



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6666 del 2012, proposto dalla Autorità per l'energia elettrica e il gas, in persona del presidente e legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Edison spa, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Eugenio Bruti Liberati, Nicola Bassi e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso quest'ultimo difensore in Roma, via Giulio Cesare, 14 scala A/4;

nei confronti di

Gestore Servizi Energetici - Gse s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso il medesimo difensore in Roma, viale Bruno Buozzi n. 109;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE III n. 1563/2012, resa tra le parti, concernente riconoscimento natura impianto di cogenerazione per assoggettamento obbligo acquisto certificati verdi;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Edison Spa e del Gestore Servizi Energetici - Gse S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 marzo 2013 il Consigliere di Stato Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti l'avvocato Malinconico, l'avvocato Bruti Liberati e l'avvocato dello Stato D'Avanzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (d'ora in avanti anche AEEG) impugna la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia 6 giugno 2012, n.1563, che, in accoglimento del ricorso di primo grado (RG n. 1966/2011) proposto da Edison spa, ha annullato la deliberazione AEEG 29 marzo 2011 – VIS 45/11 avente il seguente contenuto dispositivo “1. di considerare accertati i valori degli indici IRE e LT di cui alla deliberazione n. 42/02 riportati nell'allegato A della seguente deliberazione, che costituisce parte integrante e sostanziale del presente provvedimento; 2. di prescrivere al GSE- gestore dei servizi energetici spa, di assoggettare la società Edison spa, con sede legale in Foro Bonaparte 31 Milano, all'obbligo previsto dall'art. 11 del decreto legislativo n. 79/99 con riferimento alla produzione di tutte le sezioni dell'impianto di produzione combinata di energia elettrica e calore denominato CET 3, sito nel Comune di Taranto in via Statte, con

riferimento agli anni 2002 (periodo aprile-dicembre) e 2003, eventualmente emettendo e vendendo alla medesima società i certificati verdi necessari per l'adempimento all'obbligo....".

Sostiene l'Autorità appellante che, a fronte degli accertamenti in concreto svolti per determinare l'effettiva capacità produttiva dell'impianto in cogenerazione in titolarità dell'appellata Edison spa, a nulla varrebbe invocare i principi di buona fede e di legittimo affidamento posti dai giudici di primo grado a base della sentenza di accoglimento, atteso che i riscontri positivi del Gestore in ordine alla correttezza dei dati documentali forniti dalla società titolare dell'impianto non sarebbero certo di ostacolo all'accertamento ispettivo sulle reali capacità dell'impianto ai fini del riconoscimento del beneficio dell'esenzione di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 79/99. Da tanto l'Autorità fa discendere la erroneità della gravata sentenza posto che, alla luce della emersione del dato oggettivo, riferito agli anni 2002 e 2003, secondo cui il valore IRE dell'impianto Edison di Taranto sarebbe risultato inferiore al minimo previsto dalla delibera AEEG n. 42 del 2002, l'appellante non avrebbe potuto fare altro che negare il beneficio della esenzione, non sussistendo alcun legittimo affidamento da tutelare.

Anche il Gestore dei servizi elettrici - costituendosi in giudizio e proponendo autonomo appello alla sentenza - ha concluso in senso conforme all'AEEG, chiedendo il rigetto del ricorso di primo grado della società privata, in riforma della impugnata sentenza.

Si è costituita in giudizio Edison spa per resistere agli appelli e chiederne la reiezione. La società appellata ha altresì prodotto appello incidentale per contestare quella parte della impugnata sentenza in cui il Tar non esclude la riedizione del potere amministrativo di controllo sulle effettive capacità e caratteristiche dell'impianto Edison spa, sia pur nel rispetto delle garanzie partecipative e degli affidamenti venutisi a creare presso la società privata.

All'udienza del 19 marzo 2013 i ricorsi sono stati trattenuti per la sentenza.

Gli appelli, principale e incidentale improprio, proposti rispettivamente da AEEG e dal Gestore dei servizi elettrici, sono fondati e vanno accolti.

La questione giuridica da dirimere attiene alla verifica della legittimità della determinazione di AEEG che, dopo l'espletamento degli accertamenti istruttori svolti dal GSE (allora GRSN) sull'impianto di cogenerazione in titolarità di Edison sito presso l'Ilva di Taranto, ha escluso detto impianto (*rectius* l'energia prodotta da tale impianto) dal beneficio dell'esenzione dall'obbligo di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 79 del 1999 (di attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica) limitatamente agli anni 2002 (periodo aprile-dicembre) e 2003.

E' bene ricordare che, ai sensi del decreto legislativo appena citato, per 'cogenerazione' (art. 2) si intende la produzione combinata di energia elettrica e calore alle condizioni definite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, che garantiscano un significativo risparmio di energia rispetto alle produzioni separate. In base all'art. 11 (recante "Energia elettrica da fonti rinnovabili") al fine di incentivare l'uso delle energie rinnovabili, il risparmio energetico, la riduzione delle emissioni di anidride carbonica e l'utilizzo delle risorse energetiche nazionali, a decorrere dall'anno 2001 gli importatori e i soggetti responsabili degli impianti che, in ciascun anno, importano o producono energia elettrica da fonti non rinnovabili hanno l'obbligo di immettere nel sistema elettrico nazionale, nell'anno successivo, una quota prodotta da impianti da fonti rinnovabili entrati in esercizio o ripotenziati, limitatamente alla producibilità aggiuntiva, in data successiva a quella di entrata in vigore del presente decreto.

L'obbligo di cui al comma 1 si applica alle importazioni e alle produzioni di energia elettrica, al netto della cogenerazione, degli autoconsumi di centrale e delle esportazioni, eccedenti i 100 GWh, nonché al netto dell'energia elettrica prodotta da impianti di gassificazione che utilizzino anche carbone di origine nazionale,

l'uso della quale fonte è altresì esentato dall'imposta di consumo e dall'accisa di cui all'articolo 8 della legge 23 dicembre 1998, n. 488; la quota di cui al comma 1 è inizialmente stabilita nel due per cento della suddetta energia eccedente i 100 GWh.

In tale sistema, gli impianti di cogenerazione sono incentivati, nella misura in cui l'energia utile (da immettere in rete) dagli stessi prodotti viene defalcata dal monte di energia (importata o prodotta da fonte non rinnovabile) su cui calcolare, ai sensi del citato art.11 comma 1 d.lgs n. 79/99, la quota di energia proveniente da fonte rinnovabile da immettere in rete (o, in alternativa, da acquistare a mezzo dei certificati verdi).

E' quindi importante operare un corretto calcolo dell'energia prodotta dagli impianti in cogenerazione, posto che l'energia prodotta da tale fonte implica per gli operatori economici un'esenzione dall'obbligo di cui al richiamato art. 11, comma 1, d.lgs. n. 79 del 1999.

L'AEEG ha disciplinato, con la delibera n. 42 del 19 marzo 2002, le modalità di calcolo dell'energia prodotta da impianti in cogenerazione. Ai sensi dell'art.2, comma 2, di tale delibera - ai fini del riconoscimento della produzione combinata di energia elettrica e calore come cogenerazione - l'indice di risparmio di energia (IRE) della sezione non deve essere inferiore ad alcuni valori di riferimento. In base all'art. 5 della stessa delibera, le verifiche sulla sezione atte a controllare il rispetto delle condizioni per il riconoscimento della produzione combinata di energia elettrica e calore come generazione ai fini del riconoscimento dei benefici sono effettuate dalla società Gestore della rete di trasmissione nazionale spa e svolte, ove necessario, attraverso sopralluoghi al fine di accertare la veridicità delle informazioni e dei dati trasmessi, avvalendosi eventualmente anche della collaborazione di altri enti o istituti di certificazione.

Ciò premesso in ordine al quadro normativo essenziale di riferimento, il Collegio ritiene che le censure d'appello siano meritevoli di favorevole considerazione.

La questione della rilevanza ex se dei dati oggettivi dell'impianto e delle sue capacità di produrre energia da fonte combinata utile ai fini del riconoscimento del suddetti benefici, per come desumibili dai riscontri effettuati in loco dal gestore dei servizi elettrici, è già stata affrontata da questo Consiglio di Stato in una non risalente decisione da cui non si ravvisano nella fattispecie ragioni per discostarsi.

Con sentenza 11 agosto del 2009, n. 4929, in una fattispecie analoga a quella qui oggetto di scrutinio, la Sezione ha avuto modo tra l'altro di precisare che *“la presa d'atto delle dichiarazioni annuali per il periodo predetto, pur materializzata in specifiche note del GSE (allora GRSN) emesse appunto anno per anno, si compendia in un accoglimento formale e provvisorio, cioè che tiene bensì conto anche della tipologia dei criteri utilizzati nei calcoli oggetto di comunicazione, ma soggetto, per intrinseco regime normativo applicabile nonché per espressa conforme riserva apposta nelle note medesime, al successivo potere di verifica mediante sopralluoghi, ai sensi dell'art.5 della citata delibera n.42\2002. Ciò significa che, nel sistema delineato dalla delibera medesima, i dati delle dichiarazioni vengono, con tali note, solo esaminati nella loro idoneità estrinseca ad integrare la completezza delle informazioni da autocertificare e la rispondenza ai parametri minimi di risparmio energetico sopra menzionati (IRE e LT), rispondenza che però non può in alcun modo considerarsi definitiva sul piano normativo, cioè oggetto di accertamento costitutivo della condizione instata dal dichiarante, ma condizionata “ex regula juris” al riscontro della situazione di fatto effettivamente esistente, includendo ciò non solo la veridicità dei dati, riscontrabile in base a strumenti di misurazione legali, ma anche l'esistenza delle condizioni tecniche ed impiantistiche che consentano l'enucleazione stessa dei dati in una certa portata e quantità.”*

Ritiene il Collegio che, anche nel caso in esame, non vi siano ragioni per discostarsi da tale condivisibile orientamento, fondato su coordinate normative tanto chiare

da non ammettere affidamenti fondati su interpretazioni contrarie al loro contenuto letterale.

Ciò che appare dirimente ai fini dell'accoglimento dell'appello principale dell'Autorità (nonché del connesso appello incidentale adesivo del GSE) è che gli accertamenti ispettivi disposti dal GSE hanno fatto emergere in modo inconfutabile che, in relazione agli anni 2002 (periodo aprile-dicembre) e 2003, non risultavano soddisfatte le condizioni minime previste dalla deliberazione AEEG n. 42/02 per il riconoscimento della condizione di cogenerazione con riferimento alle tre sezioni che compongono l'impianto di Taranto, in quanto il valore dell'indice IRE conseguito risultava per dette sezioni inferiore al valore minimo previsto dalla medesima deliberazione. Da tanto è correttamente scaturita la determinazione dell'Autorità di sollecitare il gestore della rete ad assoggettare Edison all'obbligo previsto dall'art. 11 del d.lgs. 79 del 1999.

In contrario avviso non possono condurre i rilievi sul preteso affidamento che la società appellata Edison spa avrebbe tratto dalle "assicurazioni del gestore della rete in ordine alla capacità produttiva dell'impianto tarantino, ed in particolare alla modalità di calcolo dell'energia da quest'ultima prodotta ai fini del raggiungimento della soglia minima prevista dalla precitata delibera n. 42/02 ai fini del riconoscimento dell'esenzione dall'obbligo di cui al predetto art. 11".

In particolare, elementi costitutivi di un affidamento meritevole di tutela sul piano giuridico non pare al Collegio possano trarsi, al contrario di quanto non condivisibilmente osservato dai giudici di primo grado, dalle comunicazioni del Gestore della rete del 6 agosto 2003 e del 8 settembre 2004, nelle quali, proprio al fine di escludere possibili affidamenti della società titolare dell'impianto circa la sicura ammissione ai benefici propri degli impianti di cogenerazione energetica, è espressamente previsto che, "come stabilito dall'art. 5 della citata delibera 42/02, ci riserviamo il diritto di effettuare, direttamente o per il tramite di organismi da noi

delegati, sopralluoghi sulle sezioni di impianto in questione, per accertare l'esattezza e l'accuratezza dei dati da voi dichiarati all'atto della richiesta".

Tale clausola esclude in radice, al di là di ogni ragionevole dubbio, la possibile formazione di affidamenti legittimi, essendo espressamente ribadita la facoltà del Gestore riguardo alla verifica in concreto delle effettive capacità dell'impianto.

A diversa conclusione non può condurre neppure l'esame del contenuto della *mail* del 5 dicembre 2002, in cui il Gestore avrebbe erroneamente confermato che "nel calcolo dell'energia utile complessivamente prodotta va compresa, come da Voi proposto, l'energia meccanica associata al compressore dei gas combustibili". Rileva a tal proposito il Collegio che: a) la comunicazione è priva di valenza provvedimento (nel senso che non è certo idonea a palesare la volontà definitiva dell'ente preposto alla verifica effettiva della capacità produttiva dell'impianto e delle sue modalità di calcolo); b) la *mail* è del 5 dicembre 2002, di tal che anche sul piano temporale sarebbe difficile configurare la sua operatività, anche soltanto sul piano conformativo, in relazione alla produttività dell'impianto per il periodo in scadenza e per l'anno successivo (atteso che il controllo formale e le verifiche in concreto sugli impianti sono per definizione successive al periodo di riferimento) ; c) il funzionario del GRTN redattore della *mail* (peraltro non competente ad esaminare le richieste di riconoscimento degli impianti in cogenerazione) non avrebbe potuto fornire una interpretazione disapplicativa di una delibera dell'Autorità (in particolare, art. 1 lett. n) delibera n. 42 del 2002), cui invece, in caso di dubbio, avrebbe potuto rivolgersi la società privata con richiesta di interpello; d) la stessa società privata si è d'altra parte persuasa, per gli anni successivi, della necessità di apportare delle modifiche agli impianti funzionali a rispettare i parametri di produzione imposti dalla delibera n. 42 del 2002; e) il contenuto della *mail* è, in ogni caso, contrario ad elementari principi di interpretazione ragionevole, in quanto è evidente – anche alla luce della lettura del

citato art. 1, lett. n) della delibera n. 42 del 2002, ove per energia netta si intende quella lorda diminuita dell'energia elettrica destinata ai servizi ausiliari della sezione - che l'energia assorbita dai compressori dei gas siderurgici, per esigenze interne, strumentali al funzionamento dell'impianto, non può essere ritenuta energia "utile" generata dalla fonte cogenerativa e come tale meritevole del suindicato beneficio normativo. Nello stesso senso dispone d'altra parte l'articolo 6, comma 4, della deliberazione AEEG n. 215 del 2004 secondo cui "va considerata energia meccanica netta solo quella consegnata ad un processo esterno, non ausiliare alla produzione di energia elettrica".

Infondato, da ultimo, è il motivo, dichiarato assorbito dal Tar, relativo alla pretesa violazione del termine per l'effettuazione delle verifiche ispettive (ai sensi dell'art. 4 della delibera AEEG n. 215 del 2004). Appare evidente che si tratta di termini soltanto ordinatori, di tal che la loro violazione non comporta la consumazione del potere dell'Autorità di adottare il provvedimento conclusivo.

Alla luce delle considerazioni che precedono, va ritenuto altresì infondato l'appello incidentale della società Edison spa.

In disparte i contestati profili afferenti la stessa ammissibilità del gravame incidentale tardivo, non appare condivisibile la censura secondo cui, pur a seguito della ritenuta fondatezza della censura principale di primo grado riguardante la violazione del legittimo affidamento, il Tar avrebbe nondimeno erroneamente ammesso la riedizione del potere di controllo sulle effettive capacità dell'impianto, con la sola prescrizione che si debba in tal caso tenere in considerazione la particolare posizione della società privata.

Osserva il Collegio che la piena legittimità dei riscontri effettuati in loco, la rispondenza degli stessi ai dettami della richiamata delibera AEEG n. 42/02, secondo l'interpretazione che fin dall'inizio (e quindi senza alcun effetto retroattivo) poteva evincersi dal suo testo in ordine alle modalità di calcolo

dell'energia pulita da considerare ai fini del riconoscimento dell'essenzione dall'obbligo di cui all'art.11 d.lgs. 79/99 e la insussistenza di un affidamento legittimo da tutelare, escludono in radice la ricorrenza dello stesso presupposto fattuale da cui erroneamente muove la impugnata sentenza; e cioè che in un'ipotetica riedizione dell'attività amministrativa di controllo fosse necessario tener conto della posizione della società privata che, per come si è detto, era ben edotta (e comunque avrebbe dovuto esserlo, con l'ausilio della diligenza che può richiedersi ad un operatore professionale) del possibile accertamento in loco della effettiva capacità produttiva dell'impianto, ai fini della rigorosa verifica delle condizioni di ammissione ai benefici economici previsti dalla richiamata normativa (la cui elargizione, è bene ricordarlo, viene remunerata dalla massa di consumatori di energia elettrica, sotto forma di maggiorazione di una componente della tariffa). In definitiva, vanno accolti gli appelli dell'Autorità e del Gestore dei servizi elettrici e, in riforma della impugnata sentenza, va respinto il ricorso di primo grado di Edison spa; va invece respinto l'appello incidentale di quest'ultima società. Le spese e competenze del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra le parti, ricorrendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sugli appelli dell'AEEG e del GSE , come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado di Edison spa.

Respinge l'appello incidentale di Edison spa.

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 19 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/04/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)