

Pubblicato il 09/02/2023

**N. 00356/2023 REG.PROV.COLL.**  
**N. 01820/2022 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1820 del 2022, proposto da GG Garbin s.a.s. di Giuseppe Garbin & C., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Cesare Mainardis, Mario Nussi ed Aldo Travi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Cesare Mainardis in Udine, via Portanuova n. 17;

***contro***

ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici in Milano, via Freguglia n. 1, è domiciliata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

GSE - Gestore dei Servizi Energetici s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, 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'avvocato Giorgio Bernardini in Milano, piazza Bertarelli n. 2;

*nei confronti*

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio in carica, Ministero della Transizione Ecologica e Ministero dello Sviluppo Economico, in persona dei rispettivi Ministri in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici in Milano, via Freguglia n. 1, sono domiciliati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- della deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente 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 dell'ARERA in data 23 giugno 2022;
- delle Regole Tecniche sull'applicazione dell'articolo 15-bis del decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4, coordinato con la legge di conversione 28 marzo 2022, n. 25, pubblicate dalla Gestore dei Servizi Energetici - GSE s.p.a.;
- della nota prot. n. GSEWEB/P20220356341 dd. 7.7.2022 della Gestore dei Servizi Energetici - GSE s.p.a., avente ad 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";
- di ogni ulteriore atto e provvedimento presupposto, connesso e conseguente a quelli impugnati.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, della GSE - Gestore dei Servizi Energetici s.p.a. nonché della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero della Transizione Ecologica e del Ministero dello Sviluppo Economico;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2022 la dott.ssa Rosanna Perilli;

Uditi per la parte ricorrente gli avvocati Aldo Travi, Cesare Mainardis e Mario Nussi, per la GSE - Gestore dei Servizi Energetici s.p.a. l'avvocato Gianluigi Pellegrino e per l'ARERA, per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, per il Ministero della Transizione Ecologica e per il Ministero dello Sviluppo Economico l'avvocato dello Stato Silvana Vanadia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. La società GG Garbin in a.s., di Giuseppe Garbin & C., è titolare di nove impianti fotovoltaici per la produzione di energia elettrica, alimentati da fonti rinnovabili ed incentivati attraverso il sistema di finanziamento del Conto Energia.

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 non incentivati, con potenza superiore a 20 kW, a condizione che questi ultimi siano entrati in esercizio prima dell'1 gennaio 2010.

Detto 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.

Per la zona di mercato Nord, nella quale sono ubicati gli impianti di produzione della società ricorrente, il prezzo di riferimento, risultante dalla media dei prezzi zionali registrati sino al 2020 e rivalutati in base al tasso di inflazione, è stato individuato in 58 euro per MWh.

Ove il prezzo di riferimento risulti inferiore al prezzo di mercato, il produttore dovrà corrispondere l'eventuale eccedenza alla GSE s.p.a., mentre, ove il prezzo di riferimento risulti superiore al prezzo di mercato, il produttore si vedrà erogare dalla GSE s.p.a. l'eventuale differenza.

Quello del prezzo di riferimento è un parametro che opera a doppio senso: esso può infatti risolversi, a seconda che il prezzo di mercato - determinato, in una condizione di forte oscillazione del costo del combustibile, con il sistema europeo del prezzo marginale dell'energia - si collochi al di sopra o al di sotto di esso, in un limite agli extraprofiti ovvero in una misura di sostegno per i produttori di energia da fonti rinnovabili.

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 (d'ora in avanti solo ARERA), la quale ha provveduto alla loro determinazione con deliberazione del 21 giugno 2022 n. 266/2022/R/eel.

Successivamente all'adozione della deliberazione ARERA n. 266/2022/R/eel, la GSE s.p.a. ha adottato, a sua volta, delle Regole Tecniche di funzionamento del meccanismo di compensazione a due vie sul prezzo dell'energia.

Con nota del 7 luglio 2022 la GSE s.p.a. ha comunicato alla società ricorrente l'inserimento degli impianti di produzione siti in Fonzaso, Feltre e Seren del Grappa nel perimetro applicativo dell'articolo 15-bis ed ha richiesto le pertinenti informazioni.

Sulla base dei dati trasmessi, la GSE s.p.a., in data 13 ottobre 2022, ha liquidato gli importi differenziali dovuti per il periodo febbraio-luglio 2022, al pagamento dei quali la società ricorrente ha provveduto, senza tuttavia prestarvi acquiescenza.

1.1. Con ricorso notificato e depositato il 12 settembre 2022, la società ricorrente ha domandato l'annullamento della deliberazione ARERA del 21 giugno 2022 n. 266/2022/R/eel e degli atti adottati dalla GSE s.p.a., quali le Regole Tecniche sull'applicazione dell'articolo 15-bis e la citata comunicazione del 7 luglio 2022, per una serie di motivi, dei quali ha richiesto espressamente la trattazione graduata secondo l'ordine di enunciazione.

In particolare, la società ricorrente lamenta il contrasto del meccanismo di compensazione introdotto dall'articolo 15-bis, del quale ha invocato la prioritaria disapplicazione normativa, nonché degli atti attuativi dello stesso:

a) con gli articoli 3 e 5 e con il considerando n. 22 della direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, con la Comunicazione della Commissione Europea – Comm (2022) dell'8 marzo 2022 e con il principio di proporzionalità (primo motivo);

b) con gli articoli 1, 3, e 6 della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 oltre che con i principi di *favor* per la produzione di energia da fonti rinnovabili, di fiducia e di certezza in capo agli investitori nel settore FER (secondo motivo);

c) con gli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con l'articolo 1 del Protocollo addizionale n. 1 della CEDU oltre che con i principi di certezza del diritto, di affidamento e di proporzionalità, anche in rapporto alla direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 (terzo motivo);

d) con gli articoli 70, 72 e 77 della Costituzione (quarto motivo);

e) con gli articoli 3, 41, e 42 della Costituzione e con l'articolo 1 del Protocollo addizionale n. 1 della CEDU (quinto motivo);

f) con gli articoli 3, 9, 41, 42, e 117, comma primo, della Costituzione e con i principi di

proporzionalità, di certezza del diritto e di legittimo affidamento (sesto motivo);

g) con gli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione (settimo motivo).

Con l'ottavo motivo la società ricorrente ha altresì dedotto l'illegittimità della deliberazione ARERA n. 266/2022/R/eel, per violazione dell'articolo 15-bis, dell'articolo 97 della Costituzione, dei principi di legalità e del principio di non aggravamento del procedimento nonché per difetto di istruttoria e contraddittorietà della motivazione.

1.2. Hanno resistito al ricorso l'ARERA e le Amministrazioni controinteressate.

1.3. Con atto depositato in data 26 settembre 2022, la società ricorrente ha dichiarato di rinunciare all'istanza cautelare proposta con il ricorso introduttivo.

1.4. In data 13 ottobre 2022 la GSE s.p.a. ha provveduto a liquidare gli importi dovuti per il periodo febbraio-luglio 2022, al pagamento dei quali la società ricorrente ha tempestivamente provveduto, senza tuttavia prestarvi acquiescenza.

1.5. In data 28 ottobre 2022 si è costituita in giudizio, per resistervi, anche la GSE s.p.a.

1.6. In vista della trattazione del merito del ricorso, la società ricorrente, l'ARERA, la GSE s.p.a. e le Amministrazioni controinteressate hanno depositato memorie difensive e memorie di replica.

1.7. Alla pubblica udienza del 23 novembre 2022 la G.S.E. s.p.a. ha formulato oralmente le eccezioni di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in considerazione della natura impositiva degli atti impugnati, e comunque per carenza di interesse all'annullamento degli stessi, ove qualificati come atti di natura regolatoria; indi la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

2. L'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla G.S.E. s.p.a., sulla quale è stato stimolato il contraddittorio orale tra le parti, è infondata.

2.1. 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).

2.2. 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).

2.3. La società ricorrente ha domandato l'annullamento della deliberazione con la quale l'ARERA ha individuato, in via generale ed astratta, le modalità di attuazione del predetto meccanismo di compensazione a due vie sul prezzo dell'energia elettrica, introdotto da una fonte primaria sospettata di incompatibilità con il diritto euro-unitario e con alcuni principi costituzionali.

2.4. Sono pertanto 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; Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione III ter, 3 dicembre 2021 n. 12519).

