

Publicato il 20/07/2023

N. 07108/2023REG.PROV.COLL.

N. 04005/2020 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 4005 del 2020, proposto da Palmenergy S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Matteo Ferrario, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Gestore dei Servizi Energetici - Gse S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Segato e Antonio Pugliese, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'Avv. Andrea Segato in Roma, via Panama, n. 68; Ministero dello Sviluppo Economico, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione terza *ter*, n. 14323/2019, resa tra le parti, concernente la decadenza dalle tariffe incentivanti in relazione ad un impianto mini-eolico *onshore*;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'art. 87, comma 4 *bis*, c.p.a.;

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 di smaltimento del giorno 23 giugno 2023, tenuta da remoto, il Cons. Carmelina Addesso e uditi per le parti gli avvocati Ferrario Tommaso Matteo e Segato Andrea;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Palmenergy s.r.l. (d'ora in avanti, "la società") ha impugnato la sentenza segnata in epigrafe che ha dichiarato improcedibile il suo ricorso principale avverso il provvedimento prot. GSEWEB/P20170243807 del 27 dicembre 2017, con cui il GSE aveva dichiarato la decadenza dell'impianto eolico dalla graduatoria pubblicata il 26 luglio 2013 in relazione al registro EOLN_RG2013 e dalla graduatoria pubblicata il giorno 8 agosto 2014 in relazione al registro EOLN_RG2014, con conseguente diniego di ammissione alle tariffe incentivanti, ed ha respinto il ricorso per motivi aggiunti avverso il successivo provvedimento con cui il gestore aveva convalidato il diniego di accesso ai meccanismi di incentivazione.

1.1. La società appellante è titolare di un impianto mini-eolico *onshore* con potenza pari a 0,100 MW sito nel Comune di Viggiano (Potenza), autorizzato con PAS presentata in data 24 gennaio 2013.

1.2. Dopo aver ottenuto l'iscrizione al Registro EOLN_RG2014, la società presentava una nuova richiesta di accesso ai meccanismi incentivanti di cui al D.M. 6 luglio 2012. Con provvedimento del 27 dicembre 2017 il GSE comunicava la decadenza della società dal registro sulla base di un'asserita riconducibilità dei soci

di minoranza alla medesima compagine societaria, parimenti di minoranza, della società Ecomotiva S.r.l., titolare di impianto eolico *onshore* contiguo al suo.

1.3 La decadenza veniva disposta in ragione dell'asserita configurazione di un artato frazionamento, comprovato dall'identità della compagine sociale di minoranza delle due società e dalla contiguità delle particelle catastali ove erano ubicati gli impianti i quali dovevano, conseguentemente, essere ricondotti ad un unico soggetto responsabile e considerati come un unico impianto di potenza cumulativa pari alla somma delle potenze degli impianti di ciascuna società (0,100 Mw+0,100Mw = 0,200 MW).

2. Con ricorso al TAR Lazio la società impugnava il provvedimento di decadenza e con successivi motivi aggiunti anche il provvedimento di convalida del diniego di tariffe incentivanti comunicato in data 6 febbraio 2019.

3. Il Tribunale adito, con sentenza n. 14323/2019, ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo e ha respinto il ricorso per motivi aggiunti presentati dalla società, rilevando che: *i*) con l'adozione del provvedimento di convalida del 6 febbraio 2019 era venuto meno l'interesse all'impugnazione del provvedimento del 27 dicembre 2017 (oggetto del ricorso principale), posto che detto provvedimento, in pendenza del giudizio, era stato sostituito, a seguito di rinnovata motivazione, dal provvedimento di convalida, atto innovativo e dotato di autonoma efficacia lesiva e, come tale, idoneo a rendere priva di ogni utilità la pronuncia sul ricorso proposto avverso il precedente provvedimento; *ii*) il ricorso per motivi aggiunti era infondato nel merito poiché, in primo luogo, ai sensi dell'art. 21 *nonies*, comma 2, l. 241/1990 la p.a. poteva adottare provvedimenti di convalida giustificati da motivi di interesse generale e, in secondo luogo, la ragione alla base della convalida era stata correttamente esposta e risiedeva nell'interesse pubblico al "*corretto riconoscimento dei vantaggi economici previsti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, secondo un principio di imparzialità e di par condicio tra i richiedenti i benefici*". Anche sul piano

istruttorio il provvedimento risultava inoltre sorretto da elementi gravi, precisi e concordanti in ordine alla configurabilità dell'artato frazionamento.

