

La IV Sezione del Consiglio di Stato, rilevata la possibilità di contrasti giurisprudenziali, rimette all'Adunanza plenaria la questione concernente la natura (autoritativa o di mero accertamento) del procedimento con cui il Gestore dei Servizi Energetici – G.S.E. s.p.a. verifica annualmente il rispetto, da parte dei produttori (o degli importatori) di energia elettrica da fonte non rinnovabile, della c.d. quota d'obbligo prevista dall'art. 11 del d.lgs. n. 79 del 1999, norma che impone l'obbligo di immettere nel sistema elettrico nazionale una quota di energia prodotta da fonti rinnovabili oppure, in alternativa, di acquistare un certo quantitativo di "certificati verdi".

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 25 marzo 2019, n. 1934 – Pres. Troiano, Est. Carluccio

Energia elettrica – Produzione o importazione di energia da fonti non rinnovabili – Obbligo di immissione di energia verde e/o di acquisto di "certificati verdi" – Poteri di verifica del GSE – Natura giuridica – Rimessione all'Adunanza plenaria.

Deve essere sottoposta all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., la seguente questione ovvero, se, in tema di immissione nel sistema elettrico nazionale di quote di energia rinnovabile da parte dei produttori o degli importatori di energia proveniente da fonte non rinnovabile, il procedimento di verifica in ordine al rispetto della c.d. quota d'obbligo annuale, attribuito al GSE dall'art. 11, comma 5, del d.lgs. n. 79 del 1999, configuri:

a) l'esplicarsi di un potere amministrativo che si conclude con un provvedimento autoritativo di accertamento in ordine all'avvenuto rispetto o meno della quota d'obbligo, con conseguente posizione di interesse legittimo in capo ai destinatari ed assoggettamento alle regole delle azioni impugnatorie- annullatorie degli atti amministrativi, nonché ai rispettivi termini di decadenza;

b) in alternativa, l'esplicarsi di una procedura di controllo, con valenza ricognitiva di natura tecnica, che si conclude con un atto finale di accertamento in ordine al rispetto o meno dell'obbligo ex lege, operante sul piano paritetico del rapporto obbligatorio, e suscettibile di contestazione entro il termine di prescrizione decennale (1).

(1) I. – Con la decisione in rassegna la IV Sezione del Consiglio di Stato - accertata la pendenza, presso diverse sezioni giurisdizionali, di alcuni giudizi in fase d'appello tutti aventi ad oggetto la medesima questione – ha ritenuto opportuno evitare l'insorgenza di possibili contrasti giurisprudenziali ed ha rimesso, di conseguenza, all'Adunanza plenaria la risoluzione della questione di diritto in materia di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili riassunta in massima.

La questione trae origine dal particolare obbligo imposto dall'art. 11 del d.lgs. n. 79 del 1999 ("Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia

elettrica”), a decorrere dal 2001, a carico di coloro che producono ovvero importano energia non pulita (ovvero prodotta con le fonti tradizionali, non rinnovabili): tali soggetti, devono immettere nel sistema elettrico nazionale, entro l’anno successivo a quello di riferimento, una determinata quota di c.d. energia verde, ossia prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili (quota poi aumentata dall’art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 387 del 2003). Il sistema vigente fino a tutto il 2015 (quando è definitivamente cessato il meccanismo di incentivazione dell’energia verde basato sui c.d. certificati verdi, a seguito del varo del nuovo sistema incentivante di cui al d.lgs. n. 28 del 2011) può essere sinteticamente ricostruito come segue (cfr. la ricostruzione offerta da T.a.r. per il Lazio, sez. III-ter, sentenza 18 settembre 2017, n. 9777, in *Ambiente e sviluppo*, 2017, 661):

- a) tale obbligo può essere adempiuto mediante produzione diretta (e relativa immissione in rete) dell’energia verde, ovvero anche indirettamente (cfr. art. 11, comma 3, del d.lgs. n. 79 del 1999), ossia mediante acquisto dell’energia pulita da produttori i quali, a propria volta, siano in grado di garantire l’origine rinnovabile della stessa;
- b) eventuali compensazioni per energia ancora dovuta possono essere risolte mediante acquisto dei c.d. certificati verdi, e cioè dei titoli negoziabili che il Gestore dei Servizi Energetici– G.S.E. s.p.a. rilascia ai produttori di energia rinnovabile a fronte della produzione, da parte loro, di energia verde. In altre parole, per raggiungere la quota annuale dovuta di energia verde, i produttori e gli importatori sottoposti all’obbligo di immissione, anziché produrre in proprio od acquistare l’energia verde da terzi, possono anche acquistare un corrispondente quantitativo di “certificati verdi” direttamente da quei produttori che li posseggano in quanto titolari e gestori di impianti alimentati da fonti rinnovabili;
- c) al fine di verificare l’adempimento all’obbligo di immissione, il d.m. 18 dicembre 2008 (*“Incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, ai sensi dell’articolo 2, comma 150, della legge 24 dicembre 2007, n. 244”*) ha previsto un sistema di controllo annuale che fa capo al GSE, modulato secondo i seguenti adempimenti:
 - c1) entro il 31 marzo di ogni anno i soggetti obbligati devono trasmettere al Gestore sia un’autocertificazione attestante le proprie importazioni o produzioni di energia da fonte non rinnovabile (cfr. art. 8, comma 1, del d.m. 18 dicembre 2008), sia un numero di certificati verdi equivalente alla quantità di energia necessaria per raggiungere la quota d’obbligo loro imposta (cfr. art. 13 del medesimo d.m.);
 - c2) la verifica condotta dal GSE sui dati così trasmessi si conclude con esito positivo nel caso in cui il valore dei certificati verdi trasmessi dal soggetto

- obbligato eguagli (o superi) il valore della quota d'obbligo in capo al soggetto stesso (così l'art. 13, comma 2, del d.m. 18 dicembre 2008);
- c3) in caso di esito negativo della verifica, invece, il soggetto obbligato è chiamato a realizzare, entro trenta giorni, le dovute compensazioni, mediante acquisto del numero necessario di certificati verdi (cfr. l'art. 13, comma 3, del d.m. cit.);
 - c4) in ogni caso, a norma dell'art. 13, comma 2, ultima parte, del d.m. cit., *“L'esito della verifica è notificato agli interessati entro il 30 aprile di ciascun anno”*;
 - c5) in caso di mancato adempimento della quota d'obbligo, il GSE comunica all'ARERA i nominativi dei soggetti inadempienti e l'entità delle inadempienze, ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative di cui all'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 387 del 2003 (così l'art. 13, comma 4, del d.m. 18 dicembre 2008);
 - c6) come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, il meccanismo appena descritto (*“per certi versi assimilabile agli accertamenti tributari su autodichiarazione”*: così Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 50; T.a.r. per il Lazio, sez. III-ter, 24 febbraio 2015, n. 3252) non dà vita ad un unico rapporto obbligatorio (tra soggetto sottoposto alla quota d'obbligo ed il GSE), durevole nel tempo, ma a distinti rapporti annuali aventi ad oggetto le singole verifiche che vengono compiute anno dopo anno dal GSE: un'eventuale statuizione giurisdizionale che si riferisca ai reciproci diritti-obblighi per una annualità non può, pertanto, essere estesa anche alle annualità successive, non essendo qui invocabile la *vis expansiva* tipica del giudicato afferente ad un rapporto giuridico di durata, in cui il titolo giuridico del diritto “durevole” è unico e rimane immutato nel tempo (cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 312, in *Giurisdiz. amm.*, 2012, ant., 782).

