

Publicato il 04/11/2020

**N. 11408/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 00870/2017 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 870 del 2017, proposto da Mallero Energia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Battista Conte, Berardino Iacobucci, Valeria Lanna, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Battista Conte in Roma, via Ennio Quirino Visconti, 99;

***contro***

Gestore dei Servizi Energetici S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giulio Napolitano, Maria Antonietta Fadel, Antonio Pugliese, Giorgio Vercillo, con domicilio eletto presso lo studio Giorgio Vercillo in Roma, piazza di Spagna, n. 15;

Ministero dello Sviluppo economico, Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex*

*lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

Associazione italiana dei produttori idroelettrici- Assoidroelettrica, Centrale Elettrica Dun società consortile arl, non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:***

- della graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell'art. 9 del D.M. 23 giugno 2016, collocati in posizione idonea a rientrare nel contingente di potenza previsto per impianti idroelettrici secondo quanto indicato nel Bando del 20 agosto 2016, pubblicata in data 25 novembre 2016 dal GSE;

- del provvedimento GSE/P20160101519 del 23 dicembre 2016 con il quale il GSE, comunicandone le motivazioni, ha confermato l'esclusione della Mallero Energia S.r.l. dalla graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell'art. 9 del D.M. 23 giugno 2016;

- nonché di tutti gli atti presupposti connessi e/o consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Gestore dei Servizi Energetici S.p.A., del Ministero dello Sviluppo Economico, del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2020 la dott.ssa 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 Mallero Energia s.r.l. con ricorso notificato in data 18 gennaio 2017 e

depositato in data 24 febbraio 2017, premette in punto di fatto quanto segue: in data 27 ottobre 2016 chiedeva l'iscrizione al registro ai sensi del D.M. 23 giugno 2016 (codice FER 101584) per l'intervento di nuova costruzione dell'impianto di generazione di energia elettrica da fonte idraulica ad acqua fluente sito nel Comune di Chiesa in Valmalenco (Sondrio); nella domanda era indicata una potenza dell'impianto pari a 5,000 kw, ma contestualmente era precisato che era stata indicata la cifra di 5,000 Kw al posto di quella di 8865,88 kw, posto che il programma non accettava cifre di potenza superiore; con pec del 21 e del 22 novembre 2016 la Mallero Energia confermava al GSE che la potenza nominale media annua dell'impianto, autorizzata con la concessione di derivazione a scopo idroelettrico relativa all'impianto in questione, fosse pari a 8865,88 kw, rendendosi disponibile a ricevere la tariffa incentivante anche per la minore potenza sino a 5 MW; tuttavia, in data 25 novembre 2016 il GSE pubblicava la graduatoria degli impianti iscritti al registro in posizione tale da rientrare nel contingente di potenza previsto per impianti idroelettrici, dalla quale la Mallero Energia s.r.l. era esclusa ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a) del DM 23 giugno 2016, ai sensi del quale accedono ai registri gli impianti nuovi con una potenza non superiore al valore soglia (indicato dall'art. 5, comma 1) di 5 MW, per tutte le tipologie di impianto; il medesimo art. 4, comma 2, prevedeva invece che gli impianti superiori a tale valore soglia accedono invece alle aste; tuttavia il successivo art. 12, comma 3, non stabiliva alcun contingente di potenza da mettere all'asta per gli impianti idroelettrici, con la conseguenza che tali impianti al di sopra di 5 MW erano direttamente esclusi dagli incentivi; la Mallero Energia presentava atto di intervento *ad adiuvandum* nel giudizio iscritto al TAR r.g. 9444/2016 promosso dall'Associazione italiana produttori idroelettrici Assoidroelettrica per l'annullamento del DM 23 giugno 2016; nel frattempo

con provvedimento 23 dicembre 2016, prot. P20160101519, il GSE comunicava che, in applicazione del DM 23 giugno 2016, l'impianto della ricorrente era escluso dalla graduatoria.

