



Studio Legale Associato Mescia

Via Napoli, 121 – 71122 Foggia (FG) - Tel.: (0881) 712888/9 Fax: (0881) 718308

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER IL LAZIO

- ROMA -

Motivi aggiunti al

ricorso n. 10915/2016 Reg. Ric.

Sezione Terza Ter

per la società **NCD Divisione Eolica S.r.l.**, con sede legale in Castelnuovo della Daunia (FG) Contrada Ariella s.c. - P. IVA 02315850715 -, in persona dell'Amministratore Unico, Sig.ra De Cristofaro Rosina, legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa, congiuntamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti Giuseppe Mescia (C.F. MSC GPP 70M05 D643M - fax: 0881-718308- Pec: giuseppemescia@arubapec.it) e Giacomo Mescia (C.F. MSC GMP 67H30 D643W - fax: 0881-718308- Pec: giacomomescia@arubapec.it), giusta procura a margine dell'originale del presente atto ed elettivamente domiciliata in Roma, presso lo Studio legale del prof. avv. Franco Gaetano Scoca, alla Via Paesiello n. 55;

contro

- il **Ministero dello Sviluppo Economico**, in persona del Ministro *pro-tempore*, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura generale dello Stato in Roma, Via dei Portoghesi n. 12 - cap. 00186;
- **Gestore Servizi Energetici GSE s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti prof. Giulio Napolitano, Giorgio Vercillo e Antonio Pugliese, elettivamente

domiciliato presso lo studio dell'avv. Giorgio Vercillo, in Roma, Piazza di Spagna, n. 15;

e nei confronti

- del **Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare**, in persona del Ministro *pro-tempore*, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura generale dello Stato in Roma, Via dei Portoghesi n. 12 - cap. 00186;

- del **Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali**, in persona del Ministro *pro-tempore*, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura generale dello Stato in Roma, Via dei Portoghesi n. 12 - cap. 00186;

nonché nei confronti

- della **Energy System Services s.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, con sede in Milano, Via Vincenzo Monti n. 52 - cap 20123 -;

- della **O.T.T. – Oceanic Transport Trailers s.p.a. (O.T.T. s.p.a.)**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, con sede in Novi Ligure (AL), via del Turchino, n. 43 - cap 15067 -;

per l'annullamento,

nella parte di interesse della ricorrente,

- della *“Graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell’art. 9 del D.M. 23 giugno 2016 in posizione tale da non rientrare nel contingente di potenza previsto per impianti eolici on shore secondo quanto indicato nel Bando del 20 agosto 2016”* - Tabella C - non ammessi -, stilata in data 25 novembre 2016 e pubblicata in pari data sul sito internet del Gestore Servizi Energetici GSE s.p.a. (all. 10);

- della nota del Gestore Servizi Energetici GSE s.p.a., pubblicata in data 25 novembre 2016, nella parte in cui prevede che *“il GSE ricorda che anche gli impianti in posizione utile a seguito di scorrimento potranno accedere agli incentivi a condizione che i lavori di costruzione risultino avviati dopo l’inserimento in posizione utile in graduatoria”* (all. 11);

- di ogni altra disposizione del GSE attuativa del decreto ministeriale del 23 giugno 2016 - impugnato con il ricorso introduttivo del presente giudizio - che possa essere interpretata nel senso di escludere, dall'accesso ai previsti incentivi, gli impianti FER i cui lavori di installazione siano stati avviati precedentemente all'inserimento in posizione utile nelle relative graduatorie;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, anche se non conosciuto;

nonché, per l'accertamento

del diritto della ricorrente

- a presentare la domanda di iscrizione al registro di cui al d.m. 23 giugno 2016;
- e, conseguentemente, all'iscrizione nella "*Graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell'art. 9 del D.M. 23 giugno 2016 in posizione tale da non rientrare nel contingente di potenza previsto per impianti eolici on shore secondo quanto indicato nel Bando del 20 agosto 2016*" - Tabella C - non ammessi -.

Situazione di fatto

I. L'istanza di autorizzazione unica ai sensi dell'art. 12 D.Lgs n. 387/2003 e l'esclusione del progettato impianto eolico dalla procedura di v.i.a..

Con istanza del 27 marzo 2009, la NCD Divisione Eolica S.r.l. (d'ora in poi NCD) chiedeva alla Regione Puglia - Settore Industria, il rilascio dell'autorizzazione unica *ex art. 12 del D.Lgs. n. 387/03* per l'ampliamento - mediante l'installazione di ulteriori nuovi aerogeneratori - di un proprio parco eolico in esercizio sin dal 9 novembre 1999 nel Comune di Castelnuovo della Daunia; all'uopo, veniva allegata tutta la documentazione necessaria, tra cui anche la determinazione di *screening* del Settore Ecologia della

Regione Puglia n. 214 del 24 aprile 2006 (all. 1), a mezzo della quale sei delle nove pale di cui al proposto progetto di ampliamento venivano escluse dalla procedura di v.i.a.¹.

Considerato che la ricorrente non aveva dato inizio ai lavori a causa della perdurante pendenza del procedimento autorizzatorio, tale determinazione di *screening* veniva prorogata con determinazione del Servizio Ecologia della Regione Puglia n. 264 del 14 maggio 2009 (all. 2); inoltre, con determinazione n. 1717 del 27 luglio 2013 (all. 3), il Responsabile del Settore Ambiente della Provincia di Foggia rinnovava il parere favorevole sulla verifica di assoggettabilità a v.i.a., con le medesime prescrizioni indicate nella predetta D.D. n. 214 del 24 aprile 2006.

II. Il rilascio dell'autorizzazione unica da parte del Commissario *ad acta*.

Il procedimento diretto al rilascio dell'a.u. risultava particolarmente farraginoso ed estenuante, tanto da richiedere il ripetuto intervento del Giudice amministrativo - in primo grado ed in appello - per il superamento, in un primo momento, dei reiterati ostacoli frapposti dal limitrofo Comune di Pietramontecorvino e, successivamente, per l'annullamento dei provvedimenti di diniego della presupposta autorizzazione paesaggistica da parte del Servizio Assetto del Territorio della Regione Puglia.

Solo a distanza di oltre cinque anni dalla presentazione dell'istanza di a.u., il Commissario *ad acta*², in data 16 settembre 2014, accordava alla NCD l'autorizzazione

¹ In particolare, venivano escluse dalla procedura di v.i.a. le pale n. 7, 8, 10, 13, 14 e 15. Facevano eccezione le pale 9, 11 e 12.

² Nominato con ordinanza del TAR Puglia n. 108 del 17 gennaio 2014 in sede di ricorso avverso il silenzio inadempimento regionale. Tale ordinanza veniva così motivata: "*Considerate le vicende, anche giurisdizionali, successive alla sentenza di cui si chiede l'esecuzione, che hanno determinato la riattivazione del sotteso procedimento di valutazione dell'istanza per cui è causa, con superamento di ogni eventuale diversa determinazione;*

*Ritenuto che esigenze di carattere sostanziale legate alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa, in questo caso incidenti su **ingenti investimenti economici**, impongono che alla società ricorrente siano finalmente fornite risposte definitive in ordine all'istanza stessa, risalente all'anno 2009, secondo quanto statuito nella sentenza in epigrafe;*

Ritenuto pertanto che, essendo il procedimento in questione sostanzialmente ancora pendente e pur avendo questo conosciuto fasi alterne, l'interesse della società ricorrente ad ottenere l'adempimento dell'obbligo di conclusione dello stesso con una determinazione espressa è -allo stato- ancora sussistente, anche considerato il carattere per così dire "neutro" della relativa statuizione giudiziale;

unica per l'ampliamento dell'impianto eolico esistente, mediante l'installazione di 3 nuovi aerogeneratori - della potenza di 2,55 Mw - da ubicare nel Comune di Castelnuovo della Daunia, località Apicella³ (all. 4).

