

Il “procedimento” ispettivo: brevi note in margine a C.d.S., sez. VI, sent. n. 3441/09

Un'autorità amministrativa indipendente, preposta alla regolazione di servizi di pubblica utilità, avvia sistematicamente programmi di verifiche ispettive per accertare eventuali violazioni commesse dagli operatori e, nel caso di cui alla sentenza in commento, ne nasce un contenzioso, prima dinanzi al Tar e, poi, al Consiglio di Stato. Come risolvere la controversia, se non rispolverando alcune sostanziali riflessioni sull'ispezione amministrativa?

1. Il Consiglio di Stato, con la sentenza in calce, riforma in appello la sentenza di primo grado del TAR Lombardia, ritenendo illegittimi i provvedimenti con i quali l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (di seguito AEEG) ed altri organismi pubblici² intimano alle ricorrenti, Assocogen Vicenza S.p.A. e Aim Vicenza S.p.A., la restituzione di contributi pubblici alle stesse precedentemente erogati ed, in realtà, non dovuti, noti come incentivi “Cip 6”, di cui – per l'appunto – al provvedimento Cip n. 6/92, adottato allo scopo di sostenere la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, assimilate e da cogenerazione.

L'acclarata illegittimità consegue a vizi di irragionevolezza ed incompletezza dell'iter procedimentale e ad una carenza di partecipazione degli operatori elettrici direttamente interessati nel procedimento, all'esito del quale, è stato adottato il provvedimento di revoca impugnato davanti al giudice di prime cure.

2. A beneficio del lettore, va ricordato che, nell'ambito di un piano di controlli sistematici, volti ad accertare eventuali violazioni e casi di indebita percezione dei contributi “Cip 6” da parte degli operatori, l'AEEG effettua abitualmente, avvalendosi della Cassa conguaglio per il settore elettrico (di seguito CCSE), verifiche ispettive e sopralluoghi sugli impianti produttivi incentivati con denaro pubblico.

Qualora l'esito dell'intervento svolto da uno dei competenti nuclei ispettivi della CCSE sia negativo, segue il provvedimento che revoca l'attribuzione degli incentivi ed impone la restituzione di tutte le somme indebitamente già percepite.

Il provvedimento finale, pertanto, è un atto di tipo vincolato, che consegue necessariamente al negativo accertamento del possesso dei requisiti tecnici da parte degli impianti oggetto di verifica ispettiva.

La verifica deve essere effettuata da personale tecnico qualificato, con criteri trasparenti, nel rispetto del “Regolamento per l'effettuazione di verifiche e sopralluoghi sugli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, da fonti assimilate alle rinnovabili e sugli impianti di cogenerazione” (di seguito Regolamento), redatto preliminarmente da un apposito Comitato di esperti ed approvato dall'AEEG con delibera n. 215/04.

Tale Regolamento contiene puntuali disposizioni sull'esecuzione delle attività ispettive, scandendone la sequenza operativa in varie fasi, schematizzabili in:

- verifica documentale preliminare di tutti gli atti disponibili, con eventuale richiesta di ulteriore documentazione ritenuta utile o necessaria;
- comunicazione scritta preventiva (salvo particolari casi di urgenza) al produttore/titolare dell'impianto con cui lo si informa del sopralluogo in programma;
- incontro diretto con il produttore ed effettuazione dei rilievi e delle misurazioni sul posto ed in contraddittorio, come deve constare dal verbale contestualmente redatto e sottoscritto dagli ispettori e dalla parte;
- stesura del rapporto ispettivo, sulla falsariga di rigide check-list;

- comunicazione degli esiti dell'attività ispettiva all'ufficio di riferimento presso l'amministrazione.

Altre disposizioni di rilievo sono quelle che fissano la costituzione dei singoli nuclei ispettivi (due ispettori, scelti da apposito albo), dettano le regole di comportamento cui gli stessi devono attenersi e prestabiliscono i parametri alla cui stregua effettuare le misurazioni dei flussi di energia ed il calcolo degli indici ritenuti significativi in base alla legge.

Tali parametri sono differenziati a seconda della classe di impianto e del tipo di beneficio fruito, ad esempio, nel caso di specie, per la conferma del beneficio doveva risultare uno $I_{en} \geq 0,51$.

Quanto alle regole generali di comportamento per gli ispettori, il Regolamento, in particolare, richiama apertamente la Direttiva 2 luglio 2002 del Dipartimento della funzione pubblica "*Direttiva sull'attività di ispezione*", una sorta di vademecum generale sul corretto uso del potere ispettivo, in precedenza delimitato solo da "*regole non scritte, facendo affidamento alla professionalità ed alla competenza degli ispettori*"³.

La Direttiva, emanata nei confronti delle amministrazioni dello Stato e degli altri enti pubblici, non sarebbe, infatti, applicabile a procedimenti di competenza di un'Autorità amministrativa indipendente senza un richiamo espresso.

3. Di fatto, nei due sopralluoghi effettuati presso la centrale di cogenerazione di Zermeghedo agli ispettori non fu, tuttavia, possibile effettuare le misurazioni dell'energia termica "*in prossimità del contorno dell'impianto*" (come prescritto), così gli stessi ricorsero a misurazioni effettuate a distanza, adottando modalità di ricalcolo dell'indice I_{en} non conformi al Regolamento. Risultano, inoltre, dagli atti un ampio ricorso ad indici presuntivi e la mancata considerazione di tutte le concrete condizioni di operatività della centrale.

Prima dei sopralluoghi, anche la comunicazione scritta preventiva era stata inoltrata solo ad Assocogen e non ad Aim, che, pur non essendo "*il gestore dell'impianto al momento della verifica*" (parole testuali del Regolamento), lo era stata precedentemente in virtù di un rapporto qualificato come affitto di azienda, ma tanto bastava perché, in caso di esito negativo della verifica ispettiva, che ha valore retroattivo pluriennale, Aim potesse essere diretta destinataria, al pari di Assocogen, di un provvedimento sfavorevole.

Allora, secondo il Consiglio di Stato, sono censurabili sia le modalità di ricalcolo dell'indice I_{en} per irragionevolezza e non completezza delle stesse, sia il difetto di contraddittorio nel corso dei sopralluoghi, dovuto all'omessa comunicazione preventiva nei confronti di Aim, non sanabile neppure con il successivo inoltro di deduzioni scritte, perché la compresenza dialettica dei rappresentanti di Aim nel momento in cui venivano effettuate le misurazioni e fatti i calcoli è considerata infungibile.

Tali conclusioni, che palesemente prescindono dal riferimento ad inosservanze nell'applicazione di norme del Regolamento, sono senz'altro condivisibili e sottendono una ricostruzione di ben più ampio respiro, che merita di essere compiutamente esplicitata.

4. Non poteva essere condivisa, invece, la decisione del TAR Lombardia, secondo cui la verifica ispettiva era da considerarsi alla stregua di un accertamento tecnico, effettuato sulla base di scienze esatte ed in grado di condurre a risultati univoci. Sarebbe stato almeno più corretto parlare di valutazioni tecniche, se non altro per la complessità delle operazioni e l'opinabilità di metodi e risultati e ciò avrebbe consentito ai giudici, attraverso un sindacato di tipo intrinseco, di censurare le valutazioni non attendibili.

Secondo il TAR, inoltre, l'attività ispettiva svolta non rientra nell'ambito di applicazione della L. n. 241/90 e succ. mod., non perché la legge fondamentale sul procedimento amministrativo non sia in linea di principio applicabile (l'AEEG è un'autorità amministrativa indipendente, per cui a seconda dell'inquadramento di tale fenomeno giuridico, si potrebbe giungere ad affermare una totale incompatibilità con la L. n. 241/90), ma perché la legge in questione si applica al procedimento, *rectius* alla sequenza di atti, fatti e comportamenti e non al singolo atto di accertamento.

Il procedimento di cui trattasi – sempre secondo il TAR – è, però, di tipo vincolato, in quanto l'amministrazione, conclusosi negativamente l'accertamento, è obbligata ad emanare il provvedimento finale di contenuto sfavorevole, impugnato dalle ricorrenti.

È proprio il giudice di prime cure a richiamare una norma della L. n. 241/90, l'art. 21-octies, nella parte relativa all'irrelevanza dei vizi procedimentali e formali nell'ambito dei procedimenti vincolati e dall'esito certo, per escludere a fortiori la possibilità di concedere il richiesto annullamento.

5. Se è vero che l'art. 6 della L. n. 241/90 menziona tra i compiti del responsabile del procedimento l'esperimento di "ispezioni", annoverate alla stregua di meri atti della fase istruttoria, tuttavia la natura procedimentale dell'attività ispettiva appare incontrovertibile, non appena si vada a considerare come in concreto si svolge un'ispezione amministrativa.

L'ispezione consta di atti ed operazioni collegati che devono essere posti in essere in un ordine logico e cronologico ben preciso, è aperta all'apporto partecipativo dell'ispezionato, include l'esercizio di eventuali poteri cautelari da parte degli ispettori, ricomprende loro proposte, giudizi e valutazioni sui fatti accertati e fonda una serie di problematiche per quanto riguarda l'accesso agli atti, sia endoprocedimentale, che esercitato a posteriori con finalità difensive.

Lo svolgersi di un'ispezione può essere di fatto segmentato nelle consuete fasi di iniziativa, istruttoria, costitutiva ed integrativa dell'efficacia e, probabilmente, l'unica norma della L. n. 241/90 a non essere in alcun modo applicabile è l'art. 11, dato che il potere pubblico esternato non può, per definizione, non essere esercitato unilateralmente.

Considerato che, in pratica, l'attività ispettiva non è fine a se stessa, ma si inserisce in altri procedimenti, spesso di controllo, e prelude all'adozione di provvedimenti di amministrazione attiva aventi varia natura (autocorrettiva, sanzionatoria, disciplinare, ecc.), finisce poi per condividere il regime del procedimento rispetto al quale svolge funzione servente, ma senza perdere la propria natura procedimentale.

Ciò è forse più evidente nei procedimenti per l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, rispetto ai quali vige una legge a carattere generale (la L. n. 689/81), la cui applicazione non può essere spinta sino ad escludere quella della L. n. 241/90 all'eventuale attività ispettiva svolta, che è regolamentata in senso più garantista nei confronti dell'ispezionato.

La dottrina che ha indagato sulla natura giuridica dell'ispezione è assolutamente univoca in proposito ed, attualmente, la migliore definizione proposta è quella che la qualifica come "*sub-procedimento amministrativo istruttorio... finalizzato ad acquisire elementi valutativi di fatto e di diritto, di regola confluenti in un più ampio procedimento amministrativo che culmina con l'adozione di ulteriori atti, di rilevanza esterna, dell'amministrazione attiva*"⁴.

Anche gli studi più risalenti⁵, che riconducono l'ispezione nell'ambito dei procedimenti dichiarativi o ricognitivi, ovvero che non hanno un contenuto volitivo, ma sfociano in una dichiarazione di scienza, non pongono in discussione, ma esaltano (ancor più) la natura procedimentale dell'attività ispettiva. Forse occorre far riferimento ad un andamento generale che tende alla svalutazione del procedimento, inteso come forma dinamica della funzione amministrativa, ed alla concentrazione del sindacato del giudice sul solo provvedimento finale (nell'ambito del rapporto dedotto in giudizio), non per arrivare a condividere, ma almeno per comprendere la pronuncia del TAR, che, tra l'altro, riguarda un settore relativamente nuovo per il dispiegarsi dell'attività ispettiva⁶, in cui, cioè, non può correttamente invocarsi una rilevante influenza di precedenti giurisprudenziali che riguardano altre fattispecie (ispezioni del lavoro, ispezioni tributarie, ecc.).

Il contenzioso sulle ispezioni è già abbastanza scarso (più abbondante è solo quello per l'accesso agli atti ispettivi) e a ciò si aggiunge l'interferenza delle norme interne, applicabili entro e non oltre i limiti ed i confini dello specifico settore cui si riferiscono.

Da qui l'interesse per la pronuncia in commento che, comunque, disattende il diverso orientamento seguito dal TAR, e, come è stato complessivamente esplicitato, prende le mosse dalla premessa che il primo e sostanziale nucleo di regole sull'attività ispettiva resta contenuto nella L. n. 241/90, per cui,

se le norme specifiche si rivelano in concreto carenti o inapplicabili, soccorrono sempre i principi generali in essa espressi.

Non altro fondamento hanno, quindi, i doveri degli ispettori e le garanzie a tutela dell'ispezionato, che siano obbligo di comunicazione di avvio di procedimento, partecipazione procedimentale o parametri di ragionevolezza, obiettività e completezza della fase istruttoria.

Tiziana Testoni

2 Si tratta del Gestore delle rete e della Cassa conguaglio per il settore elettrico. Sul sito dell'AEEG www.autorita.energia.it possono reperirsi informazioni sull'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità, sugli organismi dei quali la stessa si avvale e quanto altro possa incuriosire il lettore ("cogenerazione", "indici", "Ien", ecc.).

3 Le parole in corsivo sono tratte dal testo della Direttiva citata.

4 La definizione, sintetizzata, è tratta da V. Tenore – L'ispezione amministrativa e il suo procedimento – Giuffrè 1999.

5 Per tutti possono essere citati gli studi di M. S. Giannini e A. M. Sandulli. Monografie sull'attività ispettiva, oggi non più aggiornate, sono state scritte da Valentini nel 1971 e da Zaccaria nel 1969.

6 Da un lato l'amministrazione competente è un'Autorità amministrativa indipendente, ma, dall'altro, si tratta pur sempre di un procedimento di tipo tradizionale.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.3441/09

Reg.Dec.

N. 3534-3571 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo n. 327/2009

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi riuniti in appello nn. 3534/2008 e 3571/2008 proposti rispettivamente:

1) ric. n. 3534/2008 da ASSOCOGEN VICENZA S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Antonella Capria, Roberto Donnini e Prof. Avv. Luisa Torchia ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Roberto Donnini in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 284;

contro

-Autorità per l'energia elettrica e il gas, in persona del legale rappresentante *pro tempore* e Cassa conguaglio per il settore elettrico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui sono domiciliate in Roma, via dei Portoghesi, 12;

-GSE – Gestore dei servizi elettrici S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dal Prof. Avv. Andrea Panzarola e dall'Avv. Francesco Anaclerio ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Roma, via Liberiana, 17;

e nei confronti

-Ministero per lo sviluppo economico, in persona del Ministro *pro tempore*;

-AIM – Aziende Industriali Municipalì Vicenza S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

-ADICONSUM – Associazione Difesa Consumatori e Ambiente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituitisi;

per la riforma

della sentenza del TAR per la Lombardia, Milano, Sezione IV, 18 dicembre 2007, n. 6686;

2) ric. n. 3571/2008 da AIM – Aziende Industriali Municipalì Vicenza S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Prof. Vincenzo Meli e Tommaso Salonicò ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, Piazza Monte Citorio, 115;

contro

-Cassa conguaglio per il settore elettrico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Autorità per l'energia elettrica e il gas, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui sono domiciliate per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

-GSE – Gestore dei Servizi Elettrici S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dal Prof. Avv. Andrea Panzarola e dall'Avv. Francesco Anaclerio ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Roma, via Liberiana, 17;

e nei confronti

-ASSOCOGEN Vicenza S.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Antonella Capria, Roberto Donnini e Prof. Avv. Luisa Torchia ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Roberto Donnini in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 284;

-ADICONSUM – Associazione Difesa Consumatori e Ambiente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

-Ministero per lo sviluppo economico, in persona del Ministro *pro tempore*;
non costituitisi;

per la riforma

della sentenza del TAR per la Lombardia, Milano, 18 dicembre 2007, Sezione IV, n. 6686;

Visti gli atti di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie presentate dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore il Consigliere di Stato Maurizio Meschino all'udienza del 7 aprile 2009.

Uditi l'avvocato Torchia, l'avvocato dello Stato Tortora e l'avv. Panzarola;

Ritenuto e considerato in fatto e per diritto quanto segue:

Fatto

1. La ASSOCOGEN VICENZA S.p.a. gestisce attualmente un impianto di 'cogenerazione' per la produzione combinata di energia elettrica ed energia termica, in Zermeghedo (VI), per la cui produzione di energia elettrica aveva stipulato un contratto di affitto di azienda, con la Società AIM (Aziende Industriali Municipalì di Vicenza), decorrente dall'1.2.1998 e risolto consensualmente il 31.12.2004, producendo perciò essa direttamente energia dall'1.1.2005.

Dal febbraio 1998 a tutto l'anno 2005 la centrale ha beneficiato dei contributi pubblici, così detti CIP6, previsti in base alla legge 9 gennaio 1991, n. 9, per la produzione combinata di energia elettrica ed energia termica, considerata fonte energetica assimilata alle fonti rinnovabili sulla base di uno specifico indice energetico (IEN), che deve essere superiore a 0,5 (potendosi ottenere un contributo maggiore se eccedente 0.61), calcolato rispetto all'energia elettrica (Ee) e termica (Et) prodotte annualmente dall'impianto e all'energia immessa da combustibili fossili (Ec).

2. A seguito di verifiche eseguite, il 10.10. ed il 2.12. del 2005, dal nucleo ispettivo della Cassa conguaglio per il settore elettrico (CCSE, di seguito "Cassa"), di cui l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG, di seguito "Autorità") a tale fine si avvale, sono stati riscontrati valori dello IEN inferiori a 0,51 per tutti gli anni successivi all'entrata in esercizio.

Sono seguite: note ad ASSOCOGEN della Cassa (n. 61 del 16.1.06) e dell'Autorità (n. 3135 del 21.6.06), con si è comunicato il suddetto esito delle verifiche; della Cassa (n. 1704 del dell'1.8.2006) intimanti ad ASSOCOGEN e ad AIM la restituzione dei contributi CIP6 erogati per il periodo 1.2.1998-31.12.2000, rinviando ad un successivo provvedimento del Gestore Rete di trasmissione nazionale S.p.a (GRTN, oggi GSE - Gestore dei servizi elettrici S.p.a, di seguito "Gestore") il recupero dei contributi per il periodo 1.1.2001-31.12.2005; del Gestore, intimanti ad AIM la restituzione dei contributi per il periodo 1.1.2001-31.12.2004 e ad ASSOCOGEN per l'anno 2005 (note n. 8825 e 8826 dell'8.8.2006).

3. La ASSOCOGEN VICENZA S.p.a., con ricorso n. 2453 del 2006, proposto al TAR per la Lombardia, ha chiesto l'annullamento: della nota dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas - Direzione Vigilanza e Controllo, prot. n. EA/M06/3135/ea del 21.06.2006; della nota del Gestore, Direzione Operativa, prot. n. P2006008826 del 08.08.2006; dei verbali delle verifiche ispettive condotte dalla Cassa in data 10 ottobre 2005 e 2 dicembre 2005; della nota della Cassa prot. n. 61 del 16.1.2006; di ogni altro atto precedente, conseguente o comunque connesso, e, con motivi aggiunti del 15 marzo 2007, della nota della Cassa prot. n. 133 del 25 gennaio 2007; della nota dell'Autorità del 20 ottobre 2006 prot. CCSE n. 001981.

La AIM – Aziende Industriali Municipalì Vicenza S.p.a, con ricorso n. 2866 del 2006, proposto al medesimo TAR, ha chiesto l'annullamento: del provvedimento della Cassa del 1 agosto 2006, prot. n. 001704; del provvedimento del Gestore dell'8 agosto 2006; dell'atto dell'Autorità del 21 giugno 2006 presupposto ai predetti provvedimenti e ai medesimi allegato; di ogni eventuale verbale di ispezione condotta senza integrare un contraddittorio procedimentale con AIM; di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale e, con motivi aggiunti dell'11 ottobre 2007, della nota della Cassa prot. n. 001227 del 9 luglio 2007, "impianto denominato centrale di cogenerazione di Zermeghedo (VI) – recupero importi indebitamente percepiti – ULTIMO AVVISO"; della nota dell'Autorità del 20 ottobre 2006 prot. CCSE n. 001981.

La stessa AIM S.p.a, con ricorso n. 804 del 2007, proposto al medesimo TAR, ha chiesto l'annullamento: della determinazione della Autorità del 21.6.2006, prot. EA/M 06/3136/ea; di tutti i documenti citati nella stessa determinazione; del provvedimento della Cassa del 25.1.2007, prot.

000133; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale e, con motivi aggiunti dell'11 ottobre 2007, della nota della Cassa prot. n. 001227 del 9 luglio 2007, "impianto denominato centrale di cogenerazione di Zermeghedo (VI) – recupero importi indebitamente percepiti – ULTIMO AVVISO"; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

4. Il TAR, con sentenza n. 6686 del 2007, riuniti i ricorsi, ha accolto "nei sensi e nei limiti di cui in motivazione" il ricorso n. 2453 del 2006 ed i relativi motivi aggiunti e, per l'effetto, ha annullato la nota dell'Autorità prot. EA/M06/3135/ea del 21.6.2006 ed *in parte qua* sia la nota della Cassa n. 1704 del 1.8.2006 sia la nota della Cassa n. 133 del 25.1.2007. Ha respinto il ricorso n. 2453 del 2006 per il resto. Ha respinto i ricorsi, ed i relativi motivi aggiunti, n. 2866 del 2006 e n. 804 del 2007. Ha compensato tra le parti le spese del giudizio.

5. Con gli appelli in epigrafe è stato chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado.

6. All'udienza del 7 aprile 2009 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. La sentenza di primo grado così si pronuncia riguardo ai motivi di ricorso:

-sul ricorso ASSOCOGEN n. 2453 del 2006, e motivi aggiunti:

-respinge il primo motivo, dedotto per violazione di legge (articoli 20 e 22 della legge 9 gennaio 1991, n. 9) ed eccesso di potere, con cui si censura la erroneità delle modalità di ricalcolo dello IEN, risultando invece tale ricalcolo corretto, considerati: la appropriata individuazione del fattore correttivo da apportare, non essendosi potuta eseguire la misurazione della Et "a bocca di impianto"; la non incidenza degli errori dei gruppi di misura installati presso gli utenti; la correttezza della non considerazione di fattori dovuti ad inefficienza dell'impianto; la correttezza del calcolo del fattore Ec;

-respinge il secondo motivo, prospettandone la inammissibilità per difetto di interesse, con cui ASSOCOGEN denuncia violazioni delle garanzie di partecipazione al procedimento nei riguardi di altro soggetto, cioè di AIM;

-respinge il terzo motivo, di censura della mancata motivazione delle ragioni puntuali e specifiche della richiesta di recupero dei contributi, considerato che tale precisazione non è richiesta poiché l'interesse pubblico alla ripetizione di somme erogate illegittimamente è *in re ipsa*;

-accoglie il quarto motivo, e i motivi aggiunti, laddove si contesta che l'obbligo di restituzione sia in capo non solo ad AIM ma anche ad ASSOCOGEN per il periodo di affitto dell'impianto (1.2.1998-31.12.2004), dovendosi concludere che per tale periodo l'obbligo grava su AIM poiché soltanto questa società ha richiesto e ottenuto i contributi, ed alla luce del contenuto del contratto di affitto di azienda, per il quale Aim è divenuta affittuaria e quindi detentrica qualificata dell'azienda elettrica per l'immissione di energia nella propria rete;

-respinge i motivi aggiunti laddove, per illegittimità derivata, richiamano censure rigettate contenute nel ricorso principale;

-sono annullate, di conseguenza, *in toto*, la nota dell'Autorità, n. 3135 del 2006, nella quale si pone a carico di ASSOCOGEN l'obbligo di restituzione di tutti i contributi e, in parte le note della Cassa, n. 1704 del 2006 e n. 133 del 2007, esclusivamente laddove pongono a carico di ASSOCOGEN l'obbligo di restituzione dei contributi erogati fino al 2004, fermo restando che, attesa la piena legittimità delle verifiche condotte, risulta di conseguenza legittima la richiesta di restituzione per l'anno 2005, essendo per tale anno AIM legalmente estranea alla produzione di energia elettrica;

-non sono annullati gli altri atti impugnati, quali i verbali delle verifiche e la nota della Cassa n. 61 del 2006, poiché atti endoprocedimentali e perciò non immediatamente lesivi,

-sui ricorsi proposti da AIM, e motivi aggiunti:

