



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8125 del 2013, proposto da:
Soc Wind Farm Monteverde Srl, in persona del legale rappresentante,
rappresentato e difeso dagli avv. Simona Viola, Mario Bucello, Angelo Clarizia,
con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Gse Spa - Gestore dei Servizi Energetici, in persona del legale rappresentante,
rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Zoppini, Giulio Napolitano, Vincenzo Di
Vilio, Giorgio Vercillo, Maria Antonietta Fadel, Antonio Pugliese, con domicilio
eletto presso Andrea Zoppini in Roma, via G.Nicotera,31;
Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del Ministro p.t., rappresentato e
difeso per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei
Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Eolica Cresta del Gallo Srl;

per l'annullamento

della graduatoria con la quale sono stati individuati i soggetti ammessi al contingente di potenza incentivata per gli impianti eolici on shore nell'anno 2014, nella parte in cui, attuando la riduzione del contingente dopo la chiusura del periodo di presentazione delle offerte, esclude la ricorrente dal novero degli ammessi al beneficio; degli atti connessi, ivi compreso il bando di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Gse Spa - Gestore dei Servizi Energetici e di Ministero dello Sviluppo Economico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2014 il dott. Carlo Taglienti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 9 agosto 2013 e depositato il 22 successivo la società Wind Farm Monteverde a r.l. ha impugnato la graduatoria degli ammessi al contingente di potenza incentivata per gli impianti eolici on shore nell'anno 2014, limitatamente alla parte in cui, attuando la riduzione di tale contingente dopo la chiusura del periodo di presentazione delle offerte, esclude la ricorrente dal novero degli ammessi al beneficio; ha altresì impugnato tutti gli atti connessi alla procedura compreso il bando di gara.

In base all'art. 12 del D.M. 6 luglio 2012, il GSE entro il 31 marzo di ogni anno a decorrere dal 2013 deve pubblicare il bando per l'assegnazione del contingente di potenza incentivabile determinato dal Ministero; a detto contingente però, in base

al comma 5, devono essere sommate le quote di potenza non assegnate nel corso della precedente procedura nonché quelle relative ad impianti ammessi in precedenti procedure e poi decaduti o rinunciati, e, d'altra parte, devono essere sottratte

le quote di potenza relative agli impianti eolici aventi potenza installata inferiore a 60 KW, esenti sia dalla procedura d'asta sia dalla procedura di iscrizione a registro, nonché quelle relative ad impianti in via di completamento che abbiano optato per il regime incentivante previgente, entrati in esercizio fino alla data di apertura della procedura.

Alla gara indetta con tale bando devono partecipare i soggetti che intendano accedere ai meccanismi di incentivazione con offerte al ribasso rispetto al valore posto a base d'asta.

Ai sensi del c.2 del citato art. 12 il GSE pubblica il bando trenta giorni prima dell'inizio del periodo per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura d'asta, fissato in sessanta giorni.

Infine l'art. 21 stesso decreto prevede che entro 30 giorni dalla data di entrata in esercizio degli impianti gli operatori trasmettono al GSE la documentazione relativa ai requisiti per l'accesso alle incentivazioni; il GSE verifica entro 90 giorni dalla ricezione della domanda la sussistenza dei presupposti per l'accesso agli incentivi e stipula il contratto.

La ricorrente è stata esclusa dalla graduatoria degli ammessi a causa della riduzione del contingente di potenza disponibile per l'asta: nel bando erano previsti MW 465,09 (già ridotti rispetto ai previsti 500 MW : c.4 art.12); l'aggiornamento del contingente ha ridotto la potenza a MW 399,94.

Deduce la società ricorrente:

violazione dell'art. 12 del D.M. 6 luglio 2012 e della lex specialis di gara; dei principi generali di trasparenza e pubblicità delle procedure ad evidenza pubblica,

nonché di correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa: circa il tempo in cui operare la riduzione del contingente l'art. 12 afferma che il contingente determinato deve essere messo all'asta, quindi deve essere quantificato prima della procedura d'asta; poiché, tra l'altro, è anche possibile l'azzeramento totale (art. 12 c.6) del contingente è chiaro che l'interpretazione del GSE porterebbe ad una procedura inutile con aggravio di spesa (€ 2.300 per l'ammissione alla procedura oltre altri oneri di preparazione dell'offerta); i termini procedurali di cui all'art. 12 c.2 e 21 del decreto implicano necessariamente che il contingente deve essere determinato prima della procedura d'asta; gli operatori devono essere messi in condizione di decidere con cognizione di causa se partecipare all'asta; in via subordinata si censura il bando in parte qua per gli stessi motivi sopra detti e per illegittimità derivata i provvedimenti applicativi.

Costitutosi il GSE, richiamata la normativa del decreto nella parte che qui interessa, ha sostenuto che nessuna norma prevede termini per rideterminare e comunicare il contingente aggiornato; il GSE, in base all'art. 21, ha 90 giorni per verificare le domande di ammissione a incentivazione degli impianti entrati in esercizio fino alla data del bando, i gestori dei quali, peraltro, hanno 30 giorni di tempo dall'entrata in funzione per trasmettere la documentazione necessaria al GSE; è quindi possibile che le esigenze concrete di rideterminare il contingente sorgano quando è già chiuso il termine per la presentazione delle offerte (60 giorni decorrenti dopo i prima 30 giorni dal bando); il contingente di potenza messo all'asta costituisce un dato neutro per gli operatori perché non incide sulla possibilità di effettuare l'offerta; gli operatori sanno che è possibile anche l'azzeramento del contingente, in quanto è previsto dal comma 6 dell'art. 12; l'impugnazione del bando è tardiva.

Con memoria replica parte ricorrente assumendo che il quantitativo messo all'asta incide sia sulla decisione di partecipare alla gara sia sui termini dell'offerta, che sarà

tanto più “aggressiva” quanto minore sarà il contingente; l’offerta può essere modificata solo entro i termini di 60 giorni previsti; i 90 giorni possono essere abbreviati nel rispetto dei principi di trasparenza; l’impugnativa del bando è tuzioristica e comunque il bando non prevede l’ipotesi della tardiva determinazione del contingente.

Con memoria il GSE insiste sulla rilevanza dell’art. 21 che consente la verifica dell’entrata in esercizio degli impianti entro 90 giorni dalla domanda e precisa che la riduzione è avvenuta quando tutti i partecipanti avevano effettuato la loro offerta, in regime di parità.

Replica ulteriormente parte ricorrente: i 90 giorni sono qui irrilevanti; comunque la rideterminazione è stata effettuata il 10 giugno, e poteva quindi essere comunicata prima della chiusura del termini per la presentazione delle offerte.

Insiste il GSE sulla circostanza che i previsti 90 giorni implicano la possibilità che il contingente definitivo sia determinato dopo la chiusura del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura d’asta.

Risulta solo formalmente costituito il Ministero intimato.

Alla pubblica udienza del 30 gennaio 2014 i difensori delle parti hanno ribadito tesi e ragioni e quindi la causa è stata spedita in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe una società di gestione di impianti eolici ha impugnato la graduatoria degli ammessi al contingente di potenza incentivata per gli impianti eolici on shore nell’anno 2014, limitatamente alla parte in cui, attuando la riduzione di tale contingente dopo la chiusura del periodo di presentazione delle offerte, esclude la ricorrente dal novero degli ammessi al beneficio; ha altresì impugnato tutti gli atti connessi alla procedura, compreso il bando di gara.

Come evidenziato nella parte in fatto, in base all’art. 12 del D.M. 6 luglio 2012, il GSE entro il 31 marzo di ogni anno a decorrere dal 2013 deve pubblicare il bando

per l'assegnazione del contingente di potenza incentivabile determinato dal Ministero; a detto contingente però, in base al comma 5, devono essere sommate le quote di potenza non assegnate nel corso della precedente procedura nonché quelle relative ad impianti ammessi in precedenti procedure e poi decaduti o rinunciati, e, d'altra parte, devono essere sottratte le quote di potenza relative agli impianti eolici aventi potenza installata inferiore a 60 KW, esenti sia dalla procedura d'asta sia dalla procedura di iscrizione a registro, nonché quelle relative ad impianti in via di completamento che abbiano optato per il regime incentivante previgente, entrati in esercizio fino alla data di apertura della procedura.

Alla gara indetta con tale bando devono partecipare i soggetti che intendano accedere ai meccanismi di incentivazione con offerte al ribasso rispetto al valore posto a base d'asta.

Ai sensi del c.2 del citato art. 12 il GSE pubblica il bando trenta giorni prima dell'inizio del periodo per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura d'asta, fissato in sessanta giorni.

Infine l'art. 21 stesso decreto prevede che entro 30 giorni dalla data di entrata in esercizio degli impianti gli operatori trasmettono al GSE la documentazione relativa ai requisiti per l'accesso alle incentivazioni; il GSE verifica entro 90 giorni dalla ricezione della domanda la sussistenza dei presupposti per l'accesso agli incentivi e stipula il contratto.

Tanto premesso, il Collegio ritiene che il primo motivo di ricorso sia fondato, con assorbimento del secondo, proposto in via subordinata.

In primo luogo il Collegio ritiene che la conoscenza del contingente di potenza messo a concorso, secondo peraltro principi generali di trasparenza e buon andamento comuni a tutte le procedure concorsuali, debba essere noto ai potenziali partecipanti prima della formulazione delle offerte.

E ciò perché la misura del contingente può incidere sia sulla decisione di partecipare alla gara, ove esso sia molto basso, e considerati i costi di partecipazione, sia sulla misura dell'offerta, in quanto in presenza di un ambito possibile per l'impresa di percentuali di ribasso, sarà scelto il ribasso massimo ove il contingente risulti, a giudizio dell'impresa stessa, piuttosto esiguo, ma comunque tale da ritenere ragionevole la partecipazione alla procedura.

A giudizio del Collegio peraltro le previsioni del D.M. 6 luglio 2012 si conciliano con i principi suddetti, ove interpretate nel modo seguente.

Premesso che la disciplina della gara è contenuta nel titolo III del D.M. denominato "Procedura d'asta", mentre l'art. 21 si trova all'interno del titolo VI "Ulteriori disposizioni", di un provvedimento che ha il più generale scopo di dettare norme per "sostenere la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili attraverso la definizione di incentivi e modalità di accesso semplici e stabili, che promuovano l'efficacia, l'efficienza e la sostenibilità degli oneri di incentivazione in misura adeguata al perseguimento dei relativi obiettivi....", appare in primo luogo evidente che, secondo principi generali di interpretazione delle norme, in caso di possibile conflitti, le norme speciali prevalgono su quelle generali.

Tuttavia il Collegio ritiene possibile una interpretazione delle stesse non configgenti e comunque rispettose dei principi di trasparenza e buon andamento della pubblica amministrazione.

Infatti l'art. 12 c. 2 prevede, come detto, che una volta pubblicato il bando, il termine per la presentazione delle offerte non decorra subito, ma solo trascorsi 30 giorni dallo stesso.

D'altra parte l'art. 21 prevede che gli operatori, una volta entrati in esercizio gli impianti, hanno 30 giorni di tempo per trasmettere al GSE la documentazione necessaria per verificare la sussistenza dei presupposti per la concessione dei benefici.

E l'art. 12 c.5 lett. c) e d) prevede che la possibile riduzione del contingente di potenza da mettere a gara dovrà avvenire sulla base delle possibili quote di potenza da assegnare a determinati impianti, entrati in esercizio prima della procedura di gara.

Quindi potrà verificarsi che impianti entrati in esercizio anche il giorno precedente alla pubblicazione del bando potranno concorrere alla decurtazione del contingente; il GSE ha piena conoscenza del possibile volume totale della riduzione da operare entro i 30 giorni successivi, che coincidono, nell'ipotesi estrema, con i 30 giorni di dilazione previsti dall'art 12 c.2 per l'inizio del decorso dei 60 giorni stabiliti per la presentazione delle offerte.

Quindi il GSE alla scadenza dei 30 giorni dal bando è in grado di conoscere la potenza di tutti gli impianti entrati in esercizio "fino alla data di apertura della procedura" e può quindi calcolare la decurtazione del contingente, comunicandola, verosimilmente anche nei primissimi giorni del termine dato per la presentazione delle offerte, onde mettere tutti i possibili partecipanti nella condizione di partecipare e fare le offerte cognita causa.

E' pur vero che l'art. 21 assegna poi 90 giorni dalla data di presentazione della richiesta (e quindi nell'ipotesi estrema anche a decorrere dal trentesimo giorno dal bando) per verificare la documentazione prodotta ed accertare se gli impianti entrati in esercizio sino alla data del bando hanno diritto all'incentivazione richiesta con conseguente riduzione della relativa potenza; ma tale operazione, nell'ipotesi più sfavorevole per i partecipanti alla procedura d'asta, non può che portare alla conferma di quanto già comunicato alla scadenza dei 30 giorni dal bando, nel senso che tutte le verifiche effettuate avranno confermato che tutti gli impianti entrati in esercizio fino alla data di pubblicazione del bando hanno diritto alla quota richiesta di incentivazione, con conseguente riduzione del contingente da mettere all'asta.

Nel caso in cui dette verifiche riscontrino che alcuni di detti impianti non sono in regola, questi non saranno ammessi all'incentivazione e quindi la decurtazione della quota del contingente sarà inferiore; alla fine della verifica quindi, anche dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, potrà risultare o una conferma del contingente già comunicato all'inizio del decorso del termine per la presentazione delle domande, o un aumento di tale contingente, che tuttavia non danneggia nessuno dei partecipanti, in quanto potrà solo comportare che qualche impresa esclusa venga riammessa, senza danneggiare nessuna di quelle già ammesse all'incentivo.

In questo caso l'eventuale maggiore ribasso offerto in presenza di un contingente più ristretto è un rischio calcolato ed un danno assai limitato (rispetto all'eventualità di vedersi escluso dalla procedura di assegnazione degli incentivi) bilanciato da una procedura più trasparente della gara pubblica.

Pertanto nella fattispecie, ferma restando la graduatoria per gli ammessi, l'esclusione della società ricorrente appare illegittima perché alla procedura in esame non poteva essere applicata la decurtazione del contingente di potenza messo all'asta, comunicato solo dopo la chiusura della procedura stessa.

Considerata la novità della questione, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere, Estensore

Donatella Scala, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/02/2014

IL SEGRETARIO

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