

Publicato il 06/09/2024

N. 07461/2024REG.PROV.COLL.
N. 06329/2022 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6329 del 2022, proposto da Gestore dei Servizi Energetici – GSE s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Frontoni, Gianluca Luzi e Antonio Pugliese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Guido d'Arezzo, n. 2;

contro

Solar Power S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Battista Conte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via E.Q. Visconti, n. 99;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza, n. 6858/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Solar Power S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2024 il Cons. Alessandro Enrico Basilico e uditi per le parti gli avvocati Gianluca Luzi e Giovanni Battista Conte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Gestore Servizi Energetici s.p.a. (d'ora in avanti, solo GSE o il Gestore) appella la sentenza che ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti presentati dalla Solar Power S.r.l. contro la determinazione, resa all'esito di un procedimento di verifica, che ha stabilito che l'impianto da questa gestito non poteva fruire delle tariffe incentivanti, cui in origine era stato ammesso, in quanto carente dei requisiti previsti dalla normativa.

2. A tal proposito, è opportuno premettere che l'art. 2-*sexies* del decreto legge n. 3 del 2010, convertito con modificazioni in legge n. 41 del 2010, come sostituito dall'art. 1-*septies* del decreto legge n. 105 del 2010, convertito con modificazioni in legge n. 129 del 2010, ha riconosciuto le tariffe incentivanti di cui all'art. 6 del decreto del Ministro dello sviluppo economico 19 febbraio 2007, che stabilisce criteri e modalità per incentivare la produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare, *«a tutti i soggetti che [...] abbiano concluso, entro il 31 dicembre 2010, l'installazione dell'impianto fotovoltaico, abbiano comunicato all'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione, al gestore di rete e al Gestore dei servizi elettrici-GSE S.p.a., entro la medesima data, la fine lavori ed entrino in servizio entro il 30 giugno 2011»*.

3. In punto di fatto si rileva che il 17 dicembre 2010 la Solar Power S.r.l. ha chiesto al GSE l'ammissione ai benefici di cui alla legge n. 129 del 2010 per l'impianto fotovoltaico di sua proprietà.

4. Con nota del 9 luglio 2011, il GSE ha comunicato l'esistenza di motivi ostativi all'accoglimento della domanda, consistenti nel fatto che le fotografie a questa allegate *«non forniscono una visione completa dell'impianto e dei suoi principali componenti (moduli, inverter e trasformatori) non consentendo di verificare l'effettiva conclusione dei lavori dell'impianto. In particolare (dalle foto inviate si evince che il trasformatore non è collegato)»* (doc. 5 del fascicolo della ricorrente in primo grado).

5. Il 13 luglio 2011 la Solar Power ha confermato la fine dei lavori di realizzazione e installazione dell'impianto entro il 15 dicembre 2010, producendo ulteriore documentazione, precisando che la foto del trasformatore allegata alla domanda era stata scattata durante i lavori ed era stata inviata per errore, quindi allegando – meglio, dichiarando di allegare – *«una foto del trasformatore, regolarmente collegato, scattata in data 14/12/2010 alle ore 14:23 in sede di verifica finale dei lavori da parte del direttore dei lavori, propedeutica alla dichiarazione di fine lavori asseverata»* (doc. 6 del fascicolo della ricorrente in primo grado).

6. Con provvedimento prot. GSE/P20110076616 del 16 novembre 2011 il Gestore ha definito il procedimento accogliendo la domanda, in quanto ha considerato che *«la documentazione inviata in data 13/07/2011, allegata alle osservazioni presentate ai sensi dell'art. 10 bis della Legge 241/90, consente l'ammissione ai benefici di cui alla legge 13 agosto 2010, n. 129»* (doc. 6 del fascicolo della ricorrente in primo grado).

7. In seguito, il 6 ottobre 2016 il Gestore ha svolto un sopralluogo presso l'impianto e con nota del 14 ottobre 2016 ha comunicato l'avvio di un procedimento di verifica.

8. La procedura veniva sospesa con nota del 25 maggio 2018, mediante la quale il GSE chiedeva alla Solar Power di presentare osservazioni, eventualmente corredate da documenti, su una serie di questioni, tra cui il fatto che *«dal confronto tra le fotografie inviate ai fini della richiesta di ammissione ai benefici della Legge 129/10 e lo stato dei luoghi è emerso che,*

alla data di conclusione dei lavori [...] i moduli fotovoltaici risultavano disconnessi; i cavi di collegamento del trasformatore risultavano assenti; la Società era tenuta a caricare sul portale del GSE un dossier fotografico atto a dimostrare l'effettiva conclusione dei lavori entro il 31 dicembre 2010, come previsto nella Procedura; il caricamento di fotografie, all'atto di presentazione dell'istanza di riconoscimento degli incentivi, errate e comunque non attestanti il completamento dei lavori, non ha posto in condizione il GSE di valutare in modo inequivocabile la sussistenza di tutte le condizioni per l'ammissione ai benefici di cui alla Legge 129/2010».

9. Con provvedimento definitivo prot. GSE/P20200004029 del 27 gennaio 2020 il Gestore ha comunicato *«che l'impianto non può fruire dei benefici di cui alla Legge 129/2010 in quanto è carente dei requisiti cui è subordinato l'accesso»* (ammettendolo tuttavia agli incentivi di cui al d.m. 6 agosto 2010), in quanto ha ritenuto che la società non avesse fornito elementi per nuove e diverse valutazioni in ordine alle difformità riscontrate tra le fotografie inviate ai fini della richiesta di ammissione alle tariffe incentivanti e quelle scattate nel corso del sopralluogo, *«che evidenziano, in particolare, il mancato collegamento elettrico del trasformatore MT/bt»*, nonché per il fatto che non sia stato fornito alcun documento di trasporto attestante la presenza del trasformatore presso il sito d'installazione dell'impianto entro il 31 dicembre 2010, con la conseguenza che non si poteva ritenere dimostrato il completamento dei lavori entro quella data.

10. La società ha impugnato il provvedimento dinanzi al TAR per il Lazio.

11. In seguito, con nota del 10 settembre 2020, il GSE ha quantificato l'importo da recuperare in 207.646,05 euro (calcolato sottraendo al totale della somma dovuta dalla società, pari a 216.297,97 euro, quella a essa dovuta e oggetto di compensazione, pari a 7.203,67 euro).

12. La Solar Power ha censurato la nota con motivi aggiunti.

13. Quindi, con istanza del 7 ottobre 2020, la società ha chiesto la revoca del provvedimento del 27 gennaio 2020.

14. La domanda è stata respinta con determinazione prot. GSE/P20210001494 del 21 gennaio 2021.

15. Anche questo provvedimento è stato impugnato con motivi aggiunti.

16. Il TAR ha accolto il ricorso e il primo atto di motivi aggiunti, dichiarando improcedibile il secondo atto di motivi aggiunti, condannando il Gestore alla restituzione di quanto trattenuto o compensato, con gli interessi legali dalla domanda al soddisfo, nonché al pagamento delle spese di lite.

In particolare, il Tribunale ha ritenuto che *«il tema delle fotografie era stato affrontato e risolto espressamente con il provvedimento del 16 novembre 2011, espressivo, all'epoca sì, del sopra citato potere di verifica e controllo doverosi e non riconducibile all'autotutela. Ma quando il GSE, tornando a valutare gli stessi aspetti materiali valutati con il primo provvedimento, torna sui suoi passi, non sta più esercitando un potere di primo grado, bensì sta procedendo secondo i dettami dell'autotutela "classica" disciplinata direttamente dall'art. 21 nonies L. 241/1990, senza che vengano in rilievo le modifiche apportate dall'art. 56 del D.L. 76/2020 all'art. 42 D.lgs 28/2011 e l'applicazione, per così dire, in via mediata, dell'art. 21 nonies L. 241/1990. Dettami violati nel caso di specie, essendo del tutto mancato nel provvedimento del 27 gennaio 2020 il bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato nel caso di specie. Non vi è, infatti, stata nessuna valutazione dell'affidamento del privato, maturato in oltre otto anni successivi a un provvedimento espresso di accoglimento dei rilievi effettuati a seguito di specifica interlocuzione qualificata ai sensi dell'art. 10 bis L. 241/1990 da parte dello stesso Gestore. Non c'è stato, inoltre, il rispetto di quel "termine ragionevole" per l'esercizio dell'autotutela imposto dal legislatore sin dal 2005».*

17. Il Gestore ha proposto appello contro la sentenza, chiedendo che ne venisse sospesa l'esecutività.

18. La Solar Power si è costituita nel giudizio di secondo grado, domandando il rigetto del gravame.

19. Alla camera di consiglio del 30 agosto 2022 il GSE ha rinunciato all'istanza cautelare.

20. Nel prosieguo del giudizio le parti hanno depositato documenti e scritti difensivi, approfondendo le rispettive tesi. In particolare, la Solar Power ha prodotto foto e altri documenti che dimostrerebbero che il trasformatore era regolarmente collegato prima del 31 dicembre 2010; il GSE ne ha contestato l'ammissibilità in grado di appello e comunque la rilevanza.

21. All'udienza pubblica del 2 luglio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

22. L'appello si fonda su tre motivi, che possono essere esaminati congiuntamente, in quanto trattano questioni analoghe o connesse.

23. Con il primo motivo di appello si deduce: «*Violazione di legge con riferimento all'art. 11, comma 3, del medesimo D.M. 31 gennaio 2014 e Allegato 1 nonché al D.M. 6 agosto 2010 ed all'art. 21 nonies L. n. 241/1990- Travisamento/errata valutazione dei presupposti di fatto e diritto - Contraddittorietà ed illogicità della motivazione*». In particolare, il GSE sostiene che, diversamente da quanto ritenuto dal TAR, il provvedimento del 27 gennaio 2020 non rappresenterebbe una decadenza dai benefici di un determinato "conto energia" a cui avrebbe fatto seguito l'accesso a quelli di un diverso conto, ma si tratterebbe della determinazione dell'unico incentivo spettante, come dovuto alla luce degli esiti del controllo; di conseguenza, non troverebbe applicazione la disciplina dettata dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 in materia di autotutela.

24. Con il secondo motivo si deduce: «*Violazione e falsa applicazione art. 21- nonies Legge n. 241/1990, nonché DM 29 febbraio 2007 e legge 129/2010. Travisamento/errata valutazione dei presupposti di fatto e diritto - Contraddittorietà ed illogicità della motivazione*». In particolare, il GSE critica la sentenza in quanto fondata sul presupposto che nella specie sia stato esercitato il potere di autotutela, discrezionale e soggetto alla disciplina

dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, invece del potere di verifica e controllo di cui all'art. 42 del decreto legislativo n. 28 del 2011.

A tal fine sarebbe rilevante il fatto che la Solar Power non aveva effettivamente allegato alcuna foto alle osservazioni trasmesse il 13 luglio 2011 nel procedimento di riconoscimento dell'incentivo, per cui non si potrebbe ritenere che il GSE abbia valutato due volte la medesima documentazione, avendo piuttosto accertato l'effettiva mancata dimostrazione della conclusione dei lavori entro il 31.12.2010.

25. Con il terzo motivo, articolato in via subordinata, si deduce: «*Violazione falsa applicazione dell'art. 21-*nonies* della Legge n. 241/1990 sotto ulteriore profilo - Travisamento/errata valutazione dei presupposti di fatto e diritto - Contraddittorietà ed illogicità della motivazione*».

In particolare, il GSE sostiene che, anche se si considerasse l'atto impugnato quale esercizio del potere di autotutela, comunque vi sarebbero i presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, sussistendo le ragioni d'interesse pubblico.

26. L'appello è infondato.

27. Sulla qualificazione dell'atto con cui il GSE, dopo aver ammesso un privato alle tariffe incentivanti, accerti il difetto dei requisiti previsti per l'accesso al beneficio, disponendone il recupero, si sono susseguiti due diversi orientamenti giurisprudenziali. Secondo una prima posizione, si tratterebbe di una pronuncia di decadenza, emessa nell'esercizio del potere di verifica attribuito e regolato dall'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011 (Cons. St., sez. IV, sent. n. 2380 del 2019, citata anche dal GSE nel proprio gravame). Per un diverso e più recente orientamento, «*la titolarità del potere di verifica e controllo, tuttavia, non consente l'indiscriminata rimessa in discussione dei presupposti iniziali, senza il rispetto delle necessarie garanzie e degli affidamenti in capo alle imprese direttamente coinvolte, in quanto una volta che il procedimento si è concluso con il vaglio positivo degli elementi forniti dal privato, il riesame dei medesimi elementi deve seguire i canoni ed i*

presupposti del potere di autotutela, sotto tutti i punti di vista» (Cons. St., sez. II, sent. n. 4983 del 2022; negli stessi termini, si v. anche Cons. St., sez. II, sent. n. 10007 del 2023, che ha confermato come «il gestore, come ogni amministrazione, possa riesaminare in sede di autotutela una propria precedente determinazione, ma siffatto potere non va confuso con quello di decadenza che si fonda sul controllo per la prima volta di elementi, dati e informazioni non oggetto di una precedente verifica già conclusa positivamente»).

28. Non sussistono tuttavia i presupposti per rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, dato che il primo orientamento, più risalente nel tempo, è stato superato da quello, più recente, formatosi presso la Seconda Sezione cui sono ora assegnate le controversie relative al GSE.

29. Il Collegio ritiene quindi di confermare la posizione secondo cui, una volta disposta l'ammissione agli incentivi, il GSE non può più contestare l'eventuale carenza dei requisiti previsti dalla normativa applicabile, dovendo in tali casi provvedere in autotutela, nel rispetto dei presupposti di legge. A sostegno di questa tesi, milita anche la considerazione che la decadenza si differenzia dall'autotutela, tra l'altro, *«per la tipologia del vizio, more solito individuato nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporti»* (in questi termini, Cons. St., Ad. Plen., sent. n. 18 del 2020): pertanto, quando al privato è stato attribuito un "bene della vita" all'esito di uno specifico procedimento, la decadenza può riguardare tre ipotesi, quella in cui il beneficio sia stato conseguito sulla base di dichiarazioni o documenti non veri (come nel caso che aveva dato origine alla rimessione all'Adunanza Plenaria, nel quale, con riferimento all'attestazione dell'origine dei pannelli fotovoltaici, era stato presentato un documento non conforme a quello che l'Ente di controllo aveva originariamente emesso), quella dell'inadempimento

alle condizioni e agli obblighi cui il beneficio è subordinato e quella della sopravvenuta carenza dei requisiti per il suo ottenimento; esorbita invece dall'ambito di applicazione dell'istituto, per ricadere in quello dell'autotutela, la fattispecie in cui l'Amministrazione, dopo aver valutato e ritenuto sussistenti, esplicitamente o implicitamente, i presupposti per la concessione dell'incentivo, così ingenerando nel privato il ragionevole convincimento della sua spettanza, riesamini la situazione e pervenga a una conclusione opposta.

L'elemento che consente di distinguere tra decadenza e autotutela, riconducendo la fattispecie concreta all'una o all'altra, è dunque l'affidamento del privato, che non c'è – o comunque non è tutelabile – nella prima (perché questi non vanta alcun affidamento "legittimo", laddove abbia presentato documenti o dichiarazioni false, e perché la violazione delle prescrizioni e la sopravvenuta carenza dei requisiti sono successivi alla concessione del beneficio), mentre può esserci nella seconda.

30. Nel caso di specie, dai documenti di causa risulta che la questione dell'effettiva conclusione dei lavori entro il 31 dicembre 2010 e l'idoneità a dimostrarlo della documentazione, anche fotografica, trasmessa era stata già affrontata esplicitamente nel corso del procedimento di ammissione alla tariffa incentivante, quando era stata sollevata nel "preavviso di rigetto" di cui alla nota del 9 luglio 2011 (doc. 5 del fascicolo della ricorrente in primo grado) e si era risolta positivamente per il privato con il provvedimento definitivo prot. GSE/P20110076616 del 16 novembre 2011, in cui il Gestore ha affermato che *«la documentazione inviata in data 13/07/2011, allegata alle osservazioni presentate ai sensi dell'art. 10 bis della Legge 241/90 consente l'ammissione ai benefici di cui alla legge 13 agosto 2010, n. 129»* (doc. 6 del fascicolo della ricorrente in primo grado).

31. Nel procedimento di controllo avviato nel 2016 il GSE ha risollevato la stessa questione, ponendo in dubbio l'efficacia probatoria delle *«fotografie inviate ai fini della richiesta di ammissione ai benefici della Legge 129/10»*, le quali sarebbero state *«errate e comunque non attestanti il completamento*

dei lavori» (così la nota del 25 maggio 2018): non viene quindi in rilievo né un'ipotesi di falsità delle dichiarazioni e dei documenti presentati, né un inadempimento, né una carenza sopravvenuta dei requisiti per l'ammissione al beneficio, quanto piuttosto un riesame delle condizioni originarie per la sua concessione, sulla cui sussistenza la Solar Power poteva ragionevolmente confidare, dato l'esito positivo della procedura del 2011 nella quale il Gestore si era esplicitamente e specificamente soffermato su tale questione.

32. A tal proposito, è opportuna una precisazione, dato che nel giudizio d'appello le parti hanno dibattuto sulla circostanza di fatto che la fotografia che avrebbe dovuto dimostrare l'installazione e il collegamento del trasformatore fosse effettivamente allegata alle osservazioni della Solar Power del 13 luglio 2011 (il GSE lo contesta, osservando che essa manca anche nella copia della nota depositata in primo grado dalla società; quest'ultima lo ribadisce, producendo in appello copia digitale dell'immagine, anche con le informazioni del file che attesterebbero la data di creazione, documentazione di cui l'appellante eccepisce l'inammissibilità): tale circostanza è invero irrilevante, perché se la documentazione fosse stata carente il Gestore avrebbe dovuto rilevarlo nel 2011; avendo questo affermato, alla luce dell'esame di quanto trasmesso, la sussistenza dei presupposti per l'accesso alla tariffa, una nuova verifica della stessa documentazione rappresenterebbe comunque un'ipotesi di riesame delle condizioni originarie, esorbitando dall'ambito della decadenza.

33. Il provvedimento prot. GSE/P20200004029 del 27 gennaio 2020 non è dunque qualificabile quale mero atto di rideterminazione dell'incentivo spettante – in quanto incide sul contenuto e sull'efficacia del provvedimento del 2011 – né quale atto di decadenza – in quanto emesso all'esito di un riesame delle condizioni originarie già vagliate nel 2011 – ed è piuttosto un atto di autotutela (si tratta, in particolare, di un annullamento d'ufficio parziale), come condivisibilmente affermato dal TAR. Di conseguenza, per la

sua adozione doveva essere rispettata la disciplina di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990.

34. A tal proposito, è palese la violazione del termine ragionevole, essendo trascorsi circa 5 anni (dal 2011 al 2016) dall'ammissione all'incentivo all'avvio del procedimento di controllo e un lasso di tempo ancora maggiore rispetto a quando, con la nota del 25 maggio 2018, è stata (ri)sollevata la questione dell'idoneità delle fotografie trasmesse all'epoca a dimostrare la conclusione dell'installazione dell'impianto entro il 31 ottobre 2010.

35. Tale mancanza rende superfluo l'accertamento dell'esistenza del distinto e concorrente presupposto dell'interesse pubblico all'annullamento del primo atto.

36. L'appello è quindi meritevole di rigetto.

37. La sussistenza di diversi orientamenti sulla questione risultata dirimente ai fini della decisione giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge; compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonella Manzione, Presidente FF

Francesco Guarracino, Consigliere

Carmelina Adesso, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Enrico Basilico

IL PRESIDENTE
Antonella Manzione

IL SEGRETARIO