

## Certificati Bianchi

Dalle lampadine a basso consumo alle dichiarazioni pretese ex post: l'infelice epilogo di un meccanismo virtuoso

..... Anna Maria Desiderà, Avvocato cassazionista - Rödl & Partner .....

Ci siamo ritrovati numerosi lo scorso giugno, all'appuntamento sui CB che il FIRE organizza da molti anni a Roma. L'occasione è pressochè unica per gli operatori del settore per conoscere le novità ed affrontare le questioni aperte alla presenza delle Autorità, ARERA e GSE.

Da molto tempo però il clima che si respira è cambiato: appare un ricordo lontano l'entusiasmo di operatori che hanno creduto nell'efficienza energetica molto prima che diventasse, oggi, molti anni più tardi, un argomento da campagna elettorale.

Tutti sanno che dal 2017 il meccanismo è radicalmente cambiato, si stenta però a riconoscere che da quella data non si è mai più ripreso.

Quest'anno quantomeno si è ammesso, riferendosi al sistema pre-vigente, che "in passato sono stati fatti molti errori". Ora, come quel giorno, chiedo: perché il prezzo di quegli errori lo devono pagare solo gli operatori?

Il problema ha sicuramente origini

lontane, ma gli esiti negativi del processo di verifica, disposto dal GSE a tappeto su moltissimi progetti standard, ricadono purtroppo unicamente sugli operatori, in particolare le ESCo.

E', infatti, impressionante la percentuale di decadenze/annullamenti disposti dal GSE nel 97% dei progetti riesaminati dopo anni dalla loro approvazione e incentivazione: un dato che offusca innegabilmente l'immagine del GSE, chiamato ad amministrare il meccanismo dal 2012, e mette certamente in difficoltà anche chi al suo interno vorrebbe oggi 'rimettere in piedi' il settore.

Si è, purtroppo, appreso in quella occasione che neppure la soluzione introdotta con il Decreto Semplificazioni (i.e. art. 56, comma 8, DL 76/2020), proprio al fine di deflazionare il contenzioso originato da tali provvedimenti caducatori, ha portato a un riequilibrio delle posizioni, avendo il GSE reso noto che le istanze, presentate dagli operatori a sensi della citata novella, vengono rigettate nella gran parte dei casi.



Di più, chi ha avuto modo di esaminare uno di questi rigetti (temo che, come per i provvedimenti di annullamento/decadenza, anche questi presentino molti elementi comuni) noterà facilmente l'aggravio degli addebiti a carico dell'operatore.

Se la decadenza dagli incentivi (piuttosto che l'annullamento) si fondava sulla mancanza e/o insufficienza dei documenti, messi a disposizione dall'operatore, contestata dal GSE non sulla base di una previsione normativa ma di un suo proprio elenco, i rigetti delle istanze ex art. 56 DL 76/2020 si basano sulla ritenuta sussistenza di una "falsa rappresentazione dei fatti"

contestata dal GSE, non a seguito dell'accertamento da parte del medesimo di dati diversi da quelli indicati dagli operatori nelle RVC, ma per l'asserita insufficiente prova degli stessi derivante, come appena ricordato, dalla ritenuta mancata e/o insufficiente produzione di documenti, pretesi ex post dal GSE, a distanza di molti anni sia dalla approvazione delle RVC, sia, ancor più, dalla realizzazione degli interventi ivi rendicontati.

Una trappola perfetta, da cui è una questione di fortuna uscire illesi. Per farsene convinti basta leggere le sentenze - entrambe del Consiglio di Stato, Sezione IV, - n. 1372/2021 e n. 2583/2022:

- nella prima è stato affermato che non si può "tollerare, alla luce dei principi anche europei di tipicità, tassatività, prevedibilità e conoscibilità delle norme che regolano l'azione amministrativa, una soluzione esegetica che imponga ex post a carico del privato l'obbligo di acquisire documentazione originariamente non prevista, e che di poi consenta al GSE la verifica del possesso dei requisiti in assenza di criteri predeterminati, producendo nella sostanza nella sfera del destinatario una sorta di effetto a sorpresa";
- nella seconda è stato affermato che è necessario che la dichiarazione del cliente partecipante - della quale, stando proprio al precedente appena citato, non era neppure previsto l'obbligo di acquisizione da parte dell'operatore - sia corredata dal documento di identità.