Tanto premesso in punto di fatto la Mallero Energia con il ricorso in epigrafe *“da valere anche con motivi aggiunti all’atto notificato il 14.9.2016”* chiede *“l’annullamento della graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell’art. 9 del D.M. 23 giugno 2016, in posizione tale da rientrare nel contingente di potenza previsto per impianti idroelettrici secondo quanto indicato nel Bando del 20 agosto 2016, pubblicata in data 25 novembre 2016 dal GSE e del provvedimento GSE/P20160101519 del 23 dicembre 2016, con il quale il GSE ha confermato l’esclusione della società ricorrente dalla graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell’art. 9 del D.M. 23 giugno 2016; nonché di tutti gli atti presupposti connessi e/o consequenziali ancorché non conosciuti”* (pag. 14 del ricorso introduttivo).

1.1.- Con un unico motivo di ricorso la società deduce la violazione degli articoli 2 e 24 del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, nonché eccesso di potere sotto vari profili.

Sostiene la ricorrente che gli atti impugnati trovano il proprio fondamento nel DM 23 giugno 2016, il quale sarebbe illegittimo per violazione dell’art. 24 e dell’art. 2, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 28 del 2011, atteso che la fonte primaria garantisce espressamente il diritto all’incentivazione anche agli impianti con potenza superiore a 5 MW. Sostiene la ricorrente che non spetta né al Gse né alla fonte regolamentare stabilire gli impianti da incentivare, posto che dai sopra citati articoli 2 e 24 del d.lgs. 28/2011 emergerebbe che *“il Ministero ha sì il potere di determinare la soglia che suddivide l’incentivazione a “registro” da quella ad “aste”*”, ma non avrebbe *“il potere di escludere del tutto l’incentivo al di sopra di una determinata soglia per una specifica fonte rinnovabile”* (pag. 10 ricorso). Ne discenderebbe il vizio della graduatoria, nonché del provvedimento di esclusione della ricorrente

dal registro assunto dal Gestore, i quali, applicando una norma illegittima, rinnegano illegittimamente il diritto dell'impianto in questione ad accedere alla graduatoria per fruire degli incentivi.

Sotto altro profilo la ricorrente deduce la violazione del principio dell'affidamento, il quale si è ingenerato in quegli operatori, i quali, come la ricorrente, fino alla data di proposizione del ricorso, si sono sempre iscritti al Registro con impianti grandi (ma al di sotto dei 10 MW che costituivano, in base al D.M. 6 luglio 2012, la soglia fra registri ed aste) non risultando mai vincitori, benché considerati idonei (la Mallero Energia aveva debitamente provveduto ad iscrivere per ben tre volte il proprio impianto ai Registri 2012, 2013 e 2014, risultando fra gli idonei non finanziati, poiché titolare di un impianto troppo grande, al quale erano preferiti quelli più piccoli. E anche ora si vede nuovamente esclusa *“perché titolare di un impianto per il quale paradossalmente la nuova disciplina ministeriale non prevede più i relativi incentivi”* (pag. 11 ricorso).

Sarebbe peraltro contrario al principio di ragionevolezza il rifiuto del GSE di incentivare almeno i primi 5 MW dell'impianto, così come richiesto dalla ricorrente nella propria domanda, considerato che tale modalità era già stata utilizzata dal GSE per gli impianti collocati agli ultimi posti della graduatoria di diverse tipologie di fonte e di natura progettuale.

Conclude la ricorrente affermando che i dedotti *“vizi del D.M. si riverberano inevitabilmente sui provvedimenti in contestazione, i quali devono essere annullati posto che violano apertamente le disposizioni nazionali in materia di incentivazione di energia da fonte rinnovabile”* (pag. 12 del ricorso).

2.- Per resistere al ricorso si è costituito il GSE, il quale chiede il rigetto del ricorso, in quanto infondato nel merito. Afferma che la disciplina del D.M. 2016, avversata dalla ricorrente, sarebbe conforme all'art. 24 del d.lgs. 28/2011, che, a differenza di quanto sostenuto nel gravame, non

garantirebbe un diritto all'incentivazione di tutti gli impianti con potenza superiore alla soglia di 5 MW. Aggiunge il GSE che l'opzione prescelta dal Ministero sarebbe proporzionata e ragionevole, considerando che, nel periodo in cui ha trovato applicazione il D.M. 2012, solo un impianto idroelettrico di potenza superiore a 5 MW (proprio quello progettato dalla società Mallero Energia) sarebbe stato iscritto nelle graduatorie in posizione non utile, mentre ben 460 impianti, di potenza inferiore a 5 MW, sarebbero stati collocati in posizione utile.

3.- In prossimità della pubblica udienza le parti hanno depositato memorie difensive e repliche ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a.

In particolare, il Gse con memoria depositata in data 11 marzo 2020 eccepisce l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse, sotto i seguenti due profili: a) per avere la ricorrente rinunciato, in fase di giudizio d'appello, all'atto di intervento *ad adiuvandum* (da valere anche con ricorso autonomo) nel giudizio di primo grado r.g. 9444/2016 promosso dall'Associazione italiana produttori idroelettrici Assoidroelettrica; b) per non aver presentato alcuna richiesta di incentivazione ai sensi del nuovo decreto ministeriale 4 luglio 2019.

4.- Alla pubblica udienza del 12 ottobre 2020 la causa è stata riservata per la decisione.

5.- In via preliminare, va respinta l'eccezione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse.

5.1.- Sotto il primo profilo di improcedibilità osserva il Collegio quanto segue.

Con riferimento al giudizio iscritto al TAR al n. r.g. 9444/2016, il Consiglio di Stato con sentenza n. 4307/2018 accerta che *“l'appellata Mallero Energia s.r.l. ha dichiarato di rinunciare- anch'esso -all'atto di intervento ad adiuvandum della società nel primo grado, a valere come ricorso autonomo, nonché ai successivi atti*

*depositati in giudizio di primo grado”.*

Conseguentemente il giudice d'appello dichiara l'improcedibilità del ricorso di primo grado n. di r.g.9444/2016, nel quale la Mallero Energia: spiegava atto di intervento *ad adiuvandum* nel ricorso proposto dall'Associazione italiana dei produttori di energia elettrica per l'annullamento del DM 23 giugno 2016; proponeva motivi aggiunti, depositati in data 9 febbraio 2017, aventi ad oggetto la domanda di annullamento della graduatoria degli impianti iscritti al registro ai sensi del DM 23 giugno 2016 e del provvedimento 23 dicembre 2016 con il quale il GSE confermava l'esclusione del GSE dalla graduatoria degli impianti iscritti al registro.

Risulta pacifico che con il ricorso in esame la Mallero Energia s.r.l. aziona la medesima pretesa fatta valere con l'atto di intervento nel giudizio r.g.9444/2016, deciso in primo grado dal TAR con sentenza favorevole n.8997/2017 e poi definito dal Consiglio di Stato con sentenza n. 4307/2018, con la quale il giudice d'appello ha preso atto dell'intervenuta rinuncia agli atti da parte dell'interveniente Mallero Energia s.r.l., dichiarando l'improcedibilità del ricorso di primo grado.

Occorre allora verificare l'effetto di tale rinuncia- che ai sensi dell'art. 84, comma 3, c.p.a., determina l'estinzione del processo- sul presente gravame.

Soccorre in proposito l'art. 310 c.p.c., applicabile al processo amministrativo per effetto del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., laddove prevede che *“per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali”.*

Ai sensi del primo comma dell'art. 310 c.p.c. *“l'estinzione del processo non estingue l'azione”*, il che comporta che la pretesa sostanziale che costituiva l'oggetto del processo estinto rimane integra ossia non pregiudicata dall'estinzione. Ciò significa che, se non è intervenuta una decadenza,

l'azione per far valere quella pretesa può essere riproposta con l'introduzione di un altro processo.

Al riguardo, la costante e risalente giurisprudenza ha sempre chiarito che, mentre la rinuncia all'azione incide sul diritto e quindi preclude ogni ulteriore tutela giurisdizionale, la rinuncia agli atti, agisce solo sul processo, la cui estinzione lascia salvo l'esercizio dell'azione in un nuovo processo (Cass. 13 marzo 1999, n.2268).

Anche il Consiglio di Stato ha chiarito che, nel processo amministrativo, la rinuncia alla domanda non va confusa con la rinuncia agli atti del giudizio atteso che, nel caso di rinuncia agli atti del giudizio, si può parlare di estinzione del processo, cui consegue una pronuncia meramente processuale, potendo essere la domanda riproposta nel caso in cui siano ancora aperti i termini per far valere in giudizio la pretesa sostanziale. Viceversa, la rinuncia all'azione comporta una pronuncia con cui si prende atto di una volontà del ricorrente di rinunciare alla pretesa sostanziale dedotta in giudizio, con la conseguente inammissibilità di una riproposizione della domanda; in quest'ultimo caso non vi può essere estinzione del processo, in quanto la decisione implica una pronuncia di merito, cui consegue l'estinzione del diritto di azione, atteso che il giudice prende atto della volontà del ricorrente di rinunciare alla pretesa sostanziale dedotta nel processo (Consiglio di Stato sez. III, 21/06/2017, n.3058).

Ne consegue l'assoluta inidoneità della pronuncia di estinzione per rinuncia agli atti ad acquistare efficacia di giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere, potendo essa acquisire tale efficacia di giudicato sul solo aspetto del venir meno dell'interesse alla prosecuzione di quel determinato processo (Cass. civ., sez. I, 23-11-2015, n. 23867) .

Ciò in quanto, l'efficacia abdicativa in ordine all'effetto sostanziale della decisione di merito, preclusiva del potere delle parti di chiedere al giudice



una nuova decisione sulla stessa controversia, va riconosciuta soltanto ad un atto che possa essere interpretato come rinuncia anche al giudicato, in quanto estesa alla sentenza già emessa ed alle sue conseguenze (Cassazione civile sez. II, 16/03/2017, n.6845).

Orbene, nella specie, la Mallero Energia non risulta aver rinunciato alla pretesa sostanziale (ovvero al “*bene della vita*” al quale aspira), ma solo agli atti del giudizio r.g.9444/2016.

Alla luce dei sopraindicati principi, tale rinuncia non risulta ostativa alla possibilità per questo Collegio di decidere la controversia nel merito, non essendo intervenuta alcuna decadenza nella proposizione dell’azione impugnatoria ed avendo parte ricorrente espressamente ribadito (sia con le memorie ex art. 73 c.p.a. sia nella discussione orale) l’interesse alla decisione nel merito.

5.2.- Anche il secondo profilo di improcedibilità è privo di fondamento.

La ricorrente ha infatti chiarito che, anche alla luce del successivo DM 4 luglio 2019, non ha ricevuto alcun finanziamento per l’impianto. Pertanto, persiste la condizione dell’azione dell’interesse ad agire.

6.- Nel merito, la ricorrente assume l’illegittimità del provvedimento di esclusione dal registro e della graduatoria dei soggetti ammessi al registro in virtù dell’illegittimità del regolamento ministeriale, laddove non consente l’incentivazione per impianti, come quello in questione, di potenza superiore a 5 MW.

Il ricorso è fondato.

L'art. 24 del D.Lgs. 3 marzo 2011, n. 28, fissa i criteri generali in forza dei quali è incentivata la produzione di energia elettrica da impianti alimentati da fonti rinnovabili entrati in esercizio dopo il 31 dicembre 2012 e demanda ad un regolamento ministeriale la definizione delle modalità per l'attuazione dei sistemi di incentivazione, “*nel rispetto dei criteri di cui ai*

*precedenti commi 2, 3 e 4” (comma 5, lett. g).*

In particolare, il decreto legislativo delega al decreto ministeriale la fissazione dei valori degli incentivi per gli impianti che entrano in esercizio a decorrere dal 1° gennaio 2013 e degli incentivi a base d'asta; le modalità con cui il GSE seleziona i soggetti aventi diritto agli incentivi attraverso le procedure d'asta; *“il valore minimo di potenza di cui ai commi 3 e 4, tenendo conto delle specifiche caratteristiche delle diverse tipologie di impianto, al fine di aumentare l'efficienza complessiva del sistema di incentivazione (art. 24, comma 5, lett. g).*

Sull'interpretazione della norma sopra citata il Collegio non ha ragione per disattendere l'orientamento già espresso dalla sezione con la sentenza 27 luglio 2017, n. 8997, annullata dal Consiglio di Stato solo con riferimento alla rinuncia e quindi in assenza di un pronuncia di merito, che abbia sconfessato l'inquadramento ermeneutico svolto in tale pronuncia.

Ed invero, il Ministero con regolamento avrebbe potuto individuare, a seconda delle specifiche caratteristiche delle diverse tipologie di impianto, *“il valore minimo di potenza”*, ossia una determinata soglia differenziatrice atta a tracciare il confine tra incentivazione “a registro” (per gli impianti con potenza al di sotto della soglia) ed incentivazione *“ad aste”* (per gli impianti con potenza al di sopra di detta soglia).

Il Ministero non avrebbe potuto altresì, come invece è stato fatto con il DM 2016, individuare una soglia oltre la quale l'incentivo risulta essere del tutto escluso per una determinata fonte di energia rinnovabile.

In base all'art. 4, comma 2, del regolamento, infatti, impianti di potenza superiore a 5 MW (potenza soglia fissata dall'art. 5, comma 1) “per tutte le tipologie di fonte rinnovabile”) potrebbero teoricamente accedere alle sole procedure d'asta. Tuttavia, l'art. 12, comma 3, del DM 2016, nell'indicare i contingenti di potenza disponibili per le procedure d'asta, quanto al settore idroelettrico non prevede la disponibilità di alcun contingente di potenza

(ciò, pur se la fonte idraulica è indiscutibilmente inclusa tra le fonti di energia rinnovabile che può accedere ai meccanismi incentivanti: cfr. artt. 2, comma 1, lett. a, e 24 del d.lgs. n. 28 del 2011).

Peraltro, nessuna rilevanza può avere la circostanza, dedotta dal GSE, che la scelta del Ministero sarebbe ragionevole e troverebbe fondamento nel fatto che, nel periodo in cui ha trovato applicazione il d.m. 6 luglio 2012, un solo impianto idroelettrico di potenza superiore ai 5 MW avesse partecipato alle procedure di iscrizione al Registro, risultando non assegnatario degli incentivi. Si tratta, infatti, di valutazioni, che non spettava al Ministero compiere e che non legittimavano l'esercizio del potere regolamentare in modo difforme da quanto stabilito dalla fonte di rango superiore, che non prevede soglie di potenza oltre le quali è possibile escludere gli incentivi per una specifica fonte rinnovabile e che, invece (come detto), abilita unicamente a stabilire una soglia che diversifichi i due diversi regimi di incentivazione (a registro, ovvero ad aste).

Alla luce di tutte le considerazioni svolte, emerge che le disposizioni del DM 23 giugno 2016 (combinato disposto fra gli artt. 4, commi 1 e 2, dell'art. 5 e 12, comma 3, del d.m. 23 giugno 2016) nella parte in cui escludono qualsiasi incentivazione per gli impianti idroelettrici di potenza nominale superiore ai 5 MW sono illegittime per contrasto con la fonte normativa gerarchicamente superiore (violazione dell'art. 4 delle pre-leggi) e vanno pertanto disapplicate (Ad. plenaria n. 3 del 2004 e Cons. Stato, V, 26 settembre 2013, n. 4778).

La disapplicazione delle disposizioni regolamentari illegittime- che è disposta in via incidentale, nei limiti della domanda proposta e ai meri fini dell'annullamento degli atti impugnati- comporta l'accoglimento (assorbita ogni ulteriore doglianza) della domanda di annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dal registro di cui al D.M. 23

giugno 2016 e della graduatoria degli impianti ammessi al registro, nella parte in cui quest'ultimo non include anche la Mallero Energia s.r.l.. Detti provvedimenti sono, infatti, illegittimi per contrasto con la fonte primaria di rango legislativo.

7.- Quanto alle spese di lite, sussistono gravi ed eccezionali ragioni per disporre la compensazione integrale, non potendosi ammettere un sindacato del GSE e un potere dello stesso di disapplicare il regolamento ministeriale, senza una inammissibile ingerenza nelle competenze (di autocontrollo della propria attività) dell'autorità titolare del potere normativo.

Le spese del contributo unificato, a norma dell'art. 13, comma 6-bis.1, del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, vanno, invece, poste a carico del GSE e dei Ministeri resistenti, che, in solido tra loro, dovranno rifonderle alla parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Compensa le spese di lite, eccetto le spese per il contributo unificato poste a carico del GSE e dei Ministeri resistenti, che, in solido tra loro, dovranno rifonderle alla parte ricorrente. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere, Estensore

Francesca Romano, Primo Referendario

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

**IL PRESIDENTE**  
**Giampiero Lo Presti**

**IL SEGRETARIO**