

ALLEGATO ALLA LETTERA DI ELETTRICITÀ FUTURA DEL 24 NOVEMBRE 2020, PROT. UE20/141

Come noto, l'art. 56, comma 7, lettere a) e a-bis), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120, statuisce che il GSE può rigettare la domanda di concessione degli incentivi o disporre la decadenza, solo in presenza dei presupposti a cui l'articolo 21 *nonies* della legge n. 241/1990 subordina l'esercizio del potere dell'autotutela amministrativa, ovvero:

- (i) l'individuazione di un vizio di legittimità del provvedimento ampliativo della sfera del privato;
- (ii) l'indicazione di uno specifico pubblico interesse, diverso da quello al mero ripristino della legalità, sufficiente a giustificare il sacrificio imposto al beneficiario dell'atto oggetto del ripensamento (c.d. vaglio di ragionevolezza cui deve sottostare il potere di ripensamento);
- (iii) il rispetto del termine perentorio di diciotto mesi.

La legge di conversione, inoltre, ha espressamente esteso la previsione (applicabilità dell'autotutela ai provvedimenti di decadenza del GSE) anche al settore termico e all'efficienza energetica. La norma si applica ai procedimenti futuri, ai procedimenti in corso e, su richiesta dell'interessato, anche ai procedimenti definiti con provvedimenti del GSE di decadenza dagli incentivi, oggetto di procedimenti giurisdizionali pendenti nonché di quelli non definiti con sentenza passata in giudicato (ai sensi del comma 8 dell'articolo 56).

Secondo i lavori preparatori, la **ratio della norma** risiede nella necessità di garantire *“condizioni di certezza e stabilità per gli investimenti a lungo termine che le imprese effettuano nel settore delle energie rinnovabili”*: in questo quadro, la norma garantisce che il GSE debba esercitare i propri poteri di controllo *“con un'adeguata ponderazione sul valore della certezza degli investimenti”*, rendendo, in altri termini, necessaria *“una comparazione di tale interesse [di natura pubblica, al ripristino della legalità] con quello privato al mantenimento dell'efficacia dell'atto che deve risultare, all'esito, meritevole di minor tutela”*.

Dalla lettura dei lavori preparatori, infine, si evince che la disposizione avrà un effetto di riduzione del contenzioso la cui produzione, riferiscono i lavori, è diventata *“notevole”*.

Si ricorda, oltretutto, che anche le ingenti spese sostenute dal GSE per la gestione del contenzioso gravano sulla collettività (al pari degli incentivi) e tali somme, visti recenti orientamenti giurisprudenziali che vedono il GSE soccombente, non sono nemmeno in parte recuperabili.

Sotto il profilo della riduzione del contenzioso, l'intervento in parola è solo l'ultimo in ordine di tempo: si pensi ai due interventi di decurtazione percentuale per gli impianti fotovoltaici moduli non certificati o con certificazioni non rispondenti alla normativa di riferimento (leggi n. 96/2017 e 124/2017) e quello più ampio di decurtazione percentuale per la generalità degli impianti previsto dalla legge n. 205/2017. Tutti questi interventi, confluiti nel medesimo articolo 42 del d.lgs. n. 28/2011, hanno, rispettivamente, la finalità di: *“salvaguardare le iniziative di realizzazione di impianti fotovoltaici di piccola taglia, salvaguardando la buona fede di coloro che hanno realizzato l'investimento”*, *“salvaguardare la produzione di energia elettrica derivante da impianti fotovoltaici”* e di *“salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili, l'energia termica e il risparmio energetico, conseguente agli interventi di efficientamento”*.

In altri termini, **la disciplina dell'esercizio del potere di ripensamento del GSE** che, negli anni si è delineata, è improntata ai seguenti principi:

- **Salvaguardare la produzione** di energia elettrica da fonti rinnovabili, l'energia termica e il risparmio

energetico;

- **Garantire la certezza e la stabilità** a lungo termine degli investimenti;
- **Tutelare la buona fede** degli operatori;
- **Assicurare** che la revisione dei provvedimenti di riconoscimento avvenga entro le **guarentigie** previste dall'articolo 21 *nonies* della legge n. 241/1990.

In questo quadro, dunque, **la disciplina dettata dall'articolo 56, comma 8 della legge n. 120/2020 del vigente decreto-legge n. 76/2020** che estende l'applicabilità delle garanzie dell'articolo 21 *nonies* anche ai provvedimenti di decadenza già assunti ma non ancora definitivi perché oggetto di azioni in corso o definite con sentenze non passate in giudicato, **deve trovare applicazione in senso più ampio possibile**. Non si dimentichi, infatti, che l'Italia (al pari degli altri Stati membri) è tenuta al rispetto di obiettivi di decarbonizzazione il cui raggiungimento non può certo essere ostacolato da interpretazioni ingiustificatamente penalizzanti ed esorbitanti sia dal dettato normativo sia dalla sua *ratio*.

Con il comma 8, infatti, il Legislatore ha dato la possibilità di rimediare all'adozione di provvedimenti di decadenza macroscopicamente non conformi ai principi sopra elencati.

E il perimetro del rimedio, per le ragioni esposte, deve essere il più ampio possibile. Infatti, sulla portata generale delle nuove norme applicabili retroattivamente anche alle fattispecie anteriori alla sua entrata in vigore si è già espresso in numerose occasioni il Consiglio di Stato, sez. IV, ord. nn. 5302 e 5303 del 2020, secondo cui *"l'art. 56, co. 7, del d.l. n. 76 del 16 luglio 2020 [è] immediatamente applicabile anche ai contenziosi in corso"* (ex multis cfr. IV sez., ordinanze nn. 4480,4488,4497,5290,5292,5294,5295, 5927 e 5928/2020).

Inoltre, in merito all'immediata applicabilità ai contenziosi in corso della novella, sia il TAR che il Consiglio di Stato hanno rilevato che *"non risulta essere stata presentata dalla società ricorrente la richiesta prevista dall'art. 56, comma 8, del d.l. n. 76/2020, dalla quale dipende l'applicabilità al caso di specie dell'art. 42, comma 3, del d.lgs. n.28/2011, come modificato dall'art. 56, comma 7, d.l. n. 76/2020 ("Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale")"* (cfr. Cons. Stato, IV sez, ord. nn. 5527 e 5580/2020 in senso conforme si vedano ord. Tar Lazio, III ter, nn. 5224 e 6859/2020).

Pertanto, è indubbio che l'art. 56, comma 7, del d.l. n. 76/2020 ha chiaramente carattere interpretativo con la conseguenza che essa dovrebbe trovare applicazione in tutti i procedimenti e contenziosi in corso. Ciò trova conferma nella relazione illustrativa del decreto Semplificazioni laddove si legge che *"In ragione di ciò, nell'attesa di una riforma organica della disciplina dei controlli degli impianti alimentati da energie rinnovabili, **si prevede l'introduzione del principio secondo il quale i poteri di controllo da parte del Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. debbano essere esercitati entro i limiti dell'autotutela amministrativa, di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241/1990; ciò al fine di consentire l'adozione di provvedimenti sanzionatori, che possono intervenire anche a notevole distanza di anni dall'ammissione ai benefici incentivanti, attraverso una adeguata ponderazione degli effetti e degli investimenti effettuati.** In mancanza di un quadro univoco di riferimento detti provvedimenti sono oggetto di impugnazione da parte degli operatori, con notevole produzione di contenzioso. Si cita ad esempio la sentenza n. 5324/2019, con la quale il Consiglio di Stato, accogliendo il ricorso della società istante, ha affermato che, ai fini dell'adozione di un provvedimento sanzionatorio, non è sufficiente la mera logica ripristinatoria conseguente all'illegittimità accertata ma è altresì necessario valutare la sussistenza di "un interesse pubblico all'autotutela, che pacificamente non si riduce al mero interesse a ristabilire*

la legalità, e una comparazione di tale interesse con quello privato al mantenimento dell'efficacia dell'atto, che deve risultare, all'esito, meritevole di minor tutela".

Nello stesso senso, si segnala la recentissima sentenza n. 5913/2020 con cui il Consiglio di Stato, richiamando l'art. 56, comma 7, del d.l. n. 76/2020, ha chiarito la portata del novellato art. 42, comma 3, del D. Lgs. 28/2011 ritenendo applicabile ai poteri di verifica del GSE i limiti dell'art. 21 *nonies*. Più precisamente i giudici del Consiglio di Stato hanno statuito che "le modifiche predette costituiscono la piena conferma della necessità di inquadrare ed esercitare i poteri in questione in termini coerenti ai principi di proporzionalità, trasparenza, rispetto delle garanzie partecipative e di affidamento degli operatori, sin qui richiamati, imponendosi quindi la rivalutazione della fattispecie in un'ottica di (solo) eventuale rideterminazione in senso riduttivo delle somme da ripetere che tenga, indirettamente, conto del principio di proporzionalità come in seguito concretizzato dallo stesso legislatore e verificando se, nel contraddittorio procedimentale doveroso anche a fronte di una decadenza dai benefici, il principio di proporzionalità consenta il doveroso recupero senza determinare un onere eccessivo e squilibrato per l'impresa dotata di qualifica IAFR che ne possa mettere a rischio la presenza sul mercato, ossia tenendo conto, discrezionalmente, nel contempo della gravità della violazione e della finalità di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili per il futuro (finalità legislativamente protetta)" (Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 5913/2020).

L'immediata applicabilità con efficacia retroattiva della novella del decreto Semplificazioni a tutte le fonti rinnovabili è stata definitivamente confermata nei giorni scorsi anche dalla Corte Costituzionale la quale ha inequivocabilmente precisato che "Da ultimo, successivamente alla promozione da parte del giudice rimettente dei presenti giudizi incidentali di legittimità costituzionale, il legislatore è intervenuto, mediante l'art. 56, comma 7, lettera a), del d.l. n. 76 del 2020, come convertito, sul comma 3 dell'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, precisando che il Gestore può rigettare la domanda di concessione degli incentivi o disporre la decadenza solo ove ricorrano i presupposti a cui l'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 subordina l'esercizio del potere di autotutela da parte della PA. **Né può trascurarsi che al lume delle condizioni di legittimità contemplate da tale norma** – in punto di sussistenza di un interesse pubblico concreto prevalente e di intervento del provvedimento entro un termine ragionevole ed in ogni caso non superiore a diciotto mesi dall'emanazione di quello precedente, se vantaggioso per i privati – **potranno, su richiesta degli interessati, essere riesaminate anche le posizioni degli impianti che abbiano subito un provvedimento di diniego ovvero di decadenza dagli incentivi non ancora definitivo, anche perché impugnato in sede giurisdizionale, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 56, comma 8, del predetto d.l. n. 76 del 2020, come convertito.** Tuttavia, sebbene in virtù di questa regolamentazione transitoria la nuova disposizione potrebbe incidere indirettamente sulla situazione delle stesse imprese ricorrenti nel giudizio principale, non deve essere disposta la restituzione agli atti al TAR rimettente – restituzione che è giustificata, come chiarito anche di recente da questa Corte, solo quando dal mutamento del quadro normativo di riferimento derivi l'esigenza di una rivalutazione dei presupposti della rilevanza e della non manifesta infondatezza (sentenza n. 125 del 2018) –, perché la norma censurata continua a prevedere una disciplina di maggiore favore rispetto al risultato che, solo eventualmente, le stesse imprese potrebbero ottenere, su richiesta, dall'applicazione della disciplina sopravvenuta" (C. Cost. sent. 237/2020).

