Pubblicato il 24/11/2022

N. 10349/2022REG.PROV.COLL.
N. 09193/2019 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 9193 del 2019, proposto da
Gal s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sebastiano Pennisi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Gestore Servizi Energetici – GSE s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci e Antonio Pugliese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo n. 101;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 10052/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Gestore Servizi Energetici – Gse S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2022 il Cons. Maria Stella Boscarino e uditi per le parti gli avvocati Antonio Cordasco, in sostituzione dell'Avv. Sebastiano Pennisi, e Francesco Vagnucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con provvedimento prot. n. 87127 del 20 marzo 2018, il Gestore dei Servizi Energetici– G.S.E. s.p.a. ha respinto l'istanza di accesso diretto ai benefici incentivanti, previsti dal d.m. 23 giugno 2016, che era stata avanzata dalla società GAL s.r.l. con riferimento ad un impianto eolico *on-shore*, di nuova costruzione, situato in Lucera (FG), località Ischia dei Vitelli (individuato con il codice FER103613).

Nella motivazione del diniego il GSE ha rilevato che la potenza dell'impianto, dalla richiedente indicata in kW 59,0, doveva considerarsi essere pari a MW 0,120, quindi superiore alla soglia (pari a kW 60,0) individuata dall'art. 4, comma 3, lett. a, del d.m. 23 giugno 2016 ai fini dell'accesso diretto agli incentivi, in quanto l'impianto doveva essere considerato congiuntamente ad un altro impianto eolico, "localizzato su particelle catastali contigue e riconducibile a livello societario ad un unico produttore", per il quale pure era stata presentata domanda di accesso ai meccanismi di incentivazione (impianto eolico identificato con il codice FER103584, ricadente nella responsabilità della Futura Elios s.r.l.).

Secondo il GSE, le società Futura Elios e Gal, titolari ("soggetti responsabili") rispettivamente della FER103584 e della FER103613, "risultano riconducibili a livello societario" a un unico produttore in quanto l'amministratore unico di Gal "detiene il 33,34% delle quote societarie" di Futura Elios.

Inoltre, "*la particella 654 del foglio 19 del catasto del Comune di Lucera, su cui insiste il punto di connessione in bassa tensione dell'impianto identificato con il codice FER103613, risulta essere la medesima particella su cui insiste il punto di connessione in bassa tensione dell'impianto identificato con il codice FER103584*".

Da ciò il GSE ha desunto trattarsi di un'unica iniziativa imprenditoriale, essendo altresì riscontrabili "plurimi elementi indicativi di un artato frazionamento della potenza", ai sensi degli artt. 5, comma 2, lett. b, e 29, comma 1, del d.m. 23 giugno 2016 (oltre che ai sensi del par. n. 1.3.3 delle Procedure applicative del GSE, recanti le modalità e le condizioni per l'accesso agli incentivi): tali elementi indicativi consisterebbero, secondo il GSE, nella "coincidenza delle date di richiesta del titolo autorizzativo (PAS protocollo 62369 del 19/12/2016 per la FER103584 e PAS protocollo 62370 del 19/12/2016 per la FER103613)", nella "coincidenza delle date dei provvedimenti di voltura (5/04/2017)", nella "coincidenza delle date di inizio dei lavori (11/04/2017)" e nella "coincidenza delle date di entrata in esercizio (28/06/2017)".

2. Non ritenendo legittimo il diniego di accesso agli incentivi, la GAL s.r.l. l'ha impugnato dinnanzi al T.A.R. Lazio che ha deciso il ricorso con la sentenza qui appellata con la quale ha anzitutto accolto l'eccezione di tardività delle memorie difensive e dei documenti (consulenza tecnica di parte) depositati dalla ricorrente in vista della pubblica udienza, che ha quindi stralciato.

In secondo luogo, la sentenza ha rilevato l'assenza di contestazione circa il presupposto oggettivo dell'artato frazionamento.

In particolare, <*Come riferito nel provvedimento di diniego degli incentivi, i due impianti eolici si trovano situati sulla medesima particella catastale, in cui insistono entrambi i punti di connessione in bassa tensione; questa affermazione non è stata specificamente contestata dalla ricorrente in nessuno degli suoi atti difensivi ammessi nella presente causa (in nessun punto del ricorso introduttivo, invero, si parla dell'ubicazione dei due impianti, sorvolandosi, pertanto, sulla questione se essi si trovino situati sulla medesima, ovvero su diverse, particelle catastali*")>.

Quanto all'elemento soggettivo, la sentenza ha respinto le censure ritenendo che il Gestore avesse tratto il proprio convincimento circa la sussistenza di un'unica iniziativa imprenditoriale non riferendosi agli istituti civilistici del collegamento o del controllo societario, ovvero della direzione o del coordinamento societari (ex artt. 2359 e 2497 c.c.), bensì facendo leva sulla rilevata sussistenza di un "sostanziale collegamento", dedotto dall'analisi di elementi soggettivi ed oggettivi i quali, a giudizio del giudice di prime cure, "*sono stati adeguatamente circostanziati nella motivazione dell'atto*".

3. La GAL s.r.l. appella la sentenza, della quale lamenta l'erroneità escludendo alcun collegamento societario tra la stessa e la Futura s.r.l. e deducendo che il GSE non avrebbe effettuato un'adeguata istruttoria.

Secondo l'appellante, mancherebbe il presupposto soggettivo del collegamento sostanziale in quanto l'amministratore unico della GAL, pur essendo socio al 33,34% di Futura, non eserciterebbe un'influenza dominante su quest'ultima non ricoprendo in essa alcuna carica sociale.

Mancherebbe altresì anche l'elemento oggettivo.

Gli aspetti evocati dal Gestore sarebbero coincidenze, in parte dipenderebbero dal fatto di terzi e non potrebbero essere rilevanti perché l'art. 5, comma 2, del D.M. 23.6.2016 porrebbe in rilievo solo il collegamento societario e non altre circostanze.

Inoltre, sostiene GAL, "quand'anche … si volesse dar rilievo alle persone fisiche (irrilevanti per la legge)", non essendovi partecipazioni incrociate tra le due società e non essendovi identità di soci non vi sarebbe modo di considerare le due società come riferibili al medesimo soggetto imprenditoriale.

L'appellante rimarca che il socio di minoranza avrebbe espresso il proprio dissenso in occasione delle più rilevanti iniziative gestorie e finanziarie assunte dalla società Futura circa l'impianto, di talché seguendo il "*ragionamento di controparte, un socio di minoranza, dissenziente radicalmente dalle scelte operate della*

maggioranza e dall'amministrazione della società Futura … assurgerebbe a nesso di collegamento tra le due società".

3.1. L'appellante, poi, sostiene che i due impianti "*sono diversi in quanto dotati di punti di connessione distinti, oltre ad insistere su particelle distinte né contigue*" richiamando la perizia tecnica depositata in primo grado ove sarebbe chiarito "*come alla stregua delle prescrizioni tecniche approvate dallo stesso GSE e dalla normativa applicabile alla fattispecie non sussiste fra i due impianti unicità nel nodo di raccolta dell'energia prodotta, dovendosi escludere l'esistenza di una unica iniziativa imprenditoriale anche sulla base della corretta definizione di impianto di connessione e impianto di produzione*".

Conclusivamente, secondo l'appellante, non vi sarebbe "*collegamento oggettivo fra i due impianti, né di ordine fattuale né di natura tecnica o di raccolta dell'energia prodotta*".

4. G.S.E. s.p.a., costituitosi in giudizio, eccepisce l'inammissibilità del deposito documentale di GAL già dichiarato tardivo e stralciato dal T.A.R.

4.1. Dal punto di vista oggettivo, il GSE rileva che la particella 654 del foglio 19 del catasto del Comune di Lucera, su cui insiste il punto di connessione in bassa tensione dell'impianto della GAL, risulta essere la medesima particella su cui insiste il punto di connessione in bassa tensione dell'impianto nella titolarità della Futura Elios.

4.2. Sotto il versante soggettivo, invece, il GSE ha desunto la sussistenza di un effettivo collegamento societario tra GAL e Futura Elios sulla scorta di un'ampia gamma di elementi fattuali.

Ritiene irrilevante che il socio di minoranza avrebbe manifestato il proprio dissenso all'iniziativa, posto che dai verbali delle assemblee ordinarie di Futura del 2.3.2017 e del 15.5.2017 versati agli atti da GAL risulta che il socio, dopo una prima fase di contrarietà alla realizzazione di "nuovi impianti eolici" (con proposta di "abbandonare l'investimento" in considerazione dei rischi derivanti dal mancato ottenimento del finanziamento bancario), si sia poi ricreduto.

4.3. Il Gestore, poi, eccepisce l'inammissibilità ed infondatezza del secondo motivo del ricorso in appello.

Nel ricorso di primo grado GAL non aveva mai formulato censura circa la sussistenza di porzione degli impianti GAL e Futura Elios sulla medesima particella catastale, essendo accomunati dal medesimo punto di connessione; trattandosi di motivo nuovo, lo stesso è inammissibile.

4.4. Comunque il rilievo sarebbe infondato: il D.M. 23.6.2016 definisce l'"impianto eolico" come "*l'insieme di tutti gli aerogeneratori connessi nel medesimo punto di connessione alla rete elettrica*" (par. 1.1.3, All. 2, nell'ambito della sezione concernente le "definizioni puntuali di ciascun impianto alimentato da fonti rinnovabili"). La condivisione del "punto di connessione" da parte di distinti aerogeneratori identifica dunque un unico "impianto eolico". La previsione in esame, introducendo una sorta di "presunzione di unicità" dell'impianto formato da più aerogeneratori connessi alla rete nel medesimo punto di connessione, chiarisce come questo elemento sia da ritenere costituente essenziale dell'impianto.

Pertanto, il punto di connessione è senz'altro elemento integrante dell'impianto.

5. L' appellante con memoria replica alle eccezioni del Gestore ed insiste nelle proprie richieste.

6. All'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2022, esaurita la trattazione orale, il

ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

7. Il Collegio ritiene l'appello fondato.

7.1. Nella medesima udienza del giorno 8 novembre 2022 è stato deciso (in senso favorevole all'appellante) il ricorso n. 6660/2019 R.G. proposto da Futura Elios s.r.l. avverso il provvedimento (speculare) di diniego adottato nei propri confronti e supportato da identica motivazione rispetto quello emesso sulla pratica della GAL.

Questo Collegio ha ritenuto l'appello fondato (ed il provvedimento impugnato in primo grado illegittimo), per insussistenza degli elementi soggettivo ed oggettivo alla base della supposta unicità dell'intervento imprenditoriale.

7.2. In particolare, si è rilevato che, secondo l'art. 5 comma 2 del d.m. 23.6.2016 "*Fermo restando l'articolo 29, ai fini della determinazione della potenza dell'impianto, ivi incluso il valore di soglia di cui al 11 comma 1, si considera quanto segue: a) la potenza di un impianto è costituita dalla somma delle potenze degli impianti, alimentati dalla stessa fonte, a monte di un unico punto di connessione alla rete elettrica; per gli impianti idroelettrici si considera unico impianto l'impianto realizzato a seguito di specifica concessione di derivazione d'acqua, a prescindere dalla condivisione con altri impianti dello stesso punto di connessione; b) più impianti alimentati dalla stessa fonte, nella disponibilità del medesimo produttore o riconducibili, a livello societario, a un unico produttore e localizzati nella medesima particella catastale o su particelle catastali contigue si intendono come unico impianto, di potenza cumulativa pari alla somma dei singoli impianti*".

Quindi, al fine di integrare la fattispecie sub "b" devono ricorrere entrambi i presupposti, soggettivo e oggettivo.

7.3. Tralasciando la seconda questione, in quanto, come eccepito dal GSE, in secondo grado l'appellante ha inammissibilmente integrato i motivi di ricorso, cercando di sostenere che nel ricorso introduttivo aveva fatto riferimento alla mancanza dei profili oggettivi del collegamento, il che non è in quanto la censura era del tutto generica, limitandosi a apoditticamente affermare l'inesistenza dei presupposti oggettivi, comunque è sufficiente la carenza del profilo soggettivo, la cui sussistenza, con la richiamata decisione sul ricorso "Futura", questo Collegio ha escluso.

7.4. GSE s.p.a. ha provveduto a definire la nozione di "unico produttore a livello societario" stabilendo che: "*Ai fini dell'applicazione di quanto disposto dall'articolo 5, comma 2, del Decreto:*

- si intendono soggetti riconducibili ad unico Soggetto Responsabile le persone giuridiche collegate, controllanti e/o controllate, ai sensi dell'articolo 2359 c.c., nonché le persone giuridiche che esercitano attività di direzione e coordinamento, ai sensi dell'articolo 2497 c.c., o nei confronti delle quali sia ravvisabile, dall'analisi degli elementi oggettivi e soggettivi, un sostanziale collegamento

Societario".

Nel caso in questione, il GSE ha desunto la sussistenza di un effettivo collegamento societario tra la Futura Elios e la GAL sulla scorta di elementi indiziari, meglio specificati in premesse.

Quindi si è ritenuta configurata la fattispecie di cui all'art. 5, co. 2, lett. b), che, come visto, ricorre allorquando gli impianti (alimentati dalla stessa fonte) siano, sul piano soggettivo, "riconducibili, a livello societario, a un unico produttore" – o "riconducibili ad un'unica iniziativa imprenditoriale" (cfr. art. 29) – e, sul piano oggettivo, "localizzati nella medesima particella catastale o su particelle catastali contigue".

7.5. L'appellante lamenta l'inconsistenza degli elementi indiziari addotti dal Gestore circa il presupposto soggettivo, per le ragioni esposte nelle premesse di fatto.

8. Il Collegio ritiene la prospettazione fondata, alla stregua di quanto già rilevato nella coeva decisione sull'appello della Futura Elios.

8.1. Il provvedimento impugnato risulta insufficientemente motivato, in quanto basato sull'addotto intreccio di una quota societaria di minoranza in una delle imprese e l'amministrazione dell'altra

impresa.

Ora, l'onere della prova del collegamento tra imprese ricade sulla parte che ne affermi l'esistenza, e la dimostrazione deve necessariamente fondarsi su elementi di fatto univoci, non suscettibili cioè di letture alternative o dubbie, desumibili dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti (ossia dal loro assetto interno, personale o societario).

La circostanza che l'amministratore di una impresa possieda una partecipazione minoritaria nel capitale sociale di altra impresa costituisce indizio che non possiede quei requisiti di gravità, precisione e concordanza imprescindibili ai fini della rilevanza probatoria di cui si è detto.

Tra l'altro, non risulta e non viene nemmeno dedotto che il socio di minoranza si sia ingerito nella gestione della società, o vi abbia esercitato alcuna influenza dominante.

Non si è, dunque, in presenza di concreti e apprezzabili elementi probatori di un collegamento sostanziale e tanto è sufficiente a determinare l'illegittimità dell'atto di diniego impugnato in primo grado.

9. Assorbiti ulteriori profili, al cui esame la parte non mantiene alcun interesse, l'appello deve quindi essere accolto, con il conseguente accoglimento, in riforma della decisione appellata, del ricorso in primo grado e, per l'effetto, l'annullamento degli atti ivi impugnati.

La novità della questione e la complessità fattuale e giuridica della vicenda giustifica 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, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della decisione appellata, accoglie il ricorso in primo grado ed annulla gli atti ivi impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Oberdan Forlenza, Presidente

Francesco Frigida, Consigliere

Carla Ciuffetti, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Maria Stella Boscarino	**Oberdan Forlenza**

IL SEGRETARIO