4. Avverso tale pronuncia la società ha proposto ricorso in appello articolato in due motivi.

4.1 Con la prima doglianza ha lamentato l'erroneità della sentenza nella parte in cui, rigettando il ricorso per motivi aggiunti, aveva ricondotto l'impianto della società Palmenergy S.r.l. e quello della società Ecomotiva S.r.l. alla stessa proprietà e aveva individuato un unico soggetto responsabile. Al contrario, non qualunque collegamento tra società sarebbe idoneo ad alterare l'equilibrata e proporzionata distribuzione di incentivi economici e dunque a determinare la decadenza dai benefici incentivanti; nel caso di specie, il bene giuridico tutelato, quello dell'equa distribuzione degli incentivi non poteva risultare scalfito, tenuto conto della sola minoritaria coincidenza di alcuni soci di Palmenergy S.r.l ed Ecomotiva S.r.l.

4.2 Con il secondo motivo ha sostenuto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto esistenti i presupposti per l'esercizio del potere di convalida. L'errata percezione del collegamento societario esistente e delle conseguenze che dallo stesso derivavano privava di fondamento il potere di convalida esercitato dal GSE, dal momento che non sussisteva la necessità di rinnovare la precedente decisione sulla base di un interesse pubblico al *“corretto riconoscimento dei vantaggi economici previsti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, secondo un principio di imparzialità e di par condicio tra i richiedenti i benefici”*.

5. Si è costituito in giudizio il GSE che con successiva memoria ha controdedotto alle difese avversarie, chiedendone la reiezione.

6. Entrambe le parti hanno depositato memorie conclusive, insistendo nelle rispettive difese.

7. All'udienza pubblica di smaltimento del 23 giugno 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. L'appello è fondato e deve essere accolto.

8.1 Deve preliminarmente osservarsi che l'appellante non ha impugnato il capo della sentenza che ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso introduttivo avverso il provvedimento di decadenza, ma ha incentrato le proprie doglianze esclusivamente sui capi della decisione che hanno respinto i motivi aggiunti avverso il provvedimento di convalida. Conseguentemente, il capo della sentenza che ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso introduttivo è passato in giudicato.

9. Con il primo motivo di gravame la società lamenta l'erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 2, d.m. 6 luglio 2012 e del paragrafo 1.3.3.2 delle relative procedure applicative. A suo avviso le conclusioni del giudice di primo grado, secondo cui un qualsiasi collegamento societario, anche di minoranza e non qualificato, determinerebbe la decadenza dall'incentivo conduce a conseguenze irragionevoli e sproporzionate poiché prescinde da ogni indagine relativa al reale "effetto cumulo" che da tale collegamento discende. La mera partecipazione minoritaria di un medesimo soggetto in entrambe le società, di per sé qualitativamente ininfluyente, non può determinare la decadenza dal beneficio poiché la presenza di un investitore al 31% in una società e al 49% nell'altra (o di tre che assommati arrivino alle stesse percentuali) che, in luogo di investire nell'80% di una sola di queste, abbia preferito diversificare il rischio e suddividere l'investimento in due società, senza raggiungere l'intero neanche in una sola di queste (nemmeno se, per assurdo, si sommassero le percentuali detenute in una e nell'altra società), non consente di riqualificare le due iniziative in un'unica. A diverse conclusioni non conducono nemmeno gli elementi fattuali evidenziati dal GSE e dal TAR, tra cui la circostanza che il medesimo soggetto abbia rivestito la medesima funzione in entrambe le società, poiché siffatta evenienza è assai frequente nell'ambito delle società operanti nel campo delle energie da fonti rinnovabili, ben potendo essere richiesto da parte dei soggetti finanziatori che l'amministratore unico sia soggetto

oltre che di indiscussa probità anche di capacità ed esperienza. Del pari, la presentazione contestuale della pratica edilizia non risulta vulnerare l'ordinario assetto distributivo di pubbliche provvidenze.

9.1 Il motivo è fondato.

9.2 L'art. 5, comma 2, lett. b), del D.M. 6 luglio 2012 sancisce che più impianti alimentati dalla stessa fonte, nella disponibilità del medesimo produttore o riconducibili, a livello societario, a un unico produttore e localizzati nella medesima particella catastale o su particelle catastali contigue si intendono come unico impianto di potenza cumulativa pari alla somma dei singoli impianti.

9.3 Al fine di integrare la fattispecie devono quindi ricorrere due presupposti: *i*) uno oggettivo, ossia la localizzazione degli impianti nella medesima particella catastale o su particelle catastali contigue; *ii*) uno soggettivo consistente nella riconducibilità degli impianti, a livello societario, ad un unico produttore.

9.4 L'art. 1.3.3.2 delle Procedure applicative adottate dal GSE ai sensi dell'art. 24, comma 1, D.M. 6 luglio 2012 sancisce che, ai fini dell'applicazione di quanto disposto dall'articolo 5, comma 2, lett. b), del decreto: *i*) si definiscono contigue le particelle catastali fisicamente confinanti o separate da strade, altre infrastrutture lineari o corsi d'acqua o da una superficie la cui area è inferiore al 20% della superficie della particella di dimensioni maggiori; *ii*) si intendono soggetti riconducibili ad un unico soggetto responsabile le persone giuridiche collegate, controllanti e/o controllate, ai sensi dell'articolo 2359 c.c., nonché le persone giuridiche che esercitano attività di direzione e coordinamento, ai sensi dell'articolo 2497 c.c., o nei confronti delle quali sia ravvisabile, dall'analisi degli elementi oggettivi e soggettivi, un sostanziale collegamento societario.

9.5 Nel caso di specie l'appellante non contesta il presupposto oggettivo, consistente nella localizzazione dei due impianti nella disponibilità, rispettivamente, della Palmenergy S.r.l e della Ecomotiva S.r.l. su particelle contigue, ma ritiene

insussistente il presupposto soggettivo, rappresentato dal sostanziale collegamento societario, poiché la mera coincidenza di alcuni soci di minoranza delle due società non sarebbe, di per sé, sufficiente a comprovare l'unicità dell'investimento dal punto di vista sostanziale.

9.6 Al riguardo deve rammentarsi che nel decidere una fattispecie analoga a quella per cui è causa (relativa alla sufficienza, al fine di ritenere provato il sostanziale collegamento societario tra responsabili di impianti eolici *on-shore*, della detenzione, ad opera dell'amministratore unico di una società, di una partecipazione minoritaria pari al 33,34% nell'altra, la Sezione (24 novembre 2022, n. 10349 e 25 novembre 2022, n. 10404, che hanno riformato rispettivamente le sentenze del TAR Lazio n. 10052/2019 e n. 5656/2019, richiamate, quali precedenti conformi, dalla sentenza impugnata) ha sottolineato l'insufficienza dell'elemento indiziario basato sull'addotto intreccio di una quota societaria di minoranza in una delle imprese e l'amministrazione dell'altra allorché non venga quanto meno dedotto che il socio di minoranza si sia ingerito nella gestione della società, o vi abbia esercitato alcuna influenza dominante. La mera partecipazione di minoranza in una società da parte chi riveste una carica sociale nell'altra, in difetto di ulteriori elementi che ne dimostrino l'effettiva ingerenza nella gestione, costituisce indizio che non possiede quei requisiti di gravità, precisione e concordanza imprescindibili ai fini della rilevanza probatoria. L'onere della prova del collegamento tra imprese ricade, infatti, sulla parte che ne affermi l'esistenza e la dimostrazione deve necessariamente fondarsi su elementi di fatto univoci, non suscettibili cioè di letture alternative o dubbie, desumibili dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti (ossia dal loro assetto interno, personale o societario).

9.7 I principi affermati dalle ricordate sentenze si attagliano anche al caso di specie atteso che, come osservato dall'appellante, il sostanziale collegamento societario è stato ravvisato dal GSE nella mera detenzione da parte delle società Downstream –

Energia S.r.l. e Fin.Arge. S.r.l. di quote di minoranza nelle società Palmenergy S.r.l. e Ecomotiva S.r.l., senza che venisse ulteriormente rilevata e dedotta la capacità dei soci di minoranza di ingerirsi nella gestione di entrambe le società.

9.8 In particolare il Gestore ha rilevato che Downstream – Energia S.r.l. deteneva, al momento della richiesta di iscrizione ai due Registri EOLN_2013 ed EOLN_2014, il 9,17% del capitale sociale di Ecomotiva S.r.l., la Fin.Arge. S.r.l. il 12,5% ed Extrema Thule S.r.l. il 12,5% e che, alla medesima data, le stesse persone giuridiche risultavano, rispettivamente, proprietarie del 14,1% (Downstream Energia S.r.l.), del 28,06 % (Fin.Arge. S.r.l.) e del 7,41% (Extrema Thule S.r.l.) del capitale sociale di Palmenergy.

9.9 La mera detenzione di partecipazioni di minoranza in entrambe le società costituisce un indizio privo dei requisiti della gravità, precisione e concordanza poiché di valenza non univoca, potendo rappresentare una mera diversificazione dell'investimento in capitale di rischio piuttosto che un'ipotesi di artato frazionamento, sicché è del tutto inidoneo, ove non corroborato dalla prova del reale potere di ingerenza dei soci di minoranza nella gestione sociale, a dimostrare l'unicità del centro decisionale e di gestione che costituisce il presupposto essenziale del collegamento societario.

10. A diverse conclusioni non conducono gli ulteriori elementi di fatto su cui si fonda il provvedimento impugnato e relativi a: *i*) l'identità della persona fisica che ha ricoperto, in epoche diverse, la carica di amministratore unico in entrambe le società; *ii*) la coincidenza delle date di richiesta del titolo autorizzativo relative ai due impianti, delle date di inizio dei lavori, delle date di entrata in esercizio, della data di accettazione del preventivo di connessione.

10.1 Quanto al primo profilo, la circostanza che il medesimo professionista sia chiamato a rivestire, in distinti periodi temporali, la carica di amministratore unico in più società operanti nel campo delle energie rinnovabili non è sintomatica, di per

sé, del sostanziale collegamento societario poiché l'esperienza maturata nel settore e le capacità manageriali dimostrate sul campo ben possono giustificare la scelta del medesimo professionista, in assenza di elementi atti a dimostrare che l'identità della scelta risponda, invece, a diverse finalità.

10.2 Quanto al secondo profilo è stato chiarito nelle sentenze richiamate che nemmeno le coincidenze di date relative alla fase burocratica e costruttiva risultano decisive ai fini di desumerne la fattispecie di artato frazionamento. Effettivamente è plausibile che professionisti, i quali in un piccolo centro (quale è anche il Comune di Viggiano ove è ubicato l'impianto per cui è causa) verosimilmente curano molteplici pratiche simili, si organizzino per assolvere gli adempimenti burocratici nelle medesime giornate. Le date riferite all'esecuzione dei lavori ed all'avvio della gestione rimangono, poi, condizionate sia da professionisti ed imprese incaricati, che logicamente cercano di far convergere gli adempimenti relativi ad incarichi in aree limitrofe, in modo da massimizzare il guadagno, sia da E-distribuzione, che impone il proprio calendario, al quale è finalizzata l'organizzazione dell'impresa costruttrice. (Cons. Stato, sez. II, 25 novembre 2022, n. 10404, cit).

10.3 Anche sotto quest'ultimo profilo pertanto emerge il difetto di motivazione del provvedimento impugnato, diversamente da quanto ritenuto dal TAR.

11. L'accoglimento del primo motivo di appello consente di ritenere assorbito il secondo motivo relativo all'illegittimità del provvedimento di convalida per violazione dell'art. 21 *nonies* l. 241/1990, il cui eventuale accoglimento non riveste più alcun interesse per l'appellante.

12. La complessità fattuale e giuridica della vicenda giustifica la compensazione tra le parti costituite delle 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 appellata, accoglie il ricorso per motivi aggiunti e annulla il provvedimento di convalida impugnato in primo grado;

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 23 giugno 2023, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 87, comma 4 *bis*, c.p.a., con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Giovanni Sabato, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere

Carmelina Adesso, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE
Carmelina Adesso

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO