Pubblicato il 24/03/2020

N. 03620/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00176/2013 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 176 del 2013, proposto da Sistemi Solari S.r.l. rappresentata e difesa dagli avvocati Germana Cassar, Andrea Leonforte, Mattia Malinverni, Daniele Rosato, Saverio Lorè, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Daniele Rosato in Roma, Via Cuboni n. 12;

contro

Gestore dei Servizi Energetici - GSE S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Pugliese, Maria Antonietta Fadel, Paolo Marzano, Filippo Pacciani e Valeria Viti ed elettivamente domiciliato presso lo studio degli stessi in Roma, Via XX Settembre n. 5;

nei confronti

Enel Distribuzione S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della nota prot. GSE/P20120171575 del 10/10/2012 inviata dal GSE alla ricorrente nella medesima data, avente ad oggetto "*l'ammissione alla tariffa incentivante*

spettante alla categoria "Altri impianti" prevista dal DM 5 maggio 2011 nella misura di 0,189 euro/kWh a partire dal 27/02/2012, per un periodo di venti anni a decorrere dalla data di entrata in esercizio dell'impianto (31/12/2011), così come notificato con comunicazione del 08/08/2012 (prot. GSE/P20120135845)", con la quale il GSE riconosceva alla ricorrente la tariffa incentivante della categoria "altro impianto fotovoltaico" di 0,189 Euro/Kwh, anziché quella relativa alle serre fotovoltaiche di cui all'art. 14 comma 2 del DM 5 maggio 2011 di 0,218 Euro/Kwh ;

- di tutti gli atti e/o provvedimenti presupposti, collegati o comunque connessi, ivi inclusa la precedente nota prot. GSE/P20120135845 dell'8 agosto 2012 avente ad oggetto "*Comunicazione dell'esito della richiesta di concessione della tariffa incentivante, ai sensi del DM 5 maggio 2011, relativa all'impianto Fotovoltaico denominato POLIGNANO A MARE, di potenza pari a 995,40 kW, ubicato in S.P. 166, s.n. 70044 Comune di POLIGNANO A MARE (BA) località C.DA CARBONELLI, identificato con il numero n. 609068, Soggetto Responsabile SISTEMI SOLARI S.R.L.*" ed il verbale di sopralluogo del 26 giugno 2012, con relativo report fotografico, effettuato da Enel Distribuzione S.p.A. e trasmesso al GSE con nota del 4 luglio 2012 (prot. GSE/A20120174131).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Gestore dei Servizi Energetici - GSE S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2020 la dott.ssa Emanuela Traina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha realizzato - in forza del permesso di costruire n. 143-2007 del 29 agosto 2007, rilasciato dal Comune di Polignano a Mare, e di successiva DIA prot. 3554 del 1 dicembre 2009 - una struttura adibita a serra sulla quale ha altresì installato un impianto fotovoltaico.

1.1. Essendo quest'ultimo risultato, nella graduatoria degli iscritti al registro "grandi impianti", in posizione tale da rientrare nei limiti di costo previsti dal DM 5 maggio 2011, in data 27 febbraio 2012 la ricorrente ha richiesto al GSE di essere ammessa a beneficiare delle tariffe incentivanti previste dalla stessa normativa (IV Conto Energia) per le serre fotovoltaiche.

1.2. In data 26 giugno 2012 Enel Distribuzione S.p.A., in qualità di gestore di rete, ha eseguito sull'impianto il sopralluogo prescritto dall'art. 9 comma 2 del citato DM 5 maggio 2011, ed ha rilevato che "*l'impianto risulta conformemente realizzato rispetto agli elaborati di progetto inviati a corredo della richiesta di iscrizione al registro, con la struttura della serra priva delle chiusure laterali*".

1.3. Con nota prot. P20120135845 dell'8 agosto 2012 il GSE, in forza degli esiti di tale sopralluogo, comunicava alla ricorrente, anche ai sensi dell'art. 10 *bis* L. 241/1990, che sarebbe stata ammessa 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*".

1.4. Il successivo 18 agosto 2012 la ricorrente presentava al GSE delle osservazioni in cui faceva presente che, su specifica indicazione del proprio consulente agronomico, l'impianto sarebbe stato chiuso tramite teli amovibili esclusivamente

nei periodi necessari in considerazione della specifica coltura eseguita, in particolar modo a partire dal mese di settembre e sino al mese di aprile, e che in ogni caso altri impianti simili erano stati, in passato, ammessi alla tariffa incentivante prevista per le serre.

1.5. Con il provvedimento impugnato (GSE/P20120171575 del 10/10/2012) il GSE, ritenuto che la documentazione prodotta a supporto delle citate controdeduzioni non evidenziava, comunque, la configurabilità di un impianto definibile "serra" ai sensi delle Regole Applicative per il riconoscimento delle tariffe incentivanti previste dal DM 5 maggio 2011, in assenza di chiusure laterali necessarie a creare un "clima controllato per la coltivazione agricola sottostante", concludeva il procedimento confermando la propria precedente valutazione e, dunque, disponendo l'ammissione della ricorrente alla tariffa incentivante della categoria "altro impianto fotovoltaico".

2. Avverso tale provvedimento è insorta con il presente mezzo di tutela la società ricorrente, la quale ne ha chiesto l'annullamento, deducendone l'illegittimità in relazione ai seguenti motivi:

I) 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 DM 5 maggio 2011 e dell'art. 20 comma 5 del DM 6 agosto 2010 nonché del DM 19 febbraio 2007.

La motivazione del provvedimento sarebbe frutto dei risultati di un sopralluogo effettuato dal competente gestore di rete (Enel Distribuzione S.p.A.) quando, però, i teli per la chiusura laterale, già acquistati dalla ricorrente, non erano montati in relazione alle esigenze delle coltivazioni sottostanti, che richiederebbero la chiusura esclusivamente nel periodo settembre – aprile, dunque si fonderebbe su un errore di valutazione dovuto a travisamento dei fatti. Il GSE avrebbe, inoltre, fondato la sua valutazione esclusivamente sulla denominazione riportata nel permesso di

costruire, senza cioè svolgere alcun accertamento effettivo e concreto sulla consistenza e funzionalità del manufatto in questione nel quale i moduli sono integrati alla falda sud della copertura della serra e dunque costituiscono una parte del tetto della serra. L'errore sarebbe ancora più evidente in considerazione del fatto che il Comune di Polignano a Mare, con la nota prot. 27365 del 5 dicembre 2012, ha attestato che l'intervento in questione è a tutti gli effetti una "serra fotovoltaica" in quanto la dizione "frangisole fotovoltaico" contenuta nel permesso di costruire sarebbe utilizzata per prassi comunale per individuare ogni organismo edilizio destinato all'attività agricola che abbia le strutture perimetrali esterne rimovibili.

II) Eccesso di potere per disparità di trattamento - contraddittorietà.

In casi analoghi (serre con moduli fotovoltaici e teli stagionali amovibili) il GSE avrebbe, invece, riconosciuto la qualifica di serre fotovoltaiche e la relativa tariffa premiale, così che il provvedimento odierno si manifesterebbe viziato anche sotto tale profilo.

3. Si è costituito in giudizio il GSE il quale ha, con articolate controdeduzioni che saranno oggetto di successivo esame, chiesto la reiezione del gravame.

4. All'udienza del 4 marzo 2020 – in vista della quale le parti hanno approfondito le proprie difese tramite il deposito di documentazione, memorie e relative repliche – il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. I motivi di censura non possono essere condivisi.

5.1. Rileva in primo luogo il Collegio che, come correttamente evidenziato dalla difesa del Gestore resistente, le Regole Applicative del Quarto Conto Energia (DM 5 maggio 2011), normativa applicabile al caso in esame, recano una specifica definizione di "*serra fotovoltaica*", nei seguenti termini: "*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. Le serre a seguito dell'intervento devono presentare un rapporto tra la proiezione al suolo della superficie totale dei moduli fotovoltaici installati sulla serra e la proiezione al suolo della superficie totale della copertura della serra stessa non superiore al 50%".

Viene invece definita "*frangisole"* la *"struttura collegata alle superfici verticali di edifici, atta a produrre ombreggiamento e schermatura di superfici trasparenti sottostanti. La lunghezza totale dell'impianto non può superare il doppio della lunghezza totale delle aperture trasparenti*";

5.2. L'art. 14 comma 2 del citato DM 5 maggio 2011, nel prevedere delle premialità per specifiche tipologie e applicazioni di impianti fotovoltaici, dispone inoltre, per quanto di interesse, che:

"*Fatte salve le disposizioni interpretative di cui all'art. 20 del decreto ministeriale 6 agosto 2010, commi 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, gli impianti i cui moduli costituiscono elementi costruttivi di pergole, serre, barriere acustiche, tettoie e pensiline hanno diritto a una tariffa pari alla media aritmetica fra la tariffa spettante per «impianti fotovoltaici realizzati su edifici» e la tariffa spettante per «altri impianti fotovoltaici». Al fine di garantire la coltivazione sottostante, le serre a seguito dell'intervento devono presentare un rapporto tra la proiezione al suolo della superficie totale dei moduli fotovoltaici installati sulla serra e della superficie totale della copertura della serra stessa non superiore al 50%*".

5.3. L'ammissione alla tariffa incentivante prevista per le serre, dovuta alla particolare capacità di efficientamento energetico che le stesse sono in grado di realizzare, è dunque subordinata alla verifica, da parte del GSE, della sussistenza dei requisiti prescritti dalle norme appena citate e, dunque, per quanto di interesse ai fini del presente giudizio, alle caratteristiche dell'ancoraggio al terreno e delle chiusure, siano esse fisse o stagionalmente rimovibili.

5.4. È pertanto onere del richiedente l'ammissione a tale tariffa incentivante dimostrare il possesso, da parte dell'impianto realizzato, di tutte le caratteristiche a tal fine prescritte dalla normativa sopra riportata.

5.5. Va ulteriormente precisato che il procedimento di ammissione agli incentivi in discorso (secondo quanto disposto dall'art. 9 del DM 5 maggio 2011) si articola in due fasi: nella prima il titolare di un impianto iscritto al registro di cui all'art. 8 dello stesso Decreto deve provvedere alla trasmissione al GSE di una comunicazione di fine lavori di realizzazione dell'impianto e di una perizia asseverata che certifichi il rispetto di quanto previsto all'allegato 3-B (cioè delle condizioni alle quali può ritenersi che l'impianto sia completato sia dal punto di vista strutturale che da quello elettrico), mentre nella seconda il gestore di rete verifica la rispondenza di quanto dichiarato nella perizia asseverata dandone comunicazione al GSE il quale, sulla scorta dei rilievi così acquisiti, dispone l'ammissione alla tariffa incentivante in questione.

5.6. Ciò premesso, reputa il Collegio che la struttura realizzata dalla società ricorrente in forza del permesso di costruire n. 2007-143 rilasciato dal Comune di Polignano a Mare il 29 agosto 2007 non possa essere considerata una "serra fotovoltaica" nei termini richiesti dalle Regole Applicative citate.

5.6.1. Infatti non solo il titolo autorizzatorio edilizio (doc. n. 5 di parte ricorrente) riguarda la realizzazione di un "frangisole fotovoltaico", ma il provvedimento impugnato e il presupposto sopralluogo svolto dai tecnici di Enel Distribuzione S.p.A. il 26 giugno 2012 riferiscono – senza contestazioni - di una struttura realizzata conformemente al progetto trasmesso a corredo dell'istanza di iscrizione al registro, che non prevede alcun tipo di chiusura laterale. Le fotografie allegate al sopralluogo svolto dal gestore di rete, parimenti, evidenziano l'esistenza di un manufatto del tutto privo di chiusure laterali, fisse o amovibili.

5.6.2. In proposito nessuna rilevanza può avere l'eventuale previsione di apporre dei teli stagionali amovibili, in relazione alla tipologia di colture praticate, in alcuni periodi dell'anno – peraltro non adeguatamente provata da parte ricorrente, essendo all'uopo non sufficiente la produzione del preventivo per l'acquisito delle stesse

(doc. 16 di parte ricorrente) – dovendosi piuttosto avere riguardo al fatto che, al momento del sopralluogo, in conformità al progetto, la struttura era pacificamente priva delle chiusure laterali necessarie a qualificarla "serra fotovoltaica" ai sensi delle Regole Applicative.

Parimenti irrilevante, per le stesse ragioni, deve ritenersi l'apposizione di teli amovibili in data successiva al sopralluogo, emergente dalla documentazione prodotta dalla ricorrente in data 23 gennaio 2020.

5.6.3. Né a diverse conclusioni può giungersi a seguito della qualificazione della struttura, da parte del Comune di Polignano a Mare con la nota prot. 27365 del 5 dicembre 2012 – dunque successiva sia alla conclusione dei lavori che al sopralluogo del gestore di rete – in termini di "serra fotovoltaica".

Sul punto infatti, indipendentemente dall'ammissibilità di un sindacato del GSE sui titoli edilizi (che parte ricorrente contesta), ad avviso del Collegio è determinante non già la qualificazione della struttura presente nel permesso di costruire, bensì il fatto che il progetto prevedesse una struttura priva di coperture laterali (sia fisse che amovibili) e che le stesse, in conformità alle previsioni progettuali, non fossero infatti presenti al momento del sopralluogo del svolto dal gestore di rete al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'incentivo in argomento.

Inoltre e per altro verso, quand'anche il manufatto in questione fosse qualificabile "serra" ai fini edilizi, ciò non determinerebbe, di per sé, l'applicazione della tariffa incentivante reclamata la quale presuppone, come già precisato, la realizzazione di una struttura che possieda le specifiche caratteristiche individuate dalle Regole Applicative, tra cui la chiusura laterale che, al momento del sopralluogo del gestore di rete, lo stesso pacificamente non possedeva.

5.6.4. Quanto sopra evidenziato determina, altresì, l'inapplicabilità al caso di specie del precedente del Consiglio di Stato invocato da parte ricorrente nelle proprie difese (sez. VI, 23 dicembre 2019 n. 8072), che ha ammesso la possibilità, ai fini

dell'ammissione all'incentivo previsto per le serre fotovoltaiche, che le chiusure prescritte dalla normativa non siano rigide né fisse bensì amovibili e precisato che tra le stesse debba ritenersi compreso anche il "*tradizionale telo di plastica in PVC*".

Nel caso di specie, infatti, ciò che viene contestato dal GSE non è il fatto che le chiusure fossero rimovibili anziché fisse, bensì la totale assenza di chiusure di qualsiasi tipo all'atto del sopralluogo, in quanto neppure previste nel progetto, così che la pronuncia non risulta pertinente.

5.6.5. Il primo motivo di ricorso va, pertanto, respinto.

5.7. Quanto alla seconda censura, con la quale viene dedotta disparità di trattamento in relazione all'asserita attribuzione ad altre strutture prive di chiusure laterali dell'incentivo "serra", rileva in primo luogo il Collegio, condividendo sul punto le difese spiegate dal GSE, che l'attività svolta da quest'ultimo nel procedimento all'esame ha carattere vincolato, in quanto ricollegata a presupposti specifici e predeterminati (*ex multis*, da ultimo, TAR Lazio, III Ter, 20 gennaio 2020 n. 646); il dedotto profilo di eccesso di potere, in quanto tipico dell'attività amministrativa discrezionale, non risulta, pertanto, neppure astrattamente configurabile.

5.7.1. In ogni caso, anche volendo prescindere da tale rilievo, l'accertamento della disparità di trattamento presuppone che l'interessato fornisca prova rigorosa dell'identità assoluta della situazione considerata (*ex multis*, Cons. di Stato, sez. III, 2 novembre 2019, n. 7478); pertanto, rilevato che parte ricorrente non ha sul punto dedotto alcun elemento concreto a supporto della doglianza, la stessa si rivela anche priva di fondamento.

6. Il ricorso va, dunque, respinto con riferimento ad ogni doglianza nello stesso articolata.

7. Le spese del giudizio vengono regolate secondo il criterio della soccombenza e liquidate nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento, in favore del Gestore Servizi Energetici – GSE S.p.A., delle spese del giudizio, che liquida nella somma di Euro 3.500,00 (tremilacinquecento/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Francesca Romano, Primo Referendario

Emanuela Traina, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Emanuela Traina	**Giampiero Lo Presti**

IL SEGRETARIO