In particolare, il provvedimento adottato dal Commissario *ad acta*, in perfetta conformità alla normativa nazionale e regionale in materia, prescriveva, all'art. 8, che: ***“Il termine di inizio dei lavori è di mesi sei dal rilascio dell’Autorizzazione; quello per il completamento dell’impianto è di mesi trenta dall’inizio dei lavori ...***

I seguenti casi possono determinare la revoca dell’Autorizzazione Unica ... :

- mancato rispetto del termine di inizio lavori;

- mancato rispetto del termine di realizzazione dell'impianto, fatti salvi i casi di cui all'art. 5, comma 21 della Legge Regionale n. 25 del 25/09/2012 ...”.

III. La comunicazione di avvio dei lavori.

Stante il termine decadenziale prescritto dall'art. 8 per l'inizio dei lavori - fissato in sei mesi dal rilascio dell'autorizzazione - e non sussistendo *“casi di forza maggiore”* per formulare un'istanza di proroga del suddetto termine, la ricorrente, in data 9 marzo 2015, doverosamente comunicava, al Servizio Energia della Regione Puglia e agli Enti coinvolti nel procedimento, che i lavori relativi alla realizzazione dell'impianto eolico *de quo* sarebbero stati avviati in data 17 marzo 2015, così da evitare di incorrere nella decadenza dell'a.u. (all. 5).

IV. Il nuovo decreto del Ministero dello Sviluppo Economico disciplinante l'incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili.

I lavori di costruzione dell'autorizzato impianto eolico venivano avviati anche in ragione del legittimo affidamento ingenerato nella ricorrente dalla consolidata prassi ministeriale secondo la quale la realizzazione degli impianti FER, prima del loro inserimento in

Ritenuto pertanto di accogliere l'istanza diretta ad ottenere la nomina di commissario ad acta”.

³ Il titolo abilitativo, acquisito al protocollo regionale n. 5034 del 16 settembre 2014, veniva pubblicato sul B.U.R.P. n. 134 del 25 settembre 2014.

posizione utile nelle periodiche graduatorie per l'accesso ai programmati meccanismi incentivanti, costituiva criterio di priorità di accesso ai predetti incentivi.

Pertanto, una volta ottenuto il tanto agognato titolo abilitativo, la ricorrente, nel prescritto termine decadenziale dell'a.u., doverosamente avviava i lavori e restava in fiduciosa attesa della pubblicazione del decreto ministeriale e degli atti conseguenti del GSE, così da poter finalmente accedere agli incentivi previsti per l'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili e, quindi, realizzare con profitto l'autorizzato impianto eolico.

Senonché, in aperto contrasto con la predetta consolidata prassi, il Ministero dello Sviluppo Economico, esclusivamente in ordine agli impianti da iscrivere a registro *ex art.* 9⁴, con il gravato d.m. del 23 giugno 2016 (all. 6), ha ridisciplinato l'accesso a tali incentivi in modo tale da precludere alla ricorrente di usufruire degli stessi, unicamente in ragione della circostanza che quest'ultima avesse già avviato i lavori per la realizzazione dell'autorizzato impianto.

Invero, alla data di pubblicazione dell'impugnato decreto, i lavori di costruzione dell'autorizzato impianto risultavano ormai sostanzialmente terminati, essendo stati già installati i tre nuovi aerogeneratori ed integralmente realizzate le complementari opere edilizie ed elettriche.

V. Il ricorso proposto avverso il d.m. 23 giugno 2016 e gli atti conseguenti.

Il d.m. 23 giugno 2016 e gli atti conseguenziali adottati dal GSE sono stati impugnati da NCD Divisione Eolica s.r.l. a mezzo del ricorso introduttivo del presente giudizio, con contestuale richiesta di misure cautelari.

Nella camera di consiglio del 25 ottobre 2016, codesta Ecc.ma Sezione ha fissato la trattazione del merito del ricorso per l'udienza pubblica del 15 marzo 2017, previa rinuncia, da parte della ricorrente, alla formulata istanza cautelare.

⁴ Diversamente, il medesimo d.m. 23 giugno 2016 non preclude affatto agli impianti eolici di grossa taglia di partecipare all'asta pubblica per l'accesso agli incentivi statali nel caso in cui i lavori di costruzione dell'impianto siano stati già avviati o, addirittura, terminati.

VI. La pubblicazione delle graduatorie degli impianti iscritti a Registro ai sensi dell'art. 9 d.m. 23 giugno 2016.

In data 25 novembre 2016, il GSE ha pubblicato sul proprio sito internet la “*Graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell’art. 9 del D.M. 23 giugno 2016 in posizione tale da rientrare nel contingente di potenza previsto per impianti eolici on shore secondo quanto indicato nel Bando del 20 agosto 2016*” - Tabella A - Ammessi – (all. 12), nonché la “*Graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell’art. 9 del D.M. 23 giugno 2016 in posizione tale da non rientrare nel contingente di potenza previsto per impianti eolici on shore secondo quanto indicato nel Bando del 20 agosto 2016*” - Tabella C - non ammessi – (all. 10).

A tali graduatorie la NCD non ha potuto accedere, avendo già integralmente realizzato l’impianto alla data del 28 settembre 2016⁵. Invero, la ricorrente non ha potuto nemmeno presentare la domanda di iscrizione ai registri di cui all’art. 9 del d.m. impugnato; ed infatti, ai fini dell’iscrizione al suddetto registro, il GSE ha predisposto una modulistica esclusivamente telematica nella quale l’istante avrebbe dovuto necessariamente dichiarare, sotto la propria responsabilità, di non aver dato avvio ai lavori: in mancanza di tale dichiarazione non era neppure possibile l’invio telematico dell’istanza.

Del resto, tale indefettibile dichiarazione telematica non poteva essere resa dalla ricorrente, poiché sarebbe altrimenti incorsa in sanzioni, anche di natura penale.

Invero, ove fosse stato consentito alla ricorrente di presentare la domanda di iscrizione al Registro, NCD, in ragione della data di rilascio del titolo abilitativo, avrebbe sicuramente avuto accesso alla “*Tabella C - Non Ammessi*”, collocandosi, in applicazione dei rigidi criteri stabiliti dall’art. 10 d.m. gravato, al numero di posizione 43 o, in

⁵ Così come attestato dalla comunicazione di fine lavori (all. 9.7).

subordine, al n. 147⁶.

Di conseguenza, NCD avrebbe potuto accedere ai richiesti incentivi statali a seguito dello scorrimento di tale graduatoria, così come previsto dallo stesso d.m. 23 giugno 2016; ed infatti, nella nota del GSE del 25 novembre 2016 si prevede che: *“Secondo quanto previsto dagli artt. 10, 11 e 17 del Decreto, le graduatorie saranno soggette a scorrimento a seguito delle rinunce presentate entro il 25/05/2017”*.

In ogni caso, NCD, collocandosi al numero di posizione 43 o, in subordine, al n. 147 della suddetta graduatoria, avrebbe avuto, comunque, la possibilità di accedere ai futuri incentivi statali, così come previsto anche dal d.m. impugnato in questa sede, il quale ha dato priorità di accesso agli incentivi proprio agli *“impianti idonei iscritti in posizione non utile nei registri aperti ai sensi del decreto ministeriale 6 luglio 2012 ...”*. Dunque, l'impossibilità di partecipare alla pubblica selezione di cui al citato d.m. 23 giugno 2016, preclude alla NCD anche la possibilità di veder riconosciuta una priorità di accesso ai futuri incentivi statali.

VII. L'ingiusto pregiudizio subito da NCD in caso di mancato accesso agli incentivi statali.

Infine, ma non da ultimo, appare opportuno rimarcare il danno che la ricorrente subirebbe ove non potesse beneficiare di alcun incentivo statale, sia attuale che futuro.

Si consideri, infatti, che per la realizzazione dell'impianto in questione, la ricorrente ha finora sostenuto costi per un totale imponibile di €. 3.232.303,13.

⁶ La ricorrente, infatti, avrebbe richiesto una tariffa pari al 90% di quella di cui all'allegato 1 al D.M. 23 giugno 2016 e, avendo ottenuto il titolo autorizzativo in data 16 settembre 2014, si sarebbe collocata al n. di posizione 43, al posto della Energy System Service srl.

Invero, pur considerando l'ipotesi in cui la ricorrente non avesse richiesto una tariffa pari al 90% di quella di cui all'allegato 1 al D.M. 23 giugno 2016, in base alla data di ottenimento della a.u. si sarebbe comunque collocata al n. di posizione 147.

Inoltre, la realizzazione e la messa in esercizio dell'impianto in assenza degli incentivi stanziati comporterebbe gravi perdite per la ricorrente, che ammontano ad oltre €. 190.000,00 per ciascuno dei programmati 20 anni di esercizio dell'impianto.

Dunque, non solo verrebbe meno la remunerabilità del realizzato impianto eolico, ma anche irrimediabilmente compromessa la stabilità economico-finanziaria della società ricorrente, la quale, in ragione delle perdite dovute alla realizzazione dell'impianto in assenza di incentivi per tutta la durata del suo esercizio, si vedrebbe esposta ad un inevitabile *default*.

Il tutto, come chiaramente attestato nella relazione tecnico-finanziaria del 29 settembre 2016, oltre che evincibile dall'allegata documentazione, a cui integralmente si rinvia (all. 9).

Il pregiudizio, poi, è indubbiamente ingiusto, tenuto conto che la ricorrente ha atteso oltre cinque anni per ottenere il titolo abilitativo ed è stata costretta ad affrontare estenuanti giudizi innanzi al Giudice amministrativo, sfociati da ultimo con la nomina del Commissario ad acta, che ha provveduto finalmente a concludere positivamente il procedimento. Invero, ove il procedimento di a.u. si fosse concluso entro il termine di 180 giorni prescritto dall'art. 12 D.Lgs. 387/2003, l'impianto in questione avrebbe indubbiamente avuto accesso ai previgenti meccanismi incentivanti di cui al richiamato D.M. 18 dicembre 2008 o, comunque, al D.M. 6 luglio 2012.

L'ingiustizia dei provvedimenti gravati appare ancora più evidente ove si consideri che essi si pongono in netto contrasto con la consolidata prassi ministeriale in materia, la quale ha addirittura indicato l'entrata in esercizio dell'impianto come criterio di priorità per accedere agli incentivi (D.M. 6 luglio 2012). Adesso, invece, il semplice avvio dei lavori costituisce un inspiegabile impedimento all'accesso ai medesimi incentivi.

Sotto tale profilo, si rileva l'ingiustificata ed ingiustificabile disparità di trattamento, non solo con riferimento agli impianti menzionati nell'art. 4, comma 6, del d.m. impugnato⁷, ma, altresì, con riferimento agli impianti eolici di grossa taglia, i quali hanno potuto accedere agli incentivi previsti dal gravato d.m. anche nel caso in cui i relativi lavori fossero stati iniziati prima del loro inserimento in posizione utile in graduatoria. Non v'è, dunque, chi non scorga la palese ingiustizia di tutti i provvedimenti gravati in questa sede.

* * *

A mezzo del presente ricorso per motivi aggiunti, la NCD Divisione Eolica srl rileva l'illegittimità degli ulteriori provvedimenti adottati dal GSE in attuazione del già gravato D.M. del 23 giugno 2016.

Di tali provvedimenti, dunque, si chiede l'annullamento per i seguenti motivi di

DIRITTO

L'illegittimità dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo del presente giudizio - e, principalmente, del d.m. 23 giugno 2016 - si riverbera irrimediabilmente ed automaticamente anche sugli atti gravati a mezzo dei presenti motivi aggiunti: pertanto, i provvedimenti sopravvenuti non possono non andare incontro ad una declaratoria di annullamento per illegittimità derivata.

Appare dunque necessario riproporre integralmente, in questa sede, i motivi di gravame contenuti nell'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 27 settembre 2016.

° _ ° _ °

<<Il gravato decreto ministeriale è illegittimo nella parte in cui prevede, all'art. 4, comma 5, che *“Gli impianti di cui al comma 1 hanno accesso agli incentivi **a condizione che i relativi lavori di costruzione risultino, dalla comunicazione di inizio lavori trasmessa***

⁷ Il quale prevede che: *“Il comma 5 non si applica agli impianti che hanno fatto richiesta di accesso agli incentivi nell'ambito delle procedure di aste e registro svolte ai sensi del decreto ministeriale 6 luglio 2012 nonché agli impianti aventi diritto all'accesso diretto sulla base del medesimo decreto”*.

all'amministrazione competente, avviati dopo l'inserimento in posizione utile nelle graduatorie"⁸.

In pratica, per poter accedere agli incentivi attualmente stanziati per gli impianti FER diversi dal fotovoltaico, l'impugnato d.m. prescrive che i lavori di costruzione debbano necessariamente iniziare dopo l'inserimento dell'istante in posizione utile nelle graduatorie; tale prescrizione, inevitabilmente, impedisce alla ricorrente di poter accedere agli incentivi di cui al medesimo decreto dal momento che la stessa, in conformità alla normativa di settore e a quanto prescritto dalla rilasciata autorizzazione unica, ha doverosamente avviato i lavori per la realizzazione dell'impianto eolico in questione sin dal 17 marzo 2015.

Tale prescrizione del gravato decreto ministeriale è illegittima per le seguenti dirimenti ragioni.

- I. -

- Violazione e falsa applicazione della Dir. n. 2009/28/CE, recepita con D.Lgs. 3 marzo 2011, n. 28. - Illegittimità.

- Violazione e falsa applicazione della Comunicazione n. 2014/C 200/01, recante la "Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020" - Illegittimità.

⁸ A pagina 40 delle gravate procedure applicative del GSE si prevede, in conformità all'art. 4, commi 5 e 6 del d.m. 23 giugno 2016, che: *"Con esclusione degli impianti iscritti ai Registri o che hanno partecipato alle Procedure d'Asta del D.M. 6 luglio 2012, nonché degli impianti aventi diritto all'Accesso Diretto sulla base del medesimo decreto, non possono accedere agli incentivi gli interventi i cui lavori risultino avviati in data antecedente a quella di inserimento in posizione utile nelle graduatorie.*

Conseguentemente gli interventi per i quali siano stati iniziati i lavori che non abbiano presentato richiesta di iscrizione ai Registri aperti ai sensi del D.M. 6 luglio 2012 o che non rispettino i requisiti previsti per l'Accesso Diretto ai sensi del medesimo decreto non possono essere iscritti ai relativi Registri" (all. 7).

A pag. 47-48 delle gravate procedure applicative del GSE, l'inizio dei lavori in data antecedente a quella di ammissione in graduatoria viene indicata come una causa di decadenza dall'iscrizione al Registro: *"Ai sensi dell'articolo 4, commi 5 e 6 del Decreto, con la sola esclusione degli impianti iscritti ai Registri o che hanno partecipato alle Procedure d'Asta del D.M. 6 luglio 2012 e degli impianti che rispettano i requisiti per l'Accesso Diretto previsti dal medesimo decreto, l'avvio dei lavori di costruzione del nuovo impianto o per l'intervento di integrale ricostruzione, riattivazione o potenziamento, in data antecedente a quella di ammissione in posizione utile nella rispettiva graduatoria, determina la decadenza dalla graduatoria stessa ..."* (all. 7).

- **Violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 42 e 117 Cost. - Illegittimità.**
- **Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del D.Lgs. 29 dicembre 2003 n. 387 e dell'art. 23 D.Lgs. 3 marzo 2011, n. 28. - Illegittimità.**
- **Violazione dei principi di legalità e tipicità dei provvedimenti amministrativi - Illegittimità.**
- **Violazione dei principi di liberalizzazione e massima diffusione dell'attività di produzione di energia da fonte rinnovabile - Illegittimità.**

Il decreto ministeriale e gli atti conseguenti impugnati in questa sede si pongono, innanzitutto, in stridente ed insanabile contrasto con i principi comunitari e nazionali in materia di realizzazione e incentivazione degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili, di seguito richiamati: principi a cui devono necessariamente uniformarsi tutte le Amministrazioni nell'esercizio delle proprie prerogative, pena l'illegittimità dei relativi provvedimenti.

I.I. Com'è noto, il processo di liberalizzazione del mercato interno dell'energia elettrica è stato avviato, a livello comunitario, con la **Direttiva n. 1996/92/CE**, recepita nel nostro ordinamento dal D.Lgs. del 16 marzo 1999 n. 79, il cui art. 1, primo comma, statuisce che: *“Le attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica sono libere nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico contenuti nelle disposizioni del presente decreto”*.

Nell'ambito della generale liberalizzazione dell'attività di produzione di energia elettrica, si colloca anche la liberalizzazione - persino più marcata e con evidente scopo incentivante - della produzione di energia mediante fonti rinnovabili. In particolare, disponeva l'art. 6⁹ della **Direttiva 2001/77/CE**¹⁰ che *“gli Stati membri e gli organismi*

⁹ Precisamente, disponeva il richiamato art. 6 che: *“1. Gli Stati membri o gli organismi competenti designati dagli Stati membri valutano l'attuale quadro legislativo e regolamentare esistente delle procedure di autorizzazione o delle altre procedure di cui all'articolo 4 della direttiva 96/92/CE applicabili agli impianti per la produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili allo scopo di: - ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili; - razionalizzare e accelerare le procedure all'opportuno livello*

competenti designati dagli Stati membri valutano l'attuale quadro legislativo e regolamentare esistente delle procedure di autorizzazione allo scopo di - **ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili**; - **razionalizzare e accelerare le procedure all'opportuno livello amministrativo**; - **garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie**”.

Il recepimento italiano della richiamata direttiva n. 2001/77/CE è avvenuto con il **D.Lgs. 29 dicembre 2003 n. 387**¹¹.

Da ultimo, la disciplina comunitaria in materia di impianti di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile è stata profondamente innovata dalla **Dir. n. 2009/28/CE**¹², recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE.

La nuova disciplina comunitaria non solo ribadisce che la procedura per il rilascio dell'autorizzazione alla costruzione e l'esercizio degli impianti in questione deve essere **“obiettiva, trasparente, non discriminatoria e proporzionata”** ma, altresì, che occorre **“evitare oneri inutili”**¹³: il tutto, nella piena consapevolezza che **“l'assenza di norme**

amministrativo; - **garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie e tengano pienamente conto delle particolarità delle varie tecnologie per le fonti energetiche rinnovabili.**

2. Gli Stati membri pubblicano entro il 27 ottobre 2003 una relazione sulla valutazione di cui al paragrafo 1, indicando, se del caso, le azioni intraprese. Tale relazione fornisce, qualora sia pertinente nel contesto legislativo nazionale, un quadro dello svolgimento, in particolare per quanto riguarda: - **il coordinamento fra i diversi organi amministrativi in materia di scadenze, ricezione e trattamento delle domande di autorizzazione**; - l'eventuale definizione di linee guida per le attività di cui al paragrafo 1 e la fattibilità dell'instaurazione di una **procedura di programmazione rapida per i produttori di elettricità che utilizzano fonti energetiche rinnovabili**; - la designazione di autorità con funzioni di mediazione nelle controversie fra le autorità responsabili del rilascio delle autorizzazioni e i richiedenti ...”.

¹⁰ Abrogata a partire dal 1 gennaio 2012 per effetto della nuova Dir. n. 2009/28/CE.

¹¹ Come modificato dalla L. n. 244/2007.

¹² “Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE”.

¹³ Più precisamente, al “Considerando” n. 40 si evidenzia che: **“La procedura utilizzata dall'amministrazione incaricata di supervisionare l'autorizzazione, la certificazione e la concessione di licenze per impianti di produzione di energie rinnovabili dovrebbe essere obiettiva, trasparente,**

*trasparenti e di coordinamento tra i diversi organismi incaricati del rilascio delle autorizzazioni ostacola lo sviluppo dell'energia da fonti rinnovabili*¹⁴.

Al fine di conseguire i predetti obiettivi, l'art. 13¹⁵ della Dir. n. 2009/28/CE obbliga i singoli Stati membri ad adottare procedure amministrative “*semplificate e accelerate*”,

non discriminatoria e proporzionata nell'applicazione a progetti specifici. In particolare, è opportuno evitare oneri inutili che potrebbero insorgere dall'inclusione dei progetti in materia di energie da fonti rinnovabili tra gli impianti che comportano elevati rischi sanitari”.

¹⁴ In particolare, al “Considerando” n. 41 si evidenzia: “È stato dimostrato che l'assenza di norme trasparenti e di coordinamento tra i diversi organismi incaricati del rilascio delle autorizzazioni ostacola lo sviluppo dell'energia da fonti rinnovabili. Di conseguenza, le autorità nazionali, regionali o locali devono tenere conto della struttura specifica del settore dell'energia da fonti rinnovabili quando modificano le loro procedure amministrative di rilascio dei permessi per la costruzione e la gestione di impianti e delle connesse infrastrutture della rete di trasmissione e distribuzione per la produzione di elettricità, riscaldamento e raffreddamento o di carburanti per autotrazione da fonti energetiche rinnovabili. Le procedure amministrative di approvazione degli impianti che utilizzano energia da fonti rinnovabili dovrebbero essere semplificate con calendari trasparenti. Occorre adeguare le norme di pianificazione e gli orientamenti per tenere conto delle apparecchiature di produzione di calore, di freddo e di elettricità da fonti rinnovabili efficienti sotto il profilo dei costi e non dannose per l'ambiente”.

¹⁵ In particolare, l'art. 13 della Dir. n. 2009/28/CE – significativamente intitolato “*Procedure amministrative, regolamentazioni e codici*” dispone:

1. *Gli Stati membri assicurano che le norme nazionali in materia di procedure di autorizzazione, certificazione e concessione di licenze applicabili agli impianti e alle connesse infrastrutture della rete di trasmissione e distribuzione per la produzione di elettricità, di calore o di freddo a partire da fonti energetiche rinnovabili e al processo di trasformazione della biomassa in biocarburanti o altri prodotti energetici siano proporzionate e necessarie. Gli Stati membri prendono in particolare le misure appropriate per assicurare che:*

a) *fatte salve le differenze tra gli Stati membri per quanto riguarda le strutture amministrative e l'organizzazione, le responsabilità rispettive degli organi amministrativi nazionali, regionali e locali in materia di procedure di autorizzazione, di certificazione e di concessione di licenze, compresa la pianificazione del territorio, siano chiaramente coordinate e definite e che siano previsti calendari trasparenti per decidere sulle domande urbanistiche ed edilizie;*

b) *siano rese disponibili al livello adeguato informazioni esaurienti sul trattamento delle domande di autorizzazione, certificazione e concessione di licenze per gli impianti di energia rinnovabile e sull'assistenza disponibile per i richiedenti;*

c) *le procedure amministrative siano semplificate e accelerate al livello amministrativo adeguato;*

d) *le norme in materia di autorizzazione, certificazione e concessione di licenze siano oggettive, trasparenti, proporzionate, non contengano discriminazioni tra partecipanti e tengano pienamente conto delle specificità di ogni singola tecnologia per le energie rinnovabili;*

e) *le spese amministrative pagate da consumatori, urbanisti, architetti, imprese edili e installatori e fornitori di attrezzature e di sistemi siano trasparenti e proporzionate ai costi; e*

f) *siano previste procedure di autorizzazione semplificate e meno gravose, anche attraverso semplice notifica se consentito dal quadro regolamentare applicabile, per i progetti di piccole dimensioni ed eventualmente per dispositivi decentrati per la produzione di energia da fonti rinnovabili.*

nonché norme “oggettive, trasparenti, proporzionate” e che siano, comunque, “proporzionate e necessarie”.

La Dir. n. 2009/28/CE è stata recepita dallo Stato italiano con il **D.Lgs. 3 marzo 2011, n. 28**¹⁶.

Il Legislatore nazionale, dunque, nel perseguire gli obiettivi prefissati dal Legislatore comunitario nella nuova Dir. n. 2009/28/CE¹⁷, ha ulteriormente accentuato la *ratio* semplificativa del procedimento di autorizzazione unica per la costruzione e l’esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili.

Del resto, anche la Corte Costituzionale ha ripetutamente evidenziato come “*la norma statale, ispirata a canoni di semplificazione, è finalizzata a rendere più rapida la costruzione degli impianti di produzione di energia alternativa*”.

I.I.I. In aperto spregio ai principi innanzi richiamati, l’impugnato decreto, nella parte in cui dispone l’esclusione dagli incentivi degli impianti FER i cui lavori di realizzazione siano stati già avviati, introduce una disciplina chiaramente discriminatoria e sproporzionata.

Ed infatti, risulta del tutto illogico ed irragionevole escludere dai meccanismi incentivanti proprio gli impianti FER i cui lavori sono stati già avviati e che, quindi, possono concretamente garantire l’immediata produzione di energia rinnovabile e, per l’effetto, il perseguimento del prioritario obiettivo di massima diffusione degli impianti in questione.

¹⁶ Avente ad oggetto: “Attuazione delle direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE”.

¹⁷ Si legge nel 1° Considerando della richiamata Direttiva che: “Il controllo del consumo di energia europeo e il maggiore ricorso all’energia da fonti rinnovabili, congiuntamente ai risparmi energetici e ad un aumento dell’efficienza energetica, costituiscono parti importanti del pacchetto di misure necessarie per ridurre le emissioni di gas a effetto serra e per rispettare il protocollo di Kyoto della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e gli ulteriori impegni assunti a livello comunitario e internazionale per la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra oltre il 2012”.

Davvero non si comprende la *ratio* sottesa a tale radicale esclusione: pertanto, la disciplina in esame non risulta neppure obiettiva e trasparente.

I.II. Tenuto conto che gli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, allo stato dell'attuale sviluppo tecnologico, non risultano remunerativi sotto il profilo economico, il legislatore ha previsto uno specifico sistema di incentivazione, così da poter effettivamente garantire il conseguimento dell'obiettivo di "massima diffusione degli impianti FER".

Con specifico riferimento ai processi di selezione per l'assegnazione degli incentivi previsti per gli impianti FER, appare opportuno rimarcare che la Commissione Europea¹⁸ ha recentemente affermato che: *"Al fine di ridurre al minimo le distorsioni della concorrenza e degli scambi, la Commissione porrà particolare attenzione al processo di selezione. Nei limiti del possibile, il processo di selezione deve svolgersi in modo non discriminatorio, trasparente e aperto e non deve condurre all'esclusione indebita di imprese che potrebbero concorrere con progetti che si prefiggono i medesimi obiettivi ambientali o energetici"*.

In conformità ai richiamati principi comunitari, l'art. 23 del d.lgs. n. 28/2011, sempre con riferimento ai regimi di sostegno previsti per gli impianti FER, enuncia i seguenti "principi generali": *"1. Il presente Titolo ridefinisce la disciplina dei regimi di sostegno applicati all'energia prodotta da fonti rinnovabili e all'efficienza energetica attraverso il riordino ed il potenziamento dei vigenti sistemi di incentivazione. La nuova disciplina stabilisce un quadro generale volto alla promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica in misura adeguata al raggiungimento degli obiettivi di cui all'articolo 3, attraverso la predisposizione di criteri e strumenti che promuovano l'efficacia, l'efficienza, la semplificazione e la*

¹⁸ Con la Comunicazione n. 2014/C 200/01, recante la "Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020".

stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione, perseguendo nel contempo l'armonizzazione con altri strumenti di analoga finalità e la riduzione degli oneri di sostegno specifici in capo ai consumatori.

*2. Costituiscono ulteriori principi generali dell'intervento di riordino e di potenziamento dei sistemi di incentivazioni **la gradualità di intervento a salvaguardia degli investimenti effettuati e la proporzionalità agli obiettivi**, nonché la flessibilità della struttura dei regimi di sostegno, al fine di tener conto dei meccanismi del mercato e dell'evoluzione delle tecnologie delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica”.*

I.II.I. Alla luce della specifica disciplina di settore innanzi delineata, emerge chiaramente l'illegittimità del gravato decreto ministeriale e dei provvedimenti ad esso conseguenti.

Ed infatti, le gravate disposizioni impediscono agli impianti già in fase di costruzione di accedere ai meccanismi incentivanti previsti dall'impugnato decreto, così determinando un'ingiustificata ed ingiustificabile - e, quindi, del tutto indebita - esclusione di impianti che, concretamente, perseguono gli obiettivi ambientali ed energetici sottesi alla realizzazione di impianti FER.

A ciò si aggiunga la dirimente circostanza che il d.m. impugnato si pone in stridente ed insanabile contrasto con la salvaguardia di tutte le imprese che abbiano già effettuato degli investimenti, così come nel caso in esame.

Invero, l'esclusione dai previsti incentivi degli impianti i cui lavori siano stati avviati pregiudica irrimediabilmente gli investimenti già effettuati, proprio tenuto conto della oggettiva non remunerabilità economica degli impianti FER: ed infatti, in assenza di incentivi, verrebbe irrimediabilmente pregiudicato l'investimento effettuato per la realizzazione dell'impianto, tenuto conto che la sola vendita dell'energia prodotta non è

neppure in grado di coprire i costi sostenuti per la stessa realizzazione e messa in esercizio dell'impianto.

Dunque, in aperto contrasto con i principi innanzi richiamati, il Ministero dello Sviluppo Economico, anziché incentivare lo sviluppo degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili, dando priorità di accesso agli incentivi agli impianti già in costruzione e per i quali sono stati affrontati ingenti investimenti, preclude addirittura il loro accesso agli incentivi, così irrimediabilmente pregiudicando gli investimenti già effettuati.

- II. -

- Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione e dell'art. 3 L. 7 agosto 1990 n. 241. – Illegittimità.

- Eccesso di potere per difetto di motivazione, contraddittorietà e irragionevolezza – Illegittimità.

- Violazione dei principi di correttezza, buona fede e tutela dell'affidamento – Illegittimità.

Occorre, altresì, evidenziare che i precedenti decreti del Ministero dello Sviluppo Economico, disciplinanti l'accesso ai meccanismi incentivanti per la produzione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili, hanno sempre consentito di accedere a tali incentivi agli impianti in fase di realizzazione o già entrati in esercizio al momento della loro emanazione: dunque, l'avvio dei lavori o, comunque, la realizzazione dell'impianto al momento dell'indizione della procedura di concessione degli incentivi non costituiva affatto causa ostativa al loro ottenimento. Addirittura, l'entrata in esercizio dell'impianto prima della pubblicazione del decreto ministeriale di riconoscimento degli incentivi è stata individuata come criterio di priorità d'accesso agli stessi.

Più precisamente:

1) il D.M. 24 ottobre 2005 prevede:

- art. 4, comma 1, intitolato *“Impianti alimentati da fonti rinnovabili e relativa qualifica”*: *“L'energia da immettere nel sistema elettrico nazionale ai sensi dell'articolo*

11 del decreto legislativo n. 79/1999, e dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 387/2003, può essere prodotta da **impianti alimentati da fonti rinnovabili**, ivi incluse le centrali ibride, **entrati in esercizio**, a seguito di nuova costruzione, potenziamento, rifacimento totale o parziale, o riattivazione, in data successiva al 1° aprile 1999, anche destinati, in tutto o in parte, all'autoproduzione ...”;

2) il **D.M. 18 dicembre 2008** prevede:

- art. 3, comma 7, rubricato “*Meccanismi incentivanti*”: “*Possono accedere ai meccanismi di cui ai precedenti commi **esclusivamente gli impianti collegati alla rete elettrica** aventi una potenza nominale media annua non inferiore a 1 kW*”;

- art. 4, rubricato “*Procedura di qualifica*”: “*Il produttore che intenda accedere ad uno dei meccanismi incentivanti di cui all'art. 3, commi 1 e 2, presenta domanda al GSE per il riconoscimento ai suddetti impianti della relativa qualifica. La domanda riporta: a) soggetto produttore, b) ubicazione dell'impianto, c) fonte rinnovabile utilizzata, d) tecnologia utilizzata, e) potenza nominale dei motori primi, f) potenza nominale media annua, g) **data di entrata in esercizio**, h) produzione annua netta ovvero producibilità attesa, i) producibilità aggiuntiva, o produzione media attesa, l) quantificazione degli eventuali autoconsumi, m) tipo di incentivazione richiesta.*

*Fatto salvo quanto previsto dall'art. 17, comma 5, la domanda di cui al comma 1 deve pervenire al GSE non oltre il termine di tre anni dalla **data di entrata in esercizio dell'impianto, pena l'inammissibilità agli incentivi** ...”;*

3) il **D.M. 6 luglio 2012** prevede:

- art. 10, rubricato “*Requisiti per la richiesta di iscrizione al registro e modalità di selezione*”: “*1. Possono richiedere l'iscrizione al registro i soggetti in possesso di titolo autorizzativo ...*

2. **La richiesta di iscrizione al registro è formulata al GSE dal soggetto di cui al comma 1, con la presentazione di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell'articolo 47 del DPR 445 del 2000, recante le informazioni di cui all' allegato 3 ...**";

- il menzionato allegato 3, al paragrafo "Richiesta di accesso agli incentivi", stabilisce che: "1. La richiesta della tariffa incentivante è presentata in forma di dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, redatta ai sensi dell'art. 47 del DPR n. 445/2000, in conformità al modello predisposto dal GSE, nella quale sono riportati i dati generali del soggetto responsabile e i dati dell'impianto ... 2. Alla dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà di cui al punto 1 sono allegate:

a) dichiarazione del progettista ovvero del tecnico abilitato, ai sensi degli articoli 46 e 47 del DPR n. 445 del 2000, riportante i dati tecnici dell'impianto, POD e Censimp, redatta su modello predisposto dal GSE, con la quale egli dichiara:

i. che **l'impianto è stato realizzato** conformemente a quanto riportato nel progetto autorizzato, nelle planimetrie, nello schema di processo, negli elaborati grafici di dettaglio (se $P > 50$ kW) e nello schema elettrico unifilare redatti da tecnico abilitato e che sono allegati alla dichiarazione. A tal fine è **anche allegato un dossier fotografico di almeno 10 fotografie ante e post-operam ...**";

- art. 15, recante gli "Obblighi di allegazioni per la partecipazione alle procedure d'asta e modalità di selezione dei progetti", prescrive che: "1. La richiesta di partecipazione alla procedura d'asta è formulata al GSE dal soggetto titolare del titolo autorizzativo per la costruzione e l'esercizio dell'impianto con la presentazione di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell'articolo 47 del DPR 445 del 2000, **recante le informazioni e i documenti di cui all'allegato 3.**

2. La graduatoria è formata in base al criterio della maggiore riduzione percentuale offerta, fermo restando il rispetto di tutti i requisiti previsti per la partecipazione. Non è consentita l'integrazione dei documenti presentati, successivamente alla chiusura della procedura d'asta.

3. A parità di riduzione offerta, ivi inclusa quella di cui all'articolo 14, comma 3, si applicano, nell'ordine, i seguenti ulteriori criteri, in ordine di priorità: **a) impianti già in esercizio**".

In aperto contrasto con la richiamata consolidata prassi in materia, il decreto ministeriale gravato in questa sede ha, invece, inopinatamente escluso dai meccanismi incentivanti gli impianti per i quali siano stati già avviati i lavori, disponendo che hanno accesso agli incentivi esclusivamente gli impianti i cui lavori di costruzione verranno avviati dopo il loro inserimento in posizione utile in graduatoria.

Il tutto, senza neanche fornire un'adeguata motivazione in ordine a tale illogica e irragionevole scelta, in aperta violazione anche dell'art. 3 l. n. 241/1990.

Appare, altresì, del tutto evidente non solo la contraddittorietà che permea l'azione amministrativa ma, soprattutto, la violazione del principio della tutela del legittimo affidamento ingenerato nella ricorrente dalla precedente e consolidata prassi ministeriale. Invero, com'è stato sottolineato sia dalla costante giurisprudenza italiana che da quella europea, la violazione del legittimo affidamento si profila, così come nel caso di specie, *"ove siano state fornite all'interessato assicurazioni precise, incondizionate, concordanti nonché provenienti da fonti autorizzate ed affidabili dell'amministrazione e che tali assicurazioni siano state idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui erano rivolte e che siano conformi alla disciplina applicabile. Infatti, il diritto di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento può operare solo in presenza di comportamenti che abbiano fatto sorgere fondate speranze a causa di*

assicurazioni sufficientemente precise provenienti da fonti istituzionali (Corte giustizia CE, sez. III, 17 settembre 2009 , n. 519 - caso Comm. CE c. Koninklijke FrieslandCampina NV; Tribunale I grado C.e.e., sez. III, 30 novembre 2009 , n. 427, caso France Télécom; Tribunale I grado C.e.e., sez. II, 04 febbraio 2009 , n. 145, caso Omya AG c. Comm. Ce) ... ”¹⁹.

Applicando le illustrate coordinate interpretative al caso in esame, è indubbia la dirimente circostanza che la consolidata prassi ministeriale, disciplinante i criteri di accesso ai meccanismi incentivanti in questione, abbia sempre consentito agli impianti in fase di realizzazione o già entrati in esercizio di accedere alle tariffe incentivanti.

Addirittura, l'entrata in esercizio dell'impianto è stata individuata come criterio di priorità d'accesso ai predetti incentivi.

Tale prassi consolidata ha indubbiamente costituito un comportamento che ha fatto sorgere nell'interessato il legittimo affidamento di poter ottenere gli agognati incentivi anche nel caso in cui avesse semplicemente avviato i lavori; sulla scorta di tale consolidata prassi, dunque, la NCD non avrebbe potuto di certo prevedere che l'Amministrazione intimata potesse, senza alcuna nuova e motivata ragione, escludere dai meccanismi incentivanti proprio coloro i quali avessero già avviato i lavori di costruzione dell'impianto.

- III. -

- Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione e degli artt. 1 e 6 L. 7 agosto 1990 n. 241. – Illegittimità.

- Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 - Illegittimità.

¹⁹ In tal senso, Cons. Stato, Sez. Sesta, 17 novembre 2015, n. 5250. E' stato, altresì, affermato che: *“Il diritto di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento è strumentabile solo in presenza di comportamenti che abbiano fatto sorgere nell'interessato fondate speranze di ottenere un determinato risultato a causa di assicurazioni sufficientemente precise, provenienti da fonti istituzionali ...”* (Cons. Stato, Sez. Quarta, 12 maggio 2016, n. 1914).

- **Violazione e falsa applicazione dell'art. 4, comma 5, L.R. 21 ottobre 2008, n. 31, dell'art. 15 del D.M 10 settembre 2010, dei punti 4.8 e 4.12 della D.G.R. Puglia n. 3029 del 30 dicembre 2010, dell'art. 5 L.R. 24 settembre 2012, n. 25, commi 18, 20 e 21 – Illegittimità.**
- **Violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento, imparzialità, correttezza, buona fede – Illegittimità.**
- **Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, illogicità, contraddittorietà e irragionevolezza. Sviamento di potere - Illegittimità.**

L'impugnato decreto ministeriale, nella parte in cui preclude l'accesso ai previsti incentivi agli impianti i cui lavori siano stati avviati prima dell'inserimento in posizione utile nelle graduatorie, risulta altresì illegittimo poiché emesso senza tener minimamente conto della disciplina nazionale e regionale vigente in materia e, quindi, in aperta violazione di quest'ultima.

Ed infatti, numerose sono le disposizioni nazionali e regionali che impongono termini ben precisi per l'avvio e la conclusione dei lavori per la realizzazione degli impianti FER, la cui inosservanza determina la decadenza o, comunque, la perdita di efficacia dell'autorizzazione unica.

E precisamente:

- **art. 4, comma 5, L.R. 21 ottobre 2008, n. 31**²⁰, rubricato “*autorizzazione unica regionale e adempimenti conseguenti*”, il quale prescrive che: “***Il termine di inizio dei lavori è di mesi sei dal rilascio della autorizzazione; quello per il completamento dell'impianto è di mesi trenta dall'inizio dei lavori, salvo proroghe per casi di forza maggiore da richiedersi almeno quindici giorni prima della scadenza. Il collaudo deve essere effettuato entro sei mesi dal completamento dell'impianto*”;**

²⁰ Recante “*Norme in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili e per la riduzione di immissioni inquinanti e in materia ambientale*”.

- **art. 15 del D.M. 10 settembre 2010**²¹, disciplinante i “*contenuti essenziali dell'autorizzazione unica*”, il quale prevede che: “*L'autorizzazione unica prevede un termine per l'avvio e la conclusione dei lavori decorsi i quali, salvo proroga, la stessa perde efficacia. I suddetti termini sono congruenti con i termini di efficacia degli atti amministrativi che l'autorizzazione recepisce e con la dichiarazione di pubblica utilità. Resta fermo l'obbligo di aggiornamento e di periodico rinnovo cui sono eventualmente assoggettate le autorizzazioni settoriali recepite nell'autorizzazione unica*”;

- **punto 4.8 della D.G.R. Puglia n. 3029 del 30 dicembre 2010**, il quale ripropone il medesimo contenuto del richiamato art. 15 del D.M. 10 settembre 2010;

- **punto 4.12 della D.G.R. Puglia n. 3029 del 30 dicembre 2010**, il quale ribadisce che: “*Il termine di inizio dei lavori è di mesi sei dal rilascio della autorizzazione; quello per il completamento dell'impianto è di mesi trenta dall'inizio dei lavori, salvo proroghe per casi di forza maggiore da richiedersi almeno quindici giorni prima della scadenza. Il collaudo deve essere effettuato entro sei mesi dal completamento dell'impianto*”;

- **art. 5 L.R. 24 settembre 2012, n. 25, commi 18, 20 e 21**, secondo i quali: “*Il termine di inizio dei lavori è fissato in mesi sei dal rilascio dell'AU ... Il termine per il completamento dell'impianto è di mesi trenta dalla data di inizio dei lavori, salvo i diversi minori termini previsti dalla legislazione nazionale anche in relazione all'accesso ai finanziamenti.*

I termini di cui ai commi 18 e 20 sono prorogabili su istanza motivata presentata dall'interessato almeno quindici giorni prima della data di scadenza. Sono fatti salvi eventuali aggiornamenti, rinnovi o proroghe relative a provvedimenti settoriali recepiti nel provvedimento di AU. Le proroghe complessivamente accordate non possono eccedere i ventiquattro mesi”.

²¹ Recante le “Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili”.

Come innanzi accennato, le richiamate disposizioni sono state puntualmente recepite nell'art. 8 dell'autorizzazione unica²², il quale ha fissato il termine di inizio dei lavori in *“mesi sei dal rilascio dell’Autorizzazione”*.

Alla luce di quanto sopra, emerge chiaramente come l'art. 4, comma 5, del gravato d.m. si ponga in netto contrasto con le richiamate disposizioni: ed infatti, non viene affatto presa in considerazione la dirimente circostanza che il mancato inizio dei lavori - entro il prescritto termine di sei mesi dal rilascio dell'a.u. - inevitabilmente comporta la decadenza e/o la perdita di efficacia dell'a.u.. In pratica, la gravata disposizione ministeriale pregiudica irrimediabilmente gli interessi di coloro i quali, ottenuta l'a.u., sono stati costretti ad avviare i lavori per non incorrere nella decadenza dell'autorizzazione, così precludendo loro di accedere ai meccanismi incentivanti di cui al medesimo decreto.

Del resto, occorre rimarcare come la ricorrente, pur volendo, non avrebbe potuto posticipare l'avvio dei lavori, in quanto la proroga, a mente delle richiamate disposizioni, poteva essere chiesta unicamente *“per casi di forza maggiore”* che, nel caso in esame, non erano affatto sussistenti.

- IV. -

²² L'art. 8 dell'a.u. rilasciata in favore della ricorrente prevede che: *“Il termine di inizio dei lavori è di mesi sei dal rilascio dell’Autorizzazione; quello per il completamento dell’impianto è di mesi trenta dall’inizio dei lavori; entrambi i suddetti termini sono prorogabili su istanza motivata presentata dall’interessato almeno quindici giorni prima della scadenza. Sono fatti salvi eventuali aggiornamenti, rinnovi o proroghe relative a provvedimenti settoriali recepiti nel provvedimento di a.u.*

Le proroghe complessivamente accordate non possono eccedere i ventiquattro mesi.

Il collaudo ... deve essere effettuato entro sei mesi dal completamento dell’impianto ...

I seguenti casi possono determinare la revoca dell’Autorizzazione Unica, l’obbligo di ripristino dell’originario stato dei luoghi e il diritto della Regione ad escutere la fidejussione rilasciata a garanzia della realizzazione dell’impianto entro i termini stabiliti:

- mancato rispetto del termine di inizio lavori;

- mancato rispetto del termine di realizzazione dell’impianto, fatti salvi i casi di cui all’art. 5, comma 21 della Legge Regionale n. 25 del 25/09/2012;

- mancato rispetto del termine di effettuazione dell’atto di collaudo;

- mancato rispetto di termini e prescrizioni sancite dall’Atto di Impegno e dalla Convenzione sottoscritti”.

- **Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione e degli artt. 3 e 6 L. 7 agosto 1990 n. 241. – Illegittimità.**
- **Violazione e falsa applicazione dell'art. 23 D.Lgs. 3 marzo 2011, n. 28. - Illegittimità.**
- **Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e istruttoria – Illegittimità.**
- **Eccesso di potere per contraddittorietà, irragionevolezza e ingiustizia manifesta – Illegittimità.**
- **Violazione dei principi di correttezza, buona fede e tutela dell'affidamento – Illegittimità.**

Invero, il Ministero dello Sviluppo Economico avrebbe dovuto introdurre una disposizione transitoria volta a tutelare i numerosi soggetti che, alla stessa stregua della ricorrente, ottenuta l'autorizzazione unica, sono stati costretti ad avviare i lavori, onde evitare di incorrere in decadenze e/o revoche del titolo abilitativo.

Del resto, lo stesso Ministero dello Sviluppo Economico, nel precedente d.m. del 6 luglio 2012, aveva previsto, all'art. 30, una norma di *“transizione dal vecchio al nuovo meccanismo di incentivazione”*, proprio al dichiarato fine di *“tutelare gli investimenti in via di completamento, garantendo una progressiva transizione dal vecchio al nuovo meccanismo”*.

La mancata previsione, nel d.m. contestato in questa sede, di una disposizione analoga reca un grave ed ingiusto pregiudizio alla ricorrente, la quale ha atteso anni prima di ottenere l'autorizzazione unica, ricorrendo più volte alla giustizia amministrativa e sostenendo costi ingenti.

Preme, altresì, rimarcare che il mancato accesso ai meccanismi incentivanti non consente alla ricorrente di realizzare con profitto l'impianto; al contrario, la realizzazione dell'impianto, in assenza degli incentivi, comporterebbe perdite per la ricorrente che ammontano ad oltre €. 190.000,00 per ciascuno dei programmati 20 anni di esercizio dell'impianto, con conseguente suo *default*: il tutto, come chiaramente evincibile

dall'allegata relazione asseverata e annessa documentazione, a cui integralmente si rinvia (all. 9).

Anche sotto il profilo in esame, emerge chiaramente la violazione del richiamato art. 23 D.Lgs. n. 28/2011 il quale, nell'enunciare i principi generali in materia di incentivazione degli impianti FER, inequivocabilmente impone la *“salvaguardia degli investimenti effettuati”*.

- V. -

- Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. - Illegittimità.

- Eccesso di potere per ingiustizia manifesta e disparità di trattamento - Illegittimità.

Infine, ma non da ultimo, si rileva l'illegittimità dell'art. 4, comma 6, dell'impugnato decreto, il quale prevede che: *“Il comma 5 non si applica agli impianti che hanno fatto richiesta di accesso agli incentivi nell'ambito delle procedure di aste e registro svolte ai sensi del decreto ministeriale 6 luglio 2012 nonché agli impianti aventi diritto all'accesso diretto sulla base del medesimo decreto”*.

Dunque, la disposizione in esame salvaguarda i soli impianti i cui lavori siano stati già avviati, ma che abbiano fatto richiesta di accesso agli incentivi di cui al decreto ministeriale del 6 luglio 2012 o aventi diritto all'accesso diretto sulla base del medesimo decreto.

In pratica, restano esclusi dagli attuali incentivi i soli impianti i cui lavori siano stati già avviati ma che non abbiano potuto far richiesta di accesso agli incentivi previsti dal predetto D.M. del 6 luglio 2012, in quanto i relativi titoli abilitativi sono stati rilasciati solo successivamente.

Tale norma, evidentemente, crea un'inaccettabile disparità di trattamento tra soggetti che, avendo tutti dato avvio ai lavori per la realizzazione di impianti FER prima della pubblicazione dell'impugnato decreto, si trovano in posizioni del tutto analoghe tra di

loro; è dunque ravvisabile, nel caso in esame, quella identità di situazioni soggettive e oggettive che costituisce il presupposto indispensabile per poter configurare, tra i vari soggetti interessati, il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento>>>.

* * *

In ordine all'azione di accertamento del diritto di NCD di essere iscritta nella Tabella C - non ammessi -.

Per i tutti i motivi suesposti, il ricorso proposto da NCD è fondato sia con riferimento all'azione demolitoria che a quella, concorrente, di accertamento del suo diritto di presentare la domanda di iscrizione al registro di cui al d.m. 23 giugno 2016 e, conseguentemente, di essere iscritta nella Tabella C²³ - non ammessi -, in posizione n. 43 o, in subordine, n. 147.

Ed infatti, l'odierna ricorrente, chiedendo una tariffa pari al 90% di quella di cui all'allegato 1 al D.M. 23 giugno 2016 ed avendo ottenuto il titolo autorizzativo in data 16 settembre 2014, in applicazione dei rigidi criteri prescritti dall'art. 10 d.m. impugnato, ha diritto a collocarsi alla 43° posizione della Tabella C, al posto della Energy System Service srl.

Invero, nella denegata ipotesi in cui la ricorrente non richiedesse una tariffa pari al 90% di quella di cui all'allegato 1 al D.M. 23 giugno 2016 - in base alla data di ottenimento della a.u. e sempre in applicazione dell'art. 10 d.m. cit. - NCD si collocherebbe, comunque, alla n. 147° posizione della richiamata Tabella C.

L'accertamento della posizione sostanziale cui aspira NCD può essere senz'altro effettuato da codesto Ecc.mo TAR Lazio il quale, dovendo unicamente applicare i chiari e rigidi criteri prefissati nel citato art. 10 del d.m. impugnato, non dovrà esplicare alcuna attività discrezionale di stretta competenza della p.a..

²³ *“Graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell’art. 9 del D.M. 23 giugno 2016 in posizione tale da non rientrare nel contingente di potenza previsto per impianti eolici on shore secondo quanto indicato nel Bando del 20 agosto 2016”.*

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa non ha mancato di rilevare che l'azione dichiarativa deve ritenersi *“ammissibile in sede di giurisdizione generale di legittimità, in forza oltre che del principio cardine di effettività della tutela di cui all'art. 1 c.p.a., in base allo stesso principio di atipicità delle azioni giurisdizionali da tempo affermato in seno alla disciplina processual-civilistica, essendo l'accertamento della posizione sostanziale che si vuole far valere elemento proprio e comune di ogni azione di cognizione....”*²⁴.

CONCLUSIONI

Voglia codesto Ecc.mo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Roma, disattesa ogni diversa istanza, eccezione e/o deduzione, così provvedere:

1) accogliere il ricorso introduttivo del presente giudizio ed i presenti motivi aggiunti, poiché fondati in fatto ed in diritto e, per l'effetto:

1.1) annullare gli impugnati provvedimenti;

1.2) accertare il diritto della ricorrente a presentare la domanda di iscrizione al registro di cui al d.m. 23 giugno 2016 e, conseguentemente, all'iscrizione nella “Graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell'art. 9 del D.M. 23 giugno 2016 in posizione tale da non rientrare nel contingente di potenza previsto per impianti eolici on shore secondo quanto indicato nel Bando del 20 agosto 2016” - Tabella C - non ammessi -, in posizione n. 43 o, in subordine, n. 147;

2) condannare le controparti al pagamento delle spese, diritti ed onorari di giudizio.

Foggia, 16 gennaio 2017.

(avv. Giacomo Mescia)

(avv. Giuseppe Mescia)

²⁴ In tal senso, TAR Puglia, Bari, Sez. Terza, 25 novembre 2011, n. 1807.

La pubblicazione viene effettuata in esecuzione dell'ordinanza della Sezione Terza Ter del TAR Lazio-Roma n. 7148 del 19 giugno 2017, emessa nel giudizio pendente avente R.G. n. 10915/2016.