



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5038 del 2016, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

ALGA S.R.L., rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Quagliolo, Gianni Maria Saracco, Giovanni Battista Conte, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Battista Conte in Roma, via Ennio Quirino Visconti, 99;

contro

GESTORE DEI SERVIZI ENERGETICI- G.S.E. S.P.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Pugliese, Gianluigi Pellegrino, Maria Antonietta Fadel, con domicilio eletto presso lo studio Gianluigi Pellegrino in Roma, c.so del Rinascimento N.11;

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare,

- del provvedimento prot. n. 13475, del 10 febbraio 2016, con il quale il GSE ha disposto la decadenza dell'impianto denominato "*Cava*", identificato con il numero IAFR 923 ed ubicato in Champdepraz (AO), dagli incentivi di cui al d.m. 11 novembre 1999;

- del decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 31 gennaio 2014, *in parte qua* (Allegato 1, lett. *i*) laddove interpretato come titolarità dell'autorizzazione anziché efficacia dell'autorizzazione;

nonché, con i motivi aggiunti depositati il 30 maggio 2016, altresì per l'annullamento:

- del provvedimento prot. n. 47523, del 29 aprile 2016, con cui il GSE ha quantificato le somme dovute a titolo di restituzione dei certificati verdi percepiti dal 2004 al 2015;

- del citato d.m. 31 gennaio 2014, con riferimento all'art. 11, commi 1 e 3, nella parte in cui dispone l'integrale recupero delle somme già erogate qualora vengano accertate le violazioni rilevanti di cui all'Allegato 1, lett. *i*, del medesimo d.m.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Gestore dei Servizi Energetici- G.S.E. s.p.a. e del Ministero dello Sviluppo Economico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 marzo 2017 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Nel 2004 il Gestore dei Servizi Energetici– G.S.E. s.p.a. comunicava alla Alga s.r.l. l'accoglimento della richiesta di qualifica di IAFR (Impianto Alimentato da Fonti Rinnovabili) per l'impianto idroelettrico denominato “Cava”, situato in Champdepraz (AO), così ammettendolo al regime incentivante del c.d. certificati verdi di cui agli artt. 4 e 5 dell'(allora vigente) d.m. 11 novembre 1999 (recante “*Direttive per l'attuazione delle norme in materia di energia elettrica da fonti rinnovabili di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 11 del D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79*”).

Più di dieci anni dopo, nel marzo del 2015, il GSE ha avviato un procedimento di controllo ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, in ciò sollecitato da una nota della Procura della Repubblica di Aosta che aveva aperto un procedimento penale riguardante – tra gli altri – proprio l'impianto di derivazione d'acqua denominato “Cava”. Nell'ambito di tale procedimento di controllo, il GSE – in ciò informato dalla Regione Valle d'Aosta – è venuto a conoscenza del fatto che, con decreto del Presidente della medesima Regione del 9 gennaio 2002, la Regione Valle d'Aosta (che è concessionaria dello Stato di tutte le acque pubbliche esistenti nella Regione, ai sensi dell'art. 7 della legge cost. n. 4 del 1948, con facoltà di sub-concessione ai sensi dell'art. 20 della legge n. 308 del 1982) aveva sub-concesso al Consorzio di Miglioramento Fondiario Rù Grenze e Rù Fabbrica-Viering la possibilità di derivare acqua a scopo idroelettrico dal torrente Chalamy (sul quale è situato l'impianto “Cava”). Tale Consorzio, peraltro, nell'anno 2000 aveva sottoscritto con la Alga s.r.l. (vincitrice di apposita gara) una convenzione avente ad oggetto la concessione di costruzione e di gestione di un impianto di produzione di energia idroelettrica, impianto poi effettivamente realizzato dalla Alga s.r.l. e coincidente con quello denominato “Cava”, ammesso al regime incentivante nel 2004.

In base alle notizie riferite dalla Regione Valle d'Aosta, il GSE è venuto a conoscenza anche del fatto che, per il periodo di produzione dal gennaio 2004 al dicembre 2013, “*l'impianto in oggetto ha funzionato superando il limite di potenza idraulica*

nominale media stabilito dai decreti di concessione, quindi, superando il limite di portata media derivabile”. Acquisite, quindi, osservazioni dalla Alga s.r.l. e nuove precisazioni da parte della Regione Valle d’Aosta, con provvedimento prot. n. 13475, del 10 febbraio 2016, il GSE ha concluso il procedimento di controllo disponendo la decadenza dell’impianto “Cava” dagli incentivi con *“integrale recupero delle somme già erogate dalla data di entrata in esercizio dell’impianto fino al 2013”*.

Nella motivazione dell’atto, per un verso, si afferma essere stata riscontrata la *“violazione rilevante ai sensi della lettera i), Allegato 1 al D.M. 31 gennaio 2014 (inefficacia del titolo autorizzativo per la costruzione ed esercizio dell’impianto)”*: ciò in quanto *“la Regione Autonoma Valle d’Aosta ha confermato la titolarità dei titoli autorizzativi alla costruzione e all’esercizio dell’impianto, nonché della subconcessione a derivare acqua, in capo al Consorzio di miglioramento fondiario Rù Grenze e Rù Fabbrica-Viering e non a Alga S.r.l.”*.

Per altro verso, si è anche contestato *“l’avvenuto superamento, intervenuto nel periodo compreso tra la data di entrata in esercizio e il 2013, del limite di potenza nominale media e del limite di portata media derivabile previsti dal decreto di concessione”*, superamento che *“pur non avendo compromesso la validità ed efficacia dei titoli autorizzativi e concessori ha comunque comportato l’esercizio dell’impianto in difformità ai titoli autorizzativi e concessori”*, con conseguente configurazione di *“una delle violazioni di cui all’art. 11, comma 3 del D.M. 31 gennaio 2014”*.

2. Non ritenendo legittimo il provvedimento di decadenza, la Alga s.r.l. l’ha impugnato dinnanzi a questo TAR, domandandone l’annullamento, previa sospensione cautelare, e sollevando in diritto i seguenti (e così riassumibili) profili di censura:

- eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, contraddittorietà, manifesta illogicità e travisamento dei fatti; violazione di legge, con particolare riferimento all’art. 11 del d.m. 31 gennaio 2014, all’art. 4, comma 3, del d.m. 11

novembre 1999, all'art. 58 del r.d. n. 1775 del 1933 ed all'art. 166 del d.lgs. n. 152 del 2006: secondo la ricorrente, la domanda di accesso agli incentivi presentata nel 2004 “conteneva tutti gli elementi identificativi [...] per poter assegnare ad un impianto la qualifica di IAFR e tali requisiti sono rimasti inalterati sino ad oggi, ossia un soggetto produttore di energia elettrica (ALGA s.r.l.), la sede dell'impianto (Impianto CAVA), la fonte utilizzata e i dati di produzione”. L'impianto sarebbe a tutt'oggi assistito da subconcessione di derivazione d'acqua costituita da titoli “(subconcessione originaria del 2002 e successiva variante del 2014)” i quali, per espressa ammissione dell'amministrazione regionale, rimarrebbero “validi ed efficaci”. Del resto, “nessuna disposizione di legge vigente all'epoca del riconoscimento all'impianto della qualifica di IAFR (2004) imponeva al titolare dell'impianto di essere anche il titolare formale dei provvedimenti di concessione”; la società ricorrente, una volta vinta la gara che era stata bandita dal Consorzio, avrebbe quindi sempre gestito l'impianto in ragione dell'apposita convenzione stipulata con il Consorzio (quest'ultimo, a propria volta, titolare della subconcessione regionale di derivazione d'acqua dal torrente Chalamy);

- eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità e di legittimo affidamento: il caso di specie sarebbe caratterizzato dall'impossibilità di applicarvi le sopravvenute disposizioni di legge (su tutte, l'art. 12, comma 4, del d.lgs. n. 387 del 2003) che subordinano al rilascio dell'apposita autorizzazione unica la costruzione e l'esercizio di un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili. L'impianto della società ricorrente, invece, risulterebbe “regolato e disciplinato, anche in punto di requisiti soggettivi da possedere al momento della domanda, dal d.m. 11 novembre 1999 che non richiedeva affatto la titolarità dell'autorizzazione unica – che allora non esisteva – ma solo la titolarità dell'impianto, dotato delle prescritte autorizzazioni”;

- eccesso di potere per sviamento ed incompetenza: secondo la ricorrente, “il GSE non aveva alcun potere di valutare la legittimità del titolo abilitativo dell’impianto”;
- violazione e/o falsa applicazione dell’Allegato n. 1, lett. i, del d.m. 31 gennaio 2014: l’ipotesi di violazione rilevante *ivi* prevista (“*inefficacia del titolo autorizzativo per la costruzione ed esercizio dell’impianto*”) non si attaglierebbe affatto alla fattispecie oggetto di giudizio, trattandosi nel caso di specie di un titolo bensì efficace, ma rilasciato in capo ad un soggetto (Consorzio) diverso rispetto al titolare dell’impianto (la società ricorrente);
- violazione dell’art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990: il provvedimento che ha comminato la decadenza dal regime incentivante costituirebbe “in realtà un atto di autotutela” che il Gestore avrebbe adottato senza considerare l’interesse della ricorrente al mantenimento delle posizioni consolidate ed il conseguente affidamento che ne era derivato, anche nella doverosa considerazione delle finalità di interesse pubblico insite nel sistema di produzione di energie rinnovabili; né sarebbe stato rispettato, nella specie, l’ulteriore requisito del termine ragionevole, comunque non superiore a 18 mesi, per l’esercizio del potere di autotutela;
- eccesso di potere per sviamento, invasione delle competenze regionali, travisamento dei presupposti di fatto: ciò si deduce con riguardo alla motivazione, resa dal GSE, relativa al superamento del limite di potenza idraulica nominale media di cui ai decreti di concessione ed al connesso superamento del limite di portata media derivabile; secondo la ricorrente, in particolare, il superamento della portata media annua non potrebbe comportare alcuna violazione del divieto (prescritto dal titolo concessorio) di non derivare una maggiore quantità di acqua pubblica;
- violazione dell’art. 2946 c.c. per avvenuto decorso del termine di prescrizione decennale.

3. Si è costituito in giudizio il Gestore dei Servizi Energetici- GSE s.p.a., in persona del Direttore *pro tempore* della Direzione Affari Legali e Societari, depositando documenti e chiedendo il rigetto del gravame.

In particolare, secondo il Gestore, il provvedimento di decadenza sarebbe legittimo in quanto la società ricorrente non è titolare, e non è mai stata titolare, né della concessione a derivare acqua dal torrente cui accede l'impianto idroelettrico né dei titoli autorizzativi alla costruzione ed all'esercizio dell'impianto: tutti questi titoli "si intestano a diverso soggetto giuridico: il Consorzio". Inoltre, le deduzioni di parte ricorrente non sarebbero tali da scalfire l'ulteriore ragione posta a fondamento del provvedimento di decadenza, ossia l'avvenuto "sforamento delle quantità d'acqua derivabili e che l'autorità competente (la Regione) ha puntualmente accertato e comunicato al GSE".

4. Nelle more del giudizio è sopravvenuto un ulteriore atto del GSE, prot. n. 47523 del 29 aprile 2016, con il quale, nel dare seguito al precedente provvedimento di decadenza, è stato quantificato l'importo dei certificati verdi percepiti (in tesi) indebitamente, pari ad euro 5.592.421,55 a far tempo dal 2004 e fino all'anno 2015.

Con motivi aggiunti depositati il 30 maggio 2016, allora, la società ricorrente ha impugnato anche questo atto sopravvenuto, insieme all'art. 11, commi 1 e 3, del d.m. 31 gennaio 2014 (recante "*Attuazione dell'articolo 42 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, sulla disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi nel settore elettrico di competenza del Gestore dei Servizi Energetici GSE S.p.a.*"), nella parte in cui si dispone l'"*integrale*" recupero delle somme già erogate allorché vengano accertate le violazioni rilevanti di cui all'Allegato n. 1 del medesimo d.m., in riferimento alla lett. *i* di detto Allegato.

Questi, in sintesi, i nuovi profili di censura (che, espressamente, la ricorrente ha affiancato ai vizi di illegittimità derivata di cui al ricorso introduttivo):

- violazione del d.m. 11 novembre 1999, ossia della normativa che, all'epoca della presentazione dell'istanza di ammissione al regime incentivante (2004), stabiliva quali fossero i presupposti soggettivi per vedersi accolta simile domanda: presupposti soggettivi che, così come indicati nella domanda all'epoca presentata, "sono rimasti inalterati sino ad oggi", con la conseguenza che il GSE, così facendo, avrebbe "erroneamente esteso i requisiti soggettivi tipici del regime giuridico *post* d.lgs. n. 387/03, che ha previsto la titolarità dell'autorizzazione unica quale condizione per l'applicazione dei regimi incentivanti, ad un impianto qualificato IAFR secondo una disciplina differente, ossia quella di cui all'art. 4, comma 3, del Decreto MICA 11/11/1999";

- illegittimità dell'applicazione "automatica" e retroattiva della disciplina, dal contenuto "patentemente sanzionatorio", delineata (in punto di pretesa "inefficacia" del titolo) dal d.m. 31 gennaio 2014, laddove quest'ultimo ha previsto il recupero "*integrale*" degli incentivi già erogati;

- violazione della convenzione sottoscritta tra le parti (Alga s.r.l. e GSE) in data 29 gennaio 2008, volta a disciplinare il ritiro dell'energia elettrica (ed, in specie, i suoi artt. 3 e 14), nella quale la sanzione del recupero delle somme indebitamente percepite sarebbe stata limitata "alla fattispecie in cui il produttore, in ragione delle sue omissioni dichiarative, abbia indebitamente percepito somme quale corrispettivo del ritiro dell'energia elettrica prodotta dall'impianto";

- ingiusto arricchimento in favore del GSE derivante dal disposto "integrale" recupero, in quanto l'impianto "ha effettivamente prodotto energia elettrica che GSE ha ritirato ed immesso sul mercato, senza inadempimento alcuno da parte della società";

- eccesso di potere per contraddittorietà: l'atto impugnato con i motivi aggiunti ha disposto il recupero delle somme anche relativamente agli anni 2014 e 2015, laddove il precedente provvedimento di decadenza aveva preannunziato il recupero con riferimento ad un periodo temporale di fruizione dei certificati bianchi che, complessivamente, non superava l'anno 2013;
- vizi di legittimità "afferenti il conteggio" delle somme da restituire, emergendo "gravi errori di calcolo" come si evincerebbe "dal prospetto depositato in atti (doc. n. 20)".

5. Il GSE ha replicato alle nuove deduzioni della ricorrente con memorie difensive depositate il 27 giugno ed il 7 ottobre 2016.

All'esito della camera di consiglio dell'11 ottobre 2016, chiamata per la discussione dell'incidente cautelare, questo TAR, con ordinanza n. 6184 del 2016, ha fissato l'udienza pubblica di discussione ai sensi dell'art. 55, comma 10, cod. proc. amm.

In vista della pubblica discussione, quindi, entrambe le parti hanno svolto difese, anche nella forma delle rispettive repliche, per lo più richiamandosi alle proprie precedenti deduzioni.

Alla pubblica udienza del 1° marzo 2017, quindi, dopo discussione orale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Viene in decisione il ricorso proposto dalla società concessionaria di un impianto idroelettrico situato nei pressi del torrente Chalamy, in Champdepraz (AO), il quale, nel 2004, era stato ammesso a beneficiare degli incentivi nella forma dei c.d. certificati verdi, in base all'(allora vigente) regime di cui agli artt. 4 e 5 del d.m. 11 novembre 1999 (recante "*Direttive per l'attuazione delle norme in materia di energia elettrica da fonti rinnovabili di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 11 del D.Lgs. 16*

marzo 1999, n. 79”), previo riconoscimento della qualifica di IAFR (Impianto Alimentato da Fonti Rinnovabili).

Il Gestore dei Servizi Energetici- GSE s.p.a., infatti, con i provvedimenti oggi *sub iudice*, ha comminato la misura della decadenza dal sistema incentivante, insieme al recupero delle somme (in tesi) indebitamente erogate, sostanzialmente basandosi su due ragioni: *a*) i titoli autorizzativi, riguardanti sia la costruzione e gestione dell’impianto, sia la subconcessione di derivazione dell’acqua pubblica, rientrerebbero nella titolarità non della società beneficiaria dei certificati verdi (l’odierna ricorrente) ma del locale Consorzio di miglioramento fondiario (del quale la stessa società ricorrente fa parte, ed al quale la Regione Valle d’Aosta, nel 2002, aveva sub-concesso la possibilità di derivare acqua, con successiva variante del 6 maggio 2015), con ciò determinandosi la “*violazione rilevante*” di cui all’Allegato n. 1, lett. *i*, del d.m. 31 gennaio 2014 (“*inefficacia del titolo autorizzativo per la costruzione ed esercizio dell’impianto*”); *b*) l’esercizio dell’impianto, per il periodo dal 2004 a tutto il 2013, sarebbe avvenuto in difformità rispetto ai titoli regionali, a causa del superamento “*del limite di potenza nominale media e del limite di portata media derivabile previsti dal decreto di concessione*”, con ciò determinandosi un’ulteriore violazione rilevante ai sensi dell’art. 11, comma 3, del d.m. 31 gennaio 2014.

2. Il ricorso, ed i motivi aggiunti, sono fondati solo in parte, ossia esclusivamente nella parte in cui è stata contestata la motivazione *sub a*), nonché nella parte in cui è stata invocata l’intervenuta prescrizione decennale ai sensi dell’art. 2946 c.c.

Giova preliminarmente ricostruire i dati di fatto salienti della controversia.

La società ricorrente, risultata aggiudicataria di apposita gara pubblica, in data 6 novembre 2000 aveva stipulato una “*convenzione di concessione*” con il Consorzio di Miglioramento Fondiario Rù Grenze e Rù Fabbrica-Viering (Consorzio al quale la medesima società ricorrente è consorziata), avente ad oggetto “*la costruzione e*

gestione di un impianto di produzione di energia elettrica da realizzare in loc. 'centrale ENEL' in Comune di Champdepraz ed includente *"la subconcessione della presa idrica sul torrente Chalamy"* (art. 1 della convenzione). Di conseguenza, l'impianto idroelettrico poi realizzato sarebbe rimasto in proprietà del Consorzio concedente, salvo l'affidamento della sua gestione, per la durata di anni ventotto, alla società odierna ricorrente. Il titolo edilizio per la realizzazione dell'opera fu rilasciato dal Comune di Champdepraz direttamente in favore della società concessionaria (come riferito dalla Regione Valle d'Aosta nella nota prot. n. 14708/DDS, del 30 agosto 2016: doc. n. 20 della ricorrente, depositato in giudizio il 3 ottobre 2016) la quale, in punto di gestione dell'opera, ne era come detto concessionaria, come tale individuata nel citato atto di *"convenzione di concessione"*. Il titolo concessorio per la derivazione d'acqua, invece, era di pertinenza del Consorzio concedente, al quale la Regione Valle d'Aosta ebbe a rilasciare apposita sub-concessione nell'anno 2002; di esso, tuttavia, a norma della convenzione, la ricorrente (che ne è, come detto, anche consorziata) avrebbe potuto servirsi nell'espletamento dell'attività di gestione dell'impianto.

2.1. Come già detto, la motivazione *sub a)* del provvedimento di decadenza ha rilevato che la titolarità dei titoli autorizzativi (costruzione ed esercizio dell'impianto, da un lato; sub-concessione a derivare acqua, dall'altro lato) risultava in capo al Consorzio e non alla società odierna ricorrente, con conseguente loro *"inefficacia"*. Simile assunto, anche alla luce dei dati di fatto appena sommariamente ricapitolati, non può essere del tutto condiviso.

Anzitutto, come da dichiarazione della Regione Valle d'Aosta (non smentita da contrarie evidenze documentali), il titolo edilizio per la costruzione dell'impianto era stato rilasciato dal Comune direttamente in capo alla società ricorrente (*"... l'Amministrazione regionale non ha mai posto in discussione o dubitato [...] dei titoli abilitativi*

edilizi rilasciati dal Comune di Champdepraz alla società ALGA per la costruzione del suddetto impianto”: doc. n. 20 della ricorrente), onde non può affatto predicarsi alcuna sua “*inefficacia*” ai sensi del d.m. 31 gennaio 2014. Se, quindi, la ricorrente era titolare del titolo edilizio, essa invece – in disparte, per il momento, la complessa questione del titolo occorrente per la “gestione” dell’impianto (sulla quale si tornerà *infra*, par. n. 2.3) – sicuramente non lo era quanto alla sub-concessione di derivazione d’acqua, pacificamente rilasciata nel 2002 in favore del solo Consorzio. Riguardo a quest’ultima circostanza deve essere ribadita la giurisprudenza di questa Sezione secondo la quale, pur in presenza di un titolo rilasciato in favore di un Consorzio, ai fini dell’accesso ai meccanismi incentivanti in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili assume rilevanza (in senso negativo) la divaricazione soggettiva tra il consorzio (anche nell’ipotesi che questo abbia rilevanza esterna, ai sensi degli artt. 2602 ss. c.c.) ed i singoli soggetti suoi consorziati: il consorzio con attività esterna, pur privo di personalità giuridica, rappresenta un autonomo centro di rapporti giuridici ed assume la responsabilità, garantita dal fondo consortile, dei contratti stipulati in nome proprio, assumendone anche il rischio, di natura extracontrattuale, derivante dalla gestione di un’attività imprenditoriale; esso costituisce quindi una figura soggettiva autonoma (un autonomo centro di interesse) rispetto ai singoli consorziati i quali partecipano all’attività consortile solo in funzione ed in esecuzione del contratto di consorzio (TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sentt. nn. 1812 e 1819 del 2017). Di conseguenza, il titolo di derivazione d’acqua pubblica rilasciato in favore del Consorzio non può considerarsi come rientrante nella diretta sfera di titolarità del singolo soggetto consorziato, con ciò venendo meno – secondo i principi generali ricostruiti dalla giurisprudenza di questo TAR, sui quali subito *infra*, par. n. 2.2 – uno dei requisiti soggettivi necessari ai fini dell’accesso ai meccanismi incentivanti.

Quest'ultima conclusione, tuttavia, non può essere automaticamente e meccanicamente estesa alla fattispecie per cui è oggi causa, trattandosi di un caso affatto peculiare rispetto a quelli che – pur recentemente – hanno condotto questa Sezione a chiarire i contorni dei requisiti soggettivi necessari, in punto di produzione di energia da fonti rinnovabili, ai fini dell'accesso ai meccanismi incentivanti. Sul punto, colgono infatti nel segno le censure con le quali la società ricorrente ha evidenziato che, all'epoca dell'accesso al regime incentivante per l'impianto di cui è causa, i requisiti soggettivi richiesti dalla disciplina all'epoca vigente erano unicamente quelli indicati dagli artt. 4 e 5 del d.m. 11 novembre 1999, non essendo ancora stato varato il regime dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 387 del 2003.

2.2. Questo TAR, pronunciandosi sui regimi incentivanti variamente introdotti successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 387 del 2003, ha avuto modo di affermare che la vigente normativa non consente il disallineamento tra titolarità del permesso a realizzare ed esercire l'impianto di produzione dell'energia da fonti rinnovabili ed assunzione della “responsabilità” (di detta gestione ed esercizio) ai fini dell'accesso agli incentivi.

Le norme delineano infatti un chiaro parallelismo tra le attività che sono assentite per mezzo del provvedimento autorizzatorio (art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 387 del 2003: “*La costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad una autorizzazione unica...*”) e quelle che sono rimesse alla responsabilità del “*soggetto responsabile*” a norma del d.lgs. n. 28 del 2011. In particolare, riguardo al settore degli incentivi per gli impianti solari fotovoltaici, già la normativa di cui al c.d.

Primo Conto Energia (art. 2, comma 1, lett. g, del d.m. 28 luglio 2005), dettata in attuazione dell'art. 7 del d.lgs. n. 387 del 2003, ha offerto la nozione di “*soggetto responsabile*”, definito come “*responsabile della realizzazione e dell'esercizio dell'impianto, nel rispetto delle disposizioni del presente decreto, e che ha diritto a richiedere e ottenere le tariffe incentivanti*”. Riguardo al sistema – che in questa sede viene in rilievo – degli incentivi per la produzione di energia elettrica da impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici (quale disciplinato, da ultimo, dal d.m. 23 giugno 2016), come ad es. per quelli idroelettrici, non è stata offerta una compiuta definizione di “*soggetto responsabile*” o di “*titolare dell'impianto*” (pur trattandosi di nozioni ampiamente utilizzate nel corpo normativo *de quo*) ma essa, tuttavia, è agevolmente ricostruibile in sensi del tutto analoghi a quella di cui alla disciplina sugli impianti fotovoltaici: anche qui, il soggetto responsabile è colui che chiede l'accesso ai meccanismi incentivanti (artt. 9, 10 e 12 del d.m. 23 giugno 2016), che risulti titolare del titolo concessorio alla derivazione d'acqua a scopo idroelettrico (art. 10, comma 1, del d.m. 23 giugno 2016), che sottoscrive il contratto di diritto privato con il GSE (art. 24, comma 2, lett. d, del d.lgs. n. 28 del 2011; art. 24, comma 5, del d.m. 23 giugno 2016) e che, per poter integrare i requisiti previsti per l'accesso agli incentivi, deve curare l'entrata in esercizio dell'impianto entro il termine stabilito (artt. 11 e 16 del d.m. 23 giugno 2016) e fornire al GSE tutta la documentazione necessaria (art. 24 del d.m. 23 giugno 2016). In definitiva, quindi, è il responsabile a dover conseguire il titolo ed è il responsabile l'unico soggetto nei cui confronti far eventualmente valere pretese derivanti dallo svolgimento dell'attività (cfr. TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sent. n. 212 del 2015).

Si viene così a tracciare un binomio tra la realizzazione (o costruzione) dell'impianto ed il suo esercizio (anche per mezzo della concessione di derivazione d'acqua), binomio che sta a indicare come i benefici siano riservati ai soggetti cui imputare in termini giuridici la riferibilità dell'iniziativa (così, ancora, TAR Lazio,

sent. n. 212 del 2015, cit.). Nello stesso senso si è pronunciato anche il Consiglio di Stato, seppur nella sede della delibazione sommaria, ove ha escluso recisamente la fondatezza della tesi di una possibile “duplicità di posizioni (soggetto autorizzato e gestore dell'impianto), ai fini dell'accesso agli incentivi” (Cons. Stato, sez. IV, ord. n. 2299 del 2015). Ne consegue che il provvedimento autorizzatorio e/o concessorio deve giocoforza rientrare nella titolarità di colui che percepisce gli incentivi: fermo restando che sono ovviamente possibili, in linea di principio, fenomeni di circolazione dei titoli amministrativi che abilitano allo svolgimento di attività economiche (ciò che ordinariamente avviene attraverso un procedimento di voltura), e quindi ferma restando la possibilità della voltura anche nell'ipotesi dell'autorizzazione unica, è però necessario, per le finalità pubbliche che caratterizzano il sistema degli incentivi, che l'erogazione di questi ultimi avvenga esclusivamente in favore di chi ha assunto su di sé la responsabilità della realizzazione e dell'esercizio dell'impianto (così, ancora, la sent. n. 212 del 2015 di questa Sezione, cit.; più di recente, cfr. anche le già citate sentenze di questa Sezione, nn. 1812 e 1819 del 2017).

Con specifico riferimento agli impianti idroelettrici, poi, la giurisprudenza di questo TAR – alla luce dell'espressa previsione di cui all'art. 10, comma 1, del d.m. 6 luglio 2012 (secondo cui “*Possono richiedere l'iscrizione al registro i soggetti in possesso di titolo autorizzativo oppure, per gli impianti idroelettrici, geotermoelettrici ed eolici off-shore, di titolo concessorio...*”), con formulazione adesso sostanzialmente ripresa dall'art. 10 del nuovo d.m. 23 giugno 2016) – è ferma nel ritenere che il rilascio di una concessione di derivazione d'acqua costituisca un requisito soggettivo imprescindibile in capo al soggetto richiedente gli incentivi il quale non potrebbe affatto omettere di indicarlo in sede di domanda, neppure con riguardo alla relativa data di conseguimento (si vd., da ultimo, TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sent. n. 9699 del 2016).

2.3. Queste conclusioni – è bene ribadirlo – derivano dall’analisi del piano testuale delle norme citate: da un lato, l’art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 387 del 2003; dall’altro lato, le norme (tutte successive al 2003, ed in particolare quelle che si sono succedute a partire dalla riforma operata con il d.lgs. n. 28 del 2011) che regolano l’accesso ed il funzionamento dei meccanismi incentivanti, nei vari settori energetici (a fonti rinnovabili) presi in considerazione dal legislatore. Esse, in altre parole, non prescindono affatto, ma anzi presuppongono, il quadro normativo quale vigente e conoscibile, da parte dell’operatore economico, al momento in cui è dato inizio all’attività imprenditoriale di produzione dell’energia da fonti rinnovabili.

Nel caso oggetto del presente giudizio, invece, si tratta di un’attività imprenditoriale avviata prima dell’entrata in vigore del regime dell’autorizzazione unica di cui al d.lgs. n. 387 del 2003. L’impianto per cui è causa è stato ammesso ai meccanismi incentivanti delineati – all’epoca – dal d.lgs. n. 79 del 1999 e dal relativo regolamento ministeriale d’attuazione, di cui al d.m. 11 novembre 1999. Per verificare se le richiamate conclusioni (in merito al necessario parallelismo tra costruzione e gestione dell’impianto e titolarità degli incentivi pubblici) possano ritenersi valide anche per il regime *ante* 2003, occorre allora esaminare la normativa che all’epoca – da un lato – individuava e regolava i permessi, o gli atti di assenso comunque denominati, per la costruzione e la gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili e che – dall’altro lato – delineava l’accesso ai meccanismi di incentivazione.

Con specifico riguardo agli impianti di produzione di energia idroelettrica (che assumono rilievo per il presente contenzioso), nel regime previgente alla riforma varata con il d.lgs. n. 387 del 2003, il titolo necessario per la costruzione dell’impianto coincideva con la concessione edilizia. Ad essa doveva essere

affiancata la concessione di derivazione delle acque pubbliche, rilasciata ai sensi degli artt. 7 ss. del r.d. n. 1775 del 1933, mentre nessuna norma richiedeva un qualche titolo di assenso per la materiale messa in opera e gestione dell'impianto idroelettrico (se non, in caso di impianto di linea elettrica, il titolo autorizzatorio prescritto dagli artt. 107 ss. del r.d. n. 1775 del 1933 ai fini della trasmissione e distribuzione dell'energia così prodotta).

