



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1770 del 2022, proposto da LC Sun S.r.l., SM Sun S.r.l., Stornarella Cerignola Sun S.r.l., Tonello Energie S.r.l., Nogara Solar S.r.l., Solar Consulting S.r.l., Ajello Solar S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Germana Cassar, Domenico Gullo e Ludovica Gennaro, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia;

***contro***

Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente - ARERA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale presso la relativa casella PEC come da Registri di giustizia e domicilio fisico *ex lege* presso gli Uffici della stessa in Milano, via Freguglia, n. 1;

Gestore dei Servizi Energetici - GSE S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Antonio Pugliese, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri

di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Giorgio Bernardini in Milano, piazza Bertarelli, n. 2;

***nei confronti***

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*, Ministero della Transizione Ecologica e Ministero dello Sviluppo Economico, in persona dei rispettivi Ministri *pro tempore*, CSEA - Cassa Servizi Energetici e Ambientali ex Cassa Conguaglio Settore Elettrico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale presso la relativa casella PEC come da Registri di giustizia e domicilio fisico *ex lege* presso gli Uffici della stessa in Milano, via Freguglia, n. 1;

***e con l'intervento di***

ad adiuvandum:

Associazione Italia Solare - APS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Germana Cassar, Mattia Malinverni e Michele Rondoni, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

della Deliberazione 21 giugno 2022 n. 266/2022/R/eel, recante “attuazione dell'articolo 15-bis del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, in merito a interventi sull'elettricità prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili” (di seguito, anche per brevità, la “Delibera 266/2022”) e di tutti i provvedimenti presupposti, connessi e consequenziali, tra cui il documento di consultazione n. 133/2022/R/eel del 29 marzo 2022, recante “Orientamenti per l'attuazione dell'articolo 15-bis del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, in merito a interventi sull'elettricità prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili” e il comunicato pubblicato sul sito GSE in data 07 luglio 2022, recante “extra profitti, online il portale per la richiesta di esenzione”, nonché, quali atti meramente consequenziali, le comunicazioni del GSE

ricevute da ciascun ricorrente e qui elencate (e allegate al presente ricorso, suddivisa per ciascun ricorrente:

LC Sun S.r.l., GSEWEB/P20220358815 del 07/07/2022;

SM Sun S.r.l., GSEWEB/P20220387494 del 09/07/2022;

Stornarella Cerignola Sun S.r.l., GSEWEB/P20220389073 del 09/07/2022;

Tonello Energie S.r.l., GSEWEB/P20220386694 del 09/07/2022;

Nogara Solar S.r.l., GSEWEB/P20220396803 del 10/07/2022;

Solar Consulting S.r.l. GSEWEB/P20220386655 del 09/07/2022;

Ajello Solar S.r.l., GSEWEB/P20220384511 del 09/07/2022;

eventualmente previa

rimessione alla Corte Costituzionale

dell'art. 15 bis del Decreto Legge del 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con Legge 28 marzo 2022, n. 25, e modificato con Decreto Legge 9 agosto 2022, n. 115, in relazione agli artt. 2, 3, 9, 10, 11, 41, 42, 43, 53, 77 e 117 della Costituzione

e/o previa rimessione

alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

della questione pregiudiziale relativa alla conformità del medesimo art. 15 bis del Decreto Legge del 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con Legge 28 marzo 2022, n. 25, modificato con Decreto Legge 9 agosto 2022, n. 115, con la normativa in materia di aiuti di Stato, di cui agli artt. 107 e 108 TFUE, nonché con la normativa Europea in materia di energia, di cui alle Direttive 2001/77 E 2009/28/CE, alla Direttiva (UE) 2019/944 del 5 giugno 2019 e alla Direttiva (UE) 2018/2001 dell'11 dicembre 2018, nonché con l'art. 194 del TFUE, nonché in relazione all'art. 1 del protocollo 1 alla CEDU e 17 della CDFUE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Autorità intimare;

Visto l'atto di intervento *ad adiuvandum* della Associazione Italia Solare - APS

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2022 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1) Le ricorrenti sono titolari di impianti fotovoltaici di potenza superiore a 20 kW incentivati sulla base dei regimi tariffari previsti dai DM 19 febbraio 2007, dal DM 10 agosto 2010 e dal DM 5 maggio 2011, e iscritti all'Associazione Italia Solare. Con l'atto introduttivo del giudizio hanno impugnato la deliberazione dell'ARERA n. 266/2022/R/EEL del 21 giugno 2022, recante "Attuazione dell'articolo 15-bis del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, in merito a interventi sull'elettricità prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili" nonché le note del Gestore dei Servizi Energetici, meglio indicate in epigrafe, aventi ad oggetto "comunicazione di inclusione nel perimetro di impianti interessati dall'articolo 15-bis del DL 27 gennaio 2022, n. 4".

Dei predetti atti hanno chiesto l'annullamento, previa tutela cautelare.

Si sono costituiti in giudizio l'ARERA, il Gestore dei Servizi Energetici, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero della Transizione Ecologica e quello dello Sviluppo Economico, nonché la Cassa Servizi Energetici e Ambientali – CSEA, resistendo al ricorso di cui hanno contestato la fondatezza.

Ha spiegato intervento *ad adiuvandum* l'Associazione Italia Solare, cui aderiscono le ricorrenti.

Alla camera di consiglio del 21 settembre 2022, fissata per l'esame della domanda cautelare, la parte ricorrente vi ha rinunciato, riservandosi il Presidente l'individuazione di una data per la discussione nel merito della controversia, data la massima rilevanza della questione.

In vista della trattazione nel merito le parti hanno depositato scritti difensivi, insistendo nelle rispettive conclusioni.

Indi la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 23 novembre

2022.

2) L'atto di impugnazione è articolato deducendo, in via pregiudiziale, questioni di compatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale riferite all'art. 15-bis del d.l. n. 4/2022, convertito in legge n. 25/2022 e posto a base della delibera impugnata.

Quindi vengono sollevate censure dirette a contestare la legittimità, in termini di irragionevolezza, carenza istruttoria e deficit motivazionale, della deliberazione dell'ARERA n. 266/2022/R/EEL.

Il Gestore dei Servizi Energetici ha eccepito, inoltre, nel corso della discussione in pubblica udienza del 23 novembre 2022, l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in considerazione della natura impositiva degli atti impugnati, nonché per carenza di interesse all'annullamento degli stessi, ove qualificati come atti di natura regolatoria.

3) L'analisi delle questioni sollevate, delle censure dedotte e delle eccezioni proposte postula la ricognizione della disciplina sottesa alla deliberazione impugnata.

Con l'articolo 15-bis del decreto legge 27 gennaio 2022 n. 4, inserito con la legge di conversione 28 marzo 2022 n. 55 (d'ora in avanti solo l'articolo 15-bis), è stato introdotto in via temporanea (sino al 30 giugno 2023, in virtù della proroga successivamente disposta dall'articolo 11 del decreto legge 9 agosto 2022 n. 115, convertito nella legge 21 settembre 2022 n. 142) un meccanismo di compensazione a due vie sul prezzo dell'energia elettrica immessa in rete dagli impianti fotovoltaici incentivati, con potenza superiore a 20 kW e dagli impianti di potenza superiore a 20 kW alimentati da fonte solare, idroelettrica, geotermoelettrica ed eolica che non accedono a meccanismi di incentivazione, entrati in esercizio in data antecedente al 1° gennaio 2010.

Il meccanismo si fonda sul raffronto tra i prezzi di mercato (prezzi zonali orari di mercato o prezzi contrattuali), praticati dai produttori per la cessione dell'energia elettrica, con un prezzo c.d. di riferimento, puntualmente indicato, per ciascuna

zona di mercato, nell'allegato I-bis al decreto legge 27 gennaio 2022 n. 4, pure esso introdotto con la legge di conversione 28 marzo 2022 n. 55.

Ove il prezzo di riferimento risulti inferiore al prezzo di mercato, il produttore dovrà corrispondere l'eventuale eccedenza al Gestore, mentre, ove il prezzo di riferimento risulti superiore al prezzo di mercato, il Gestore erogherà la differenza al produttore.

Ai sensi dei commi 2 e 6 dell'articolo 15-bis, le modalità di attuazione del predetto meccanismo di compensazione sono demandate all'ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, la quale ha provveduto alla loro determinazione, come già evidenziato, con deliberazione del 21 giugno 2022 n. 266/2022/R/eel.

4) Le eccezioni sollevate dal Gestore dei Servizi Energetici non possono essere condivise.

4.1) In particolare, è infondata l'eccezione di difetto di giurisdizione, sulla quale è stato stimolato il contraddittorio orale tra le parti nel corso della discussione in pubblica udienza.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la giurisdizione si individua in base al *petitum* sostanziale, ossia in base alla natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio ed alla tutela ad essa offerta dall'ordinamento, a prescindere dalla prospettazione fornite dalle parti (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 7 marzo 2018, n. 5399).

La coesistenza di una pluralità di tutele, azionabili dinanzi a giudici appartenenti a diversi plessi giurisdizionali, determina - in applicazione dell'ordinario criterio di riparto - la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie aventi ad oggetto "un atto amministrativo a monte, adottato nell'esercizio di un potere discrezionale", mentre spetta al giudice ordinario o al giudice tributario la giurisdizione sulle controversie che investono "l'atto conclusivo a valle, quali, ad esempio, una sanzione o una richiesta di pagamento quantificata sulla scorta dei

criteri anteriormente fissati dall'atto amministrativo" (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 24 gennaio 2022 n. 1995).

La società ricorrente ha chiesto l'annullamento della deliberazione con la quale l'Autorità ha individuato, in via generale ed astratta, le modalità di attuazione del predetto meccanismo di compensazione, introdotto da una fonte primaria sospettata di incompatibilità con il diritto euro-unitario e con alcuni precetti costituzionali.

Tale provvedimento non presenta natura impositiva, ma regolatoria, in quanto l'ARERA è stata chiamata a dare attuazione, in esercizio dei poteri regolatori di cui istituzionalmente è titolare, ad una misura posta da una fonte di rango legislativo e destinata ad incidere sul mercato dell'energia, atteso che introduce un limite sostanziale al prezzo di mercato dell'energia.

Del resto, il Gestore ha eccepito il difetto di giurisdizione assumendo che l'intero istituto delineato dall'art. 15 bis avrebbe natura tributaria, ma non ha sviluppato puntuali argomentazioni sul punto.

Rinviando al prosieguo della trattazione le valutazioni relative alla dedotta incostituzionalità dell'art. 15 bis, anche per violazione dell'art. 53 Cost., va osservato che per costante giurisprudenza sono tutelabili dinanzi al giudice amministrativo gli atti amministrativi generali, espressivi di un potere regolatorio, con i quali vengono definiti, in attuazione di una norma di legge, i criteri ed i presupposti comuni per l'adozione degli atti impositivi ed a fronte dei quali si stagliano posizioni di interesse legittimo dei destinatari, solo astrattamente individuati dalla fonte primaria (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 18 aprile 2016 n. 7665; Tar Lazio, Sezione III ter, 3 dicembre 2021 n. 12519).

4.2) Deve essere altresì disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse sollevata dal Gestore e sulla quale è stato parimenti stimolato il contraddittorio orale tra le parti.

Le società ricorrenti rientrano nel novero dei titolari della tipologia di impianti per la produzione di energia elettrica, inseriti nel perimetro applicativo dell'articolo 15-bis, come risulta dalle note del Gestore parimenti impugnate, le quali costituiscono

atti applicativi della deliberazione gravata, concretamente ed immediatamente lesive degli interessi patrimoniali ed imprenditoriali delle ricorrenti.

Tale circostanza è da sola sufficiente a delineare una posizione qualificata e differenziata che legittima la contestazione in giudizio dell'operato dei pubblici poteri, mediante la richiesta di sottoporre al vaglio di compatibilità euro-unitaria e di legittimità costituzionale il meccanismo di compensazione introdotto dall'articolo 15-bis ed attuato dalla deliberazione dell'ARERA e dagli altri atti impugnati con il presente ricorso.

L'oggetto del giudizio è dunque costituito dalla legittimità degli atti di attuazione di una disciplina normativa primaria, dalla cui applicazione è derivato, per le ricorrenti, l'effetto pregiudizievole della sottrazione di una quota del prezzo di cessione dell'energia prodotta, per mezzo della rettifica dello stesso per il periodo febbraio-luglio 2022.

Pertanto le ricorrenti sono destinate a ritrarre un'indubbia utilità dall'eventuale annullamento di tali atti.

5) L'esame delle questioni sollevate con il ricorso postula la ricognizione del complesso quadro normativo euro-unitario di riferimento, nel quale si inserisce l'art. 15 bis del d.l. n. 4/2022, ciò al fine di procedere ad una lettura della norma coerente sia con il dato letterale, sia con il contesto sistematico di riferimento.

L'articolo 122, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) consente al Consiglio, su proposta della Commissione, di adottare misure straordinarie di natura solidaristica per fronteggiare gravi difficoltà nell'approvvigionamento dei prodotti del settore energetico.

La direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, relativa alle norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, impone agli Stati membri di assicurare alle imprese elettriche un trattamento trasparente, proporzionato e non discriminatorio (articolo 3, paragrafo 4) e consente loro di intervenire, in via straordinaria e temporanea, nella fissazione dei prezzi di



fornitura dell'energia elettrica, la quale è prioritariamente rimessa alle dinamiche concorrenziali del mercato, sia con misure proporzionate e non discriminatorie in favore dei clienti civili in condizioni di povertà energetica (articolo 5, paragrafi 3, 4 e 5) sia con misure, in favore degli altri clienti civili e delle microimprese, che fissino un livello remunerativo, comunque superiore al costo, tale da consentire un'effettiva concorrenza sui prezzi (articolo 5, paragrafi 6 e 7).

In data 8 marzo 2022 la Commissione Europea ha inviato al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo ed al Comitato delle Regioni la Comunicazione REPowerEU sull'azione europea comune per la sicurezza, la sostenibilità e l'accessibilità all'energia (d'ora in avanti solo la Comunicazione 2022), con la quale ha enunciato gli orientamenti applicativi sulla regolazione dei prezzi, prevista come misura straordinaria e temporanea dall'articolo 5 della direttiva (UE) 2019/944 (Allegato 1) e sulle misure fiscali sugli utili inframarginali (Allegato 2).

Con il successivo regolamento del Consiglio del 6 ottobre 2022 n. 2022/1854/UE - pubblicato sulla GUUE del 7 ottobre 2022 ed in vigore dall'8 ottobre 2022 - sono state adottate alcune misure emergenziali, mirate e limitate nel tempo, volte ad attenuare gli effetti dell'aumento dei prezzi dell'energia.

In particolare, con l'articolo 6, paragrafo 1, è stato introdotto un tetto massimo ai ricavi di mercato, ottenuti dai produttori dalla vendita di energia elettrica, pari ad euro 180 per MWh.

In virtù dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera a), è stata attribuita agli Stati membri la facoltà di ridurre ulteriormente il tetto massimo fissato in via uniforme per i ricavi dalla vendita di energia elettrica, purché tale riduzione, secondo quanto stabilito nel paragrafo 2, sia proporzionata e non discriminatoria, non comprometta i segnali di investimento, assicuri la copertura degli investimenti e dei costi di esercizio, non generi distorsioni incidendo sulla formazione dei prezzi all'ingrosso dell'energia elettrica e sia compatibile con il diritto dell'Unione.

L'introduzione della misura solidaristica di un tetto comune ed uniforme "sui ricavi

di mercato dell'energia elettrica prodotta da generatori con costi marginali inferiori quali le energie rinnovabili..." è dettata dalla necessità di prevenire gravi distorsioni tra i produttori dell'Unione e di mantenere una concorrenza basata sui prezzi (considerando 11 e 27).

Il Tribunale ritiene che debba essere portata l'attenzione proprio sull'art. 8, comma 2, lett. c) del regolamento n. 1854/2022, laddove impone agli Stati di garantire la copertura "degli investimenti e dei costi di esercizio".

La disposizione, che *in parte qua* non lascia spazio a scelte discrezionali degli Stati membri, si pone in continuità con il quadro normativo euro-unitario preesistente.

La direttiva sull'energia elettrica (direttiva UE 2019/944 cit.) precisa che gli interventi pubblici di fissazione dei prezzi devono essere "*stabiliti a un prezzo al di sopra del costo*", in coerenza con l'esigenza (considerando n. 20) che i prezzi stessi forniscano il giusto incentivo allo sviluppo della rete e agli investimenti di nuova generazione di energia elettrica.

La Commissione Europea, con la citata comunicazione datata 8 marzo 2022 e richiamando la direttiva n. 944, esplicita che le misure di emergenza, che gli Stati membri possono assumere con riferimento ai proventi straordinari derivati dall'incremento del prezzo del gas, devono comunque consentire ai "*produttori di energia elettrica di coprire i costi e proteggere i segnali di mercato a lungo termine*".

Proprio con riferimento agli interventi sui prezzi dell'energia, la comunicazione ribadisce che i valori determinati dagli Stati devono "riflettere i costi".

La Commissione tratta anche delle misure incidenti sugli "utili inframarginali", dirette cioè a catturare alcuni rendimenti ottenuti da determinati produttori di energia elettrica.

Simili interventi, oltre a dover essere limitati nel tempo e collegati ad una specifica situazione di crisi, devono "*recuperare unicamente una quota degli utili effettivamente realizzati*" (cfr. Allegato 2 alla comunicazione cit.).

Il quadro normativo richiamato palesa che gli interventi sugli extraprofitto devono, da un lato, avere ad oggetto gli utili realizzati e non i ricavi, dall'altro, garantire comunque la copertura dei costi di investimento e dei costi di gestione.

Per principio generale, l'autorità giurisdizionale nell'applicare una norma di legge deve garantirne un'interpretazione conforme al diritto euro-unitario, sicché, soltanto laddove tale interpretazione non sia praticabile, è doveroso procedere alla disapplicazione della legge contrastante con le norme comunitarie direttamente applicabili.

L'art. 15 bis del d.l. 27 gennaio 2022 n. 4 incide sul prezzo di mercato dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili, delineando un meccanismo di compensazione a due vie di cui descrive l'operatività, che è basata sulla differenza di valore tra il prezzo di riferimento (indicato in una tabella allegata) e il prezzo di mercato; nel contempo la norma assegna all'ARERA il compito di stabilire le modalità con le quali è data attuazione alle disposizioni introdotte.

Il riferimento al differenziale tra due prezzi indica un metodo di calcolo finalizzato all'individuazione degli extraprofitto, ma non reca ulteriori precisazioni in ordine all'effettiva consistenza delle partite economiche cui dovrà essere riferito tale meccanismo.

Parimenti, la norma non esclude che debbano essere considerati i costi di investimento e quelli di gestione, nonché, più in generale, tutti gli elementi che, anche differenziando l'uno dall'altro gli impianti dello stesso tipo, sono decisivi per l'emersione dell'utile inframarginale effettivamente realizzato, ossia il valore cui si riferisce la richiamata disciplina euro-unitaria.

L'attuazione è rimessa all'ARERA, ossia ad un'Autorità amministrativa indipendente dotata di potere regolatorio nella materia, da esercitare sulla base di valutazioni connotate da ampia discrezionalità, specie sul piano tecnico.

Il coinvolgimento dell'ARERA nell'attuazione della norma non è privo di significato, perché rende l'Autorità partecipe della cura dell'interesse pubblico perseguito dal legislatore.

Il Tribunale è consapevole del fatto che il dato letterale – “*l’ARERA disciplina le modalità con le quali è data attuazione alle disposizioni*” – potrebbe indurre ad un’interpretazione rigidamente letterale, tale da configurare l’intervento dell’Autorità come limitato alla determinazione di modalità meramente operative.

Questa interpretazione non persuade, sia perché non tiene conto della disciplina euro-unitaria di riferimento, sia perché non è l’unica compatibile con il dato letterale, che, riferendosi alla “attuazione” e non ad un’attività di mera esecuzione, rimanda all’esercizio di poteri non vincolati ma discrezionali, propri dell’Autorità di regolazione del settore.

Il dovere di ricercare un’esegesi comunitariamente orientata porta a valorizzare proprio il riferimento testuale ad un’attività di “attuazione” e a recuperare in sede di adozione della disciplina di dettaglio gli elementi che consentono di inserire in modo armonico la misura introdotta dall’art. 15 bis cit. nel quadro euro-unitario di riferimento.

Del resto, proprio l’ARERA, che nelle deduzioni difensive afferma che la norma non lascerebbe spazio a determinazioni discrezionali, in sede di adozione della deliberazione n. 266 ha concretamente espresso valutazioni e compiuto scelte espressive di un potere tutt’altro che vincolato.

Il riferimento va, ad esempio, alla decisione, espressa nella deliberazione impugnata, di escludere “dall’ambito di applicazione” del precetto legislativo una parte dell’energia ceduta dai produttori alimentati da FER, ossia quella riservata gratuitamente, *ex lege*, a Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano; una scelta non imposta dal dato normativo, che neppure si occupa di tali profili ed espressiva di un potere tecnico discrezionale.

Insomma l’art. 15 bis deve essere inserito in modo coerente nel quadro euro-unitario di riferimento, composto, come evidenziato, da disposizioni sia antecedenti, sia successive alla sua entrata in vigore.

Quadro normativo che impone di assicurare la copertura dei costi di esercizio e di

investimento, di incidere solo sugli “utili inframarginali”, così da recuperare solo “utili effettivamente realizzati”, nel contesto di una disciplina che deve essere aderente ai canoni di proporzionalità e di divieto di discriminazione tra i diversi operatori, sia nel senso di non trattare diversamente produttori di energia da FER che versano nella stessa situazione, sia nel senso di considerare in sede di attuazione le differenze che sussistono tra i diversi produttori titolari di impianti alimentati da fonti rinnovabili anche dello stesso tipo.

Questa interpretazione, oltre che doverosa in ragione della primazia del diritto euro-unitario (cfr. ex multis Corte di Giustizia, 9 marzo 1978, C-106/77), è coerente con il testo normativo che rimette all'ARERA l'attuazione del sistema di compensazione a due vie.

6) Devono ora essere esaminate, in via preliminare, le questioni di compatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale sollevate dalla ricorrente.

6.1) La richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE viene formulata per: a) violazione dell'art. 3, comma 3, del TUE, degli artt. 101 e ss del TFUE: l'art. 15 bis è in frontale contrasto con il principio della concorrenza e della creazione di un mercato effettivamente aperto alla concorrenza; b) violazione dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: l'art. 15 bis viola la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale, la libertà contrattuale e la libera concorrenza; c) violazione dell'art. 6, comma 3, TUE: l'art. 15 bis viola il principio della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto.

Le questioni sono manifestamente infondate.

Le deduzioni della ricorrente muovono dalla tesi per cui l'art. 15 bis introdurrebbe una disciplina completa della compensazione a due vie, sicché il meccanismo emergente dal solo dato legislativo sarebbe in contrasto con le norme euro-unitarie richiamate.

Come già evidenziato, l'art. 15 bis si presta ad un'interpretazione comunitariamente conforme, che ne esclude il contrasto con le norme e i principi euro-unitari invocati

nel ricorso.

La disciplina posta dalla norma di rango legislativo non è in sé esaustiva, ma necessita per la sua compiuta attuazione di determinazioni regolatorie rimesse all'ARERA, nel rispetto del contesto euro-unitario di riferimento in cui l'art. 15 bis si inserisce.

Proprio in sede regolatoria, funzionale all'attuazione e non alla mera esecuzione del disposto normativo, assumono rilevanza le tematiche poste dalla ricorrente e relative all'integrale copertura dei costi di investimento e di gestione, nonché al riferimento del meccanismo compensativo agli utili inframarginali effettivamente realizzati.

6.2) Le questioni di legittimità costituzionale sono prospettate in relazione ai seguenti profili: a) violazione dell'art. 77 Cost., per difetto dei presupposti per la decretazione d'urgenza; per l'incoerenza e l'eterogeneità dell'art. 15 bis rispetto al contenuto e alle finalità del d.l. n. 4/22; per difetto dei presupposti di adozione di una legge provvedimento; b) violazione degli artt. 3 e 41 Cost., in quanto l'art. 15 bis introduce una disciplina irragionevole ed intrinsecamente contraddittoria, perché contrastante con le finalità del d.l. n. 4/2022, dettando una disciplina lesiva della libertà di iniziativa economica; c) violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU (Protezione della proprietà): l'art. 15 bis incide illegittimamente sui valori patrimoniali dei produttori di energia da fonti energetiche rinnovabili, ivi compresi i crediti; d) violazione degli artt. 2, 3, 41 e 117 Cost.: l'art. 15 bis non rispetta i principi di certezza del diritto e del legittimo affidamento come previsti e ricavabili in via interpretativa dalla Costituzione; e) violazione dell'art. 3 Cost., in combinato disposto con gli artt. 23, 41, 53 Cost.: l'art. 15 bis determina in modo irragionevole il prezzo di riferimento, introducendo un prelievo sostanzialmente tributario in difetto dei relativi presupposti.

Sono manifestamente infondate le questioni sollevate in relazione agli artt. 2, 3, 21, 41, 117 Cost.

Esse sottendono - così come le questioni di compatibilità euro-unitaria - una particolare lettura dell'art. 15 bis, considerato come norma in sé completa e non armonizzabile con il quadro costituzionale ed europeo di riferimento.

Si è già evidenziato che l'art. 15 bis si presta ad un'interpretazione comunitariamente e costituzionalmente compatibile, sol che si consideri che non introduce una disciplina esaustiva del meccanismo in contestazione, perché necessità di norme regolatorie di attuazione rimesse ad ARERA.

Tutti gli aspetti della disciplina contestata e posti a base dei profili di incostituzionalità suindicati e inerenti, tra l'altro, alla puntuale considerazione dei costi rilevanti, alla valorizzazione delle differenze esistenti tra i diversi tipi di impianti di produzione di energia alimentati da fonti rinnovabili, all'esigenza di realizzare un prelievo sugli utili e non sui ricavi, sono destinati a trovare compiuta regolazione in fase di attuazione ad opera dell'ARERA.

L'art. 15 bis non esaurisce la disciplina dello strumento della compensazione a due vie, perché individua il meccanismo, lo descrive, lo delimita temporalmente, stabilisce quali sono i valori del prezzo di riferimento, ma non ne detta la compiuta regolazione, che richiede l'intervento determinante dell'Autorità, cui sono demandate le valutazioni tecniche necessarie all'attuazione.

Restano da esaminare le questioni di legittimità costituzionale sollevate per ritenuta violazione dell'art. 77 Cost. e dell'art. 53 Cost.

Si tratta di profili che non dipendono dalla praticabilità di una lettura costituzionalmente conforme, perché attengono, rispettivamente, alla sussistenza dei presupposti per l'introduzione della norma mediante la decretazione d'urgenza e all'impianto strutturale dell'art. 15 bis, che, secondo l'impostazione della ricorrente, disciplinerebbe un prelievo di natura tributaria in assenza dei relativi presupposti di compatibilità costituzionale.

Le questioni sono manifestamente infondate.

Quanto alla violazione dell'art. 77 Cost., si deduce l'assenza dei presupposti giustificativi della decretazione d'urgenza, in quanto le norme censurate sarebbero

eterogenee e non coerenti con il contenuto e le finalità del d.l. n. 4/22.

In primo luogo, va osservato che il d.l. individua gli obiettivi perseguiti con la decretazione di urgenza, consistenti nella previsione di misure di sostegno alle imprese e all'economia, di interventi a tutela del lavoro e della salute, al fine di garantire la continuità nell'erogazione dei servizi da parte degli enti territoriali e di ristorare i settori maggiormente colpiti dall'emergenza epidemiologica COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico.

Si tratta, quindi, di dettare un complesso di misure rivolte al sostegno dell'economia, delle famiglie e delle imprese, accomunate dall'esigenza di fronteggiare un contesto economico e sociale colpito da eventi di carattere straordinario, come l'epidemia da COVID -19 e il repentino ed eccezionale incremento del costo del gas.

Il Titolo III del d.l., rubricato "Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica", individua strumenti di contenimento di simili costi e in questo ambito si colloca l'art. 15 bis, che è diretto a realizzare l'obiettivo indicato incidendo sugli extraprofiti realizzati dagli impianti di produzione alimentati da fonti rinnovabili, proprio in dipendenza dell'incremento del costo del combustibile e in coerenza con la finalità di tutelare le imprese e famiglie dall'aumento del costo dell'energia.

E' vero che il d.l. introduce misure diversificate, ma tutte sono accomunate dalla medesima ratio di tutela che necessita di interventi urgenti in dipendenza della straordinarietà della situazione descritta.

Pertanto, la norma non è eterogena rispetto alle finalità del decreto, ma è coerente con esse, intervenendo sulla particolare tematica degli extraprofiti (cfr. *ex multis* Corte Cost. sentenze n. 16 del 2017, n. 22 del 2012, n. 128 del 2008, n. 171 del 2007).

In tale contesto va affrontata anche la questione, pure sollevata dalla ricorrente nel



quadro della dedotta illegittimità costituzionale, della qualificabilità dell'art. 15 bis come legge-provvedimento.

Come è noto rientrano in tala categoria (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 114/2017; sentenza n. 214 del 2016) le norme con le quali viene attratto nella sfera del potere legislativo un oggetto che di regola è compreso tra le attribuzioni dell'autorità amministrativa.

Si tratta di norme di legge che recano una previsione di contenuto particolare e concreto, diretta ad incidere su un numero limitato di destinatari.

Tali presupposti non sono configurabili rispetto all'art. 15 bis cit., poiché la norma, seppure ha ad oggetto impianti alimentati da fonti rinnovabili, non ha un contenuto particolare e concreto ma generale ed astratto, tanto che la sua attuazione postula l'intervento dell'Autorità di regolazione, in ordine sia a profili soggettivi, inerenti alla necessaria considerazione delle diverse caratteristiche operative e gestionali degli impianti, sia ad aspetti oggettivi, per ciò che attiene ad esempio all'individuazione dei costi rilevanti e alla necessità di raggiungere non gli extraricavi ma gli utili inframarginali, in coerenza con il citato quadro euro-unitario di riferimento.

E' manifestamente infondata anche la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 53 Cost.

La tesi muove dalla qualificazione in termini di tributo della misura introdotta dall'art. 15 bis.

L'impostazione non persuade.

Il richiamato contesto normativo euro-unitario evidenzia che gli Stati possono, in presenza di determinate presupposti, introdurre limiti, diretti o indiretti, ai prezzi dell'energia con riferimento ai diversi operatori della filiera.

Con la comunicazione in data 8 marzo 2022, la Commissione Europea ribadisce che già la direttiva (UE) 2019/944, c.d. direttiva energia, consente agli Stati di attivare misure sostanzialmente diverse tra loro al fine di tutelare l'economia e i consumatori a fronte della situazione di crisi economica e sociale sopravvenuta.

L'impostazione sottesa alla direttiva n. 944 trova coerente prosecuzione nel reg. UE 1854/2022.

Quest'ultimo, da un lato, introduce un tetto obbligatorio sui *“ricavi di mercato dei produttori di energia”*, fissandolo a 180 euro per MWh di energia prodotta (cfr. artt. 6 e 7), dall'altro, legittima gli Stati ad adottare diverse misure, non specificate nel loro contenuto, ma definite sul piano funzionale, perché dirette, tra l'altro, a *“limitare ulteriormente i ricavi di mercato dei produttori che producono elettricità”*.

Quindi gli Stati possono disciplinare interventi di diversa natura, anche non fiscale, finalizzati al raggiungimento degli obiettivi posti dalla normativa euro-unitaria.

L'art. 15 bis introduce una misura centrata sulle oscillazioni del prezzo di mercato rispetto ad un prezzo di riferimento, sicché se il primo supera il secondo si determina un differenziale, che, sulla base delle regole di attuazione disposte dall'ARERA, il produttore deve versare al GSE, mentre nel caso contrario il GSE eroga il relativo importo al produttore.

Si tratta di un meccanismo che, a causa della situazione di forte oscillazione del costo del combustibile, in combinazione con l'operatività a livello europeo del sistema del prezzo marginale (SMP), pone, da un lato, un limite agli extraprofitti dei produttori da fonte rinnovabile, dall'altro, tutela i produttori quando il prezzo di mercato scende al di sotto del prezzo di riferimento.

Quest'ultimo è un parametro che opera in modo bidirezionale, potendo sostanziarsi in un limite agli extraprofitti o in una misura di sostegno ai produttori, quando il prezzo di mercato scende al di sotto del prezzo di riferimento.

Del resto, l'oscillazione non solo al rialzo ma anche al ribasso integra un dato di comune conoscenza, come confermato dal fatto notorio che attualmente i costi del combustibile sono in forte discesa, sicché risulta apodittica e non può pertanto essere seguita la tesi per cui le variazioni sarebbero necessariamente a sfavore dei produttori.

La variazione del costo del combustibile, con le correlate ricadute sui prezzi di mercato dell'energia, rappresenta, nell'attuale contesto internazionale, un fattore di rischio rispetto alle esigenze di tutela del sistema economico, dei clienti finali e degli stessi produttori di energia, a fronte del quale il legislatore ha predisposto un meccanismo a due vie che non si pone nella logica propria del prelievo tributario.

7) Con un gruppo di censure, proposte in termini di carenza istruttoria, difetto motivazionale e irragionevolezza, le ricorrenti lamentano l'illegittimità della deliberazione n. 266/2022, perché adottata dall'Autorità senza esercitare i poteri regolatori di cui è titolare e senza tenere conto, pertanto, dei fattori palesati in sede di consultazione e idonei a far emergere il reale utile inframarginale.

Le censure sono fondate.

Si è già evidenziato come l'interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata dell'art. 15 bis, supportata dal dato letterale, conduce a ritenere che l'ARERA, in sede di attuazione dei commi 1, 2, 3, 4 e 5 della norma, debba esercitare i poteri regolatori di cui dispone al fine di consentire l'operatività del meccanismo di compensazione a due vie garantendone la coerenza con il quadro normativo euro-unitario, composto non solo dalla direttiva energia e dalla connessa comunicazione della Commissione di marzo 2022, ma anche, e in continuità con la normativa previgente, dal regolamento n. 1854/2022 e dai generali principi di proporzionalità e di divieto di disparità di trattamento.

Il meccanismo di compensazione a due vie, come emergente anche dai lavori preparatori al d.l. n. 4/2022, tende, quando è positivo il differenziale tra il prezzo di mercato e il prezzo di riferimento, ad individuare gli extraprofiti che il produttore da FER ha maturato in ragione esclusivamente di fattori esogeni, non dipendenti dalla gestione dell'impresa, ma dal contesto geopolitico internazionale, che ha provocato una repentina crescita e, comunque, una continua oscillazione dei costi del combustibile.

La funzione regolatoria dell'ARERA, cui sono demandate le modalità di attuazione della misura, deve essere diretta ad assicurare che vengano attratti nel meccanismo

solo gli utili inframarginali effettivamente realizzati, nella consapevolezza che sul piano euro-unitario sono legittimi solo i prelievi che incidono su di essi e non sui ricavi, come già evidenziato.

Parimenti, deve essere assicurata la copertura degli investimenti e dei costi di esercizio, come esplicitato dall'art. 8 del regolamento UE n. 1854/2022, che sul punto è del tutto aderente alla disciplina euro-unitaria previgente.

Difatti, già l'art. 5 della direttiva n. 944/2019 precisa che gli interventi sui prezzi dell'energia sono legittimi se garantiscono la copertura del costo.

Né vale considerare che la norma prende in considerazione i prezzi di fornitura e quindi gli operatori che operano come fornitori nella filiera, poiché essa esprime un canone generale che riguarda tutti gli operatori compresi i produttori, come confermato dal richiamato art. 8 del regolamento del 6 ottobre 2022.

Ferma restando la struttura del sistema di compensazione a due vie delineato dall'art. 15 bis e quindi la considerazione del differenziale tra il prezzo di riferimento e il prezzo di mercato, spetta ad ARERA l'individuazione delle partite economiche rilevanti ai fini dell'emersione dell'effettivo utile inframarginale percepito dagli operatori interessati.

Questa necessità si è palesata anche in sede di consultazione, ove le imprese hanno evidenziato che l'individuazione dell'utile derivato da fattori esogeni presuppone la considerazione dei costi sostenuti dai diversi operatori, perché altrimenti viene individuato un valore di ricavo, che essendo al lordo dei costi non rappresenta l'utile inframarginale effettivamente maturato.

Così è stato sottoposto ad ARERA un complesso insieme di elementi incidenti sulla maturazione di un utile effettivo, a partire dai costi che necessariamente sono sostenuti dagli operatori, come le misure di compensazione ambientale, i canoni di concessione, i corrispettivi di sbilanciamento, i costi di acquisto dell'energia per gli impianti ausiliari, i canoni regionali di derivazione dell'acqua, eventuali prelievi fiscali che già incidono sull'utile inframarginale conseguito.

E ancora, è stata evidenziata la necessità di tenere conto delle diverse dimensioni, collocazioni territoriali, tempi di funzionamento di impianti dello stesso tipo, che, a causa di tali differenze, sono chiamati a sostenere costi di gestione differenti.

Si tratta di elementi la cui individuazione di dettaglio, sul piano tanto della rilevanza, quanto della consistenza, non spetta al Tribunale, cui compete, invece, di rilevare che l'ARERA nel provvedimento impugnato ha affermato che le modifiche sollecitate dagli operatori, al fine di individuare le partite economiche rilevanti, non sarebbero nella disponibilità dell'Autorità perché *“disciplinati in modo dettagliato dalla disposizione legislativa”*.

Questa impostazione non è condivisibile, perché non tiene conto del ruolo che l'Autorità è chiamata ad assumere in sede di attuazione del sistema di compensazione a due vie, nell'esercizio dei poteri regolatori di cui è titolare e nel rispetto delle norme euro-unitarie richiamate.

L'ARERA è preposta alla regolazione e al controllo dei settori dell'energia, del gas e del servizio idrico, pertanto il suo previsto intervento, nell'attuazione di una norma che incide sostanzialmente sul prezzo praticato dai produttori alimentati da fonti rinnovabili e quindi sul mercato di riferimento, impone valutazioni, scelte e determinazioni tecnico discrezionali, idonee ad individuare le partite economiche rilevanti, in coerenza con i precetti euro-unitari richiamati.

La determinazione del valore che integra un utile inframarginale effettivamente realizzato postula l'esercizio di poteri che si sostanziano in valutazioni che non sono già contenute nell'art. 15 bis, che si limita a configurare il meccanismo e ad individuare dei prezzi di riferimento da raffrontare ai prezzi di mercato, senza escludere la necessità di prendere in esame ogni voce di costo in sede di determinazione delle partite economiche rilevanti.

Necessità imposta, come già evidenziato, dal diritto euro-unitario nella cui cornice si inserisce l'art. 15 bis.

Ne consegue che la deliberazione impugnata è viziata sul piano istruttorio e motivazionale, perché ha ommesso, in modo irragionevole, di individuare sul piano

tecnico e di valorizzare sul piano della disciplina regolatoria tutti i fattori che conducono a definire le partite economiche funzionali all'emersione dell'utile inframarginale effettivamente realizzato dagli operatori interessati dalla misura.

8) L'annullamento della delibera dell'ARERA n. 266/2022/R/EEL comporta la caducazione degli atti del GSE parimenti impugnati e indicati in epigrafe, trattandosi di atti meramente consequenziali alla delibera e ad essa legati da un vincolo di presupposizione necessaria.

9) In definitiva, il ricorso è fondato nei limiti esposti e deve essere accolto.

La novità e la complessità delle questioni trattate conducono a compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Valentina Santina Mameli**

**IL PRESIDENTE**

**Antonio Vinciguerra**

## IL SEGRETARIO