amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Impianti di produzione di energia rinnovabile - I poteri di verifica, accertamento e controllo del GSE ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 28/2011

di Maria Zimatore

(Dottoressa)

Sommario

1. Introduzione; 2. Il caso; 3. Le contrapposte tesi delle parti nel giudizio di primo e secondo grado; 4. La soluzione del caso nella sentenza n.7404/2023 del Consiglio di Stato; 5. La procedura di: erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili; 6._Profili inerenti al potere di verifica e controllo del GSE ex art. 42 c.3 d.lgs. 28/2011; 7. Considerazioni conclusive.

Abstract

The judges of the Second Section of the Council of State examine the interesting issue of the "subjective misalignment" between the owner of a renewable energy production plant and the so-called "responsible party." The judgment enhances the substantive aspect of the coincidence between the operator of the plant and the holder of the single permit and concludes in the sense that in case of violation of the relevant regulations, the sanctioning measure ordered by the GSE must be commensurate with the seriousness and relevance of the violation found. Therefore, in light of the principles of proportionality and adequacy of administrative action, only those violations characterized by greater seriousness, listed in the implementing ministerial decree, determine the prohibition of access to incentives or the forfeiture of the same with the possible restitution of the sums unduly received.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

La sentenza della II Sezione del Consiglio di Stato n.7404 del 31 luglio 2023, contiene un'utile ed opportuna analisi del procedimento di erogazione degli incentivi alla produzione di energia da fonti rinnovabili, con un focus sul potere di controllo, verifica e accertamento riconosciuto al GSE ex art. 42 d.lgs. 28/2011.

La sentenza offre molteplici spunti ed una preziosa occasione per riflettere sul fatto, che nella materia della produzione e gestione delle risorse energetiche si giustappongono diverse esigenze ed interessi meritevoli di tutela, non sempre coincidenti ed armonici, quando non addirittura divergenti o perfino contrastanti, tra cui, la necessità di raggiungere l'indipendenza, efficienza e la sicurezza energetica, l'interesse a una corretta gestione delle risorse finanziarie nazionali e comunitarie e al contempo, la indispensabile tutela del legittimo affidamento degli operatori economici, che agiscono nel settore delle energie rinnovabili con un interesse di tipo imprenditoriale.

Con l'intento di conciliare ed equilibrare tali interessi, attraverso plurimi interventi e novelle normative, il legislatore si è evidentemente proposto di recepire e dar seguito alle indicazioni provenienti dalla comunità europea e internazionale; ma alla prova dei fatti, anche a causa dell'incertezza interpretativa e applicativa delle norme primarie e regolamentari, non si può dire se i dichiarati obiettivi siano stati centrati.

2. Il caso.

Osserviamo che nella fattispecie trovano collocazione tre attori principali: in primo luogo il GSE, nella sua veste di autorità emanante il provvedimento impugnato, la s.r.l. Alfa, originaria titolare della convenzione di accesso agli incentivi, la s.r.l. Beta, società di scopo costituita da Alfa per acquisire la proprietà del terreno, ove la medesima Alfa già in precedenza aveva realizzato l'impianto fotovoltaico in località Masolino del Comune di Argenta (FE); con un ruolo secondario si collocano, la originaria proprietaria del terreno e infine il Dirigente della Provincia di Ferrara.

Alfa con istanza rivolta al GSE nel novembre 2011 aveva richiesto ed ottenuto la concessione degli incentivi, allegando l'autorizzazione unica ex art 12 d.lgs. 387/2003 quale titolo abilitativo per la costruzione e la messa in esercizio dell'impianto fotovoltaico.

La detta autorizzazione unica[1] allegata da Alfa, era stata rilasciata *ab initio* nel 2010 alla proprietaria del terreno, che nel giugno 2011 aveva venduto il terreno su cui

[1] Così come disposto all'art.12 d.lgs. 387/2003 ai sensi del quale: "La costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, ivi inclusi gli interventi, anche consistenti in demolizione di manufatti o in interventi di ripristino ambientale, occorrenti per la riqualificazione

ISSN 2036-7821

realizzare l'impianto ad Alfa senza tuttavia una contestuale voltura della autorizzazione unica in favore della società acquirente.
Successivamente, la proprietà dell'impianto veniva trasferita da Alfa alla società di scopo Beta che, pertanto, subentrava (attraverso un procedimento di voltura) nella convenzione di accesso agli incentivi con il GSE[2] .
La voltura dell'autorizzazione unica con cui veniva formalizzata la sostituzione dell'originaria proprietaria era stata disposta nell'agosto 2015 con atto monocratico del dirigente della Provincia di Ferrara a favore di Beta; in particolare, tale modifica soggettiva faceva seguito all'avvio di un procedimento sanzionatorio a carico della originaria proprietaria del terreno cui la Provincia di Ferrara contestava, in solido con le altre due società, la violazione delle prescrizioni contenute nell'AU.
In base al descritto quadro fattuale, nel dicembre 2015, a seguito di un procedimento di verifica avviato nei confronti di Beta, il GSE accertava l'assenza del titolo autorizzativo sia nei confronti di Alfa al momento della presentazione della domanda di accesso agli incentivi, sia nei confronti di Beta alla data di presentazione della domanda di voltura della convezione.
Su tali basi, il GSE con provvedimento n. P20170054884 del 17 luglio 2017, contestava l'incapacità sia di Alfa che di Beta, di accedere alle tariffe incentivanti per insussistenza dei requisiti soggettivi, poiché la situazione descritta comportava un *"disallineamento soggettivo"*[3] tra il titolare dell'autorizzazione unica e il responsabile della gestione ed esercizio dell'impianto; il GSE pronunciava pertanto la decadenza dagli incentivi e disponeva la condanna alla restituzione di quanto indebitamente percepito, ritenendo che quanto accertato e contestato integrasse una "*violazione rilevante*" ai sensi del d.m. 31 gennaio 2014[4] .
Beta impugnava dinanzi al TAR Lazio il provvedimento del GSE, denunziando vizi di violazione di legge e carenza di potere (qualificata dalla ricorrente in termini di nullità) e deducendo che il contestato disallineamento soggettivo era stato già sanato al momento dell'adozione del provvedimento, essendo stata richiesta ed ottenuta la voltura della autorizzazione unica.
Il TAR Lazio con sentenza n. 2165 del 18 febbraio 2019 rigettava il ricorso e Beta proponeva appello al Consiglio di Stato.

---

delle aree di insediamento degli impianti, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione"

[2] Già stipulata tra il GSE e la precedente proprietaria

[3] Secondo parte della giurisprudenza amministrativa, a partire dal d.lgs. 387/2003, il legislatore ha procedimentalizzato il requisito dell'allineamento soggettivo tra il soggetto titolare del provvedimento autorizzatorio e/o concessorio e il soggetto che detiene l'esercizio e la manutenzione dell'impianto, c.d. soggetto responsabile. Ex multis: TAR Lazio, Roma, sent. n.12353/2019 e precedenti ivi richiamati: n.212/2015 e nn. 1812,1819,6205 e 7405 del 2017

[4] Le ipotesi di " violazioni rilevanti" sono elencate nell'Allegato 1 del d.m. 31 gennaio 2014

ISSN 2036-7821

L'appello era parzialmente accolto dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 7404 del 31 luglio 2023 qui in commento

3. Le contrapposte tesi delle parti nel giudizio di primo e secondo grado.

Secondo la tesi di Beta nell'originario ricorso al TAR Lazio, la natura non più attuale della mancanza dell'autorizzazione unica sia al momento di avvio del procedimento di verifica (dicembre 2015) sia al momento di adozione del provvedimento di decadenza (luglio 2017), non avrebbe consentito al GSE di disporre la decadenza dagli incentivi; in aggiunta Beta sosteneva che in virtù del novellato art.42 d.lgs. 28/2011[5], il GSE non avrebbe più il potere di disporre la decadenza dalle tariffe incentivanti, potendo comminare *"anche in caso di accertamento di violazioni rilevanti"* solo la decurtazione percentuale del sussidio precedentemente riconosciuto.

Il Tar Lazio con sentenza n. 2165 del 18 febbraio 2019 rigettava il ricorso, accogliendo le argomentazioni del GSE e condannando Beta alla restituzione di quanto indebitamente percepito.

Più specificamente i giudici di primo grado avallavano la ritenuta rilevanza del *"disallineamento soggettivo"*, sull'assunto che la normativa vigente in materia di regimi di sostegno per la produzione di energia da fonti rinnovabili[6], ai fini dell'accesso agli incentivi non consentirebbe il disallineamento tra la titolarità del permesso a costruire e gestire l'impianto energetico e l'assunzione della relativa responsabilità.[7]

A sostegno di tale decisione, il TAR Lazio richiamava la consolidata giurisprudenza amministrativa[8] secondo cui, al netto della possibilità di far circolare i titoli amministrativi abilitanti allo svolgimento di determinate attività economiche (e, quindi, ferma restando l'ammissibilità di procedere alla voltura dell'autorizzazione unica), è in ogni caso indispensabile la coincidenza tra il soggetto che assume la

[5] Modifica introdotta dall'art.1, comma 960, legge n.205 del 2017, (entrato in vigore nelle more del giudizio) a norma del quale: ".al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 20 e l'80 per cento in ragione dell'entità della violazione. Nel caso in cui le violazioni siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo le decurtazioni sono ulteriormente ridotte di un terzo".

[6] Si fa riferimento all'art.4 del c.d. Terzo conto energica (d.m. 6/8/2010) ai sensi del quale: ". Entro novanta giorni dalla data di entrata in esercizio dell'impianto il soggetto responsabile è tenuto a far pervenire al soggetto attuatore la richiesta di concessione della pertinente tariffa incentivante, completa di tutta la documentazione prevista dall'allegato 3. Il mancato rispetto dei termini di cui al presente comma comporta la non ammissibilità alle tariffe incentivanti per il periodo intercorrente fra la data di entrata in esercizio e la data della comunicazione al soggetto attuatore.

[7] A sostegno di tale tesi si fa riferimento all'interpretazione della nozione di "soggetto responsabile" di cui all'art.2, c.1, lett.g, d.m. 28 luglio 2005 (in attuazione dell'art.7 d.lgs. 387/2003 e all'art.2, c.1, lett.t, d.m. 6 agosto 2010

[8] Cfr. ex multis: Consiglio di Stato, sez. II, sent. n. 2501 del 04/04/2022

ISSN 2036-7821

responsabilità della realizzazione e dell'esercizio dell'impianto e il soggetto beneficiario del sussidio economico.[9]

In tale ottica, il TAR riteneva priva di pregio la tesi della ricorrente, affermando che il possesso dei requisiti soggettivi debba sussistere fin dal momento della presentazione dell'istanza al GSE da parte dell'aspirante agli incentivi, che deve essere già qualificabile come *"soggetto responsabile"*. Da qui il TAR escludeva anche la dedotta mancanza di proporzionalità del provvedimento di decadenza, nonostante Beta adducesse la sanatoria della violazione per effetto dell'intervenuto *"riallineamento soggettivo"*.

Di conseguenza i giudici di primo grado respingevano anche la richiesta della ricorrente di sostituire la decadenza con una decurtazione percentuale dell'incentivo ai sensi dell'art. 42 c.3 d.lgs. 28/2011 (novellato della l.205/2017), in quanto il principio *tempus regit actum* impone di vagliare la legittimità del provvedimento amministrativo sulla base della normativa vigente al momento della sua adozione.

Beta, articolando cinque motivi di gravame, impugnava la sentenza del TAR Lazio; in esito al giudizio di appello il Consiglio di Stato accoglieva il ricorso e pronunciava la sentenza qui in commento.

Con riferimento ai motivi di gravame, per quanto d'interesse, è sufficiente fare riferimento (i) alla dedotta insussistenza della norma attributiva del potere esercitato dal GSE; nonché, (ii) all'errata interpretazione della nozione di "soggetto responsabile" (sotto il profilo della possibilità di un tempestivo riallineamento).

Con il primo dei due richiamati motivi, la società appellante sosteneva un errore da parte del giudice di primo grado nel ritenere il potere di verifica e controllo di cui all'art. 42 d.lgs. 28/2011 sussumibile sotto il paradigma di un normale controllo postumo, con l'effetto di sganciarlo dai presupposti dell'art. 21-*nonies* l. 241/1990 relativo all'esercizio del potere di autotutela. In tale ottica la ricorrente affermava la violazione dei principi che governano in generale l'autotutela amministrativa, in quanto il GSE sarebbe tornato sulle proprie valutazioni iniziali pervenendo a soluzioni diametralmente opposte da quelle originariamente assunte, per giunta sulla base di elementi di cui aveva piena contezza nella fase procedimentale precedente l'adozione del provvedimento di riconoscimento delle tariffe incentivanti.

La ricorrente sosteneva che, al contrario, il potere *ex* art. 42 d.lgs. 28/2011 debba essere esercitato nel rispetto della disciplina dell'autotutela, in ossequio ai principi di certezza giuridica e di tutela dell'affidamento incolpevole del privato, ingenerato dalle scelte compiute dal GSE nel medesimo *iter* procedimentale.

Con il secondo motivo, Beta deduceva che il disallineamento soggettivo tra il titolare dell'autorizzazione unica e il soggetto richiedente l'incentivo, non fosse sufficiente a far venire meno la qualifica di "soggetto responsabile" in capo all'istante, in

[9] Ex multis: TAR Lazio sent. n.212/2015, Consiglio di Stato sent. nn. 5412 e 6060 del 2018

ISSN 2036-7821

considerazione dell'intrinseca differenza tra le procedure amministrative finalizzate ad autorizzare lo svolgimento di talune attività e la disciplina dei regimi di sostegno per favorire la produzione di energia pulita: sosteneva la appellante la inesistenza di alcuna disposizione di legge impositiva di un preciso obbligo di coincidenza tra il titolare dell'autorizzazione unica e il soggetto che si rivolge al GSE per ottenere gli incentivi.

Mette conto riferire che nelle more del giudizio, le parti formulavano istanza congiunta di rinvio, essendo imminente l'adozione della disciplina attuativa[10] del novellato III comma dell'art.42 d.lgs. 28/2011 relativo alla possibilità di procedere – in luogo della decadenza – alla decurtazione percentuale degli incentivi; nel concedere il rinvio della trattazione, il Collegio invitava le parti a chiarire con memorie scritte le questioni relative: (i) al disallineamento soggettivo e (ii) alla materia di violazioni rilevanti e poteri di controllo del GSE in relazione alla novella dell'art.42 III comma d.lgs. 28/2011[11].

4. La soluzione del caso nella sentenza n.7404/2023 del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato ha deciso l'appello nel merito concentrandosi sulla natura del potere di intervento del GSE e sulla procedura tesa all'erogazione di incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

La sentenza richiama il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui il controllo esercitato dal GSE ex art.42 d.lgs. 28/2011 non sia sussumibile, né nel paradigma dell'autotutela, né nelle regole dei poteri sanzionatori[12]. Di conseguenza, l'art. 42 c.III descrive un potere di verifica, accertamento e controllo; esso ha natura doverosa ed esito vincolato poiché funzionale al controllo circa la veridicità delle dichiarazioni rese dal privato nell'ambito di una procedura volta ad allocare risorse scarse (le sovvenzioni pubbliche). La sentenza non considera meritevole di integrale accoglimento la tesi di Beta di disconoscere *in toto* la possibilità di una riedizione del potere da parte del GSE; tuttavia, afferma che il potere esercitato vada ricollegato, per le forme ed i tempi nei quali il procedimento si è articolato, ad una forma di ripensamento postumo, come tale soggetta alle regole della riedizione del potere. Nel caso di specie, infatti, Beta in riscontro alla nota istruttoria del GSE[13] aveva prodotto l'autorizzazione unica[14] (intestata alla originaria proprietaria del terreno) e, di

[10] Si fa riferimento alla disciplina attuativa dell'art. 13-bis del d.l. n. 101 del 2019, introdotto dalla legge di conversione n. 128 del 2011, che ha modificato il comma 3 dell'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, cambiando la percentuale tariffaria concedibile quale decurtazione degli incentivi in luogo della decadenza.

[11] Appare significativo che il Collegio abbia rivolto alle parti una specifica sollecitazione ad affrontare l'argomento, perché indica chiaramente la ritenuta rilevanza nel caso concreto della decurtazione percentuale (peraltro resa più incisiva dalla novella normativa) in luogo della decadenza

[12] Cfr Consiglio di Stato, Adunanza Plenari, 11 settembre 2020, n.18

[13] Si fa riferimento alla nota del 15 novembre 2011

[14] Il cui possesso è obbligatoriamente richiesto dall'art.4 c. 1 del d.m. 6 agosto 2010

ISSN 2036-7821

conseguenza, aveva messo il GSE nella condizione di rilevare (fin dall'inizio del rapporto convenzionale) la sussistenza del "disallineamento formale".
La sentenza non esclude in assoluto la possibilità che il GSE rivalutasse la situazione inizialmente rappresentata da Beta (e ritenuta regolare ai fini del riconoscimento degli incentivi) per riqualificarla - a presupposti immutati e sulla base della medesima documentazione - come affetta da una "*violazione rilevante*"; eppure la stessa sentenza costringe l'esercizio del potere di controllo e verifica al rispetto delle ordinarie regole dello *ius poenitendi*: la sussistenza di un interesse pubblico prevalente, il limite del tempo ragionevole.
Nella valutazione della legittimità del provvedimento impugnato, la sentenza procede ad una verifica della riconduzione ad una fattispecie tipizzata di "*violazione rilevante*" dell'insussistenza dei requisiti soggettivi per l'accesso agli incentivi, più in particolare della mancanza dell'autorizzazione unica in capo al soggetto istante, quale situazione idonea a creare il contestato "*disallineamento soggettivo*".
Pur senza disconoscere il principio in forza del quale per poter ottenere gli incentivi, occorre essere responsabile dell'esercizio dell'impianto e quindi titolare dell'autorizzazione unica (con la conseguente responsabilità sul piano formale)[15], la sentenza perviene alla conclusione, che non sempre al disallineamento formale, corrisponda anche un disallineamento sostanziale. Infatti, la chiarezza rappresentativa della situazione esposta *ab origine* e la continua coincidenza in capo a Beta della qualifica di gestore dell'impianto e responsabile dello stesso in quanto subentrato nella proprietà del terreno (pur in assenza della formale titolarità dell'autorizzazione unica) portano a derubricare il disallineamento sostanziale a un piano meramente formale che, come tale, è rimediabile, purché tempestivamente emendato, e in ogni caso non è idoneo a legittimare il provvedimento di decadenza dagli incentivi o l'annullamento d'ufficio del provvedimento di ammissione ai benefici precedentemente adottato.
In definitiva, il Consiglio di Stato ha accolto parzialmente[16] l'appello di Beta ed ha comunque annullato il provvedimento di decadenza dagli incentivi pronunciato dal GSE.

* * *

Nei paragrafi che seguono si proseguirà l'analisi del ragionamento svolto nella sentenza, contestualmente svolgendo alcune considerazioni sulla natura del procedimento volto all'erogazione delle tariffe incentivanti per la produzione di

[15] I giudici sottolineano la differenza tra la responsabilità dell'esercizio e della manutenzione dell'impianto e la titolarità formale dell'autorizzazione Infatti, se Beta non fosse stata la vera responsabile, il disallineamento si sarebbe tradotto nell'esercizio sine titulo dell'impianto; il che avrebbe comportato un divieto di prosecuzione dell'attività.
[16] L'accoglimento del ricorso è parziale in quanto il Consiglio di Stato non accoglie la domanda di Beta al risarcimento dei danni subiti

ISSN 2036-7821

energia da fonti rinnovabili in cui si innesta il potere di controllo e verifica *ex* art. 42 d.lgs. 28/2011 del GSE.

5. La procedura di erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

La sentenza, al fine di ricostruire i presupposti in capo all'operatore economico oggetto di verifica da parte del GSE nel procedimento volto alla concessione degli incentivi, opera una interessante ricostruzione della natura stessa del procedimento.

La sentenza mette in luce i tratti prettamente pubblicistici del procedimento di erogazione degli incentivi che, pertanto, si caratterizza: per essere gestito da un soggetto a totale partecipazione pubblica deputato al perseguimento di interessi pubblici; per la fissazione normativa dei requisiti di accesso e dei criteri di priorità; per essere finalizzato all'individuazione dei soggetti cui allocare una risorsa scarsa; nonché, per essere improntato al principio di autoresponsabilità degli operatori economici, tenuti a integrare le istanze con proprie dichiarazioni sostitutive di certificazioni.[17]

La naturale conseguenza di tali peculiari caratteristiche del procedimento, è l'applicabilità al procedimento in esame dei principi che governano la materia degli appalti pubblici[18]; pertanto, sia l'operatore economico, sia (nel caso in esame) il GSE, sono tenuti a rispettare una serie di obblighi di correttezza che condensati nella clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità, trovano fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 della Costituzione.

L'operatore economico è gravato da un obbligo di cooperare con l'amministrazione, che si declina nel dovere: di compilare determinati moduli, di fornire informazioni veritiere e complete, di produrre la documentazione attestante il possesso dei requisiti prescritti dalla legge.[19]

In corrispondenza agli obblighi cui è tenuto il soggetto privato che ambisce a ottenere le risorse pubbliche, incombe anche sull'amministrazione procedente un obbligo di correttezza[20], che si traduce nella necessità che questa rivaluti le proprie decisioni entro un termine ragionevole dalla data di adozione del provvedimento (18

[17] Cfr: Il controllo del Gestore dei Servizi Energetici sugli incentivi alle fonti rinnovabili, Giornale di diritto amministrativo, n. 2, 1 marzo 2021, p. 221 Nota a sentenza di Lucia Aniballi

[18] Cfr. il nuovo Codice dei Contratti pubblici: principi generali, Giornale di diritto amministrativo, n. 3, 1 maggio 2023, p. 287, Commento alla normativa di Giulio Napolitano

[19] Cfr. Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento, Contratto e Impresa, n. 3, 1 maggio 2012, p. 819, Dottrina Giangabriele Agrifoglio

[20] Cfr. Incentivi e controlli del Gestore dei servizi energetici (GSE): diciotto mesi per le decadenze, Ambiente & sviluppo, n.3, 1 marzo 2021, p.197, Commento alla normativa di F. Arecco e L. Bitto, si afferma che "Quando il GSE agisce per riconoscere, verificare, negare un incentivo, svolge in tutto e per tutto la funzione pubblica ed opera come Pubblica Amministrazione. Pertanto, dovrebbe essere assoggettato a tutta la disciplina in materia di procedimento amministrativo che regola l'operato delle altre Pubbliche Amministrazioni."

ISSN 2036-7821

mesi)[21], nonché, più in generale, nel dovere di agire con imparzialità e trasparenza e di informare gli operatori interessati in modo completo e tempestivo.[22] Tale dovere di correttezza costituisce contropartita dell'incisivo potere di controllo del GSE, il cui agire amministrativo, a garanzia delle basilari regole di certezza del diritto, deve essere necessariamente scandito e tempestivo.[23]

In tale ottica, e nel più generale contesto dei principi di buon andamento della pubblica amministrazione e di proporzionalità delle decisioni, si comprende come la completezza delle dichiarazioni sostitutive[24] da parte dell'operatore economico, sia già di per sé un valore autonomo da perseguire: tale completezza diviene il presupposto per una celere decisione in ordine al soggetto cui destinare le tariffe incentivanti.[25]

L'intero sistema delle procedure a evidenza pubblica è infatti governato dal principio di autoresponsabilità[26] in quanto chi aspira alle risorse scarse, è onerato degli obblighi che condizionano l'ammissione al beneficio.[27] Di conseguenza, a fronte di un inadempimento informativo (causato dalla mendacia o dalla non completezza delle dichiarazioni), il privato non potrà pretendere alcuna forma di soccorso istruttorio[28], né sotto forma di integrazione né di acquisizione d'ufficio dei documenti necessari[29].

Tali considerazioni, tuttavia, non implicano che l'operatore economico debba anche allegare documenti o dichiarazioni non espressamente previsti dalla legge, la cui necessità emerga a seguito dell'avvio di un procedimento di verifica da parte della pubblica amministrazione, volto a confutare le deduzioni dell'istante non espressamente documentate[30].

E' noto d'altra parte che a causa della stratificazione delle novelle normative e della varietà di fonti del diritto di differente origine (europea e nazionale, primaria e

[21] A seguito della novella del comma 3 art.42 d.lgs 28/2011 che ancora l'esercizio del potere di decadenza ai presupposti di cui all'art.21-nonies l.241/1990

[22] Nel caso di specie, nonostante la normativa applicabile ratione temporis non prevedesse il limite dei 18 mesi, il Consiglio di Stato afferma che il ripensamento del GSE sulle scelte adottate (considerato che Beta aveva fin dal principio rappresentato integralmente e realisticamente la propria situazione, come si evince dalle interlocuzioni istruttorie), non possa essere ricondotto al fisiologico schema dell'art.42 ma deve trovare fondamento nei principi della effettiva autotutela amministrativa, seppur la normativa applicabile non avesse ancora codificato tale "ragionevolezza".

[23] Cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 4349 del 2 maggio 2023

[24] Cfr. d.p.r. n. 445/2000

[25] T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, sent., 01/02/2023 n.1797

[26] Cfr. Giurisprudenza Italiana, n. 10, 1 ottobre 2021, p. 2191 Nota a sentenza Claudio Vivani e Francesca Triveri

[27] Alla parte è richiesto di dichiarare il possesso di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dalla normativa ma, non anche quelli desumibili da interpretazioni postume. Infatti, la giurisprudenza considera tassativo l'elenco delle "violazioni rilevanti" contenuto nell'allegato 1 del d.m. 31 gennaio 2014

[28] Il soccorso istruttorio è disciplinato dall'art.6 della legge n.241/1990

[29] Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sent. del 12 gennaio 2017, n.51

[30] Cfr. Consiglio di Stato sez. II, sent. n. 2144/2023, Consiglio di Stato, sent. n.4370/2013

ISSN 2036-7821

secondaria)[31], la disciplina degli impianti di produzione di energia rinnovabile si caratterizza per una peculiare complessità, che rende poco prevedibili finanche i comportamenti dei soggetti pubblici preposti alla regolazione e addirittura non consente di fare affidamento su orientamenti giurisprudenziali univoci e consolidati.

6. Profili inerenti al potere di verifica e controllo del GSE ex art. 42 c.3 d.lgs. 28/2011.

Appare dunque particolarmente utile che la sentenza in commento operi una completa ricostruzione del potere di intervento del GSE di cui all'art.42 c.3 d.lgs. 28/2011 che viene definito, alla luce delle più recenti novelle normative e interpretazioni giurisprudenziali, quale "*potere di verifica, accertamento e controllo*"[32] finalizzato a vagliare la veridicità delle dichiarazioni rese dal privato nell'ambito della procedura volta al riconoscimento di tariffe incentivanti per impianti relativi al settore elettrico, termico e dell'efficienza energetica[33].

La sentenza ricorda che i controlli in questione hanno ad oggetto la documentazione, la configurazione e le modalità di connessione dell'impianto alla rete elettrica; pertanto, il GSE è tenuto a verifica che l'operatore economico sia effettivamente in possesso di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi prescritti dalla normativa per l'accesso alle tariffe incentivanti.

L'art. 42 d.lgs. cit. è stato modificato ad opera dell'art.56, cc.3-4 d.l.76/2020 che ha novellato il comma III, ancorando l'esercizio del potere di controllo del GSE al ricorrere dei requisiti legittimanti l'autotutela amministrativa.[34]

In ogni caso, pur dando atto dell'evoluzione del quadro normativo, si conferma che il potere di controllo del GSE non sia sussumibile né sotto il paradigma dell'autotutela amministrativa (di cui condivide solo i presupposti, ma non l'essenza) né sotto il paradigma dei poteri sanzionatori.[35]

Ebbene, il potere di decadenza disciplinato dall'art.42 comma III novellato, si distingue nel più ampio *genus* dell'autotutela[36] essenzialmente sotto tre punti profili.

In primo luogo, il potere *de quo* è disciplinato da una espressa e specifica previsione normativa che regola i presupposti, le condizioni e gli effetti dell'esercizio del potere, posto che in materia di decadenza non esiste una norma generale simile all'art.21-

[31] Cfr. Efficienza e transizione energetica nelle novità normative, Ambiente & sviluppo, n. 8-9, 1 agosto 2020, p. 693 Commento alla normativa Claudio Vivani

[32] Cfr. Provvedimento amministrativo e atti di accertamento tecnico, Giornale di diritto amministrativo, n. 1, 1 gennaio 2020, p. 90, Nota a sentenza di Antonio Colavecchio

[33] Cfr. Cons. Stato, sez. VI 12 ottobre 2022 n. 8719 e la giurisprudenza ivi richiamata; sez. IV, 20 gennaio 2021 n. 594; Adunanza Plenaria n. 18/2020

[34] Cfr. il Decreto semplificazioni alla prova dei fatti – La riscrittura dei poteri di controllo del GSE nell'ambito dell'autotutela, Giurisprudenza Italiana, n. 5, 1 maggio 2021, p. 1242 Commento alla normativa Mariano Protto

[35] Cfr. F. Scalia, Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili, in Federalismi.it, 19, 2018, nonché *ex multis:* Consiglio di Stato, sez. II, sent. del 15 novembre 2021, n. 9811

[36] Cons. Stato, Parere, (data ud. 30/03/2017) 30/03/2017,Fine modulo

ISSN 2036-7821

nonies l. 241/1990, valida in tutti i casi in cui la pubblica amministrazione ritenga di dover esercitare lo *ius poenitendi*.[37]

In secondo luogo, il potere di decadenza viene esercitato per caducare provvedimenti viziati a causa: della falsità o non veridicità dello status o delle condizioni auto dichiarate dall'istante, della violazione di essenziali prescrizioni amministrative (come quelle contenute nell'autorizzazione unica), della carenza di requisiti oggettivi o soggettivi necessari per la percezione delle tariffe incentivanti[38], quindi, per vizi tassativamente indicati e diversi da quelli generalmente legittimanti l'annullamento d'ufficio in autotutela.[39]

In terzo luogo, a differenza dal generale potere di autotutela che ha natura pur sempre discrezionale, tale specifico potere di decadenza si caratterizza per la sua natura vincolata e doverosa al ricorrere dei presupposti stabiliti dall'art.42 d.lgs. 28/2011[40].

Tali considerazioni fanno propendere verso la soluzione che il potere di decadenza esercitato dal GSE non rappresenti una forma di autotutela amministrativa riconducibile allo schema dell'annullamento d'ufficio, il cui esercizio instaura un autonomo segmento procedimentale di revisione o riesame del provvedimento precedentemente adottato[41]; pertanto, si può affermare che il potere *de quo* ha natura speciale rispetto alla disciplina di cui all'art.21-nonies. In altre parole, l'art. 42 cit. non integra un'ipotesi di riesame di una determinazione già assunta in riferimento ad un vizio di legittimità, sussistente al momento dell'emanazione dell'atto.[42]

Nondimeno, il potere di verifica, accertamento e controllo in argomento, non è neppure assimilabile al potere sanzionatorio e, in particolare al potere di revoca di cui al d.lgs. n.231/2001[43].

Ebbene, laddove uno dei presupposti dell'applicazione della sanzione amministrativa è la sussistenza del dolo o della colpa, al contrario per l'adozione del provvedimento di decadenza non è richiesta la ricorrenza di alcun elemento soggettivo[44].

---

[37] Cfr. Giusto processo e giusto procedimento amministrativo - Note in merito alla doverosità dell'annullamento d'ufficio, Giurisprudenza Italiana, n. 3, 1 marzo 2020, p. 696, Commento alla normativa Federico Gaffuri

[38] Cfr. i poteri sanzionatori in materia di contratti pubblici, Giornale di diritto amministrativo, n.1, 1 gennaio 2022, p.99 Nota a sentenza di E. D'Alterio

[39] Prima della novella dell'art.42 c.3ss ad opera del d.l. 76/2020 convertito con modificazioni dalla legge n.120/2020

[40] Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sent. n. 18 del 11/09/2020

[41] Cfr. Responsabilità della P.A. - L'Adunanza delle occasioni perse: responsabilità della P.A. in cerca di qualità, Giurisprudenza Italiana, n. 3, 1 marzo 2022, p. 708 Nota a sentenza Gian Domenico Comporti

[42] T.A.R. Lazio Roma, Sez. III ter, 06/11/2017, n. 11009

[43] Cfr. G. Manfredi, I poteri del gestore dei servizi energetici tra annullamento, misure ripristinatorie e sanzioni, in Urb. e app., 2020, 3, 308

[44] Cfr. A. Travi, Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione, Padova, 1983, 137 ss., che ne sottolinea la derivazione penalistica, escludendo, però, un'automatica qualificazione come sanzioni; . L'Autore evidenzia come

ISSN 2036-7821

Ulteriore elemento differenziale tra i due istituti riguarda l'effetto ablatorio del provvedimento: nel caso della decadenza, è limitato alla tariffa incentivante precedentemente riconosciuta. I poteri sanzionatori si caratterizzano per avere una finalità eminentemente punitiva completamente indifferente all'interesse pubblico leso[45]; di contro, l'effetto dell'esercizio del potere di controllo e verifica, seppur consistente nell'inflizione di un "male" all'operatore economico, ha una finalità prettamente riparatoria dell'interesse leso, ripristinatoria dello *status quo ante*[46].
Alla luce delle differenze sopra messe in luce, il potere del GSE di cui all'art.42 cit. può ricondursi nello schema di decadenza pubblicistica intesa quale vicenda estintiva *ex nunc* o *ex tunc* di una posizione giuridica di vantaggio (la tariffa incentivante). Dunque, tale potere rappresenta una fase ordinariamente possibile nello spiegarsi del procedimento amministrativo teso all'erogazione di incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili.[47]

7. Considerazioni conclusive.

A complicare il quadro sin qui delineato, interviene la novella dell'art. 42 ad opera della l.n.120/2020 di conversione del d.l. n.76/2020, che attraverso l'art. 56 c.3-4 ha subordinato l'esercizio del potere di decadenza al ricorrere dei presupposti legittimanti l'annullamento d'ufficio ex art.21-nonies l.241/1990.[48]
A seguito di tale novella il GSE può adottare un provvedimento di decadenza dagli incentivi solo se sussiste un interesse pubblico prevalente, concreto e attuale (diverso dalla mera tutela delle finanze pubbliche)[49] e purché sia decorso un tempo ragionevole, ossia massimo 18 mesi, dall'adozione del precedente atto sul quale si va a incidere (e non più per tutta la durata del rapporto stesso)[50].

---

spesso le norme di questo settore parlino indifferentemente di "revoca" e "decadenza", ma in genere non hanno contenuto afflittivo-sanzionatorio.

[45] Cfr. La sanzione amministrativa e parametri costituzionali, Giornale di diritto amministrativo, n. 4, 1 luglio 2023, p. 508, Nota a sentenza di Dario Bevilacqua

[46] Cfr A. Travi, Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione, cit. L'Autore evidenzia come spesso le norme di questo settore parlino indifferentemente di "revoca" e "decadenza", ma in genere non hanno contenuto afflittivo-sanzionatorio. Cfr. anche E. Casetta, Sanzione amministrativa, in Dig. disc. pubbl., XIII, Torino, 1997, secondo cui la sanzione "ha natura e funzione eminentemente afflittiva". La natura afflittiva delle sanzioni, in quanto volte a colpire l'autore dell'illecito, è evidenziata anche in B.G. Mattarella, Il provvedimento, in S. Cassese (a cura di), Corso di diritto amministrativo, I. Istituzioni di diritto amministrativo, V, Milano, 2015, 343

[47] T.A.R. Lazio Roma, Sez. Ill ter, 06/ 11/2017, n. 11009

[48] Cfr. L'autotutela amministrativa e l'interpretazione della norma, Giornale di diritto amministrativo, n. 4, 1 luglio 2018, p. 439, Commento alla normativa di Edoardo Giardino

[49] Come per esempio l'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente che verrebbe leso nel caso in cui l'impianto avesse un impatto negativo sull'ecosistema

[50] Sui limiti e l'effettiva portata che può essere attribuita al legittimo affidamento in questo settore, si rinvia a M. Luciani, Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica, in Giur. it., 2007, 8-9, 2089, secondo il quale il principio di affidamento si presenta con una forza peculiare nel caso delle leggi di incentivazione, "a causa della

ISSN 2036-7821

L'intenzione del legislatore, in linea con l'obiettivo imposto dalla Comunità europea di promozione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili, sembra quello di evitare che il Gestore possa esercitare il potere di decadenza senza limiti di tempo; la finalità di tale innovazione normativa sembrerebbe quella di incentivare gli investimenti dei privati nel settore e di rafforzare l'affidamento del beneficiario del sussidio economico circa il mantenimento della posizione di vantaggio[51].

Per di più il d.m. 31 gennaio 2014 (c.d. decreto controlli) in attuazione dell'art.42 specifica ex art.11 comma I, che il GSE dispone la decadenza dagli incentivi con integrale recupero delle somme già erogate "*qualora, in esito all'attività di controllo o di verifica documentale, vegano accertate violazioni rilevanti*" elencate nell'Allegato 1, tra cui viene indicata (come nella fattispecie esaminata dalla sentenza in commento, nei confronti di Beta), "*la mancata presentazione di documenti indispensabili ai fini della verifica della ammissibilità agli incentivi*". Al contrario, il comma III dell'art.11 cit., in deroga a quanto disposto nel c.1, prevede che qualora il GSE accerti violazioni che incidono sulla esatta quantificazione delle tariffe incentivanti, provvede all'applicazione delle prescrizioni più opportune, nonché, alla rideterminazione del sussidio.

Ebbene, in attuazione delle novelle normative descritte, l'art.42 comma III contempla – per quanto qui d'interesse – due diverse ipotesi di violazioni: quelle gravi e rilevanti di cui al primo periodo e le "ulteriori violazioni" di cui al secondo periodo. Quindi, nei casi tassativamente indicati al primo periodo (attuato dall'art.11 c.1 cit. che rimanda all'Allegato 1), il Gestore è tenuto a disporre la decadenza dagli incentivi con integrale recupero delle somme indebitamente erogate, mentre, a fronte di "ulteriori violazioni" dovrebbe disporre semplicemente la "*decurtazione dell'incentivo in misura compresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione*".[52]

Dunque, il secondo periodo del comma III dell'art.42, contempla le ipotesi in cui la violazione deve avere una conseguenza specifica, ossia, quella di determinare un

---

struttura essenzialmente contrattuale del rapporto instaurato dalla legge tra potere pubblico e soggetto economico privato".

[51] Osserva giustamente M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *www.giustamm.it*, che "Ad esempio è configurabile l'evenienza in cui il privato abbia 'sfruttato pienamente' l'atto amministrativo ampliativo subito dopo il suo ottenimento, ma con grande impiego di mezzi economici necessari per avviare un'attività imprenditoriale o un'attività edilizia. L'affidamento del privato sussiste dunque indipendentemente dal decorso del tempo, essendo in grado di sorgere nel momento stesso in cui l'amministrazione emana il suo provvedimento. Ne consegue che nel caso dell'annullamento d'ufficio non è tanto o solo il tempo ad assumere rilevanza, quanto piuttosto l'uso fatto dal privato di un provvedimento. Di conseguenza, se semplificare significa uscire dalle rigidità non aderenti alla realtà del rapporto per come quest'ultimo si è sviluppato, gli effetti nel tempo dell'annullamento d'ufficio sono altro aspetto nevralgico nella ricerca di un punto d'equilibrio tra opposte istanze. In particolare viene in rilievo la possibilità di graduare le conseguenze dell'annullamento diversificando la decorrenza degli effetti".

[52] D.lgs. 28/2011 art. 42, c.3

ISSN 2036-7821

calcolo errato (in eccesso) dell'energia incentivabile da fonte rinnovabile. In quest'ultimo caso, se l'operatore economico beneficiario degli incentivi non si fosse reso inadempiente, le tariffe sarebbero state calcolate correttamente dal Gestore; pertanto, la conseguenza della violazione *de quo* è la decurtazione percentuale dell'incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità dell'inadempimento.

In definitiva, l'art.42 comma III disciplina due diversi regimi, uno di violazione rilevante ai fini della decadenza e uno di violazione non rilevante che implica una mera rideterminazione degli incentivi.[53]

È opportuno sottolineare che il collegamento tra l'esercizio del potere di controllo e i presupposti legittimanti l'esercizio dell'autotutela ex art. 21*nonies*, per espressa previsione normativa, sussiste solo nelle ipotesi di cui al comma III primo periodo in cui il GSE è tenuto a disporre la decadenza dagli incentivi con integrale recupero delle somme versate[54].

Inoltre, secondo una interpretazione strettamente letterale del dato normativo, sembrerebbe che il limite dei presupposti dell'autotutela valga non solo per l'esercizio del potere di decadenza, ma anche per il potere di rigetto dell'iniziale istanza di accesso agli incentivi; tale interpretazione, tuttavia, porterebbe a conseguenze paradossali oltre che lontane dai principi di ragionevolezza e proporzionalità cui la riforma intende ispirarsi.

Nonostante l'intento del legislatore sia stato quello di stabilire *"condizioni di certezza e stabilità per gli investimenti a lungo termine che le imprese effettuano nel settore delle energie rinnovabili"*,[55] e quindi, di conseguenza, di bilanciare l'esigenza di ripristino della legalità violata con quella di rafforzare l'affidamento dell'operatore economico[56], sembra che allo stato, a causa della moltiplicazione poco coordinata delle varie novelle normative e dei dubbi interpretativi che inevitabilmente ne conseguono, le intenzioni del legislatore siano scarsamente perseguibili[57].

Si potrebbe sostenere che la riforma de quo sia meno "*eversiva*" di quanto possa apparire: ad esempio, alla luce del disposto del comma II *bis*, art. 21-nonies, il limite dei 18 mesi per la riedizione del potere, può essere superato se sussistono false

[53] Cfr. Energia rinnovabile ed efficienza energetica – I poteri di controllo e di verifica del GSE in materia di incentivi, Giurisprudenza Italiana, n. 10, 1 ottobre 2021, p. 2191 Nota a sentenza Claudio Vivani e Francesca Triveri

[54] Cfr. Il controllo del Gestore Servizi Energetici sugli incentivi alle fonti rinnovabili, nota a sentenza di Lucia Annibali. Giornale di diritto amministrativo, n.2, 1 marzo 2021, p.221

[55] Cfr. Relazione illustrativa al d.l. 76/2020

[56] Cfr. M. Cocconi, Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento, cit., sottolinea che la necessità di tutelare l'affidamento del cittadino acquisisca una particolare pregnanza in relazione al fenomeno dell'incentivazione economica.

[57] Cfr. Il controllo del Gestore Servizi Energetici sugli incentivi alle fonti rinnovabili, nota a sentenza di Lucia Annibali. Giornale di diritto amministrativo, n.2, 1 marzo 2021, p.221

ISSN 2036-7821

rappresentazioni dei fatti o dichiarazioni sostitutive false o mendaci, per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato.[58]
In definitiva la riforma dell'art. 42 d.lgs. 28/2011 sembra apprezzabile, in quanto è ispirata al bilanciamento dell'esigenza di sanzionare la violazione accertata, in un'ottica di tutela e salvaguardia delle finanze pubbliche, con la legittima aspirazione dell'operatore privato, a mantenere la posizione di vantaggio, nei limiti in cui ciò sia legittimo e proporzionato rispetto all'obiettivo da perseguire: con l'obiettivo di promuovere l'energia prodotta da fonti rinnovabili, al GSE vengono riconosciuti poteri più elastici nell'individuazione della sanzione da applicare[59], ossia, la decadenza a fronte di violazioni rilevanti e la decurtazione percentuale dell'incentivo in caso di condotte che causano una errata determinazione del sussidio.[60]
Sono certamente condivisibili le buone intenzioni del legislatore che attraverso varie novelle normative relative – in generale – ai procedimenti volti alla promozione di energia pulita, va alla ricerca di un punto di equilibrio tra l'esigenza di ripristino della legalità violata e quella di certezza delle situazioni giuridiche e di tutela del legittimo affidamento dell'operatore economico che opera nel settore.
Tuttavia, sembra che attraverso la stratificazione delle norme primarie e secondarie, dei regolamenti e dei decreti ministeriali attuativi, l'effetto involontario sia stato quello di aumentare i profili di incertezza. Da un lato, gli operatori privati restano in attesa dell'adozione dei provvedimenti attuativi delle riforme legislative, dall'altro lato, il GSE si interroga sull'effettiva portata delle norme che interessano il suo operato e che gli impongono nuove regole di erogazione degli incentivi e nuovi interessi da tenere in considerazione.[61]
Peraltro, è opportuno essere consapevoli della difficoltà che incontra il GSE nell'esaminare le varie e numerose istanze di accesso agli incentivi in tempi brevissimi e fisiologicamente incompatibili con i tempi di un'attività istruttoria che verifichi la sussistenza in capo all'operatore economico di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dalla normativa vigente.
È proprio per ovviare a tali difficoltà, che il legislatore fonda il procedimento di erogazione degli incentivi sull'istituto dell'autodichiarazione, con l'effetto di spostare sul privato l'onere di dichiarare i presupposti di legge e sollevare l'amministrazione dal relativo accertamento in esito ad approfondita attività di verifica. In ragione di ciò, è del tutto comprensibile riconoscere al GSE la possibilità di tornare, attraverso

[58] In questo senso TAR Lazio, Roma, ord., 20 novembre 2018 n.11206
[59] Cfr. Sul potere dell'amministrazione di graduare gli effetti retroattivi discendenti dall'annullamento d'ufficio disposto nei confronti di provvedimenti favorevoli si rimanda a F. Merusi, L'affidamento del cittadino, Milano, 1970, 143 e segg..
[60] T.A.R. Lazio Roma, Sez. III ter, sent., 19/07/2023, n. 12194
[61] Ad esempio, del decreto ministeriale che individua le condotte che integrano una "violazione rilevante" tale da legittimare il GSE all'esercizio del potere di decadenza ex art.42, c.3, d.lgs. 28/2011

ISSN 2036-7821

un procedimento di secondo grado, a rivalutare i propri provvedimenti ma è parimenti comprensibile, che il privato che investe nel settore delle fonti energetiche rinnovabili possa riporre affidamento (legittimo) nella stabilità dei provvedimenti che concedono gli incentivi.[62]

In tale ottica, la condotta dell'operatore economico deve essere orientata al principio di autoresponsabilità ma il GSE è tenuto a considerare l'affidamento (quando legittimo) dell'operatore che percepisce il beneficio.[63]

Il rapporto di incentivazione è normalmente destinato a durare diversi anni (per non dire decenni) e sono moltissime e di vario tipo le violazioni potenzialmente riscontrabili idonee a giustificare un provvedimento di decadenza dal beneficio[64]. È proprio la durata del rapporto che giustifica la sussistenza del potere di vigilanza del GSE sul rispetto della convenzione in corso d'opera, ma una volta concluso positivamente il procedimento, la messa in discussione dei presupposti di partenza cui far conseguire la revoca *ex nunc* o *ex tunc* dei benefici deve necessariamente seguire le regole e i presupposti del potere di autotutela ovvero il principio di proporzionalità delle conseguenze.[65]

Pertanto, compito della giurisprudenza e della dottrina sarà quello di individuare soluzioni *tailor made* in grado di conciliare il potere di decadenza dagli incentivi con l'esigenza di stabilità del rapporto amministrativo sul quale di fonda l'investimento dell'operatore economico: rapporto che, in ogni caso, deve rimanere improntato ai principi di collaborazione e buona fede.[66]

Ad ogni buon conto, è importante che gli operatori interessati all'accesso agli incentivi si conformino alla normativa vigente in modo da evitare sanzioni e che il GSE continui a svolgere un ruolo attivo nel controllo degli incentivi alle energie rinnovabili, al fine di garantire la trasparenza e l'equità delle procedure e di contrastare eventuali abusi in uno dei settori maggiormente strategici per il processo della transizione ecologica nazionale.

---

[62] Cfr. il Decreto semplificazioni alla prova dei fatti – La riscrittura dei poteri di controllo del GSE nell'ambito dell'autotutela, Giurisprudenza Italiana, n. 5, 1 maggio 2021, p. 1242 Commento alla normativa Mariano Protto

[63] Sui limiti e l'effettiva portata che può essere attribuita al legittimo affidamento in questo settore, si rinvia a M. Luciani, Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica, in Giur.it., 2007, 8-9, 2089, secondo il quale il principio di affidamento si presenta con una forza peculiare nel caso delle leggi di incentivazione, "a causa della struttura essenzialmente contrattuale del rapporto instaurato dalla legge tra potere pubblico e soggetto economico privato".

[64] Cfr: Il controllo del Gestore dei Servizi Energetici sugli incentivi alle fonti rinnovabili, Giornale di diritto amministrativo, n. 2, 1 marzo 2021, p. 221 Nota a sentenza di Lucia Aniballi

[65] Cfr. Energia rinnovabile ed efficienza energetica – I poteri di controllo e di verifica del GSE in materia di incentivi, Giurisprudenza Italiana, n. 10, 1 ottobre 2021, p. 2191 Nota a sentenza Claudio Vivani e Francesca Triveri

[66] Cfr. art. 1, c.2-bis, l. 241/1990.

ISSN 2036-7821