

AMBIENTE: Interventi di efficienza energetica - Decadenza - Illegittimità dell'esercizio dei poteri di verifica e controllo ai sensi del d.m. 11.01.2017 - Richiesta presentata in base al previgente d.m. 28.12.2012 - Non regolarità o non conformità al progetto - Incisione sulla quantificazione dell'incentivo - Necessità.

Cons. Stato, Sez. IV, 4 giugno 2021, n. 4291

- in *Riv. giurid. dell'edilizia*, 4, 2021, pag. 1332

“[...] per affermare - all'attualità - la sussistenza dell'illecito sanzionabile sulla base della previgente normativa, non è sufficiente che l'irregolarità o la non conformità di cui al d.m. 2012 continuino ad essere sanzionate anche sulla base del più rigoroso d.m. 2017, perché ciò che è invece decisivo, rispetto agli accertamenti che dovevano essere espletati sulla base della previgente regolamentazione, è che la condizione oggettiva di non regolarità o di non conformità al progetto incida (rectius, abbia inciso) specificamente sulla quantificazione o sull'erogazione dell'incentivo [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. La S.r.l. Molinaro ha impugnato, chiedendone l'annullamento, i provvedimenti con cui il GSE ha dichiarato la decadenza dal diritto all'ottenimento degli incentivi T.E.E. e ha ingiunto alla medesima società la restituzione degli importi già erogati.

2. A sostegno delle proprie pretese, l'interessata deduceva:

- a) la falsa applicazione del d.m. 11 gennaio 2017, in luogo del d.m. 28 dicembre 2012;
- b) la violazione del principio di non aggravamento del procedimento amministrativo;
- c) l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, essendo state contestate solo “violazioni formali che non incidono sulla legittimità sostanziale del provvedimento” (in quanto, nella specie, sarebbe stato “realizzato il risparmio programmato, anche in misura maggiore”), nonché falsa applicazione della definizione di “data di prima attivazione di un progetto” di cui all'art. 1 delle Linee Guida AEEG;
- d) la violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del d.m. 28 dicembre 2012, in punto di erronea individuazione, da parte del Gestore, della documentazione necessaria per i progetti c.d. standardizzati, ed illegittimità connessa alla mancata utilizzazione del rimedio del c.d. soccorso istruttorio;
- e) la violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, per mancata considerazione della documentazione prodotta dalla società ricorrente in corso di procedimento;

f) la violazione delle Linee Guida AAEG e degli artt. 1, 10 e 12, comma 2, del d.m. 28 dicembre 2012, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti, in punto di corretta individuazione della data di avvio del progetto da ricondurre al giorno 9 settembre 2015;

g) la violazione dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, per carenza dei requisiti legittimanti il c.d. potere di autotutela del Gestore.

3. Il T.a.r., con la sentenza impugnata di cui all'epigrafe, ha esaminato partitamente tutti i motivi di ricorso, rigettandoli, e ha compensato tra le parti le spese di lite.

4. La S.r.l. Molinaro ha appellato la pronuncia e ha riproposto le censure respinte nel primo grado, articolandole, nella sostanza, quali motivi di critica avverso la pronuncia medesima.

Più nel dettaglio, ha lamentato:

4.1. *Error in iudicando: falsa applicazione del d.m. 11 gennaio 2017, in luogo del d.m. 28 dicembre 2012 - violazione del d.m. 28 dicembre 2012 e del d.m. 20 luglio 2004 nonché dell'art. 12 linee guida EEN 9/11 - eccesso di potere per difetto di presupposto e di istruttoria, illogicità manifesta, travisamento del fatto violazione di legge ed errore di diritto.*

4.2. *Error in iudicando: eccesso di potere per difetto di istruttoria e/o di motivazione, essendo state contestate solo “violazioni formali che non incidono sulla legittimità sostanziale del provvedimento” (in quanto, nella specie, sarebbe stato “realizzato il risparmio programmato, anche in misura maggiore”), nonché falsa applicazione della definizione di “data di prima attivazione di un progetto” di cui all'art. 1 delle linee guida AAEG sulla individuazione della data di avvio del progetto.*

4.3. *Error in iudicando - eccesso di potere per violazione del principio di non aggravamento del procedimento amministrativo - violazione e falsa applicazione art. 12 del d.m. 28.12.2012 in punto di erronea individuazione da parte del gestore, della documentazione necessaria per i progetti c.d. standardizzati ed illegittimità connessa alla mancata utilizzazione del soccorso istruttorio.*

4.4. *Error in iudicando: violazione dei principi di effettività, del giusto processo e del libero convincimento del giudice – violazione del principio dell'onere della prova- violazione del principio di terzietà ed imparzialità del giudice.*

4.5. *Violazione art. 116 c.p.c. ex art. 39 c.p.a. e violazione dell'art. 64 c.p.a.*

5. Il G.S.E. si è costituito in resistenza chiedendo la reiezione dell'avverso gravame.

6. Le parti hanno ulteriormente insistito sulle rispettive tesi difensive, mediante il deposito di documenti e memorie.

7. All'udienza pubblica del 30 marzo 2021, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 25, del d.l. n. 137 del 2020.

8. L'appello è fondato e va, pertanto, accolto.

9. La Sezione ritiene decisivo, nel senso dell'accoglimento del gravame, il primo motivo di appello, a sua volta ripropositivo del primo motivo di ricorso originario.

Ad avviso della S.r.l. Molinaro, il Gestore avrebbe, senza averne il potere, modificato la norma sulla base della quale gli operatori hanno basato le proprie scelte d'investimento, con ulteriore lesione dei principi di certezza del diritto e legittimo affidamento, discostandosi dai parametri applicabili alla fattispecie mediante l'introduzione di elementi non contemplati dalla disciplina di riferimento e in contrasto con il metodo standardizzato.

Specificamente, il Gestore avrebbe esercitato il potere di verifica e controllo alla luce dei criteri introdotti dal D.M. 11 gennaio 2017 (come espressamente indicato nel testo del provvedimento adottato) e non, invece, sulla base del D.M. 28.12.2012 applicabile alla fattispecie.

Il T.a.r. ha respinto il motivo ritenendo che il Gestore avrebbe sostanzialmente adottato i principi di cui al D.M. 28.12.2012, e che il richiamo al D.M. 11 gennaio 2017 sarebbe stato effettuato soltanto *“allo scopo di legittimare l'esercizio del potere di controllo del Gestore anche alla luce della normativa regolamentare sopravvenuta”*.

Ad avviso della Sezione, il ragionamento logico-giuridico seguito dal primo giudice non è convincente alla luce delle considerazioni di cui appresso.

In primo luogo, è pacifico tra le parti che la RVC oggetto dell'atto gravato è stata presentata anteriormente all'entrata in vigore del nuovo d.m. 11 gennaio nel 2017, il quale reca la vigente regolamentazione delle modalità di rendicontazione dei risparmi energetici e risulta inapplicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie all'esame. Tale circostanza è stata assodata anche dal primo giudice, specificando in motivazione che ciò sarebbe stato *“riconosciuto anche dalla resistente nelle sue memorie difensive”*.

Inoltre, il provvedimento impugnato è stato motivato quasi esclusivamente mediante il richiamo ai principi di cui al D.M. 17 gennaio 2017, come già detto pacificamente inapplicabile alla presente fattispecie.

È di poi rilevante la diversità contenutistica e di regolamentazione circa il potere di verifica e di controllo esercitato dal Gestore sulla base dell'una o dell'altra normativa.

Più nel dettaglio, il d.m. 28 dicembre 2012 all'art. 14 prevede che *“1. Il GSE, coadiuvato da ENEA, esegue i necessari controlli per la verifica della corretta esecuzione tecnica ed amministrativa dei progetti che hanno ottenuto certificati bianchi. Allo scopo, verifica a campione la regolare esecuzione delle iniziative, la loro conformità al progetto approvato ed in aderenza alle linee guida in vigore alla presentazione del progetto, la completezza e regolarità della documentazione da*

conservare così come prescritto nelle schede tecniche, incluse le eventuali varianti approvate. Possono essere eseguiti sopralluoghi in corso d'opera e ispezioni nel sito di realizzazione del progetto, 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.

[...]

3. Nel caso in cui siano rilevate modalità di esecuzione non regolari o non conformi al progetto, che incidono sulla quantificazione o l'erogazione degli incentivi, il GSE dispone l'annullamento dei certificati imputabili all'irregolarità riscontrata e applica al soggetto responsabile le misure di cui all'art. 23, comma 3, del decreto legislativo n. 28/2011, provvedendo, ai sensi dell'art. 42 del medesimo decreto, a darne segnalazione alle autorità competenti, ivi inclusa l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ai fini dell'irrogazione delle eventuali sanzioni. [...].”

L'art. 12 del D.M. 11 gennaio 2017 prevede invece che “1. Il GSE svolge il controllo sugli interventi di efficienza energetica mediante verifiche documentali ovvero ispezioni e sopralluoghi in situ, al fine di accertare la corretta esecuzione tecnica ed amministrativa dei progetti per i quali è stato richiesto o concesso l'accesso agli incentivi.

2. Nello svolgimento delle attività di cui al comma 1, il GSE verifica:

a) la sussistenza e la permanenza dei presupposti e dei requisiti originali per il riconoscimento e il mantenimento degli incentivi;

b) la conformità degli interventi realizzati al progetto approvato e alle disposizioni normative vigenti alla data della presentazione del progetto;

c) la congruenza tra l'incentivo erogato e i risparmi energetici derivanti dall'intervento effettuato;

d) la completezza e la regolarità della documentazione da conservare così come prescritto nei progetti approvati, incluse le eventuali varianti, e dalla normativa al momento dell'approvazione del progetto.

[...] 13. Le violazioni, elusioni, inadempimenti, incongruenze da cui consegue in modo diretto e sostanziale l'indebito accesso agli incentivi costituiscono violazioni rilevanti di cui all'art. 42, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2011. Pertanto, nel caso di accertamento di una o più violazioni rilevanti, il GSE dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché' il recupero delle somme già erogate.

14. Costituiscono violazioni rilevanti anche:

a) la presentazione al GSE di dati non veritieri o documenti falsi, mendaci o contraffatti, al fine di avere indebito accesso agli incentivi;

- b) l'indisponibilità della documentazione da conservare obbligatoriamente ai sensi del presente decreto, nel caso in cui se ne sia già accertata l'assenza nell'ambito di una precedente attività di controllo;*
- c) il comportamento ostantivo od omissivo tenuto nei confronti del gruppo di verifica, consistente anche nel diniego di accesso alle strutture dell'intervento nella disponibilità del soggetto titolare del progetto ovvero alla documentazione purché strettamente connessa all'attività di controllo;*
- d) l'alterazione della configurazione dell'intervento, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento degli incentivi;*
- e) l'utilizzo di componenti contraffatti ovvero rubati;*
- f) l'inosservanza delle prescrizioni contenute in precedenti provvedimenti in esito all'attività di controllo.”.*

Dal raffronto tra le due menzionate normative è possibile evincere che, ai sensi del d.m. 28 dicembre 2012, il presupposto per l'annullamento dei certificati e l'applicazione delle sanzioni è costituito dal rilevamento di “modalità di esecuzione non regolari o non conformi al progetto, che incidono sulla quantificazione o l'erogazione degli incentivi”.

Il vigente D.M. 11 gennaio 2017 ha previsto, invece, che qualsiasi violazione, ivi compresa la semplice “incongruenza”, comporta la decadenza dagli incentivi e l'applicazione delle sanzioni (“*Le violazioni, elusioni, inadempimenti, incongruenze da cui consegua in modo diretto e sostanziale l'indebito accesso agli incentivi costituiscono violazioni rilevanti di cui all'art. 42, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2011.*”). Al comma 14, inoltre, ha previsto un elenco esemplificativo, anche se non tassativo, di fattispecie qualificabili in termini di ‘violazioni rilevanti’.

Il provvedimento di decadenza impugnato è stato emesso all'esito di un procedimento avviato con comunicazione del 28 novembre 2017, in cui espressamente si indica che la verifica è effettuata ai sensi del comma 1, dell'art. 12 del d.m. 11 gennaio 2017.

Analoga specificazione è riportata nelle premesse dell'atto recante il riepilogo dell'attività svolta, in cui chiaramente ed espressamente si fa riferimento alle verifiche indicate dal comma 2 del cit. art. 12, a sua volta articolato in quattro lettere (a, b, c, d).

In tale atto è inoltre riportata l'ampia locuzione contenuta nel successivo comma 13 dell'art. 12, ove si fa riferimento, quali tipiche fattispecie di irregolarità, alle elusioni, inadempimenti e incongruenze, oltre che alle violazioni.

È pur vero che, ad un certo punto dell'atto, si fa menzione anche dell'art. 14, comma 3 del d.m. del 2012, ma nel corpo della motivazione non è specificato, né è altrimenti desumibile, sulla base di quale norma sia stato effettivamente qualificato il fatto contestato.

Ad avviso della Sezione, la mancata indicazione della base legale costituisce causa di illegittimità dell'atto impugnato, perché il D.M. 28 dicembre 2012 delimita(va) il controllo a quelle sole modalità di esecuzione “*non regolari e non conformi al progetto, che incidono sulla quantificazione o l'erogazione degli incentivi*”.

In altre parole, per affermare - all'attualità - la sussistenza dell'illecito sanzionabile sulla base della previgente normativa, non è sufficiente che l'irregolarità o la non conformità di cui al d.m. 2012 continuino ad essere sanzionate anche sulla base del più rigoroso d.m. 2017, perché ciò che è invece decisivo, rispetto agli accertamenti che dovevano essere espletati sulla base della previgente regolamentazione, è che la condizione oggettiva di non regolarità o di non conformità al progetto incida (*rectius*, abbia inciso) specificamente sulla quantificazione o sull'erogazione dell'incentivo.

Nel caso all'esame, non è possibile determinare, sulla base della semplice lettura dell'atto impugnato, se e in quale modo la violazione riscontrata abbia inciso sulla quantificazione o sull'erogazione dell'incentivo.

Ad ogni buon conto, esula dal sindacato giurisdizionale di legittimità il potere di riedire, in funzione di amministrazione attiva, l'accertamento del nesso di causalità tra la violazione riscontrata e la sua incidenza sull'incentivo, trattandosi di poteri non ancora esercitati e ostandovi, comunque sia, l'art. 34 del c.p.a.

Resta inteso che il Gestore, nell'esercizio della sua inesauribile discrezionalità, potrà valutare se riedire o meno il potere, con il solo vincolo conformativo nascente dal presente giudicato di fare integrale e sola applicazione della base legale rappresentata dal d.m. del 2012; di procedere alla specifica contestazione del fatto, alla sua qualificazione giuridica e alla determinazione del nesso di incidenza qualitativa e quantitativa sull'incentivo erogato o effettivamente spettante.

È inoltre rimessa alla prudente valutazione del Gestore, nell'ambito del procedimento amministrativo così riavviato, la verifica se l'applicazione della corretta base legale incida o meno anche sulla individuazione della data di avvio dei lavori.

Infine, il Gestore valuterà se tenere conto degli esiti dell'attività di accertamento ispettivo condotto dalla Guardia di finanza, formalizzato mediante processo verbale di constatazione datato 18 dicembre 2019, successivo alla data di pubblicazione della sentenza di primo grado (la sentenza è stata pubblicata in data 3 settembre 2019).

Dagli esiti del menzionato processo, infatti, non parrebbero emergere 'a prima lettura' irregolarità amministrative suscettibili di comunicazione o segnalazione alle competenti Autorità.

10. In definitiva, alla luce delle considerazioni illustrate, l'appello va accolto (nello specifico, è accolto il primo motivo) e, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il primo motivo di

ricorso originario e di conseguenza vanno annullati gli atti impugnati, fermi gli ulteriori provvedimenti che il Gestore vorrà emanare, con i vincoli conformativi di cui al punto 9 che precede.

Le residue censure di appello sono assorbite (v. Plenaria n. 5/2015).

11. Le spese del doppio grado sono compensate per la novità delle questioni trattate, mentre il pagamento del contributo unificato del doppio grado va posto a carico, in via definitiva, del G.S.E.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta,, definitivamente pronunciando sull'appello n. 2643 del 2020, come in epigrafe proposto:

- a) accoglie il primo motivo di appello;
- b) per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il primo motivo di ricorso introduttivo del giudizio e, di conseguenza, annulla gli atti impugnati;
- c) restano fermi gli ulteriori provvedimenti che il Gestore vorrà emanare, con i vincoli conformativi nascenti dal presente giudicato (v. in particolare il punto 9 della motivazione);
- d) compensa le spese del doppio grado;
- e) pone il pagamento del contributo unificato del doppio grado a carico, in via definitiva, del G.S.E. resistente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2021 – svoltasi mediante collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25, del d.l. n. 137 del 2020 - con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente
Oberdan Forlenza, Consigliere
Daniela Di Carlo, Consigliere, Estensore
Francesco Gambato Spisani, Consigliere
Nicola D'Angelo, Consigliere

L'ESTENSORE

Daniela Di Carlo

IL PRESIDENTE

Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO