

Pubblicato il 17/11/2022

N. 10142/2022REG.PROV.COLL.  
N. 02859/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2859 del 2022, proposto dalla società -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luisa Turchia, Antonio Cosimo Cuppone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luisa Turchia in Roma, viale Bruno Buozzi 47;

*contro*

Gestore dei Servizi Energetici - G.S.E. S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Fiorentini, Luciano Mariani, Antonio Pugliese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Comune di -OMISSIS-, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Di Baldassarre, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*e con l'intervento di*

*ad adiuvandum:*

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Della Rocca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilio de' Cavalieri 11;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente la decadenza dal diritto alle tariffe incentivanti per l'impianto fotovoltaico ubicato su aree di proprietà del Comune di -OMISSIS-, e la restituzione dei relativi incentivi

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di -OMISSIS- e del Gestore dei Servizi Energetici - G.S.E. S.p.A.;

Visto l'atto di intervento della società -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2022 il Cons. Cecilia Altavista e uditi per le parti gli avvocati Luisa Torchia, Mario Romita per Antonio Cosimo Cuppone, Luciano Mariani, Vincenzo Di Baldassarre anche per Sergio Della Rocca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società -OMISSIS- il 27 gennaio 2009 otteneva in comodato un terreno sito nel Comune di -OMISSIS- (al catasto foglio 44, particelle 24, 29, 30, 44, 45, 48, 53, 67, 68, 70, 71, 72).

Il 15 marzo 2011 la Regione -OMISSIS- rilasciava alla -OMISSIS- l'autorizzazione unica per la realizzazione di un impianto fotovoltaico di 4,7 MW su tali terreni, che prevedeva l'inizio dei lavori entro dodici mesi dal rilascio dell'autorizzazione.

La società comunicava l'inizio lavori il 28 febbraio 2012. Successivamente, partecipava per l'impianto in questione alla procedura di accesso agli incentivi previsti dal D.M. 5 luglio 2012, "*attuazione dell'art. 25 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, recante incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici (c.d. -OMISSIS-)*", per cui si collocava in posizione utile (al n° 1345) nella graduatoria del 28 settembre 2012.

Il D.M. 5 luglio 2012, (-OMISSIS-), prevedeva all'art. 4 comma 3: "*Le modalità di incentivazione disciplinate dal presente decreto si applicano decorsi quarantacinque giorni solari dalla data di pubblicazione*" della deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas di individuazione della data in cui il costo indicativo cumulato annuo degli incentivi raggiunge il valore di 6 miliardi di euro l'anno. Disponeva al comma 4 la prosecuzione dell'applicazione del D.M. 5 maggio 2011 (cd. Quarto Conto Energia) "*a) ai piccoli impianti e agli impianti di cui ai Titoli III e IV del medesimo decreto che entrano in esercizio prima della data*" della delibera dell'Autorità indicata al comma 3; "*b) ai sensi dell'articolo 6, comma 3, dello stesso DM 5 maggio 2011, ai grandi impianti iscritti in posizione utile nei registri e che producono la certificazione di fine lavori nei termini previsti*"; "*c) agli impianti realizzati su edifici pubblici e su aree delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che entrano in esercizio entro il 31 dicembre 2012*".

Tale ultimo termine è stato prorogato con l'art. 1 comma 425 della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (c.d. Legge di Stabilità 2013), "*esclusivamente per gli impianti da realizzare su edifici pubblici e su aree delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, la cui autorizzazione sia stata chiesta e ottenuta*", al 31 marzo 2013, se non sottoposti a Valutazione di impianto ambientale; per gli impianti della medesima fattispecie sottoposti alle procedure di valutazione di impatto ambientale al 30 giugno 2013 o al 30 ottobre 2013, qualora l'autorizzazione sia rilasciata successivamente al 31 marzo 2013.

Il Gestore del Servizio elettrico (GSE) il 5 febbraio 2013 pubblicava sul proprio sito un chiarimento, nel quale, tra le altre indicazioni, precisava che: *“gli edifici e le aree dove sono ubicati gli impianti devono essere di proprietà delle Amministrazioni pubbliche già alla data di entrata in esercizio dell'impianto e per tutta la durata del periodo di incentivazione”*; *“Soggetto Responsabile dell'impianto può essere un soggetto terzo a cui è conferito un diritto reale o personale di godimento”*.

La Giunta comunale di -OMISSIS-, con delibera n. 33 del 20 marzo 2013, richiamate le criticità relative alla diffusione del fotovoltaico nel territorio comunale, preso atto della modifica normativa intervenuta con la legge di stabilità per il 2013, che *“potrebbe consentire di effettuare un ultimo tentativo per favorire lo sviluppo di energia alternativa su territorio comunale, incrementando altresì il proprio patrimonio disponibile ed ottenendo un equo ristoro, in proporzione alla potenza degli impianti installati”*, approvava un Avviso pubblico *“con il quale tutti coloro che hanno chiesto ed ottenuto un' autorizzazione per impianti fotovoltaici possono cedere gratuitamente i terreni al Comune al quale dovrà essere corrisposto un ristoro proporzionale alla potenza dell'impianto fotovoltaico installato”*. L'Avviso, pubblicato il 22 marzo 2013, prevedeva la cessione gratuita al patrimonio disponibile del Comune di aree libere (per le quali doveva essere costituito il diritto di superficie per la realizzazione dell'impianto) o gravate da diritto di superficie già costituito a favore del realizzatore dell'impianto; che i proponenti avessero già l'autorizzazione alla realizzazione degli impianti di potenza non inferiore a 100 KW; che tali impianti potessero rientrare nella incentivazione del Quarto conto energia, in base alla deroga prevista dal D.M. 5 luglio 2012 e alla proroga della legge n. 228/2012; un compenso economico annuale in favore del Comune per venti anni o il finanziamento di un'opera pubblica per un importo attualizzato. La scadenza del termine per la presentazione delle offerte era fissata al 5 aprile 2013.

Presentava domanda di partecipazione la sola ditta -OMISSIS-, per la quale il Comune rilevava la mancanza dei requisiti, in quanto non titolare dei terreni su cui realizzare l'impianto.

Pertanto, con delibera della Giunta comunale del 22 aprile 2013, veniva prorogato il termine per la presentazione delle offerte al 7 maggio 2013.

Con atto del 5 maggio 2013, la società -OMISSIS- acquistava la piena proprietà dei terreni su cui era collocato l'impianto in corso di realizzazione.

Il 7 maggio 2013 la società -OMISSIS- presentava domanda di partecipazione all'Avviso pubblico, che le veniva aggiudicato con atto del 13 maggio 2013.

Il Consiglio comunale, con delibera n. 41 del 7 giugno 2013, approvava l'acquisizione del terreno e la cessione del diritto di superficie alla -OMISSIS- per la realizzazione dell'impianto; la actualización del compenso per il finanziamento di un'opera pubblica, per complessivi euro 321.630,24 euro, destinandola in particolare a interventi sulla viabilità comunale; lo schema di convenzione con la -OMISSIS-, delegandone la sottoscrizione al Responsabile del settore Lavori pubblici del Comune.

Con atto pubblico del 18 giugno 2013 la società -OMISSIS- cedeva la proprietà dell'area al Comune di -OMISSIS-, che costituiva il diritto di superficie in favore della medesima società.

Quest'ultima, il 28 giugno 2013, presentava la domanda per l'assegnazione degli incentivi del Quarto conto energia, essendo l'impianto entrato in esercizio in pari data, in base al verbale di intervento di Enel Distribuzione di installazione del gruppo di misura di connessione alla rete.

Con nota del 23 ottobre 2013 il GSE comunicava alla società -OMISSIS- *“l'ammissione alle tariffe incentivanti ai sensi del DM 5 maggio 2011 .... per un periodo di venti anni continuativi a decorrere dalla data di entrata in esercizio dell'impianto”* Comunicava, altresì, che *“i valori delle tariffe di cui sopra sono stati determinati sulla base della documentazione inviata a corredo della richiesta di concessione della tariffa incentivante di cui alla Vs. comunicazione del 28/06/2013”*; indicava: *“l'ammissione alle tariffe incentivanti è comunque condizionata alla verifica, tuttora in corso, del rispetto delle disposizioni di cui all'art. 11, comma 6, lettera a) del DM 5 maggio 2011 in merito all'adesione del produttore dei moduli fotovoltaici, installati per la realizzazione dell'impianto in oggetto, ad un Consorzio che ne garantisca la completa gestione a fine vita,*

*in conformità ai requisiti specificati al paragrafo 4.6.2 delle Regole applicative per il riconoscimento delle tariffe incentivanti previste dal DM 5 maggio 2011, pubblicate dal GSE.*

*L'eventuale esito negativo della verifica di cui sopra comporterà la non ammissibilità dell'impianto in oggetto a beneficiare delle tariffe incentivanti e il recupero da parte del GSE degli importi già corrisposti a seguito del provvedimento provvisorio di ammissione alle tariffe incentivanti?*

Il 28 ottobre 2013 è stata stipulata la Convenzione tra GSE e società -OMISSIS- n° -OMISSIS- *“per il riconoscimento delle tariffe incentivanti all'energia elettrica prodotta da conversione fotovoltaica della fonte solare”*.

Il 10 giugno 2014 la -OMISSIS- rinunciava agli incentivi del Quinto conto energia.

Con delibera di Giunta Comunale n. 64 del 9 giugno 2015, il Comune di -OMISSIS- approvava il progetto definitivo-esecutivo delle opere di urbanizzazione a carico della società -OMISSIS-, in base all'Avviso pubblico e alla successiva delibera del Consiglio comunale, per un valore definitivo di € 349.663,27; veniva sottoscritta la relativa convenzione in data 24 giugno 2015 e sono state successivamente realizzate le opere, come da certificato di collaudo del 24 novembre 2015.

Successivamente, il GSE, con nota dell'11 luglio 2017, comunicava alla società -OMISSIS- l'avvio del procedimento di verifica dei dati forniti nell'istanza, ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 28 del 2011.

Il 18 luglio 2017 è stato eseguito un sopralluogo presso l'impianto nel quale veniva rilevata una difformità tra l'ubicazione dell'impianto e quanto risultante dalle planimetrie allegate alla richiesta di autorizzazione unica e successiva variante del 25 novembre 2011.

Con nota del 20 novembre 2018 il GSE, facendo riferimento ad una segnalazione della Guardia di Finanza, nucleo Polizia economico-finanziaria di -OMISSIS-, rilevava che i lavori di realizzazione dell'impianto non sarebbero stati effettivamente avviati il 28 febbraio 2012; non sarebbero stati

completati entro il 28 giugno 2013, data di entrata in esercizio dell'impianto; inoltre la società avrebbe proceduto all'acquisto dei terreni e in seguito alla *“cessione del relativo diritto di superficie”* al Comune al solo fine di rientrare nel regime incentivante del Quarto conto energia; rilevava, altresì, la difformità dell'impianto realizzato rispetto alle planimetrie presentate nel procedimento autorizzatorio, la collocazione dell'impianto in zona agricola e la non spettanza delle tariffe incentivanti previste dall'art. 65 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 (impianti fotovoltaici in ambito agricolo).

Il 23 novembre e il 18 dicembre 2018 la -OMISSIS- presentava osservazioni, rappresentando che il D.M. 5 maggio 2011 relativo al Quarto conto energia prevedeva espressamente all'art. 3 comma 2: *“Ai fini del presente decreto, le cave, le discariche esaurite, le aree di pertinenza di discariche o di siti contaminati non sono considerate aree agricole, anche se ricadenti in aree classificate agricole dal pertinente strumento urbanistico”*; che sia la Regione -OMISSIS-, Ufficio attività estrattive con nota del 14 maggio 2013, che il Corpo forestale dello Stato – Comando provinciale di -OMISSIS-, con nota del 5 aprile 2012, avevano attestato che si trattava di terreni sottoposti ad attività estrattiva, circostanza successivamente confermata dal Comune di -OMISSIS- in data 11 dicembre 2018; che la Regione -OMISSIS-, soggetto legittimato a valutare la conformità edilizia e urbanistica dell'impianto, con nota del 28 luglio 2017 aveva rilevato modifiche non sostanziali dell'impianto apportate in fase esecutiva, confermando la validità della autorizzazione.

Con provvedimento del 30 gennaio 2020 il GSE prendeva atto di quanto rappresentato dalla Regione -OMISSIS- e dal Comune di -OMISSIS- circa la pregressa destinazione dell'area ad attività estrattiva e dalla Regione -OMISSIS- relativamente alla natura non sostanziale delle difformità realizzate nella fase esecutiva dell'impianto. Rilevava che la società -OMISSIS- non aveva apportato elementi utili a confutare quanto indicato dal GSE circa le date di inizio e di completamento dei lavori. Considerava che la società aveva

avuto disponibilità dei terreni fin dal 2009, mentre il Comune l'aveva acquisita solo dal 18 giugno 2013 successivamente all'acquisto dei terreni in capo alla -OMISSIS- avvenuto il 5 maggio 2013; che *“l' interposizione del Comune di -OMISSIS- nella proprietà dei terreni risulta inequivocabilmente attuata dalla società al fine di poter accedere alle più convenienti tariffe incentivanti del Decreto... avendo ottenuto, seguendo il richiamato schema elusivo, la tariffa in misura pari a 0,211 Euro /KW/h”,* invece di quella spettante in base al D.M. 5 luglio 2012 pari 0,113 kW/h. Qualificava, pertanto, le violazioni come violazioni rilevanti ai sensi del D.M. 31 gennaio 2014 allegato 1 lettera j) ovvero *“insussistenza dei requisiti per la qualificazione dell'impianto, per l'accesso agli incentivi ovvero autorizzativi”*; disponeva la decadenza dal diritto alle tariffe incentivanti per l'impianto (n. 814427) sito nel Comune di -OMISSIS-.

Avverso tale provvedimento è stato proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Lazio formulando vari motivi di violazione di legge ed eccesso di potere.

In particolare, con il primo motivo si è lamentata la violazione dell'art. 1, comma 425, Legge n. 228/2012 (Legge di stabilità per il 2013), dell'art. 42 del d. lgs. 28/2011; la violazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 1, lett. j), dell'art. 11 e dell'All. 1, lett. j), del D.M. 31 gennaio 2014; la violazione degli artt. 1 e ss. della L. n. 241/1990; la carenza di istruttoria e di motivazione, il difetto dei presupposti e travisamento dei fatti; l'irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifesta, deducendo, in primo luogo, che le circostanze indicate dal GSE nel provvedimento di decadenza degli incentivi, relative alla proprietà dei terreni, risultavano già chiaramente dagli atti presentati con la domanda di incentivi. Inoltre, le indicazioni della Guardia di Finanza su cui si era basato il GSE non erano state neppure seguite dalla Procura della Repubblica di -OMISSIS-. In ogni caso, l'impianto aveva rispettato la sequenza temporale indicata nel D.M. 5 luglio 2012 e nella successiva norma di proroga, di cui all'art. 1 comma 425 della legge di stabilità per il 2013, nonché il chiarimento reso dal GSE, che aveva richiesto espressamente la



sussistenza della proprietà pubblica, alla data di entrata in esercizio dell'impianto, delle *“aree ove sono ubicati gli impianti”* e non la proprietà degli impianti.

Si contestavano, quindi, le affermazioni del GSE in ordine alle modalità elusive del regime incentivante, dal momento che si trattava di una operazione del tutto trasparente, avendo il Comune di -OMISSIS- indetto l'Avviso pubblico per l'acquisizione delle aree proprio al fine di utilizzare la proroga prevista dalla legge n. 228/2012. La società -OMISSIS- aveva partecipato (peraltro solo successivamente alla proroga del termine per la partecipazione al 7 maggio 2013) presentando la propria offerta, pari a complessivi euro 584.640,00. Il Comune di -OMISSIS- aveva preferito aggiornare la somma per finanziare la realizzazione di una strada comunale. Tale schema era stato seguito da molti altri Comuni dal momento che la medesima Legge di Stabilità per 2013 imponeva alle Amministrazioni forti restrizioni per l'acquisto oneroso di immobili per l'anno 2013 e divieti per l'acquisto e la locazione passiva di immobili (salvo rinnovo) per l'anno 2014. L'operazione aveva consentito al Comune di incrementare il proprio patrimonio disponibile e di ottenere un corrispettivo (nel caso di specie il finanziamento un'opera pubblica equivalente) dalla concessione del diritto di superficie sulle aree, che ha acquisito gratuitamente dal privato. L'Avviso pubblico non era mai stato impugnato dal GSE né da altri davanti al giudice amministrativo né disapplicato da un giudice ordinario. E' stata, altresì, dedotta la piena validità ed efficacia del contratto di compravendita e di costituzione del diritto di superficie, teso a realizzare un'operazione consentita dalla legge; è stata contestata, quindi, la sussistenza delle violazioni rilevanti per procedere alla decadenza degli incentivi.

Con un secondo motivo è stata lamentata la violazione dei principi di buon andamento, efficienza, efficacia e trasparenza dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241 ed all'art. 97 Cost.; l'illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà; la violazione dei principi di autovincolo,

di tutela del legittimo affidamento nonché di correttezza e buona fede, deducendo che lo stesso GSE, con il chiarimento fornito il 5 febbraio 2013, aveva indicato la spettanza degli incentivi per le aree di proprietà pubblica al momento dell'entrata di esercizio dell'impianto; che sia il Comune con l'Avviso pubblico che il privato si erano mossi sulla base di tale indicazione, che aveva generato, quindi, un affidamento, rispetto alla quale il provvedimento del GSE risultava del tutto contraddittorio.

Con il terzo motivo, di violazione dell'art. 42 del D. Lgs. 28/2011, difetto di competenza e di potere; violazione dell'art. 3, comma 1, lett. j), dell'art. 11 e dell'All. 1, lett. j), del D.M. del 31 gennaio 2014, violazione dell'art. 3, comma 1, lett. c), del D.M. 5 maggio 2011, sono state contestate le circostanze relative al tardivo avvio dei lavori, rispetto al quale comunque non era intervenuto alcun provvedimento di decadenza dell'autorizzazione unica - la cui validità ed efficacia è stata anzi confermata dalla Regione - sostenendo che il GSE non avrebbe alcun potere di sindacare la legittimità dell'autorizzazione rilasciata dalla Regione, dovendo operare solo un controllo estrinseco sulla completezza della documentazione presentata. E' stato poi richiamato l'art. 2, comma 159, della L. 24 dicembre 2007, n. 244, che prevederebbe per gli impianti alimentati da fonti rinnovabili un'equiparazione tra attività materiale e cartolare in materia di inizio lavori, da ritenere una normativa speciale e prevalente sulla normativa generale in materia edilizia. E' stata contestata in fatto la circostanza della mancata conclusione dei lavori alla data del 28 giugno 2013, in quanto a tale data l'impianto risultava in esercizio tramite la connessione alla rete elettrica; inoltre, i componenti sono stati consegnati nel giugno 2013; alla domanda di accesso agli incentivi erano state allegate fotografie da cui appariva l'avvenuta realizzazione dell'impianto, come sarebbe confermato anche dai rilievi satellitari.

Con il quarto motivo è stata lamentata la violazione dell'art. 21 *nonies* della L. 241/1990 e del principio di affidamento legittimo, in quanto la decadenza degli incentivi è stata disposta sulla base di una rivalutazione di dati e

documenti già in possesso del GSE fin dal momento della richiesta di ammissione dell'impianto agli incentivi del Quarto conto energia (contratto di cessione gratuita delle aree al Comune di -OMISSIS-; visura storica dell'area di impianto, da cui risulta anche l'atto di compravendita del terreno da parte di -OMISSIS- in data 5 maggio 2013; fotografie dell'impianto; verbale di intervento sul gruppo di misura sottoscritto da Enel in data 28 giugno 2013, attestante l'entrata in esercizio). Pertanto il GSE illegittimamente avrebbe rivalutato, a distanza di anni, i medesimi atti e dati di fatto, posti a base di un provvedimento di attribuzione di vantaggi economici del 2013, senza applicare le regole disciplinanti l'esercizio del potere di autotutela, ovvero il rispetto del termine ragionevole (non superiore a 18 mesi), e la valutazione degli interessi in gioco. E' stata poi formulata in via subordinata un'ulteriore censura di irragionevolezza e violazione del principio di proporzionalità, in quanto il GSE avrebbe potuto sospendere l'erogazione degli incentivi, in attesa della definizione del procedimento penale, o comunque procedere alla sola decurtazione degli incentivi.

In via ulteriormente subordinata è stata proposta una questione di illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 3, del d.lgs. 28/2011 per violazione degli art. 3, 76, 117 della Costituzione, in quanto sarebbe stata introdotta una sanzione non prevista dalla legge delega 4 giugno 2010, n. 96, che prevedeva solo sanzioni pecuniarie; e comunque per irragionevolezza e violazione del principio di proporzionalità di derivazione comunitaria.

Successivamente, con nota del 2 settembre 2020, il GSE richiedeva alla società -OMISSIS- la restituzione degli incentivi percepiti pari a euro 4.467.628,25.

Tale atto è stato impugnato con motivi aggiunti, riproponendo le censure del ricorso introduttivo e proponendo un nuova censura avverso l'atto già impugnato e avverso l'atto di restituzione degli incentivi per violazione dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, in relazione alla norma - sopravvenuta alla proposizione del ricorso - dell'art. 56, comma 7, del d.l. 16

luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha modificato l'art. 42, comma 3, del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, prevedendo espressamente che, per le violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE disponga la decadenza dagli incentivi e il recupero delle somme erogate in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21 *nonies* della legge n. 241/1990.

Con i motivi aggiunti veniva proposta la domanda cautelare di sospensione dell'atto di restituzione.

Si costituiva nel giudizio di primo grado il Comune di -OMISSIS-, che sosteneva la legittimità dell'operazione di cessione dell'area al Comune, avvenuta a seguito di un Avviso pubblico mai impugnato, e della complessiva operazione compiuta dal Comune con valorizzazione di aree comunali e avvenuta realizzazione di opere di viabilità pubblica.

Si costituiva, altresì, il GSE, contestando la fondatezza del ricorso e sostenendo la legittimità dei propri provvedimenti, in particolare, in quanto il regime incentivante di favore previsto per la proprietà pubblica avrebbe la sua *ratio* nell'efficientamento energetico e nella valorizzazione dei beni immobili della Pubblica Amministrazione; sarebbe quindi finalizzato al soddisfacimento di particolari interessi pubblici e quindi all'efficientamento energetico degli edifici pubblici; è stata richiamata la previsione dell'art. 5, comma 15, del -OMISSIS-R. 26 agosto 1993, n. 412, che prevede l'obbligo per gli edifici di proprietà pubblica o adibiti ad uso pubblico di soddisfare il fabbisogno energetico degli stessi favorendo il ricorso a fonti rinnovabili di energia, mentre con l'operazione posta in essere l'ente pubblico avrebbe sfruttato una propria posizione di vantaggio per favorire un operatore privato. E' stata affermata la sussistenza del potere del GSE di rideterminare la spettanza dell'incentivo a seguito dei controlli, in base alla norma generale dell'art. 42 del d.lgs. 28/2011, ed è stata contestata l'applicazione della modifica al detto art. 42, introdotta dall'art. 56 del d.l. 76 del 2020, trattandosi di norma

sopravvenuta al provvedimento di decadenza degli incentivi, per la cui applicazione alle fattispecie pendenti sarebbe prevista una disciplina attuativa. Con ordinanza n. 7221 del 20 novembre 2020, il Tribunale amministrativo ha accolto la domanda cautelare proposta con i motivi aggiunti *“rinviando alla cognizione piena del giudizio di merito la questione dei poteri di verifica del Gestore in tema di sindacabilità delle scelte comunali di valorizzazione del patrimonio immobiliare e della possibile rilevanza di elementi idonei ad evidenziare un eventuale intento elusivo delle finalità sostanziali perseguite dalla disciplina incentivante”*; affermando *“l'immediata applicabilità della previsione contenuta nell'art. 42, comma 3, seconda parte, del d.lgs. n. 28 del 2011, pur in assenza del decreto ministeriale previsto dal successivo comma 5, lettera c-bis), del medesimo articolo”*.

Nel corso del giudizio di primo grado sono state depositate la nota della Regione -OMISSIS- del 21 ottobre 2020, Ufficio energia e sostenibilità, che dichiarava di non ritenere di dovere procedere alla caducazione dell'atto autorizzativo del 15 marzo 2011 rilasciato alla -OMISSIS-, non risultando errori od omissioni; la nota del GSE del 16 ottobre 2020, di avvio del procedimento di riesame, a seguito della istanza presentata dalla società il 20 maggio 2020.

Con la sentenza n. 1435 del 7 febbraio 2022 il ricorso è stato respinto, superando un precedente orientamento della medesima Sezione.

Il giudice di primo grado ha affermato l'infondatezza del primo motivo di ricorso, pur dando atto della sussistenza del *“requisito formale”* dell'acquisto del diritto di proprietà dell'area da parte della Pubblica Amministrazione in data precedente l'entrata in esercizio dell'impianto (essendo l'atto di compravendita del 18 giugno 2013 e l'entrata in esercizio del 28 giugno 2013). Ha, infatti, ritenuto sulla base della *ratio* della norma di favore, *“retta a implementare l'efficientamento energetico e la valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico in coerenza con gli obiettivi di efficienza degli usi finali dell'energia nel settore pubblico indicati dall'art. 5 della direttiva n. 2006/32/CE, e non anche, invece, a introdurre un generale regime di favore per le amministrazioni pubbliche o, addirittura, a*

*favorire le iniziative speculative da queste ultime realizzate”, il requisito relativo alla proprietà dell’area come configurato nella fattispecie concreta non “sufficiente a integrare la fattispecie incentivabile, in ragione della mancata realizzazione di un concreto soddisfacimento dell’interesse pubblico in termini di efficientamento e valorizzazione dei beni immobili dell’Amministrazione, oltre che di riduzione della spesa, come invece chiaramente richiesto dal legislatore, risolvendosi piuttosto la complessiva operazione in esame in una mera occasione speculativa per il privato e per l’Amministrazione stessa”, in quanto al di là della proprietà formale pubblica dell’area, si trattava di un terreno rimasto sempre nella disponibilità del privato, mentre la realizzazione delle opere di viabilità pubblica era avulsa dalla finalità di sviluppo dell’energia alternativa prevista nell’Avviso pubblico.*

Pertanto ha affermato la legittimità degli atti del GSE, in quanto la fattispecie realizzata non era corrispondente *“alla ratio della norma ....essendo il Gestore il soggetto competente a verificare la ricorrenza di tutti i requisiti che, in base alla disciplina di riferimento, fanno ritenere perfezionata la fattispecie incentivante”*.

Ha assorbito gli ulteriori motivi, qualificando l’atto di decadenza dagli incentivi come plurimotivato, *“per cui ogni motivo ostativo che ne è alla base è idoneo di per sé a sorreggere l’atto autonomamente, di tal che le ulteriori censure svolte avverso lo stesso relative alle altre criticità non potrebbero in ogni caso fondare l’accoglimento del ricorso, anche a prescindere dall’esito del giudizio”*. Ha respinto i motivi aggiunti in quanto rivolti avverso un atto meramente consequenziale.

Avverso tale sentenza la -OMISSIS- ha proposto il presente appello, nel quale ha dedotto, in punto di fatto, che, successivamente alla pronuncia della sentenza di primo grado, il GSE ha concluso il procedimento di riesame con il provvedimento del 3 marzo 2022, in difformità dal precedente provvedimento solo con riguardo alla data di inizio lavori, per cui *“in ragione di quanto comunicato dalla Regione -OMISSIS- con la nota 22 ottobre 2020 (il GSE) è indotto a ritenere che l’impianto sia debitamente autorizzato e che non sussistano violazioni, in materia autorizzativa, rilevanti ai fini del riconoscimento degli incentivi”*; confermando invece il provvedimento di decadenza per gli ulteriori aspetti.

Con l'appello sono stati formulati vari motivi con cui si è lamentato *l'error in iudicando* per la violazione dell'art. 1, comma 425, legge n. 228/2012, dell'art. 42 del d.lgs. 28/2011, dell'art. 3, comma 1, lett. j), dell'art. 11 e dell'All. 1, lett. j), del D.M. 31 gennaio 2014, degli artt. 1 e ss. della legge n. 241/1990, la carenza di istruttoria e di motivazione, il difetto dei presupposti e travisamento dei fatti, l'irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifesta, la violazione dell'art. 12 delle preleggi, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore. Ulteriori motivi di *error in procedendo* ed *in iudicando*, per la violazione dell'art. 112 c.p.c. per l'omessa pronuncia su alcuni motivi di ricorso erroneamente assorbiti nonché sulla questione di legittimità costituzionale proposta in primo grado. Sono state quindi riproposte le censure di violazione dei principi di buon andamento, efficienza, efficacia e trasparenza dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 della legge n. 241 del 1990 e all'art. 97 Cost., illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà, violazione dei principi di autovincolo, di tutela del legittimo affidamento nonché di correttezza e buona fede, violazione dell'art. 42 del d.lgs. 28/2011, difetto di competenza e di potere, violazione dell'art. 3, comma 1, lett. j), dell'art. 11 e dell'All. 1, lett. j), del D.M. del 31 gennaio 2014, violazione dell'art. 3, comma 1, lett. c), del D.M. 5 maggio 2011; dell'art. 21 *nonies* della L. 241/1990, eccesso di potere per irragionevolezza, abnormità e violazione del principio di proporzionalità.

E' stata poi sollevata una ulteriore questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 4, lett. c), del D.M. 5 luglio 2012 e dell'art. 1, co. 425, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (legge di stabilità 2013), per violazione degli articoli 3, 41 e 97 Cost., se interpretata nel senso della sentenza impugnata.

In particolare, con il primo motivo, articolato in più censure, si è dedotto che l'impianto era in regola con i termini previsti dalla legge di stabilità per il 2013, di proroga del Quarto conto energia, in quanto, essendo sottoposto a procedura di VIA, è entrato regolarmente in esercizio entro la data di scadenza del termine prorogato al 30 giugno 2013 dalla detta legge ed è

localizzato su area di proprietà del Comune di -OMISSIS- in data anteriore a quella di entrata in esercizio.

Si è sostenuto che, ai fini della attribuzione delle tariffe incentivanti, rileverebbe solo il rispetto oggettivo delle condizioni previste dalle norme disciplinanti i requisiti di accesso, come affermato dal precedente orientamento giurisprudenziale della medesima Sezione del Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

Sono state, quindi, contestate le argomentazioni della sentenza basate sulla *ratio* della disposizione dell'art. 1 comma 4 lettera c) del D.M. 5 luglio 2012, in quanto il giudice di primo grado avrebbe violato il principio di certezza del diritto e l'art. 12 delle Preleggi, sostanzialmente creando *ex novo* la norma da applicare - richiedendo la preesistenza della proprietà pubblica dell'area, non prevista dalla normativa di riferimento - esercitando un'attività di produzione normativa al di fuori dei suoi poteri, sostituendosi al legislatore nella individuazione dell'interesse pubblico rilevante e nella determinazione delle concrete modalità di tutela dello stesso, violando i limiti costituzionali della propria funzione. Inoltre, il giudice di primo grado avrebbe dovuto dare una specifica motivazione del mutamento di orientamento giurisprudenziale, in base ai principi della prevedibilità del diritto e del legittimo affidamento dei soggetti privati, per cui un consolidato orientamento giurisprudenziale potrebbe essere abbandonato solo in presenza di specifiche circostanze idonee a sorreggere la scelta del giudice.

Con il secondo motivo è stato, in primo luogo, contestato il richiamo operato nella sentenza impugnata, alla direttiva n. 2006/32/CE e agli obiettivi di efficienza degli usi finali dell'energia nel settore pubblico, indicati dall'art. 5 della stessa, in quanto tale Direttiva non sarebbe indicata né nel D.M. 5 maggio 2011 né in quello del 5 luglio 2012, mentre il preambolo del D.M. 5 luglio 2012, richiama solo le indicazioni della Conferenza Unificata tese a rivolgere una attenzione particolare per gli impianti realizzati da pubbliche Amministrazioni. Comunque la direttiva tenderebbe genericamente a favorire



l'efficientamento energetico con lo sviluppo delle fonti rinnovabili, finalità che sarebbero state raggiunte dal Comune di -OMISSIS-.

Sono state, quindi, contestate le affermazioni del giudice di primo grado in ordine alla effettiva proprietà dell'area, alla natura speculativa dell'operazione e alla convenienza della stessa per il Comune di -OMISSIS-, sostenendo che avrebbe esorbitato dai limiti del potere giurisdizionale.

Si è dedotto che la proprietà del terreno è stata definitivamente acquisita al Comune; che la vita di un impianto può essere anche superiore al periodo di venticinque anni per cui è stato concesso il diritto di superficie; inoltre che il contratto del 18 giugno 2013, costitutivo del diritto di superficie tra Comune e DP Energia, prevede all'art. 8 che, salvo diverso accordo tra le parti, -OMISSIS-, alla scadenza dei 25 anni, sia obbligata a rimuovere l'impianto fotovoltaico, a smaltire, a propria cura e spese, tutto il materiale presente sui terreni.

E' stato, altresì, dedotto che la convenienza economica dell'operazione è del tutto estranea ai requisiti previsti dal Quarto conto energia e che, comunque, il Comune di -OMISSIS- ha avuto un rilevante beneficio economico costituito, oltre che dalla proprietà dell'area e, successivamente, dell'impianto, dalla realizzazione, per scelta comunale, di opere di viabilità comunale.

Il giudice di primo grado avrebbe in sostanza considerato sussistente una ipotesi di abuso del diritto ma in totale carenza dei presupposti per configurare una tale fattispecie.

Con il terzo motivo è stata contestata la sentenza per avere esteso i poteri di verifica e controllo del GSE oltre i limiti previsti dalle norme di riferimento, richiamando la giurisprudenza per cui il potere del GSE ha natura vincolata ed è condizionato alla verifica dei requisiti previsti dalla normativa vigente, mentre il giudice di primo grado avrebbe consentito l'esercizio di un potere in relazione al *ratio* sottostante alla disciplina, andando anche oltre quanto affermato dal GSE che aveva fatto riferimento all'intento "elusivo" rispetto alla fattispecie normativa e non alla sua "ratio".

Con il quarto e il quinto motivo, relativi all'omissione di pronuncia, si è sostenuto che la natura plurimotivata dell'atto non avrebbe potuto comportare l'assorbimento della censura relativa al mancato rispetto dell'autovincolo che il GSE si era dato prima con il chiarimento del 5 febbraio 2013 e, poi, con l'ammissione della società agli incentivi del Quarto conto energia né le censure relative alla data di inizio e fine lavori, a cui la società aveva comunque interesse. I motivi assorbiti sono stati espressamente riproposti nell'atto di appello.

