

**N. 01002/2015REG.PROV.COLL.
N. 08844/2011 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8844 del 2011, proposto da:
Sarlux s.r.l., in persona del legale rappresentante “pro tempore”,
rappresentata e difesa dagli avvocati Antonella Capria e Antonio
Lirosi, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Roma,
via delle Quattro Fontane, 20;

contro

Autorita' per l'energia elettrica e il gas (AEEG) e Cassa conguaglio
per il settore elettrico (CCSE), in persona dei rispettivi legali
rappresentanti “pro tempore”, rappresentati e difesi per legge
dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei
Portoghesi, 12; Gestore dei Servizi Energetici (già Gestore dei
Servizi Elettrici) - GSE spa, in persona del legale rappresentante
“pro tempore”, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Malinconico,
con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Roma, corso

Vittorio Emanuele II n. 284;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA –MILANO -SEZIONE III, n. 1531/2011, resa tra le parti, concernente verifica ispettiva per l'accertamento del rispetto da parte dell'impianto IGCC delle condizioni di cogenerazione - risarcimento danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'AEEG, della CSE e del GSE , con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 7 ottobre 2014 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Lirosi, Fedeli e Malinconico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.La società Sarlux è titolare, in Sarroch (CA), di un impianto di gassificazione integrato a un ciclo combinato (impianto IGCC).

L'impianto è situato all'interno del perimetro di una raffineria e consente di convertire idrocarburi pesanti, prodotti dalle lavorazioni della raffineria, in energia elettrica, energia termica in forma di vapore a bassa e a media pressione e in idrogeno.

Il vapore (energia termica) e l'idrogeno prodotti dall'impianto sono utilizzati per i processi produttivi della raffineria, mentre l'energia elettrica è immessa nella rete elettrica nazionale e ceduta al Gestore dei Servizi Energetici (in seguito, GSE, in precedenza GRTN), nell'ambito del regime previsto dal provvedimento CIP 6/92.

La produzione combinata di energia elettrica e di energia termica è detta “cogenerazione”.

Gli impianti di cogenerazione godono di rilevanti benefici normativi dato che gli impianti stessi producendo, in via contemporanea e combinata, energia elettrica e calore, assicurano un significativo risparmio di energia primaria rispetto alle produzioni separate delle stesse quantità di energia elettrica e termica.

In base a quanto prevede l’art. 11 del d. lgs. n. 79/1999, i titolari degli impianti di cogenerazione sono esonerati dall’obbligo di acquisto dei certificati verdi.

Il medesimo decreto n. 79/1999 attribuisce all’Autorità il compito di definire le condizioni tecniche al ricorrere delle quali la produzione combinata di energia elettrica e termica è qualificabile come “cogenerazione” ai fini dell’esenzione dall’obbligo di acquisto dei certificati verdi.

A tale previsione l’AEEG ha dato attuazione con la deliberazione n. 42 del 19 marzo 2002, che definisce le condizioni di cogenerazione.

Il 24 e 25 luglio 2007 l’impianto gestito da Sarlux è stato sottoposto a un intervento ispettivo eseguito dalla Cassa Conguaglio per il Settore Elettrico (di seguito, CCSE), ai sensi della delibera AEEG n. 60/04, in esito al quale è stato accertato il mancato rispetto della condizione di cogenerazione definita dalla delibera n. 42/02.

In particolare, l’impianto di produzione di ossigeno, struttura di proprietà della società Air Liquide, ritenuto essenziale per il funzionamento dell’impianto di cogenerazione di Sarlux e situato all’esterno del perimetro della centrale, è stato qualificato dall’Autorità come “ausiliario” (mentre in precedenza l’impresa, nella

documentazione inviata al Gestore, anche in occasione del sopralluogo presso la centrale di cogenerazione effettuato nell'ottobre del 2003 dal CESI per conto del GRTN, pur dando atto che l'impianto che forniva ossigeno si trovava all'esterno del perimetro della raffineria e apparteneva a terzi, non lo aveva considerato come "ausiliario" ai fini del rispetto delle condizioni di cogenerazione). Dalla qualificazione dell'impianto di produzione di ossigeno come ausiliario è derivato che, come specificato nella nota dell'AEEG in data 12 giugno 2008, non erano state rispettate le condizioni stabilite dalla deliberazione n. 42/2002 per il riconoscimento della produzione combinata di energia elettrica e calore come cogenerazione con riferimento agli anni dal 2002 al 2005 per tutte e tre le sezioni dell'impianto, e con riferimento al 2006 per la sezione II.

