



[Indietro](#)

Publicato il 27/07/2017

N. 08997/2017 REG.PROV.COLL.
N. 09444/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 9444 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PRODUTTORI IDROELETTRICI-ASSOIDROELETTRICA, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Battista Conte, Valentina Petri, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Battista Conte in Roma, via Ennio Quirino Visconti, 99;

contro

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO E DEL MARE, MINISTERO DELLE POLITICHE AGRICOLE ALIMENTARI E FORESTALI, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

GESTORE DEI SERVIZI ENERGETICI– G.S.E. S.P.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Vercillo, Giulio Napolitano, Antonio Pugliese, con domicilio eletto presso lo studio Giorgio Vercillo in Roma, piazza di Spagna, 15;

nei confronti di

Tutti i soggetti inseriti nella “*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*”

(Codice identificativo del Registro: IDRO_RG2016), pubblicata dal GSE in data 25 novembre 2016 (notifica effettuata con pubblici proclami, a seguito dell'ordinanza n. 94 del 2017 di questa Sezione);

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

MALLERO ENERGIA S.R.L., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Battista Conte, Valeria Lanna, Berardino Iacobucci, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Battista Conte in Roma, via Ennio Quirino Visconti, 99;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare,

- del decreto del Ministro per lo Sviluppo Economico del 23 giugno 2016, recante la disciplina in materia di incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico e limitatamente alle seguenti disposizioni: art. 2, comma 1, lett. *a*, numero *ii*), alinea; art. 4, comma 3, lett. *b*; art. 4, comma 3, lett. *f*; art. 4, commi 9, 10 ed 11; All. 2, par. n. 1.1.1; combinato disposto fra gli artt. 4, commi 1 e 2, 5 e 12, comma 3; art. 22; art. 4, comma 5; nonché, con i motivi aggiunti depositati il 21 ottobre 2016:

- delle “*Procedure applicative*” pubblicate dal GSE il 15 luglio 2017;

nonché, con i motivi aggiunti depositati il 25 gennaio 2017:

- della Graduatoria degli Impianti iscritti nel Registro in posizione utile, pubblicata il 25 novembre 2016;

nonché, con i motivi aggiunti, proposti dalla sola MALLERO ENERGIA S.R.L.,

ut supra rappresentata e difesa, e depositati il 9 febbraio 2017:

- della medesima graduatoria pubblicata il 25 novembre 2016;

della nota del GSE, prot. n. 101519, del 23 dicembre 2016, con la quale è stata confermata l'esclusione della società dalla graduatoria già pubblicata;

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

Visto l'atto collettivo di costituzione in giudizio del Ministero dello Sviluppo Economico, del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, nonché l'atto di costituzione in giudizio del Gestore dei Servizi Energetici- G.S.E. s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2017 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con decreto del 23 giugno 2016 il Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e con il Ministro delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali, ha adottato un regolamento, recante *“Incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico”*, con la finalità di *“sostenere la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili attraverso la definizione di incentivi e modalità di accesso semplici, che promuovano l'efficacia, l'efficienza e la sostenibilità degli oneri di incentivazione in misura adeguata al perseguimento degli obiettivi stabiliti nella Strategia energetica nazionale nonché il graduale adattamento alle Linee guida in materia di aiuti di Stato per l'energia e l'ambiente di cui alla comunicazione della Commissione europea (2014/C 200/01)”* (così l'art. 1 del d.m. in parola).

Si tratta del decreto con il quale, a norma dell'art. 24 del d.lgs. n. 28 del 2011, sono state stabilite ed aggiornate le modalità incentivanti per la produzione di

energia elettrica da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico, già previste nel precedente d.m. 6 luglio 2012 (*“Attuazione dell'art. 24 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, recante incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici”*) il quale, all'art. 3, commi 3 e 4, aveva stabilito che con successivi provvedimenti avrebbero dovuto essere aggiornati i contingenti per i registri, le aste ed i rifacimenti, nonché le tariffe. Con il nuovo regolamento, pertanto, alla luce dell'esperienza già maturata e degli esiti delle procedure di iscrizione al registro e di aste al ribasso (già svolte dal G.S.E.– Gestore dei Servizi Energetici s.p.a. in attuazione del predetto d.m. 6 luglio 2012), si è inteso *“assicurare continuità di sviluppo della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, utilizzando le facoltà previste in particolare dalla comunicazione (2014/C 200/01) per il primo periodo di transizione”* e si è pertanto stabilito *“di fare ricorso ai predetti meccanismi incentivanti per un ulteriore biennio”* (così le premesse del d.m. 23 giugno 2016).

Per quanto più specificamente interessa in questa sede, con il nuovo regolamento sono state disposte le norme sui meccanismi incentivanti anche per il settore idroelettrico, alcune delle quali formano oggetto della presente causa che è stata introdotta dall'Associazione Italiana dei Produttori Idroelettrici–Assoidroelettrica, associazione rappresentativa delle imprese che, per l'appunto, svolgono l'attività di produzione di energia da fonte idroelettrica. L'associazione ricorrente, ritenendo che *“in alcune sue parti il decreto omette di perseguire gli intenti dichiarati”* discostandosi quindi *“in modo illegittimo dagli obiettivi imposti dal d.lgs. 28/2011 e dalla normativa comunitaria in materia”*, ha in particolare impugnato le seguenti disposizioni del d.m. 23 giugno 2016:

1) art. 2, comma 1, lett. *a*, numero *ii*), capoverso, laddove viene fornita la definizione di *“nuovo impianto”* (così letteralmente: *“Un impianto alimentato da fonti rinnovabili è considerato un «nuovo impianto» quando è realizzato, utilizzando componenti nuovi o rigenerati, in un sito sul quale, prima dell'avvio dei lavori di costruzione, non era presente, da almeno cinque anni, un altro impianto, o le principali parti di esso, alimentato*

dalla stessa fonte rinnovabile”): rispetto alla previgente definizione di cui al d.m. 6 luglio 2012, mediante l'introduzione dell'inciso “*o le principali parti di esso*”, la nuova normativa, in modo irragionevole, finirebbe con il disincentivare il recupero di vecchi mulini o di opere ormai dismesse “rendendo preferibile l'uso di nuovo territorio, senza un'apparente valida motivazione, né dal punto di vista della salvaguardia ambientale, né da quello del perseguimento di una strategia economica”, così contrastando anche “con tutto quanto disposto dal d.lgs. 42/2004 in materia di conservazione del paesaggio, di tutela del territorio e di recupero dei fabbricati esistenti”;

2) art. 4, comma 3, lett. *b*, secondo cui “*Possono accedere direttamente ai meccanismi di incentivazione di cui al presente decreto: [...] b) gli impianti idroelettrici di potenza nominale di concessione fino a 250 kW che rientrano in una delle seguenti casistiche: i. realizzati su canali artificiali o condotte esistenti, senza incremento né di portata derivata dal corpo idrico naturale, né del periodo in cui ha luogo il prelievo; ii. che utilizzano acque di restituzioni o di scarico di utenze esistenti senza modificare il punto di restituzione o di scarico; iii. che utilizzano salti su briglie o traverse esistenti senza sottensione di alveo naturale o sottrazione di risorsa; iv. che utilizzano parte del rilascio del deflusso minimo vitale al netto della quota destinata alla scala di risalita, senza sottensione di alveo naturale*”: secondo la ricorrente, mediante questa norma sarebbero stati esclusi dall'accesso diretto agli incentivi “gli impianti di piccole dimensioni” (ossia, “i piccoli impianti idroelettrici con potenza nominale fino a 50 kW”) determinando così una “drastica frenata” per la crescita della produzione di energia da fonte rinnovabile; tutto questo contrasterebbe con l'art. 24, comma 3, lett. *a*, del d.lgs. n. 28 del 2011, che introduce il principio della diversificazione degli incentivi per fonte e per scaglioni di potenza, nonché con il principio (di matrice euro-unitaria) del legittimo affidamento in quanto, sulla base della normativa precedentemente in vigore, “moltissimi imprenditori hanno fatto un ragionevole affidamento sull'accesso diretto a degli incentivi di cui si trovano ora improvvisamente privati”;

3) art. 4, comma 3, lett. *f*, laddove si ammettono all'accesso diretto ai meccanismi

incentivanti “*gli impianti realizzati con procedure ad evidenza pubblica da amministrazioni pubbliche, anche tra loro associate, ivi inclusi i consorzi di bonifica, aventi potenza fino al doppio del livello massimo indicato alle lettere da a) a c)*”: in questo modo si determinerebbe “una ingiustificata compressione dell’assetto concorrenziale del mercato in quanto gli enti pubblici vengono a trovarsi in una situazione di vantaggio rispetto agli operatori economici privati”, con conseguente violazione dei principi euro-unitari di non discriminazione, di libera concorrenza e di divieto di aiuti di Stato in favore delle imprese pubbliche, e con violazione altresì delle norme interne che hanno imposto, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, restrizioni alle attività non strettamente legate alle loro finalità pubbliche (vengono qui invocati l’art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007 e l’art. 14, comma 32, del decreto-legge n. 78 del 2010, convertito in legge n. 122 del 2010);

4) art. 4, commi 9, 10 ed 11, laddove con il nuovo decreto “è stato introdotto l’obbligo per tutti gli operatori di produrre una nuova *‘attestazione rilasciata dall’autorità competente’* che, di fatto, rappresenta l’accertamento o la conferma dell’esame di interessi ambientali già vagliati nel procedimento di concessione” (si tratta dell’*“attestazione rilasciata dalla autorità competente che accerti o che confermi che il provvedimento di concessione non pregiudica il mantenimento o il raggiungimento degli obiettivi di qualità definiti per il corso d’acqua interessato, tenuto conto dell’art. 12-bis, comma 1, lettera a) del regio decreto n. 1775/1933, come sostituito dall’art. 96, comma 3, del decreto legislativo n. 152 del 2006”*): secondo la ricorrente questa previsione sarebbe “palesamente al di fuori dei compiti conferiti al Ministero dal d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, e quindi illegittima perché espressa da un soggetto privo del potere di esprimersi in tale ambito”; essa, inoltre, violerebbe l’obbligo, per il normatore, di introdurre procedure amministrative semplificate ed accelerate (art. 13 della direttiva n. 2009/28/CE; artt. 6 e 7-*bis* del d.lgs. n. 28 del 2011), e sarebbe quindi anche in contrasto con il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo di cui all’art. 1 della legge n. 241 del 1990;

5) Allegato n. 2, par. n. 1.1.1, laddove si introduce la definizione di “*impianti interconnessi*” (così letteralmente: “*Non costituisce interconnessione funzionale la condivisione: - del punto di connessione tra più impianti idroelettrici anche se ubicati nella medesima localizzazione catastale; - delle sole opere idrauliche, con esclusione dei servizi ausiliari, tra più impianti idroelettrici non riconducibili, anche a livello societario, a un unico produttore e dotati di distinte concessioni di derivazione d'acqua*”) la quale determinerebbe “un’ingiusta discriminazione fra chi già risulti già essere titolare di un impianto idroelettrico rispetto a chi, al contrario, non lo è ancora”, con conseguente penalizzazione degli attuali produttori “senza nessuna ragionevolezza, ancora in contrasto con gli obblighi imposti dalla disciplina comunitaria” (distorsione concorrenziale), a ciò aggiungendosi anche la violazione dei “principi dettati dal d.lgs. 152/2006 in materia di riutilizzo dell’acqua” (artt. 96 e 99 di detto d.lgs.);

6) combinato disposto fra l’art. 4, commi 1 e 2, l’art. 5 e l’art. 12, comma 3, nella parte in cui ne discende l’esclusione di qualsiasi incentivazione per gli impianti idroelettrici con potenza nominale al di sopra dei 5 MW: tale esclusione si porrebbe in contrasto con gli artt. 2, comma 1, lett. *a*, e 24, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011, norme che avrebbero bensì conferito al Ministro il potere di determinare la soglia per suddividere l’incentivazione “a registro” da quella “ad aste”, ma non anche il potere di eliminare del tutto i meccanismi incentivanti, al di sopra di una determinata soglia, per una specifica fonte rinnovabile; l’illegittimità sussisterebbe anche per violazione del principio dell’affidamento ingeneratosi negli operatori titolari di impianti di potenza superiore ai 5 MW e per “assoluta mancanza di istruttoria che, sul punto, non risulta sia stata svolta in alcun modo”;

7) art. 22, nella parte in cui si prescrive che “*Nel caso di impianti idroelettrici su canali e cavi dei consorzi di bonifica e irrigazione, il richiedente, oltre alla concessione, deve allegare l’atto redatto ai sensi del regio decreto n. 368/1904 e successive modificazioni ed integrazioni, con il quale sono regolati i rapporti tra il consorzio e il soggetto richiedente, attestante il titolo a costruire ed esercire l’impianto e l’assenso del consorzio medesimo*”: secondo la ricorrente,

mediante tale prescrizione gli impianti idroelettrici rimarrebbero “fatalmente subordinati all’accordo con i consorzi di bonifica o di irrigazione interessati”, “non potendosi subordinare all’arbitrio di un terzo la determinazione della concessione di un bene demaniale”, derivandone “un ostacolo immotivato all’accesso al mercato”.

Per tutte le parti del d.m. impugnato l’associazione ricorrente ha domandato l’annullamento, previa sospensione cautelare.

2. Si sono costituiti in giudizio, con atto collettivo, il Ministero dello Sviluppo Economico, il Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare ed il Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali, ciascuno in persona del rispettivo Ministro *pro tempore*, rappresentati e difesi dall’Avvocatura generale dello Stato. Le loro difese, nel merito delle censure di parte ricorrente, sono state svolte con memoria depositata l’8 ottobre 2016, nella quale è stata anche eccepita, in rito, l’inammissibilità dell’intero gravame per difetto di lesività concreta ed attuale, in capo all’associazione ricorrente (e, quindi, alle associazioni da questa rappresentate), in mancanza “dell’adozione dei provvedimenti di applicazione delle singole disposizioni del Decreto da parte del GSE”.

Si è costituito in giudizio anche il G.S.E.– Gestore dei Servizi Energetici s.p.a., in persona del direttore *pro tempore* della Direzione Affari Legali e Societari, domandando il rigetto delle avversarie censure. Le sue difese sono state compiutamente svolte con memoria depositata in data 7 ottobre 2016, nelle quali il Gestore ha replicato a ciascuno dei profili di impugnazione di cui al ricorso, non senza sollevare, con riguardo al profilo *sub* 7, anche un’eccezione di inammissibilità “per carenza di interesse ad agire” (avendo qui la ricorrente impugnato una disposizione del d.m. 23 giugno 2016 “che opera nell’esclusivo interesse dei propri associati”).

Con atto depositato il 20 settembre 2016, “a valere anche come ricorso autonomo”, è intervenuta *ad adiuvandum* la Mallerio Energia s.r.l., titolare sia di un

provvedimento concessorio, ai fini di produzione di energia idroelettrica, per la derivazione d'acqua dal torrente Mallero, in territorio del Comune di Chiesa in Valmalenco (SO) (concessione qualificabile come “di grande derivazione d'acqua” ai sensi dell'art. 6, comma 2, del r.d. n. 1775 del 1933), sia di autorizzazione unica, rilasciata nel 2015 (dopo contenzioso) dalla Regione Lombardia ai sensi dell'art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 387 del 2003, per la costruzione e l'esercizio del relativo impianto idroelettrico di potenza nominale superiore a 5 MW. Nell'atto di intervento sono stati ribaditi i motivi di impugnazione relativi ai profili già sollevati dall'associazione ricorrente *sub* nn. 6 e 4 (ossia, riguardanti la sopravvenuta esclusione dagli incentivi per gli impianti di potenza superiore ai 5 MW e la necessità di allegare l'attestazione circa l'inesistenza di pregiudizi per il corso d'acqua interessato).

3. Con motivi aggiunti depositati il 3 ottobre 2016 l'associazione ricorrente ha impugnato il medesimo d.m. 23 giugno 2016 con riferimento ad ulteriori sue disposizioni ritenute illegittime, e per la precisione:

8) art. 4, comma 5, a norma del quale gli impianti “*hanno accesso agli incentivi a condizione che i relativi lavori di costruzione risultino, dalla comunicazione di inizio lavori trasmessa all'amministrazione competente, avviati dopo l'inserimento in posizione utile nelle graduatorie*”: in tal modo, secondo la ricorrente, verrebbe introdotta una causa di esclusione dagli incentivi diversa e ben più restrittiva rispetto a quella pur prevista al par. n. 50 della Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C.200/01.

4. Con ordinanza n. 6196 del 2016 questo TAR – dando preliminarmente atto dell'avvenuta rinuncia alla domanda cautelare per tutti i motivi di impugnazione di cui al ricorso ed ai motivi aggiunti, tranne quello *sub* n. 4 (rinuncia dichiarata dalla ricorrente durante la discussione orale dell'incidente cautelare) – ha respinto la domanda cautelare limitatamente al suddetto profilo *sub* n. 4 del ricorso introduttivo, non ritenendo sussistente il requisito del *periculum in mora*.

5. Successivamente, con altri due atti di motivi aggiunti (depositati, rispettivamente, il 21 ottobre 2016 ed il 25 gennaio 2017) l'associazione ricorrente ha impugnato alcuni atti sopravvenuti, e cioè le “*Procedure applicative del d.m. 23 giugno 2016*”, pubblicate il 15 luglio 2016 dal GSE ai sensi dell'art. 26, comma 1, del medesimo d.m., e la graduatoria degli impianti iscritti al Registro ai sensi dell'art. 9 del medesimo d.m. I motivi di impugnazione qui sollevati sono i medesimi rispetto a quelli del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti. Previa autorizzazione del Presidente di questa Sezione, con decreto n. 94 del 2017, l'impugnazione della graduatoria è stata notificata ai 125 controinteressati attraverso pubblici proclami.

Con motivi aggiunti (i quarti) depositati il 9 febbraio 2017, poi, la sola Mallero Energia s.r.l. ha impugnato, per illegittimità derivata, la medesima graduatoria insieme al provvedimento prot. n. 101519, del 23 dicembre 2016, con il quale il GSE ha confermato la sua esclusione dalla graduatoria.

In vista della pubblica udienza di discussione, il GSE e l'associazione ricorrente hanno svolto difese, anche nella forma delle rispettive repliche. Il GSE, in particolare, ha eccepito l'inammissibilità dei primi e dei secondi motivi aggiunti per violazione del “principio generale di ‘concentrazione’ dei motivi di ricorso”, nonché l'inammissibilità dei terzi motivi aggiunti in quanto l'impugnazione della graduatoria non è stata affiancata dall'impugnazione pure del bando (con il quale il GSE ha avviato la procedura di iscrizione al Registro degli impianti idroelettrici); ancora il GSE ha eccepito l'inammissibilità dei motivi *sub* nn. 2, 4, 5, 6, 7 ed 8 (di cui al ricorso introduttivo ed ai primi motivi aggiunti) posto che ciascuna di queste censure riguarderebbe “una parte soltanto degli iscritti ad Assoidroelettrica” con conseguente conflitto o potenziale contrasto tra diverse parti dei propri consociati.

Alla pubblica udienza del 24 maggio 2017, quindi, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con le impugnative più diffusamente descritte nella parte in fatto, l'associazione ricorrente, nella sua qualità di associazione di categoria rappresentativa delle imprese di produzione di energia da fonte idroelettrica – affiancata, peraltro, dall'intervento *ad adiuvandum* di un'impresa titolare delle autorizzazioni per la costruzione di un impianto idroelettrico di potenza superiore a 5 MW, da ubicarsi nel territorio del Comune di Chiesa in Valmalenco (SO) presso il torrente Mallerò – ha impugnato il d.m. 23 giugno 2016 (recante “*Incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico*”) con il quale il Ministero dello Sviluppo Economico, previo concerto con altri Ministeri, e nel solco di quanto già avviato con il precedente d.m. 6 luglio 2012, ha dettato le nuove modalità per l'accesso ai meccanismi incentivanti per gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico.

Oggetto di impugnazione, in particolare, sono alcune delle disposizioni del d.m. 23 giugno 2016, direttamente riguardanti la produzione di energia dalla fonte idroelettrica e ritenute illegittime dall'associazione ricorrente nonché lesive delle aspettative dei produttori di energia idroelettrica, specialmente sotto il profilo della violazione delle regole di libera concorrenza e della violazione dell'affidamento ingenerato in punto di accesso agli incentivi, oltre che per contrasto con le superiori norme interne e comunitarie.

Resistono i Ministeri firmatari del decreto insieme al Gestore dei Servizi Energetici– GSE s.p.a. (il quale, peraltro, nelle more del giudizio ha varato le “*Procedure applicative*” del d.m. 23 giugno 2016, anch'esse impuginate con motivi aggiunti), chiedendo il rigetto del ricorso nel merito ed eccepandone, sotto diversi profili, la sua inammissibilità.

2. Deve anzitutto rilevarsi la non fondatezza delle sollevate eccezioni di inammissibilità.

Quanto alla carenza di effetto lesivo argomentata dalla difesa erariale, va

rimarcato che, nelle more del giudizio, sono sopravvenuti i provvedimenti attuativi del d.m. 23 giugno 2016 (su tutti, le *Procedure applicative* varate dal GSE e la graduatoria degli impianti idroelettrici iscritti nel Registro in posizione utile) i quali sono stati ritualmente impugnati con i motivi aggiunti. L'effetto lesivo, pertanto, risulta indubitabilmente già prodottosi nella sfera giuridica dell'associazione ricorrente oltre che dell'impresa interveniente *ad adiuvandum* la quale è stata esclusa dal Registro in coerenza con una delle disposizioni impugnite – quella che ha escluso dagli incentivi gli impianti di potenza superiore ai 5 MW – e la quale ha pure provveduto ad impugnare, in prima persona, mediante i quarti motivi aggiunti, la graduatoria medesima.

Deve in ogni caso ribadirsi che il principio, consolidato nella giurisprudenza amministrativa, secondo cui le norme regolamentari vanno impugnite unitamente all'atto applicativo trova eccezione per i provvedimenti che – come nella specie – presentano un carattere specifico e concreto, risultando idonei, come tali, ad incidere direttamente nella sfera giuridica degli interessati, a decorrere dalla pubblicazione nelle forme previste dalla legge (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. n. 3202 del 2011; Id., sez. II, sent. n. 7516 del 2012). Nel caso di specie, ed a prescindere dall'esecuzione che di esse è stata data in corso di giudizio, le impugnite disposizioni del d.m. 23 giugno 2016 appaiono dirette a conformare l'attività del GSE nella predisposizione delle graduatorie per l'accesso agli incentivi del settore idroelettrico, imponendo quindi agli operatori coinvolti una serie di obblighi, documentali e comportamentali, tali da incidere con immediatezza nella loro sfera giuridica e, quindi, nelle scelte d'impresa (cfr., ancora, analogamente, TAR Lazio, sent. n. 7516 del 2012, cit.), con conseguente immediata lesività per i ricorrenti (sia nella loro dimensione individuale, che collettiva).

Va peraltro rimarcato che quella ricorrente è un'associazione di categoria, rappresentativa cioè delle imprese che operano nel settore della produzione di energia idroelettrica, la cui posizione processuale va quindi correttamente

inquadrata nei binari dell'interesse collettivo c.d. istituzionalizzato, coincidente con quello all'osservanza di prescrizioni a garanzia della *par condicio* tra tutti gli associati, in vista della loro partecipazione a procedure selettive e/o competitive (come la procedura che, nel corso del presente giudizio, si è effettivamente svolta per l'accesso agli incentivi di cui al d.m. 23 giugno 2016), anche quindi a prescindere dal fatto che, nelle suddette procedure selettive, possa risultare avvantaggiata una singola impresa rispetto ad un'altra (cfr. Cons. Stato, ad. plen., dec. n. 10 del 2011). Da ciò quindi discende che, da un lato, quell'interesse istituzionalizzato risulta, di per sé, già potenzialmente leso per il solo fatto che sia stato varato un atto generale il quale regola dette procedure selettive e venga reputato illegittimo dall'associazione rappresentativa che a quell'interesse, mediante la sua impugnazione, si riferisca; e che, dall'altro lato, la medesima associazione preserva comunque la propria legittimazione ad agire anche qualora il provvedimento ritenuto lesivo possa risultare, in concreto, vantaggioso per l'una, piuttosto che per l'altra, singola impresa associata (cfr., analogamente, tra le ultime, TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, sent. n. 2435 del 2016).

Non può pertanto nemmeno apprezzarsi, in questa fase, alcun conflitto di interessi interno all'associazione di categoria, come paventato dalle difese del GSE che tale rilievo hanno sollevato con riguardo ad alcune delle censure svolte dalla ricorrente. Il Collegio ricorda che – secondo la giurisprudenza dominante (cfr., ancora, per tutte, TAR Lazio, sent. n. 7516 del 2012, cit.) – le associazioni di settore sono legittimate a difendere in sede giurisdizionale gli interessi di categoria dei soggetti di cui hanno la rappresentanza istituzionale, con l'unico limite costituito dal divieto di occuparsi di questioni concernenti singoli iscritti, ovvero capaci di dividere e frantumare la categoria in posizioni disomogenee o addirittura contrapposte: l'interesse collettivo deve infatti identificarsi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata, e non già con gli interessi di singoli associati o di loro sottogruppi. Inoltre, la legittimazione di un'associazione di categoria a proporre ricorso va scrutinata in

relazione all'interesse astrattamente perseguito, restando irrilevante la ricorrenza in concreto di un potenziale, occasionale o meramente fattuale conflitto di interessi con singoli esponenti della categoria o associati (cfr. Cons. Stato, sez. VI, dec. n. 710 del 2009; più di recente, TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. n. 11637 del 2015). Nel caso di specie, è incontestato che l'associazione ricorrente, ai sensi delle disposizioni statutarie, persegue, in maniera stabile e non occasionale, il fine di rappresentare e tutelare le imprese che svolgono l'attività di produzione di energia idroelettrica, e cioè una categoria ben individuata e delimitata; l'impugnazione proposta concerne una disciplina generale ed astratta la quale, di per sé, non reca un vantaggio, personale e specifico, ad una parte facilmente individuabile della categoria ma pone, per converso, oneri e prescrizioni rivolti a tutti gli operatori del settore che intendano accedere ai meccanismi incentivanti. La possibilità, meramente astratta, che taluni operatori possano risultare in concreto avvantaggiati dalle disposizioni in questa sede impugnate non appare quindi sufficiente ad escludere la rappresentatività dell'associazione medesima, in quanto l'interesse dalla stessa perseguito, almeno in astratto, è quello come detto riconducibile all'interesse c.d. istituzionalizzato, il quale rimane pur sempre, cioè, quello dell'intero gruppo di riferimento, del quale mira chiaramente a promuovere e favorire l'attività imprenditoriale.

2.1. Non sono poi fondate le ulteriori eccezioni sollevate dal GSE.

Non può anzitutto predicarsi alcuna inammissibilità dei primi e dei secondi motivi aggiunti per violazione del “c.d. principio generale di ‘concentrazione’ dei motivi di ricorso”. Tale eccezione prende le mosse dall'insegnamento giurisprudenziale per cui, in caso di impugnazione degli atti di una gara ad evidenza pubblica, qualora l'impresa “ha scelto la via dell'immediata contestazione dell'aggiudicazione provvisoria è comunque tenuta a rispettare il termine perentorio di impugnativa e, pertanto, ha l'onere di dedurre, nei confronti degli atti conosciuti al momento della proposizione del ricorso diretto

contro l'aggiudicazione provvisoria, tutti i motivi di doglianza, con la conseguenza che, in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, non potrà dedurre contro gli atti ulteriori motivi che avrebbe potuto proporre in precedenza” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 5479 del 2014; TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. n. 10313 del 2015). Tale insegnamento, tuttavia, non appare conferente con la fattispecie in esame in quanto esso si riferisce ad ipotesi in cui l'ordinamento facoltizza la parte all'impugnazione immediata ed ovviamente tempestiva dell'atto endoprocedimentale (l'aggiudicazione provvisoria), onerandola poi dell'impugnativa dell'atto conclusivo del procedimento (l'aggiudicazione definitiva). Nel caso di specie, invece, l'impugnativa proposta con il ricorso introduttivo ha ad oggetto un atto (il d.m. 23 giugno 2016) che non può affatto definirsi endoprocedimentale e per il quale, come già visto, si dispiegava già immediatamente un'efficacia lesiva nei confronti dell'associazione di categoria ricorrente; inoltre la successiva proposizione di motivi aggiunti avverso il medesimo atto è comunque intervenuta nel rispetto del termine di decadenza di sessanta giorni prescritto dall'art. 29 cod. proc. amm. Pertanto, alcuna preclusione processuale poteva dirsi insorta, nei confronti della ricorrente, una volta proposta l'impugnazione introduttiva e prima che fosse giunto a scadenza l'ordinario termine di decadenza.

Infondata è poi l'eccezione di inammissibilità dei terzi motivi aggiunti (diretti contro la graduatoria, pubblicata dal GSE, degli impianti iscritti nel Registro in posizione utile), sollevata dal GSE per omessa impugnazione del bando (qualificato come atto amministrativo presupposto). Deve infatti ribadirsi che l'associazione ricorrente agisce, nel presente giudizio, a tutela della posizione degli operatori del settore idroelettrico, e quindi a difesa dell'interesse istituzionale volto a proteggere la regolarità delle procedure di accesso ai meccanismi incentivanti, e non anche a difesa di interessi parcellizzati di singoli suoi iscritti. Pertanto, mentre essa ha sicuramente interesse (come già visto) per l'impugnazione dell'atto regolamentare, che si pone a monte dell'intera sequenza

e che ha conformato l'adozione dei successivi atti (ivi inclusa la *lex specialis* della selezione bandita dal GSE), quanto invece al bando essa non coltivava un interesse specifico ed immediatamente a lei pertinente, trattandosi di atto meramente consequenziale rispetto al d.m. 23 giugno 2016 e rispetto al quale l'invalidità di quest'ultimo determinerebbe un effetto automaticamente caducante (e non meramente viziante). Deve qui precisarsi che, secondo una condivisibile impostazione, l'effetto caducante non si verifica quando “con l'atto posteriore sia stato conferito un bene o una qualche utilità ad un soggetto non qualificabile come parte necessaria nel giudizio che ha per oggetto l'atto presupposto”, ossia quando con gli “atti strettamente conseguenti rispetto a quello presupposto impugnato [...] non vengano in gioco posizioni di terzi, in quanto tale eventualità comporta la necessità di consentire la loro difesa in giudizio non già attraverso il rimedio dell'opposizione di terzo, che costituisce pur sempre una patologia del processo, ma attraverso la notificazione del ricorso da proporre avverso l'atto conseguente” (così, da ultimo, TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sent. n. 11607 del 2016, ed *ivi* altra giurisprudenza richiamata): nel caso di specie, l'atto posteriore (il bando), per la sua portata necessariamente generale, non ha conferito, di per sé, alcun bene od alcuna utilità in capo a soggetti terzi, ravvisandosi tale situazione solo con l'adozione dell'atto ancora successivo (la graduatoria degli impianti inclusi in posizione utile nel Registro), ritualmente impugnato dall'associazione ricorrente mediante notifica a tutti i controinteressati.

3. Può quindi passarsi al merito delle varie questioni sollevate, procedendosi – per comodità espositiva – secondo l'ordine di trattazione delineato dalle stesse parti ricorrenti.

3.1. L'impugnazione dell'art. 2, comma 1, lett. *a*, numero *ii*), alinea, del d.m. 23 giugno 2016 non è fondata.

Si tratta della disposizione che reca la definizione di “nuovo impianto” nei

termini letterali che seguono: “*Un impianto alimentato da fonti rinnovabili è considerato un «nuovo impianto» quando è realizzato, utilizzando componenti nuovi o rigenerati, in un sito sul quale, prima dell'avvio dei lavori di costruzione, non era presente, da almeno cinque anni, un altro impianto, o le principali parti di esso, alimentato dalla stessa fonte rinnovabile*”.

A giudizio della ricorrente questa definizione, nell'escludere dal novero dei “nuovi impianti” quelli realizzati in luoghi in cui siano rinvenibili resti di vecchie opere idrauliche (ad es., per la captazione e l'utilizzo delle acque), disincentiverebbe il recupero dei manufatti dismessi rendendo preferibile l'uso di territorio vergine, con le conseguenti negative ricadute ambientali: in altre parole, la presenza di ruderi dismessi su un determinato sito renderebbe l'intervento di costruzione qualificabile alla stregua di un mero rifacimento, anziché di un “nuovo impianto”, con conseguente esclusione dal regime più favorevole previsto per quest'ultima categoria. Come confermato dalle difese del GSE, del resto (e come accadeva anche nel regime previgente), le tariffe incentivanti previste dal nuovo d.m. 23 giugno 2016 variano in base al tipo di intervento realizzato: esse sono maggiori e più convenienti per le iniziative qualificabili come “*nuovi impianti*”, mentre scontano minori importi per le iniziative che non sono “*nuovi impianti*”, come le ricostruzioni, i rifacimenti, i potenziamenti o le riattivazioni.

Deve tuttavia osservarsi che non è del tutto corretta l'interpretazione che nel ricorso si dà della disposizione in esame. La ricorrente parte dal presupposto per cui anche l'esistenza di meri ruderi (di opere “in gran parte dirute”, ovvero “ormai in rovina o anche completamente abbattute”, come si legge nel ricorso) sarebbe ostativa alla qualificazione come “nuovo” di un impianto che fosse realizzato sul medesimo sito. La portata letterale della norma è invece diversa: ad essere rilevante, ai fini di escludere la “novità” dell'insediamento, è unicamente la presenza (fisica, *in loco*) di “*un altro impianto*”, quindi come tale riconoscibile e cioè funzionalmente completo in tutte le sue parti, ovvero delle “*principali parti di esso*”, come tali ancora individuabili e recuperabili nella loro funzione; e non certo la

presenza solo di ruderi o di rovine ormai inservibili. La *ratio* della disposizione è chiara: se si installa un impianto nello stesso sito dove sono già presenti opere potenzialmente utilizzabili per lo sfruttamento idroelettrico di un corso d'acqua, lo sforzo costruttivo non è paragonabile a quello, ben più oneroso, da sostenersi nell'ipotesi in cui, invece, su quel sito non preesisteva nulla o preesistevano solo rovine ormai inservibili. Il tratto decisivo è quindi la funzionalità (e quindi la recuperabilità, secondo ordinari criteri tecnico-scientifici e di economicità) delle opere preesistenti, alla quale deve essere inoltre affiancato il parametro temporale: è del tutto ragionevole che, per evitare facili elusioni della norma, debba essere imposto un congruo lasso di tempo (qui prudenzialmente individuato in cinque anni) che deve intercorrere tra il venir meno della funzionalità delle opere preesistenti e la costruzione di un insediamento che possa qualificarsi come “nuovo”.

La situazione appena descritta, del resto, non è sconosciuta al nostro panorama normativo. Il precedente decreto sulle fonti di energia rinnovabili (il d.m. 6 luglio 2012), all'art. 2, comma 1, lett. *a*, capoverso, invero, aveva già introdotto una definizione di “*nuovo impianto*” del tutto sovrapponibile con quella odierna (essa si riferiva, in particolare, alla preesistenza di “*un altro impianto, anche dismesso*”, nozione quindi non lontana da quella odierna che conferisce rilevanza alle “*principali parti*” del vecchio impianto: come detto, da leggersi in una prospettiva funzionale). Inoltre, come nota la difesa del GSE, la graduazione delle tariffe incentivanti in base ai diversi costi di investimento che comporta la componente “nuova” rispetto ad una componente solo “revisionata” non appare manifestamente illogica od arbitraria e si svela, peraltro, in linea con una delle direttive imposte dalla superiore fonte primaria – quella della “*equa remunerazione dei costi di investimento*” (art. 24, comma 2, lett. *a*, del d.lgs. n. 28 del 2011) – in base alla quale l'incentivo deve risultare parametrato al costo che l'impresa affronta per la realizzazione dell'iniziativa sovvenzionata. Si tratta di un corollario del principio euro-unitario di “*proporzionalità degli aiuti*” il quale impone di ridurre

l'incentivazione pubblica al “*minimo necessario*” per ottenere l'obiettivo energetico perseguito, parametrando quindi gli incentivi ai costi che effettivamente un'impresa deve sostenere per realizzare il progetto (cfr. il par. n. 3.2.5.1 della Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C 200/01, recante “*Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020*”, che ha stabilito le condizioni in presenza delle quali gli aiuti a favore dell'energia e dell'ambiente possono essere considerati compatibili con il mercato interno e che è stata posta alla base dell'adozione del d.m. 23 giugno 2016).

In sintonia con tali principi questa Sezione ha avuto già occasione di affermare, in controversie riguardanti la disciplina sul riconoscimento della qualifica di IAFR (Impianto Alimentato da Fonti Rinnovabili), che la logica sottesa ai meccanismi di incentivazione, proprio perché finalizzata a remunerare l'investimento fatto dal richiedente, è anche quella di evitare che uno stesso componente venga remunerato più volte (si vd., da ultimo, TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sent. n. 12893 del 2015, ed *ivi* altri precedenti citati): situazione che ben potrebbe verificarsi allorché una “parte principale” di un vecchio impianto, pur ormai dismesso (ed, in ipotesi, già all'epoca ammesso a godere di tariffe incentivanti), venisse riutilizzata per costruirne un altro sullo stesso sito.

Non può, pertanto, apprezzarsi favorevolmente la replica della ricorrente, secondo cui la realizzazione di un impianto *ex novo* potrebbe comportare “un costo decisamente inferiore ai lavori di restauro che necessitano per riattivare un vecchio mulino o una centrale idroelettrica preesistente di cui siano rimaste alcune opere” (così la ricorrente, pag. 2 della memoria depositata il 22 aprile 2017). Per quanto detto, infatti, l'ipotesi del recupero (costoso) di “alcune opere” può benissimo risultare compatibile con la nozione di “*nuovo impianto*” di cui all'impugnata disposizione, a patto che si tratti di opere non più riutilizzabili (almeno da cinque anni) alla stregua di una valutazione tecnica (in punto di effettiva funzionalità) ed economica (in punto di rapporto costi-benefici).

La disposizione, dunque, non esaurisce il compito del GSE di valutazione delle

specifiche fattispecie concrete, in vista dell'adozione di determinazioni coerenti con le finalità perseguite dalla norma e tali da garantire sul punto un'applicazione del regime di incentivazione logico e razionale.

Per questo motivo la definizione impugnata si sottrae alle censure di parte ricorrente, sia in punto di complessiva ragionevolezza, sia in punto di paventata violazione delle norme poste a tutela del paesaggio e dell'ambiente.

3.2. L'impugnazione dell'art. 4, comma 3, lett. *b*, del d.m. 23 giugno 2016 non è fondata.

Assume la ricorrente che, per effetto di tale disposizione, verrebbero esclusi dall'accesso diretto agli incentivi gli impianti di piccole dimensioni, per tali intendendosi quelli con potenza nominale fino a 50 kW. Secondo il GSE, al contrario, questa norma “non penalizza affatto gli impianti di piccole dimensioni, i quali in realtà continuano a beneficiare dell'accesso diretto ai meccanismi di incentivazione” (così la sua memoria depositata il 7 ottobre 2016, pag. 5). La formulazione letterale è la seguente: “*Possono accedere direttamente ai meccanismi di incentivazione di cui al presente decreto: [...] b) gli impianti idroelettrici di potenza nominale di concessione fino a 250 kW che rientrano in una delle seguenti casistiche: i. realizzati su canali artificiali o condotte esistenti, senza incremento né di portata derivata dal corpo idrico naturale, né del periodo in cui ha luogo il prelievo; ii. che utilizzano acque di restituzioni o di scarico di utenze esistenti senza modificare il punto di restituzione o di scarico; iii. che utilizzano salti su briglie o traverse esistenti senza sottensione di alveo naturale o sottrazione di risorsa; iv. che utilizzano parte del rilascio del deflusso minimo vitale al netto della quota destinata alla scala di risalita, senza sottensione di alveo naturale*”. Vi è quindi una limitazione, ma essa riguarda tutti gli impianti di potenza fino a 250 kW i quali non rientrano in una delle quattro casistiche indicate.

Rispetto al regime previgente, in effetti, si apprezza un restringimento per gli impianti che hanno una potenza fino a 50 kW i quali, in base all'art. 4, comma 3, del (vecchio) d.m. 6 luglio 2012, potevano accedere direttamente agli incentivi

senza alcuna condizione: il restringimento sta pertanto in ciò, che sono state introdotte le quattro condizioni predette (le quali in precedenza valevano, ed in modo meno stringente, solo per gli impianti con potenza da 51 kW a 250 kW). Tuttavia non si tratta di un'esclusione *tout-court* (come lasciava intendere la censura in esame): gli impianti con potenza fino a 50 kW potranno bensì continuare ad avere accesso diretto agli incentivi, purché però rispettino quelle condizioni dettate, all'evidenza, per finalità di tutela ambientale e di preservazione della risorsa idrica. Non si apprezza, in questa prospettiva, alcuna lesione dell'invocata regola sulla diversificazione degli incentivi per “*scaglioni di potenza*” (di cui all'art. 24, comma 3, lett. *a*, del d.lgs. n. 28 del 2011), posto che l'accesso ai meccanismi incentivanti rimane comunque diversificato sulla base del dato della potenza, ora individuato univocamente nella soglia dei 250 kW (sotto la quale l'accesso sarà diretto; ed oltre la quale l'accesso avverrà, con iscrizione nel Registro, all'esito delle apposite procedure selettive). E, diversamente da quanto paventato dalla ricorrente, l'innovazione introdotta non appare irragionevole od arbitraria, mostrandosi maggiormente aderente agli obiettivi, sempre più stringenti, di tutela ambientale, quali peraltro imposti dalla già ricordata Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C 200/01. Quest'ultima, in particolare, aveva raccomandato agli Stati membri, in considerazione dell'impatto negativo che gli aiuti sulla produzione di energia idroelettrica possono comportare “*sui sistemi idrici e sulla biodiversità*”, il rigoroso rispetto della direttiva n. 2000/60/CE (“*Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque*”), con particolare riguardo all'art. 4, paragrafo 7, “*che definisce i criteri per l'ammissibilità di nuove modifiche relative ai corpi idrici*” (così il par. n. 117 della Comunicazione cit.): e la formulazione della disposizione in questa sede impugnata va senz'altro in tale direzione, sia perché applica pure agli impianti con potenza fino a 50 kW le condizioni di tutela ambientale prima riservate solo agli impianti con potenza superiore, sia perché – rispetto alla corrispondente norma del previgente d.m. 6

luglio 2012 – inasprisce le condizioni suddette soprattutto in punto di sottrazione della risorsa idrica.

Non può infine essere condivisa nemmeno la censura incentrata su un supposto “affidamento” ingeneratosi in capo a quegli operatori economici i quali avevano avviato il proprio investimento (ossia, la costruzione e/o la progettazione di un impianto idroelettrico con potenza fino a 50 kW) in un momento in cui era ancora vigente il regime di cui al d.m. 6 luglio 2012 e nel quale, quindi, si profilava per loro l’accesso diretto agli incentivi. Questa Sezione, in ciò incontrando il favore del Giudice d’appello, ha già infatti statuito – sia pure con riguardo al succedersi nel tempo dei meccanismi incentivanti per gli impianti fotovoltaici, ma con affermazioni che ben possono estendersi anche alla fattispecie oggi *sub iudice* – che assume rilevanza il principio di “gradualità” dei benefici riconoscibili, di cui all’art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 28 del 2011, a norma del quale il sistema è strutturalmente caratterizzato da una restrizione progressiva delle risorse disponibili, nel senso della necessaria diminuzione, nel corso del tempo, del supporto pubblico e del suo mantenimento “*fintantoché le tariffe elettriche nel mercato interno non rifletteranno pienamente i costi ambientali e sociali e i vantaggi delle fonti energetiche utilizzate*” (così il 27° considerando della direttiva n. 2009/28/CE), ossia fino al raggiungimento della c.d. *grid parity* e cioè della parità di costi di produzione tra fonti tradizionali e fonti alternative, sostanzialmente in virtù del progresso tecnologico nel settore (cfr., da ultimo, di questa Sezione, le sentt. nn. 11919 e 11922 del 2016; nonché la sentt. n. 1443 del 2015 del Consiglio di Stato, sez. IV, cui *adde* la sent. n. 5554 del 2014 della sez. VI). A ciò deve aggiungersi che, in base all’art. 24, comma 5, lett. *f*, del d.lgs. n. 28 del 2011, il Ministero, nello svolgere il proprio compito di definire le modalità di attuazione dei vari sistemi di incentivazione, aveva ricevuto mandato dal legislatore anche per l’aggiornamento di tali modalità, dovendo procedere a revisioni periodiche degli incentivi concedibili, nell’esercizio di un potere di natura tecnico-discrezionale. Ne discende che la correlata modificazione *in pejus*

del quadro normativo di riferimento, nei confronti dei soggetti che avevano già avviato un'attività imprenditoriale, non appare né irragionevole né imprevedibile e va, piuttosto, riportata al rischio di impresa, concetto nel quale rientrano a pieno titolo le sopravvenienze normative (cfr. TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sent. n. 8137 del 2014).

3.3. L'impugnazione dell'art. 4, comma 3, lett. f, del d.m. 23 giugno 2016 è fondata.

Tale norma ammette all'accesso diretto ai meccanismi incentivanti *“gli impianti realizzati con procedure ad evidenza pubblica da amministrazioni pubbliche, anche tra loro associate, ivi inclusi i consorzi di bonifica, aventi potenza fino al doppio del livello massimo indicato alle lettere da a) a c)”*, in tal modo introducendo un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato di riferimento, in contrasto con i principi euro-unitari di libera concorrenza e di non discriminazione che caratterizzano il mercato della produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica.

Evidente è, invero, la situazione di vantaggio che deriva, da questa disposizione, agli enti pubblici rispetto agli operatori privati: il beneficio dell'accesso diretto agli incentivi viene riconosciuto all'operatore pubblico pur a fronte di valori di potenza nominale degli impianti pari al doppio della soglia massima indicata per gli impianti privati e, quindi, pur in presenza di valori che, nel caso in cui l'impianto sia realizzato da operatori privati, impongono la ben più ardua strada delle procedure selettive e della relativa iscrizione nell'apposito Registro. Il beneficio che, in questo modo, viene riconosciuto all'operatore pubblico consiste nell'essere ammesso, in via diretta (e, quindi, con priorità rispetto agli operatori privati che si trovino nella medesima situazione di fatto), ai meccanismi incentivanti i quali verranno percepiti a seguito dell'immissione di energia elettrica nella rete, ossia all'esito della vendita di energia sul libero mercato, proprio come accade per gli operatori privati che vengano ammessi ai medesimi

meccanismi; il tutto, al di fuori di qualsiasi logica di perseguimento delle finalità istituzionali del soggetto pubblico beneficiario.

Non appare infatti in alcun modo estrinsecato, nemmeno in giudizio, alcun profilo di funzionalizzazione del regime di maggior favore previsto in relazione agli scopi pubblici dell'ente che realizza l'impianto.

Sotto questa prospettiva, la situazione di risulta non è pertanto lontana dall'aver riconosciuto un indebito aiuto di Stato ad una determinata categoria di produttori di energia rinnovabile – quelli aventi natura pubblica (i quali dovrebbero operare nel settore liberalizzato dell'energia in condizioni paritarie rispetto alle imprese private) – tale da favorirli rispetto agli altri operatori, all'interno di un mercato (quello connesso all'attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica) che ha natura di mercato aperto, caratterizzato, sin dalla direttiva n. 1992/96/CEE, dalla libera concorrenza e segnato dai principi e dalle regole di trasparenza e di non discriminazione, “sì da consentire ad ogni operatore economico di poter concorrere a procedure di autorizzazioni, gare, aggiudicazioni, concessioni ed altro in condizioni di parità: pertanto nell'indicato settore gli enti pubblici agiscono come qualsiasi operatore economico privato” (così Cassaz., sez. un., sentt. n. 11653 del 2006 e n. 27882 del 2013). Ne consegue il pericolo di falsare la concorrenza, ai sensi dell'art. 107 del TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea): situazione che, quindi, a norma dell'art. 108 TFUE, avrebbe richiesto la preventiva comunicazione alla Commissione europea (comunicazione che non risulta essere stata compiuta; sul punto, nulla ha dedotto la difesa erariale, con ciò implicitamente confermando che, con riguardo a questo particolare aspetto, la Commissione europea – alla quale pure risulta essere stato notificato lo schema del decreto ministeriale oggi impugnato, ai sensi dell'art. 108 TFUE – non sia stata preventivamente informata).

Non vale ribattere, da parte del GSE, che alcuni precedenti di questa Sezione, confermati dal Consiglio di Stato, hanno rimarcato la non comparabilità tra gli

impianti che producono energia da fonte rinnovabile di proprietà delle amministrazioni pubbliche (ubicati su edifici pubblici od aree pubbliche) rispetto agli impianti dei soggetti privati (cfr. TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sentt. nn. 9756, 9921 e 10310 del 2013; Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 1443 del 2015): in tali statuizioni, infatti, si faceva riferimento ad impianti fotovoltaici destinati, per lo più, all'autoconsumo e non, quindi, alla vendita dell'energia sul mercato libero, con la conseguenza che non veniva in rilievo la possibilità concreta di falsare il libero meccanismo concorrenziale tra imprese.

Si trattava cioè di ipotesi in cui la differenziazione del regime incentivante, rispetto a quanto previsto per i soggetti privati, si giustificava in una prospettiva comunque di coerenza teleologica con le finalità pubblicistiche proprie dell'ente beneficiario.

Con assorbimento dei restanti profili di censura, pertanto, deve essere annullata la disposizione in esame.

3.4. L'impugnazione dell'art. 4, commi 9, 10 ed 11, del d.m. 23 giugno 2016 non è fondata.

Queste disposizioni impongono, ai fini dell'accesso agli incentivi per gli impianti idroelettrici che producono sulla base di una concessione di derivazione da un corpo idrico, l'allegazione di un'"*attestazione*", rilasciata dall'autorità competente, "*che accerti o che confermi che il provvedimento di concessione non pregiudica il mantenimento o il raggiungimento degli obiettivi di qualità definiti per il corso d'acqua interessato*".

Da questa disposizione, anzitutto, non deriva alcuna interferenza del Ministero dello Sviluppo Economico nei compiti rimessi ad altre autorità pubbliche: la richiesta attestazione, infatti, deve provenire dall'autorità competente al rilascio del titolo di concessione la quale sola, pertanto, avrà e manterrà il potere di vigilare e di verificare la perdurante rispondenza del titolo agli obiettivi di qualità imposti dalla legge. Né può dirsi che il Ministero non avesse, nella specie, il potere di imporre questo onere di allegazione in capo al produttore idroelettrico:

tale potere discende dalle norme del d.lgs. n. 28 del 2011 (in specie, gli artt. 42 ss.) che sovrintendono ai poteri di controllo e di vigilanza sulle iniziative private incentivabili, poteri che a loro volta sono funzionali a garantire lo svolgimento *secundum legem* delle iniziative imprenditoriali private che trovano accesso al regime di sostegno.

La difesa erariale, sul punto, ha richiamato le conclusioni cui è giunta la Commissione europea nell'ambito della procedura di notifica dello schema di decreto *ex art. 108 del TFUE*. Nel documento conclusivo della Commissione, C(2016) 2726, del 28 aprile 2016 (intitolato “*Aiuto di Stato SA.43756 (2015/N) – Italia – Sostegno alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili in Italia*”, reperibile agevolmente sul sito istituzionale *EUR-Lex*, all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/261615/261615_1761860_151_5.pdf), si legge che “*Gli impianti idroelettrici muniti di una concessione di derivazione d'acqua da un corpo idrico sono ammissibili a ricevere incentivi a condizione che l'impianto e il suo funzionamento non pregiudichino il raggiungimento degli obiettivi ambientali del corpo idrico, come indicato nel piano di gestione applicabile del bacino. Tale condizione deve essere attestata dall'autorità competente al termine della procedura che prevede l'approvazione dell'autorità di bacino pertinente*” (par. n. 17): evidente, in ciò, è la preoccupazione della Commissione che l'Italia rispetti il già citato art. 4, par. n. 7, della direttiva n. 2000/60/CE che impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte ad evitare il deterioramento dei corpi idrici laddove questi ultimi siano interessati da qualsivoglia modificazione derivante da attività umane. Nel certificare che lo schema di decreto sottoposto fosse compatibile con il mercato interno, pertanto, la Commissione ha quindi evidenziato proprio l'importanza dell'adempimento poi trasfuso nella norma di cui all'art. 4, commi 9, 10 ed 11, del d.m. 23 giugno 2016, prendendo atto che il regolamento italiano lo faceva assurgere a “*requisito di ammissibilità*” per il riconoscimento degli incentivi nel settore idroelettrico, dovendosi in tal modo ritenere soddisfatto l'obbligo, in capo al produttore, “*di non pregiudicare il raggiungimento o il mantenimento degli obiettivi*”

di qualità del corpo idrico (certificato dalle competenti autorità) (cfr. punto (17)) (così il conclusivo par. n. 65 della nota della Commissione).

Non si rinvengono, peraltro, le denunciate violazioni dei principi di semplificazione e di non aggravamento delle procedure. Come questa Sezione ha già avuto modo di osservare in occasione dell'impugnazione di una norma regolamentare che aveva introdotto un analogo onere a carico dei produttori di energia rinnovabile (si trattava, nel caso, dell'onere di allegare, alla documentazione necessaria per l'iscrizione al Registro degli incentivi del Quarto Conto Energia, una dichiarazione del Comune competente attestante che la "denuncia di inizio attività" o la "dichiarazione di procedura abilitativa semplificata" ovvero ancora la comunicazione di inizio dei lavori costituissero "*titolo idoneo alla realizzazione dell'impianto*": cfr. par. n. 1, lett. c, dell'Allegato 3-A del d.m. 5 maggio 2011), si tratta di prescrizioni che non determinano un aggravamento procedurale così consistente da rallentare o addirittura impedire la fruizione dei benefici, vieppiù in considerazione del fatto che (come anche accade nella presente impugnazione) "la ricorrente non ha allegato alcun elemento atto a far percepire, in concreto, le eventuali conseguenze negative derivanti dalla necessità di inoltrare la dichiarazione in argomento, certamente non ascrivibili a un'ipotetica inerzia dell'ente locale [...], stanti i rimedi all'uopo apprestati dall'ordinamento (azione *contra silentium*, peraltro evocata anche dall'art. 6, comma 5, d.lgs. n. 28/2011, e, al ricorrere dei necessari presupposti, risarcimento degli eventuali danni)" (così la sentenza n. 7214 del 2012 di questa sez. III-ter).

3.5. L'impugnazione del par. n. 1.1.1 dell'Allegato n. 2 del d.m. 23 giugno 2016 non è fondata.

La disposizione in esame stabilisce: "*Non costituisce interconnessione funzionale la condivisione: - del punto di connessione tra più impianti idroelettrici anche se ubicati nella medesima localizzazione catastale; - delle sole opere idrauliche, con esclusione dei servizi*

ausiliari, tra più impianti idroelettrici non riconducibili, anche a livello societario, a un unico produttore e dotati di distinte concessioni di derivazione d'acqua". Secondo la ricorrente, in tal modo sarebbe stata introdotta una definizione di "impianti interconnessi" penalizzante per tutti coloro che risultino già essere titolari di un impianto idroelettrico, inoltre irragionevolmente discriminando gli impianti che condividano le opere idrauliche con altri impianti preesistenti, di proprietà dello stesso operatore (i quali non potrebbero accedere agli incentivi previsti per i nuovi impianti, ma potrebbero essere considerati come potenziamento dell'esistente), rispetto ad altri impianti posseduti da soggetti terzi.

Deve però osservarsi che la definizione in esame è formulata in chiave negativa: essa non stabilisce, una volta per tutte, in quali casi si è in presenza di interconnessione funzionale, ma al contrario indica solo alcune ipotesi nelle quali vige una presunzione di assenza di tale situazione. Il suo significato, pertanto, non può essere girato nel senso inteso da parte ricorrente, se non a costo di fraintenderne la reale portata semantica e di incorrere, pertanto, in un falso presupposto interpretativo. L'eventuale sussistenza di un'interconnessione funzionale, atta a ricondurre la fattispecie incentivante all'ipotesi del mero potenziamento di impianto già esistente (piuttosto che a quella della costruzione di un nuovo impianto), dovrà pertanto essere valutata di volta in volta, attraverso un accertamento in concreto delle caratteristiche delle nuove opere realizzate e ferma restando la presunzione suddetta.

3.6. L'impugnazione del combinato disposto fra gli artt. 4, commi 1 e 2, 5 e 12, comma 3, del d.m. 23 giugno 2016, nella parte in cui si esclude qualsiasi incentivazione per gli impianti idroelettrici di potenza nominale superiore ai 5 MW, è fondata.

In base all'art. 4, comma 2, invero, impianti di simile potenza potrebbero teoricamente accedere alle sole procedure d'asta; tuttavia, l'art. 12, comma 3, 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); dal canto suo, l'art. 5 del d.m. 23 giugno 2016 stabilisce che *“I valori della potenza di soglia sono fissati in 5 MW per tutte le tipologie di fonte rinnovabile”*. Secondo l'art. 24, comma 5, lett. *g*, del d.lgs. n. 28 del 2011 il Ministero avrebbe bensì 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); ma il Ministero non avrebbe potuto anche, come invece è stato fatto, individuare una soglia oltre la quale l'incentivo risulta essere del tutto escluso per una determinata fonte di energia rinnovabile.

Non ha nessuna rilevanza il 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 abbia partecipato alle procedure di iscrizione al Registro, risultando non assegnatario degli incentivi; ovvero che – come precisa la difesa erariale – sia stato ritenuto *“opportuno”* non prevedere alcun contingente di potenza (idro)elettrica da incentivare *“perché non è stata registrata la presenza di un numero sufficiente di progetti cantierabili”*. Sono, queste, valutazioni che non spetta al Ministero compiere dinnanzi alla previsione 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).

Con assorbimento degli ulteriori profili dedotti, pertanto, le disposizioni impugnate vanno annullate, come da domanda della ricorrente, nella parte in cui viene esclusa ogni incentivazione per gli impianti idroelettrici con potenza

nominale al di sopra dei 5 MW.

3.7. L'impugnazione dell'art. 22 del d.m. 23 giugno 2016 non è fondata.

La disposizione in esame è censurata nella parte in cui si prescrive che *“Nel caso di impianti idroelettrici su canali e cavi dei consorzi di bonifica e irrigazione, il richiedente, oltre alla concessione, deve allegare l'atto redatto ai sensi del regio decreto n. 368/1904 e successive modificazioni ed integrazioni, con il quale sono regolati i rapporti tra il consorzio e il soggetto richiedente, attestante il titolo a costruire ed esercire l'impianto e l'assenso del consorzio medesimo”*. In tal modo, secondo la ricorrente, sarebbe frapposto un “ostacolo immotivato” all'accesso al mercato, peraltro sottoposto all'“arbitrio” del consorzio di bonifica o di irrigazione proprietario del canale e del quale andrebbe, di volta in volta, ottenuto l'assenso. La disposizione – dalla formulazione letterale non certo perspicua (basti considerare le opposte ed inconciliabili sue interpretazioni che sono state fornite, nell'ambito del presente giudizio, dalle memorie difensive del GSE e del Ministero resistente) – deve comunque essere letta integralmente, per comprenderne appieno la portata innovativa; essa così prosegue: *“In assenza della concessione è sufficiente che il richiedente sia in possesso dell'autorizzazione prevista dall'art. 166 del decreto legislativo n. 152/2006 ai fini dell'uso legittimo dell'acqua. Il presente comma si applica anche alle richieste di incentivazione presentate ai sensi del decreto ministeriale 6 luglio 2012”*.

Ne deriva che, qualora si tratti di impianto ubicato su canali e cavi di un consorzio di bonifica o di irrigazione, ai fini dell'accesso agli incentivi il soggetto richiedente – ferma restando la titolarità, in capo a lui, dell'autorizzazione a costruire ed esercire l'impianto, rilasciata ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003 – dovrà allegare sia (i) l'atto di concessione di derivazione d'acqua a lui intestata sia (ii) l'atto di assenso del consorzio, redatto ai sensi del r.d. n. 368 del 1904, con il quale sono stati regolati i rapporti tra di lui ed il consorzio medesimo e che richiami l'autorizzazione alla costruzione ed all'esercizio dell'impianto. Soltanto nell'ipotesi in cui il soggetto richiedente non sia anche

titolare della concessione a derivare acqua (“*In assenza della concessione...*”) e, quindi, qualora detta concessione sia stata rilasciata esclusivamente al consorzio, l’allegazione della concessione sarà sostituita dall’allegazione dell’atto di autorizzazione, rilasciato dal consorzio ai sensi dell’art. 166 del d.lgs. n. 152 del 2006, ai fini dell’uso legittimo dell’acqua.

Si tratta di un approdo in parte confermativo della giurisprudenza di questa Sezione che, in diversi arresti (anche recenti), ha più volte ribadito il necessario parallelismo tra soggetto responsabile dell’iniziativa incentivata e soggetto titolare dei titoli autorizzatori e concessori necessari per la realizzazione della medesima iniziativa: nella vigenza del sistema incentivante di cui al d.m. 6 luglio 2012, infatti, il rilascio di una concessione di derivazione d’acqua costituisce un requisito soggettivo imprescindibile in capo al soggetto richiedente gli incentivi il quale non potrebbe affatto omettere di indicarlo in sede di domanda, neppure con riguardo alla relativa data di conseguimento (si vd., da ultimo, TAR Lazio, Roma, questa sez. III-*ter*, sentt. n. 9699 del 2016 e nn. 6014, 6205 e 6207 del 2017). La disposizione censurata, tuttavia, presenta un contenuto innovativo rispetto al precedente regime, peraltro adesso applicabile pure – per espressa previsione – alle richieste di incentivazione presentate ai sensi del d.m. 6 luglio 2012: si consente infatti l’accesso agli incentivi anche al produttore che non risulti titolare dell’atto di concessione alla derivazione d’acqua (in quanto rilasciata al solo consorzio), purché però egli abbia ottenuto almeno l’autorizzazione del consorzio “*ai fini dell’uso legittimo dell’acqua*” ai sensi dell’art. 166 del d.lgs. n. 152 del 2006. In quest’ultima ipotesi sarà quindi necessario allegare detta autorizzazione *ex art. 166 cit.* (in luogo della concessione), così risultando dimostrata la legittimità, attestata dal consorzio interessato, circa l’uso dell’acqua ai fini idroelettrici.

Quanto poi all’ulteriore presupposto dell’atto di assenso del consorzio, sul quale si appuntano le censure di parte ricorrente, il Collegio ritiene che la prescrizione non può considerarsi illegittima, avuto riguardo alle finalità di salvaguardia degli

interessi di natura ambientale che, come già visto, ispirano fortemente la disciplina complessiva del d.m. 23 giugno 2016. La disposizione impugnata, laddove introduce, in capo ai produttori di energia idroelettrica (benchè già titolari della concessione), l'onere aggiuntivo di allegare l'atto di assenso del consorzio, ai sensi del r.d. n. 368 del 1904, trova infatti giustificazione in una *ratio* di maggior tutela per il corpo idrico interessato dall'intervento: viene cioè introdotto un ulteriore momento di apprezzamento al livello dell'organismo (il consorzio) che è maggiormente coinvolto con l'uso quotidiano della risorsa e che è, perciò solo, più di ogni altro a conoscenza delle possibili problematiche di impatto sulla risorsa idrica (oltre che sul mantenimento delle ordinarie attività ed usi consortili) che potrebbero derivare dall'attivazione dell'insediamento produttivo. Si intende in questo modo perseguire, in linea con il principio di precauzione, quegli stessi obiettivi che – come si è già visto in precedenza – la superiore fonte comunitaria ha imposto ai singoli Stati membri ogniqualvolta l'opera dell'uomo comporti modificazioni sui corpi idrici (art. 4, par. n. 7, della direttiva n. 2000/60/CE). La previsione censurata appare pertanto immune dal vizio di irragionevolezza.

3.8. L'impugnazione dell'art. 4, comma 5, del d.m. 23 giugno 2016 (di cui ai primi motivi aggiunti) non è fondata.

Secondo la disposizione impugnata, gli impianti *“hanno accesso agli incentivi a condizione che i relativi lavori di costruzione risultino, dalla comunicazione di inizio lavori trasmessa all'amministrazione competente, avviati dopo l'inserimento in posizione utile nelle graduatorie”*. Qui la ricorrente contesta che, in tal modo, verrebbe introdotta una causa di esclusione dagli incentivi diversa e ben più restrittiva rispetto a quella pur prevista al par. n. 50 della Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C.200/01: quest'ultima infatti ha ritenuto che *“gli aiuti siano privi di effetto di incentivazione per il beneficiario se, nel momento in cui questi inoltra domanda di aiuto alle autorità nazionali, le attività legate al progetto hanno già avuto inizio. In tal caso, se il*

beneficiario dà inizio all'attuazione di un progetto prima di presentare domanda di aiuto, gli aiuti concessi per tale progetto non verranno considerati compatibili con il mercato interno". In sostanza, mentre per la disciplina europea sarebbe rilevante il momento della domanda di aiuto, ammettendosi l'inizio dei lavori subito dopo di essa (e, quindi, teoricamente, anche prima dell'effettivo riconoscimento degli incentivi), per la normativa italiana ad aver rilievo sarebbe invece il momento dell'inserimento in graduatoria: l'impresa, pertanto, per poter legittimamente godere degli incentivi, non potrebbe iniziare i lavori subito dopo la presentazione della domanda, ma dovrebbe comunque attenderne l'esito positivo (ammissione in graduatoria).

Deve premettersi che la disposizione impugnata trova la propria *ratio* nel c.d. effetto di incentivazione il quale, come anche di recente osservato da questo TAR, è uno dei principali pilastri della disciplina degli aiuti di Stato: il suo obiettivo è quello di stimolare i potenziali beneficiari ad intraprendere attività economiche che altrimenti non avrebbero intrapreso in assenza della concessione dell'aiuto (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. n. 4442 del 2017).

L'effetto di incentivazione si ricollega, pertanto, al concetto di "necessità dell'aiuto", risulta imposto in gran parte delle fonti comunitarie (regolamenti, discipline, orientamenti, ecc.) in materia di aiuti di Stato ed implica, talvolta, un'analisi controfattuale per comparare la situazione che si avrebbe in assenza di aiuto con quella in presenza di aiuto; in taluni casi (come nella specie) la verifica si limita a richiedere che l'impresa beneficiaria non abbia avviato la realizzazione del progetto prima della data di presentazione della domanda di aiuto (così, di recente, TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, sent. n. 2922 del 2017). Nel caso oggetto del presente giudizio, in particolare, il principio dell'effetto di incentivazione è chiaramente delineato al paragrafo n. 49 della già menzionata Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C.200/01, laddove si legge: "*Un effetto di incentivazione si verifica quando l'aiuto stimola il beneficiario a cambiare comportamento, inducendolo a garantire un livello maggiore di tutela dell'ambiente o a migliorare il funzionamento di un mercato dell'energia ben funzionante, sicuro, accessibile e sostenibile, ossia*

un cambiamento di comportamento che non si verificherebbe senza l'aiuto. Gli aiuti non devono essere intesi a sovvenzionare i costi di un'attività che l'impresa sosterrrebbe comunque e non devono compensare il normale rischio d'impresa di un'attività economica". Pertanto non è irragionevole, ed anzi si mostra allineata all'anzidetta normativa euro-unitaria, la disposizione che ammette l'erogazione del beneficio solo a condizione che i lavori di costruzione dell'impianto di produzione di energia siano avviati soltanto in un momento successivo rispetto all'inserimento in graduatoria; diversamente, si acconsentirebbe ad un aiuto di Stato "non necessario" in quanto risulterebbe già dimostrato, *per factia concludentia*, che l'impresa, indipendentemente dalla concessione del beneficio, ha già spontaneamente dato avvio all'iniziativa.

In questo quadro, non ha pregio la censura mossa dalla ricorrente con cui si lamenta che il regime italiano avrebbe introdotto una limitazione ancor più stringente rispetto a quella derivante dalla normativa europea, con ciò frustrando le aspettative di quegli operatori che avevano già iniziato a costruire i loro impianti. Ricondurre la valutazione di "necessità" dell'aiuto al momento dell'effettiva ammissione in graduatoria, anziché a quello (precedente) di mero inoltro della domanda, rientra invero nei margini di discrezionalità che pertengono agli Stati membri nel definire le modalità di accesso agli incentivi e costituisce un'opzione non manifestamente irragionevole od arbitraria con la quale si è voluto perseguire l'obiettivo (in sé legittimo) di incanalare il complessivo regime dei meccanismi incentivanti nei binari di una stretta necessità. Non vi è spazio per la valutazione sull'"affidamento" che si sarebbe ingenerato in capo a determinati operatori: non può, invero, dimenticarsi il "contesto congiunturale" che fa da sfondo, nel momento storico attuale, alla sopravvivenza dei regimi incentivanti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, contesto nel quale – come ha di recente osservato la Corte costituzionale, nel decidere diverse questioni prospettate da questa Sezione – il normatore interno è chiamato a muoversi secondo una logica perequativa "che risponde ad un interesse pubblico, in termini di equo bilanciamento degli opposti

interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica” (così Corte cost., sent. n. 16 del 2017): in un quadro del genere, pertanto, i benefici incentivanti possono essere ritenuti ammissibili solo nella misura in cui essi si dimostrino effettivamente e strettamente necessari al perseguimento dei dichiarati obiettivi, come per l'appunto deriva dalla norma di cui all'art. 4, comma 5, del d.m. 23 giugno 2016.

4. In conclusione, il ricorso ed i motivi aggiunti devono essere accolti unicamente: quanto all'impugnazione dell'art. 4, comma 3, lett. *f*, del d.m. 23 giugno 2016; e quanto all'impugnazione del combinato disposto fra gli artt. 4, commi 1 e 2, 5 e 12, comma 3, del medesimo d.m., nella parte in cui viene esclusa ogni incentivazione per gli impianti idroelettrici con potenza nominale al di sopra dei 5 MW. Di conseguenza, il d.m. 23 giugno 2016 e gli atti che ne hanno conferito applicazione (in particolare, le “*Procedure applicative*” pubblicate dal GSE il 15 luglio 2016 e la graduatoria degli impianti iscritti nel Registro in posizione utile, pubblicata il 25 novembre 2016) devono essere annullati *in partibus quibus*.

Le spese del giudizio possono essere integralmente compensate, attesa la soccombenza reciproca e la novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione terza-*ter*, definitivamente pronunciando,

a) accoglie il ricorso in epigrafe ed i motivi aggiunti, nella parte indicata in motivazione e, per l'effetto, annulla:

- l'art. 4, comma 3, lett. *f*, del d.m. 23 giugno 2016;

- il combinato disposto fra gli artt. 4, commi 1 e 2, 5 e 12, comma 3, del d.m. 23 giugno 2016, nella parte in cui viene esclusa ogni incentivazione per gli impianti idroelettrici con potenza nominale al di sopra dei 5 MW;

- gli altri atti impugnati, *in partis quibus*;

b) respinge, per il resto, il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti;

c) compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2017 con

l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere

Antonino Masaracchia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Antonino Masaracchia

IL PRESIDENTE

Giampiero Lo Presti

IL SEGRETARIO