

Publicato il 07/07/2023

N. 01744/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01764/2022 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1764 del 2022, integrato da motivi aggiunti,
proposto da

Secab Società Cooperativa, rappresentata e difesa dagli avvocati Cesare Mainardis,
Mario Nussi ed Aldo Travi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia

contro

Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente – Arera, rappresentata e difesa
dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria ex lege in Milano, via
Freguglia, 1;
Gestore dei Servizi Energetici - Gse S.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati
Gianluigi Pellegrino ed Antonio Pugliese, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Giorgio Bernardini
in Milano, Piazza Bertarelli, 2;

nei confronti

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Transizione Ecologica, Ministero dello Sviluppo Economico, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria ex lege in Milano, via Freguglia, 1;

per l'annullamento

- della Deliberazione di Arera del 21 giugno 2022 n. 266/2022/R/EEL “Attuazione dell'art. 15-bis del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, in merito a interventi sull'elettricità prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili”, pubblicata sul sito di Arera in data 23 giugno 2022;

- delle Regole Tecniche sull'applicazione dell'art. 15 bis cit. pubblicate dal GSE;

- della nota prot. n. GSEWEB/P20220380472 dd. 9.7.2022 del G.S.E. avente a oggetto “comunicazione di inclusione nel perimetro di impianti interessati dall'art. 15-bis del DL 27 gennaio 2022 n. 4, c.d. Decreto Sostegni ter”, e di ogni ulteriore atto e provvedimento presupposto, connesso e conseguente;

atti impugnati con il ricorso principale, nonché

- delle fatture GSE 18.10.2022, nn. 1472295, 1472306, 1472317, e 15.11.2022 nn. 1553317, 1553327, 1553339;

atti impugnati con i primi motivi aggiunti presentati il 20.12.2022, nonché

- della Deliberazione di Arera 4 aprile 2023, 143/2023/R/EEL, (“Attuazione dell'art. 15-bis del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, e dei commi da 30 a 38 della legge 29 dicembre 2022, n. 197, in merito a interventi sull'energia elettrica immessa da impianti di produzione”) e dell'Allegato A a tale deliberazione (“Modalità per l'attuazione dell'articolo 15-bis del decreto-legge 4/22, e dei commi da 30 a 38 della legge 197/22, in merito a interventi sull'energia elettrica immessa da impianti di produzione”);

atti impugnati con i secondi motivi aggiunti presentati il 5.5.2023.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti, ed i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arera e di Gse S.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2023 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

OGGETTO DEL PROCEDIMENTO PRINCIPALE E FATTI PERTINENTI

1) La società ricorrente opera nel settore della produzione di energia elettrica, gestendo impianti alimentati da fonte idroelettrica ad acqua fluente, e rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 15 bis del D.L. 27.1.2022 n. 4 (nel proseguo "art. 15 bis"), dettato in materia di "interventi sull'elettricità prodotta da impianti a fonti rinnovabili".

Secondo tale norma, per i produttori ivi indicati, il corrispettivo per la cessione di energia, anziché essere determinato dal mercato, è determinato dal legislatore in via autoritativa, mediante la fissazione di un tetto massimo sui ricavi.

L'art. 15 bis avrebbe dovuto trovare applicazione nel periodo compreso tra il 1.2.2022 ed il 31.12.22, ma l'art. 11 del D.L. 9.8.2022, n. 115, ha prorogato il termine al 30.6.2023.

L'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (nel proseguo "Arera"), ha dato attuazione dell'art.15 bis cit., con la deliberazione 15.6.2022, n. 266/2022/R/eel.

2) In data 8.10.2022, è entrato in vigore il Regolamento della comunità Europea 6.10.2022, n. 2022/1854/UE (nel proseguo "Regolamento n. 2022/1854/UE"), avente ad oggetto un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell'energia, che ha in particolare previsto un tetto sui ricavi più elevato, e un ambito di applicazione più esteso, rispetto a quelli di cui all'art. 15 bis.

I commi da 30 a 38 dell'art. 1 della L. 29.12.22 n. 197, a loro volta, hanno dato attuazione, per il periodo compreso tra il 1.12.2022 ed il 30.6.2023, agli articoli 6, 7,

e 8 del Regolamento n. 2022/1854/UE, escludendo tuttavia gli impianti alimentati da fonti rinnovabili, già rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 15 bis (v. c. 30 lett. a).

Con deliberazione n. 143 del 4.4.2023, Arera ha dato attuazione alla L n. 197/22 cit.

3) Il tetto sui ricavi di cui all'art. 15 bis ha pertanto trovato applicazione, nel periodo compreso tra il 1.2.2022 ed il 30.6.2023, ai produttori di energia da fonti rinnovabili, nonostante l'entrata in vigore della n. L. n. 197/22 cit., che ha invece trovato applicazione ai produttori di energia da fonti non rinnovabili, e da fonti rinnovabili non menzionate nell'articolo 15 bis, nel periodo compreso tra il 1.12.2022 ed il 30.6.2023.

In particolare, malgrado antecedente al Regolamento (UE) 2022/1854, l'art. 15 bis ha in sostanza costituito la norma nazionale che ha dato attuazione a quella comunitaria, quanto all'energia prodotta da fonti rinnovabili.

Nel presente giudizio, articolato in un ricorso principale e in due atti di motivi aggiunti, la ricorrente lamenta la contrarietà dell'art.15 bis con la normativa comunitaria.

In tale quadro, il Collegio reputa necessario sottoporre alla Corte di Giustizia il quesito di cui infra.

LE DISPOSIZIONI GIURIDICHE PERTINENTI

4) Il diritto interno

4.1) L'art. 15 bis del D.L. 27.1.2022 n. 4, convertito con L. 28.3.2022, n. 55, dettato in materia di "ulteriori interventi sull'elettricità prodotta da impianti a fonti rinnovabili", ha previsto che:

(comma 1) a decorrere dal 1 febbraio 2022 e fino al 31 dicembre 2022, sia applicato un meccanismo di compensazione a due vie sul prezzo dell'energia, in riferimento all'energia elettrica immessa in rete da:

- a) impianti fotovoltaici di potenza superiore a 20 kW che beneficiano di premi fissi derivanti dal meccanismo del Conto Energia, non dipendenti dai prezzi di mercato;
- b) 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;

(comma 3) ai fini dell'applicazione del meccanismo di compensazione a due vie, il GSE calcoli la differenza tra i valori di cui alle seguenti lettere a) e b):

a) un prezzo di riferimento pari a quello individuato dalla tabella allegata al medesimo decreto legge, per ciascuna zona di mercato, compreso tra i 56 e i 58 Euro/MWh (tranne nelle isole Sardegna e Sicilia, rispettivamente, Euro 61/MWh e 75/MWh).

b) un prezzo di mercato pari a:

1) per gli impianti di cui al comma 1, lettera a), nonché per gli impianti di cui al comma 1, lettera b), da fonte solare, eolica, geotermica ed idrica ad acqua fluente, il prezzo zonale orario di mercato dell'energia elettrica, ovvero, per i contratti di fornitura stipulati prima del 27 gennaio 2022 che non rispettano le condizioni di cui al comma 7, il prezzo indicato nei contratti medesimi;

2) per gli impianti di cui al comma 1, lettera b), diversi da quelli di cui al numero 1), la media aritmetica mensile dei prezzi zonali orari di mercato dell'energia elettrica, ovvero, per i contratti di fornitura stipulati prima del 27 gennaio 2022 che non rispettano le condizioni di cui al comma 7, il prezzo indicato nei contratti medesimi;

(comma 4) qualora la differenza di cui al comma 3 sia positiva, il GSE eroghi il relativo importo al produttore. Nel caso in cui la predetta differenza risulti negativa, il GSE conguagli o provveda a richiedere al produttore l'importo corrispondente;

4.2) L'art. 11, c. 2, del Decreto Legge 9.8.2022 n. 115, convertito, con modificazioni dalla L. 21.9.2022, n. 142, ha prorogato al 30.6.2023 l'applicazione del meccanismo di compensazione previsto dall'articolo 15 bis.

4.3) L'art. 1 della L. 29.12.22 n. 197 prevede che

(comma 30) a decorrere dal 1 dicembre 2022 e fino al 30 giugno 2023, sia applicato un tetto sui ricavi di mercato ottenuti dalla produzione dell'energia elettrica, attraverso un meccanismo di compensazione a una via, in riferimento all'energia elettrica immessa in rete da:

a) impianti alimentati da fonti rinnovabili non rientranti nell'ambito di applicazione dell'articolo 15-bis del D.L. n. 4/22;

b) impianti alimentati da fonti non rinnovabili di cui all'articolo 7, comma 1, del Regolamento (UE) 2022/1854;

(comma 31) il tetto sui ricavi si applichi a qualsiasi ricavo di mercato dei produttori di energia elettrica generata dagli impianti di cui sopra e, ove presenti, degli intermediari che partecipano ai mercati all'ingrosso dell'energia elettrica per conto dei produttori medesimi, indipendentemente dall'orizzonte temporale del mercato in cui ha luogo l'operazione che genera il ricavo e dal fatto che l'energia elettrica sia negoziata bilateralmente o in un mercato centralizzato;

(comma 32) il GSE calcoli la differenza tra i valori di cui alle seguenti lettere a) e b):

a) un prezzo di riferimento pari a 180 €/MWh ovvero, per le fonti con costi di generazione superiori al predetto prezzo, a un valore per tecnologia stabilito secondo criteri definiti dall'Autorità, tenuto conto dei costi di investimento e di esercizio e di un'equa remunerazione degli investimenti. A tal fine, nel caso di impianti incentivati con meccanismi a una via diversi da quelli sostitutivi dei certificati verdi, il prezzo di riferimento è pari al valore massimo tra l'importo di 180 €/MWh e la tariffa spettante;

b) un prezzo di mercato pari alla media mensile del prezzo zonale orario di mercato, calcolata quale media ponderata per gli impianti non programmabili, sulla base del profilo di produzione del singolo impianto, e quale media aritmetica per gli impianti programmabili, ovvero, per i contratti di fornitura stipulati prima della data di entrata

in vigore della legge 197/22 (cioè prima del 1 gennaio 2023) che non rientrano nelle ipotesi di cui al comma 37, al prezzo indicato nei contratti medesimi;

(comma 33) qualora la differenza di cui al comma 32 risulti negativa, il GSE conguagli o richieda al produttore l'importo corrispondente

5) Il diritto della Unione.

5.1) Direttiva UE 2019/944 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia e che modifica la direttiva 2012/27/UE

Articolo 5 Prezzi di fornitura basati sul mercato

1. I fornitori hanno la facoltà di determinare il prezzo della fornitura di energia elettrica ai clienti. Gli Stati membri adottano provvedimenti opportuni per assicurare un'effettiva concorrenza tra i fornitori.

2. Gli Stati membri assicurano la protezione dei clienti in condizioni di povertà energetica e dei clienti civili vulnerabili di cui agli articoli 28 e 29 con politiche sociali o mezzi diversi dagli interventi pubblici di fissazione dei prezzi di fornitura dell'energia elettrica.

3. In deroga ai paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono attuare interventi pubblici nella fissazione dei prezzi di fornitura dell'energia elettrica ai clienti civili in condizioni di povertà energetica o vulnerabili. Tali interventi pubblici sono soggetti alle condizioni indicate ai paragrafi 4 e 5.

4. Gli interventi pubblici nella fissazione dei prezzi di fornitura dell'energia elettrica:

a) perseguono un interesse economico generale e non vanno al di là di quanto è necessario per conseguire tale interesse economico generale;

b) sono chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori e verificabili;

c) garantiscono la parità di accesso ai clienti da parte delle imprese di energia elettrica dell'Unione;

d) sono limitati nel tempo e proporzionati in considerazione dei beneficiari;

e) non comportano costi aggiuntivi per i partecipanti al mercato in modo discriminatorio.

5.2) Direttiva UE 2018/2001 del Parlamento e del Consiglio del 11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili

Considerando

(2) Ai sensi dell'articolo 194, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), la promozione delle forme di energia da fonti rinnovabili rappresenta uno degli obiettivi della politica energetica dell'Unione. Tale obiettivo è perseguito dalla presente direttiva. Il maggiore ricorso all'energia da fonti rinnovabili o all'energia rinnovabile costituisce una parte importante del pacchetto di misure necessarie per ridurre le emissioni di gas a effetto serra e per rispettare gli impegni dell'Unione nel quadro dell'accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici, a seguito della 21a Conferenza delle parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici («accordo di Parigi»), e il quadro per le politiche dell'energia e del clima all'orizzonte 2030, compreso l'obiettivo vincolante dell'Unione di ridurre le emissioni di almeno il 40 % rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030. L'obiettivo vincolante in materia di energie rinnovabili a livello dell'Unione per il 2030 e i contributi degli Stati membri a tale obiettivo, comprese le quote di riferimento in relazione ai rispettivi obiettivi nazionali generali per il 2020, figurano tra gli elementi di importanza fondamentale per la politica energetica e ambientale dell'Unione. Altri elementi sono contenuti nel quadro della presente direttiva, ad esempio per lo sviluppo di sistemi di riscaldamento e di raffrescamento da energie rinnovabili e per lo sviluppo di carburanti per il trasporto da fonti energetiche rinnovabili.

(3) Il maggiore ricorso all'energia da fonti rinnovabili può svolgere una funzione indispensabile anche nel promuovere la sicurezza degli approvvigionamenti energetici, nel garantire un'energia sostenibile a prezzi accessibili

(12) Per sostenere gli Stati membri nei loro ambiziosi contributi all'obiettivo dell'Unione, è opportuno istituire un quadro finanziario volto a favorire gli investimenti nei progetti di energia rinnovabile negli Stati membri, anche mediante l'utilizzo di strumenti finanziari

(29) Fatti salvi gli articoli 107 e 108 TFUE, le politiche di sostegno all'energia rinnovabile dovrebbero essere prevedibili e stabili e dovrebbero evitare modifiche frequenti o retroattive. L'imprevedibilità e l'instabilità delle politiche hanno un impatto diretto sui costi di finanziamento del capitale, sui costi di sviluppo del progetto e quindi sul costo complessivo della diffusione di energia rinnovabile nell'Unione. Gli Stati membri dovrebbero fare in modo che un'eventuale revisione del sostegno concesso ai progetti di energia rinnovabile non incida negativamente sulla loro sostenibilità economica. In tale contesto, gli Stati membri dovrebbero promuovere politiche di sostegno efficaci sotto il profilo dei costi e garantirne la sostenibilità finanziaria. Inoltre, dovrebbe essere pubblicato un calendario indicativo a lungo termine che copra i principali aspetti del sostegno previsto, lasciando impregiudicata l'abilità degli Stati membri di decidere riguardo all'allocazione di bilancio negli anni rientranti nel calendario.

5.3) Regolamento della comunità Europea 6 ottobre 2022 n. 2022/1854/UE, relativo a un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell'energia.

Considerando

(1) Da settembre 2021 si registrano prezzi molto elevati sui mercati dell'energia elettrica. Come indicato dall'Agenzia dell'UE per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER) istituiti dal regolamento (UE)2019/942 del Parlamento europeo e del Consiglio nella sua valutazione finale dell'assetto del mercato dell'energia elettrica all'ingrosso nell'Unione dell'aprile 2022, ciò deriva principalmente dal prezzo elevato del gas utilizzato come combustibile per produrre energia elettrica (...)

(3) In parallelo, le temperature eccezionalmente elevate registrate durante l'estate del 2022 hanno determinato una crescita della domanda di energia elettrica per il raffrescamento, accrescendo la pressione sulla produzione di energia elettrica, mentre l'energia elettrica generata da alcune tecnologie è stata notevolmente inferiore ai livelli storici per via di circostanze tecniche e di fattori dipendenti dalle condizioni meteorologiche. La causa principale è stata una siccità eccezionale che ha prodotto: i) una carenza di energia elettrica prodotta dalle centrali nucleari in diversi Stati membri a causa della scarsa disponibilità di acqua di raffreddamento; ii) una scarsa produzione di energia idroelettrica; e iii) livelli idrici bassi nei principali fiumi, che hanno ostacolato il trasporto delle materie prime utilizzate come combustibile negli impianti di produzione di elettricità. In seguito a questa situazione senza precedenti, i volumi di energia elettrica prodotta dalle centrali alimentate a gas naturale sono rimasti costantemente elevati, contribuendo a innalzare in misura eccezionale e anomala i prezzi dell'energia elettrica all'ingrosso. Nonostante la ridotta disponibilità di capacità di generazione in alcuni Stati membri, gli scambi di energia elettrica tra gli Stati membri hanno contribuito a evitare incidenti che minacciassero la sicurezza dell'approvvigionamento e ad attenuare la volatilità dei prezzi sui mercati dell'Unione, rafforzando in tal modo la resilienza di ciascuno Stato membro agli shock dei prezzi.

(6) E' pertanto necessaria una risposta rapida e coordinata a livello dell'Unione. L'introduzione di un intervento di emergenza consentirebbe di attenuare temporaneamente il rischio che i prezzi dell'energia elettrica e il suo costo per i clienti finali raggiungano livelli ancora meno sostenibili e che gli Stati membri adottino misure nazionali non coordinate, che potrebbero mettere a repentaglio la sicurezza dell'approvvigionamento a livello dell'Unione e comportare un onere aggiuntivo per l'industria e i consumatori dell'Unione. E' necessario uno sforzo coordinato da parte degli Stati membri, in uno spirito di solidarietà, durante la stagione invernale 2022-

2023, per attenuare l'impatto dei prezzi elevati dell'energia e garantire che l'attuale crisi non comporti danni duraturi per i consumatori e l'economia, preservando al contempo la sostenibilità delle finanze pubbliche.

(25) In una situazione in cui i consumatori sono esposti a prezzi estremamente elevati che danneggiano anche l'economia dell'Unione, è necessario limitare, su base temporanea, i ricavi straordinari di mercato dei produttori che hanno costi marginali inferiori, applicando un tetto a tali ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica all'interno dell'Unione.

(27) Il livello al quale è fissato il tetto sui ricavi di mercato non dovrebbe compromettere la capacità dei produttori ai quali è applicato, compresi i produttori di energia rinnovabile, di recuperare i loro costi di investimento e di esercizio e dovrebbe preservare e incentivare i futuri investimenti nelle capacità necessarie per un sistema elettrico decarbonizzato e affidabile. Essendo il tetto sui ricavi di mercato un tetto uniforme per tutta l'Unione, è la misura più appropriata per preservare il funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica, in quanto consente di mantenere una concorrenza basata sui prezzi tra i produttori di energia elettrica che usano tecnologie diverse, in particolare per le energie rinnovabili.

(28) Il tetto sui ricavi di mercato non dovrebbe pertanto essere fissato al di sotto delle ragionevoli aspettative dei partecipanti al mercato in merito al livello medio dei prezzi dell'energia elettrica nelle ore in cui la domanda era ai massimi livelli, prima della guerra di aggressione della Russia nei confronti dell'Ucraina. Negli ultimi decenni, prima del febbraio 2022, i prezzi medi di picco sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica si assestavano nettamente e sistematicamente al disotto dei 180 EUR/MWh in tutta l'Unione, nonostante le differenze nei prezzi dell'energia elettrica tra le regioni dell'Unione. Poiché la decisione iniziale di investimento dei partecipanti al mercato è stata assunta in base all'aspettativa secondo la quale, in media, i prezzi sarebbero stati inferiori a tale livello nelle ore di punta, il tetto sui

ricavi di mercato a 180 EUR/MWh costituisce un livello nettamente superiore alle aspettative iniziali dei mercati. Lasciare un margine sul prezzo che gli investitori avrebbero potuto ragionevolmente aspettarsi rende necessario fare in modo che il tetto sui ricavi di mercato non infici la valutazione iniziale della redditività degli investimenti.

(29) Inoltre, il tetto sui ricavi di mercato di 180 EUR/MWh è sistematicamente superiore - margine ragionevole compreso - agli attuali costi totali livellati della produzione di energia (levelised cost of energy - LCOE) per le tecnologie di produzione pertinenti, consentendo ai produttori coinvolti di coprire i costi di investimento e di esercizio. Considerando che il tetto sui ricavi di mercato lascia un notevole margine tra un LCOE ragionevole e il tetto sui ricavi di mercato, esso non dovrebbe compromettere gli investimenti in nuove capacità inframarginali.

(30) Il tetto sui ricavi di mercato dovrebbe essere fissato sui ricavi di mercato piuttosto che sui ricavi totali della produzione (che comprendono altre fonti potenziali di ricavo quali i regimi di sostegno), al fine di evitare un impatto significativo sulla redditività iniziale prevista di un progetto. Indipendentemente dalla forma contrattuale che disciplina gli scambi di energia elettrica, il tetto sui ricavi di mercato dovrebbe applicarsi unicamente ai ricavi di mercato realizzati, per evitare di danneggiare i produttori che di fatto non beneficiano degli attuali elevati prezzi dell'energia elettrica in quanto hanno coperto i loro ricavi dalle fluttuazioni del mercato all'ingrosso. Pertanto, nella misura in cui gli obblighi contrattuali esistenti o futuri, come gli accordi di compravendita di energia rinnovabile e altri tipi di accordi di compravendita di energia elettrica o le coperture a termine, portino a ricavi di mercato derivanti dalla produzione di energia elettrica di livello non superiore al tetto sui ricavi di mercato, il presente regolamento dovrebbe lasciare impregiudicati tali ricavi. La misura che introduce il tetto sui ricavi di mercato non dovrebbe pertanto dissuadere i partecipanti al mercato dall'assumere tali obblighi contrattuali.

(32) E' opportuno applicare il tetto sui ricavi di mercato alle tecnologie con costi marginali inferiori al tetto sui ricavi di mercato, come ad esempio l'energia eolica, solare, nucleare o la lignite.

(33) Non è opportuno applicare il tetto sui ricavi di mercato alle tecnologie con costi marginali alti determinati dal prezzo del combustibile necessario per la produzione di energia elettrica, come le centrali elettriche a gas e a carbon fossile, perché avrebbero costi operativi nettamente superiori al livello del tetto sui ricavi di mercato e applicandolo si metterebbe a repentaglio la loro redditività economica. Per mantenere l'incentivo a una riduzione generale del consumo di gas, non è opportuno applicare il tetto sui ricavi di mercato neppure alle tecnologie che, in concorrenza diretta con le centrali elettriche alimentate a gas, offrono flessibilità al sistema elettrico e presentano offerte nel mercato dell'energia elettrica sulla base dei loro costi di opportunità, come la gestione della domanda e lo stoccaggio.

(34) Non è opportuno applicare il tetto sui ricavi di mercato alle tecnologie che come combustibili usano sostituti del gas naturale, come il biometano per evitare di compromettere la conversione delle odierne centrali elettriche a gas in linea con gli obiettivi di REPowerEU, stabiliti in particolare nella comunicazione della Commissione del 18 maggio 2022 sul piano REPowerEU («piano REPowerEU»).

(39) Per tener conto delle preoccupazioni in materia di sicurezza dell'approvvigionamento, gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di fissare il tetto sui ricavi di mercato in modo da consentire ai produttori di energia elettrica di mantenere il 10 % dei ricavi eccedenti al di sopra del tetto sui ricavi di mercato.

(40) Dato che il mix energetico e la struttura dei costi degli impianti di generazione variano notevolmente da uno Stato membro all'altro, gli Stati membri dovrebbero essere autorizzati a mantenere o introdurre, a determinate condizioni, misure nazionali di crisi.

(41) In particolare, è opportuno che gli Stati membri continuino a poter limitare ulteriormente i ricavi dei produttori a cui si applica il tetto sui ricavi di mercato e a poter fissare un tetto specifico sui ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica prodotta a partire da carbon fossile, il cui prezzo può essere significativamente inferiore rispetto al prezzo delle tecnologie marginali in alcuni Stati membri. Al fine di assicurare la certezza del diritto, gli Stati membri dovrebbero inoltre essere autorizzati a mantenere o introdurre misure nazionali di crisi che limitano i ricavi di mercato dei produttori diversi da quelli soggetti al tetto sui ricavi di mercato a livello dell'Unione.

(71) Data la natura eccezionale delle misure di cui al presente regolamento e la necessità di applicarle in particolare nella stagione invernale 2022-2023, è opportuno che il presente regolamento si applichi fino al 31 dicembre 2023.

Articolo 6 Tetto obbligatorio sui ricavi di mercato

1. I ricavi di mercato dei produttori ottenuti dalla produzione di energia elettrica dalle fonti di cui all'articolo 7, paragrafo 1, sono limitati a un massimo di 180 EUR per MWh di energia elettrica prodotta.

2. Gli Stati membri provvedono affinché il tetto sui ricavi di mercato si applichi a tutti i ricavi di mercato dei produttori e, se del caso, degli intermediari che partecipano ai mercati all'ingrosso dell'energia elettrica per conto dei produttori, indipendentemente dall'orizzonte temporale del mercato in cui ha luogo l'operazione e dal fatto che l'energia elettrica sia negoziata bilateralmente o in un mercato centralizzato

Articolo 7 Applicazione del tetto sui ricavi di mercato ai produttori di energia elettrica

1. Il tetto sui ricavi di mercato di cui all'articolo 6 si applica ai ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica generata dalle fonti seguenti:

a) energia eolica; b) energia solare (termica e fotovoltaica); c) energia geotermica; d) energia idroelettrica senza serbatoio; e) combustibili da biomassa (combustibili solidi o gassosi da biomassa), escluso il biometano; f) rifiuti; g) energia nucleare; h) lignite; i) prodotti del petrolio greggio; j) torba.

Articolo 8 Misure nazionali di crisi

1. Gli Stati membri possono:

a) mantenere o introdurre misure che limitano ulteriormente i ricavi di mercato dei produttori che producono elettricità dalle fonti di cui all'articolo 7, paragrafo 1, compresa la possibilità di differenziare tra le tecnologie, nonché i ricavi di mercato di altri partecipanti al mercato, compresi quelli attivi nella compravendita di energia elettrica;

b) fissare un tetto più elevato per i ricavi di mercato per i produttori che producono elettricità dalle fonti di cui all'articolo 7, paragrafo 1, a condizione che i loro investimenti e costi di esercizio superino il limite massimo di cui all'articolo 6, paragrafo 1;

c) mantenere o introdurre misure nazionali volte a limitare i ricavi di mercato dei produttori che producono energia elettrica da fonti che non rientrano nell'articolo 7, paragrafo 1;

d) fissare un tetto specifico per i ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica prodotta a partire da carbon fossile;

e) applicare agli impianti idroelettrici che non rientrano nell'articolo 7, paragrafo 1, lettera d), un tetto sui ricavi di mercato ovvero mantenere o introdurre misure che limitino ulteriormente i loro ricavi di mercato, compresa la possibilità di differenziare tra le tecnologie.

2. In linea con il presente regolamento, le misure di cui al paragrafo 1:

a) sono proporzionate e non discriminatorie;

b) non compromettono i segnali di investimento;

- c) assicurano la copertura degli investimenti e dei costi di esercizio;
- d) non generano distorsioni nel funzionamento dei mercati all'ingrosso dell'energia elettrica e, in particolare, non incidono sull'ordine di merito e sulla formazione dei prezzi sul mercato all'ingrosso;
- e) sono compatibili con il diritto dell'Unione.

5.4) Comunicazione della Commissione del 8.3.2022 “REPowerEU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili”

Paragrafo 2.2. Affrancarci più rapidamente dalla dipendenza dai combustibili fossili

Paragrafo 2.2.1. Diffondere il solare, l'eolico e le pompe di calore

Paragrafo 2.2.2. Decarbonizzare l'industria

Conclusioni “Gli sviluppi osservati negli ultimi mesi sui mercati dell'energia, in particolare il cambiamento drastico verificatosi nelle ultime settimane sul versante della sicurezza, impongono un'accelerazione netta della transizione verso l'energia pulita così da aumentare l'indipendenza energetica dell'Europa”.

Allegato 2 “Orientamenti relativi all'applicazione di misure fiscali utili inframarginali”

I proventi inframarginali aggiuntivi dovrebbero essere recuperati solo nei periodi in cui gli impianti a gas erano marginali e nella misura in cui tali proventi inframarginali aggiuntivi sono stati effettivamente percepiti da unità inframarginali.

La misura non dovrebbe distinguere tra le diverse tecnologie di generazione e dovrebbe includere le unità inframarginali che operano nelle ore di applicazione dell'imposta, ad esempio dovrebbe applicarsi ai proventi inframarginali ottenuti producendo energia a partire da lignite e carbon fossile, energie rinnovabili (compresa l'energia idroelettrica) ed energia nucleare;

La misura non dovrebbe essere retroattiva e dovrebbe recuperare unicamente una quota degli utili effettivamente realizzati. Pertanto essa deve tener conto del fatto che i produttori possono aver venduto anticipatamente parte della loro produzione

a un prezzo inferiore prima dell'inizio della crisi. L'energia che non ha beneficiato di prezzi di mercato più elevati dell'energia elettrica in quanto era già stata venduta a termine dovrebbe essere esentata dalle misure di recupero.

ILLUSTRAZIONE DEI MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE.

6) A partire dalla fine dell'anno 2021, i prezzi dell'energia elettrica hanno subito un aumento anomalo, a causa dell'eccezionale incremento dei prezzi del gas, in quanto utilizzato come combustibile per la sua produzione.

L'art. 15 bis, al pari del Regolamento n. 2022/1854/UE, è stato emanato con la finalità di limitare, su base temporanea, i ricavi straordinari di mercato dei produttori di energia che hanno costi indipendenti dall'andamento dei prezzi del gas naturale, non utilizzandolo per la produzione, applicando un tetto a tali ricavi eccezionali, e distribuendo i relativi importi ai clienti finali.

Il Collegio dubita che le concrete modalità seguite dal legislatore italiano per individuare il tetto siano conformi ai limiti fissati dallo stesso Regolamento n. 2022/1854/UE, ed alla normativa comunitaria in materia di energia, sia con riferimento alla sua entità, che all'ambito dei soggetti a cui si applica.

7) L'entità del tetto sui ricavi previsto dall'art. 15 bis

7.1) Malgrado il prezzo di riferimento di cui all'art. 15 bis c. 3 lett. a) sia compreso tra € 56/MWh e € 58/MWh (tranne per le isole Sardegna e Sicilia, rispettivamente, Euro 61/MWh e 75/MWh), e sia quindi molto distante da quello fissato in sede UE, pari a € 180/MWh, secondo Arera, sarebbe invece equo, in quanto corrispondente alla media aritmetica dei prezzi in ciascuna zona di mercato, registrati dal 1 gennaio 2010 al 31 dicembre 2020, rivalutati sulla base dell'inflazione.

Il Collegio osserva che, in base a quanto disposto nel considerando n. 28 del Regolamento n. 2022/1854/UE, ai fini della fissazione del tetto sui ricavi di mercato, avrebbe dovuto farsi riferimento alle ore in cui la domanda era ai massimi livelli, prima della guerra di aggressione della Russia nei confronti dell'Ucraina.

Il metodo seguito dal legislatore italiano, ha invece previsto una media tra i prezzi dell'energia negli anni, includendovi il 2020, che ha risentito delle anomalie dovute alla pandemia Covid, ed escludendovi invece il 2021, che oltre a compensare l'eccezionalità dell'anno precedente, ha visto l'inizio di un nuovo ciclo economico di aumento dei prezzi senza precedenti. In particolare, il Prezzo Unico Nazionale, nel 2020 ha toccato il minimo storico di 38,92 €/MWh, contro 125 €/MWh nel 2021, mentre nel primo trimestre del 2022 ha raggiunto 308 €/MWh. L'aver escluso l'anno 2021 dalla base di calcolo del prezzo di riferimento, ne ha comportato una riduzione di oltre il 10%.

Il Collegio dubita pertanto che il tetto sui ricavi di mercato di cui all'art. 15 bis sia proporzionato e ragionevole, non essendo in particolare garantito ai produttori di mantenere il 10% dei ricavi al di sopra dello stesso, come invece richiesto dal considerando 39 del Regolamento n. 2022/1854/UE.

7.2) La misura italiana sembra anche inidonea a tutelare gli investimenti effettuati nel settore delle energie rinnovabili, e soprattutto, la capacità di effettuarne in futuro, con la finalità di espandere il ricorso a tali fonti, e non solo a mantenere i livelli attuali, come invece espressamente richiesto dalla normativa comunitaria in materia.

7.2.1) Secondo le conclusioni contenute nella Comunicazione della Commissione del 8.3.2022 "REPowerEU", la sostituzione delle fonti fossili con quelle rinnovabili, è immediatamente necessaria, per aumentare l'indipendenza energetica dell'Europa, così come per il considerando n. 2 della Direttiva UE 2018/2001, la promozione delle forme di energia da fonti rinnovabili, costituisce una parte importante del pacchetto di misure necessarie per rispettare gli impegni dell'Unione nel quadro dell'accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici, compreso l'obiettivo vincolante di ridurre le emissioni di almeno il 40 % entro il 2030, espressamente definito "di importanza fondamentale per la politica energetica e ambientale dell'Unione".

La mancanza di investimenti adeguati nel settore delle energie rinnovabili, rientra nell'ambito delle omissioni nella lotta ai cambiamenti climatici da parte degli Stati, già accertate da numerose giurisdizioni nazionali (casi "Urgenda Foundation" in Olanda, "Affaire du siècle" in Francia, "Neubauer" in Germania), ed attualmente sub iudice davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (ricorsi n. 39371/20, 53600/20, e 34068/21).

7.2.2) In dettaglio, dalla lettura congiunta dei considerando nn. 28 e 29 del Regolamento n. 2022/1854/UE, si desume che, nella fissazione del tetto, è necessario lasciare un "margine ragionevole" rispetto al prezzo che gli investitori avrebbero potuto aspettarsi, con la finalità di non pregiudicare la valutazione iniziale della redditività degli investimenti, e di non compromettere gli stessi, che la norma italiana non pare aver invece valutato.

Oltre a limitare direttamente la capacità finanziaria ad effettuare investimenti da parte delle imprese che producono energia a partire da fonti rinnovabili, l'art. 15 bis è inoltre destinato ad avere anche effetti indiretti, intaccando la fiducia degli investitori nella crescita del settore, in contrasto con i principi affermati dalla Corte di Giustizia, secondo cui, è necessario "favorire, in una prospettiva di lungo termine, investimenti in nuovi impianti" (v. sentenza del 29.9.2016, C-492/14, EU:C:2016:732, punto 110, e del 1.7.2014, C-573/12, EU:C:2014:2037, punto 103).

8) L'art. 15 bis colpisce solamente i produttori di energia che utilizzano fonti rinnovabili.

8.1) Mentre il Regolamento n. 2022/1854/UE sottopone al tetto di cui all'art. 6 anche i produttori di energia che utilizzano lignite, petrolio greggio, e torba (art. 7 par. 1, lett. h, i e j), e ritiene "opportuno" fissare un "tetto specifico" per coloro che utilizzano carbon fossile (considerando 41, art. 8 par. 1 lett. d), l'art. 15 bis non prevede invece alcuna disciplina per tali produttori, che hanno pertanto ricevuto un vantaggio ingiustificato, soprattutto, nel periodo compreso tra il 1.2.2022 ed il

1.12.2022, in cui non sono stati sottoposti ad alcun tetto sui ricavi, dando perciò luogo ad una discriminazione, ed a una distorsione nel funzionamento del mercato.

8.2) Inoltre, malgrado l'art. 8 par. 1 lett. a) del Regolamento n. 2022/1854/UE consenta di differenziare il regime applicabile alle diverse fonti, l'art. 15 bis ha invece previsto un tetto sui ricavi di mercato unico per tutte le categorie di produttori, malgrado i costi di generazione dell'energia non siano uguali per tutte le categorie di impianti, ciò che, analogamente, pare suscettibile di dar luogo ad una discriminazione, ed ad una distorsione nel funzionamento del mercato.

Ad esempio, durante l'anno 2022, i produttori che hanno utilizzato la fonte idroelettrica, hanno subito un abbassamento dei livelli storici nella loro produzione di oltre un terzo, a causa dell'eccezionale siccità e temperature elevate, mentre altri ne sono stati addirittura avvantaggiati, essendo tuttavia sottoposti allo stesso tetto sui ricavi.

FORMULAZIONE DEI QUESITI

Sulla base di quanto sino ad ora osservato, il Collegio solleva alla Corte di Giustizia i seguenti quesiti interpretativi

“se l'art. 5 par 4 della Direttiva UE 2019/944, i considerando nn. 3 e 12 della Direttiva UE 2018/2001, i considerando nn. 27, 28, 29, 39, l'art. 6 par. 1, l'art. 8 par. 2 del Regolamento n. 2022/1854/UE, ostano a una disciplina nazionale che individui un tetto sui ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica con le modalità previste dall'articolo 15 bis del D.L. 27.1.2022 n. 4, che non garantisca ai produttori di mantenere il 10% dei ricavi al di sopra dello stesso tetto”;

“se l'art. 5 par 4 della Direttiva UE 2019/944, i considerando nn. 2, 3 e 12 della Direttiva UE 2018/2001, i considerando nn. 27, 28, 29, 39, l'art. 6 par. 1, l'art. 8 par. 2 lett b) e c) del Regolamento n. 2022/1854/UE, ostano a una disciplina nazionale che individui un tetto sui ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica

con le modalità previste dall'articolo 15 bis del D.L. 27.1.2022 n. 4, che non preservi ed incentivi gli investimenti nel settore delle energie rinnovabili”;

“se il considerando n. 3 della Direttiva UE 2018/2001, i considerando nn. 27 e 41, l'art. 7 par. 1, lett. h, i e j, l'art. 8 par. 1 lett. a) e d) e par. 2 del Regolamento n. 2022/1854/UE, ostano a una disciplina nazionale che individui un tetto sui ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica con le modalità previste dall'articolo 15 bis del D.L. 27.1.2022 n. 4, che non preveda alcun tetto specifico ai ricavi ottenuti dalla vendita di energia prodotta a partire da carbon fossile, né una disciplina differenziata in relazione alle diverse fonti di produzione”

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto

a) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione;

b) dispone la trasmissione, a cura della Segreteria, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, della presente ordinanza e del fascicolo di causa, nonché di ogni ulteriore atto eventualmente richiesto, in futuro dalla stessa Corte;

c) sospende il presente giudizio fino alla notificazione a questo TAR, da parte della Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, della decisione emessa dalla suddetta Corte.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Mauro Gatti

Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO