

Publicato il 02/05/2023

**N. 07434/2023 REG.PROV.COLL.**  
**N. 13683/2015 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza Stralcio)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 13683 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Soc Alperia Greenpower S.r.l., già SE Hydropower S.r.l, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Bucello, Gabriele Pescatore, Simona Viola, con domicilio eletto presso lo studio Gabriele Pescatore in Roma, via Spallanzani, 22;

*contro*

Gse S.p.A. - Gestore dei Servizi Energetici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Segato, Maria Antonietta Fadel, Antonio Pugliese, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Segato in Roma, via Panama, 68;

Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*per l'annullamento*

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- a) dei provvedimenti di GSE del 7 agosto 2015, prot. GSEWEB/P20150059181 e del 15 giugno 2016, prot. GSE/P20160059039
- b) in subordine, ove occorrere possa, anche dell'art. 22, comma 2, secondo periodo del decreto del Ministro dello Sviluppo economico, adottato in concerto con il Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, avente ad oggetto "Incentivazione dell'energia elettrica prodotta dagli impianti eolici on shore, solari fotovoltaici, idroelettrici e a gas residuati dei processi di depurazione", adottato il 4 luglio 2019 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 9 agosto 2019 n. 186, nella parte in cui non dovesse applicarsi agli impianti idroelettrici che hanno domandato l'accesso o beneficiano degli incentivi ex d.m. 6 luglio 2012.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati in data 12.9.2016:

- del provvedimento del GSE del 15 giugno 2016 prot. n. GSE/P20160059039 di modifica del provvedimento del del giugno 2016, prot. GSE/P20160059039;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati in data 21.11.2019:

- dei provvedimenti GSE, già impugnati con il ricorso introduttivo e con i primi motivi aggiunti, anche per le ulteriori censure dedotte con il presente atto;

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

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 17 marzo 2023 la dott.ssa Silvia Piemonte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 30 ottobre 2015 e depositato il successivo 19 novembre, la Società SE Hydropower S.r.l., titolare della concessione a scopo idroelettrico su una delle derivazioni a valle della diga di Alborelo sul torrente Valsura, impugnava il provvedimento del Gestore dei servizi energetici (GSE) del 7 agosto 2015 nella parte in cui, pur riconoscendo la tariffa omnicomprensiva pari da 219,00 €/MWh (prevista per gli impianti “*ad acqua fluente*”) ex D.M. 6 luglio 2012 per l'impianto a generazione di energia elettrica da fonte idraulica sito in località “Bagni di mezzo” nel Comune di San Pancrazio (BZ), riteneva tale l'impianto come rientrante nella tipologia “*a bacino o a serbatoio*” (per la quale sarebbe stato invece da riconoscersi una diversa e minore tariffa incentivante, pari a 101,00 €/MWh); in via subordinata impugnava altresì le definizioni di “*impianto alimentato da fonti rinnovabili*” e “*impianto idroelettrico*” contenute nell'art. 2, comma 1, lett. a) dell'allegato 2, paragrafi 1.1.1 del D.M. 6 luglio 2012.

Sosteneva dunque la lesività del provvedimento nella parte in cui qualificava l'impianto come “a bacino e o serbatoio” e richiamava a supporto della diversa qualificazione dell'impianto le norme Uniopede/Eureletric contenenti le definizioni di impianti “ad acqua fluente” e di impianti “a bacino/serbatoio” sulle derivazioni idroelettriche e l'art. 2, co. 1 del d.lgs. 29 dicembre 2003 n. 387 che introduce la distinzione tra fonti rinnovabili “programmabili” e fonti rinnovabili “non programmabili”.

Contestava la violazione e falsa applicazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, nonché l'eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei fatti e, in ogni caso, difetto di motivazione, in quanto il GSE,

nell'adozione del provvedimento, non avrebbe tenuto conto delle osservazioni formulate con la nota del 21 maggio 2015.

1.1 Successivamente, intervenuta in data 15 giugno 2016 la nota del GSE di rettifica del precedente provvedimento, con la quale si chiariva che la tariffa da riconoscersi era da intendersi pari a 101,00 €/MWh e non pari a 219,00 €/MWh, con ricorso per motivi aggiunti notificato il 4 agosto 2016 la Hydropower impugnava altresì tale provvedimento di rettifica per “violazione e falsa applicazione dell’art. 2 e dell’allegato 2 al D.M. 6 luglio 2012, del paragrafo 1.3.4 delle procedure applicative del GSE, edizione gennaio 2014 e delle definizioni Eurelectric (ex Unipede)”.

1.2 Infine in data 30 ottobre 2019 la Società ricorrente, che nel frattempo aveva cambiato denominazione in Alperia Greenpower s.r.l. proponeva un secondo ricorso per motivi aggiunti assumendo che il nuovo D.M. 4 luglio 2019 avrebbe chiarito la nozione di impianto “*ad acqua fluente*” rilevante nel presente contenzioso e, dunque, contestava altresì la violazione dell’art. 22, comma 2, secondo periodo del predetto D.M.. riproponendo le medesime argomentazioni volte a sostenere che l’impianto in questione doveva essere considerato “*ad acqua fluente*”; in via subordinata, contestava sia l’irragionevolezza dell’interpretazione dell’art. 22 del D.M. 4 luglio 2019 che ne escludesse l’applicabilità anche al proprio impianto, sia l’illegittimità propria dell’art. 22, comma 2, secondo periodo del D.M. 4 luglio 2019 per discriminazione e disparità di trattamento laddove ritenuto non applicabile al caso di specie.

1.3 Si costituivano per resistere al ricorso il GSE e i Ministeri dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, dello Sviluppo Economico, delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali.

1.4 All’udienza del 17 marzo 2023 la causa veniva trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

2.1 Con il provvedimento gravato con il ricorso introduttivo il GSE comunicava che “*Con riferimento all’identificazione della tipologia dell’impianto, si*

*rappresenta che, sulla base della documentazione inviata e nello specifico del Titolo Concessorio n. 106 del 22/03/2012 e relativo disciplinare n. 2333 del 02/03/2012 e della concessione edilizia n. 2013-62 del 07/05/2014 rilasciati rispettivamente dall'Ufficio elettrificazione della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige e dal Comune di San Pancrazio (indicati dal Soggetto Responsabile nella richiesta di accesso ai meccanismi di incentivazione), l'impianto in oggetto utilizza la risorsa idrica rilasciata a valle della diga di Alborelo e destinata al deflusso minimo vitale (DMV) per la conseguente utilizzazione a scopo idroelettrico nella nuova centrale generatrice. La centrale in oggetto ricade, quindi, nella tipologia a bacino/serbatoio e non in quella ad acqua fluente, indicata dal Soggetto Responsabile nella richiesta di accesso agli incentivi”.*

Sulla base di tale qualificazione dell'impianto in questione, il GSE riconosceva all'odierna ricorrente per l'energia immessa in rete “la tariffa prevista per la tipologia a bacino/serbatoio, secondo le definizioni di cui alla Tabella 1.1 dell'Allegato 1 al Decreto”, ossia, come poi chiarito con il provvedimento di rettifica gravato con i primi motivi aggiunti, la tariffa di 101,00 €/MWh in luogo di quella pari da 219,00 €/MWh (prevista invece per gli impianti “ad acqua fluente”).

2.2 La questione giuridica e sostanziale su cui vertono le doglianze di parte ricorrente attiene dunque alla qualificazione dell'impianto in questione come impianto “ad acqua fluente” e non “a bacino o a serbatoio”, come invece ritenuto da GSE nei provvedimenti gravati.

2.3 Nel dettaglio l'impianto in questione sfrutta il c.d. deflusso minimo vitale (DMV), ovvero una quantità d'acqua che la diga di Alborelo, realizzata sul torrente Valsura, deve rilasciare nella misura prescritta di volta in volta dalle competenti Autorità pubbliche, per garantire la naturale prosecuzione del corso fluviale e la conservazione dell'ecosistema.

Con il provvedimento gravato il GSE ha ritenuto sostanzialmente che, utilizzando la risorsa idrica rilasciata a valle della diga di Alborelo e destinata al deflusso minimo vitale (DMV), l'impianto dovesse ritenersi per ciò stesso come impianto a bacino o a serbatoio e non ad acqua fluente.

La distinzione non è da poco comportando una notevole diversità in termini di tariffa incentivante, che per gli impianti del secondo tipo (ad acqua fluente) è più del doppio rispetto a quella riconosciuta per l'altra tipologia di impianti, probabilmente anche in ragione del fatto che questi ultimi sono economicamente più convenienti consentendo di poter accumulare l'acqua e sfruttarla per produrre energia nei momenti di maggiore necessità e produttività.

2.4 La disciplina degli incentivi in questione è da ricercarsi nel D.M. 6 luglio 2012 "*Attuazione dell'articolo 24 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, recante incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici*" che stabiliva le modalità di incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti alimentati da fonti rinnovabili diversi da quelli fotovoltaici.

Il Decreto individuava, per ciascuna fonte, tipologia di impianto e classe di potenza, il valore delle tariffe incentivanti base (Tb) di riferimento per gli impianti (Allegato 1, Tabella 1.1 del Decreto) e definiva altresì una serie di premi (Pr) cui potevano accedere particolari tipologie di impianti in possesso di determinati requisiti di esercizio (articoli 8, 26, 27, Allegato 1, Tabella 1.1 del Decreto).

In particolare per gli impianti idroelettrici di potenza inferiore a 50 kW era prevista la possibilità di accedere agli incentivi direttamente, senza dover partecipare ai registri o alle aste che prevedono un contingente di potenza incentivabile ogni anno.

La medesima modalità di accesso diretto era altresì prevista dall'art. 4, comma 3, lett. b), punto (iii), del D.M. 6 luglio 2012, per gli impianti come quello in questione, che, pur superando la potenza di 50 kW e comunque non superiore a 250 kW, "*utilizzano il deflusso minimo vitale al netto della quota destinata alla scala di risalita, senza sottensione dell'alveo*".

Nella Tabella 1.1 riportata nell'Allegato 1 venivano poi distinte in corrispondenza della "*fonte rinnovabile idraulica*" le tariffe incentivanti in base

alla diversa tipologia: 1) ad acqua fluente (compresi gli impianti in acquedotto) e 2) a bacino o a serbatoio.

L'Allegato 2 forniva le definizioni degli impianti alimentati da fonti rinnovabili così prevedendo al punto "1.1.1 Impianti idroelettrici": *"Gli impianti idroelettrici possono essere del tipo ad acqua fluente, a bacino e a serbatoio secondo la terminologia dell'UNIPEDE. L'impianto idroelettrico viene funzionalmente suddiviso in due parti:*

*1. centrale di produzione con uno o più gruppi turbina alternatore e opere elettromeccaniche connesse;*

*2. opere idrauliche.*

*Le principali opere idrauliche degli impianti idroelettrici sono esemplificativamente le seguenti:*

*a) traverse, dighe, bacini, opere di presa, canali e gallerie di derivazione, vasche di carico, scarichi di superficie e di fondo, pozzi piezometrici, condotte forzate, opere di restituzione, opere di dissipazione;*

*b) organi di regolazione e manovra, meccanici ed elettromeccanici, delle portate d'acqua fluenti nell'impianto (paratoie fisse e mobili, organi di regolazione e intercettazione varia, griglie e altri)".*

2.5 Dunque in base alla definizione da ultimo riportata il D.M. 6 luglio 2012 rinviava alla terminologia UNIPEDE (International Union of Producers and Distributors of Electrical Energy, poi confluita in EURELECTRIC) al fine di individuare le distinte tipologie di impianto ed è proprio dalla diversa interpretazione delle definizioni UNIPEDE che discende la controversa qualificazione dell'impianto in questione.

La classificazione UNIPEDE, richiamata negli atti di causa, al par. 2.3.6 ("Classificazione delle derivazioni idroelettriche") prevede quanto segue:

*"Le derivazioni idroelettriche sono classificate in differenti categorie in funzione dell'utilizzazione che è possibile fare degli apporti che esse ricevono, secondo che tali apporti debbano essere turbinati in un intervallo di tempo molto breve, o che invece possano essere conservati per periodi di una certa durata.*

*Si definisce generalmente un criterio basato sulla durata di riempimento “D”, con la portata annua media corretta.*

### *2.3.6.1 Derivazioni ad acqua fluente*

*Queste derivazioni vengono normalmente esercite per un servizio di base e utilizzano la portata di volta in volta presente.*

$$D \leq 2 h$$

### *2.3.6.2 Derivazioni con riserva d'acqua*

*Le “derivazioni idroelettriche con riserva d'acqua”, immagazzinano tutti o parte degli apporti nei propri invasi allo scopo di produrre nelle ore di maggiore richiesta. In funzione della durata di riempimento dell'invaso, si distinguono:*

*le derivazioni a bacino*

$$\text{se } 2 h < D < 400 h$$

*le derivazioni a serbatoio*

$$\text{se } D \geq 400 h$$

*Queste derivazioni hanno in generale un funzionamento che permette di eseguire una regolazione del carico.*

*Per estensione, le derivazioni che risultino direttamente collegate all'esercizio di una derivazione con invaso a monte e i cui apporti intermedi siano trascurabili devono essere classificate nella stessa categoria di quella che ne condiziona l'esercizio.”*

2.6 Il GSE ha ritenuto di classificare l'Impianto in questione come “a bacino/serbatoio” in stretta applicazione dell'ultimo inciso del richiamato paragrafo della classificazione UNIPEDE (“Per estensione, le derivazioni che risultino direttamente collegate all'esercizio di una derivazione con invaso a monte e i cui apporti intermedi siano trascurabili devono essere classificate nella stessa categoria di quella che ne condiziona l'esercizio”) valorizzando il fatto che l'impianto facesse riferimento ad una derivazione collegata alla diga a monte (si legge nel provvedimento gravato: “..l'impianto in oggetto utilizza la risorsa idrica rilasciata a valle della diga di Alborelo e destinata al deflusso minimo vitale (DMV)...”).

Pur tuttavia la conclusione cui perviene GSE appare eccessivamente formalistica e non sembra aver tenuto conto di ulteriori elementi, evidenziati

dalla Società ricorrente anche nel corso dell'istruttoria procedimentale, che invece portano a ritenere che l'Impianto deve farsi rientrare nella tipologia di quelli "ad acqua fluente".

2.7 Facendo leva sul profilo funzionale della definizione delle due tipologie di impianti ciò che emerge è che la distinzione tra esse si fonda essenzialmente sulla possibilità di controllare le modalità d'uso dell'afflusso di acqua, di modo che laddove l'impianto utilizza in maniera sostanzialmente contestuale (*"Queste derivazioni ..utilizzano la portata di volta in volta presente"*) l'afflusso di acqua di volta in volta disponibile, allora l'impianto viene classificato come "ad acqua fluente"; laddove invece è possibile regolare ai fini dello sfruttamento per finalità idroelettriche il carico di acqua, ad esempio accumulando temporaneamente l'afflusso, per poi utilizzarlo, in maniera anche economicamente più proficua, una volta raggiunto un certo livello di riserva d'acqua, allora invece l'impianto rientrerà nel secondo tipo.

Anche l'inciso sul quale fa perno il GSE deve essere letto in questi termini e difatti sono classificati come impianti a bacino o a serbatoio quelle derivazioni che risultino *"direttamente collegate"* all'esercizio di una derivazione con invaso a monte e i cui *"apporti intermedi siano trascurabili"* per cui va classificata *"nella stessa categoria di quella che ne condiziona l'esercizio"*.

Perché dunque una derivazione a valle di un invaso possa essere ritenuta avere la stessa natura di quello a monte, devono ravvisarsi determinati presupposti (collegamento diretto e apporti intermedi trascurabili) che ne condizionino l'esercizio rendendolo strettamente dipendente e "controllabile" in base a quanto avviene per l'invaso a monte.

La rilevanza dell'aspetto funzionale dato dalla possibilità di controllare e dunque programmare la fonte rinnovabile è evidenziata dallo stesso legislatore che all'art. 2 lett. b) e c) del d.lgs. 29 dicembre 2003 n. 387 ha difatti introdotto la distinzione tra fonti rinnovabili "programmabili" e "non programmabili", assegnando alla prima categoria tutto il settore idroelettrico,

ad eccezione dei soli impianti “ad acqua fluente”, che ricadono invece nella seconda tipologia.

Più di recente poi la definizione Eurelectric (Union of the Electricity Industry) di impianto ad “ad acqua fluente” che ha sostituito ed integrato la classificazione UNIPEDE, ha chiarito (“*Run-of-river head installations: These head installations normally operate on base load and use the cumulative flow continuously or receive (or use) environmental flow releases*”) che espressamente appartengono alla categoria degli impianti “ad acqua fluente” gli impianti che “ricevono (o usano) il flusso d’acqua rilasciato ai fini ambientali”, definizione atta a ricomprendere anche il c.d. deflusso minimo vitale (DMV).

2.8 Nel caso di specie non è contestato quanto sostenuto dalla ricorrente in ordine all’impossibilità di effettuare alcuna regimentazione idrica del deflusso minimo vitale e di modulare il funzionamento dell’impianto attraverso l’accumulo programmato delle acque.

Sostiene difatti parte ricorrente che *“E’ indispensabile in proposito distinguere fra le acque destinate alla centrale idroelettrica di Lana e quelle che confluiscono nell’impianto di recupero, poiché solo la prima (la centrale di Lana) dispone della possibilità di regolare i flussi idrici mediante la regimentazione dell’invaso a monte della diga di Alborelo.*

*Viceversa, né dall’opera di sbarramento né all’altezza dell’impianto di recupero è possibile operare alcuna regimentazione del deflusso minimo vitale. Tale regimentazione non è possibile neppure nell’ipotesi di malfunzionamento dell’impianto, poiché in tale evenienza il DMV viene deviato per la condotta by-pass, proseguendo la sua corsa senza soluzione di continuità fino all’alveo del Valsura.*

*In altri termini, è la stessa funzione del deflusso minimo vitale, che concorre a determinarne la natura giuridica, ad escludere per esso qualsiasi attività di immagazzinamento, regolazione o modificazione del rilascio a valle della diga e della centrale di recupero: come correttamente chiarito dalle norme Eurelectric, un impianto che sfrutta solo il DMV è necessariamente “ad acqua fluente”, perché in caso contrario sarebbe completamente snaturata la funzione eco-biologica svolta dal DMV, con grave pregiudizio per il corso fluviale.*

*E' pertanto da escludere che l'impianto di recupero possa effettuare, in un'ottica di efficientamento della produzione energetica, qualsivoglia attività di programmazione o gestione della risorsa utilizzata."*

2.9 Indiscussa dunque l'impossibilità per la Società ricorrente di programmare e di regolare l'apporto idrico per l'utilizzo energetico, i provvedimenti del GSE appaiono viziati per violazione dello stesso D.M. 6 luglio 2012 che ai fini della definizione della tipologia di impianti rinviava alle classificazioni UNIPEDE e per eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento dei fatti, laddove perviene alla qualificazione dell'impianto in questione come "a bacino o a serbatoio" sul mero presupposto che si tratta di un impianto di recupero a valle di un a diga e che sfrutta deflusso minimo vitale (DMV) transitante per essa.

3. In conclusione devono trovare accoglimento il ricorso principale ed i primi motivi aggiunti e per l'effetto annullati i provvedimenti del GSE gravati nei termini di cui sopra. Il ricorso sui secondi motivi aggiunti deve pertanto, alla luce dell'accoglimento del ricorso, essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse.

4. La novità e la peculiarità della questione portano a ritenere la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Stralcio), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti del 12 settembre 2016, come in epigrafe proposti, li accoglie nei termini di cui in motivazione.

Dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse il ricorso per motivi aggiunti del 21 novembre 2019.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Claudia Lattanzi, Presidente FF

Silvia Piemonte, Referendario, Estensore

Agatino Giuseppe Lanzafame, Referendario

**L'ESTENSORE**

**Silvia Piemonte**

**IL PRESIDENTE**

**Claudia Lattanzi**

**IL SEGRETARIO**