Con il sesto motivo e settimo motivo si è lamentata l'omissione di pronuncia sulle censure con cui era stata dedotta la mancata applicazione dei presupposti per procedere all'autotutela - essendo decorsi molti anni dalla erogazione degli incentivi - e della possibilità di procedere alla decurtazione e non alla decadenza degli incentivi; il motivo era stato ulteriormente formulato con i motivi aggiunti anche con riferimento alla norma sopravvenuta dell'art. 56 del d.l. 76 del 2020, ritenuto anche immediatamente applicabile nella ordinanza cautelare del TAR.

Con l'ottavo motivo si è lamentata l'omissione di pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale, espressamente riproposta. E' stata, altresì, riproposta un'ulteriore questione di legittimità costituzionale relativa alla disciplina della proroga del Quarto conto energia, in quanto, se interpretata nel senso sostenuto dal giudice di primo grado, gli operatori economici destinatari delle disposizioni non sarebbero in grado di conoscere in anticipo tutti i requisiti - formali e sostanziali - da rispettare per poter accedere al regime incentivante *de quo*, potendo i criteri espressamente menzionati dalla lettera della legge essere ampliati - o ristretti - di volta in volta a livello giurisprudenziale, a seconda della diversa interpretazione.

Si è costituito in giudizio il GSE, che ha eccepito la sopravvenuta carenza di interesse all'appello, essendo intervenuto il provvedimento di riesame, da considerarsi atto confermativo e non meramente confermativo

dell'impugnato provvedimento di decadenza dagli incentivi; ha poi sostenuto l'infondatezza dell'appello.

Si è costituito, altresì, il Comune di -OMISSIS- sostenendo la legittimità dell'operazione conclusa dal Comune e dalla società -OMISSIS-.

Con atto notificato e depositato il 28 aprile 2022 è intervenuta in giudizio *ad adiuvandum* dell'appellante la società -OMISSIS-, deducendo di essere divenuta titolare dell'intero capitale sociale della -OMISSIS- con atto dell'11 aprile 2014, di avere successivamente ceduto tale capitale alla società -OMISSIS-; che nel contratto di cessione è prevista una garanzia sulla regolarità dell'impianto, attivata dalla società -OMISSIS- il 7 febbraio 2020, a seguito del provvedimento di decadenza degli incentivi; di avere pertanto un interesse a sostenere le ragioni della -OMISSIS-, avendo inoltre anche proposto autonomo ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, dichiarato inammissibile con sentenza n. 1-OMISSIS-, per la mancanza di un interesse qualificato all'impugnazione

Con ordinanza n. -OMISSIS- è stata accolta la domanda cautelare di sospensione della sentenza, in relazione al danno grave ed irreparabile, per il pregiudizio, pur di natura economica, ma particolarmente consistente della società.

In vista dell'udienza pubblica, tutte le parti hanno presentato memoria, insistendo per le proprie tesi difensive; inoltre, il GSE ha rimesso al Collegio la valutazione circa l'ammissibilità dell'intervento della -OMISSIS-, dichiarando espressamente di non accettare *“il contraddittorio in ordine ad eventuali censure ulteriori rispetto a quelle prospettate dall'appellante nella propria impugnazione”*; la società appellante ha rappresentato di avere impugnato il provvedimento di riesame del 3 marzo 2022 con autonomo ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Lazio (R.G. -OMISSIS-, allo stato pendente).

Il GSE e il Comune di -OMISSIS- hanno depositato, altresì, memoria di replica ulteriormente insistendo per la fondatezza delle rispettive tesi

difensiva.

All'udienza pubblica del 4 ottobre 2022 l'appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

In via preliminare deve essere esaminata la questione dell'ammissibilità dell'intervento ad adiuvandum della società -OMISSIS-.

Come è noto, ai sensi dell'art. 97 c.p.a., *“può intervenire nel giudizio di impugnazione, con atto notificato a tutte le parti, chi vi ha interesse”*.

Sulla base di tale disposizione, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ritiene ammissibile nel giudizio di appello l'intervento adesivo dipendente da parte di soggetti che non abbiano avuto una posizione di parte formale nel processo amministrativo di primo grado, qualora essi possano subire anche indirettamente pregiudizio dalla decisione dell'appello o possano tutelare una situazione di vantaggio attraverso la definizione della controversia (Cons. Stato Sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1191). In particolare, le condizioni che legittimano la proposizione dell'intervento adesivo sono rappresentate: dalla alterità dell'interesse vantato rispetto a quello che legittimerebbe alla proposizione del ricorso in via principale, visto che l'intervento è volto a tutelare un interesse diverso, ma collegato, rispetto a quello fatto valere dal ricorrente principale, con la conseguenza che la posizione dell'interveniente deve essere meramente accessoria e subordinata rispetto a quella della parte principale; dalla configurabilità di un vantaggio derivante, anche in via mediata e indiretta, dall'accoglimento del ricorso principale. Con particolare riguardo all'intervento *ad adiuvandum* ne viene affermata l'inammissibilità per chi sia legittimato a proporre direttamente il ricorso giurisdizionale in via principale, considerato che in tale ipotesi l'interveniente non fa valere un mero interesse di fatto, bensì un interesse personale all'impugnazione di provvedimenti immediatamente lesivi, che deve essere azionato mediante proposizione di ricorso principale nei prescritti termini decadenziali (Cons. Stato Sez. II, 4 gennaio 2021, n. 105; Sez. IV, 29 novembre 2017, n. 5596).

Nel caso di specie, la -OMISSIS- è un soggetto interessato alla definizione del presente giudizio ai fini di una vicenda contrattuale (la garanzia prestata a favore della società -OMISSIS-); inoltre la sua autonoma azione in giudizio è stata già dichiarata inammissibile per difetto di legittimazione con la sentenza del TAR Lazio n. 1-OMISSIS-. L'interventore ha poi aderito ai motivi di appello proposti, sviluppando solo ulteriori argomentazioni difensive, arricchite dalla indicazione di riferimenti giurisprudenziali.

L'intervento è quindi ammissibile.

In via, altresì, preliminare, deve essere esaminata l'eccezione di improcedibilità del presente appello proposta dal GSE, essendo intervenuto il provvedimento di riesame adottato dal GSE il 3 marzo 2022, autonomamente impugnato in primo grado con il ricorso R.G. -OMISSIS-.

L'eccezione è solo in parte fondata.

Con il provvedimento del 3 marzo il GSE, con riferimento alla questione relativa alla data di inizio lavori, ha rilevato che *“in ragione di quanto comunicato dalla Regione -OMISSIS- con la nota 22 ottobre 2020 (il GSE) è indotto a ritenere che l'impianto sia debitamente autorizzato e che non sussistano violazioni, in materia autorizzativa, rilevanti ai fini del riconoscimento degli incentivi”*.

Su tale aspetto non può, dunque, che essere dichiarata la improcedibilità del presente appello, in quanto la società non ha più alcun interesse a contestare i profili relativi alla effettiva data di inizio dei lavori, essendosi su questo punto il GSE adeguato alle indicazioni della Regione -OMISSIS-.

Sul profilo relativo al momento di conclusione dei lavori per la realizzazione dell'impianto, ritiene il Collegio che il presente appello debba ritenersi improcedibile, in quanto dal provvedimento di riesame risulta che il GSE abbia rivalutato la questione alla luce anche degli ulteriori elementi istruttori di fatto allegati dalla società nelle osservazioni.

In particolare, infatti, nel provvedimento del 31 gennaio 2020 il GSE aveva basato le proprie determinazioni sulla incompatibilità della conclusione dei lavori con la fornitura dei principali componenti dell'impianto avvenuta tra il

3 e il 19 giugno 2013 nonché sulla mancata indicazione di *“elementi utili a confutare quanto già rappresentato dal GSE”*.

Invece, a seguito del riesame, ha confermato il provvedimento di decadenza, sulla base dell'esame anche di ulteriori elementi istruttori emersi a seguito delle osservazioni procedurali presentate dalla società. Risulta dalla comunicazione di avvio del procedimento di riesame del 16 ottobre 2020 che, nel corso di tale procedimento, siano state esaminate, pur con esiti negativi, la relazione tecnica dell'ing. -OMISSIS-, in ordine alle tempistiche di conclusione dei lavori del 10 marzo 2020; le immagini satellitari relative all'area dell'impianto; *“le analisi delle misure dell'energia prodotte e messe in rete dall'impianto in oggetto fornite dal gestore della rete”*.

Nel provvedimento del 3 marzo 2022 è stato poi fatto riferimento all'*“art. 10 della Delibera ARG/elt99/08 e ss.mm.ii. (TICA”*-Testo integrato delle connessioni attive) non indicata né nel precedente provvedimento né nella comunicazione di avvio del procedimento.

Ritiene, dunque, il Collegio che, sulla base di tali elementi, il nuovo provvedimento non possa dirsi, per tale profilo, meramente confermativo del precedente, dovendo ritenersi un nuovo atto di *“conferma”*, che, in effetti, è stato anche già impugnato al Tribunale amministrativo del Lazio dalla società -OMISSIS-

Come è noto, la distinzione tra atti di conferma (o confermativi) e meramente confermativi, viene ravvisata in giurisprudenza nella circostanza che l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione degli interessi, escludendosi che possa considerarsi meramente confermativo rispetto ad un atto precedente l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, mediante un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie considerata; mentre ricorre invece l'atto meramente confermativo, allorché l'Amministrazione si limiti a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova

istruttoria e senza una nuova motivazione (cfr. Cons. Stato, Sez. II, 31 maggio 2021, n. 4157; Sez. IV, 29 agosto 2019, n. 5977; Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2172; Sez. IV, 12 settembre 2018, n. 5341; Sez. IV 27 gennaio 2017, n. 357, Sez. VI, 30 giugno 2017, n. 3207 12 ottobre 2016, n. 4214 e 29 febbraio 2016, n. 812).

Nell'ipotesi della conferma, quindi, l'Amministrazione giunge ad emanare il provvedimento con il medesimo contenuto di quello previamente emesso, ma dopo una nuova considerazione della fattispecie concreta e, soprattutto, dopo una nuova istruttoria.

Nel caso dell'atto meramente confermativo, invece, l'Amministrazione non fa che ripetere la precedente determinazione, senza alcuna nuova valutazione della fattispecie concreta (Cons. Stato Sez. IV, 23 aprile 2020, n. 2570).

Applicando tali consolidati principi giurisprudenziali all'atto del 3 marzo 2022, non può che escludersi la natura meramente confermativa del provvedimento con riguardo al profilo relativo alla tempestiva conclusione dei lavori.

Pertanto, sul punto l'appello deve ritenersi improcedibile, in quanto la società -OMISSIS- non ha più alcun interesse al giudizio avverso il provvedimento del 31 gennaio 2020, che, *in parte qua*, è stato ormai superato dal provvedimento del 3 marzo 2022, la cui legittimità deve essere ancora esaminata in primo grado.

Con riguardo al profilo, relativo alla operazione asseritamente elusiva compiuta dalla società -OMISSIS- e dal Comune di -OMISSIS-, si deve rilevare che, nella comunicazione di avvio del procedimento di riesame del 16 ottobre 2020, il GSE ha espressamente indicato: *“nessun nuovo elemento è stato inoltre fornito con riferimento all’elusione dell’obbligo di iscrizione ai Registri previsti dal Decreto posta in essere mediante la avvenuta cessione dei terreni a titolo gratuito al Comune di -OMISSIS-”*; nel provvedimento conclusivo del riesame del 3 marzo 2022 il GSE ha richiamato, sul punto, solo la sentenza del TAR Lazio n. -OMISSIS-, oggetto del presente appello.

E' evidente, dunque, che il riesame non è stato compiuto, in quanto non sono stati valutati nuovi elementi né è stata effettuata una nuova istruttoria, mentre il richiamo alla sentenza di primo grado, comporta solo una indicazione del giudizio di legittimità del medesimo provvedimento del 31 gennaio 2020.

Ne deriva la natura meramente confermativa dell'atto del 3 marzo 2022 con riguardo alla operazione complessivamente compiuta dalla società -OMISSIS- e dal Comune di -OMISSIS-.

Solo sotto tale profilo, il presente giudizio deve quindi ritenersi procedibile, sussistendo l'interesse concreto ed attuale all'annullamento del provvedimento del 31 gennaio 2020 (come del resto affermato dalla stessa parte appellante nella memoria depositata in giudizio per l'udienza pubblica), non superato da nuove espressioni della volontà del Gestore.

Nel merito l'appello (nella parte procedibile) è fondato.

*Ai sensi dell'art. 1 comma 425 "Il termine di entrata in esercizio degli impianti di cui all'articolo 1, comma 4, lettera c), del decreto ministeriale 5 luglio 2012, fermo restando quanto previsto al comma 5 del medesimo articolo 1, è prorogato, esclusivamente per gli impianti da realizzare su edifici pubblici e su aree delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, la cui autorizzazione sia stata chiesta e ottenuta, al 31 marzo 2013, ovvero per gli impianti della medesima fattispecie sottoposti alle procedure di valutazione di impatto ambientale di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, al 30 giugno 2013. Per tali ultimi impianti, qualora l'autorizzazione sia rilasciata successivamente al 31 marzo 2013, al fine di consentire l'allaccio alla rete dei medesimi, il termine di entrata in esercizio è prorogato entro e non oltre il 30 ottobre 2013".*

Il D.M. 5 luglio 2012 "Attuazione dell'art. 25 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, recante incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici (c.d. -OMISSIS-)", aveva previsto al comma 4 dell'art. 1 tre ipotesi di applicazione del DM 5 maggio 2011, Quarto Conto Energia, tra cui alla lettera c) "agli impianti realizzati su edifici pubblici e su aree delle amministrazioni



*pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che entrano in esercizio entro il 31 dicembre 2012”.*

Pertanto, a seguito della proroga, disposta con la legge n. 228 del 2012, potevano continuare ad usufruire del cd. Quarto Conto Energia gli impianti realizzati su edifici pubblici e su aree delle amministrazioni pubbliche con entrata in esercizio nel 2013 in base alle scadenze temporali individuate.

Nel caso di specie, non è contestata l'applicazione alla fattispecie astratta del termine del 30 giugno 2013.

Il 5 febbraio 2013 il GSE forniva il chiarimento sul proprio sito web con cui precisava che: *“gli edifici e le aree dove sono ubicati gli impianti devono essere di proprietà delle Amministrazioni pubbliche già alla data di entrata in esercizio dell'impianto e per tutta la durata del periodo di incentivazione”*; *“Soggetto Responsabile dell'impianto può essere un soggetto terzo a cui è conferito un diritto reale o personale di godimento”*.

Sulla base di tali indicazioni normative, come precisate dal chiarimento del GSE, il Comune di -OMISSIS- procedeva ad indire l'Avviso pubblico per acquisire la proprietà di un terreno da destinare alla realizzazione di impianto fotovoltaico, tramite la concessione del diritto di superficie ad un privato interessato, in cambio di una controprestazione in danaro con un canone annuale o con attualizzazione di una somma complessiva, da destinare al finanziamento di opere pubbliche.

A seguito di una prima fase della procedura, a cui partecipava una società priva dei requisiti, veniva disposta una proroga dell'Avviso pubblico, a cui partecipava la società -OMISSIS-, che risultava aggiudicataria dell'Avviso.

Né l'Avviso pubblico né l'esito della procedura risultano impugnati, con i noti effetti di inoppugnabilità degli atti.

Il 18 giugno 2013 è stato stipulato l'atto di cessione della proprietà dell'area al Comune e la contestuale costituzione del diritto di superficie. Il 28 giugno 2013 risulta l'allacciamento alla rete elettrica, in base al verbale di Enel Distribuzione, di installazione del gruppo di misura di connessione alla rete,

da cui risulta che alle ore 12 l'impianto *“deve a tutti gli effetti considerarsi in tensione”*.

Ai sensi dell'art. 3 del D.M. 5 luglio 2011, applicabile alla presente vicenda (in forza del regime di proroga previsto dal comma 4 dell'art. 1 e dalla legge di stabilità per il 2013) *“data di entrata in esercizio di un impianto fotovoltaico è la prima data utile a decorrere dalla quale sono verificate tutte le seguenti condizioni:*

*c1) l'impianto è collegato in parallelo con il sistema elettrico;*

*c2) risultano installati tutti i contatori necessari per la contabilizzazione dell'energia prodotta e scambiata o ceduta con la rete;*

*c3) risultano assolti tutti gli eventuali obblighi relativi alla regolazione dell'accesso alle reti”*.

Peraltro, in base all'art. 2 del D.M. 5 luglio 2012, *“data di entrata in esercizio di un impianto fotovoltaico è la data in cui si effettua il primo funzionamento dell'impianto in parallelo con il sistema elettrico comunicata dal gestore di rete (e dallo stesso registrata in GAUDI)”*.

Dal verbale di Enel distribuzione del 28 giugno 2013 risulta l'avvenuta installazione del gruppo di misura per la connessione alla rete del 28 giugno 2013 e il collegamento al sistema elettrico, né è contestato l'assolvimento degli obblighi di regolazione o di registrazione.