Pertanto, Eletticità Futura, alla luce delle predette pronunce giurisprudenziali ritiene che i predetti commi 7 e 8 debbano necessariamente applicarsi non solo:

- 1) ai **procedimenti di verifica e controllo in corso** aventi a oggetto impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, impianti di produzione di energia termica e iniziative di efficientamento energetico, **ma anche**
- 2) a tutti i **provvedimenti di “decadenza” già adottati dal GSE** riguardanti impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, impianti di produzione di energia termica e iniziative di efficientamento energetico e oggetto di giudizi pendenti o definiti con sentenza non passata in giudicato e nello specifico:
 - 2.1) alle decadenze **totali** dagli incentivi (ovvero provvedimenti di annullamento in autotutela);
 - 2.2) alle decadenze dei soli **premi** (ad esempio, premio sull'autoconsumo e premio made in Europe per gli impianti fotovoltaici) - si tratta, infatti, pacificamente, di provvedimenti di annullamento in via di autotutela parziale -;
 - 2.3) alla **rideterminazione** della **tariffa** (ad esempio, per gli impianti fotovoltaici, da impianto integrato a impianto non integrato) - anche in questo caso, si tratta, pacificamente, di provvedimenti di annullamento in via di autotutela parziale -;
 - 2.4) allo **slittamento** da un **meccanismo incentivante** a un altro (ad esempio, dal Secondo al Terzo o Quarto Conto Energia). Con riguardo a questa fattispecie, occorre sottolineare che il GSE era solito adoperare il meccanismo seguente: dichiarava la decadenza e poi chiedeva al Soggetto responsabile di attivare il “PIN” entro 30 giorni per poi richiedere l'ammissione a un conto energia successivo. Anche ora che la procedura è cambiata, il provvedimento è un “provvedimento di decadenza” con il quale il GSE comunica che *“l'impianto non può fruire dei benefici di cui all'art. 1- septies della Legge 13 agosto 2010, n. 129 in quanto è carente dei requisiti cui è subordinato l'accesso”* con contestuale ammissione al conto energia successivo (III o IV, in funzione della data di entrata in esercizio). È evidente che tale scelta di far “slittare” un impianto al conto successivo è stata elaborata dal GSE al fine di porre rimedio a possibili sviste in fase di qualifica senza danneggiare oltremodo l'operatore. Lo slittamento, quindi, rappresenta un'ipotesi evidente di annullamento in autotutela.

L'Associazione, condividendo le recenti pronunce sia dei giudici amministrativi che costituzionali, ritiene che l'interpretazione offerta sia l'unica possibile, poiché aderente sia al dettato normativo, sia alla sua *ratio* e poiché è l'unica che permette di tutelare finalmente delle fattispecie singolari di cui, qui di seguito, si fornirà qualche breve esemplificazione da non ritenersi esaustiva:

1) Impianti fotovoltaici installati su terreni appartenenti alla PA o nella titolarità dei Comuni.

Una contestazione che porta oggi, anche a distanza di molti anni, alla decadenza dall'incentivo, riguarda la circostanza che le aree sarebbero divenute pubbliche qualche mese/settimana prima della entrata in esercizio degli impianti.

La giurisprudenza sta statuendo che occorra più ampia dimostrazione di un eventuale intento elusivo della disciplina incentivante (Cons. stato, IV sez. ordinanze nn. 4025/2020; 4351/2020): occorre sottolineare che,

nella maggior parte dei casi, il Gestore aveva a disposizione le informazioni necessarie per contestare l'eventuale illegittimità del trasferimento sin dalla richiesta di accesso agli incentivi.

Analoghe contestazioni sono riservate agli impianti in cui siano soggetti responsabili i Comuni. Anche per tali impianti il GSE, dopo aver ammesso i Comuni agli incentivi, sta **rivalutando** tali posizioni. Ad oggi ci risulta che siano state aperte verifiche (con identità di contestazioni) e alcune risulterebbero concluse con rimodulazione *in peius* degli incentivi. A tal riguardo, si fa notare che il Consiglio di Stato, nell'unico caso oggetto di giudizio, abbia accolto la tesi dell'operatore (cfr. Cons. Stato, IV sez., Ordinanze nn. 6325 e 6341/2020).

Esemplare, in tal senso è la nota 60643/2011 della Provincia di Parma (in allegato) da cui emerge che, a seguito di interlocuzioni preventive con il GSE (nella persona dell'ing. Montanino all'epoca direttore), i Comuni della Provincia di Parma ottennero il semaforo verde per procedere alla richiesta di incentivi secondo la ricostruzione che appare oggi contestata dal GSE.

2) Frazionamento impianti I Conto Energia

Altra contestazione che porta oggi, anche a distanza di **15 anni**, alla decadenza dall'incentivo, riguarda la circostanza che, all'epoca del riconoscimento degli incentivi, il Gestore non sarebbe stato al corrente del problema in oggetto. Tale tesi è in contrapposizione con la Relazione delle attività del 2005 – 2006 (relativi al periodo di vigenza del Primo Conto Energia) (si veda l'allegato). A pag. 19 della Relazione, analizzando le **domande ammesse**, il Gestore afferma quanto segue: *“la maggioranza delle iniziative con potenza di poco inferiore ai 50 kW, relative ad impianti compresi nella fascia di potenza 20 - 50 kW, rappresenta un insieme “mascherato” di centrali di grande taglia pianificate per essere realizzate su uno stesso sito o in aree limitrofe”*. Infatti, inizialmente le verifiche si concludevano positivamente.

A tal riguardo si evidenzia che nei rapporti finali di verifica eseguiti su tale tipologia di impianti almeno fino al 2010/2011, il GSE concludeva che “il sopralluogo effettuato sul sito ha consentito di verificare che l'impianto fotovoltaico è stato realizzato conformemente ai requisiti previsti per il riconoscimento delle tariffe incentivanti nel D.M 28/07/2005 e 06/02/2006 e nelle Delibere AEEG n. 188/05 e n. 40/06”, pur avendo accertato che *“nella stessa zona sono presenti più impianti fotovoltaici identici [...]. Per ogni impianto è presente un contatore presso la cabina del Gestore di Rete”*.

Negli ultimi anni, invece, il GSE, rivalutando il proprio approccio originariamente mirato ad *“appurare che l'impianto in esame non condivide lo stesso punto di connessione di altri impianti limitrofi”* **anche appartenente alla medesima Società o gruppo societario**, sta comminando la decadenza di tali impianti contestandone l'*“artato frazionamento”* (tra l'altro introdotto solo con il IV Conto Energia).

3) Salva Alcoa e relative difformità fotografiche

Altra contestazione che porta oggi, anche a distanza di **10anni**, alla decadenza dall'incentivo o, in alcuni casi, la rimodulazione *in peius* dell'incentivo, riguarda la mancanza o difformità di elementi dell'impianto per lo più marginali, come cavo di terra, cavi in corrente continua, cavi penzolanti perché semplicemente non collegati, raffigurati nelle fotografie allegate alle domande di accesso agli incentivi.

Un tale approccio appare contrario agli ordinari principi in materia di buona amministrazione tra cui, su tutti, l'art. 21 nonies della L. 241/1990.

Tanto è reso evidente dal fatto che, nel riconoscere agli operatori la tariffa del cd. Salva Alcoa, l'impianto e le relative foto sono state valutate positivamente in sede di qualifica agli incentivi dallo stesso Gestore anche, talvolta, a seguito di un'apposita verifica ispettiva sull'impianto.

Si evidenzia che alcuni impianti sono stati verificati due volte e la verifica ha avuto a oggetto i medesimi aspetti; alla seconda verifica è conseguita la decadenza o, in alcuni casi, la rideterminazione *in peius* della tariffa (contestando l'asserita mancanza/non corretta installazione di componenti tecniche minoritarie) a dimostrazione di un mutamento nel corso degli anni di approccio da parte del GSE nelle valutazioni dei relativi requisiti.

Il provvedimento di decadenza comunicato a distanza di anni si fonda in questi casi sulla rivalutazione dei presupposti applicativi dell'incentivo da parte del Gestore e, nello specifico, su una diversa opzione esegetica del concetto di fine lavori dal punto di vista delle relative componenti a suo tempo già verificate.

Difatti, a fronte della rivalutazione, a diversi anni di distanza dal positivo esito (conclusosi con la stipula della relativa convenzione ed eventuale verifica ispettiva del Salva Alcoa), della spettanza dei benefici, già erogati ed in corso di erogazione, il potere esercitato non può che qualificarsi in termini di autotutela, cui conseguono una serie di principi e regole a cui il GSE deve attenersi. E in tali casi non appaiono essere stati adeguatamente applicati i principi che impongono una valutazione non solo dell'interesse pubblico – essendo insufficiente il mero presunto ripristino della legalità – ma anche della situazione del soggetto titolare della situazione giuridica in precedenza positivamente rilasciata.

Sul punto i giudici del Consiglio di Stato hanno precisato che *“All’esito della successiva verifica, dopo diversi anni, di un elemento considerato fondante la già avvenuta positiva conclusione della stipula della convenzione, con conseguente rilascio dei benefici per il medesimo lungo tempo, non è corretta la qualificazione in termini di mere rinunciarie delle imprese beneficiarie: i provvedimenti in contestazione hanno dato luogo ad una vera e propria decadenza e revoca in autotutela di atti ed effetti favorevoli, a fronte di una diversa valutazione delle originarie risultanze procedurali, svolte attraverso una vera e propria nuova istruttoria, all’esito della quale l’elemento temporale, reputato dirimente, è stato valutato in termini opposti. In proposito, assumono specifico ulteriore rilievo, nei termini di mancata adeguata valutazione nell’esercizio di un potere di autotutela, anche il dimostrato mutamento della prassi favorevole, che a suo tempo aveva consentito l’esito positivo con la conclusione della convenzione, nonché dell’impossibilità, per le stesse imprese interessate di seguire strade alternative (i cc.dd. certificati verdi) fra quelle che, proprio al fine di incentivare impianti del genere, l’ordinamento prevede”*. Pertanto, *“trattandosi di rapporti destinati a durare nel tempo è ben logico che alle autorità sia garantito tale potere di vigilanza e di verifica, che tuttavia non può che avere ad oggetto il permanere dei presupposti in corso d’opera, non la rimessa in discussione ad libitum dei presupposti iniziali, senza il rispetto delle necessarie garanzie ed affidamenti in capo alle imprese direttamente coinvolte”* (Cons. Stato, IV sez, sent. n. 5324/2019).

4) Integrazioni architettoniche: la nozione di edificio

Altra contestazione che, a distanza di molti anni, ha portato il GSE a comminare la decadenza o, in alcuni casi, la rimodulazione *in peius* dell'incentivo, riguarda la qualificazione di edificio su cui è realizzato l'impianto fotovoltaico. Naturalmente, si tratta di un'indagine di natura interpretativa che il GSE verificava all'atto dell'accesso agli incentivi. Sul punto, il Consiglio di Stato (sentenza, VI, 8 agosto 2019, n. 5637) ha chiarito la definizione di impianto su edificio ai fini incentivanti, di cui il Gestore dovrebbe tenere conto nelle verifiche ispettive.

Come recentemente statuito dal Consiglio di Stato in merito alla contestata definizione di edificio da parte del GSE, i provvedimenti di decadenza si fondano *“esclusivamente sulla rivalutazione dei presupposti applicativi dell'incentivo da parte del Gestore e, nello specifico, su una diversa opzione esegetica del concetto di “impianto su edificio” (ex multis Cons. Stato, IV sez, sent. nn. 6240, 6241 e 6242).*

Si rileva che, se anche il GSE in passato ha qualificato impianti come integrati nella convinzione che l'edificio sottostante avrebbe dovuto essere ultimato con la tamponatura perimetrale, i giudici amministrativi hanno rilevato che *“siffatto convincimento è rimasto nella sfera interna del Gestore, senza penetrare nel provvedimento di ammissione al beneficio, e quindi senza integrarne la motivazione. Non è quindi possibile inquadrare il provvedimento qui in contestazione tra quelli di “decadenza” accertativa poiché il GSE si è limitato a rivalutare presupposti applicativi degli incentivi che aveva già accordato sull'esplicito assunto che l'impianto rientrasse nella categoria ‘impianti su edifici’” (ex multis Cons. Stato, IV sez, sent. nn. 6240, 6241 e 6242).*

5) Volture

Altra contestazione che ha portato il GSE, anche a distanza di molti anni, a comminare la decadenza dall'incentivo, riguarda il disallineamento tra titolare degli atti abilitativi e titolare del rapporto incentivante.

In tali casi il GSE, in virtù della peculiarità della violazione riscontrata, si è limitato a disporre la decadenza per il solo arco temporale in cui è stato rilevato il predetto disallineamento nonostante, in alcuni casi, fosse in possesso della documentazione necessaria per le valutazioni sin dall'epoca dell'istanza di accesso agli incentivi.

A ciò aggiungasi che le procedure del GSE di cambio di titolarità delle posizioni incentivanti, fino al 2016 non richiedevano l'invio della voltura dei titoli autorizzativi.

Inoltre, desta perplessità la previsione contenuta nella bozza del DM Controlli *bis* circolata nei mesi scorsi; infatti, nella lista delle violazioni che prevedono una decurtazione percentuale della tariffa per l'intera durata del periodo di incentivazione balza all'occhio la cosiddetta *“voltura del titolo autorizzativo in data successiva a quella prevista ai fini dell'accesso agli incentivi”*.

Inoltre, all'art. 13 c. 2 della medesima bozza è altresì previsto che *“Le decurtazioni di cui al comma 1 si applicano nella misura indicata nell'Allegato 2, parte integrante del presente decreto, **a far data dalla data di decorrenza della convenzione con il GSE e per l'intero periodo di incentivazione** ed equivalgono, in ogni caso, ad acquiescenza della violazione contestata e a rinuncia ad ogni azione giurisdizionale anche futura nei confronti del GSE”*.

La predetta disposizione, a nostro avviso, contiene le seguenti criticità.

In primo luogo, non si può prevedere per tutti i casi indistintamente l'applicazione retroattiva dell'effetto della decurtazione sin dalla data di entrata in esercizio. Infatti, poiché la decurtazione è una misura predisposta ex art. 42, c. 3, **per derogare alla decadenza**, la nuova misura deve necessariamente incidere sul medesimo periodo temporale oggetto di decadenza. Tale interpretazione, oltre a rispecchiare la *ratio* della novella normativa, trova il proprio conforto nella relazione illustrativa dell'art. 13 *bis* del d.l. 101/2019 laddove è indicato espressamente che "*La forte complessità della normativa settoriale in materia di fonti rinnovabili comporta che i controlli del GSE rilevino spesso difformità. **In un'ottica di semplificazione e di proporzionalità**, si rende necessaria, dunque, una revisione della disciplina per evitare possibili fallimenti di iniziative nel settore delle rinnovabili che, in buona fede, hanno fatto errori in parte ascrivibili alle predette complessità*".

In buona sostanza quindi:

- (i) la decurtazione se si sostituisce alla decadenza, deve necessariamente operare nel medesimo arco temporale della decadenza comminata dal GSE;
- (ii) la decurtazione deve essere attuata in un'ottica di semplificazione e proporzionalità "*al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili*" (art. 42, c. 3, d. lgs. 28/11).

Ne discende che, in caso di mancato tempestivo allineamento tra titolo autorizzativo e titolare del rapporto incentivante, la decurtazione deve operare **non sull'intero periodo di incentivazione** (15/20 anni) ma esclusivamente **per il solo periodo in cui è stata comminata la decadenza** altrimenti si avrebbe il paradosso, contrario ai criteri di proporzionalità e semplificazione, di vedere equiparati casi di ritardo per alcuni mesi della voltura del titolo autorizzativo (in alcuni casi dovuti a ritardi burocratici delle amministrazioni locali) a coloro i quali, invece, vi hanno provveduto a distanti di svariati anni.

Inoltre, una tale previsione risulterebbe altresì discriminatoria nella misura in cui alcuni operatori nei confronti dei quali il GSE ha comminato la decadenza per il ritardato allineamento dopo alcuni mesi/anni, si vedrebbero costretti a dover subire un trattamento *in peius* contrario alla *ratio* del nuovo art. 42, c. 3, del d. lgs. 28/2011 trovandosi nella situazione di dover rinunciare ad una quota di incentivi a seguito della decurtazione nettamente maggiore a quanto originariamente sanzionato con la decadenza del GSE.

Quanto detto trova conferma in una recente pronuncia del Consiglio di Stato in cui i giudici hanno ammesso l'operatore agli incentivi precisando che "*Non vi è dubbio alcuno, invece, che il beneficio del riconoscimento spetti a far data dal 16 dicembre 2016, giorno in cui, sia formalmente che sostanzialmente, vi è stato rispetto del cd. principio dell'allineamento, ai fini della responsabilità, tra titolarità del permesso edilizio e titolarità dell'esercizio*" (Cons. Stato, IV sez., sent. n. 5412/2018).

Pertanto, appare meritevole di rivalutazione la circostanza che la misura sanzionatoria prevista dalla bozza del DM Controlli *bis* risulti addirittura più penalizzante rispetto alla posizione della giurisprudenza amministrativa sopra citata e alla prassi del GSE, secondo la quale è legittima la decadenza esclusivamente fino alla data di effettiva voltura del titolo autorizzativo.

La previsione appare sproporzionata anche alla luce della recente sentenza n. 237/2020 in cui la Corte

Costituzionale ha fornito delle indicazioni di portata generale per l'adeguata gestione dei procedimenti di verifica in materia di rinnovabili, riconoscendo in particolare la necessità che il principio di adeguatezza e proporzionalità informi l'irrogazione delle sanzioni e che si tenga conto della loro effettiva gravità.

È quindi auspicabile una rivalutazione in tal senso e, pertanto, all'Allegato 2 con riferimento alla voltura, si suggerisce di inserire la seguente precisazione: voltura del titolo autorizzativo in data successiva a quella prevista ai fini dell'accesso agli incentivi **per il solo periodo di disallineamento tra soggetto responsabile e soggetto titolare dell'autorizzazione: 10%.**

In conclusione l'Associazione auspica che il GSE nelle proprie attività di verifica possa recepire quanto emerge dal nuovo contesto normativo - giurisprudenziale in materia di poteri ispettivi e ciò al fine di adeguarsi alla volontà del legislatore che con l'art. 56 del DL 76/2020 ha novellato l'art. 42, c. 3, del d. lgs. 28/2011 le cui intenzioni, introducendo nell'ordinamento positivo un principio già sancito in ambito giurisprudenziale del rispetto dei presupposti dell'autotutela amministrativa, di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, "sono mirate a dare certezza alla materia dei controlli,[a] rafforz[are] la fiducia degli investitori ed in ultimo [a ottenere] ... un effetto deflattivo del carico giudiziario" (Relazione illustrativa del DL Semplificazioni relativa all'art. 56, c.7).

Si allegano:

- Corte Costituzionale:
sentenza n. 237/2020
- Consiglio di Stato:
sentenze nn. 6241/2020 e 5913/2020
ordinanze nn. 6341/2020, 6325/2020, 5927/2020, 5580/2020, 5527/2020, 5290/2020, 4480/2020, 4351/2020, 4025/2020
- TAR Lazio – Roma:
ordinanze nn. 6859/2020 e 5224/2020
- Relazione delle attività GSE 2005-2006
- Nota Provincia di Parma 30.09.2011