Invero, ed in generale, già la legge n. 308 del 1982 (*“Norme sul contenimento dei consumi energetici, lo sviluppo delle fonti rinnovabili di energia e l'esercizio di centrali elettriche alimentate con combustibili diversi dagli idrocarburi?”*), con la quale fu iniziato nel nostro Paese il processo di liberalizzazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, aveva stabilito di ridimensionare la riserva che, per la produzione di energia elettrica, era stata prevista in favore dell'ENEL dalla precedente legge (di nazionalizzazione del sistema elettrico) n. 1643 del 1962: fu così ammessa la libera produzione dell'energia elettrica ben al di là dei confini, fino a quel momento ammessi, dell'autoconsumo, purché si trattasse di impianti con potenza non superiore a 3.000 kWe (art. 4, comma 1, della legge n. 308 del 1982). In base a questo regime, nel chiaro intento di agevolare la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile, l'installazione di questi impianti non richiedeva alcun preventivo atto di autorizzazione (ciò, a differenza degli impianti di produzione dell'energia da fonte convenzionale), ma solo una comunicazione preventiva da farsi al Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, oltre che all'ENEL ed all'Ufficio tecnico delle Imposte di Fabbricazione competente per territorio (così l'art. 4, comma 3, della legge n. 308 del 1982). Il processo di liberalizzazione è successivamente continuato con le novità introdotte dalla legge n. 9 del 1991 (*“Norme per l'attuazione del nuovo Piano energetico nazionale: aspetti istituzionali, centrali idroelettriche ed elettrodotti, idrocarburi e geotermia, autoproduzione e disposizioni fiscali?”*) il cui art. 22 – per quanto in questa sede interessa – ha recepito (sostituendola) la

disciplina già introdotta dall'art. 4 della legge n. 308 del 1982, quindi confermando, peraltro senza più la previsione di alcun limite di potenza, la liberalizzazione della produzione di energia da fonti rinnovabili (ivi incluse le centrali idroelettriche); al contempo è stato comunque mantenuto il solo onere della preventiva comunicazione dell'installazione dell'impianto, da farsi al Ministero ed alle altre autorità già indicate dall'art. 4 della legge n. 308 del 1982. Peraltro, con riferimento alla costruzione dei soli impianti idroelettrici (nonché degli elettrodotti), l'art. 1, comma 2, lett. *a*, della legge n. 9 del 1991 aveva in verità previsto la necessità di un atto di autorizzazione da parte del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, da rilasciarsi previa verifica di compatibilità con il Piano Energetico Nazionale e con i Piani di bacino di cui all'art. 17 della legge n. 183 del 1989, ma tale previsione fu assoggettata al necessario recepimento in apposito regolamento governativo il quale, tuttavia, non consta sia mai stato adottato. Ancora successivamente, con il d.lgs. n. 79 del 1999 (che recepiva nel nostro ordinamento la direttiva n. 1996/92/CE, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica) fu ulteriormente confermata la liberalizzazione dell'attività di produzione dell'energia elettrica, sia pure “*nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico*” (art. 1, comma 1), al fine di sottoporla al libero regime concorrenziale tra i vari produttori, anche se fu prevista una temporanea conservazione del 50% del mercato in capo all'ENEL (art. 8, comma 1). Non fu comunque abrogata la previsione della preventiva comunicazione dell'installazione dell'impianto, di cui all'art. 22 della legge n. 9 del 1991, anche se l'art. 8, comma 4, del d.lgs. n. 79 del 1999 già preannunziava (mediante rinvio a successivi regolamenti governativi, poi non più adottati) una “*una procedura unificata e semplificata, riferita a ciascuna categoria di impianto*” per il rilascio delle necessarie autorizzazioni.

Può quindi concludersi che, prima del varo del regime dell'autorizzazione unica, e nell'ambito del processo di liberalizzazione della produzione di energia già introdotto con la legge n. 308 del 1982, al fine di costruire e, quindi, di gestire in chiave produttiva un impianto idroelettrico erano necessari i seguenti titoli, variamente disciplinati da una congerie di diverse fonti normative: la concessione edilizia, in base alle leggi in materia urbanistica ed edilizia allora vigenti, peraltro da affiancarsi, se necessario, ai necessari permessi in materia ambientale e paesaggistica, in base alle leggi vigenti; la concessione di derivazione d'acqua, in base agli artt. 7 ss. del r.d. n. 1775 del 1933; ed, infine, la preventiva comunicazione di installazione dell'impianto, da farsi alle autorità indicate dall'art. 22 della legge n. 9 del 1991. Nessuna norma, in tale complessivo quadro, risultava però delineare una giuridica connessione tra i concetti di "realizzazione" e di "gestione" degli impianti idroelettrici, come poi avvenne con il varo dell'istituto dell'autorizzazione unica nel 2003; ed anzi, in generale, a mente della definizione offerta dall'art. 2, comma 18, del d.lgs. n. 79 del 1999, il produttore di energia era inteso come "*la persona fisica o giuridica che produce energia elettrica indipendentemente dalla proprietà dell'impianto*", con chiara ed espresa divaricazione, dunque, tra il titolo di proprietà (o di disponibilità) dell'impianto e la sua gestione a fini produttivi. Né alcuna norma stabiliva che la concessione di derivazione – pur giuridicamente necessaria, ai fini della legittima apprensione dell'acqua pubblica per scopi idroelettrici e del conseguente accesso al sistema incentivante – dovesse essere rilasciata necessariamente in favore del produttore (come adesso invece impongono le norme sugli incentivi: cfr., da ultimo, l'art. 10, comma 1, del d.m. 23 giugno 2016), rimanendo pertanto sufficiente che il produttore (ad esempio, mediante accordi intercorrenti tra le parti, come nel caso tipico dei consorzi) potesse legittimamente usufruire della concessione rilasciata a terzi.

2.4. Al contempo, nessuna norma tracciava all'epoca la nozione di "soggetto responsabile" ai fini dell'accesso ai meccanismi incentivanti.

Nell'ambito del d.lgs. n. 79 del 1999 si rinveniva solo un fugace riferimento alla (comunque non definita) nozione di "soggetto responsabile" unicamente con riguardo ai produttori di energia da fonti non rinnovabili (art. 11, comma 1), laddove si prescriveva il loro obbligo di immettere nella rete nazionale una certa quantità di energia prodotta da fonti rinnovabili. Il relativo regolamento ministeriale di attuazione (approvato con d.m. 11 novembre 1999), nel disciplinare le modalità attuative di tale obbligo, aveva anch'esso operato un altrettanto fugace riferimento ai "*soggetti responsabili degli impianti?*" (con riferimento, questa volta, agli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili) laddove ebbe a prevedere che detti soggetti "*sono tenuti a comunicare al gestore della rete ogni variazione dei dati degli impianti stessi, ivi inclusa l'avvenuta entrata in esercizio*" (così l'art. 4, comma 5, del d.m. 11 novembre 1999). Ma tale fugace riferimento si ricollegava, a tutta evidenza, alla precedente nozione di "*soggetto produttore*" dell'energia da fonti rinnovabili, nozione utilizzata dal comma 3 dell'art. 4 del regolamento laddove si stabiliva che, in sede di presentazione della domanda di accesso ai meccanismi incentivanti, il "*produttore*" dovesse presentare apposita domanda al Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale indicando esclusivamente i seguenti dati: "*a) soggetto produttore, b) sede dell'impianto, c) fonte rinnovabile utilizzata, d) potenza nominale, e) data di entrata in esercizio, f) producibilità aggiuntiva, o producibilità attesa*". Analogo ed esclusivo riferimento al "*produttore*" era poi compiuto (dall'art. 5 del d.m. 11 novembre 1999) al fine di individuare il regime per la richiesta, e per la successiva emissione, dei c.d. certificati verdi. Solo in via transitoria l'art. 15, comma 2, del d.lgs. n. 79 del 1999 aveva previsto l'obbligo dei soggetti beneficiari di presentare alla competente autorità, a pena di decadenza dagli incentivi, "*le autorizzazioni necessarie alla costruzione degli impianti?*": ma ciò venne previsto unicamente al contingente fine di "*definire un*

quadro temporale certo delle realizzazioni?” degli impianti alimentati a fonti rinnovabili (che ancora non fossero entrati in esercizio alla data di entrata in vigore del decreto), quindi senza apprezzabili ricadute di sistema.

In sostanza, quindi, nel quadro normativo delineato dalle richiamate fonti, non vi era alcuna nozione di “soggetto responsabile” paragonabile a quella successivamente introdotta dalle norme entrate in vigore dopo il 2003, tale cioè da incorporare un chiaro riferimento al binomio costruzione-gestione dell’impianto e da imporre, in modo immediatamente individuabile, la titolarità della costruzione-gestione dell’impianto in capo a colui che accede(va) ai meccanismi incentivanti. Al contrario, quelle norme erano chiare – a mente della loro inequivoca formulazione letterale (cfr. anche la definizione di cui all’art. 2, comma 18, del d.lgs. n. 79 del 1999) – nel conferire esclusivo rilievo, in punto di accesso ai benefici, al solo “soggetto produttore” dell’energia, indipendentemente quindi dal possesso, in capo a lui, dei titoli per la costruzione e per la gestione dell’impianto utilizzato a tal fine.

2.5. In definitiva, all’epoca dell’accesso dell’impianto idroelettrico per cui è causa ai meccanismi incentivanti di cui al d.m. 11 novembre 1999, il quadro normativo vigente ed oggettivamente conoscibile dall’operatore economico del settore – in base alla necessaria sua ricostruzione secondo il dato testuale – non imponeva il requisito soggettivo della titolarità, in capo al produttore che aveva accesso agli incentivi, degli atti di assenso alla costruzione e/o gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili; né finanche richiedeva la coincidenza tra soggetto proprietario (o avente la disponibilità) dell’impianto e soggetto produttore dell’energia (art. 2, comma 18, del d.lgs. n. 79 del 1999).

Del resto, non è dubbio che l’impianto oggetto della presente causa fu ammesso al regime incentivante proprio “sulla base dei requisiti specificati nel Decreto MICA del 11/11/1999” (come ebbe a precisare lo stesso GRTN- Gestore della Rete di

Trasmissione Nazionale in sede di deliberazione della domanda di riconoscimento della qualifica di IAFR- Impianto Alimentato a Fonti Rinnovabili: cfr. nota prot. n. 4001326, del 23 gennaio 2004, *sub* doc. n. 6 della ricorrente) e che i conseguenti certificati verdi siano stati emessi “*ai sensi del DM 11/11/1999*” (cfr. nota del GRTN del 9 luglio 2004: doc. n. 7 della ricorrente). Non potrebbe dunque enfatizzarsi la clausola inserita nella Convenzione (stipulata nel 2008 tra il GSE e la società ricorrente, ed avente ad oggetto il ritiro dell’energia elettrica) secondo la quale “*l’impianto è soggetto al regime giuridico di cui all’articolo 13, commi 3 e 4 del D.Lgs 387/03*” (decimo puntino delle premesse), proprio perché quell’impianto era stato ammesso al regime incentivante di cui all’allora vigente d.m. 11 novembre 1999 (laddove il richiamo al regime *ex d.lgs.* n. 387 del 2003 doveva intendersi, e si giustificava, ai limitati fini delle operazioni di ritiro dell’energia); del resto, come si evince dalla clausola immediatamente successiva (undicesimo puntino delle premesse alla Convenzione, secondo cui “*il punto 5 della delibera AEEG ARG/elt 4/10 prevede che i produttori aventi la titolarità o la disponibilità delle unità di produzione non rilevanti alimentate da fonti rinnovabili [...] siano tenuti a consentire al GSE l’acquisizione [...] dei dati necessari al miglioramento della prevedibilità delle immissioni dell’energia elettrica...*”), i “*produttori*” dell’energia potevano coincidere (ma anche non coincidere) con i titolari delle unità di produzione, con ciò risultando ulteriormente confermato che il dato decisivo ai fini del meccanismo incentivante non era l’individuazione del “soggetto responsabile” (nell’accezione oggi conosciuta) quanto piuttosto del “*soggetto produttore*”, così come previsto dalle richiamate norme del d.m. 11 novembre 1999.

Quanto affermato dal GSE nelle premesse dell’impugnato provvedimento di decadenza – secondo cui “*l’idoneità e l’efficacia dei titoli autorizzativi in capo al soggetto Titolare dell’impianto e la piena rispondenza dell’intervento autorizzato a quanto effettivamente realizzato, costituiscono un requisito essenziale per il riconoscimento degli incentivi in regime di*

certificati verdi / tariffa onnicomprensiva” – può dunque trovare adesione, a patto che ci si riferisca al regime quale introdotto a seguito della novella di cui al d.lgs. n. 387 del 2003. Per gli impianti (come quello della società ricorrente) ammessi ad incentivi nel periodo anteriore, invece, simili conclusioni non sono estensibili, essendo – come visto – radicalmente differente il quadro normativo di riferimento. Nel caso di specie, pertanto, la determinazione di decadenza assunta dal GSE è viziata da un errore di fondo, che è quello di considerare necessaria, per l’impianto della ricorrente cui deve applicarsi il regime vigente *ante* 2003, la coincidenza soggettiva tra colui che beneficia degli incentivi (soggetto titolare dell’impianto) ed il titolare degli atti autorizzativi per la costruzione e l’esercizio dell’impianto medesimo (oltre che per la derivazione d’acqua). Di conseguenza, ai fini dell’accesso agli incentivi, dovevano ritenersi sufficienti i requisiti indicati dalla società ricorrente all’atto della richiesta di riconoscimento della qualifica di IAFR, ai sensi di quanto previsto dall’art. 4, comma 3, del d.m. 11 novembre 1999, con particolare riguardo alla mera indicazione di chi fosse, nella specie, il “*soggetto produttore*” dell’energia.

3. Il ricorso introduttivo è, inoltre, fondato nella parte in cui è stata invocata la prescrizione decennale, ai sensi dell’art. 2946 c.c.

Sostiene, al riguardo, il GSE che, a norma dell’art. 2935 c.c., il termine di prescrizione “*comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*” sicché, nella specie, il presupposto per l’esperibilità dell’azione restitutoria, avente ad oggetto i contributi versati alla società ricorrente, andrebbe individuato nel provvedimento di annullamento in autotutela della qualifica di IAFR: di conseguenza, la prescrizione sarebbe iniziata a decorrere solo dal giorno 10 febbraio 2016, data di adozione dell’atto di decadenza dagli incentivi (in questa sede impugnato).

Questa ricostruzione non può essere accolta, alla luce sia della giurisprudenza della Sezione in merito al carattere accertativo, e non sanzionatorio, della decadenza pronunciata dal GSE, sia della pacifica giurisprudenza di legittimità in ordine alla corretta interpretazione del concetto di “possibilità di far valere il diritto”.

Lungo il primo versante deve ricordarsi che, per lo specifico settore degli incentivi pubblici per la produzione di energia da fonti rinnovabili, la misura della “*decadenza*” dagli incentivi, nell’ipotesi in cui vengano riscontrate “*violazioni rilevanti*”, trova apposita cornice normativa nell’art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011, a norma del quale “*il GSE dispone il rigetto dell’istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate, e trasmette all’Autorità l’esito degli accertamenti effettuati per l’applicazione delle sanzioni di cui all’articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481*”. E’ quindi evidente che, in caso di accertata difformità tra i dati dichiarati in sede di domanda di accesso agli incentivi ed i dati reali, la prioritaria esigenza del legislatore, da realizzarsi proprio per mezzo della misura decadenziale (di competenza del GSE), è quella di recuperare gli incentivi indebitamente erogati, salva la successiva attivazione del (diverso) meccanismo sanzionatorio di competenza dell’A.E.E.G.S.I.– Autorità per l’Energia Elettrica, il Gas ed il Sistema Idrico (cfr. TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sent. n. 9429 del 2016). In sostanza, quindi, il provvedimento di decadenza non ha di per sé natura sanzionatoria, ma è solo accertativo della violazione rilevante commessa, essendo finalizzato al recupero delle somme indebitamente erogate. Il carattere indebito della percezione, pertanto, risale e si concretizza già al momento dell’ingiustificata elargizione delle somme, avvenuta in assenza dei presupposti di legge, ed il successivo provvedimento di accertamento emanato dal GSE rende ingiustificato – ora per allora, e man mano che vengono percepiti – il pagamento degli incentivi.

Quanto al secondo versante, deve ricordarsi che, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'impossibilità di far valere il diritto, alla quale l'art. 2935 c.c. attribuisce rilevanza di fatto impeditivo della decorrenza della prescrizione, è invero solo quella che deriva da cause giuridiche che ne ostacolano l'esercizio e non comprende anche gli impedimenti soggettivi o gli ostacoli di mero fatto, per i quali il successivo art. 2941 c.c. prevede solo specifiche e tassative ipotesi di sospensione, tra le quali, salva l'ipotesi di dolo prevista dal n. 8 del citato articolo, non rientra l'ignoranza, da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto, il dubbio soggettivo sull'esistenza di tale diritto, né il ritardo indotto dalla necessità del suo accertamento (così Cassaz., sez. lav., sent. n. 10828 del 2015; Id., sez. III civ., sent. n. 21026 del 2014).

Ne consegue che la prescrizione decennale del diritto alla restituzione dei contributi versati indebitamente non va fatta decorrere dalla data del provvedimento con cui l'amministrazione ha provveduto, con atto avente natura di accertamento, a dichiarare la decadenza dai benefici (perché in tal modo si attribuirebbe rilievo, quale impedimento di fatto invece che di diritto, alla mancata consapevolezza della circostanza per cui, nella specie, l'esercizio dell'impianto si stava svolgendo in carenza ovvero in difformità dai titoli concessori), ma va fatta decorrere dalla data di ciascuno dei diversi versamenti avvenuti.

Per l'effetto, nella specie, devono considerarsi prescritti tutti i contributi che il GSE ha versato alla società ricorrente, a titolo di c.d. certificati verdi, anteriormente al 10 febbraio 2006.

4. Il ricorso ed i motivi aggiunti non sono invece fondati (ovvero, sono inammissibili, nelle parti di seguito indicate) con riguardo alle censure che sono state sollevate rispetto alla motivazione *sub b)* del provvedimento impugnato, relativa – come detto – all'avvenuto superamento del limite di potenza derivabile

consentito dal titolo di sub-concessione per la derivazione d'acqua dal torrente Chalamy.

E' la stessa società ricorrente a riconoscere che, durante l'*iter* del procedimento volto alla variante della sub-concessione, essa “ha derivato un maggiore quantitativo di acqua rispetto a quello originariamente autorizzato con il decreto presidenziale 395 del 9/1/2002, seppur restando entro i limiti di produzione previsti nella suddetta domanda di variante” (così si legge nella memoria depositata dalla ricorrente il 27 gennaio 2017, pag. 4). E' quindi pacifico che la sub-concessione di derivazione d'acqua sia stata violata in punto di quantità d'acqua effettivamente derivata, nell'ambito dell'intervallo temporale indicato dal GSE (da gennaio 2004 a dicembre 2013).

Al riguardo non può anzitutto revocarsi in dubbio la competenza del GSE di contestare una violazione del genere, avuto riguardo alla potestà di controllo che è dalla legge rimessa a tale ente (art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011) e che deve essere esercitata secondo le modalità indicate dal d.m. 31 gennaio 2014 (recante “*Attuazione dell'articolo 42 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, sulla disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi nel settore elettrico di competenza del Gestore dei Servizi Energetici GSE S.p.a.*”). Fermo restando che spetta all'autorità concedente (nel caso, alla Regione Valle d'Aosta) il controllo circa il rispetto delle quantità d'acqua effettivamente derivate, ai fini di eventuali provvedimenti sanzionatori da adottare nei confronti del soggetto concessionario, è però anche vero che – ai limitati fini della gestione dei meccanismi incentivanti – il GSE mantiene le proprie prerogative di controllo sulla sussistenza e sulla validità del titolo necessario per l'accesso agli incentivi (nel caso, il titolo di derivazione d'acqua, per il quale – come detto – non è dubbia la giuridica sua necessità, anche per il regime *ex* d.m. 11 novembre 1999, sia pure senza identità soggettiva tra il suo formale titolare ed il soggetto produttore dell'energia): il superamento delle quantità d'acqua consentite

dal titolo di derivazione (peraltro, nel caso, protratto per lungo tempo, per l'esattezza per un intero decennio) equivale, nella sostanza, ad aver prodotto l'energia in parziale carenza di titolo, con conseguente indebito accesso agli incentivi (*in parte qua*). Risulta quindi integrata una delle violazioni rilevanti residuali, ai sensi dell'art. 11, comma 3, del d.m. 31 gennaio 2014 (secondo cui “*Al di fuori delle fattispecie di cui al comma 1, il GSE, qualora riscontri violazioni o inadempimenti che rilevano ai fini dell'esatta quantificazione degli incentivi ovvero dei premi, dispone le prescrizioni più opportune ovvero ridetermina l'incentivo in base alle caratteristiche rilevate a seguito del controllo e alla normativa applicabile, recuperando le sole somme indebitamente erogate*”).

In secondo luogo, a prescindere dalla correttezza del riferimento ai concetti tecnici di “*potenza nominale media*” e di “*portata media derivabile*” (di cui alla motivazione dell'atto impugnato), quello che conta è che, nel caso di specie, è assodato l'avvenuto superamento dei limiti di acqua pubblica derivabile indicati dal titolo di sub-concessione, in violazione dell'art. 17 del r.d. n. 1775 del 1933. Va ricordato, in proposito, che principio fondamentale della materia (di cui è espressione l'art. 35 del r.d. n. 1775 del 1933) è quello dell'onerosità della concessione di derivazione e della proporzionalità del canone all'entità dello sfruttamento della risorsa pubblica ed all'utilità economica che il concessionario ne ricava (cfr. Corte cost., sent. n. 85 del 2014). Con specifico riferimento all'utilizzazione di acque pubbliche, anche a scopo idroelettrico, da parte dei consorzi di bonifica e di irrigazione, del resto, la legge stabilisce una diretta connessione tra le quantità d'acqua effettivamente utilizzate e l'ammontare del canone (art. 166, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006: “*Per tali usi i consorzi sono obbligati al pagamento dei relativi canoni per le quantità di acqua corrispondenti*”).

Nel caso di specie, la violazione era stata accertata dalla Regione Valle d'Aosta che, con nota del 6 novembre 2014, aveva contestato al Consorzio sub-concessionario

“*il mancato rispetto delle portate massime e medie annue di prelievo*”, con conseguente “*esubero di potenza nominale dell’impianto, determinato dal maggiore prelievo di portata media annuale per gli anni dal 2002 al 2013 compresi*”, ed aveva per l’effetto provveduto a calcolare ed a richiedere il pagamento delle maggiori somme dovute dal Consorzio (cfr. la nota della Regione, inviata al GSE, del 27 ottobre 2015 – doc. n. 7 del GSE). Come detto, la stessa ricorrente, con dichiarazione resa in giudizio avente portata confessoria, ha confermato di aver derivato, in quel periodo, un maggiore quantitativo d’acqua rispetto a quello consentito dal titolo; di conseguenza, il Collegio non può che prenderne atto ai fini di valutare come corretta e ragionevole la contestazione che, in proposito, è stata sollevata dal GSE. Ne discende la non fondatezza della censura in esame.

5. Non sono poi fondate – sempre con riferimento alla indicata motivazione *sub b)* – le ulteriori censure sollevate nel ricorso introduttivo.

Quanto alla dedotta violazione dei principi in materia di autotutela amministrativa, di cui all’art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, deve ribadirsi – come di recente statuito da questa Sezione (sentt. nn. 6652 ed 11623 del 2016; n. 1819 del 2017) – che l’invocata norma non può costituire parametro di legittimità per valutare le fattispecie in cui il GSE esercita il proprio potere di accertamento ai sensi dell’art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011. Quest’ultimo, infatti, non consiste nel riesame di una determinazione precedentemente assunta in riferimento ad un’illegittimità coeva all’adozione dell’atto, ma consiste in un provvedimento adottato all’esito di un’attività di verifica e controllo con caratteristiche del tutto peculiari rispetto al citato potere (caratteristiche discendenti dalla particolare delicatezza del settore che qui viene in considerazione, quello degli incentivi alla produzione di energia da fonti rinnovabili): invero, come consentito dall’art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, tale attività di verifica può “fisiologicamente” collocarsi anche a valle del

provvedimento di ammissione al beneficio in quanto espressione di un potere immanente di verifica della spettanza del diritto agli incentivi, e può sfociare in un provvedimento significativamente dalla norma denominato di “*decadenza*”, come tale non riconducibile alla generale potestà di autotutela *ex art. 21-novies* della legge n. 241 del 1990 (cfr. quanto già affermato dalla Sezione, in specie nella sent. n. 6647 del 2016).

5.1. Né sono apprezzabili gli ulteriori profili di censura, di cui ai motivi aggiunti (nella parte in cui essi possono considerarsi attinenti alla richiamata motivazione *sub b)* dell’atto di decadenza).

Non pertinente è anzitutto l’invocazione della convenzione, stipulata (ai fini del ritiro dell’energia) il 29 gennaio 2008 tra la società ricorrente ed il GSE, nella parte in cui essa stabiliva la sanzione del recupero delle somme solo in caso di omissioni dichiarative. Come detto in precedenza, infatti, la fonte normativa che, nel caso di specie, ha legittimato l’adozione del provvedimento di decadenza, con il connesso recupero delle somme indebitamente erogate, è l’art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011 (che prevede il generale potere di controllo e sanzionatorio in capo al GSE) e non certo il testo della convenzione.

Non fondata è poi la censura con la quale si è contestato “un ingiusto e rilevante arricchimento” in capo al GSE, in tesi derivante dal provvedimento di recupero delle somme. Secondo la ricorrente il recupero integrale delle somme corrisposte per il ritiro dell’energia prodotta si porrebbe in contrasto con quanto previsto dalla richiamata convenzione per il ritiro dedicato dell’energia (la quale si riferirebbe alla restituzione solo delle somme “indebitamente” percepite dal produttore), senza al contempo considerare “che l’impianto per cui è questione ha effettivamente prodotto l’energia elettrica che GSE ha ritirato ed immesso sul mercato”. Deve qui ricordarsi che il ritiro dedicato dell’energia è disciplinato dall’art. 13 del d.lgs. n.

387 del 2003, dall'art. 1, comma 41, della legge n. 239 del 2004 nonché dalla delibera n. 280/2007 dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas e costituisce un beneficio, direttamente attribuito dalla legge, per i produttori di energia rinnovabile perché riconosce loro determinate tipologie di prezzi (si vedano gli articoli 6 e 7 della delibera AEEG n. 280/2007) senza dovere ricorrere al mercato libero, caratterizzato da una maggiore fluttuazione dei corrispettivi (cfr. TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sent. n. 14522 del 2015). Nel caso di specie, la ricorrente si duole in sostanza di una mancata compensazione tra quanto andrebbe restituito al GSE a titolo di somme incentivanti indebitamente erogate e quanto invece spetterebbe alla medesima ricorrente a titolo di compenso (dedicato) per l'energia effettivamente ritirata dal GSE ed immessa sul mercato.

Secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, tuttavia, le norme del codice civile sulla compensazione stabiliscono i presupposti sostanziali, oggettivi, del credito opposto in compensazione: liquidità – che include il requisito della certezza – ed esigibilità. Solo una volta verificata la ricorrenza dei predetti requisiti, il giudice può dichiarare l'estinzione, totale o parziale, del credito per compensazione (cfr., fra le tante, Cassazione civ., sez. un., n. 23225 del 2016).

Ora, mentre il debito della società ricorrente ha nel caso di specie i connotati della liquidità ed esigibilità, in quanto si riferisce agli importi dei certificati verdi che le sono stati effettivamente versati, il credito dalla stessa fatto valere non è invece quantificato con riguardo all'energia elettrica effettivamente prodotta e ritirata dal GSE nel corso dei vari anni: e proprio perché non è stata allegata l'entità di quanto dovrebbe scorporarsi dalle somme oggetto di restituzione, il Collegio non è messo nelle concrete condizioni per poter dovutamente apprezzare la censura in esame.

Inammissibile, in quanto generico e sfornito di prova, è infine il profilo di censura appena accennato a pag. 12 dei motivi aggiunti, secondo il quale l'atto con cui il GSE ha quantificato la somma da restituire sarebbe affetto da “gravi errori di

calcolo”. In proposito, la ricorrente sostiene che l’importo da restituire sarebbe differente, all’uopo richiamandosi al “prospetto depositato in atti (doc. n. 20)”. Ma, tra i documenti depositati dalla ricorrente, non vi è alcun “prospetto” utile alla verifica, tantomeno *sub* doc. n. 20 (che è stato depositato il 3 ottobre 2016 e che contiene solo la nota della Regione Valle d’Aosta del 30 agosto 2016).

6. In conclusione, il ricorso ed i motivi aggiunti vanno accolti unicamente nella parte in cui è stata disposta l’integrale restituzione delle somme erogate prima del 10 febbraio 2006 (in quanto ormai prescritte) nonché di quelle erogate a partire dal gennaio 2014 in poi, ossia successivamente al momento in cui è terminata l’illecita derivazione d’acqua (posto che, come dichiarato dalla Regione, quell’illecito non ha comunque comportato né la sospensione né la decadenza da suddetto titolo): per quest’ultimo periodo il provvedimento di decadenza comminato dal GSE vorrebbe infatti sorreggersi unicamente sulla riscontrata “inefficacia” dei titoli di concessione o di autorizzazione alla costruzione e/o all’esercizio dell’impianto, “inefficacia” che però, come argomentato *supra*, non è giuridicamente argomentabile.

Per il resto, il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti vanno respinti in quanto non fondati, nonché vanno dichiarati inammissibili i motivi aggiunti nella parte *supra* indicata (par. n. 5.1).

Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti, attesa sia la complessità e la parziale novità delle questioni trattate, sia la soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione terza-*ter*, definitivamente pronunciando,

a) accoglie il ricorso ed i motivi aggiunti nei limiti indicati in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nella parte in cui è stata disposta l'integrale restituzione delle somme erogate prima del 10 febbraio 2006 e di quelle erogate a partire dal gennaio 2014 in poi;

b) respinge, per il resto, il ricorso introduttivo;

c) respinge, per il resto, i motivi aggiunti ed in parte li dichiara inammissibili, come indicato in motivazione;

d) compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio dei giorni 1° marzo e 28 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere

Antonino Masaracchia, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Antonino Masaracchia

IL PRESIDENTE
Giampiero Lo Presti

IL SEGRETARIO