Stesso Giudice, stessa Sezione: nel primo caso la ESCo è stata riammessa agli incentivi, nel secondo rischia di 'chiudere i battenti'.

E' più che comprensibile la difficoltà di gestione di tale "impasse" da parte del GSE.

Sicuramente avere delegato a TAR e Consiglio di Stato la soluzione del problema non è stata una scelta lungimirante. A tacere dei costi sostenuti dai cittadini per la difesa in giudizio dell'Ente in un contenzioso vastissimo, non è dato sapere quante ESCo riusciranno a sopravvivere e tra queste ci sono sicuramente molti operatori onesti, che hanno provato a chiedere aiuto a più livelli, senza ottenerlo.



## Good news ?

Il GSE, sempre in quell'incontro, ha però affermato di voler trovare una soluzione: ritengo che il primo passo spetti proprio al Gestore per le responsabilità che gli competono in quanto Autorità che controlla il settore.

La buona notizia è che gli sarà sufficiente cambiare prospettiva.

In passato il GSE è partito dal presupposto che il comportamento degli operatori sia per definizione non lineare, quello che avrebbe dovuto fare e ci si aspetta faccia ora è salvaguardare il settore e le imprese che correttamente vi operano.

Il problema è quindi riconoscere le (tante) imprese che hanno operato correttamente. Se si chiede, a distanza di molti anni, per ciascun intervento contenuto in una RVC (anche molte decine), una media di 8-10 documenti, non espressamente previsti dalla normativa, e si deduce dalla semplice mancanza (anche parziale) dei documenti pretesi – e non dalla accertata inesistenza o non conformità degli interventi – la decadenza dagli incentivi, è evidente che non si potrà individuare chi ha operato correttamente, ma si otterrà invece il blocco di ogni iniziativa (e quindi di ogni erogazione), perché è semplicemente impossibile (e il Gestore avrebbe dovuto saperlo) che vengano conservati documenti che non si sapeva di dover raccogliere.

Di fatto il metodo utilizzato in passato dal GSE per i controlli ha messo sullo stesso piano "buoni" e "cattivi"; quest'ultimi, quanto i primi, fisiologici in ogni mercato, di qualsiasi Paese del mondo, ma, evidentemente, di certo, non nella percentuale del 97%.

Per estrarre da questo "mucchio" chi ha operato correttamente, sarà sufficiente oggi al Gestore rivedere le proprie determinazioni riconoscendo che a comprovare che un intervento sia stato realizzato in conformità

alla normativa ed alle specifiche previste nelle schede tecniche, ad esempio, NON SONO NECESSARI I SEGUENTI DOCUMENTI:

- relazione tecnica asseverata dello stato ex ante;
- dossier fotografico dello stato ex ante;
- stralcio del piano regolatore, autorizzazioni edilizie, "fine lavori" ed ogni altro atto o documento relativo ai profili urbanistici ed edilizi dell'intervento, posto che (i) eventuali violazioni della relativa normativa competono agli enti territoriali, (ii) un intervento, quand'anche abusivo, può generare efficienza laddove abbia le qualità tecniche previste;
- libretto d'impianto;
- ACE/APE pre e post intervento;
- dichiarazione di conformità dell'impianto;
- visure camerali dei Soggetti Titolari/Clienti Partecipanti;
- certificato di smaltimento vetri;
- bollette elettriche;
- documenti attestanti la trasmittanza post intervento;
- elaborati grafici, planimetrie ecc.;
- report fotografico delle matricole degli inverter e dei moduli;
- documentazione attestante la disponibilità dell'immobile ed il titolo mediante il quale essa è esercitata (proprietà, affitto ecc);
- delibere condominiali;
- liberatoria del cliente in merito alla mancanza di cumulo.

I predetti documenti, come si condividerà, attestano qualità e circostanze che non hanno a che fare con la prova della effettiva realizzazione di un intervento avente le qualità promesse nella RVC, tanto è vero che non erano richiesti ex ante da alcuna scheda tecnica, norma, regolamento, linea guida, FAQ ecc. Ne consegue che laddove la decadenza dagli incentivi o l'annullamento dei progetti siano stati disposti per mancanza dei predetti documenti, inidonei, come detto, a comprovare le caratteristiche tecniche degli

interventi, il GSE potrà certamente rimuovere tali determinazioni anche avviando, d'ufficio, un procedimento di annullamento in autotutela a sensi dell'art. 21 nonies L. 241/90. Ed a simile soluzione non osta certamente la cd "falsa rappresentazione dei fatti", non essendo essa contestabile per asserita carenza di prova di circostanze non rilevanti per la normativa di riferimento, che, per l'appunto, non ne richiede affatto la prova.

E' doveroso ricordare, poi, che, a quanto risulta, il tema del cumulo si è posto a fare data dal secondo semestre 2013. Ne consegue che per tutte le RVC presentate prima di tale data ogni verifica è stata inutilmente svolta e il suo esito potrà essere annullato nei termini appena detti. Mentre per quelle successive il GSE, in base ai principi di efficienza ed efficacia dell'agire amministrativo, avrebbe dovuto richiedere documentazione solo laddove fosse stata accertata la doppia incentivazione e non, come invece ha fatto, su tutte le centinaia di migliaia di interventi contenuti in tutte le RVC approvate, e, comunque, avrebbe dovuto disporre la caducazione dagli incentivi solo in caso di cumulo accertato e non, come ha fatto, per asserita mancata prova dell'assenza di cumulo (prova, peraltro, diabolica); circostanza che, quindi, legittima vieppiù l'Ente a rimuovere anche simili determinazioni.

Da ultimo, non pare inutile ribadire che la normativa lasciava all'operatore la scelta della documentazione idonea a comprovare la sussistenza dei requisiti per la incentivazione di un intervento: pertanto ove il GSE intenda seriamente riportare a equità il mercato dovrebbe innanzitutto accettare la documentazione messa a disposizione dall'operatore e valutarne

la portata probatoria, magari a campione (come voleva la norma), con buona fede (e buonsenso), chiedendo una integrazione solo per la circostanza/il dato - essenziali in termini di effettiva realizzazione e conformità - che resti "scoperto".

Sono certa che così facendo ci saranno indubbi vantaggi per tutti; quelli economici sono evidenti:

- per il GSE che potrebbe dedicare più risorse alla valutazione e verifica dei nuovi progetti e, soprattutto, al supporto agli operatori e alla promozione del meccanismo dei TEE;
- per lo Stato che vedrà ridotto drasticamente il costo delle verifiche compiute dal GSE a tappeto su documenti privi di portata probatoria;
- per Stato e Operatori che vedranno risolti i relativi contenziosi e risparmiati gli ulteriori costi;
- per i cittadini che hanno pagato gli incentivi ma continuano a pagare il costo degli errori commessi (non però quelli degli operatori, che se li pagano da soli).

Il vantaggio più grande, che dalla soluzione di questo problema ricaveremo tutti, sarà indubbiamente quello di liberare le ESCo virtuose dal giogo del contenzioso e di consentire loro di realizzare l'efficienza di cui lo Stato ha bisogno, non solo per contrastare l'emergenza energetica, ma anche per continuare quella transizione ecologica cui questi soggetti hanno dato avvio, a fianco di ARERA e GSE, molto prima dell'avvento del PNRR.

In questo percorso, sono altrettanto certa, il FIRE è sicuramente disponibile, come da lungo tempo fa, a supportare gli operatori.