

Pubblicato il 04/02/2021

**N. 01446/2021 REG.PROV.COLL.**  
**N. 14948/2019 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 14948 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Segata S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Saverio Marini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Villa Sacchetti n. 9;

*contro*

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Gse S.p.A. - Gestore dei Servizi Energetici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Cesare San Mauro, Antonio Pugliese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio

eletto presso lo studio dell'avv. Cesare San Mauro in Roma, via Guido D'Arezzo 2;

*A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:*

per l'annullamento

- della nota prot. GSE/P20190061912 del 27.9.2019, recante controllo, mediante verifica e sopralluogo, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del d.m. 5 settembre 2011 per l'unità di cogenerazione denominata SEGATA COGENERAZIONE A sita nel Comune di Trento (Tn) ed identificata con il codice CK79;
- nota prot. GSE/P20190040798 del 28.5.2019, recante sospensione del procedimento per richiesta integrazioni e osservazioni;
- ove occorrer possa, e nei termini precisati con il presente atto, del d.m. 5.9.2011 recante definizione del nuovo regimento di sostegno per la cogenerazione ad alto rendimento.

B) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da SEGATA SPA il 27\3\2020:

- della nota prot. GSE/P20200003905 del 27.1.2020, con la quale si è richiesta alla società ricorrente la restituzione di n. 2.568 TEE di Tipo II CAR per un importo complessivo pari ad 447.786,74 euro asseritamente percepiti indebitamente (Doc. 1 M. agg.).

C) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da SEGATA SPA il 11\11\2020 :

per l'annullamento di tutti gli atti già in precedenza impugnati in relazione a quanto previsto dall'art. 56, comma 7, del d.l. n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020, con cui è stato modificato l'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28/2011.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dello Sviluppo Economico e del Gse S.p.A. - Gestore dei Servizi Energetici;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza da remoto del giorno 18 dicembre 2020 la cons. Paola Anna Gemma Di Cesare 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 Segata s.p.a. (d'ora in avanti anche società) è titolare nel Comune di Trento di un'unità di cogenerazione ad alto rendimento – CAR che si chiama “Segata cogenerazione A” ed è distinta dal codice identificativo CK79, per la quale ha ottenuto, sotto forma di “certificati bianchi” ovvero di titoli di efficienza energetica – TEE, gli incentivi economici previsti per tali impianti ai sensi del D.M. MISE 5 settembre 2011 per gli anni 2015, 2016 e 2017.

A seguito del controllo disposto dal GSE, è però emerso che, per l'impianto in questione, l'impresa aveva ottenuto anche un contributo di euro 79.102, 99, ai sensi dell'art. 2 del d.l. 21 giugno 2013 n.69 (“Nuova Sabatini”), in violazione del divieto di cumulo degli incentivi previsto dall'art. 6 del D.M. 5 settembre 2011 citato. Il procedimento di verifica era avviato dal GSE con nota 8 giugno 2018 e con successiva nota del 28 maggio 2019 il Gestore sospendeva il procedimento, invitando la società a fornire chiarimento in merito alla violazione del divieto di cumulo degli incentivi con il contributo della “Nuova Sabatini”. Nel riscontrare tale richiesta, la società con nota 6 agosto 2019 trasmetteva il decreto del dirigente del MISE con il quale era stata disposta la revoca del contributo erogato nell'ambito della legge Nuova Sabatini, nonché la copia del versamento relativo alla restituzione al MISE di quanto ricevuto a titolo di contributo.

Il GSE concludeva il procedimento con il provvedimento 27 settembre 2019, con il quale ha disposto l'annullamento degli incentivi concessi perché *“l'operatore, al momento della richiesta di accesso al regime di sostegno...aveva percepito un altro incentivo pubblico, riconducibile ad un incentivo in conto interesse, che non rientra in quanto previsto dall'art. 6, comma 2, del DM 5 settembre 2011”*.

Con il successivo provvedimento 27 gennaio 2020 il GSE chiedeva la restituzione del controvalore corrispondente.

1.1.- Con ricorso introduttivo la società impugna il provvedimento di annullamento dai benefici riconosciuti ai sensi del DM 5 settembre 2011 per le produzioni riferite agli anni 2015, 2016, 2017, deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi:

I) *illegittimità derivata dall'illegittimità dell'art. 6 del d.m. 5.9.2011 per violazione della legge n.*

*99/2009 e per eccesso di potere sub specie di irragionevolezza e illogicità;*

II) *violazione dell'art. 97 Cost. Violazione del legittimo affidamento. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Illogicità, irrazionalità e contraddittorietà dell'attività amministrativa. Ingiustizia manifesta;*

III) *Insussistenza violazione contestata. Violazione e falsa applicazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011 e del d.m. 31.1.2014. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11, comma 3, del d.m. 5.9.2011. Violazione e falsa applicazione della Circolare 15 febbraio 2017, n. 14036. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.*

IV) *Insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela- Violazione dell'art. 21-nonies, l. n. 241 del 1990. Violazione dei principi di buona fede, certezza del diritto e legittimo affidamento ex artt. 3, 97 e 117, comma 1, cost., in relazione all'art. 1, 1° protocollo addizionale alla CEDU. Violazione del principio di proporzionalità e del principio di ragionevolezza. Sviamento di potere.*

V) *Insussistenza del potere di disporre la decadenza dagli incentivi ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011. In via subordinata: sulla illegittimità dell'art. 11, comma 3, del d.m. 5.9.2011 per contrasto con l'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011.*

1.1.- Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente impugna il provvedimento di recupero degli incentivi erogati, deducendo i seguenti vizi:

I.a) vizi autonomi del provvedimento di recupero e del provvedimento di sollecito per *“violazione di legge, eccesso di potere, illogicità, travisamento dei presupposti di fatto, sviamento, violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e dei canoni di correttezza, buona fede e leale collaborazione;*

II.a) *illegittimità derivata del provvedimento di recupero incentivi per gli stessi vizi dedotti avverso il provvedimento di annullamento degli incentivi.*

2.- Si è costituito in giudizio, con memoria di stile, l'intimato Ministero dello Sviluppo economico.

2.1.- Si è altresì costituito in giudizio il GSE, il quale chiede il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti in quanto infondati nel merito.

3.- Con ordinanza 23 aprile 2020, n. 3081, il TAR ha respinto la domanda cautelare *<<rilevato, ad un primo e sommario esame, proprio della presente fase, che: -la società ricorrente ai sensi degli articoli 38 e 47 del DPR 445/2000 dichiarava “di non incorrere nel divieto di cumulo di incentivi a norma dell’art. 6, comma 1 del DM 5 settembre 2011” (doc. 1 del fascicolo del GSE);- il GSE, in applicazione dell’art. 11, comma 3, del DM 5 settembre 2011, ha adottato il gravato provvedimento di annullamento dei benefici riconosciuti (ed il conseguente atto di recupero delle somme) sulla base dell’obiettiva difformità tra quanto dichiarato ed accertato, non attribuendo l’art. 11 cit. alcuna rilevanza ad ulteriori successive circostanze né all’elemento soggettivo del dichiarante (T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, 21/06/2016, n. 7223); -peraltro, la disposizione (art. 6 del d.m. 5.9.2011) recante il divieto di cumulo di incentivi non appare in contrasto con le sovraordinate fonti normative.*

3.1.- L’ordinanza del TAR è stata impugnata al Consiglio di Stato, che, con ordinanza n.4493/2020 ha disposto la sollecita fissazione dell’udienza pubblica, alla luce del bilanciamento dei contrapposti interessi, ex artt. 55, comma 10, e 62, comma 2, c.p.a., *<< tenuto conto anche di quanto dispone l’art. 42 comma 3 del d. lgs. 3 marzo 2011 n.28 come novellato dall’art. 56 commi 7 e 8 del recente d.l. 16 luglio 2020 n.76>>* (intervento normativo sopravvenuto al provvedimento cautelare di primo grado).

4.- Con motivi aggiunti notificati in data 9 novembre 2020 e depositati in data 11 novembre 2020 la ricorrente premette di aver già presentato istanza di riesame ai sensi dell'art. 56, comma 7, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 e *“solo per mero scrupolo”* chiede *“l’annullamento di tutti gli atti già in precedenza impugnati in relazione a quanto previsto dall’art. 56, comma 7, del d.l. n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020, con cui è stato modificato l’art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28/2011”*.

All'udienza del 18 dicembre 2020 tenutasi in modalità da remoto la causa è stata riservata per la decisione.

5.- Oggetto di impugnazione è il provvedimento di annullamento dei benefici riconosciuti all'unità di cogenerazione della ricorrente per gli anni 2015, 2016 e 2017, nonché il conseguente recupero delle somme erogate. Il provvedimento è fondato sul rilievo che la Segata spa, *“al momento della richiesta di accesso al regime di sostegno...aveva percepito un altro incentivo pubblico, riconducibile ad un incentivo in conto interesse, che non rientra in quanto previsto dall’art. 6, comma 2, del DM 5 settembre 2011”*. Tale contributo pubblico era stato erogato dal Mise nell'ambito del D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (*“Nuova Sabatini”*).

5.1.- Con il primo motivo la ricorrente deduce l'illegittimità dell'art. 6 del D.M. 5 settembre 2011 (con conseguente illegittimità dell'atto applicativo del GSE), in quanto:

-l'art. 6 ha previsto un generalizzato divieto di cumulo, laddove, invece, l'art. 30, comma 11, della legge n. 99/2009 avrebbe consentito unicamente divieti di cumulo all'interno della disciplina in tema di cogenerazione;

-in ogni caso, la disposizione sarebbe irragionevole e contraddittoria, tenuto conto che anche nelle premesse del D.M. in questione sarebbe specificato che il divieto di cumulo andasse riferito solo ad alcuni casi, relativi ad altri incentivi sempre correlati alla cogenerazione laddove si afferma che *“nel definire gli specifici incentivi previsti dalla legge 99/2009, [occorre] tenere conto degli altri strumenti previsti dalla normativa a favore della cogenerazione, garantendo la non cumulabilità di alcuni di essi ”*.

### 5.1.1.- Il motivo è infondato.

L'art. 30, comma 10, della L. 23/07/2009, n. 99, dispone che: *<<Il regime di sostegno previsto per la cogenerazione ad alto rendimento di cui al secondo periodo del comma 1 dell'articolo 6 del decreto legislativo 8 febbraio 2007, n. 20, è riconosciuto per un periodo non inferiore a dieci anni, limitatamente alla nuova potenza entrata in esercizio dopo la data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo, a seguito di nuova costruzione o rifacimento nonché limitatamente ai rifacimenti di impianti esistenti. Il medesimo regime di sostegno è riconosciuto sulla base del risparmio di energia primaria, anche con riguardo all'energia autoconsumata sul sito di produzione, assicurando che il valore economico dello stesso regime di sostegno sia in linea con quello riconosciuto nei principali Stati membri dell'Unione europea al fine di perseguire l'obiettivo dell'armonizzazione ed evitare distorsioni della concorrenza. Con decreto del Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definiti i criteri e le modalità per il riconoscimento dei benefici di cui al presente comma, nonché, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da adottare entro la medesima data, dei benefici di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 8 febbraio 2007, n. 20, garantendo la non cumulabilità delle forme incentivanti>>.*

In attuazione della richiamata disposizione legislativa il Governo con l'art. 6 del DM 5 settembre 2011, ha previsto che: *<<1. Gli incentivi di cui al presente decreto non sono cumulabili con altri incentivi pubblici o regimi di sostegno comunque denominati, fatto salvo quanto previsto ai successivi commi. 2. Il diritto agli incentivi di cui al presente decreto è cumulabile, nel rispetto delle relative modalità applicative: a) con l'accesso a fondi di garanzia e fondi di rotazione; b) con altri incentivi pubblici in conto capitale non eccedenti il 40 per cento del costo dell'investimento nel caso di impianti di potenza elettrica fino a 200 kW, non eccedenti il 30 per cento nel caso di impianti di potenza elettrica fino a 1 MW, e non eccedenti il 20 per cento nel caso di impianti di potenza superiore a 1 MW; c) con l'accesso alla detassazione dal reddito di impresa degli investimenti in macchinari e apparecchiature>>.*

La fonte legislativa sopra richiamata, nel riconoscere il regime di incentivazione per la cogenerazione ad alto rendimento specifica che tale regime di sostegno debba essere disciplinato in modo da *“perseguire l'obiettivo dell'armonizzazione ed evitare distorsioni della concorrenza”*, demandando al decreto ministeriale la disciplina delle incentivazioni, stabilendo, quale criterio direttivo espresso, quello della *“non cumulabilità delle forme incentivanti”*.

La disposizione regolamentare contestata, pertanto, è logicamente coerente con il criterio direttivo della fonte legislativa recante espressamente il divieto del cumulo degli incentivi a tutela della concorrenza.

Né può ragionevolmente sostenersi che il legislatore abbia inteso circoscrivere tale divieto al solo ambito delle incentivazioni relative alla cogenerazione.

L'interpretazione prospettata dalla ricorrente, in primo luogo, non trova conforto nell'interpretazione letterale della fonte di legge che si riferisce, in generale, alla *“non cumulabilità delle forme incentivanti”*, senza alcuna specificazione e limitazione riferita alla cogenerazione.

Al contrario, il legislatore, all'art. 30, comma 10, della legge 99/2009 si preoccupa di assicurare, nei criteri dettati al Governo, che *“il regime di sostegno sia in linea con quello riconosciuto nei principali Stati membri dell'Unione europea al fine di perseguire l'obiettivo dell'armonizzazione ed evitare distorsioni della concorrenza”*.

La diversa opzione ermeneutica tesa a restringere il campo applicativo del divieto di cumulo al solo settore della cogenerazione sarebbe, dunque, in contrasto con l'obiettivo (richiamato dallo stesso legislatore all'art. 30, comma 10 cit.) dell'Unione europea di tutela della concorrenza, che trova la sua disciplina nel Trattato europeo (TFUE). Difatti, la concorrenza è tutelata non solo attraverso le norme del Trattato che vietano alle imprese di realizzare intese ed esercitare una posizione dominante, ma anche dalle norme che vietano agli Stati membri di concedere alle imprese, con risorse pubbliche, aiuti suscettibili di alterare le



condizioni di concorrenza in quel mercato (artt. 107- 109 TFUE, che recano la disciplina sugli aiuti di Stato).

E proprio in aderenza a tali principi che il Governo, con l'art. 6 del decreto ministeriale in contestazione, stabilisce, in modo ragionevole e coerente con le fonti sovraordinate (interne e comunitarie) il divieto di cumulo tra gli incentivi, fatta eccezione per le tre ipotesi tassativamente indicate al successivo comma 2 (accesso al fondo di rotazione, incentivi in conto capitale secondo i limiti previsti, incentivi fiscali relativi all'acquisto di macchinari e attrezzature).

6.- Con la seconda censura la ricorrente lamenta che il GSE con la nota del 28 maggio 2019, laddove evidenziava che l'operatore non aveva fornito documentazione utile a comprovare l'effettiva revoca da parte del MISE del contributo erogato e la restituzione delle quote annuali già percepite, avrebbe con ciò indotto la ricorrente a fare affidamento sul fatto che, se avesse rinunciato alle agevolazioni della legge Sabatini avrebbe poi potuto trattenere gli incentivi per cui è causa; invece, il GSE, dopo aver indotto la società a restituire euro 70.000 di incentivi percepiti in virtù della legge Sabatini, ha pure disposto l'annullamento degli incentivi energetici.

6.1.- La censura non ha pregio.

Il provvedimento di annullamento dei benefici riconosciuti (ed il conseguente atto di recupero delle somme) è adottato in applicazione dell'art. 11, comma 3, del DM 5 settembre 2011 e quindi sulla base dell'obiettivo difformità tra quanto dichiarato ed accertato, non attribuendo l'art. 11 cit. alcuna rilevanza ad ulteriori successive circostanze né all'elemento soggettivo del dichiarante (T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, 21/06/2016, n. 7223). Al regime di incentivazione è infatti sotteso il principio di autoresponsabilità per cui è onere dell'interessato fornire tutti gli elementi idonei a dar prova della sussistenza delle condizioni per l'ammissione ai benefici, ricadendo sullo stesso eventuali carenze che incidano sul perfezionamento della fattispecie agevolativa e dovendosi, in tale ottica,

escludere la possibilità di integrare, dopo la scadenza del termine, l'iniziale documentazione (cfr. tra i tanti precedenti della sezione, da ultimo: sentenza n. 11406/2020).

La *ratio* di tale principio risiede nella considerazione che il quadro normativo possa assolvere ai suoi scopi e funzionare correttamente (attraverso la destinazione delle risorse agli effettivi aventi titolo) solo se i dati forniti siano conformi alla situazione reale, indipendentemente dalle condizioni soggettive dei dichiaranti (Cons. Stato, IV, 12 dicembre 2019, n. 8442; Cons. Stato, IV, n. 3014 del 2016).

Nella specie, come emerge dalla documentazione versata in atti, la società ricorrente ai sensi degli articoli 38 e 47 del DPR 445/2000 dichiarava *“di non incorrere nel divieto di cumulo di incentivi a norma dell’art. 6, comma 1 del DM 5 settembre 2011”* (doc. 1 del fascicolo del GSE).

7.- Sotto altro profilo la ricorrente lamenta che l'operato del GSE sarebbe frutto di disparità di trattamento se paragonato al caso della asserita non cumulabilità degli incentivi della Tremonti Ambiente con quelli del Conto energia, ove il GSE aveva dato agli operatori la possibilità di rinunciare agli incentivi della Tremonti Ambiente al fine di trattenere quelli del Conto energia.

7.1.- La censura non è condivisibile.

L'assunto della ricorrente è logicamente errato nella premessa, ponendo a confronto situazioni oggettive la cui pur diversa regolamentazione giuridica, uniformemente applicata a tutti i soggetti giuridici, non determina discriminazione; né la censura risulta fondata sotto il profilo della irragionevolezza, giacché le situazioni giuridiche a confronto sono sostanzialmente disomogenee, stante la diversa disciplina normativa delle agevolazioni richiamate.

8.- Con il terzo motivo la società afferma che, diversamente da quanto ritenuto dal GSE, l'altro incentivo fruito in virtù della legge Sabatini non sarebbe un

incentivo in conto interesse, ma costituirebbe un incentivo in conto capitale, in quanto l'art. 2 del d.l. 69/2013 prevedrebbe l'erogazione di un finanziamento per l'acquisto degli impianti e non per abbattere l'interesse sul debito contratto.

8.1.- La doglianza non è condivisibile.

L'art. 2, del D.L. 21/06/2013, n. 69, prevede, *“al fine di accrescere la competitività dei crediti al sistema produttivo”*, che le imprese possano accedere *“a finanziamenti e ai contributi a tasso agevolato per gli investimenti, anche mediante operazioni di leasing finanziario, in macchinari, impianti, beni strumentali di impresa...”* (comma 1);

A tal fine, *“il Ministero dello sviluppo economico concede un contributo, rapportato agli interessi calcolati sui finanziamenti di cui al comma 2...”* ovvero sui finanziamenti concessi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati all'esercizio dell'attività di leasing finanziario, nonché dagli altri intermediari finanziari iscritti nell'apposito albo.

Il contributo, pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte ricorrente, è concesso in conto interessi e non in conto capitali e ciò si desume sia dall'interpretazione letterale sia dall'obiettivo perseguito dal legislatore, volto ad accrescere la sostenibilità dei crediti erogati alle imprese da parte delle banche e degli intermediari finanziari.

9.- Con il quarto motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 21 *nonies* della legge 241/1990 e dei principi di buona fede e affidamento, considerato il lungo tempo trascorso (superiore a 18 mesi) dall'erogazione del provvedimento di ammissione agli incentivi.

9.1.- La censura non è condivisibile.

Quanto alla natura giuridica del potere esercitato dal GSE occorre preliminarmente evidenziare che, a prescindere dalla auto-qualificazione del provvedimento come di *“annullamento”* spetta al Collegio la qualificazione giuridica del potere esercitato.

Al riguardo, il Collegio non ha ragione di discostarsi dall'orientamento consolidato della sezione, proprio con specifico riguardo all'annullamento dei titoli incentivanti, con il quale si è escluso che, in base alla disciplina vigente *ratione temporis*, tale potere sia di regola manifestazione di potere di autotutela, in quanto riconducibile al potere di verifica, accertamento e controllo volto ad accertare la corrispondenza rispetto a quanto dichiarato dall'interessato (sent. 1372/2020).

Siffatto potere è, dunque, privo di spazi di discrezionalità ed ha, al contrario, natura doverosa e vincolata; esso è infatti volto non al riesame della legittimità di una precedente decisione amministrativa di natura provvedimentoale, bensì al controllo circa l'attendibilità delle dichiarazioni formulate da un privato nell'ambito di una procedura volta ad attribuire benefici pubblici: esulano quindi, in radice, le caratteristiche proprie degli atti di secondo grado e, conseguentemente, non è conferente il richiamo all'art. 21-nonies l. n. 241 del 1990.

Il GSE è, infatti, titolare di un potere immanente di verifica della spettanza di tali benefici; potere la cui sussistenza è pienamente giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e che può essere esercitato per tutta la durata dello stesso (tra le tante, cfr.: T.A.R., Roma sez. III , 01/02/2019 , n. 1289; v. anche da ultimo Adunanza Plenaria 18/2020 ove si distingue dal più ampio *genus* dell'autotutela la decadenza ex art. 42 D.lgs. 28/2011, nella formula vigente *ratione temporis*, quale vicenda pubblicistica estintiva ex tunc di una posizione giuridica di vantaggio).

10.- Con il quinto motivo la società si duole che il GSE, in omaggio al principio di proporzionalità, non avrebbe potuto disporre la decadenza *tout court* dagli incentivi, ma avrebbe dovuto esercitare il potere di decurtazione della tariffa tra il 20 e l'80 per cento in ragione dell'entità delle violazioni. E ciò anche in ossequio all'art. 1, comma 960, della legge n. 205/2017, che ha profondamente innovato il

quadro sanzionatorio in materia di energia rinnovabile, aggiungendo all'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28/2011.

10.1.- Il motivo è fondato.

L'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011, dopo aver previsto il potere di decadenza dagli incentivi esercitabile dal GSE, dispone nella sua seconda parte (quale introdotta dall'art. 1, comma 960, lett. a, della legge n. 205 del 2017), nella versione *ratione temporis* applicabile, quanto segue: *“In deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 20 e l'80 per cento in ragione dell'entità della violazione. Nel caso in cui le violazioni siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo le decurtazioni sono ulteriormente ridotte di un terzo”*.

Ne consegue che il Gestore, ancor prima di addivenire ad una pronuncia di decadenza dagli incentivi, deve per legge procedere a verificare l'applicabilità di detta “deroga”, avuto riguardo al requisito ivi menzionato (deve trattarsi di un impianto che, al momento dell'accertamento della violazione, percepisca incentivi) e calibrando la “decurtazione” in ragione dell'entità della violazione rilevata: valutazioni che, nel caso di specie, sono state del tutto omesse dal Gestore (pur venendo in considerazione una norma che, al momento dell'adozione dell'atto di decadenza, era già vigente).

Non può, in proposito, ritenersi – come sostenuto dal Gestore – che la disposizione ricordata non abbia natura immediatamente applicabile, in mancanza del decreto ministeriale previsto dall'art. 42, comma 5, lett. c-bis (secondo cui il GSE fornisce al Ministero dello Sviluppo Economico “gli elementi per la definizione di una disciplina organica dei controlli che, in conformità ai principi di efficienza, efficacia e proporzionalità, stabilisca [...] le

violazioni che danno luogo a decurtazione dell'incentivo ai sensi dell'ultimo periodo del comma 3").

Al riguardo, la sezione ha già avuto modo di chiarire che <<la formulazione dell'art. 42, comma 3, è invero chiara nell'imporre al Gestore le suddette valutazioni "in deroga", pur a prescindere dalle indicazioni ministeriali; la norma, infatti, non condiziona affatto l'applicazione della deroga all'adozione del decreto ministeriale il quale, dal canto suo, è previsto solo dalla successiva (e diversa) norma contenuta nella lettera c-bis) del comma 5. Del resto, a ragionar diversamente, si finirebbe per avallare la possibilità (come, plasticamente, avverrebbe nella fattispecie oggi *sub indice*) per cui la volontà espressa dal legislatore di ammettere una deroga al potere amministrativo di decadenza possa rimanere "congelata", a tempo indefinito, dall'inerzia del Ministero, con una sorta di comportamento "abrogante" posto in essere dal potere esecutivo avente l'effetto di porre nel nulla la norma primaria di favore, in palese stravolgimento del sistema costituzionale delle fonti>> ( sentenza 30 luglio 2019, n. 10129).

Nella fattispecie in esame, dai provvedimenti non emerge alcun apprezzamento sulla natura della violazione ai fini dell'applicazione del novellato art. 42, co. 3, seconda parte, del d.lgs. n. 28 del 2011.

Alla luce delle considerazioni svolte, la domanda di annullamento degli atti di decadenza dagli incentivi e dei conseguenti provvedimenti di recupero merita accoglimento *in parte qua*, avendo il GSE omesso di determinarsi in relazione alla sussistenza dei presupposti per procedere alla decurtazione dell'incentivo nei limiti e nei termini previsti dall'art. 42, comma 3, seconda parte, del d.lgs. n. 28 del 2011.

11.- L'accoglimento del motivo esaminato al precedente paragrafo, che determina, in esito all'annullamento degli atti gravati, l'obbligo di rinnovazione del potere esercitato da parte del GSE, esonera il Collegio dall'esame:

- delle censure, contenute nei motivi aggiunti, con i quali è dedotta l'illegittimità, per vizi propri, della nota prot. GSE/P20200003905 del 27.1.2020, con la quale si è richiesta alla società ricorrente la restituzione di n. 2.568 TEE di Tipo II CAR per un importo complessivo pari ad 447.786,74 euro asseritamente percepiti indebitamente;

-della questione, proposta in subordine, dell'illegittimità dell'art. 11, comma 3, del d.m. 5.9.2011 per contrasto con l'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011.

12.- Con il secondo atto di motivi aggiunti la ricorrente premette di aver già presentato istanza di riesame ai sensi dell'art. 56, comma 7, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 e "solo per mero scrupolo" difensivo chiede "l'annullamento di tutti gli atti già in precedenza impugnati in relazione a quanto previsto dall'art. 56, comma 7, del d.l. n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020, con cui è stato modificato l'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28/2011", prevedendo che la decadenza dall'incentivazione sia dichiarata "in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241".

12.1- I motivi non meritano accoglimento.

La legittimità del provvedimento amministrativo finale deve essere accertata con riferimento alla normativa vigente al momento della sua adozione, in ossequio al consolidato principio "tempus regit actum" (tra le tante, cfr. da ultimo Consiglio di Stato sez. V, 14/08/2020, n.5038); va dunque esclusa l'applicabilità al caso in esame delle disposizioni invocate, entrate in vigore successivamente all'esercizio del potere contestato.

13.- Le spese di lite, in ragione della parziale reciproca soccombenza, sono integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie *in parte qua* nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il

provvedimento gravato nella parte in cui il GSE ha omesso di determinarsi in relazione alla sussistenza dei presupposti per procedere alla decurtazione dell'incentivo ai sensi dell'art. 42, comma 3, seconda parte, del d.lgs. n. 28 del 2011.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio da remoto del giorno 18 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Luca De Gennaro, Presidente FF

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere, Estensore

Paola Patatini, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Paola Anna Gemma Di Cesare**

**IL PRESIDENTE**  
**Luca De Gennaro**

IL SEGRETARIO