II. – In tale quadro si colloca il giudizio portato dinanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato, concernente una complessa fattispecie di computo della quota d'obbligo *ex art. 11* del d.lgs. n. 79 del 1999, mediante acquisto di certificati verdi. La società ricorrente in primo grado aveva chiesto l'accertamento del suo diritto alla ripetizione del valore dei certificati verdi annullati in esubero, relativi agli anni dal 2003 al 2008 per un importo pari ad euro 45.304.076, con conseguente condanna del GSE al pagamento di detta somma (o di quella di giustizia, oltre interessi e rivalutazione), ovvero a *“disporre, ove occorra la compensazione tra detti importi ed un pari valore di certificati verdi, in occasione dell'assolvimento del medesimo obbligo di legge alle prime scadenze utili”*. Il T.a.r. per il Lazio, con la già citata sentenza n. 3252 del

2015, ha dichiarato inammissibili le domande di accertamento e di condanna non essendo state impugnate le “*note di accertamento*” adottate dal GSE relative a quegli anni, configurandosi una posizione di interesse legittimo, e non di diritto soggettivo, in capo all’impresa ricorrente.

Aspetto centrale della controversia è, pertanto, proprio la natura delle menzionate “*note di accertamento*” del GSE nonché, a monte, la natura giuridica del potere esercitato mediante l’adozione di tali note. La Sezione IV, al riguardo, ha ritenuto opportuno deferire all’Adunanza plenaria il quesito se il procedimento di verifica in ordine al rispetto della c.d. quota d’obbligo configuri:

- d) l’esplicarsi di un potere amministrativo del GSE che si conclude con un provvedimento autoritativo di accertamento in ordine all’avvenuto rispetto o meno della quota d’obbligo; ciò, in ragione della finalità perseguita dalla disciplina in argomento, che è quella di tutelare l’interesse pubblico al corretto adempimento dell’obbligo derivante dall’art. 11 del d.lgs. n. 79 del 1999, preordinato al perseguimento di preminenti interessi pubblici anche di portata sovranazionale, in considerazione degli obiettivi europei ed internazionali in materia produzione energetica da fonti rinnovabili; con conseguente posizione di interesse legittimo in capo ai destinatari ed assoggettamento alle regole delle azioni impugnatorie-annullatorie degli atti amministrativi nonché ai rispettivi termini di decadenza;
- e) oppure, l’esplicarsi di una (mera) procedura di controllo, affidata al GSE dalla normativa secondaria, in ordine al rispetto di un obbligo previsto direttamente dalla legge con la finalità pubblicistica di favorire la diffusione di energia da fonti non rinnovabili; obbligo che è delimitato dalla legge nel suo contenuto ed oggetto di verifica attraverso un accertamento avente valenza ricognitiva, di natura tecnica, da parte del GSE, in applicazione dei limiti legislativi vincolanti; con la conseguenza che l’accertamento in ordine al rispetto o meno dell’obbligo *ex lege* di diritto pubblico opera sul piano paritetico del rapporto obbligatorio, riconoscendosi cioè una posizione di diritto soggettivo in capo al produttore, ed ogni contestazione sarebbe quindi soggetta al termine di prescrizione decennale.

In tale situazione, la Sezione rimettente osserva che il quesito di diritto, rilevante per la soluzione della causa, non è stato mai affrontato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato; per contro, risultano pendenti altri giudizi di appello nell’ambito dei quali tale quesito è rilevante e rispetto ai quali, quindi, si apprezza l’utilità di una pronuncia dell’Adunanza plenaria:

- f) presso la sezione VI sono attualmente pendenti alcuni processi aventi ad oggetto l’impugnazione delle sanzioni, comminate da ARERA, su segnalazione

- del GSE, per il mancato adempimento dell'obbligo annuale; in primo grado il T.a.r. per la Lombardia aveva ritenuto necessaria la previa impugnazione delle note del GSE di comunicazione dell'esito (in questo caso negativo) della verifica, giudicate quali atti amministrativi presupposti ed aventi natura provvedimento (cfr. T.a.r. per la Lombardia, sentenza 12 luglio 2017, n. 1605);
- g) presso la sezione IV è pendente un processo che riguarda il mancato assolvimento dell'obbligo di acquisto di certificati verdi, in riferimento a quantitativi di energia importati in Italia; anche in questo caso la sentenza appellata (la n. 9777 del 2017 del T.a.r. per il Lazio, cit.), nell'affermare la natura provvedimento e non paritetica degli atti di accertamento del GSE, ha precisato che l'impugnazione deve in linea di principio indirizzarsi già avverso le note di riconoscimento negative (pur ritenendo comunque tempestiva, nel caso concreto, la diretta impugnazione delle successive comunicazioni del GSE di "verifica di ottemperanza", difettando nella fattispecie, secondo il Giudice di primo grado, la prova dell'effettiva data di comunicazione delle preve note di riconoscimento);
- h) presso la sezione VI, sono pendenti altri due processi, aventi ad oggetto le sanzioni irrogate da ARERA, su segnalazione del GSE, sempre in relazione alla vicenda di cui alla precedente lett. g); in particolare, il T.a.r. per la Lombardia – in sede di impugnazione delle sanzioni comminate da ARERA – ha respinto con sentenze del 3 settembre 2018, nn. 2041 e 2042 (quest'ultima in *Foro amm.*, 2018, 1498), i relativi ricorsi; nei rispettivi giudizi di appello il GSE, con impugnazione incidentale, ha quindi riproposto l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione delle note di riconoscimento negative adottate dal GSE.

III. – Per una panoramica sulle questioni più rilevanti in tema di incentivi per la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile, si consideri, per completezza, quanto segue:

- i) con sentenza 30 agosto 2018, n. 12 (in *Foro it.*, 2018, III, 618, nonché oggetto della News US in data 17 settembre 2018, cui si rinvia per ogni opportuno approfondimento), l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato una questione che – per certi versi – presenta alcuni profili di analogia con quella sollevata dalla decisione qui in rassegna, concernente la natura giuridica degli atti con i quali viene determinato o rideterminato il contributo di costruzione di cui all'art. 16 del d.P.R. n. 380 del 2001; in tale occasione l'Adunanza plenaria ha statuito, in particolare:
- i1) che tali atti hanno natura non autoritativa, "*non essendo espressione di una potestà pubblicistica, ma costituiscono l'esercizio di una facoltà connessa alla*

pretesa creditoria riconosciuta dalla legge al Comune per il rilascio del permesso di costruire, stante la sua onerosità, nell'ambito di un rapporto obbligatorio a carattere paritetico e soggetta, in quanto tale, al termine di prescrizione decennale, sicché ad essi non possono applicarsi né la disciplina dell'autotutela dettata dall'art. 21-nonies della l. n. 241 del 1990 né, più in generale, le disposizioni previste dalla stessa legge per gli atti provvedimenti manifestazioni di imperio”;

- i2) *l'affermata natura non autoritativa “comporta che nell'ordinario termine decennale di prescrizione, decorrente dal rilascio del titolo edilizio, sia sempre possibile, e anzi doverosa, da parte della pubblica amministrazione, nell'esercizio delle facoltà connesse alla propria posizione creditoria, la rideterminazione del contributo, quante volte la pubblica amministrazione si accorga che l'originaria liquidazione di questo sia dipesa dall'applicazione inesatta o incoerente di parametri e coefficienti determinativi, vigenti al momento in cui il titolo fu rilasciato, o da un semplice errore di calcolo, con l'ovvia esclusione della possibilità di applicare retroattivamente coefficienti successivamente introdotti, non vigenti al momento in cui il titolo fu rilasciato”;*
- i3) quanto alle regole privatistiche concretamente applicabili al rapporto obbligatorio che ne discende, ai sensi dell'art. 1, comma 1-bis, della legge n. 241 del 1990, si è quindi ritenuto che la disciplina dell'errore riconoscibile, di cui all'art. 1431 c.c., non sia applicabile all'atto con il quale la pubblica amministrazione ridetermini l'importo del contributo, ben potendosi ipotizzare che l'eventuale errore dell'amministrazione sia riconoscibile dal privato che invece con l'ordinaria diligenza, richiesta dagli artt. 1175 e 1375 c.c., può e deve controllare l'esattezza delle operazioni di calcolo sin dal primo atto di loro determinazione;
- i4) sul tema della variazione nel tempo dell'entità dei contributi di costruzione dovuti dai beneficiari di permessi di costruire, e, soprattutto dell'esercizio del relativo potere sanzionatorio attraverso atti schiettamente autoritativi da parte dell'amministrazione (situazione che presenta tratti di analogia col caso in esame, cfr. altresì Cons. Stato, Ad. plen., 7 dicembre 2016, n. 24 (in *Foro it.*, 2016, III, 585; *Guida al dir.*, 2016, fasc. 20, 100, con nota di TOMASSETTI; *Riv. nel diritto*, 2016, 1445, con nota di NISTICÒ; *Nuovo dir. amm.*, 2016, fasc. 4, 13, con nota di GIAMPAOLINO; *Giorn. dir. amm.*, 2017, 528, con nota di CUTINI, nonché oggetto della News US in data 3 gennaio 2017, cui si rinvia per goni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *“Un'amministrazione comunale ha il pieno potere di applicare, nei confronti dell'intestatario di un titolo edilizio, la sanzione pecuniaria prescritta dalla legge*

per il caso di ritardo ovvero di omesso pagamento degli oneri relativi al contributo di costruzione anche ove, in caso di pagamento dilazionato di detto contributo, abbia omesso di escutere la garanzia fideiussoria in esito alla infruttuosa scadenza dei singoli ratei di pagamento ovvero abbia comunque omesso di svolgere attività sollecitatoria del pagamento presso il debitore principale”;

- j) la sentenza n. 312 del 2013 del Consiglio di Stato (citata anche nell’ordinanza di rimessione qui in rassegna, in merito all’accennata problematica della *vis expansiva* di un giudicato che si riferisca ad un rapporto giuridico durevole nel tempo), ha affermato quanto segue: *“In tema di efficacia del giudicato ‘esterno’, l’autonomia delle obbligazioni d’imposta relative a periodi diversi vale solo a negare la possibile esistenza di un’unica obbligazione corrispondente a più periodi d’imposta o di un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra più obbligazioni sorte in periodi d’imposta diversi, ma non vale ad escludere, e ciò proprio per la ‘periodicità’ di alcuni tributi, che possano esistere elementi rilevanti ai fini della determinazione del dovuto che siano comuni a più periodi d’imposta o che l’accertamento giudiziale del modo d’essere dell’obbligazione relativa ad un singolo periodo d’imposta possa implicare anche l’accertamento di una questione capace di ‘fare stato’ (con forza di giudicato) nel giudizio relativo all’obbligazione sorta in un periodo d’imposta diverso”;*
- k) le controversie in materia di incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile, secondo l’orientamento ormai consolidatosi della Corte regolatrice, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. o), c.p.a. (norma, quest’ultima, che si riferisce alle *“controversie, incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti”*) e nella competenza inderogabile del T.a.r. per il Lazio; in tal senso, cfr., di recente:
- k1) Cass. civ., sez. un., ordinanza 10 aprile 2019, n. 10020 (secondo cui il Gestore, pur avendo una veste formalmente privata, esercita funzioni pubblicistiche a garanzia di rilevanti interessi pubblici e privati); Cass. civ., sez. un., ordinanza 13 dicembre 2017, n. 29922 (in *Foro it.*, 2018, I, 532, nonché oggetto della News US in data 5 gennaio 2018, cui si rinvia per i necessari approfondimenti), secondo cui *“Rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia nella quale il titolare di un impianto fotovoltaico chiede l’accertamento del diritto a ottenere la tariffa incentivante con il riconoscimento della rivalutazione Istat, con le conseguenziali condanne, nonché l’accertamento negativo del diritto del gestore dei servizi*

energetici alla ripetizione di quanto già corrisposto a detto titolo” (in precedenza si ricordano Cass. civ., sez. un., ordinanze 27 aprile 2017, nn. 10409, 10410 e 10411, in Giust. civ.- Mass., 2017);

- k2) Cass. civ., sez. un., ordinanza 13 giugno 2017, n. 14653 (in *Foro amm.*, 2018, 168), secondo cui *“in materia di incentivazione dell’energia elettrica prodotta da fonte rinnovabile, la controversia concernente il provvedimento di decadenza, adottato dal gestore pubblico nell’esercizio dei poteri di sua competenza, dal diritto della società produttrice alla tariffa incentivante e la conseguenziale richiesta di restituzione alla società cessionaria del credito dei contributi percetti riguarda la ‘produzione di energia’, essendo la previsione di contributi tariffari un efficace strumento di indirizzo della produzione energetica nazionale, ed appartiene, pertanto, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, 1° comma, lett. o), dell’allegato I al d.leg. n. 104 del 2010; invero, sebbene il cessionario non è produttore di energia pulita, il credito ceduto non può essere considerato al di fuori del rapporto da cui trae origine, non essendo ipotizzabile un differente atteggiarsi del provvedimento di decadenza, e della giurisdizione che su di esso si innesta, a seconda dei destinatari dei suoi effetti giuridici”;*
- k3) in tema di riparto di competenza territoriale delle controversie, poi, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è ferma nel ritenere che, *“nel caso di controversie riguardanti provvedimenti relativi al regime di incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili (sub specie fonte fotovoltaica) secondo le procedure gestite dal GSE, il riconoscimento o non dell’incentivazione e dell’integrazione della stessa, pur riguardando l’energia prodotta in un determinato stabilimento, non ha effetti localizzabili nell’ambito regionale in cui è ubicato lo stabilimento stesso, incidendo sull’intero sistema nazionale energetico, con riferimento sia alla energia prodotta che ai relativi incentivi ed in particolare, quanto a quest’ultimo aspetto, incidendo sul Conto energia; in effetti i meccanismi incentivanti, quali l’emissione di certificati verdi ovvero il riconoscimento della tariffa omnicomprensiva o di quella incentivante, benché riferiti ad uno specifico impianto (collocato in un determinato ambito territoriale regionale) producono effetti sull’intero sistema nazionale di produzione dell’energia elettrica, costituendo strumenti per il raggiungimento degli scopi, evidentemente non localizzabili, di incentivazione all’uso delle energie rinnovabili, al risparmio energetico e alla riduzione delle emissioni di anidride carbonica, con conseguente riconoscimento della competenza territoriale al Tar del Lazio con sede in Roma per le definizioni di eventuali controversie nella materia de qua”* (così, ad es., Cons. Stato, sez. IV, ordinanze n. 3309 del

2016; n. 3583 del 2015; n. 4700 del 2014; n. 6036 del 2011; nn. 5324 e 5325 del 2011);

l) per quanto riguarda, invece, le controversie afferenti ai provvedimenti del Gestore della rete elettrica nazionale in materia di connessione alla rete elettrica delle imprese o degli utenti che ne facciano richiesta, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario; si veda, al riguardo:

11) Cons. Stato, sez. VI, sentenza 5 agosto 2013, n. 4091 (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 2174), secondo cui *“I gestori di rete, al fine dell’operazione di connessione, non eseguono la valutazione di interessi pubblici o la ponderazione di questi con interessi privati, ovvero esercitano un potere amministrativo, ma svolgono un’attività di riconduzione alla singola operazione di connessione di prescrizioni generali a contenuto tecnico, dettagliatamente definite dall’ autorità per l’energia elettrica e il gas, condotta riscontrando l’oggettiva sussistenza o meno delle condizioni preordinate, con l’obbligo della connessione in caso positivo e con il corrispondente titolo del produttore a che sia perciò eseguita; si tratta pertanto di soggetti che agiscono privatisticamente nell’esecuzione di una specifica operazione nel mercato elettrico che, in quanto subordinata al solo, pur articolato, riscontro dell’applicazione di modalità oggettive aventi esclusivo carattere tecnico-economico e con ciò previste come obbligate, non involge poteri pubblicistici; le relative controversie non rientrano perciò nella giurisdizione del giudice amministrativo poiché non vi si riscontra l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo (art. 7 c.p.a.) e perciò neppure lo svolgimento, ai sensi dell’art. 133, 1° comma, lett. c) c.p.a. che individua le materie di giurisdizione esclusiva, di un procedimento amministrativo nelle diverse fattispecie ivi elencate ovvero, come anche specificato nella norma, riguardo alla vigilanza sull’esercizio di un servizio di pubblica utilità”*;

12) *contra*, tuttavia, più di recente, T.a.r. per il Lazio, sez. III-ter, sentenza 24 maggio 2017, n. 6206 (allo stato, comunque, appellata), secondo la quale, all’esito di una ricognizione del complessivo quadro normativo vigente in materia, sono da ricondurre alla già ricordata norma di cui all’art. 133, comma 1, lett. o), c.p.a. *“tutte le procedure e tutti i provvedimenti che siano adottati da una pubblica amministrazione (e, quindi, inevitabilmente, anche dalle società concessionarie della distribuzione dell’energia, ai sensi dell’art. 9 del d.lgs. n. 79 del 1999) che abbiano attinenza con la materia della produzione di energia, purché ovviamente, secondo i consolidati approdi della giurisprudenza costituzionale (tracciati già dalla sent. n. 204 del 2004 della Consulta), sia comunque rinvenibile l’esercizio di un pubblico potere”*, ivi compresi, pertanto,

anche i provvedimenti con i quali le società concessionarie dell'attività di distribuzione accolgono o respingono le richieste di connessione, i quali – secondo il T.a.r. – non sono privi di *“risvolti per l'interesse pubblico”*, posto che *“tali società concessionarie, nell'esercizio dell'attività loro concessa, sono chiamate a tutelare lo sviluppo delle fonti rinnovabili (essendo previsto l'obbligo di connessione prioritaria alla rete degli impianti alimentati da fonti rinnovabili: art. 14, comma 2, lett. f-quater, del d.lgs. n. 387 del 2003) insieme alla razionalità ed all'efficienza della rete di distribuzione complessivamente intesa: esse sono infatti destinatarie dell'obbligo di fornire ai produttori che chiedano il collegamento ‘soluzioni atte a favorirne l'accesso alla rete’ (art. 14, comma 3, del d.lgs. n. 387 del 2003), peraltro ‘senza compromettere la continuità del servizio’ (art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 79 del 1999)”*, emergendo pertanto *“un delicato bilanciamento tra opposte esigenze pubblicistiche il quale, lungi dal poter essere soddisfatto da mere operazioni tecnico-economiche e confinate ai soli rapporti interprivati, richiede un intervento di regolazione in prima battuta (le norme tecniche dell'AEEGSI), e di attuazione in seconda battuta (gli atti del gestore che provvedono sulle richieste di connessione), che non appare esorbitare dall'esercizio di una pubblica potestà”*;

m) in tema di incentivi per la produzione di energia elettrica da impianti qualificati come IAFR (*“Impianti Alimentati da Fonti Rinnovabili”*), mediante il meccanismo dei c.d. certificati verdi, ai sensi del già citato d.m. 18 dicembre 2008, cfr. in giurisprudenza:

m1) Cons. Stato, sezione IV, sentenza 14 maggio 2018, n. 2859, che ha ritenuto applicabile al procedimento per il riconoscimento della qualifica di IAFR, le regole dettate in tema di silenzio-assenso dalla legge generale sul procedimento amministrativo; di conseguenza si è ritenuto che la norma specifica contenuta nell'art. 4, comma 3, del d.m. 18 dicembre 2008 (secondo cui *“Il GSE valuta la domanda [di riconoscimento della qualifica IAFR, n.d.r.] secondo i criteri indicati nell'allegato A determinando in via presuntiva l'energia elettrica incentivata. In tutti i casi, la domanda si ritiene accolta in mancanza di pronunciamento del GSE entro novanta giorni dal ricevimento”*) debba essere interpretata coerentemente con quanto dispone l'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, nel senso quindi di escludere l'operatività del meccanismo del silenzio-assenso in relazione ad atti e procedimenti riguardanti l'*“ambiente”*; pertanto, posto che il procedimento per il rilascio della qualifica IAFR *“ottiene anche alla materia ambientale, trattandosi di attività amministrativa che ha come fine, sia pure in modo non esclusivo, quello della*

tutela dell'ambiente", si è affermato che, quanto alla citata norma di cui all'art. 4, comma 3, del d.m., "deve privilegiarsi un'esegesi che consenta di giungere all'adozione di un provvedimento esplicito attraverso il quale apprezzare adeguatamente gli interessi in gioco", dovendosi quindi interpretare la norma regolamentare "nel senso che il decorso del termine di novanta giorni dal ricevimento della domanda di incentivazione non faccia maturare un titolo in capo all'istante, che non venga a conoscenza del provvedimento di diniego nel detto termine, essendo sufficiente che l'amministrazione abbia adottato nel termine in questione un pronunciamento"; si è quindi conferita prevalenza, da parte del Giudice d'appello, alla "necessità di dare spazio al provvedere esplicito dell'amministrazione e di escludere l'operatività del meccanismo del silenzio-assenso, che porterebbe a sacrificare in modo eccessivo quegli interessi sensibili di natura ambientale e derivazione europea che il procedimento intende perseguire";

- m2) Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione II, sentenza 4 ottobre 2018, C- 242/17, L.E.G.O. s.p.a. (in *Foro amm.*, 2018, 1641, nonché oggetto della News US in data 17 ottobre 2018, cui si rinvia per una dettagliata ricostruzione della vicenda nonché per ulteriori segnalazioni di dottrina e di giurisprudenza), che si è pronunciata sul sistema italiano degli oneri di certificazione della sostenibilità dei bioliquidi, quale delineato dal d.m. 23 gennaio 2012 (e, in particolare, dagli artt. 8 e 12 del medesimo), il quale – proprio ai fini di ottenere il riconoscimento della qualifica IAFR per gli impianti (nella specie, si trattava di un impianto termoelettrico) alimentati con bioliquidi, in vista dell'accesso agli incentivi del GSE ex d.m. 18 dicembre 2008 – impone oneri specifici, diversi e più ampi, rispetto a quelli derivanti dal quadro normativo euro-unitario; la Corte di Lussemburgo così ha deciso: *"Un sistema nazionale di verifica della sostenibilità dei bioliquidi utilizzati per un impianto termoelettrico, il quale stabilisca che tutti gli operatori economici che intervengono nella catena di consegna del prodotto, anche quando si tratti di intermediari che non conseguono alcuna disponibilità fisica delle merci, sono tenuti a rispettare taluni obblighi di certificazione, di comunicazione e di informazione scaturenti da detto sistema è compatibile con il diritto dell'Unione europea. Infatti, si tratta di una misura che, seppure idonea ad ostacolare, quanto meno indirettamente e potenzialmente, l'importazione di tali prodotti provenienti dagli altri Stati membri, al contempo contribuisce ad impedire il rischio di frodi riguardanti la sostenibilità di tale bioliquido,*

risultando appropriata per raggiungere l'obiettivo legittimo che essa persegue, ed è inoltre necessaria, giacché un intermediario, pur non conseguendo la disponibilità fisica dei bioliquidi costituenti l'oggetto della transazione nella quale interviene, ne ha nondimeno, per un certo tempo, la proprietà e perciò la possibilità di spostarli, di modificarne la sostanza o di falsificare i documenti ad essi relativi”;

- m3) Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 28 gennaio 2019, n. 708 (oggetto della News US in data 7 febbraio 2019, cui si rinvia per più precisi ragguagli sulla questione), ha sollevato alla Corte di giustizia UE la questione interpretativa della direttiva n. 2004/8/CE e dell'art. 107 TFUE (aiuti di Stato), volta a conoscere se tali norme euro-unitarie ostino ad una normativa interna (quale quella recata dall'art. 11 del d.lgs. n. 79 del 1999 e dall'art. 6 del d.lgs. n. 20 del 2007) se interpretata nel senso di riconoscere i benefici della priorità di dispacciamento e dall'esonero dai certificati verdi, decorso il previsto periodo transitorio, anche ad impianti di cogenerazione di energia non ad alto rendimento;
- n) in generale, in tema di incentivi per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, la giurisprudenza si è occupata di qualificare correttamente la natura giuridica dei provvedimenti con i quali il GSE - all'esito degli appositi controlli, e riscontrata una violazione commessa dal soggetto titolare dell'impianto nel corso del procedimento volto ad ottenere l'ammissione ai benefici incentivanti - applica le norme di legge (di cui al d.lgs. n. 28 del 2011, recante *“Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE”*) che prevedono la decadenza dai benefici (cfr. l'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011) o l'irrogazione di vere e proprie misure sanzionatorie (cfr. l'art. 43 del d.lgs. n. 28 del 2011). In proposito:
- n1) quanto alle misure *ex art.* 43 del d.lgs. n. 28 del 2011 (consistenti nella esclusione decennale da futuri incentivi a carico dei soggetti per i quali sia stato accertato che abbiano fornito dati o documenti non veritieri, ovvero abbiano reso dichiarazioni false o mendaci), la Corte costituzionale ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale con sentenza 10 marzo 2017, n. 51 (in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 19, nonché oggetto della News US in data 17 marzo 2017, cui si rinvia per gli approfondimenti *ivi* sviluppati), rilevandone la natura sanzionatoria, per eccesso di delega rispetto a quanto era previsto nei principi e nei criteri direttivi di cui alla legge n. 96 del 2010: ciò in quanto quella in esame *“è misura eccentrica rispetto al perimetro dell'intervento disegnato dalla legge di delega che, in tema di infrazioni,*

- ha previsto unicamente l'esercizio del potere di irrogare sanzioni penali o amministrative, limitando queste ultime solo a quelle di tipo pecuniario"*;
- n2) quanto invece alla misura della decadenza, *ex art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011, la giurisprudenza ne ha escluso la natura sanzionatoria ma associato quella autoritativa, affermando che "il provvedimento in contestazione non ha natura sanzionatoria, non presuppone quindi il dolo o la colpa del destinatario; esso, al contrario, è un atto vincolato di decadenza accertativa dell'assodata mancanza dei requisiti oggettivi condizionanti ab origine l'ammissione al finanziamento pubblico"* (così Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 50, in *Foro amm.*, 2017, 27);
- n3) in tema, poi, di rapporto tra la disposizione che prevede il potere di decadenza del GSE e la norma generale in tema di autotutela (di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990), la giurisprudenza di primo grado ha affermato che *"la decisione del Gestore di far venir meno, ora per allora, gli incentivi, non configura un esercizio del potere di annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990: il Gestore, infatti, è chiamato ad esercitare il proprio potere di accertamento non secondo i parametri generali dettati da questa disposizione (con conseguente inconferenza, tra gli altri, dei parametri costituiti dal termine ragionevole e dalla comparazione tra interesse pubblico e interesse privato, nonché dal c.d. legittimo affidamento), ma secondo quanto declinato dalla norma speciale di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011 [...]. Questa attività di verifica può 'fisiologicamente' collocarsi anche a valle del provvedimento di ammissione al beneficio, in quanto espressione di un potere immanente di verifica della spettanza del diritto agli incentivi, e può sfociare in un provvedimento significativamente dalla norma denominato di 'decadenza', come tale non riconducibile alla generale potestà di autotutela ex art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 [...] e che deriva causalmente da un illecito od una mancanza commessa dal beneficiario, nell'ambito di un sistema – quello di accesso ai meccanismi incentivanti – che, come più volte messo in luce dalla giurisprudenza di questa Sezione, si fonda sul principio di autoresponsabilità, nel senso che costituisce onere dell'interessato fornire tutti gli elementi idonei a dar prova della sussistenza delle condizioni per l'ammissione ai benefici, ricadendo sullo stesso eventuali carenze che incidano sul perfezionamento della fattispecie agevolativa"* (così, da ultimo, T.a.r. per il Lazio, sezione III-ter, sentenza 18 febbraio 2019, n. 2185);
- n4) sulla disposizione da ultimo introdotta dall'art. 1, comma 960, della legge n. 205 del 2017 (la quale ha aggiunto il seguente ultimo periodo all'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011: *"In deroga al periodo precedente, 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"), il Consiglio di Stato ha osservato che questa norma, nel prevedere eccezionalmente la potestà del GSE di disporre la decurtazione dell'incentivo, anziché la sua decadenza in ipotesi di violazioni rilevanti commesse dal soggetto titolare dell'impianto, "stante il suo univoco tenore letterale, è applicabile ratione temporis solo in relazione a provvedimenti emanati dal Gestore successivamente alla sua entrata in vigore (1 gennaio 2018)" (così, da ultimo, la sentenza della sezione IV del 24 ottobre 2018, n. 6060);

o) in materia di incentivi per la realizzazione di risparmi energetici - di cui al d.m. d.m. 28 dicembre 2012 (recante *"Determinazione degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico che devono essere perseguiti dalle imprese di distribuzione dell'energia elettrica e il gas per gli anni dal 2013 al 2016 e per il potenziamento del meccanismo dei certificati bianchi"*), ed oggi di cui al d.m. 11 gennaio 2017 (recante *"Determinazione degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico che devono essere perseguiti dalle imprese di distribuzione dell'energia elettrica e il gas per gli anni dal 2017 al 2020 e per l'approvazione delle nuove Linee Guida per la preparazione, l'esecuzione e la valutazione dei progetti di efficienza energetica"*), incentivi che sono riconosciuti dal GSE attraverso il meccanismo dei c.d. Certificati Bianchi o T.E.E. (Titoli di Efficienza Energetica) - deve qui parimenti ricordarsi la giurisprudenza del giudice di primo grado la quale, anche in questo caso, esclude l'applicazione, laddove si tratti dell'esercizio dei poteri di controllo *ex post* da parte del Gestore, della norma generale in tema di autotutela amministrativa *ex art. 21-nonies* della legge n. 241 del 1990. Al riguardo, si consideri che:

o1) generalmente le controversie attengono all'ipotesi in cui il progetto di risparmio energetico, presentato dall'impresa che aspira ad ottenere i certificati bianchi, preveda un metodo di valutazione "a consuntivo" dei risparmi energetici previsti; tale metodo, in particolare (secondo il quadro normativo elaborato dall'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas con la deliberazione n. 9 del 2011, recante le c.d. *Linee Guida* di settore), prevede che il soggetto responsabile inoltri al GSE una *"proposta di progetto e di programma di misura"* (PPPM) la quale, in prima battuta, deve essere approvata dal GSE; successivamente, la concreta quantificazione dei

risparmi energetici, e la relativa fissazione dell'ammontare dell'incentivo, avverrà all'esito di una "richiesta di verifica e di certificazione" (c.d. RVC) che, al termine dei vari periodi di esecuzione e/o di funzionamento del progetto, il soggetto responsabile ha l'onere di presentare all'approvazione del GSE medesimo;

- o2) le controversie dinanzi al giudice amministrativo concernono, allora, l'evenienza in cui il GSE, in sede di valutazione della RVC, anziché limitarsi a "certificare" i risparmi energetici così prodotti sulla base del progetto già approvato, procede invece a "riconsiderare" la PPPM già in precedenza approvata, giungendo a revocarla ovvero a respingerla ora per allora; si pone quindi la questione se tale potere del GSE, integrante una vera e propria "decadenza" dalla PPPM, costituisca, o meno, un'espressione della generale potestà di autotutela dell'amministrazione, come tale soggetta ai limiti applicativi di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990;
 - o3) ebbene, la giurisprudenza del T.a.r. per il Lazio è recisamente nel senso che, anche in questa ipotesi, non possa trovare applicazione tale norma generale, trovando invece spazio la norma "di settore" di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011: *"la verifica del GSE in punto di esecuzione tecnica ed amministrativa dei progetti di risparmio energetico, finalizzati al rilascio dei certificati bianchi, può essere condotta anche successivamente all'approvazione di una PPPM, ossia, come espressamente prevede l'art. 14, comma 1, del d.m. 28 dicembre 2012, "durante la realizzazione del progetto stesso o comunque durante la sua vita utile, al fine di verificare il corretto adempimento degli obblighi derivanti dal riconoscimento dei certificati", e ben può avere ad oggetto il controllo ex post della sussistenza dei requisiti per l'ammissione del progetto medesimo ai meccanismi incentivanti. Per altro verso, poi, non possono considerarsi rilevanti i presupposti che la legge, in via generale, impone per il corretto esercizio del potere di autotutela, secondo le coordinate dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, trovando piuttosto spazio il potere 'speciale' di verifica ed (eventualmente) di decadenza quale disciplinato dall'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011"* (così, da ultimo, T.a.r. per il Lazio, sezione III-*ter*, sentenza 7 agosto 2018, n. 8845);
- p) in materia di incentivi per impianti fotovoltaici (cc.dd. Conti Energia), si consideri, in particolare, quanto segue:
- p1) la giurisprudenza amministrativa inquadra il relativo sistema, specialmente in punto di presentazione dell'istanza di accesso agli incentivi da parte del soggetto titolare dell'impianto, nei binari del c.d.

principio di auto responsabilità, ricordando che le norme pongono oneri specifici in capo a colui che vuole ottenere *“le scarse e non facilmente riproducibili risorse finanziarie pubbliche d’incentivo alle fonti d’energia rinnovabili”*: si configurano cioè, in capo all’interessato, *“obblighi di correttezza, specificati con il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell’autoresponsabilità, che rinviengono il loro fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost. e che impongono che questi sia chiamato ad assolvere oneri di cooperazione, quale appunto è il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete”*. Ciò, nella cornice della più generale considerazione per cui, *“in ogni operazione di finanziamento a carico dell’erario, il beneficio economico è riferibile ad un obiettivo essenziale perseguito dalla relativa disciplina di settore (sia normativa che amministrativa); il finanziamento è preordinato al soddisfacimento di un interesse istituzionale che trascende, cioè, pur implicandolo, l’interesse dei destinatari; vale a dire che in ogni operazione di finanziamento non è intellegibile solo un interesse del beneficiario ma anche quello dell’organismo che lo elargisce il quale, a sua volta, altro non è se non il portatore degli interessi, dei fini e degli obiettivi del superiore livello politico istituzionale; logico corollario è che le disposizioni attributive di finanziamento devono essere interpretate in modo rigoroso e quanto più conformemente con gli obiettivi avuti di mira dal normatore, anche allo scopo di evitare che si configurino aiuti di stato illegittimi”* (così Cons. Stato, sez. IV, n. 50 del 2017, cit.);

p2) tale inquadramento giuridico, peraltro, vale in generale per tutti i regimi incentivanti per la produzione di energia elettrica (non solo da fonte solare), ed è esteso dalla giurisprudenza fino al limite di ritenere sanzionabile, nella materia che occupa, anche il c.d. falso innocuo: di conseguenza, pure di fronte a dichiarazioni false le quali si sono poi rilevate *“innocue”* (nel senso che non avrebbero comunque consentito l’accesso ai regimi incentivanti come, ad es., nell’ipotesi in cui il dichiarante allegghi, in sede di domanda, un criterio di priorità non veritiero, anche se influente ai fini della formazione della graduatoria degli impianti ammessi a godere dei benefici, in quanto il soggetto dichiarante sarebbe comunque rientrato in graduatoria anche senza far valere quel criterio), la giurisprudenza ha affermato che *“in una fattispecie riguardante l’erronea attestazione di un elemento di priorità ai sensi dell’art. 10 del d.m. 6 luglio 2012”* (si trattava, in tal caso, della data dell’atto autorizzativo alla realizzazione di un impianto idroelettrico, data che costituisce criterio di priorità, se anteriore rispetto a quelle degli impianti

concorrenti), la condotta del dichiarante deve sempre essere valutata *ex ante* (e cioè, al momento in cui essa è stata posta in essere): di conseguenza, si è ribadito che il c.d. falso innocuo è un istituto che non può essere invocato nelle procedure di evidenza pubblica, laddove *“la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell’amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all’ammissione dell’operatore economico alla selezione; pertanto, una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell’elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l’impresa meriti sostanzialmente di partecipare”* (così Cons. Stato, sez. IV, sentenza 7 luglio 2016, n. 3014, in *Diritto & Giustizia*, 25 luglio 2016);

p3) sul punto, peraltro, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno avuto modo di precisare che *“l’esattezza e la veridicità delle dichiarazioni e l’autoresponsabilità nella presentazione di documenti sono già di per sé un valore da perseguire in relazione al principio di buon andamento della pubblica amministrazione”*, pur affermando che un controllo circa l’esattezza, o meno, dell’interpretazione seguita dal Consiglio di Stato per le norme *de quibus* *“eccede dall’ambito del sindacato delle Sezioni Unite, che – fatti salvi i casi del radicale stravolgimento delle disposizioni o dell’applicazione di una norma creata ad hoc (Cass., Sez. U., 31 maggio 2016, n. 11380) – non si estende al modo in cui la giurisdizione del giudice amministrativo è stata esercitata e non include, pertanto, una verifica delle scelte ermeneutiche del Consiglio di Stato suscettibili di comportare errores in iudicando”* (Cass. civ., sez. un., 20 aprile 2017, n. 9967, in *Quotidiano giur.*, 2017);

q) ancora in tema di controlli esercitabili dal GSE, in ordine alla sussistenza dei requisiti che legittimano l’accesso ai benefici incentivanti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, con riguardo alla norma di cui all’art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011 (che costituisce la disposizione-chiave, in tema) ha affermato che:

q1) tale disposizione *“contiene la disciplina relativa ai poteri di controllo e di sanzione del GSE. Il comma 1 definisce l’oggetto della verifica dei dati forniti dai soggetti responsabili che presentano istanza, che deve avvenire sulla documentazione trasmessa, nonché con controlli a campione sugli impianti. La natura del controllo sulla documentazione si spiega alla luce di quanto dispongono i successivi commi 2 e 4 dello stesso art. 42. Il primo, infatti, fa salve le competenze in tema di controlli e verifiche spettanti alle amministrazioni statali, regionali, agli enti locali nonché ai gestori di rete. Il secondo, invece, stabilisce che, nel caso in cui le violazioni riscontrate nell’ambito dei controlli di*

cui ai commi 1 e 2 siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, le amministrazioni e gli enti pubblici, deputati ai controlli relativi al rispetto delle autorizzazioni rilasciate per la costruzione e l'esercizio degli impianti da fonti rinnovabili, fermo restando il potere sanzionatorio loro spettante, trasmettono tempestivamente al GSE l'esito degli accertamenti effettuati";

- q2) *ne deriva che "in relazione agli atti prodromici che devono essere adottati da altre amministrazioni ovvero dagli enti locali o, in generale in relazione a procedimenti che devono essere gestiti dai detti enti, il controllo operato dal GSE ha carattere meramente formale, ossia di verifica della sussistenza del titolo, non potendosi spingere sino alla verifica della legittimità dello stesso a pena di stravolgimento del riparto di competenze fissato dal legislatore";*
- q3) *del resto, "Una opposta conclusione porterebbe a ritenere che il GSE operi quale Amministrazione sovraordinata rispetto a quelle che concorrono a rilasciare i titoli necessari per l'ammissione alle tariffe incentivanti. Tale esegesi, non sostenuta da una disposizione espressa di legge (che avrebbe chiaramente indole eccezionale), risulterebbe oltretutto in contrasto con i valori e i principi presidiati dagli artt. 5 e 118 Cost. secondo l'interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza del giudice delle leggi e di questo Consiglio (cfr. ex plurimis e da ultimo Corte cost., 20 maggio 2016, n. 110; Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 4 dicembre 2017, n. 5711)";*
- q4) *si è quindi concluso che "Il GSE, pertanto, si deve limitare a verificare, ai sensi del combinato disposto degli artt. 42, commi 1 e 2, cit. e 4, co. 2, lett. c), d.m. cit., l'esistenza del titolo autorizzativo, non potendo, invece, sindacare la legittimità e conseguentemente l'efficacia dello stesso. Non può, in definitiva, dubitarsi che il cd. principio di equiparazione in termini di efficacia degli atti amministrativi illegittimi a quelli legittimi, operi anche nei rapporti fra Amministrazioni, a meno che il legislatore in via eccezionale non consenta ad un soggetto pubblico di sindacare e ritenere tamquam non esset in caso ne valuti l'illegittimità, l'atto adottato da altra amministrazione. Pertanto, qualora il GSE dubiti della legittimità di un atto rilasciato da altra amministrazione deve interloquire con quest'ultima, invitandola ad esercitare i propri poteri di controllo e a trasmettere tempestivamente l'esito degli accertamenti effettuati" (così, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 29 marzo 2019, n. 2085);*
- r) *in tema di successione dei vari Conti Energia nel tempo, con progressiva riduzione delle tariffe incentivanti via via previste (come avvenuto, ad esempio, al momento dell'entrata in vigore del c.d. Quinto Conto Energia, di cui al d.m. 5 luglio 2012, che ha comportato una notevole riduzione delle tariffe previste dal precedente Quarto Conto, di cui al d.m. 5 maggio 2011), la giurisprudenza*

ha dovuto affrontare la questione del c.d. affidamento ingeneratosi in quegli operatori del settore i quali avevano avviato il proprio investimento (ossia, la costruzione dell'impianto fotovoltaico) in un momento in cui era ancora vigente il regime precedente, finendo poi invece con il poter ottenere solo le tariffe più basse del Conto successivo, essendo rilevante, in base alle norme, la data di entrata in esercizio dell'impianto; a tale proposito il Consiglio di Stato, con le sentenze 19 marzo 2015, n. 1433, della sezione IV, e 22 luglio 2014, n. 5554, della sezione VI, ha osservato che:

- r1) non è configurabile, in capo a tali operatori, una situazione giuridica di affidamento o di diritto acquisito, in considerazione del fatto che era già loro nota, al momento dell'avvio dell'iniziativa imprenditoriale, la limitatezza delle risorse pubbliche per l'incentivazione del sistema fotovoltaico;
- r2) a tale conclusione conducono, in particolare, gli artt. 23 e 25, comma 10, del d.lgs. n. 28 del 2011, con i quali il legislatore interno – in linea con gli intendimenti di quello europeo – aveva reso chiaro che il complessivo sistema degli incentivi pubblici sarebbe stato caratterizzato da una fondamentale gradualità dei benefici riconoscibili, nel senso della necessaria diminuzione, nel corso del tempo, del supporto pubblico e del suo mantenimento *“fintantoché le tariffe elettriche nel mercato interno non rifletteranno pienamente i costi ambientali e sociali e i vantaggi delle fonti energetiche utilizzate”* (così il 27° considerando della direttiva n. 2009/28/CE), ossia fino al raggiungimento della c.d. *grid parity* e cioè della parità di costi di produzione tra fonti tradizionali e fonti alternative, sostanzialmente in virtù del progresso tecnologico nel settore;
- r3) e così, per un verso, l'art. 23 del d.lgs. n. 28 del 2011 ha inserito la *“gradualità di intervento”* tra i principi generali del sistema incentivante e, per altro verso, l'art. 25, comma 10, lett. *a*, del d.lgs. n. 28 del 2011 ha introdotto un limite annuale di potenza elettrica cumulativa degli impianti fotovoltaici che possono accedere alle tariffe incentivanti; a tali direttive si sono quindi attenuti i successivi decreti ministeriali di attuazione, a cominciare dal d.m. 5 maggio 2011 il cui art. 1 si è premurato di precisare che le tariffe agevolate del Quarto Conto sarebbero rimaste operative in relazione ad un determinato costo massimo (fissato in sei miliardi di euro), una volta raggiunto il quale erano suscettibili di essere sostituite da un diverso sistema di incentivi, come in effetti è poi avvenuto con il Quinto Conto;

- r4) in definitiva, il sistema è strutturalmente caratterizzato da una restrizione progressiva delle risorse disponibili, sicché la correlata modificazione *in pejus* del quadro di riferimento, nei confronti dei soggetti che avevano già avviato un'attività imprenditoriale, non appare né irragionevole né imprevedibile e va, piuttosto, riportata al rischio di impresa, "nel momento in cui il 'boom del fotovoltaico' si è espresso in un numero di iniziative verosimilmente superiore a quello previsto dai soggetti pubblici e dagli stessi operatori privati del settore" (così, in particolare, la sentenza n. 1433 del 2015, cit.);
- r5) in senso analogo, peraltro, si era pronunciata anche l'Adunanza plenaria con la decisione del 4 maggio 2012, n. 9 (in *Giur. it.*, 2012, 2410, con nota di MAMELI, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1209, con nota di LUPPO, ed in *Riv. neldiritto*, 2013, 1153, con nota di LEONARDI), con la quale, all'esito di un'esegesi delle norme ministeriali che, già nel 2006, avevano provveduto ad un aggiornamento *in peius* delle previgenti tariffe incentivanti per la produzione di energia da fonte solare, si è affermato che "non può configurarsi un legittimo affidamento da parte dei soggetti che abbiano presentato domande negli anni 2005 e 2006, a fronte di una interpretazione del testo del d.m. del 2005 obiettivamente già in atto individuabile, prioritaria in ragione della sua diretta rispondenza alla norma di legge, di conseguenza, di certo riconoscibile da parte di operatori esperti del settore";
- r6) sul tema si segnala anche la sentenza della VI Sezione del Consiglio di Stato, n. 1777 del 18 aprile 2015 (in *Riv. giur. ambiente*, 2015, 265, con nota di CREMONA), la quale, dopo un lungo ed esauriente *excursus* ricostruttivo del complessivo sistema incentivante per la produzione di energia elettrica da conversione fotovoltaica della fonte solare, di cui ai vari Conti Energia via via succedutisi nel tempo, ha affermato che "Non è dato ritenere che una normativa primaria che abroghi, quand'anche parzialmente, una normativa precedente di pari grado incentivante abbia portata retroattiva se interviene su incentivi di impianti che ancora non siano stati ammessi al beneficio, ma di cui sia stato soltanto programmato l'investimento; infatti va posto in riferimento al principio *tempus regit actus* che soltanto nell'ammissione al beneficio consiste il fatto genetico del diritto al beneficio: mentre in precedenza sussistono soltanto aspettative di fatto riguardanti il rischio e calcolo imprenditoriale dell'imprenditore del settore; pertanto sono legittime le disposizioni, contestate dall'appellante (che mai ha attivato l'impianto) che individuano il discrimen alla data di entrata in esercizio dell'impianto in una con l'effettiva ammissione al (o concessione del) beneficio; si deve distinguere tra

la fase di predisposizione dell'impianto e la sua reale messa in opera: il fatto costitutivo di un obbligo contrattuale non si determina al momento della mera autorizzazione alla realizzazione dell'impianto";

- s) in tema di c.d. spalma incentivi, cioè del meccanismo di rimodulazione *in peius* delle modalità di erogazione degli incentivi per la produzione di energia elettrica da fonte solare, quale introdotto – a rapporti di incentivazione già iniziati ed in corso – dall'art. 26 del decreto-legge n. 91 del 2014, convertito in legge n. 116 del 2014, con il quale il legislatore ha ritardato ovvero ridotto, in modo significativo, la corresponsione degli incentivi già previsti dalla legge e già oggetto delle apposite convenzioni stipulate tra i privati ed il GSE, si consideri quanto segue:

- s1) la Corte costituzionale, con la sentenza 24 gennaio 2017, n. 16 (in *Ambiente*, 2017, 203, con nota di SPINA, nonché oggetto della *News US* in data 30 gennaio 2017, cui si rinvia per i dovuti approfondimenti), ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale che il T.a.r. per il Lazio aveva sollevato su detta norma, affermando, tra l'altro, che *"In linea di principio, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un elemento fondamentale e indispensabile dello stato di diritto, ma la tutela di esso non comporta che, nel nostro sistema costituzionale, sia assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, pur se il loro oggetto sia costituito dai diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, 2^a comma, cost.); fermo restando, tuttavia, che dette disposizioni, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica"*, circostanza, quest'ultima, che è stata esclusa nel caso di specie, in quanto *"Il legislatore del 2014 è intervenuto [...] in un contesto congiunturale nel quale – a fronte della remuneratività delle tariffe incentivanti per l'energia solare prodotta da fonte fotovoltaica, rivelatasi progressivamente più accentuata, sia rispetto anche ai costi di produzione (in ragione del repentino sviluppo tecnologico del settore), sia rispetto al quadro complessivo europeo – era venuto specularmente in rilievo il crescente peso economico di tali incentivi sui consumatori finali di energia elettrica (in particolare sulle piccole e medie imprese costituenti il tessuto produttivo nazionale)"*, sicché il legislatore *"ha operato, con logica perequativa, al dichiarato fine di 'favorire una migliore sostenibilità nella politica di supporto alle energie rinnovabili' (art. 26, comma 1, d.l. n. 91 del 2014) e di 'pervenire ad*

una più equa distribuzione degli oneri tariffari fra le diverse categorie di consumatori elettrici”;

- s2) allo stesso esito (declaratoria di manifesta infondatezza) la Corte costituzionale, sempre giudicando su rimessioni del T.a.r. per il Lazio, è pervenuta con la successiva ordinanza 12 giugno 2017, n. 138 (in *Giur. cost.*, 2017, 1332, nonché oggetto della News US in data 4 luglio 2017, cui si rinvia per altre indicazioni);
- s3) a seguito di queste declaratorie di non fondatezza, il T.a.r. per il Lazio, sezione III-ter, riassunti i giudizi *a quibus*, li ha nuovamente sospesi per sollevare, questa volta, questione interpretativa dinnanzi alla Corte di giustizia UE: con ordinanze 20 novembre 2018, nn. 11124 e 11206 (oggetto della News US in data 3 dicembre 2018, cui parimenti si rinvia per gli approfondimenti *ivi* sviluppati), doppiate dalla successiva ed identica ordinanza n. 4054 del 2019, è stato posto alla Corte di Lussemburgo il quesito *“se il diritto dell’Unione europea osti all’applicazione di una disposizione nazionale, come quella di cui all’art. 26, commi 2 e 3, del d.l. n. 91/2014, come convertito dalla legge 116/2014, che riduce ovvero ritarda in modo significativo la corresponsione degli incentivi già concessi per legge e definiti in base ad apposite convenzioni sottoscritte dai produttori di energia elettrica da conversione fotovoltaica con il Gestore dei servizi energetici s.p.a., società pubblica a tal funzione preposta; in particolare se tale disposizione nazionale sia compatibile con i principi generali del diritto dell’Unione europea di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di leale collaborazione ed effetto utile; con gli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; con la direttiva n. 2009/28/CE e con la disciplina dei regimi di sostegno ivi prevista; con l’art. 216, par. 2, TFUE, in particolare in rapporto al Trattato sulla Carta europea dell’energia”;*
- s4) vi è qui da ricordare che il Consiglio di Stato, con tre decisioni gemelle del 2 marzo 2018 della IV Sezione (le sentenze non definitive nn. 1306, 1307 e 1308, in *Foro amm.*, 2018, 438, nonché oggetto della News US in data 7 marzo 2018, cui si rinvia per una più approfondita ricostruzione della questione), ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione *“se l’art. 3, comma 3, lett. a) della Direttiva 2009/28/CE debba essere interpretato – anche alla luce del generale principio di tutela del legittimo affidamento e del complessivo assetto della regolazione apprestata dalla Direttiva in punto di incentivazione della produzione di energia da fonti rinnovabili – nel senso di escludere la compatibilità con il diritto UE di una normativa nazionale che consenta al Governo italiano di disporre, con successivi decreti attuativi, la*

riduzione o, financo, l'azzeramento delle tariffe incentivanti in precedenza stabilite" (si trattava, nel caso di specie, della riduzione delle tariffe incentivanti del fotovoltaico derivanti sia dal passaggio dal Quarto al Quinto Conto Energia, sia dalla specifica previsione di cui all'art. 65 del decreto-legge n. 1 del 2012, convertito in legge n. 27 del 2012, concernente gli impianti solari fotovoltaici con moduli collocati a terra in aree agricole) – le relative cause pregiudiziali risultano tuttora pendenti presso la Corte di giustizia UE con i numeri di ruolo C-180/18 e C-286/18;

- t) in ordine al termine per l'invio della richiesta di incentivazione al GSE (termine che, per il Secondo Conto Energia, è fissato in 60 giorni dalla data di entrata in esercizio dell'impianto, *ex art. 5, comma 4, del d.m. 19 febbraio 2007*), il Consiglio di Stato, sezione VI, con la sentenza 7 novembre 2017, n. 5136, ha affermato che, *"in applicazione del criterio della vicinanza della prova, incombeva al GSE fornire la prova che nessuna richiesta di assistenza fosse pervenuta al numero indicato, previa predisposizione di un sistema tecnico di tracciabilità delle chiamate di assistenza, la cui mancanza non è certo addebitabile agli utenti tenuti, quale unica alternativa al malfunzionamento del sistema, a ricorrere al sistema di assistenza indicato dal GSE. // Né, in difetto dell'indicazione di modalità alternative di inoltro delle domande, era esigibile che la parte istante ricorresse ad una qualsiasi altra forma di presentazione delle domande, non prevista dalla disciplina normativa, la quale – si ribadisce – prevedeva come unica ed esclusiva modalità (quindi, a pena di inammissibilità, evidentemente anche a tutela della par condicio dei richiedenti) quella dell'inoltro telematico. // Ne consegue l'illegittimità, per violazione dei principi di correttezza e di buon andamento dell'azione amministrativa, del diniego opposto dal GSE, essendo l'inoltro tardivo della domanda (peraltro, solo di pochi giorni) imputabile alla sfera di responsabilità dello stesso GSE, ed avendo la richiedente assolto a tutte le incombenze da essa esigibili in una situazione di malfunzionamento della piattaforma telematica del GSE (il quale, pur avendo natura giuridica di società per azioni, è un soggetto a totale partecipazione pubblica esercente funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico, con la conseguenza che gli atti adottati nell'esercizio di tali funzioni – ivi comprese le determinazioni assunte in tema di riconoscimento di tariffe incentivanti per impianti fotovoltaici – devono informarsi ai principi e criteri di cui all'art. 1 l. n. 241/1990)"*.