

Consiglio di Stato, n. 657/11: diritto alla tariffa incentivante per il fotovoltaico

Nell'art. 8, comma 6, del d.m. 28 luglio 2005, i termini la cui inosservanza comporta la decadenza dal diritto alla tariffa incentivante sono riferiti al mancato compimento delle fasi di realizzazione ed esercizio dell'impianto e non alla mancata comunicazione al riguardo, emergendo da ciò l'evidente ratio della normativa di sanzionare con la decadenza dal diritto all'incentivazione non l'inadempimento formale della comunicazione delle operazioni di realizzazione dell'impianto ma quello, sostanziale, di non avere dato luogo a tali operazioni, in coerenza con il fine ultimo della normativa in materia consistente nella incentivazione della realizzazione degli impianti.

Con il d.m. 19 febbraio 2007 è stata introdotta una disciplina innovativa rispetto a quella precedente, incidente sui requisiti e le modalità dell'incentivazione, risultando di conseguenza necessaria una normativa transitoria e finale disposta con l'art. 16, che prevede, in particolare, l'applicazione della normativa di cui ai decreti del 28 luglio 2005 e del 6 febbraio 2006 agli impianti che, ai sensi di questi, abbiano acquisito, entro il 2006, il diritto alle tariffe incentivanti (comma 1), la proroga, in questo caso, del termine per le comunicazioni di inizio lavori (comma 2), l'abolizione della possibilità di scorrimento delle graduatorie in caso di rinuncia o decadenza dei suddetti aventi titolo (comma 3), con ulteriori previsioni connesse e conseguenti. Tale normativa non risulta illegittima né irragionevole poiché idonea, in sintesi, a salvaguardare la posizione dei soggetti che abbiano maturato il diritto all'incentivazione ai sensi del regime precedente nell'anno antecedente l'entrata in vigore della nuova normativa, essendo una diversa previsione affetta da illegittima retroattività a fronte di un diritto quesito, a consentire in tal caso un breve differimento del termine per la comunicazione di inizio lavori, non viziata per disparità di trattamento poiché riferita ai soggetti aventi titolo all'incentivazione, a non consentire lo scorrimento delle graduatorie, in quanto relativo a soggetti comunque non aventi titolo nel regime precedente, ai sensi del già citato art. 7, comma 6, del decreto ministeriale del 28 luglio 2005, ed alla luce della logica esigenza di non incidere sull'applicazione di una disciplina innovativa con effetti di ultrattività di quella precedente basata su presupposti e regole procedurali diversi.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 00657/2011REG.SEN.

N. 02443/2009 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2443 del 2009, proposto da Becquerel Electric s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Camilotti, Tiziana Sogari e Michela Passalacqua, con domicilio eletto presso Francesco Camilotti in Roma, via A. Bertoloni, 29;

contro

Ministero dello sviluppo economico n.c.;

Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare n.c.;

nei confronti di

Gestore dei Servizi Elettrici S.p.A. (G.S.E.), rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Anaclerio e Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso Carlo Malinconico in Roma, viale Bruno Buozzi, 109;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 01560/2008, resa tra le parti, concernente INCENTIVAZIONE PRODUZIONE DI ENERGIA ELETTRICA DA FONTE SOLARE-RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2010 il Consigliere Maurizio Meschino e uditi per le parti l'avvocato Passalacqua nelle preliminari e gli avvocati Passalacqua e Malinconico alla discussione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'art. 7 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 ("Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità") sono state previste misure incentivanti la promozione di energia elettrica prodotta dalla fonte solare.

In attuazione di tale normativa sono stati adottati dal Ministro delle attività produttive (poi Ministro dello sviluppo economico), di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare:

- il decreto del 28 luglio 2005 ("Criteri per l'incentivazione della produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare"), modificato con decreto del 6 febbraio 2006, ed
- il decreto del 19 febbraio 2007 ("Criteri e modalità per incentivare la produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare, in attuazione dell'articolo 7 del D.L.gs. 29 dicembre 2003, n. 387").

2. Con il decreto del 28 luglio 2005 è stato stabilito che il meccanismo di incentivazione della produzione di energia elettrica da fonte solare mediante conversione fotovoltaica è "in conto energia", con ciò intendendosi che il proprietario di un impianto fotovoltaico, laddove ammesso all'incentivazione, ha diritto ad ottenere, a fronte dell'energia elettrica prodotta, una "tariffa incentivante".

L'incentivo è riconosciuto per venti anni dall'entrata in esercizio dell'impianto ed è erogato dal Gestore Rete Trasmissione Nazionale (G.R.T.N oggi G.S.E.) in qualità di "Soggetto attuatore" che eroga le tariffe incentivanti.

Il decreto ministeriale indicava in 100 MW il limite massimo della potenza elettrica cumulativa di tutti gli impianti incentivabili; tale limite è stato poi innalzato a 500 MW complessivi con il decreto ministeriale del 6 febbraio 2006.

Nell'articolo 7 (commi 4 e 5), del detto decreto del 2005 è previsto che le domande di realizzazione degli impianti e di accesso alle incentivazioni, da presentare entro la scadenza di ciascun trimestre nell'anno, entro 60 giorni dalle dette scadenze, previa verifica della loro ammissibilità, sono ordinate in un elenco secondo il criterio cronologico di ricezione e graduate sulla base del valore della tariffa incentivante richiesta, che, ai sensi del comma 6, non hanno diritto al riconoscimento le domande la cui inclusione comporta il superamento dei limiti di potenza nominale cumulata incentivabili stabiliti dall'art. 12 (elevati dal successivo decreto del 6 febbraio 2006 a 360MW per gli impianti di potenza inferiore a 50KW, riconoscendosi comunque il limite annuale di 60MW per ciascuno degli anni dal 2006 al 2012 inclusi) e che (comma 7), entro 90 giorni dalle medesime scadenze, il soggetto attuatore comunica l'esito di quanto determinato ai sensi dei commi 4 e 5 ai soggetti che hanno presentato le domande.

A decorrere dalla detta comunicazione sull'esito delle domande sono stabiliti, nell'art. 8 (commi 3 e 4), termini per l'inizio e la conclusione dei lavori e per l'entrata in esercizio dell'impianto (per gli impianti fino a 50KW, a seconda che la potenza dell'impianto sia inferiore o superiore a 20kW: da 6 a 12 mesi per l'inizio dei lavori; da 12 a 24 mesi per il completamento delle opere; entro i sei mesi successivi per l'entrata in esercizio), il cui mancato rispetto comporta la decadenza dal diritto alla tariffa incentivante (comma 6), prevedendo che di tali fasi di realizzazione i soggetti richiedenti l'incentivazione devono dare comunicazione.

3. La società "Becquerel Electric s.r.l." (di seguito: Società), in date 2, 3 e 22 marzo 2006 ha presentato al GRTN, poi divenuto Gestore del Sistema Elettrico (di seguito: GSE), domande per la concessione di "contributi in conto energia" relativamente a 28 impianti fotovoltaici, tutti di "seconda fascia" (potenza nominale compresa fra 20 e 50 KW) per una potenza nominale complessiva pari a 1,383 MW.

Il GSE, con nota del 26 marzo 2007 (prot. P2007007457), ha comunicato alla detta Società che le domande "pur essendo state riconosciute tecnicamente ammissibili non sono state accettate ai fini del riconoscimento dell'incentivo, in quanto al momento della presentazione delle stesse il limite di potenza surrichiamato era stato già saturato e

successivamente non si è resa disponibile a seguito di rinuncia o decadenza, quota di potenza "da riassegnare" tale da consentire l'ascesa in graduatoria della Becquerel Electric s.r.l."

4. La Società, con ricorso n. 4211 del 2007 proposto al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, ha chiesto: l'annullamento del sopra citato decreto del Ministro dello sviluppo economico, adottato di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, del 19 febbraio 2007, art. 16, commi 1, 2, 3, 4 e 6; dell'elenco dei soggetti ammessi alle tariffe incentivanti ai sensi del decreto del 28 luglio 2005 Ministero delle attività produttive, adottato di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, e successive modifiche; della nota del GSE prot. P2007007457 del 26 marzo 2007, nonché degli atti presupposti, connessi e/o consequenziali; l'accertamento del diritto della ricorrente a vedersi riconosciute le tariffe incentivanti di cui al citato decreto del Ministero delle attività produttive del 28 luglio 2005, come successivamente modificato; la conseguente condanna del GSE, del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare al risarcimento dei danni subiti per effetto dei provvedimenti impugnati.

5. Nel ricorso la Società espone di avere maturato il diritto al subentro, a seguito di scorrimento, entro il 2006, per effetto della disponibilità di potenza venutasi a creare negli anni 2005 e 2006, come si evince dai dati pubblicati dal G.S.E. nella newsletter n. 3 del gennaio 2007; lamenta come il G.S.E. non abbia provveduto a tale scorrimento; rappresenta di avere, in data 11 settembre 2006, inoltrato all'allora G.R.T.N. una prima richiesta di informazioni in merito ai criteri di ripescaggio, alla quale ha avuto risposta interlocutoria con nota del 12 settembre successivo; indica che, a seguito di nuova istanza del 9 marzo 2007 il G.S.E. le ha inviato l'impugnata nota del 26 marzo successivo, di diniego dell'incentivazione.

6. In tale ultima nota, richiamato il limite di 60 MW di potenza incentivabile per il 2006 e che si può procedere allo scorrimento della graduatoria di cui all'elenco delle domande ricevute "esclusivamente in caso di rinuncia o decadenza dal diritto all'incentivo acquisito da soggetti già ammessi a fruirne", si aggiunge, in particolare, che la comunicazione al G.S.E. della data di inizio dei lavori non è considerata adempimento essenziale, sì che dal mancato invio della medesima non è possibile inferire una rinuncia al diritto, si osserva che "poiché il D.M. 28 luglio 2005 concede al soggetto responsabile 6 o 12 mesi (a seconda della potenza dell'impianto), dalla comunicazione del GSE di ammissione all'incentivo, per

l'adempimento in parola (art. 8, comma 3), alla data da voi presa a riferimento, 31 dicembre 2006, tale termine non era ancora decorso per tutti i soggetti coinvolti", per cui "il richiamo alla comunicazione di inizio lavori, a supporto della Vostra tesi non è significativo per dimostrare l'emergere di nuova potenza da assegnare ai soggetti responsabili non ammessi ma presenti in elenco" e si precisa, infine, che "lo scorrimento della graduatoria correttamente non effettuato sino all'entrata in vigore del D.M. 19/2/07 dal GSE, in carenza di potenza da "riassegnare", oggi non è in ogni caso più possibile ai sensi di quanto previsto dall'art. 16, comma 1 del medesimo decreto che limita l'applicazione della normativa previgente ai soli impianti già ammessi alle tariffe incentivanti in tale contesto, nonché in base all'art. 16, comma 3 che non consente, a decorrere dal 24/2/2007, di dare luogo a scorrimento di elenchi o graduatorie in caso di decadenza o di rinuncia al diritto a decorrere dal 24 febbraio 2007".

7. Il Tribunale amministrativo, con sentenza n. 1560 del 2008, ha respinto il ricorso e la connessa domanda risarcitoria e compensato tra le parti le spese del giudizio.

Nella sentenza sono anzitutto respinte le due eccezioni di inammissibilità dell'impugnazione della nota del GSE del 26 marzo 2007, sollevate dal GSE, la prima, per l'asserita carenza di interesse della Società a subentrare nella graduatoria dei soggetti inadempienti della sessione del terzo trimestre 2005, avendo presentato domanda di incentivazione per il primo trimestre 2006, e, la seconda, per non avere la Società impugnato la comunicazione del GSE dell'11 gennaio 2007 (prot. n. GSE/P2007000039), poiché atto presupposto di quello invece impugnato, in quanto già recante la comunicazione della impossibilità di procedere allo scorrimento delle graduatorie. Al riguardo nella sentenza si afferma che i soggetti idonei non ammessi possono fruire dello scorrimento della graduatoria sulla base del solo criterio cronologico di presentazione delle domande, non rilevando, perciò, la loro presentazione nel 2006 rispetto alla potenza liberatasi nel 2005, e che la nota del 26 marzo 2007 non ha carattere confermativo di quella dell'11 gennaio precedente.

Riguardo ai vizi della nota impugnata, asseriti con il ricorso, si afferma:

-non è corretto sostenere che la mancata comunicazione di inizio e fine lavori e di entrata in esercizio dell'impianto da parte di soggetti ammessi al contributo consente, quanto meno alla data del 31 dicembre 2006, di acclarare la prima delle ipotesi di decadenza (connessa alla comunicazione di inizio lavori), con conseguente, scorrimento dell'elenco

fino a concorrenza della potenza resasi disponibile. L'art. 8, comma 6, del decreto del 28 luglio 2005 non connette infatti la decadenza al mancato adempimento del formale onere di comunicazione ma all'inadempimento sostanziale del mancato rispetto dei termini previsti per l'assolvimento degli obblighi connessi alla realizzazione dell'impianto, ciò che è confermato dall'art. 3.1. della deliberazione n. 188 del 2005 dell'Autorità Energia Elettrica e Gas (AEEG); né alla data del 31 dicembre 2006 era decorso, per tutti i soggetti coinvolti, il termine per l'esecuzione delle verifiche al riguardo da parte del GSE, considerato che il decreto ministeriale del 28 luglio 2005 concede al soggetto responsabile della presentazione della domanda da 6 o 12 mesi per la comunicazione dell'inizio dei lavori;

-non è ammissibile per carenza di interesse, ed è comunque infondato, il motivo di impugnazione dell'art. 16 del decreto ministeriale del 19 febbraio 2007, del quale è asserita l'illegittimità nella parte in cui preclude lo scorrimento delle graduatorie dalla data della sua entrata in vigore (comma 3), in quanto ad efficacia retroattiva, e nella parte in cui rimette in termini i soggetti che avrebbero dovuto essere dichiarati decaduti, poiché inadempienti agli oneri di comunicazione di cui al decreto del 28 luglio 2005 stabilendo, nel caso in cui le date di inizio e fine lavori e di entrata in esercizio siano antecedenti alla entrata in vigore del decreto, e non comunicate, che il termine di 90 giorni per le comunicazioni decorre dalla data di entrata in vigore (comma 2). L'inammissibilità del motivo deriva, afferma la sentenza, dal fatto che la società ricorrente non ha maturato la possibilità dello scorrimento dell'elenco alla data di entrata in vigore del detto decreto ministeriale, considerato che la prima delle 28 domande della ricorrente si colloca in graduatoria al n. 16309, circa 100 posti dopo la domanda n. 16218, che è la prima nell'elenco degli idonei non ammessi mentre l'ultima si colloca al n. 19261.

L'infondatezza del motivo si basa: quanto al mancato scorrimento delle graduatorie, sul fatto che il decreto del 19 febbraio 2007 ha ridisegnato il sistema dell'incentivazione per gli impianti in questione, introducendo nuove tariffe e semplificando la procedura, ciò che ha imposto la soppressione dello scorrimento degli elenchi redatti nella vigenza del decreto del 28 luglio 2005, nel quale è peraltro stabilito (art. 7, comma 6) che non hanno diritto al riconoscimento della tariffa le domande la cui inclusione nell'elenco comporta il superamento dei limiti di potenza nominale cumulata, non essendosi perciò prodotto affidamento meritevole di tutela; quanto al differimento del termine per le comunicazioni, sulla razionalità della previsione in sede di normativa transitoria della salvaguardia per gli impianti fotovoltaici che hanno acquisito entro il 2006 il diritto all'incentivazione ai sensi della disciplina pregressa.

8. Con l'appello in epigrafe è chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado.

9. All'udienza del 17 dicembre 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Nella memoria difensiva del GSE sono riproposte le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado avverso l'impugnata nota del 26 marzo 2007, avendo errato il primo giudice a non considerare che la ricorrente non avrebbe potuto comunque fruire della potenza liberatasi nel 3° trimestre 2005, pena la violazione del limite di potenza, e a non qualificare la nota del 26 marzo 2007 come consequenziale di quella dell'11 gennaio precedente rispetto alla quale contiene soltanto ulteriori chiarimenti.

2. Nell'appello si deduce quanto segue:

-ben prima dell'entrata in vigore del "Nuovo conto energia", in relazione alle domande presentate a partire dal 3° trimestre 2005 si era liberata energia da riassegnare, poiché alla data del 31 dicembre 2006 il GSE aveva ricevuto la comunicazione di inizio lavori per 4330 impianti per circa 62 MW mentre avrebbe dovuto riceverla almeno per 98MW; se il GSE avesse provveduto alle doverose verifiche di sua competenza in relazione alle mancate comunicazioni di inizio lavori, la potenza liberata, di 36MW, avrebbe dovuto di certo essere assegnata alla Società, senza che ciò comportasse alcun effetto di superamento del limite annuo di potenza, riguardando le domande idonee ma non ammesse, precedenti quelle della Società, una potenza pari a 4MW;

-in questo quadro il primo giudice ha errato nel ritenere disponibile nuova potenza incentivabile soltanto dopo il decorso dei termini previsti a pena di decadenza per tutti i soggetti coinvolti, anzitutto, in quanto il GSE non ha così operato per gli impianti di potenza superiore a 50KW, e, in particolare, poiché così si presuppone che lo scorrimento dell'elenco per effetto di decadenze o rinunce dovesse essere eseguito in blocco, ciò che è incompatibile con la disciplina di cui al decreto del 28 luglio 2005, che stabilisce la decorrenza dei termini di decadenza, per l'inizio o il completamento dei lavori, dal termine trimestrale di presentazione delle domande, con conseguente scorrimento periodico della graduatoria, dovendosi inoltre precisare che il provvedimento del GSE ha natura meramente dichiarativa delle decadenze, producendosi questa ex tunc con la scadenza dei

termini di cui ai commi 3 e 4 del decreto del 28 luglio 2005;

-palese è l'effetto negativo sulla posizione della ricorrente della nuova disciplina di cui al decreto ministeriale del 19 febbraio 2007 se si considera che, degli impianti ammessi ad incentivazione dal 3° trimestre 2005 al 1° trimestre 2006, quelli entrati in esercizio recano una potenza complessiva di 72,5 MW, a fronte di una potenza incentivata di 288,6MW, con potenza liberata, perciò, pari a 156MW, di certo idonea a ricomprendere gli impianti della Società se non vi fosse stata la illegittima retroattività del detto decreto, con la cancellazione della preesistente graduatoria di impianti pur giudicati idonei e conseguente, evidente lesione delle legittime aspettative così maturate;

-anche al riguardo la sentenza impugnata è erronea; infatti, poiché la decadenza dal diritto all'incentivazione ha effetto ex tunc, rivestendo natura dichiarativa la relativa ricognizione, al 31 dicembre 2006 devono ritenersi verificati i presupposti del titolo della Società allo scorrimento dell'elenco, il cui diniego ha comportato lesione del principio del legittimo affidamento, riconosciuto quale principio generale dell'ordinamento anche a livello comunitario, non essendovi ragione per la cancellazione con la nuova normativa delle posizioni conseguenti a domande antecedenti sfociate nell'inserimento negli elenchi, avendo la Società maturato il proprio titolo sin dall'anno 2006, essendo prevista nella normativa precedente la possibilità del subentro ai concorrenti dichiarati decaduti o rinunciatari, secondo il fine ultimo della normativa del sostegno alla produzione dell'energia da impianto fotovoltaico, avendo il GSE manifestato alla Società la decisione di mantenerla in graduatoria (con nota del 12 settembre 2006), nonché considerati, infine, gli oneri economici e amministrativi affrontati per conseguire il finanziamento dei progetti;

-il comma 2 dell'art. 16 del decreto citato è a sua volta illegittimo, per la disparità di trattamento che ne consegue, non venendo dichiarati decaduti soggetti inadempienti.

Nell'appello, infine, si ripropone la domanda di risarcimento del danno e la richiesta istruttoria (già avanzata in primo grado) volta all'acquisizione di tutti gli atti rilevanti riferiti all'accertamento del diritto affermato dalla Società.

3. Si prescinde dalle eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado, riproposte dalla intimata GSE, essendo l'appello infondato nel merito.

Infatti:

-come visto l'articolo 8 del decreto ministeriale del 28 luglio 2005, nel prevedere, nei commi 3 e 4, i termini per le fasi di realizzazione dell'impianto, dispone altresì che di queste si deve dare comunicazione (al gestore di rete e al soggetto attuatore);

-il medesimo articolo 8 dispone poi, al comma 6, che "Il mancato rispetto dei termini per l'inizio dei lavori di realizzazione e di conclusione dei lavori di realizzazione dell'impianto, di cui al comma 3, comporta la decadenza dal diritto alla tariffa incentivante, acquisito ai sensi dell'art. 7 comma 7. Comporta altresì la decadenza dal diritto alla medesima tariffa incentivante il mancato rispetto dei termini per l'entrata in esercizio dell'impianto, di cui al comma 4";

-nonostante perciò la previsione contestuale, nei commi 3 e 4, dell'obbligo di comunicazione in una con quella del compimento delle fasi di realizzazione dell'impianto, nel citato comma 8 i termini la cui inosservanza comporta la decadenza dal diritto alla tariffa incentivante sono riferiti al mancato compimento delle fasi di realizzazione ed esercizio dell'impianto e non alla mancata comunicazione al riguardo, emergendo da ciò l'evidente ratio della normativa di sanzionare con la decadenza dal diritto all'incentivazione non l'inadempimento formale della comunicazione delle operazioni di realizzazione dell'impianto ma quello, sostanziale, di non avere dato luogo a tali operazioni, in coerenza con il fine ultimo della normativa in materia consistente nella incentivazione della realizzazione degli impianti;

-è corretta perciò l'affermazione contenuta nella nota impugnata del GSE del 26 marzo 2007, per cui "la comunicazione al GSE della data di inizio dei lavori da parte del soggetto responsabile, non è considerata, dalla normativa...quale adempimento necessario cui ricollegare sanzioni per l'eventuale mancato invio, né tantomeno è soggetta a termine decadenziale";

-ciò richiamato, è anche da considerare corretta l'ulteriore precisazione, fatta nella stessa nota, per cui, non essendo decorso al 31 dicembre 2006 il termine riferito all'inizio dei lavori per tutti i soggetti coinvolti, "il richiamo alla comunicazione di inizio lavori...non è significativo per dimostrare l'emergere di nuova potenza da assegnare ai soggetti responsabili non ammessi ma presenti in elenco"; l'emersione della potenza rimasta eventualmente disponibile non può che essere misurata, infatti, alla scadenza del termine per tutti i soggetti ammessi, consentendo soltanto ciò il quadro certo cui commisurare gli

adempimenti successivi, altrimenti modificabile fino alla scadenza del detto termine; non rilevando perciò, in ogni caso, l'asserita decorrenza ex tunc della dichiarazione di decadenza, poiché ciò che ha concreto rilievo ai fini dell'assegnazione della potenza è l'entità di questa accertata definitivamente come effettivamente libera per il mancato inizio dei lavori;

-né può essere invocato il principio del legittimo affidamento a fronte di quanto previsto dall'art. 7, comma 6, del decreto ministeriale del 28 luglio 2005, per il quale "Le domande la cui inclusione nell'elenco di cui al comma 4, ovvero nella graduatoria di cui al comma 5, comporta il superamento dei limiti di potenza nominale annua o cumulata di cui all'art. 12, commi 2 e 3, non hanno diritto al riconoscimento della tariffa incentivante", essendo stato comunicato dal GSE alla Società con numerose note, in atti, indirizzate all'esito di ciascuna delle domande presentate, che "...la Vostra domanda" è "idonea, in quanto redatta nel rispetto dei termini e delle condizioni di cui agli atti sopra richiamati; tuttavia essa è risultata non ammissibile a causa dell'esaurimento della potenza limite annuale disponibile sulla base dei criteri di priorità di accesso all'incentivazione previsti dai decreti sopracitati";

-sono esenti, infine, dai vizi dedotti le disposizioni recate con il decreto ministeriale del 19 febbraio 2007 censurate con l'appello.

Con tale decreto è stata infatti introdotta una disciplina innovativa della precedente, incidente sui requisiti e le modalità dell'incentivazione, risultando di conseguenza necessaria una normativa transitoria e finale disposta con l'art. 16, che prevede, in particolare, l'applicazione della normativa di cui ai decreti del 28 luglio 2005 e del 6 febbraio 2006 agli impianti che, ai sensi di questi, abbiano acquisito, entro il 2006, il diritto alle tariffe incentivanti (comma 1), la proroga, in questo caso, del termine per le comunicazioni di inizio lavori (comma 2), l'abolizione della possibilità di scorrimento delle graduatorie in caso di rinuncia o decadenza dei suddetti aventi titolo (comma 3), con ulteriori previsioni connesse e conseguenti.

Tale normativa non risulta illegittima né irragionevole poiché idonea, in sintesi, a salvaguardare la posizione dei soggetti che abbiano maturato il diritto all'incentivazione ai sensi del regime precedente nell'anno antecedente l'entrata in vigore della nuova normativa, essendo una diversa previsione affetta da illegittima retroattività a fronte di un diritto quesito, a consentire in tal caso un breve differimento del termine per la comunicazione di inizio lavori, non viziata per disparità di trattamento poiché riferita ai

soggetti aventi titolo all'incentivazione, a non consentire lo scorrimento delle graduatorie, in quanto relativo a soggetti comunque non aventi titolo nel regime precedente, ai sensi del già citato art. 7, comma 6, del decreto ministeriale del 28 luglio 2005, ed alla luce della logica esigenza di non incidere sull'applicazione di una disciplina innovativa con effetti di ultrattività di quella precedente basata su presupposti e regole procedurali diversi.

4. Per quanto considerato l'appello è infondato e deve essere perciò respinto.

Le spese seguono, come di regola, la soccombenza. Esse sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

respinge l'appello in epigrafe.

Condanna la società appellante, Becquerel Electric S.r.l, al pagamento delle spese del secondo grado di giudizio al Gestore dei Servizi Elettrici S.p.A. (G.S.E.), appellata, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2011

IL SEGRETARIO

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