(In sentenza, riprendendo la relazione allegata alla nota AEEG 12 giugno 2008 –pag. 9, si puntualizza che "ai sensi della delibera n. 42/2002, l'energia elettrica netta è "la quantità di energia elettrica lorda prodotta nella sezione nell'anno solare diminuita dell'energia elettrica destinata ai servizi ausiliari", cosicché quanto maggiore è la quantità di energia imputata ai servizi ausiliari, minore è, a parità di energia lorda prodotta e di energia primaria utilizzata, la quantità di energia elettrica netta ottenuta e, quindi, il valore degli indici IRE e LT...").

Dalla nota AEEG 12 giugno 2008 si ricava che i valori accertati per l'indice IRE risultavano inferiori al valore minimo definito dalla deliberazione n. 42/2002.

Di conseguenza, Sarlux è stata assoggettata all'obbligo, previsto

dall'art. 11 del d. lgs. n. 79/99, di acquisto dei certificati verdi, con riferimento alla produzione dell'intero impianto per gli anni 2002 (1° aprile -31 dicembre) e 2003, 2004 e 2005 e, quanto al 2006, con riferimento alla produzione della sezione II.

Peraltro, con nota del 19 marzo 2009, in parziale accoglimento dell'istanza di riesame avanzata nel frattempo dalla società, l'Autorità ha rettificato gli esiti istruttori di cui alla nota 12 giugno 2008 circoscrivendo i periodi in relazione ai quali Sarlux risultava non avere osservato gli indici previsti dalla deliberazione n. 42/2002 al 2002 (per le sole sezioni I e III), al 2003 e al 2004 per l'intero impianto, al 2005 per le sole sezioni I e II e con esclusione del 2006 dato che per quest'ultimo anno la stessa AEEG confermava il rispetto degli indici IRE ed LT.

Non è stata, tuttavia, accolta l'istanza di revisione relativa alla qualificazione della produzione di idrogeno mediante “steam reforming” come “effetto utile” ai fini della cogenerazione (v. “infra”, lett. c) .

Sono stati perciò ridotti i periodi in relazione ai quali l'Impresa è tenuta all'acquisto di certificati verdi, rispetto a quelli indicati nella nota 12 giugno 2008 (come detto, sezioni I e III per il 2002, intero impianto per il 2003 e il 2004 e sezioni I e II per il 2005).

Con nota del 17 agosto 2009 il GSE ha indicato il numero di certificati verdi da acquistare e il relativo ammontare.

Sarlux ha versato al Gestore la somma richiesta (circa 31 milioni e 900mila €) precisando (v. lettera in data 15 settembre 2009) che tale pagamento non era da intendersi in alcun modo quale acquiescenza ai provvedimenti dell'Autorità e del GSE, considerati illegittimi dalla

società.

Dinanzi al Tar la società ricorrente ha precisato di avere ottenuto il riconoscimento degli oneri sostenuti per l'acquisto di certificati verdi in applicazione della deliberazione AEEG n. 113/2006 per circa 14 milioni e 200mila €, somma liquidata a Sarlux dalla CCSE e che, nel caso di annullamento degli atti impugnati e di restituzione a Sarlux della somma corrisposta al Gestore per l'acquisto dei certificati verdi, andrà restituita da Sarlux alla CCSE.

Ciò premesso, con ricorso proposto avanti al Tar Lombardia –Milano nell'ottobre del 2008 la società ha impugnato:

-la citata nota AEEG del 12 giugno 2008 sui “seguiti amministrativi” della verifica ispettiva effettuata dalla CCSE ai sensi della deliberazione dell'AEEG n. 60/2004;

-i processi verbali redatti a seguito del sopralluogo effettuato dal nucleo ispettivo della CCSE presso l'impianto IGCC di Sarroch nei giorni 24 e 25 luglio 2007 e gli atti connessi e conseguenti, tra i quali il rapporto redatto dal nucleo ispettivo della CCSE e la nota del GSE del 14 luglio 2008 prot. n GSE/P20080023744 avente a oggetto “obbligo di acquisto dei certificati verdi per l'energia elettrica prodotta negli anni dal 2000 2006 dall'impianto IGCC di Sarroch (CA)”.

Con motivi aggiunti presentati nel luglio del 2009 Sarlux ha chiesto l'annullamento della citata nota AEEG del 19 marzo 2009 di rettifica degli esiti istruttori di cui alla nota del 12 giugno 2008.

Con motivi aggiunti depositati nell'ottobre del 2009 sono state impugunate la nota del GSE prot GSE/P20090060572 del 17 agosto 2009 sull'“obbligo di acquisto dei certificati per l'energia elettrica

prodotta negli anni 2005 dall'impianto IGCC Sarroch (CA)” e la fattura n. 9 del 1° settembre 2009 emessa dal GSE nei confronti di SARLUX per un ammontare di € 34.032.739,20.

Sarlux ha anche chiesto al Tar la condanna del Gestore alla restituzione delle somme versategli e ha formulato, in via subordinata rispetto alle domande principali di annullamento e di restituzione, istanza di risarcimento del danno nei confronti del Gestore stesso.

Con la sentenza in epigrafe il Tar, previa dichiarazione della cessazione della materia del contendere sui motivi quarto e quinto del ricorso introduttivo, come rilevato dalla ricorrente senza alcuna opposizioni delle controparti, ha respinto per il resto il ricorso condannando Sarlux al rimborso delle spese di lite a favore delle resistenti.

In particolare il giudice di primo grado, dopo avere riepilogato il quadro normativo di riferimento, anche con riferimento all'art. 1/d) della delibera n. 42/2002 sulla definizione di impianto di produzione combinata di energia elettrica e calore, e all'art. 1/f) sulla “cogenerazione”, per quanto rileva in questa sede d'appello:

a) ha respinto la censura di Sarlux basata sulla violazione del principio di affidamento. Il Tar ha dapprima descritto il procedimento, di cui agli articoli 4 e 5 della deliberazione AEEG n. 42/2002, diretto al riconoscimento della produzione combinata di energia elettrica e di calore come cogenerazione. Ha quindi ribadito che l'accertamento dei presupposti della cogenerazione avviene “all'esito di un procedimento articolato in più fasi di un unico procedimento complesso, in cui ad una prima attività di verifica solo documentale, ovvero estrinseca e meramente cartolare, svolta dal

Gestore sulla base dell'autocertificazione trasmessa dall'impresa interessata, segue una fase di verifica sostanziale, diretta ad accertare, mediante sopralluoghi sugli impianti, la veridicità delle dichiarazioni rese dalla società". Ha poi rimarcato che il "distinto potere di verifica sostanziale, correlato all'esame degli impianti, anche mediante sopralluoghi" (che l'Autorità, a partire dal novembre del 2004, esercita, in base alla DAEEG n. 201/2004, anche avvalendosi della CCSE; in precedenza, i poteri ispettivi spettavano al Gestore) "non è espressivo di un potere di autotutela, perché non è riconducibile ad una funzione di riesame rispetto a determinazioni già assunte, bensì concreta un accertamento sostanziale che completa il procedimento finalizzato al riconoscimento dei requisiti di cogenerazione". Viene dunque in questione una "fattispecie a formazione progressiva", come statuito da Cons. St., sez. VI, con sent. n. 4929/2009.

Nella specie, secondo la sentenza, "nessuna violazione (del principio del legittimo affidamento) può correlarsi alla circostanza che il GRTN-GSE, a seguito della precedente ispezione del 2003, non aveva sollevato alcuna obiezione alle dichiarazioni di anno in anno inviate dalla ricorrente. Ciò in quanto... la delibera n. 42 del 2002 assoggetta il riconoscimento della cogenerazione ad un procedimento complesso, in cui ad una prima fase di controllo estrinseco e meramente provvisorio, basato sulle sole risultanze documentali, segue una prevista seconda fase di controllo sostanziale, all'esito della quale le risultanze del controllo formale potranno ben essere confermate o modificate, ma sempre nell'ambito di una procedura unitaria...L'esito positivo, come (nella

specie), del controllo estrinseco compiuto dal Gestore non radica alcuna posizione di affidamento in capo all'impresa, sicché il successivo intervento, anche a distanza di tempo, della verifica sostanziale dell'Autorità non lede situazioni consolidate, con conseguente infondatezza della censura”.

“La non riconducibilità all'autotutela del potere di verifica esercitato dall'AEEG –ha concluso il Tar- esclude che la legittimità del provvedimento debba essere apprezzata in base alle regole che governano l'esercizio dell'autotutela stessa (con la conseguente influenza del rilievo per cui l'atto lesivo) non evidenzia alcuna particolare ragione di interesse pubblico...”. La legittimità dell'azione amministrativa va sindacata soltanto in relazione alla sussistenza e alla “ragionevole applicazione” dei “presupposti tecnici per il riconoscimento della cogenerazione”;

b) -ha disatteso l'argomentazione di Sarlux secondo la quale la qualificazione dell'impianto di produzione di ossigeno come ausiliario contrasta(va) con la normativa applicabile nei periodi rilevanti ai fini del giudizio (dal 2002 al 2005: per Sarlux, prima della delibera AEEG n. 2/2006, in mancanza di una specifica normativa di settore, la qualificazione di una struttura come “servizio ausiliario di centrale” rispetto a un impianto di cogenerazione andava operata secondo i criteri posti dalla normativa fiscale, per la quale, nella formulazione vigente tra il 2002 e il 2005, assumeva rilievo che la struttura servente della centrale fosse gestita dallo stesso titolare dell'impianto e fosse collocata all'interno del perimetro dell'impianto servito; invece l'impianto di produzione dell'ossigeno apparteneva e appartiene a un terzo e si trovava e si trova all'esterno del perimetro

della centrale, con conseguente esclusione della qualificazione dell'impianto medesimo come "ausiliario" e illegittima applicazione in via retroattiva della delibera AEEG n. 2/2006). In sentenza si legge invece che la delibera n. 2/2006, "nel qualificare come energia assorbita da servizi ausiliari di centrale "quella impiegata, in usi diversi dalla illuminazione esclusivamente per la generazione o per la trasformazione in altra energia elettrica, compresa quella utilizzata come forza motrice delle centrali elettriche per servizi ausiliari strettamente connessi al compimento del ciclo di generazione e trasformazione dell'energia elettrica, anche esterni al perimetro della centrale o forniti da soggetti diversi dal titolare della centrale, inclusi tutti i servizi ausiliari di trattamento del combustibile"; nel precisare cioè che le strutture serventi non perdono il carattere di "servizio ausiliario di centrale" solo perché sono gestite da soggetti diversi dal titolare dell'impianto di cogenerazione o perché si trovano al di fuori del perimetro dell'impianto stesso, non fa altro che "specificare quanto desumibile dal pregresso quadro regolatorio (il quale incentrava la nozione di "ausiliarità" nell'esistenza di una "oggettiva funzionalità tra struttura servente e impianto servito", come emerge dall'art. 1, lett. n), della delibera AEEG n. 42/2002), cosicché nella sua applicazione non pare affatto possa ravvisarsi il carattere della retroattività...". Inoltre, dalla disciplina fiscale di cui all'art. 52, comma 2, lett. f) del d. lgs. n. 504/1992, nella versione antecedente alle modifiche introdotte con il d. lgs. n. 26 del 2007, non si ricava l'esclusione della nozione di "servizio ausiliario di centrale" con riguardo ai servizi gestiti da soggetti diversi dal titolare della centrale e prestati in strutture anche esterne al perimetro della centrale. Non

pare corretto dedurre dalla disciplina fiscale il precetto di escludere dalla nozione di “ausiliario” il servizio esterno al perimetro della centrale o fornito da un terzo, ai fini del rispetto delle condizioni di cogenerazione. Neppure risulta che, per il passato, vi fosse una prassi generalizzata dell’Autorità nel senso di qualificare un impianto, o un servizio, come “ausiliario”, applicando un criterio diverso da quello poi “esplicitato” con la delibera n. 2/2006;

c) -ha rigettato il motivo col quale Sarlux aveva lamentato la mancata considerazione dell’effetto utile dell’idrogeno (prodotto dalle unità 600 e 610 dell’impianto IGCC) da parte della CSSE e dell’AEEG. Prima della verifica ispettiva del luglio del 2007, risultando gli indici IRE e LT conformi alle previsioni della deliberazione n. 42/2002, Sarlux non aveva alcun interesse a qualificare l’idrogeno prodotto dall’impianto IGCC come “effetto utile”, “in quanto ciò non influiva sul rispetto delle condizioni di cogenerazione; all’esito dell’ispezione, al contrario, la qualificazione dell’idrogeno come effetto utile assume un’estrema rilevanza”, nel senso che, “tenendo conto dell’effetto utile dell’idrogeno, la produzione di energia termica e calore rispetterebbe gli indici IRE e LT con riferimento a tutti gli anni interessati e a tutte le sezioni di impianto, ad eccezione della III sezione nel periodo aprile –dicembre 2002”. La tesi di Sarlux sul punto, per la quale l’idrogeno formerebbe oggetto di una “disciplina speciale”, in base al p. 5.1. della Relazione Tecnica alla deliberazione n. 42/2002, è stata respinta in modo argomentato dal Tar (v. sentenza, da pag. 20 a pag. 22). In sentenza si giudica corretta la decisione dell’Autorità, in data 19 marzo 2009, di rigetto dell’istanza sull’effetto utile dell’idrogeno, avendo l’Impresa proposto un metodo di calcolo difforme da quanto

stabilito dalla delibera dell'Autorità n. 42/2002, la quale “non consente di considerare anche la produzione di idrogeno in termini di risparmio di energia primaria e di beneficio ambientale”.

3. Nel ricorso in appello Sarlux:

-sub A), ha dedotto l'erroneità della sentenza sotto tre profili:

-sul primo motivo, incentrato come detto sulla violazione del principio dell'affidamento, l'appellante ha rilevato in primo luogo che l'ispezione effettuata dal Gestore nel 2003 costituiva non un controllo estrinseco, ma un controllo sostanziale, analogo a quello eseguito nel 2007, sugli esiti del quale ultimo si sono fondate le decisioni dell'Autorità. Inoltre, la ricostruzione del procedimento di cui agli articoli 4 e 5 della delibera AEEG n. 42/2004 come procedura complessa ma unitaria, articolata in due fasi –verifica estrinseca e meramente cartolare, e verifica sostanziale– sarebbe criticabile, stante la natura autonoma, e meramente eventuale rispetto alla verifica cartolare conseguente alla dichiarazione fatta dall'operatore ai sensi del citato art. 4, della verifica “sostanziale” sugli impianti di cui all'art. 5 della delibera. Infine, alle verifiche del Gestore i controlli dell'Autorità non hanno fatto seguito “entro un tempo breve e definito”, avendo, anzi, l'Autorità, negato la sussistenza delle condizioni generali di cogenerazione solo nel 2008, ossia oltre cinque anni dopo le prime dichiarazioni fatte da Sarlux al Gestore;

-sulla statuizione relativa al secondo motivo di ricorso, circa la qualificazione dell'impianto di produzione dell'ossigeno come ausiliario, Sarlux, dopo avere chiarito l'importanza della qualificazione, o meno, di detto impianto come “servizio ausiliario di

centrale”, ha evidenziato che la delibera dell’Autorità n. 2/2006 ha modificato la nozione di “ausiliario” -fino a quel momento impiegata dagli operatori e nella prassi ai fini del calcolo degli indici di cogenerazione-, tratta dalla normativa fiscale, mancando, prima della delibera n. 2/2006, nella normativa di settore, una definizione precisa di ausiliario. Nell’ambito della verifica ispettiva del 2003 era emerso che l’impianto di produzione di ossigeno non era qualificato da Sarlux come ausiliario;

-Sarlux ha poi criticato la sentenza anche per la parte in cui non è stata accolta la censura basata sulla mancata considerazione, da parte dell’Autorità, dell’effetto utile dell’idrogeno prodotto dalle unità 600 e 610 dell’impianto IGCC;

-il Tar ha omesso di pronunciarsi sull’istanza di risarcimento del danno, in violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, dato che la domanda risarcitoria era stata proposta da Sarlux in via subordinata rispetto all’istanza di annullamento degli atti impugnati e di restituzione delle somme pagate per l’acquisto dei certificati verdi: proprio nel caso di rigetto del ricorso impugnatorio il giudice di primo grado avrebbe dovuto esaminare e pronunciarsi sull’istanza risarcitoria, ma così non è stato.

Sub B), l’appellante ha riproposto le censure dedotte dinanzi al Tar nel ricorso e nei motivi aggiunti, insistendo sulla fondatezza dei vizi dedotti e sull’accoglimento della domanda risarcitoria, riproposta in via subordinata rispetto alla domanda principale di annullamento degli atti impugnati e di restituzione delle somme versate per l’acquisto dei certificati verdi. Sarlux ha infine chiesto, ove occorra, di ammettersi prova per testimoni e di disporsi CTU concludendo, in

via principale, per l'accoglimento dell'appello e, in riforma della sentenza, per l'annullamento degli atti impugnati e la condanna del GSE a restituire a Sarlux la somma dalla stessa pagata per l'acquisto dei certificati verdi, oltre agli accessori (e la conseguente restituzione, da Sarlux alla CCSE, della somma corrisposta da quest'ultima a Sarlux ai sensi della delibera AEEG n. 113/2006); in via subordinata, è stata chiesta la condanna del GSE a risarcire a Sarlux i danni patrimoniali sofferti dall'appellante, nella misura di € 17.700.910, pari alla differenza tra l'esborso di Sarlux per l'acquisto dei certificati verdi e l'importo riconosciuto dall'AEEG a Sarlux e successivamente corrisposto dalla CCSE alla società, oltre a interessi, e in via di ulteriore subordine la condanna del Gestore al risarcimento del danno per perdita di "chances", da liquidarsi in via equitativa.

Resistono l'Autorità, la CCSE e il Gestore.

4. L'appello è fondato e va accolto, per le ragioni che saranno esposte in appresso, con riferimento al secondo motivo dedotto (v. A.2.), considerato in connessione con un profilo di critica alla sentenza segnalato da Sarlux con riguardo al primo motivo (v. A.1.).

4.1. In via preliminare e in termini generali, vanno confermate le considerazioni svolte in sentenza, in linea, peraltro, con la giurisprudenza di questo Consiglio, in relazione all' "articolazione unitaria", di per sé considerata, del procedimento, di cui agli articoli 4 e 5 della delibera AEEG n. 42/2002, rivolto al riconoscimento della produzione combinata di energia elettrica e di calore come cogenerazione (il che, peraltro, non è incompatibile con ciò che si dirà "infra", al p. 4.2.).

L'art. 4 della DAEAG n. 42/02 –attestazione delle condizioni per il

riconoscimento della produzione combinata di energia elettrica e calore come cogenerazione, prevede che i soggetti produttori con sezioni di produzione combinata di energia elettrica e calore che intendono avvalersi dei benefici connessi alla cogenerazione comunicano al Gestore della rete, entro il 31 marzo di ogni anno, separatamente per ciascuna sezione, mediante dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, il valore dell'indice di risparmio di energia IRE e del limite termico LT, relativi all'anno solare precedente. Il Gestore, entro il 30 giugno di ogni anno, trasmette all'Autorità un prospetto riepilogativo delle dichiarazioni pervenute ed un piano annuale di verifiche sulle sezioni ai sensi dell'articolo 5 del provvedimento.

L'art. 5, intitolato "verifiche sulle sezioni", stabilisce che "le verifiche sulla sezione atte a controllare il rispetto delle condizioni per il riconoscimento della produzione combinata di energia elettrica e calore come cogenerazione ai fini dei benefici di cui al precedente articolo 1, lettera f), sono effettuate dal Gestore (come detto, l'art. 5 è stato modificato nel senso che a decorrere dal novembre del 2004 le verifiche sulle sezioni ex art. 5 sono effettuate dall'Autorità anche avvalendosi della CCSE) e sono 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".

La giurisprudenza di questa Sezione, alla quale il Collegio intende dare continuità (fermo quanto si dirà più sotto al p. 4.2. circa il caso di specie), in assenza di ragioni che inducano a discostarsene, allo scopo di giustificare la reiezione di censure fondate sulla violazione

dei principi di affidamento e di ragionevolezza, ha negato che “le verificazioni estrinseche ad esito positivo poste in essere dal Gestore negli anni (avessero) un connotato di stabilità ed immodificabilità tale da renderle suscettibili di rivalutazione soltanto mediante atti di autotutela decisoria (e solo in relazione a rilevata falsità delle dichiarazioni in precedenza inoltrate (dalla società) e vagliate dal Gestore” (Cons. St. , VI, n. 5815/2011, p. 5.) ; e ha puntualizzato che nel “sistema delineato dalla delibera n. 42 del 2002, i dati delle dichiarazioni vengono, con le note, solo esaminati nella loro idoneità estrinseca ad integrare la completezza delle informazioni da autocertificare e la rispondenza ai parametri minimi di risparmio energetico (Ire e Lt), ma questa rispondenza non può essere considerata definitiva sul piano normativo, cioè oggetto di accertamento costitutivo della condizione articolata dal dichiarante, e rimane condizionata al riscontro della situazione di fatto effettivamente esistente: questo include non solo la veridicità dei dati, riscontrabile in base a strumenti di misurazione legali, ma anche l'esistenza delle condizioni tecniche ed impiantistiche che consentono l'enucleazione dei dati in una certa portata e quantità.

Non risulta quindi che, in assenza e in precedenza di tali accertamenti di fatto derivanti dalla fisiologica sede della verifica, il criterio di calcolo «virtuale» dichiarato possa essere definitivamente «ammesso», mentre può essere oggetto di un riconoscimento condizionato risolutivamente agli esiti della verifica.

Pertanto, configurandosi il «riconoscimento» come una fattispecie a formazione progressiva, non è dato obiettivamente riconoscere un consolidato affidamento in capo al soggetto dichiarante: e tanto più

che per l'esercizio dei poteri di verifica non è previsto un termine decadenziale (o anche sollecitatorio) di attivazione...” (così Cons. Stato, VI, n. 5815/2011 cit. , che richiama Cons. St. , VI, n. 4929/2009, sentenza, quest’ultima, che riguardava un invio di dati erronei o comunque inattendibili nelle autocertificazioni annuali per il periodo 2002 -2006; erroneità rilevata in sede di riscontro della situazione di fatto da parte della CCSE).

“In un tale quadro – ha proseguito Cons. St. , 5815/2011 cit. - appare evidente che l’attività di verifica rappresenta il contenuto di una fase del tutto ordinaria e normale, di base, del complesso procedimento amministrativo finalizzato al riconoscimento dei benefici discendenti dalla qualificazione dell’impianto quale cogenerativo. Dal che discende (che) detto segmento procedimentale di verifica non è autonomo e non è né di revisione né di riesame, perciò non può essere qualificato come di esercizio di una qualche autotutela”.

La qualificazione della procedura ex articoli 4 e 5 citati come unitaria, o unica, va dunque confermata.

Sotto questo aspetto la sentenza del Tar è corretta e va confermata.

4.2.Ciò non toglie però che l’azione delle resistenti sia invece criticabile e in definitiva illegittima alla luce di due profili, evidenziati nell’appello sub A.1. e A. 2. e da porre in correlazione.

La peculiarità che contraddistingue la fattispecie controversa è dovuta in primo luogo al fatto che il “sopralluogo” –perché di questo si è trattato: cfr. verbale in atti- disposto dal Gestore, ed effettuato dalla società CESI nell’ottobre del 2003, come sostiene l’appellante non sembra essersi ridotto a una verifica estrinseca e

meramente cartolare, come è stato ritenuto in sentenza.

Il verbale di sopralluogo 2 ottobre 2003 richiama infatti l'art. 5 della DAEEG n. 42/2002 sulle verifiche presso le sezioni attraverso sopralluoghi, allo scopo di accertare se l'impianto possieda i requisiti prescritti per la cogenerazione.

Ora è vero che la verifica del 2003 sembra essersi sostanziata principalmente nella illustrazione del funzionamento dell'impianto e nella consegna, alla CESI, della documentazione tecnica utile per appurare il possesso in capo a Sarlux dei requisiti per aversi cogenerazione (mentre più approfondito risulta essere stato il l'intervento ispettivo -sopralluogo eseguito dalla CSE nel 2007).

E' indubbio però che l'ispezione del 2003 –fatta per le stesse finalità, sul medesimo impianto e con riferimento, in parte, ai medesimi anni di produzione- non può ridursi a un mero controllo estrinseco e presenta contenuti simili alla verifica del 2007 (fino al novembre del 2004 le verifiche ex art. 5 erano eseguite dal GRTN: in seguito saranno effettuate dall'Autorità, avvalendosi della collaborazione in particolare della CCSE).

E la verifica del 2003 non ha formato oggetto di contestazione alcuna da parte del Gestore che, in questo modo, ha avallato l'aspettativa di Sarlux a vedersi riconosciute le condizioni per aversi cogenerazione.

In secondo luogo, la mancanza, nel quadro normativo vigente al momento dell'adozione della DAEEG n. 2/2006, di una definizione univoca e puntuale della nozione di “energia assorbita dai servizi ausiliari di centrale”, ai fini delle verifiche sugli impianti di produzione di energia elettrica di cui alla deliberazione n. 60/04,

necessaria per stabilire la differenza tra l'energia elettrica lorda e netta prodotta nella valutazione delle prestazioni degli impianti e, in particolare, nel calcolo dell'indice di risparmio di energia IRE e del limite termico LT, di cui alla deliberazione n. 42/02, è ammessa dalla stessa Autorità nelle premesse della delibera n. 2/2006.

Indipendentemente dalla raggiunta prova del fatto se, prima del 2006 (e quindi anche nel 2003, all'epoca del primo sopralluogo), la prassi impiegata dagli operatori per riempire la lacuna esistente nella normativa di settore fosse nel senso di impiegare la nozione di "servizio ausiliario di centrale" secondo quanto stabilito dalla normativa fiscale (in questa direzione v. nota Assoelettrica 3 ottobre 2005 sulla prassi, "anche per motivi di congruenza con la normativa fiscale, di definire i servizi ausiliari come quelli strettamente indispensabili al funzionamento dell'impianto di produzione"); resta che nel 2003 a Sarlux erano state chieste, tra l'altro, la relazione tecnica misure fiscali dell'impianto IGCC e la dichiarazione di consumo UTF, e che la richiesta di tale documentazione poteva plausibilmente giustificarsi, nell'ambito di un'ispezione di natura tecnica, sul presupposto che la nozione di "servizio ausiliario di centrale" fosse mutuata proprio dalla disciplina fiscale. E in questa prospettiva non appare casuale che la relazione e la dichiarazione suddette non siano state più richieste, nell'ambito della verifica ispettiva del 2007: a seguito dell'entrata in vigore della deliberazione n. 2/2006 dell'Autorità, detta documentazione fiscale, precedentemente richiesta proprio nell'ambito di ispezioni dirette a verificare il rispetto delle condizioni di cogenerazione, evidentemente non era più considerata pertinente.

Va soggiunto che l'esistenza dell'impianto di produzione di ossigeno emergeva dalla documentazione richiesta dalla società CESI (per conto del Gestore) nel 2003, e prodotta da Sarlux.

Sarlux aveva cioè effettuato le proprie dichiarazioni nel 2003 sulla base di una interpretazione della nozione di "servizio ausiliario" coerente -in mancanza di definizioni precise dettate dalla normativa di settore - con quella prevista dalla normativa fiscale, secondo la prassi allora vigente (cfr. nota Assoelettrica 3 ottobre 2005 cit.). Solo con la successiva delibera n. 2/06 — non applicabile agli anni di riferimento — è stata introdotta una puntuale definizione di servizio ausiliario, con l'inserimento della specificazione riferita ai "servizi anche esterni al perimetro della centrale o forniti da soggetti diversi dal titolare della centrale" -v. specchio di raffronto normativo a pag. 23 ric. app.).

Diversamente da quanto ritenuto dal Tar, secondo cui l'Autorità non avrebbe fatto altro che "specificare quanto desumibile dal pregresso quadro regolatorio", l'Autorità, dopo che nel 2006 era stata modificata -o quantomeno definita in modo più preciso- la nozione di "servizio ausiliario di centrale" fino a quel momento impiegata dagli operatori, in coerenza con la normativa fiscale, ai fini del riconoscimento della cogenerazione, ha attribuito alla delibera n. 2/2006 portata retroattiva, non avendo tenuto conto degli esiti della verifica eseguita dal Gestore nel 2003.

Detto altrimenti l'Autorità, nel ricalcolo degli indici IRE ed LT (per il 2002 -2005), si è basata su un'interpretazione della normativa applicabile, per quanto riguarda la qualificazione dell'impianto di produzione di ossigeno di Air Liquide come "ausiliario", diversa da

quella fatta propria da Sarlux –cinque anni addietro e- senza che il Gestore avesse contestato alcunché al riguardo.

Le conclusioni del nucleo ispettivo della CCSE, fatte proprie dall’Autorità con le note del 2008 e del 2009 impugnate avanti al Tar, si sono fondate insomma su un’interpretazione della normativa applicabile diversa da quella –plausibilmente- attribuita alle medesime norme dalla ricorrente / appellante a partire dal 2002 (all’epoca la qualificazione dell’impianto di produzione dell’ossigeno come servizio ausiliario di centrale, o meno, si prestava oggettivamente, a una soluzione interpretativa diversa da quella consacrata nel 2006) e con l’avallo –o comunque la non confutazione- del Gestore.

Ora, è vero che le verifiche sulla sezione ex art. 5 sono dirette a controllare il rispetto delle condizioni per il riconoscimento della produzione combinata come cogenerazione al di là degli accertamenti in ordine al carattere non veritiero della documentazione trasmessa; ma è vero anche che nel peculiare caso in esame non si è fatta questione di informazioni, o dichiarazioni, non veritiere, o di calcoli rivelatisi erronei, come ad esempio nella vicenda esaminata e decisa dalla Sezione nel 2009.

In realtà, in seguito alla, e per effetto della, verifica ispettiva del luglio del 2007 sono state contestate a Sarlux non difformità da produzioni o risultanze documentali presentate dalla società assoggettata a verifica, quanto invece rivalutazioni delle stesse risultanze cartolari basate su una interpretazione normativa –o comunque su una qualificazione normativa- della nozione di “servizio ausiliario di centrale” diversa da quella ritenuta applicabile prima del 2006 da Sarlux, con riguardo all’impianto di produzione dell’ossigeno (di Air

Liquide, situato all'esterno del perimetro della centrale), secondo criteri di plausibilità interpretativa.

In definitiva, la qualificazione dell'impianto come non cogenerativo è dipesa da un'interpretazione normativa da parte della CCSE e dell'Autorità, nel 2007, diversa da quella impiegata da Sarlux nel 2003, in un contesto nel quale, stando alla qualificazione di "servizio ausiliario di centrale" attribuita dalla prassi, e in assenza di contestazioni del Gestore, l'impianto di produzione di ossigeno non rappresentava un "servizio ausiliario".

Non ricorrevano dunque le condizioni per escludere, in via "successiva" –in un significato compatibile con quanto affermato sopra al p. 4.1. in ordine al carattere unitario del procedimento-, il riconoscimento della cogenerazione, alla luce della qualificazione dell'impianto di produzione di ossigeno di Air Liquide come ausiliario, o meno.

4.3. Per le ragioni su esposte l'appello va accolto, la sentenza appellata va riformata per quanto di ragione e, assorbito ogni altro profilo di censura proposto, in quanto ininfluyente e irrilevante ai fini della presente decisione, il ricorso di primo grado va accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati e, quale effetto dell'annullamento:

-la condanna del GSE a restituire a Sarlux le somme pagate dalla stessa per l'acquisto dei certificati verdi, oltre agli accessori come per legge; e

-la restituzione da parte di Sarlux alla CCSE delle somme corrisposte da quest'ultima a Sarlux ai sensi della delibera AEEG n. 113/2006, oltre agli accessori come per legge.

Nelle peculiarità della controversia si ravvisano eccezionali motivi, ai sensi degli articoli 26 del c.p.a. e 92 del c.p.c. , per compensare integralmente tra le parti le spese e gli onorari di ambedue i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti impugnati in quella sede, con le statuizioni di condanna precisate in motivazione.

Spese di entrambi i gradi del giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 7 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Gabriella De Michele, Consigliere

Carlo Mosca, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/03/2015

IL SEGRETARIO

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