convertito in L. 120/2020 – ha espressamente previsto che, ai fini della decadenza dagli incentivi, occorre accertare, oltre alle “*violazioni rilevanti*”, anche la ricorrenza dei presupposti dell'art. 21-*nonies* della L. 241/1990. Più nello specifico, l'art. 56,

commi 7 e 8 del medesimo decreto, in caso di procedimenti giurisdizionali pendenti aventi ad oggetto provvedimenti del GSE di decadenza degli incentivi, prevede espressamente la facoltà dell'interessato di richiedere il riesame del provvedimento di decadenza dagli incentivi attraverso l'attivazione di un procedimento di secondo grado. Inoltre, sarebbe imposto al GSE di valutare, ai fini dell'adozione del provvedimento di decadenza dagli incentivi, i presupposti richiesti dall'art. 21-*nonies* della legge 241/1990. Pertanto, sarebbe evidente che l'intento del legislatore è quello di preservare gli incentivi precedentemente erogati dal Gestore, richiedendo i presupposti e le guarentigie previste dall'istituto dell'autotutela. A ciò si aggiungerebbe la natura pubblicistica del GSE e dunque la necessità che lo stesso rispetti le regole di cui alla L. 241/1990. A questo proposito, sarebbe particolarmente rilevante il dato temporale: la domanda di iscrizione nel registro per gli impianti eolici è stata presentata in data 26 ottobre 2012 mentre il provvedimento di decadenza è pervenuto solamente nel giugno 2014, dunque dopo un considerevole lasso temporale.

3.3. Con la terza doglianza formulata dalla società, la stessa ha censurato la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'adozione del provvedimento di decadenza. A questo proposito, sarebbe del tutto priva di fondamento l'asserita mancanza del titolo autorizzatorio al momento della richiesta di iscrizione nel registro. Infatti, come è stato ampiamente illustrato nel corso del giudizio di primo grado, l'odierna Società ha acquisito la PAS dalla Enerpas S.r.l. con scrittura privata autenticata del 4 ottobre 2012, data precedente alla presentazione delle domande di iscrizione al registro, che sono avvenute tra il 26 ed il 31 ottobre 2012. Non varrebbe, al contrario, sostenere che il titolo non fosse idoneo vista la mancanza della voltura, infatti, gli effetti del trasferimento non possono farsi

dipendere dal mero atto di voltura del Comune. Tantomeno questo servirebbe per il perfezionamento della PAS, che, infatti, nasce con una procedura semplificata in cui il privato dichiara di voler iniziare un'attività e si perfeziona quando, entro il termine di 30 giorni, la p.a. non risponde. D'altra parte, l'art. 10 del D.M. 6 luglio 2012 prevede espressamente che basta il possesso del titolo autorizzativo.

3.4. Con la quarta censura, la società lamenta l'errore in cui sarebbe incorso il T.a.r. nell'applicare, al caso di specie l'art. 21 *octies* l. n. 241/90. Infatti, a detta di parte appellante, la disciplina sui vizi non invalidanti non potrebbe trovare applicazione ai provvedimenti cui si applicano i principi di cui all'art. 21 *nonies* della medesima legge. Al contrario, la comunicazione di avvio del procedimento avrebbe dovuto consentire al privato di partecipare attivamente al procedimento al fine di garantire il principio del contraddittorio.

4. Con memoria depositata in data 2 novembre 2021, si è costituito il GSE, chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza gravata.

4.1. Con successiva memoria, depositata in data 3 novembre 2023, ha rappresentato le proprie considerazioni *ad infringendum*. Ad avviso del GSE, la prima doglianza sarebbe infondata in quanto la società non possiederebbe i requisiti richiesti per l'accesso agli incentivi previsti per gli impianti eolici. Altresì infondato sarebbe il secondo motivo di ricorso dal momento che, contrariamente a quanto sostenuto dalla società, il potere di decadenza in capo al GSE non sarebbe esplicazione del potere di autotutela. Invece, si tratterebbe di un'attività doverosa e vincolata. Dunque, alcun limite temporale sarebbe stato violato da parte dell'amministrazione precedente. Anche la terza censura non avrebbe pregio in quanto sarebbe indubbio che la normativa di settore stabilisca quale presupposto imprescindibile la titolarità dell'autorizzazione e, la società, al momento della domanda sarebbe stata priva dei

requisiti legittimanti. Infine, non sarebbe fondato neanche l'ultimo motivo di gravame, riguardante l'applicabilità dell'art. 21 *octies*, visto il mancato avviso di inizio del procedimento. In particolare, ad avviso del GSE, il provvedimento, come asseritamente dimostrato, non avrebbe potuto avere contenuto differente. Peraltro, un'eventuale comunicazione di avvio del procedimento, non solo, come già anticipato, non avrebbe potuto produrre alcuna nuova e/o ulteriore tutela in termini di garanzia partecipativa in capo all'odierna appellante ma, addirittura, avrebbe determinato un inutile aggravio procedimentale, posto che, come detto, l'esito sarebbe stato, comunque, il medesimo, ovverosia la decadenza dagli incentivi.