Alla data del 30 giugno 2013, quindi, sussistevano i requisiti, anche temporali, indicati dalla normativa di riferimento (D.M. 5 maggio 2011, D.M. 5 luglio 2012, art. 1 comma 425 legge n. 228/2012) per poter usufruire della proroga del Quarto conto energia, come integrata dai chiarimenti resi dal GSE. Infatti, alla data di entrata in esercizio dell'impianto, l'immobile era di proprietà comunale (a seguito di atto pubblico del 18 giugno 2013 nel quale all'art. 10 era espressamente prevista la successiva trascrizione); il soggetto responsabile era diverso dal Comune ma titolare di un diritto di superficie, come espressamente consentito dal GSE nel chiarimento del 3 febbraio 2013.

Nessun altro requisito è richiesto dalla normativa di riferimento; né la preesistenza della proprietà comunale ad una data anteriore all'entrata in

esercizio dell'impianto - che, peraltro, avrebbe potuto essere variabile, ad esempio quella di pubblicazione del D.M. 5 luglio 2012, quella di entrata in vigore della legge 228/2012, una altra data fissata dal legislatore o nella normativa ministeriale - che avrebbe dovuto essere espressamente indicata a livello normativo; né la destinazione della energia prodotta dall'impianto all'immediato soddisfacimento del fabbisogno energetico di edifici e uffici pubblici, circostanza anch'essa non indicata dalla disciplina di riferimento.

In relazione alla fattispecie configurata dalle norme, quindi, non sussistevano requisiti ulteriori per l'accesso agli incentivi.

Tali requisiti non possono essere individuati in via interpretativa, sulla base di una generica e implicita volontà del legislatore di sviluppo degli impianti fotovoltaici su aree di originaria proprietà pubblica o destinati all'uso pubblico; o di trasformazione dell'energia impiegata per gli edifici pubblici in energia proveniente da fonti rinnovabili.

Neppure possono essere tratti ulteriori requisiti da principi generali dell'ordinamento, derivanti da altre fonti normative, di promozione dell'utilizzo delle energie rinnovabili nel settore pubblico.

Infatti, nella premessa del D.M. 5 luglio 2012 si richiamano solo le indicazioni rese dalla Conferenza Unificata relative ad *“una attenzione particolare per gli impianti realizzati da pubbliche Amministrazioni, per i quali, oltre all'esenzione dal registro citata al punto c), viene concesso l'accesso alle tariffe del DM 5 maggio 2011 qualora entrino in esercizio entro il 31 dicembre 2012”*.

Se anche la volontà del normatore e del legislatore posta a base del D.M. 5 luglio 2012 e della proroga della legge n. 228 del 2012 fosse stata quella di favorire gli impianti direttamente realizzati da soggetti pubblici e finalizzati all'utilizzo dell'energia prodotta da parte dei medesimi soggetti pubblici, tale volontà si è, comunque, esplicitata in precise norme di legge e in atti normativi, che devono essere applicati, in primo luogo, in base al dato letterale.

Si deve, infatti, ricordare che, in base all'art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile (cd. Preleggi), *“Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.*

*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”.*

Da tale norma sono stati individuati vari criteri di interpretazione della legge (letterale, sistematico, estensivo, per analogia), in base ad una scala di priorità, in quanto il criterio ermeneutico primario è considerato quello letterale, che deve essere applicato quando il significato sia chiaro e univoco.

Solo qualora la lettera della norma risulti ambigua, si può fare ricorso al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca della volontà del legislatore, che però deve emergere dall'esame complessivo del testo (cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 14 ottobre 2020, n. 22212; Consiglio di Stato sez. VI, 25 maggio 2020, n. 3298; sez. III, 28 dicembre 2017, n. 6129), *“non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma stessa è intesa... in particolare all'intenzione del legislatore, in base ad un'interpretazione logica, può darsi rilievo solo nell'ipotesi che tale significato non sia già chiaro ed univoco”* (Cassazione civile sez. III, 4 ottobre 2018, n. 24165).

L'interpretazione letterale, nel caso di specie, è chiara e univoca circa i requisiti richiesti e conduce a ritenere che i presupposti per la concessione del beneficio siano solo quelli normativi indicati, non essendo prevista alcuna eccezione in relazione alle circostanze relative al tempo dell'acquisto dell'area di ubicazione dell'impianto da parte della Pubblica Amministrazione, né alla effettiva finalizzazione dell'operazione all'impiego di energia alternativa per un edificio pubblico.

Non si poteva, quindi, far riferimento né alla volontà del legislatore, né tanto meno a principi generali dell'ordinamento, tratti da altre fonti normative,

essendo questo un criterio interpretativo ulteriormente sussidiario.

Inoltre, proprio la previsione del possesso dei requisiti alle date indicate nella legge di stabilità ha spinto i vari Comuni, che hanno partecipato ad operazioni simili a quella in questione, a compiere atti negoziali per acquisire la proprietà di aree da destinare ad impianti fotovoltaici in cambio di un corrispettivo, che è stato comunque destinato ad opere di interesse generale.

Tali operazioni, probabilmente andate al di là di quanto previsto dallo stesso legislatore, non possono però ritenersi di per sé illegittime o condurre alla decadenza degli incentivi, in relazione a presupposti non previsti dalla normativa di riferimento e introdotti in via interpretativa.

In ogni caso, il comma 15 dell'art. 5 del -OMISSIS-R. 412 del 1993 richiamato dal GSE, nelle proprie difese, pone l'obbligo *“per gli edifici di proprietà pubblica o adibiti ad uso pubblico”, “di soddisfare il fabbisogno energetico favorendo il ricorso a fonti rinnovabili di energia o assimilate ai sensi dell'art. 1 comma 3 della legge stessa”*, da cui non deriva un collegamento di tale obbligo con la disciplina degli incentivi.

La Direttiva 2006/32, *“Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici”*, citata nella sentenza di primo grado, ha come finalità il *“miglioramento dell'efficienza degli usi finali dell'energia sotto il profilo costi/benefici negli Stati membri”* con misure (relative al mercato e al miglioramento dell'efficienza energetica degli utenti finali) tese a conseguire *“un obiettivo nazionale indicativo globale di risparmio energetico”*, ovvero una riduzione del consumo complessivo di energia per ogni Stato membro, indipendente dalle fonti (rinnovabili) di produzione dell'energia.

In particolare, l'art. 5 citato dal giudice di primo grado, rubricato *“Efficienza degli usi finali dell'Energia nel settore pubblico”* prevede che gli Stati membri assicurino *“che il settore pubblico svolga un ruolo esemplare nel contesto della presente direttiva. A tal fine, essi comunicano efficientemente ai cittadini e/o alle imprese, secondo il caso, il ruolo esemplare e le azioni del settore pubblico... che il settore pubblico prenda una o più misure di miglioramento dell'efficienza energetica privilegiando quelle efficaci sotto il profilo costi-benefici che generano il maggior risparmio energetico nel minor lasso di tempo.*

*Tali misure sono adottate al livello nazionale, regionale e/o locale opportuno e possono essere iniziative legislative e/o accordi volontari di cui all'articolo 6, paragrafo 2, lettera b), o altri strumenti di effetto equivalente...gli Stati membri agevolano tale processo pubblicando orientamenti in materia di efficienza energetica e risparmio energetico, quale possibile criterio di valutazione in sede di aggiudicazione di appalti pubblici.*

*Gli Stati membri consentono e agevolano lo scambio delle migliori prassi tra gli enti del settore pubblico, ad esempio in ordine alle prassi di efficienza energetica relative ad appalti pubblici, a livello tanto nazionale quanto internazionale”.*

Si tratta, quindi, di una norma europea, che pone indicazioni per gli Stati membri, per una complessiva azione di miglioramento dell'efficienza energetica, da cui non si possono trarre, invece, obblighi diretti degli Stati membri nei confronti dei cittadini né per le Amministrazioni; neppure elementi interpretativi relativi ai requisiti per l'erogazione degli incentivi alle Amministrazioni pubbliche.

Si deve, inoltre, considerare, che il potere di verifica del GSE ha natura vincolata ed è condizionato alla verifica dei requisiti prevista dalla normativa vigente.

L'art. 42 del d.lgs. 28 del 2011 attribuisce al GSE il potere di verifica sulla spettanza degli incentivi e, nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli *“siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi”*, il potere di disporre la *“decadenza”*.

L'Adunanza Plenaria, n. 18 del 2020 ha distinto il potere di pronunciare la decadenza di cui all'art. 42 sia dall'autotutela che dall'esercizio del potere sanzionatorio; ciò in quanto la decadenza, quale *“vicenda pubblicistica estintiva, ex tunc (o in alcuni casi ex nunc), di una posizione giuridica di vantaggio”*, deve essere espressamente e specificamente prevista dalla legge, *“non sussistendo, in materia di decadenza, una norma generale quale quelle prevista dall'art. 21 nonies della L. n. 241 del 1990 che ne disciplini presupposti, condizioni ed effetti”*; per la tipologia del vizio, individuato *“nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il*

*perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto”; “per il carattere vincolato del potere, una volta accertato il ricorrere dei presupposti”. Ha distinto la decadenza dalla sanzione per la “non rilevanza, ai fini dell'integrazione dei presupposti, dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa”; per il “limite dell'effetto ablatorio prodotto, al massimo coincidente con l'utilità innanzi concessa attraverso il pregresso provvedimento ampliativo sul quale la decadenza viene ad incidere”.*

Proprio la natura decadenziale del potere esercitato dal GSE, prevista espressamente dall'art. 42 comma 3 del d.lgs. 28 del 2011 (e confermata anche a seguito della modifica operata con l'art. 56, comma 7, lett. a), D.L. 16 luglio 2020, n. 76 conv. dalla legge 11 settembre 2020 n. 120), comporta che lo stesso possa essere legittimamente esercitato solo per la mancanza di requisiti espressamente fissati tassativamente e preventivamente e non per valutazioni di opportunità o meritevolezza dell'operazione sottostante.

Configurato, dunque, il potere esercitato dal GSE, ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 28 del 2011, come potere di pronunciare la “decadenza”, risulta evidente che il Gestore potesse solo verificare la sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa e procedere a disporre la decadenza in caso di mancanza degli stessi, senza alcuna possibilità di valutare né l'eventuale *ratio* sottostante alla disciplina né la finalizzazione complessiva dell'operazione.

Sia il GSE che il giudice di primo grado hanno dato atto della sussistenza dei requisiti “*formali*” per la concessione degli incentivi.

Ne deriva che il potere di decadenza, sotto tale profilo, non poteva essere legittimamente esercitato.

Si deve ancora osservare che la norma dell'art. 42 del d.lgs. 28 del 2011 - su cui è basato il potere del GSE di pronunciare la decadenza dagli incentivi - non prevede la rilevanza di ipotesi elusive, potere che, nell'ordinamento, viene attribuito espressamente alle Amministrazioni in casi specifici.

In materia fiscale, ad esempio, è consentito all'Amministrazione finanziaria considerare alcune operazioni economiche come non opponibili alla stessa,

*“disconoscendone i vantaggi e determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi”* sulla base della norma generale dell’art. 10 *bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212 “Statuto del contribuente” (inserito dal d.lgs. 5 agosto 2015 n. 128; prima di tale norma era vigente l’art. 37 bis del -OMISSIS-R. 29 settembre 1973 n. 600), per cui *“configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”*.

In mancanza di generali norme antielusive per le verifiche del GSE, ritiene il Collegio che, in base al principio di certezza dell’ordinamento, si debba escludere la sussistenza del potere di tale organismo di valutare la natura elusiva delle operazioni compiute, in stretta osservanza del dettato normativo. Si deve, infatti, anche evidenziare che, ai sensi dell’art. 12 della legge n. 241 del 1990 *“la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l’attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi”*.

In materia di contributi pubblici, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato - a cui il Collegio intende dare continuità - ha già affermato che il preventivo varo dei criteri selettivi serve ad orientare l’Autorità procedente nella verifica dei presupposti di ammissione al contributo da concedere e che l’atto recante i parametri selettivi debba essere interpretato in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l’operato dell’amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione dei principi dell’affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, nonché del principio dell’autovincolo (cfr. Consiglio di Stato Sez. III, 15 giugno 2020, n. 3769, per cui le regole che reggono le procedure di erogazione di contributi *“non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretto ad evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi,*



*ma vanno interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole e dalla loro connessione”).*

Inoltre, il Comune ha effettivamente acquisito la proprietà dell'area, tanto che la relativa cessione del diritto di superficie è avvenuta per un corrispettivo, che è stato effettivamente versato al Comune sotto forma di realizzazione di opere di viabilità pubblica.

Non può, quindi, neppure ritenersi una interposizione fittizia rispetto alla proprietà comunale o una simulazione negoziale.

In ogni caso, può essere, altresì, richiamata la giurisprudenza di questo Consiglio riguardante i poteri del GSE rispetto agli atti autorizzativi emessi da altri enti - ma il cui principio generale, ad avviso del Collegio, è adattabile anche agli atti comunali della procedura di Avviso pubblico o alle varie delibere relative alla realizzazione dell'opera pubblica - per cui, in relazione ai procedimenti che devono essere gestiti da altre Amministrazioni o da enti locali, il controllo operato dal Gestore *“ha carattere meramente formale, ossia di verifica della sussistenza del titolo, non potendosi spingere sino alla verifica della legittimità dello stesso a pena di stravolgimento del riparto di competenze fissato dal legislatore”*, altrimenti il Gestore sarebbe una Amministrazione sovraordinata rispetto a tutte le altre, ciò in contrasto con i valori e i principi presidiati dagli artt. 5 e 118 Cost..

Non può, in definitiva, dubitarsi che il cd. principio di equiparazione in termini di efficacia degli atti amministrativi illegittimi a quelli legittimi, operi anche nei rapporti fra Amministrazioni, a meno che il legislatore in via eccezionale non consenta ad un soggetto pubblico di sindacare e ritenere *tamquam non esset*, in caso ne valuti l'illegittimità, l'atto adottato da altra Amministrazione. Pertanto, qualora il Gestore dubiti della legittimità di un atto rilasciato da altra amministrazione deve interloquire con quest'ultima, invitandola ad esercitare i propri poteri di controllo e a trasmettere tempestivamente l'esito degli accertamenti effettuati (Cons. Stato Sez. IV, 14 maggio 2018, n. 2859; id. IV, 24 ottobre 2018 n. 6060; Id. IV, 18 novembre

2019 n. 7883), così come, in effetti, nel caso di specie, il GSE ha fatto con la Regione -OMISSIS- relativamente all'autorizzazione.

Ne deriva la fondatezza dei primi tre motivi di appello e l'illegittimità del provvedimento impugnato sotto tale profilo.

Venendo ai motivi di appello, con cui si lamenta l'omissione di pronuncia su varie censure del ricorso introduttivo, se ne deve affermare la fondatezza, in quanto la società ricorrente, una volta respinti i primi motivi di ricorso, aveva effettivamente interesse all'esame delle censure relative all'illegittimo esercizio di un potere di secondo grado, alla mancata applicazione della disciplina relativa alla decurtazione degli incentivi, alla immediata applicazione dell'art. 56 del d.l.s 76 del 2020 (che era stata proposta con i motivi aggiunti sia avverso l'atto con cui era stata chiesta la restituzione degli incentivi sia avverso il provvedimento di decadenza del 31 gennaio 2020), nonché circa le questioni di legittimità costituzionale, tutte logicamente subordinate ai motivi respinti.

Con riferimento al chiarimento reso dal GSE il 5 febbraio 2013, si deve evidenziare che proprio tale chiarimento ha esplicitato la facoltà di scissione della proprietà comunale dai diritti reali o personali di godimento sull'area ove collocare l'impianto, nella sostanza consentendo l'operazione conclusa dai Comuni, i quali autonomamente non sarebbero stati probabilmente in grado di gestire l'intera procedura né l'impianto fotovoltaico. L'interpretazione già fornita con tale chiarimento, relativa al momento di rilevanza della proprietà comunale e alla possibilità di concessione in superficie dell'area, non poteva, dunque, che essere pedissequamente applicata dal Gestore, mentre una diversa interpretazione, successiva all'erogazione degli incentivi, non avrebbe potuto che essere oggetto di un intervento di autotutela, con i presupposti prescritti dall'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990, considerato l'affidamento ingenerato in soggetti privati e pubblici.

Quanto agli ulteriori motivi erroneamente assorbiti e riproposti con l'atto di appello, relativi alla mancata applicazione dei presupposti per procedere

all'autotutela, alla decurtazione e alla mancata applicazione dell'art. 56 del d.l. 76 del 2020, si deve rilevare che l'accoglimento dell'appello per i motivi, relativi alla sussistenza dei presupposti per l'esercizio della decadenza, comporta l'assorbimento di tali censure, non residuando un interesse concreto ed attuale al loro esame.

Analogamente deve ritenersi con riguardo alle questioni di legittimità costituzionale, entrambe proposte in via subordinata.

In conclusione, l'appello deve essere dichiarato improcedibile con riguardo ai motivi con cui sono contestati, quali presupposti del provvedimento impugnato, la data di inizio e di fine lavori; l'appello è fondato con riferimento all'aspetto relativo alla proprietà pubblica.

All'accoglimento dell'appello per tali motivi, consegue, in riforma della sentenza impugnata, l'accoglimento del ricorso di primo grado con l'assorbimento degli ulteriori motivi.

La complessità delle questioni esaminate conduce a ritenere la sussistenza di giusti motivi per la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara improcedibile, in parte lo accoglie secondo quanto indicato in motivazione.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Oberdan Forlenza, Presidente FF

Francesco Frigida, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

Carmelina Adesso, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Cecilia Altavista**

**IL PRESIDENTE**  
**Oberdan Forlenza**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.