

Pubblicato il 12/01/2017

N. 00050/2017REG.SEN.
N. 05923/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 5923/2014 RG, proposto dalla FINSOLAR s.r.l., corrente in Bologna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Maria Specchio, Piergiorgio Galli e Manfredi De Vita, con domicilio eletto in Roma, p.za Mignanelli n. 3;

contro

Gestore dei servizi energetici – GSE s.p.a., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Segato, con domicilio eletto in Roma, via Bradano n. 26;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per il Lazio – Roma - sez. III-*ter*, n. 4688 del 6 maggio 2014, resa tra le parti e concernente il provvedimento di annullamento in autotutela dell'ammissione alle tariffe incentivanti relative all'impianto fotovoltaico della Società appellante;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della GSE s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 27 ottobre 2016 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati Galli e Segato;

Ritenuto in fatto che:

- la FINSOLAR s.r.l., corrente in Bologna, dichiara d'esser titolare dell'impianto fotovoltaico sito nel territorio comunale di Foggia, loc. Pietrafitta, denominato *Finsolar Pietrafitta* (n. 216356);
- per la realizzazione di tale impianto, il 30 dicembre 2010 comunicò alla GSE s.p.a. d'aver già concluso i relativi lavori e il successivo 15 luglio 2011 chiese di accedere alle tariffe incentivanti di cui al c.d. II Conto energia;
- dopo alcuni favorevoli sopralluoghi *in situ*, nondimeno, il 25 novembre 2011 la GSE s.p.a. chiese a detta Società talune delucidazioni ed integrazioni documentali, aventi ad oggetto, fra l'altro, il mancato collegamento elettrico del fotografato trasformatore elevatore BT / MT sul lato della bassa tensione, nonché l'effettiva voltura dell'autorizzazione unica – AU n. 137 del 1° giugno 2010 -rilasciata ad altra impresa;
- nonostante i chiarimenti, il 21 marzo 2012 la GSE s.p.a. ha comunicato a detta Società la decadenza dai benefici *de quibus*, avendo constatato che essa:
 - (i) aveva dichiarato d'aver caricato erroneamente una fotografia del trasformatore scattata prima (23 dicembre 2010) della data di fine lavori; (ii) tale documentazione è inidonea a superare le difformità riscontrate sui mancati collegamenti elettrici di BT; (iii) invece era tenuta ad inviare un dossier fotografico atto a dimostrare l'effettiva fine di detti lavori entro il 31 dicembre 2010 (come da procedure operative GSE ex l. 129/2010); (iv) l'erroneo caricamento di siffatta fotografia non ha permesso di valutare in modo inequivocabile la presenza di tutte le condizioni per fruire dei predetti benefici;
- avverso tale provvedimento e gli atti connessi la Società è insorta avanti al T.a.r. Lazio, con il ricorso n. 4193/2012, deducendo in punto di diritto:
 - I) – l'effettiva ultimazione dei lavori entro il predetto termine del 31 dicembre 2010;

II) – l'omesso rispetto dei termini procedurali ex art. 5 del DM 19 febbraio 2007, da parte di GSE s.p.a., di 60 gg. per comunicare la tariffa incentivante e di 90 gg. per l'inoltro delle osservazioni, nonché l'omesso preavviso di rigetto ex art. 10-bis della l. 241/1990;

– nelle more di quel giudizio, detta Società ha inviato ulteriore documentazione, tra cui la perizia tecnica di fine lavori in data 29 dicembre 2010 a firma dell'ing. Muciaccia ed il verbale di collaudo avvenuto in presenza dell'*advisor* tecnico Nomisma Energia consulente indipendente delle banche finanziatrici del progetto;

– tuttavia, la GSE s.p.a. ha ribadito, a seguito della richiesta attorea di riesame, la decadenza *de qua* in base al provvedimento del 21 giugno 2012 per assenza di elementi di novità (il trasformatore fotografato il 27 dicembre 2010 era diverso da quello ritratto nella fotografia in data 23 dicembre 2010 caricata nel portale del gestore); contro tale provvedimento la Società Finsolar ha proposto l'atto per motivi aggiunti depositato il successivo 31 luglio 2012;

– l'adito T.a.r., con sentenza n. 4688 del 6 maggio 2014, ha respinto integralmente la pretesa attorea poiché ha ritenuto: i) che effettivamente la ricorrente non diede inequivocabile evidenza d'aver tempestivamente concluso i predetti lavori; ii) non perentori i termini procedurali; iii) inapplicabile l'art. 10-*bis* della l. 241/1990 alle procedure di tipo concorsuale qual è stata quella inerente ai benefici in questione;

– ha appellato quindi detta Società, con il ricorso in epigrafe, articolando tre complessi mezzi di gravame (da pagina 7 a pagina 30 dell'atto di appello);

Considerato in diritto quanto segue:

– preliminarmente il Collegio rileva che il *thema decidendum* è delimitato dai motivi ritualmente introdotti nel giudizio di primo grado; non sono ammissibili, per violazione del divieto dei *nova* sancito dall'art. 104 c.p.a., le censure introdotte per la prima volta in appello o peggio nelle memorie difensive (nella specie depositate in data 23 e 26 settembre 2016) aventi valore puramente illustrativo (cfr. fra le tante Cons. Stato, Sez. V, n. 5863 del 2015);

conseguentemente il Collegio prenderà in esame direttamente il ricorso di primo grado;

- con il primo motivo (da pagina 6 a pagina 14 del ricorso principale di primo grado) sono state articolate le seguenti censure:

a) si contesta che l'impianto non fosse stato effettivamente completato alla data del 31 dicembre 2010 e si afferma che sono state rispettate le procedure operative indicate dal GSE per la gestione delle comunicazioni di fine lavori degli impianti fotovoltaici (pagine 6 – 10);

b) si assume che la prova del completamento dei lavori risulti univocamente dalla già citata perizia tecnica dell'ing. Muciaccia, dalla fotografia del 27 dicembre 2010, dal sopralluogo effettuato in data 18 gennaio 2011, dal menzionato verbale di collaudo dell'impianto dell'*advisor* tecnico, dalla evidenza del disguido in cui è incorsa l'impresa nel caricare la fotografia del 23 dicembre 2010 (pagine 10 – 12);

c) si afferma che il gestore ha violato l'obbligo del soccorso istruttorio, ha omesso di tenere in debito conto le integrazioni documentali fornite, non ha considerato il carattere materiale dell'errore in cui è incorsa l'impresa e tale da costituire una mera irregolarità, non ha conformato la propria azione alla circolare interpretativa 3 giugno 2011;

- con il secondo motivo (da pagina 14 a pagina 19) si deduce che:

d) la richiesta di integrazione documentale è stata effettuata oltre il termine perentorio di 60 giorni previsto dalla disciplina di settore; è stato concesso un termine di soli 10 giorni per l'inoltro delle osservazioni da parte dell'impresa;

e) è stato omesso il preavviso di rigetto ex art. 10-*bis*, l. n. 241 del 1990 e comunque è evidente la contraddittorietà e la carenza di motivazione anche alla luce dei chiarimenti forniti dal medesimo gestore ad altri operatori, per giunta in contrasto con quanto stabilito dalla circolare del 3 giugno 2011;

- tutti i motivi sono infondati alla stregua delle seguenti considerazioni in fatto e diritto:

- f) non è controversa tra le parti, anzi è ammessa dalla stessa ricorrente, l'erroneità del caricamento, nel portale del gestore di una fotografia non aggiornata che ritraeva uno dei trasformatori del suo impianto, privo dei collegamenti elettrici di bassa tensione; la società era onerata di caricare sul predetto portale documenti atti a dimostrare il completamento di tal impianto entro la data del 31 dicembre 2010, al fine della sua ammissione ai benefici di cui al II Conto Energia e tale omissione non consentì alla GSE s.p.a. d'accertare la reale conclusione dei relativi lavori e ciò ben fu fatto constare alla detta Società con il provvedimento di decadenza; il sopralluogo del 10 marzo 2011 si è concluso con la richiesta di documenti; il certificato di fine lavori dell'ing. Muciaccia in data 29 dicembre 2010 è totalmente generico e non menziona in alcun modo i trasformatori; la documentazione proveniente dall'*advisor* e quella integrativa (depositata in primo grado nel dicembre 2012) è successiva financo al provvedimento di reiezione dell'istanza di autotutela;
- g) 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;
- h) in base al micro ordinamento di settore, poiché il completamento dei lavori alla data ultima, è elemento costitutivo della complessa fattispecie (comprensiva del riconoscimento di tale circostanza da parte della P.A.), da cui scaturisce il diritto soggettivo all'incentivo tariffario, la prova rigorosa di tale requisito temporale grava sul richiedente e deve essere data in sede procedimentale, posto che la validità del provvedimento di decadenza reso in sede di autotutela, deve essere vagliata avuto riguardo alla situazione di fatto e diritto presente alla data della sua emanazione;
- h) 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 obbiettivi 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 obbiettivi avuti di mira dal normatore, anche allo scopo di evitare che si configurino aiuti di stato illegittimi (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 3778 del 2012; sui principi generali in materia di contributi pubblici, Ad. plen. n. 20 del 2012; Corte giust. UE, sez. VIII, 26 maggio 2016, C-273/15);

i) non sfugge al Collegio che, nella disciplina generale del procedimento amministrativo, vige il potere di soccorso istruttorio ex art. 6, co. 1, lett. b) della l. 241/1990 (per cui «...*il responsabile del procedimento... può chiedere... la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete... e ordinare esibizioni documentali...*»), il quale costituisce un istituto generale e, nel particolare settore delle selezioni diverse dall'evidenza pubblica, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione ed orienta l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti posseduti, attenuando la rigidità delle forme; ma tale principio non è incondizionato, essendo temperato da varie altre considerazioni che servono a precisare l'ambito del "soccorso istruttorio", in particolare in relazione alle procedure comparative e di massa o che pongono oneri specifici a chi vuol ottenere le scarse e non facilmente riproducibili risorse finanziarie pubbliche d'incentivo alle fonti d'energia rinnovabili; in questi casi (arg. *funditus* ex Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9), si configurano in capo al singolo obblighi di correttezza, specificati con il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità, che rinvengono 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, di compilare moduli, di presentare la prescritta documentazione, ecc. (cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 6 febbraio 2016 n. 796 e 4 ottobre 2016 n. 4081); conseguentemente, ove sia chiesto un adempimento (rimasto inevaso) entro un dato termine, decorso il quale non è più possibile ottenere, in via definitiva o nel determinato procedimento, un bene della vita governato dal pubblico potere, tale mancanza non può formare oggetto di domanda d'integrazione o di richiesta di acquisizione a carico della P.A. in base al cd. "obbligo di soccorso" ex art. 6 della l. 241/1990; infatti, la produzione postuma di un documento o, parimenti, di un documento richiesto in una determinata forma, non può avere l'effetto di sanare retroattivamente la causa di esclusione o il mancato impedimento della decadenza; sicché l'impresa non può fondatamente denunciare l'omessa attivazione del soccorso istruttorio, non potendosi configurare a carico della GSE s.p.a. alcun onere nei sensi invocati, poiché il diniego di ammissione alle tariffe incentivanti previste dal DM 19 febbraio 2007, a fronte della riscontrata assenza della condizione legale costituita dall'effettiva ultimazione dei lavori entro la data prevista dalla fonte primaria (31 dicembre 2010), è un *atto dovuto*, con la conseguenza che ogni eventuale apporto collaborativo da parte dell'appellante sarebbe stato comunque inidoneo a modificare il contenuto della determinazione finale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 maggio 2016 n. 2077; sez. IV, n. 209 del 2016);

l) né, a tutto concedere, può l'appellante pretendere d'aver dimostrato seppur *ex post* l'avvenuto completamento entro il predetto termine e certo non perché il suo impianto era costituito da sei trasformatori (ché la riscontrata anomalia riguardò solo quello di cui alla fotografia erroneamente caricata, nei riguardi del quale, però, essa non diede, neppure dopo, la prova del collegamento), né perché la nuova documentazione fotografica indicò la data del 27 dicembre 2010 (in realtà riferibile a trasformatori diversi dal precedente, come ha ammesso detta Società a pag. 7 della memoria del 23 settembre 2016) ma senza fornire un serio principio di prova circa la certezza di questa, mentre

l'unica data certa fu quella del caricamento della documentazione sul portale della GSE s.p.a.;

m) né consta la paventata applicazione, nei riguardi dell'appellante, di qualsivoglia sanzione al di là della mancata ammissione ai benefici di cui al ripetuto DM, tant'è che detta Società poté accedere poi a quelli previsti dal DM 5 maggio 2011;

n) il termine di sessanta giorni di cui all'art. 5, co. 5 del DM 19 febbraio 2007 ed all'art. 5 della delibera dell'Autorità di settore n. 90 del 2007 (per comunicare al soggetto responsabile la tariffa incentivante riconosciutagli) in modo specifico presuppone, ma ciò non avvenne nella specie, la completezza della documentazione da allegare alla relativa istanza; tale termine, inoltre, non è perentorio non essendo previsto come tale da una norma di legge, trattandosi, invero, di un termine posto nell'interesse dell'Amministrazione onde svolgere la doverosa attività di controllo (cfr. sul punto, Cons. Stato, sez. V, n. 5773 del 2012; nonché le considerazioni svolte in generale dalla Plenaria n. 10 del 2014);

o) non rileva l'assegnazione all'appellante, con la nota GSE del 25 novembre 2011, d'un termine di soli dieci giorni, anziché di quello di novanta giorni invocato da detta Società, detta nota essendo servita a dar notizia a quest'ultima delle ragioni sulla non accoglibilità di tal istanza, applicando in tal modo l'art. 10-*bis*, co. 1, della l. 241/1990 e di sollecitarne le osservazioni (poi pervenute il 14 dicembre 2011 ed il 27 novembre 2013);

p) comunque ogni anomalo uso del citato art. 10-*bis* non comporta l'annullamento dell'atto impugnato, all'uopo soccorrendo il successivo art. 21-*octies* in relazione alla natura del tutto doverosa e non discrezionale della non ammissione alle tariffe incentivanti, nel caso d'omesso tempestivo completamento dell'impianto; l'interesse pubblico al ritiro del finanziamento *contra ius* prevale sulle aspettative del privato (cfr. Cons. Stato, sez. V, nn. 5862 e 5863 del 2015; sez. VI, n. 3667 del 2015; sez. IV, n. 209 del 2016);

- la reiezione del ricorso principale di primo grado ed il conseguente consolidamento del provvedimento di decadenza del 21 marzo 2012, rendono improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, i motivi aggiunti proposti avverso il diniego di autotutela del 21 giugno 2012;
- in forza delle su esposte considerazioni l'appello va respinto, fermo restando che le questioni testé vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c. e che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso;
- le spese di giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. IV), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso n. 5923/2014 RG in epigrafe), lo respinge. Condanna la Società appellante al pagamento, a favore della GSE s.p.a. resistente e costituita, delle spese del presente giudizio, che sono nel complesso liquidate in € 6.000,00 (Euro seimila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 27 ottobre 2016, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Vito Poli, Presidente

Andrea Migliozi, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Oberdan Forlenza, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvestro Maria Russo

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO