Pubblicato il 19/04/2023

N. 03992/2023REG.PROV.COLL.

N. 09066/2020 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9066 del 2020, proposto da -OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Germana Cassar, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Gestore dei Servizi Energetici - Gse S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Pacciani e Antonio Pugliese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Filippo Pacciani in Roma, via di San Nicola Da Tolentino, 67;

nei confronti

E- Distribuzione S.p.A. (già Enel Distribuzione S.p.a.) non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (sezione terza *ter*) n. -OMISSIS-/2020, resa tra le parti, concernente il diniego della tariffa incentivante per le serre fotovoltaiche;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gestore dei Servizi Energetici - Gse S.p.A.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visto l'art. 87 comma 4 *bis* c.p.a.;
Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 12 aprile 2023 il Cons. Carmelina Addesso e uditi per le parti gli avvocati Cassar Germana e Pacciani Filippo;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società -OMISSIS- S.r.l. (d'ora innanzi, -OMISSIS-) chiede la riforma della sentenza del TAR Lazio, sezione terza *ter*, n. -OMISSIS- -OMISSIS- che ha respinto il ricorso avverso la nota prot. -OMISSIS- del 10/10/2012 con la quale il GSE riconosceva alla ricorrente la tariffa incentivante della categoria "altro impianto fotovoltaico" di 0,189 Euro/Kwh, anziché quella maggiorata relativa alle serre fotovoltaiche prevista dall'art. 14 comma 2 del D.M. 5 maggio 2011 e pari a 0,218 Euro/Kwh.

1.1 -OMISSIS- realizzava - in forza del permesso di costruire n. 143- 2007 del 29 agosto 2007, rilasciato dal Comune di -OMISSIS-, e di successiva DIA prot. 3554 del 1 dicembre 2009 - una struttura adibita a serra sulla quale installava un impianto fotovoltaico. Poiché l'impianto risultava nella graduatoria del registro "grandi impianti" in posizione tale da rientrare nei limiti di costo previsti dal D.M. 5 maggio 2011 (Quarto Conto Energia), in data 27 febbraio 2012 l'appellante chiedeva al GSE

di essere ammessa a beneficiare delle tariffe incentivanti previste dal citato decreto per le serre fotovoltaiche.

1.2 Con nota prot. -OMISSIS- dell'8 agosto 2012 il GSE, all'esito del sopralluogo effettuato dal gestore di rete, comunicava, anche ai sensi dell'art. 10 *bis* L. 241/1990, che l'impianto sarebbe stata ammesso alla tariffa incentivante della categoria "altro impianto fotovoltaico" (0,189 Euro/Kwh) anziché a quella prevista per le serre fotovoltaiche (0,218 Euro/Kwh) considerato che "*le ipotesi di progetto e le risultanze di fatto riscontrate non consentono di classificare la struttura come serra fotovoltaica, in quanto risulta carente di elementi di chiusura della copertura e delle pareti perimetrali tali da creare un clima controllato per la coltivazione agricola sottostante. In mancanza di tali elementi, l'impianto si configura come un impianto fotovoltaico sollevato semplicemente da terra e pertanto i moduli fotovoltaici non svolgono alcuna funzione se non quella di produrre energia elettrica*".

1.3 Al preavviso di diniego seguiva il provvedimento prot. -OMISSIS- del 10/10/2012 con cui il GSE disponeva l'ammissione dell'impianto alla meno favorevole tariffa incentivante della categoria "altro impianto fotovoltaico".

1.4 Avverso il sopra indicato provvedimento -OMISSIS- proponeva ricorso al TAR Lazio che, con sentenza n. -OMISSIS- -OMISSIS-, lo respingeva. Ad avviso del Tribunale, l'impianto in questione non può essere considerato una "serra fotovoltaica" ai sensi dell'art. 14 comma 2 D.M. 5 maggio 2011 perché priva di chiusure laterali, come evidenziato non solo dal titolo edilizio rilasciato dal Comune di -OMISSIS- (relativo a un "frangisole fotovoltaico"), ma anche dalle fotografie allegate al sopralluogo svolto dal gestore di rete. Nessuna rilevanza può rivestire, secondo il giudice di primo grado, l'eventuale previsione dell'apposizione di teli stagionali amovibili, in relazione alla tipologia di colture praticate, in alcuni periodi dell'anno, dovendosi piuttosto avere riguardo al fatto che, al momento del sopralluogo e in conformità al progetto, la struttura era pacificamente priva delle chiusure laterali necessarie a qualificarla come "serra fotovoltaica" ai sensi delle

Regole Applicative. Il TAR respingeva, infine, la seconda censura relativa alla disparità di trattamento per l'asserita attribuzione ad altre strutture prive di chiusure laterali dell'incentivo "serra", in considerazione della natura vincolata dell'attività del Gestore e della mancata prova dell'identità assoluta con la fattispecie per cui è causa.

2. Con ricorso in appello ritualmente notificato e depositato la società chiede la riforma della sentenza di primo grado per i seguenti motivi:

I. ERROR IN IUDICANDO – ERRONEITA' DELLA SENTENZA PER OMESSA VALUTAZIONE DI ELEMENTI DECISIVI DELLA CONTROVERSIA CON RIFERIMENTO AL MOTIVO I DEL RICORSO DI PRIMO GRADO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 E DELL'ART. 6 DELLA LEGGE N. 241/1990 E S.M.I. ED ECCESSO DI POTERE PER ERRORE DEL PRESUPPOSTO DI FATTO, PER CARENZA DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 14 COMMA 2 DEL D.M. 5 MAGGIO 2011 E DELL'ART. 20 COMMA 5 DEL D.M. 6 AGOSTO 2010 NONCHE' DEL D.M. 19 FEBBRAIO 2007. CAPI 5.1. – 5.6.5. DELLA SENTENZA APPELLATA.

Contrariamente a quanto sostenuto dal TAR e dal GSE, è irrilevante che al momento del sopralluogo l'impianto fosse privo di coperture laterali poiché il progetto autorizzato e realizzato dalla odierna appellante è quello di una struttura serricola con coperture rimovibili in ragione delle esigenze di coltivazione. L'intervento realizzato, infatti, rispetta pienamente la definizione di "serra fotovoltaica" ai sensi del D.M. 5 maggio 2011, mentre è escluso che possa qualificarsi come "frangisole" perché il Comune ha chiarito che il permesso di costruire rilasciato si riferisce ad una "serra fotovoltaica" e che tale è il manufatto della ricorrente. Ad avviso dell'appellante, è stato ampiamente dimostrato che l'impianto in questione non è privo di coperture laterali, come asserito dal GSE, ma è dotato di coperture laterali stagionalmente rimovibili costituite da teli di plastica agganciati alla struttura con

semplici legacci che vengono apposti solo nei periodi di coltivazione verso settembre /ottobre.

II. ERROR IN IUDICANDO - ERRONEITA' DELLA SENTENZA PER CARENZA DI MOTIVAZIONE E OMESSO PRONUNCIAMENTO SU UN PUNTO DECISIVO DELLA CONTROVERSIA IN RELAZIONE AL SECONDO MOTIVO DEL RICORSO DI PRIMO GRADO - ECCESSO DI POTERE PER DISPARITA' DI TRATTAMENTO – CONTRADDITORIETA' DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO.

Erroneamente il TAR ha respinto anche il secondo motivo del ricorso di primo grado con cui si rilevava la disparità di trattamento posta in essere dal GSE che, in casi analoghi a quello della ricorrente (serre con moduli fotovoltaici e teli laterali amovibili), aveva riconosciuto la qualifica di serra fotovoltaica all'impianto e la relativa tariffa premiale. Da un lato, la natura vincolata dell'attività non consentiva al Gestore di introdurre ulteriori requisiti non previsti dalla norma (ossia, la necessità che i teli di copertura della serra fotovoltaica siano provvisti di una predeterminata tipologia di elementi di fissaggio) e, dall'altro lato, le fattispecie rispetto alle quali l'odierna appellante ha lamentato la disparità di trattamento sono fattispecie del tutto analoghe a quella per cui è causa.

3. Si è costituito il GSE che contestato la fondatezza dei motivi di appello, chiedendone la reiezione.

4. La società appellante ha depositato memoria di replica, insistendo nelle proprie difese.

5. All'udienza di smaltimento del 12 aprile 2023 la causa è stata trattenuta in decisione

6. L'appello è fondato.

7. Con il primo motivo l'appellante censura il capo della sentenza impugnata che ha escluso che l'impianto fotovoltaico della società possa essere qualificato come serra

fotovoltaica ai sensi del D.M. 5 maggio 2011, in quanto privo di chiusure laterali al momento del sopralluogo del gestore di rete. Deduce che, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice di primo grado e dal GSE, l'impianto rispetta le condizioni indicate dal citato decreto e che alla data del sopralluogo (26 giugno 2012) era ancora privo delle chiusure laterali perché il montaggio delle stesse era previsto nel periodo della coltivazione (settembre 2012).

8. Il motivo è fondato.

8.1 L'art. 14 comma 2 del D.M. 5 maggio 2011 (Quarto Conto Energia) prevede una tariffa premiale per gli impianti i cui moduli costituiscono elementi costruttivi di serre.

8.2 Le regole applicative per il riconoscimento delle tariffe incentivanti adottate dal GSE ai sensi del citato decreto recano la definizione di "serra fotovoltaica", distinguendola dal "frangisole".

8.3 In particolare, il frangisole è definito come "*struttura collegata alle superfici verticali di edifici, atta a produrre ombreggiamento e schermatura di superfici trasparenti sottostanti*", mentre la serra fotovoltaica è definita come "*struttura, di altezza minima dal suolo pari a 2 metri, nella quale i moduli fotovoltaici costituiscono gli elementi costruttivi della copertura o delle pareti di un manufatto adibito, per tutta la durata dell'erogazione della tariffa incentivante, a una serra dedicata alle coltivazioni agricole o alla floricoltura. La struttura della serra, in metallo, legno o muratura, deve essere fissa, ancorata al terreno e con chiusure fisse o stagionalmente rimovibili*".

8.4 La definizione di serra fotovoltaica non prevede tra gli elementi costitutivi che le chiusure, sebbene stagionalmente rimuovibili, siano ancorate al manufatto mediante agganci fissi. Per contro, la rimovibilità delle stesse ne presuppone logicamente il posizionamento in via non continuativa, in ragione delle esigenze della coltivazione.

9. Nel caso di specie, le evidenze documentali confermano come l'impianto in esame debba essere qualificato come serra fotovoltaica e non come frangisole poiché non

si tratta di struttura verticale collegata alla parete di edifici, ma di struttura fissa destinata alla coltivazione, con chiusure stagionalmente rimuovibili.

9.1 Dagli atti di causa, infatti, emerge che:

-il permesso di costruire rilasciato dal Comune di -OMISSIS-, sebbene faccia formalmente riferimento alla realizzazione di un frangisole fotovoltaico, riguarda, in realtà, una "serra fotovoltaica" di tipo A che può avere copertura solo stagionale (nota del Comune di -OMISSIS- n. -OMISSIS-: doc. 12 allegato al ricorso di primo grado);

-nel verbale di sopralluogo di Enel distribuzione S.p.a. del 26 giugno 2012 si specifica che l'impianto fotovoltaico rientra nella tipologia "serre" e dalle fotografie allegate risulta evidente che l'attività di coltivazione a quella data non era ancora avviata, come peraltro dichiarato a verbale dallo stesso soggetto responsabile, il quale precisava che la coltivazione sarebbe stata iniziata alla concessione della tariffa incentivante (doc. 3 allegato al ricorso di primo grado). Non risulta dal verbale di sopralluogo che il personale incaricato avesse in tale sede richiesto la dimostrazione della presenza fisica *in loco* dei teli di copertura;

- la relazione agronomica depositata in sede di osservazioni *ex* art. 10 *bis* l 241/1990 (doc. 9 del ricorso di primo grado) conferma che, all'epoca del sopralluogo dei tecnici del gestore (giugno), non vi era necessità di montare il telo per serre, il cui unico scopo è quello di proteggere dal gelo invernale le coltivazioni in essere, e che il montaggio dei teli prima dell'inizio dell'attività di coltivazione (settembre 2012) non soltanto era inutile per la coltivazione, ma avrebbe comportato l'inutile usura e il rischio di danneggiamento dei teli medesimi a causa dei forti venti di tramontana caratteristici della zona;

- i teli di copertura della serra erano stati già acquistati dall'appellante ben prima della data di entrata in esercizio dell'impianto, come dimostrato dalla documentazione fiscale datata 26 ottobre 2011 (doc. 16 del fascicolo di primo grado);

-l'attività svolta all'interno della serra consiste nella coltivazione di piante ed ortaggi (cfr. documentazione relativa all'acquisto, oltre che di teli e legacci, anche della terra concimata e delle piantine e sementi nonché relativa ai contributi Inail per il lavoratore adibito alla coltivazione della serra; doc. n.ri 18 e 19 deposito primo grado ricorrente).

9.2 Dal carattere amovibile della chiusura laterale-espressamente consentita dalla definizione di serra fotovoltaica riportata nelle regole applicative- discende che non poteva considerarsi di per sé ostativa all'ammissione alla maggiorazione il mancato montaggio dei teli al momento del sopralluogo e che siffatto elemento-ossia la presenza o meno dei teli *in loco*- avrebbe dovuto essere oggetto di approfondimento istruttorio che nella specie è mancato.

9.3 Da un lato, la società ricorrente forniva già in sede di osservazioni al preavviso di diniego evidenze documentali da cui emergeva che le colture avrebbero dovuto essere protette con teli in PVC, operanti secondo un sistema di teli in plastica direttamente montati alla struttura con legacci e un sistema di corde sali e scendi (già disponibili presso l'impianto al momento del sopralluogo, sebbene non montati), e, dall'altro lato, né dal D.M. 5 maggio 2011 né dalle regole applicative emerge che, ai fini del riconoscimento dell'intervento quale "serra fotovoltaica", l'amovibilità dei teli debba essere corredata da un sistema fisso di ancoraggio, come sostenuto dal GSE.

9.4 Sul punto, giova ancora osservare che l'art. 20 comma 5 D.M. 6 agosto 2010, a cui rinvia l'art. 14 comma 2 D.M. 5 maggio 2011, sancisce espressamente che "R*ientrano nelle tipologie di cui all'allegato 3 del decreto ministeriale 19 febbraio 2007 le serre fotovoltaiche nelle quali i moduli fotovoltaici costituiscono gli elementi costruttivi della copertura o delle pareti di manufatti adibiti, per tutta la durata dell'erogazione della tariffa incentivante, a serre dedicate alle coltivazioni agricole* o *alla floricoltura. La struttura della serra, in metallo, legno o muratura, deve essere fissa, ancorata al terreno e con chiusura eventualmente stagionalmente*

rimovibile". Anche tale disposizione è chiara nel riferire il carattere fisso alla struttura della serra e non alla chiusura che può essere stagionalmente amovibile in ragione delle esigenze della coltivazione.

10. Come chiarito da questo Consiglio di Stato, nell'indicazione di chiusura eventualmente stagionalmente rimovibile, non può non ritenersi compreso anche il tradizionale telo di plastica in PVC delle serre agricole, considerato oltretutto che ogni diversa interpretazione disattenderebbe la *ratio* della normativa in questione, che all'evidenza tende a soddisfare contestualmente non soltanto gli interessi dell'economia e della tecnica agraria, ma anche quelli, di pari se non superiore rilevanza, del risparmio energetico e della prevenzione dei cambiamenti climatici (Cons. Stato sez. VI 23 dicembre 2019 n. 8702).

10.1 La rimuovibilità stagionale della chiusura laterale delle serre esclude, inoltre, che le pareti laterali delle stesse siano elemento strutturale necessario all'impianto ed all'opera sul quale lo stesso è stato allocato, sicché "*nella categoria di opere, funzionali alla integrazione tra impianto e manufatto, non pare possano inserirsi le pareti laterali in pvc delle serre che, anche ove parzialmente mancanti, non pregiudicano - per quanto detto - il corretto funzionamento e dell'impianto fotovoltaico e della serra agricola (che mantiene una sua funzionalità a prescindere dalla sua completa chiusura laterale)*" (Cons. Stato sez II 27 marzo 2023 n. 3110).

11. La non necessità di un sistema fisso di ancoraggio, al suolo o alla struttura, delle chiusure laterali in PVC rende priva di rilievo la mancata previsione nel progetto delle strutture amovibili, in quanto si tratta di coperture apponibili con semplici legacci, di cui l'appellante ha dimostrato l'acquisto in data antecedente all'entrata in esercizio dell'impianto (cfr. fatture di acquisto depositate in primo grado).

12. Per le ragioni sopra indicate, il primo motivo di appello è fondato e deve essere accolto.

13. L’accoglimento del motivo sopra indicato determina l’accoglimento dell’appello ed esime il Collegio dall’esame dell’ulteriore motivo afferente all’eccesso di potere per disparità di trattamento.

14. Sussistono giustificati motivi, in ragione della peculiarità della controversia, per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, annullando i provvedimenti impugnati.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Sabbato, Presidente FF

Antonella Manzione, Consigliere

Carmelina Addesso, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Carmelina Addesso	**Giovanni Sabbato**

IL SEGRETARIO