5. In data 15 novembre 2023, la società ha depositato memoria di replica ribadendo quanto già sostenuto dell'atto introduttivo.

6. All'udienza telematica del 6 dicembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione. Nel corso della discussione orale parte appellante ha rimarcato che la Pas non richiede la voltura ai fini del trasferimento mentre controparte afferma il contrario evidenziando altresì che non sarebbe applicabile l'art. 21 *nonies* l.n. 241/90.

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

7.1. Come esposto in narrativa, il GSE ha dichiarato la decadenza dei benefici in quanto ha ritenuto che, al momento della richiesta di iscrizione nel registro informatico da parte della società, quest'ultima non risultava in possesso delle autorizzazioni necessarie. In particolare, ad avviso del GSE al momento della suddetta richiesta la società non era ancora in possesso della voltura del titolo abilitativo, siccome rilasciata solo successivamente dal Comune di Melfi.

7.2. Orbene, le deduzioni di parte appellante sono meritevoli di condivisione.

Occorre precisare in punto di fatto che il Comune di Melfi prendeva atto della cessione degli Impianti, rilasciando alla Società le volture delle relative PAS, in data

26 giugno 2013, tuttavia la cessione era intervenuta già da tempo mediante la scrittura privata autenticata del 4 ottobre 2012. Per vero dagli atti di causa risulta che le istanze di voltura risalgono al 20 giugno 2013 di guisa che l'intervento del Comune risultava effettuato a stretto giro.

A fronte di tali obiettive circostanze fattuali parte appellata articola una serie di considerazioni che sono imperniate sulla constatazione che l'art. 57-*quater* comma 4-*sexies* del D.lgs. n. 50/2017 non è suscettibile di applicazione retroattiva ed il provvedimento di decadenza non ha il carattere proprio dell'autotutela cosicché non rileva il decorso del tempo dalla ammissione agli incentivi; soggiunge che non era sufficiente acquisire la PAS dalla Enerpas S.r.l. con scrittura privata autenticata del 4 ottobre 2012, in quanto trattasi di un atto interno al quale ha fatto seguito la formalizzazione all'esterno, ovverosia con l'amministrazione comunale, soltanto il 26 giugno 2013.

7.3. Ritiene il Collegio che siano gli stessi elementi fattuali a denotare la fondatezza del gravame dovendosi rilevare che l'odierna appellante acquisiva la PAS dalla Enerpas S.r.l. con scrittura privata autenticata del 4 ottobre 2012. Tale circostanza fattuale denota un disallineamento tra autorizzazione ed intestazione soggettiva non solo formale, ma anche sostanziale a prescindere dal successivo provvedimento comunale che consacra la voltura del titolo. Non si può quindi reputare insussistente il titolo sol perché l'atto di voltura, con il quale il Comune si è limitato a dichiarare il già perfezionato trasferimento, è pervenuto in data successiva alla iscrizione al registro.

Il Collegio non ignora l'orientamento espresso con la pronuncia del Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2019, n. 2526, circa la necessità che la PAS riguardi il soggetto alla quale

è intestato fino alla voltura. La disciplina in materia prevede infatti la voltura per tutti i titoli ivi compresa la PAS.

Ritiene tuttavia di seguire un preciso indirizzo interpretativo che si ricava con particolare nitidezza dal recente intervento della Corte delle Leggi ed in particolare espresso 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 all'intervenuta voltura della PAS in data utile sebbene sia stata formalizzata soltanto successivamente a mezzo dell'intervento della competente amministrazione comunale. Il Collegio ritiene peraltro di concordare con quanto evidenziato da parte appellante in ordine al fatto che la PAS è un atto di natura soggettivamente ed oggettivamente privata, come già affermato da questo Consiglio col precedente citato in memoria (Sez. IV, 4 gennaio 2023, n. 130) con la conseguenza che acquista efficacia senza la necessità di un'autorizzazione *ad hoc*.

8. In conclusione, assorbita ogni altra deduzione, l'appello è fondato e deve essere accolto di talché, in riforma dell'impugnata sentenza, il ricorso di primo grado deve essere accolto e il provvedimento impugnato annullato.

9. Sussistono giusti motivi, stante l'assoluta peculiarità della vicenda, per disporre la compensazione delle 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. 9076/2021), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado. Spese del doppio grado di giudizio 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

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Sabato**

**IL PRESIDENTE**  
**Raffaello Sestini**

IL SEGRETARIO