-sono respinte, preliminarmente, le censure sulla violazione della garanzia di partecipazione al procedimento, considerato che pur non potendosi escludere, in linea di principio, l'applicazione della legge n. 241 del 1990 al procedimento in questione *“non si può negare che l'attività di controllo sull'impianto di Zermeghedo abbia il carattere di un accertamento tecnico-scientifico, volto a determinare una serie di dati tecnici (cioè quelli per il calcolo dell'indice IEN), per cui, una volta effettuata la suddetta determinazione e ricalcolato l'indice di assimilabilità dell'impianto, l'attività dell'Amministrazione assume carattere rigidamente vincolato, essendo priva di ogni margine di discrezionalità”*, con la conseguenza che *“una volta accertata la legittimità dell'attività ispettiva, l'apporto partecipativo del soggetto interessato assume minore rilevanza, attesa la già ricordata doverosità e vincolatività della ripetizione delle somme erogate”*; né è motivo di illegittimità l'assenza di rappresentanti di AIM alle visite ispettive del 2005 essendosi svolto il richiesto contraddittorio con il soggetto all'epoca in disponibilità della centrale, cioè ASSOCOGEN, ed avendo comunque AIM rappresentato le proprie ragioni a seguito dell'invito fatto in tal senso con nota della Cassa del 25.1.07; al riguardo, si afferma nella sentenza, potrebbe anche applicarsi l'art. 21-octies, comma 2, della “241”, che prevede la non annullabilità di un provvedimento quando il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato;

-sono respinti gli ulteriori motivi di merito dei ricorsi, stante la già vista correttezza delle modalità di ricalcolo dello IEN e la posizione di AIM rispetto all'obbligo di restituzione maturato per il periodo 1.2.1998-31.12.2004, precisando, a quest'ultimo riguardo, che la risoluzione del contratto di affitto di azienda non può essere assimilata all'ipotesi della cessione di azienda, ai sensi dell'art. 2558 c.c. (tesi avanzata da AIM nell'udienza pubblica del 20.11.2007), potendo probabilmente iscriversi il rapporto tra AIM ed ASSOCOGEN nel quadro dell'art. 1228 c.c. In particolare: per il ricorso 2866 del 2006, sono rigettati il motivo 1 (estraneità di AIM alla pretesa restitutoria fino al 2004), ed i motivi 2 e 3 (erroneità del ricalcolo dell'indice IEN); mentre per il ricorso n. 804 del 2007, sono respinti i motivi 2 (estraneità di AIM alla pretesa di recupero fino al 2004) ed i motivi 3 e 4 (erroneità del ricalcolo dell'indice IEN), dovendo quindi essere integralmente respinti i ricorsi n. 2866/2006 e n. 804/2007 con i relativi motivi aggiunti.

2. ASSOCOGEN, con il ricorso in appello n. 3534 del 2008, censura la sentenza di primo grado per non aver adeguatamente considerato, ai fini del calcolo dello IEN e con riguardo alla misurazione dell'energia termica non eseguita *“a bocca di impianto”*: a) l'effetto delle perdite di rete, essendo stato applicato un fattore correttivo, nella misura del 15 per cento, idoneo per le reti di teleriscaldamento urbano ma non, perciò, per l'altra parte dell'impianto che trasporta acqua surriscaldata; b) che comunque, dovendo le verifiche misurare l'energia termica effettivamente prodotta, è scorretto che ciò avvenga, come nel caso, sulla base delle fatturazioni degli utenti finali senza misurare il livello di dispersione della rete; c) l'effetto di riduzione del rendimento termico delle caldaie (fissato arbitrariamente dalla Cassa all'85%) dovuto al loro funzionamento non continuo; d) l'effetto della rigidità dell'impianto (produttivo di acqua calda e di acqua surriscaldata in proporzione non modificabile), che porta alla produzione di acqua calda in parte non consumata dai clienti finali per loro rinuncia, pur trattandosi di energia comunque prodotta e quindi da misurare; e) la diffusa fornitura di calore ai clienti in misura forfettizzata, per ripetuti guasti ai contatori, e perciò maggiore di quella indicata nei contatori stessi; f) l'assunzione, nelle verifiche, di un valore del PCI (potere calorifero inferiore del gas metano, da considerare nel calcolo dello IEN) calcolato non ai fini dell'anno di riferimento ma in media fra il 1999 ed il 2005.

3. La AIM, con il ricorso in appello n. 3571 del 2008, richiama anzitutto che ASSOCOGEN è sempre rimasta, ai sensi del già citato contratto di affitto di azienda, responsabile della gestione tecnica dell'impianto e della vendita dell'energia termica prodotta; censura quindi la sentenza di primo grado per aver affermato:

-che spetta ad AIM la restituzione dei contributi erogati per il periodo fino al 2004, poiché la Società tali contributi ha richiesto ed ottenuto, per cui l'azione per la detta restituzione è assimilabile alla ripetizione di indebito ai sensi dell'art. 2033 c.c. configurandosi i contributi erogati quale "*pagamento non dovuto*".

Questa affermazione è erronea, si sostiene nell'appello, poiché, avendo AIM stipulato, prima con ENEL e poi GRTN/GSE, una Convenzione ai fini della percezione dei contributi CIP6, qualificabile quale contratto privatistico a prestazioni corrispettive, e dovendosi assimilare la risoluzione del contratto di affitto all'ipotesi di cessione di azienda ai sensi dell'art. 2558 c.c., con il connesso trasferimento dei contratti in essere, ne consegue il subentro di ASSOCOGEN anche nella suddetta Convenzione con l'obbligo di indirizzare a tale Società la contestazione sulla sua inesatta esecuzione;

-che non è violata la normativa sulla partecipazione al procedimento amministrativo, di cui agli articoli 7 e 10 della legge n. 241 del 1990 e 4 del d.pr. n. 244 del 2001 ("*Regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, a norma dell'articolo 2, comma 24, lettera a), della L. 14 novembre 1995, n. 481*"). Tale normativa è invece violata, si asserisce, poiché AIM non è stata chiamata a partecipare alle verifiche ispettive eseguite, pure propedeutiche alla adozione di provvedimenti destinati a produrre effetti sulla sua sfera giuridica, non essendo ciò sanato dalla sua partecipazione alla fase procedimentale del recupero dei contributi, poiché determinata dagli accertamenti precedenti, né valendo l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, poiché non applicabile quando l'attività amministrativa si basi, come nella specie, su valutazioni opinabili;

-che sono corrette le modalità adottate di ricalcolo dello IEN; invece errate si afferma, ed in contrasto con il Regolamento sulle procedure ispettive, non essendo stata svolta alcuna verifica della concreta situazione dell'impianto riguardo alle perdite di energia, con il ricorso ad ipotetici valori medi (il 15%) impropri rispetto alle specificità della rete in questione.

4. Con memoria unica depositata il 27 marzo 2009, riguardante entrambi i ricorsi in epigrafe, il Gestore ha eccepito la inammissibilità:

-del ricorso della ASSOCOGEN per carenza di interesse, avendo la sentenza di primo grado riconosciuto la responsabilità della ricorrente soltanto per l'anno 2005 mentre essa è impugnata nella parte in cui rigetta i motivi di contestazione inerenti l'istruttoria e le modalità di ricalcolo dell'indice IEN con riferimento all'intero periodo febbraio 1998 - 31 dicembre 2005; per aver enunciato critiche contro l'operato della Cassa senza alcun riferimento alla sentenza di primo grado;

-del ricorso di AIM, nella parte in cui si deduce violazione dell'art. 2558 c.c., in quanto articolazione di un nuovo motivo di ricorso fatta per la prima volta in corso di udienza pubblica in primo grado (udienza del 20.11.2007, come precisato nella sentenza impugnata), nonché per la mancata censura della parte della sentenza in cui il rapporto tra AIM ed ASSOCOGEN è qualificato ai sensi dell'art. 1128 c.c.

5. Gli appelli in epigrafe, relativi alla medesima sentenza devono essere riuniti e decisi congiuntamente.

6. Con gli appelli si deducono due motivi il cui esame è preliminare: con il primo si censura il metodo di calcolo dello IEN, con il secondo si censura la mancata partecipazione della AIM S.p.a. alle visite ispettive alla base dei provvedimenti impugnati.

I motivi sono fondati.

Quanto alla individuazione dello IEN è infatti da accogliere la censura per cui la misura di valori rilevanti per il relativo calcolo è stata ottenuta applicando indici presuntivi in luogo della loro verifica in relazione alla specifica operatività dell'impianto, dovendosi tenere conto che la finalità di tale verifica consiste nell'accertamento della *“energia termica utile prodotta”* (*Regolamento per l'effettuazione di verifiche e sopralluoghi sugli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, da fonti assimilate alle rinnovabili e sugli impianti di cogenerazione (deliberazione n. 215/04)*”; articoli 6.5 e 7.2).

Come sopra indicato, la detta verifica non ha potuto infatti essere eseguita *“in prossimità del contorno dell'impianto”*, come richiede il Regolamento citato (art. 7.2), essendosi perciò *“proceduto ad una verifica dell'energia termica effettivamente ceduta nelle sottocentrali ubicate presso le aziende utilizzatrici”* (*“Relazione ispettiva impianto AIM Zemerghedo”*; 18/01/2006 - pag. 4), con misure *“effettuate a notevole distanza dall'impianto stesso”* cioè *“Nel caso specifico in corrispondenza dei punti di consegna agli utenti”* (*“Comitato di esperti -insediato su delibera dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas n. 60/64 – Osservazioni tecniche sul ricorso al TAR della Lombardia inoltrato da AIM Vicenza S.p.a.”*; pag. 2).

Per tale motivo è risultato di certo rilevante il calcolo delle 'perdite di rete' che è stato misurato applicando un aumento del 15 per cento all'energia termica fatturata (Rel. cit. pag. 5) *“valutato sulla base dello stato dell'arte di reti di tale natura e tenendo conto dell'estensione fisica della rete stessa”* (Comitato cit. pag. 2 delle 'Osservazioni tecniche').

Al riguardo nei ricorsi in appello si indica che tale valore correttivo è basato sulla situazione delle reti di teleriscaldamento urbano mentre l'impianto in questione distribuisce anche acqua surriscaldata a 160°C (per valori energetici fatturati superiori a quelli dell'acqua calda, in ciascuno degli anni dal 2002 al 2004, indicati nella tabella di cui al verbale della visita ispettiva del 2 dicembre 2005); elemento questo che non risulta considerato nelle relazioni tecniche sopra citate, né nella sentenza di primo grado, e che avrebbe dovuto invece essere valutato per la completezza della verifica.

Allo stesso fine non risulta adeguatamente considerato quanto prospettato sulle dispersioni per fenomeni di ammaloramento della rete di distribuzione del calore, interessanti soprattutto la distribuzione dell'acqua surriscaldata, poiché attribuiti alla responsabilità del produttore, se eccedenti la media, per *“cattiva progettazione, realizzazione o conduzione della rete di distribuzione”* (Comitato cit. pag. 2 delle 'Osservazioni tecniche'), non essendo invero puntualmente dimostrata tale responsabilità nel quadro della situazione specifica della rete e dei relativi interventi manutentivi del produttore, considerata anche la tecnologia della distribuzione di acqua surriscaldata.

Un ulteriore elemento prospettato consiste nel fatto che molti clienti, pur se impegnati, hanno rinunciato alla fornitura di acqua calda e che ciò, stante la rigidità dell'impianto, che obbliga alla produzione di acqua calda in pari proporzione a quella surriscaldata, produce una dissipazione di quote di calore che avrebbe dovuto essere calcolata. Anche questo elemento non risulta adeguatamente considerato nel calcolo non essendo sufficiente rilevare, come fatto nella relazione del Comitato degli esperti, e condiviso nella pronuncia di primo grado, che tali difficoltà di collocazione ricadono nella responsabilità del produttore, essendo frutto della sua libera iniziativa sia la configurazione dell'impianto che la politica commerciale, laddove avrebbe dovuto essere valutata perlomeno l'incidenza dell'energia non ritirata per inadempimento di impegni assunti dagli

utilizzatori, oltre l'eventuale incidenza sul fenomeno di fattori oggettivi non imputabili al produttore (quale sarebbe, secondo il ricorso, l'effetto del D.P.C.M. 2 ottobre 2005).

In questo quadro, infine, può assumere altresì rilevanza se, per quanto detto, sia diversamente misurata l'energia termica, la diversità di valutazione sulla correttezza della misura del PCI (potere calorifico inferiore) del gas metano prospettata nei ricorsi di primo grado e riproposta in appello.

Ritiene il Collegio che le considerazioni svolte siano sufficienti a far rilevare vizi quanto alla ragionevolezza e completezza del procedimento seguito che ne inficiano l'attendibilità, dovuti alla mancanza di un compiuto esame delle caratteristiche e delle concrete condizioni di operatività dell'impianto.

A sua volta fondata è anche la censura sulla mancata partecipazione di AIM S.p.a. al procedimento di verifica, in quanto non convocata alle visite ispettive.

Il contraddittorio svolto nel corso delle visite ha invero per oggetto dati tecnici ma, come visto, da un lato, questi risultano non di meno opinabili, con la conseguente utilità della compresenza dialettica dei soggetti interessati e, dall'altro, il risultato delle visite ha effetto determinante sulla motivazione e sul contenuto dei provvedimenti successivi di recupero dei contributi, cosicché l'assenza da esse non è certo surrogabile con l'inoltro di valutazioni *ex post*. Né vale a legittimare l'assenza di AIM la considerazione che alle visite sono stati presenti i rappresentanti di ASSOCOGEN, doverosamente convocata poiché esercente in atto dell'impianto, essendo stata poi AIM comunque chiamata alla restituzione dei contributi sulla base di valutazioni riguardanti anche il periodo della sua gestione.

Si riscontra perciò il dedotto vizio di carenza della partecipazione procedimentale della ricorrente.

7. Il giudizio di fondatezza delle censure esaminate rende superfluo l'esame di quelle ulteriormente dedotte, come delle proposte eccezioni di parziale inammissibilità avuto riguardo al loro contenuto. Alla luce delle considerazioni svolte, il Collegio ne ritiene la illegittimità dei provvedimenti di intimazione al recupero dei contributi indirizzati alle ricorrenti e degli atti presupposti e connessi.

8. Gli appelli pertanto devono essere accolti.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, riunisce e accoglie gli appelli in epigrafe.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio tenutasi nella sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, il giorno 7 aprile 2009, con l'intervento dei signori

Giuseppe Barbagallo Presidente

Paolo Buonvino Consigliere

Rosanna De Nictolis Consigliere

Maurizio Meschino Consigliere est.

Roberto Garofoli Consigliere

Presidente

GIUSEPPE BARBAGALLO

Consigliere Segretario

MAURIZIO MESCHINO VITTORIO ZOFFOLI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/06/2009

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 3534-3571/2008

FF