3. Deve essere altresì disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse alla sua decisione, sollevata dalla G.S.E. s.p.a. e sulla quale è stato parimenti stimolato il contraddittorio orale tra le parti.

3.1. La società ricorrente rientra nel novero dei titolari della tipologia di impianti per la produzione di energia elettrica, inseriti nel perimetro applicativo dell'articolo 15-bis, come risulta dalla nota della G.S.E. s.p.a. del 7

luglio 2022, la quale costituisce un atto applicativo degli atti generali impugnati con il presente ricorso, concretamente ed immediatamente lesivo degli interessi patrimoniali ed imprenditoriali del suo destinatario.

3.2. Tale circostanza è da sola sufficiente a delineare una posizione qualificata e differenziata ed un interesse concreto ed attuale della società ricorrente a contestare in giudizio l'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 ARERA e dagli altri atti impugnati con il presente ricorso.

3.3. L'oggetto del giudizio è dunque costituito dalla legittimità degli atti di attuazione di una disciplina normativa primaria, dalla cui applicazione è derivato, per la società ricorrente, 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 la società ricorrente è destinata a ritrarre un'indubbia utilità dall'annullamento di tali atti.

4. Nel merito, il Collegio deve esaminare con priorità il primo motivo del ricorso, con il quale la società ricorrente ha eccepito la contrarietà del meccanismo di compensazione introdotto dall'articolo 15-bis con gli articoli 3 e 5 e con il considerando n. 22 della direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, con la Comunicazione della Commissione Europea – Comm (2022) dell'8 marzo 2022 e - come specificato nella memoria difensiva depositata in data 7 novembre 2022 - con gli articoli 6, comma 1, e 8, comma 2, e con i considerando 27 e seguenti del sopravvenuto regolamento del Consiglio UE 6 ottobre 2022 n. 2022/1854/UE, oltre che con il principio di proporzionalità.

Nelle memorie di replica depositate rispettivamente in data 11 novembre 2022 e 12 novembre 2022, sia la G.S.E. s.p.a. che l'ARERA e le Amministrazioni controinteressate hanno invece sostenuto la compatibilità

dell'articolo 15-bis e degli atti attuativi ed impositivi ad esso conseguenti con il sopravvenuto regolamento UE 6 ottobre 2022 n. 2022/1854/UE.

4.1. Prima di affrontare le questioni specificate con il primo motivo di ricorso, è necessario procedere ad una sintetica ricostruzione del quadro normativo euro-unitario 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 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 altresì 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 del mercato, andando ad incidere sulla formazione dei prezzi all'ingrosso dell'energia elettrica, e sia compatibile con il diritto dell'Unione Europea.

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).

4.2. L'intervento legislativo di cui all'articolo 15-bis è destinato ad incidere in maniera determinante sul prezzo di mercato della vendita dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili e dunque sulla concorrenza che si registra in detto mercato poiché, in caso di eccedenza del prezzo di mercato rispetto al prezzo di riferimento, determina la sottrazione al produttore della quota di prezzo eccedentaria.

4.3. Il principio di prevalenza del diritto euro-unitario sul diritto interno degli Stati membri si traduce nella diretta applicabilità della fonte sovraordinata di diritto euro-unitario che - come il regolamento - attribuisca ai singoli

posizioni soggettive direttamente tutelabili dinanzi al giudice nazionale, ove essa produca effetti incompatibili con una disposizione di legge di uno Stato membro, anteriore o successiva all'entrata in vigore della fonte regolamentare e per tutta la durata della sua validità.

Ciò in quanto il diritto dell'Unione Europea deve esplicare i suoi effetti in maniera piena, effettiva ed uniforme in tutti gli Stati membri.

La norma euro-unitaria, la quale assurge ad un rango superiore rispetto alla norma interna, costituisce parte integrante dell'ordinamento giuridico dei singoli Stati membri.

In una logica di integrazione tra ordinamenti, l'antinomia tra norme con effetti giuridici incompatibili deve essere risolta con il ricorso al criterio della prevalenza della norma euro-unitaria sovraordinata, provvista di effetto diretto, sulla norma interna subordinata con essa contrastante (*lex superior derogat inferiori*).

4.4. In base al principio di prevalenza del diritto euro-unitario, l'antinomia tra norme di grado diverso, in cui la norma superiore attribuisce direttamente ai singoli posizioni di vantaggio, deve essere risolta direttamente dall'interprete, senza il necessario intervento di una decisione giurisdizionale.

Ove la norma di rango superiore costituisca una fonte immediata di diritti ed obblighi per i loro destinatari, singoli o Stati membri, è demandato al giudice, in quanto organo dello Stato membro, il compito di assicurare un controllo diffuso sulla conformità del diritto interno al diritto euro-unitario.

4.5. Il principio di prevalenza del diritto euro-unitario impone innanzitutto al giudice chiamato ad applicare una norma di legge interna di garantirne un'interpretazione ad esso conforme, sicché, soltanto laddove tale interpretazione non sia praticabile, il giudice deve procedere alla non applicazione della legge contrastante con le norme euro-unitarie direttamente applicabili (Corte Costituzionale 2 febbraio 1990 n. 64; 18 aprile 1991 n. 168).

La Comunicazione 2022 della Commissione Europea, pur non essendo un atto dotato di efficacia normativa, deve tuttavia ritenersi idonea ad orientare

in maniera univoca e puntuale l'attività amministrativa relativa all'apposizione di limiti ai prezzi di fornitura dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili e dunque assume un carattere sostanzialmente normativo.

4.6. I regolamenti dell'Unione Europea spiegano l'effetto di rendere *ipso iure* inapplicabile, <<per il fatto stesso della loro entrata in vigore>>, qualsiasi disposizione con essi contrastante della legislazione nazionale, preesistente o susseguente alla loro entrata in vigore (Corte di Giustizia, 9 marzo 1978 - causa 106/77).

La prevalenza del diritto euro-unitario contenuto nella fonte regolamentare, in virtù della compiutezza e della immediata applicabilità della stessa, deve esser assicurata anche se la legge statale con esso contrastante sia anteriore alla sua emanazione, al fine di garantire l'applicazione uniforme delle regole del diritto euro-unitario (Corte costituzionale, ordinanza 6 marzo 1995 n. 81; sentenze 20 febbraio 1995 n. 47 e n. 48).

Perciò la norma interna contrastante con un regolamento ad essa sopravvenuto non deve essere applicata dal giudice, fatta salva la contrarietà dell'applicazione della disposizione regolamentare con i c.d. controlimiti, ossia con i principi fondamentali della Costituzione o con i diritti inviolabili dell'uomo, con conseguente illegittimità derivata degli atti adottati in applicazione della stessa (Corte costituzionale, 8 giugno 1984 n. 170; 11 luglio 1989 n. 389; 18 aprile 1991 n. 168).

4.7. Occorre, a questo punto, indagare il rapporto che esiste tra il principio di primazia del diritto euro-unitario, in base al quale i giudici sono obbligati a considerare *tamquam non esset* la norma interna con esso contrastante, ed il principio del *tempus regit actum*, in base al quale la legittimità di un atto deve essere valutata con riferimento alla situazione di fatto e di diritto vigente al momento della sua emanazione.

4.8. Come già evidenziato al paragrafo 4.3., in una logica di integrazione tra ordinamenti, l'antinomia tra norme con effetti giuridici incompatibili deve essere risolta con il ricorso al criterio della *lex superior derogat inferiori* e non con

il ricorso al criterio della *lex posterior derogat priori*, il quale viene utilizzato per regolare il fenomeno della successione di fonti normative equiordinate.

Non si può tuttavia ignorare che il principio di prevalenza del diritto euro-unitario impone che, ove la modifica del regolamento degli interessi provenga dagli organi delle istituzioni euro-unitarie ed abbia ad oggetto, come nel caso di specie, l'organizzazione di un mercato comune, i suoi effetti devono investire anche i rapporti in corso, specialmente ove il mutamento sopravvenuto costituisca un prevedibile sviluppo di preesistenti atti delle istituzioni-eurounitarie, ancorché non dotati di efficacia diretta, e sia giustificato dalla realizzazione di motivi imperativi di interesse generale.

5. Effettuate tali premesse, il Collegio deve innanzitutto evidenziare che le disposizioni del regolamento n. 2022/1854/UE, con le quali sono state disciplinate le modalità di fissazione di un tetto ai ricavi dalla vendita dell'energia, ove tale misura sia necessaria per la realizzazione di motivi imperativi di interesse generale, quali quello di evitare gravi distorsioni tra i produttori dell'Unione e quello di contemperare le misure a sostegno dei clienti finali dell'energia elettrica con la conservazione dei segnali di prezzo e con gli scambi transfrontalieri (considerando 11), nonché la facoltà di apportarvi delle riduzioni ulteriori, a condizione che siano rispettati i principi di proporzionalità e di non discriminazione, non rappresentano una novità, ma si pongono in continuità con il quadro normativo euro-unitario già vigente all'epoca dell'adozione dell'atto regolatorio impugnato con il presente ricorso, del quale costituiscono uno sviluppo coerente e prevedibile.

Già nel considerando 20 della 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, viene infatti evidenziato che gli interventi pubblici di fissazione dei prezzi devono essere *<<stabiliti a un prezzo al di sopra del costo>>*, al fine di incentivare efficacemente lo sviluppo della rete e gli investimenti di nuova generazione.

Sulla scorta di tali indicazioni, la Commissione Europea, nell'Allegato 1 alla Comunicazione 2022, ha specificato 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>> e che, ove tali misure si risolvano in un intervento regolatorio di un eccessivo aumento dei prezzi dell'energia elettrica, il valore di detti prezzi deve comunque <<riflettere i costi>>, in modo da preservare un'effettiva concorrenza nel mercato.

La Commissione ha inoltre specificato che le misure di emergenza destinate ad incidere sugli <<utili inframarginali>> ottenuti da alcune categorie di produttori di energia elettrica, oltre a dover essere limitate nel tempo e collegate ad una specifica situazione di crisi, devono <<recuperare unicamente una quota degli utili effettivamente realizzati>> (Allegato 2 alla Comunicazione 2022).

Dal quadro normativo richiamato emerge dunque con chiarezza, che, già al momento dell'adozione della deliberazione ARERA n. 266/2022/R/eel, gli interventi sugli extraprofitti dovevano essere limitati agli utili effettivamente realizzati e non ai ricavi e che comunque essi avrebbero dovuto assicurare la copertura dei costi di investimento e dei costi di gestione.

5.1. Il meccanismo di compensazione a due vie introdotto dall'articolo 15-bis è destinato ad incidere sul prezzo di mercato dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili.

L'articolo 15-bis si limita tuttavia a descrivere il funzionamento del metodo di calcolo degli extraprofitti realizzati dai produttori di energia da fonti rinnovabili, il quale, come già evidenziato nel paragrafo 1, è basato sulla differenza di valore tra un prezzo di riferimento, indicato in una tabella allegata, ed il prezzo di mercato.

5.2. La norma assegna all'ARERA il compito di stabilire le modalità attuative del predetto meccanismo di compensazione, senza recare ulteriori

precisazioni in ordine all'effettiva consistenza delle partite economiche alle quali tale meccanismo dovrà essere applicato.

Nell'affidare all'ARERA un compito <<attuativo>> e non meramente esecutivo, il legislatore ha inteso coinvolgere anche il Regolatore nella cura dell'interesse pubblico, demandando l'esercizio della discrezionalità tecnica al soggetto al quale è stata attribuita dalla legge per l'esercizio del potere di regolazione del mercato dell'energia elettrica.

Sicché all'ARERA è demandata la complessa valutazione della rilevanza e della consistenza di tutti quegli elementi che incidono sulla maturazione dell'utile effettivamente conseguito, tra i quali rientrano, in via esemplificativa, i costi sostenuti dai produttori per l'acquisto dell'energia per gli impianti ausiliari, per i canoni di concessione e per i canoni regionali di derivazione dell'acqua, per i corrispettivi di sbilanciamento, per le misure di compensazione ambientale e per gli eventuali prelievi fiscali, nonché tutti i fattori incidenti sui costi di gestione, quali la dimensione, l'ubicazione ed i tempi di funzionamento degli impianti dello stesso tipo.

5.3. L'articolo 15-bis non esclude affatto che debbano essere considerati tutti gli elementi che la richiamata disciplina euro-unitaria ritiene decisivi per l'emersione dell'utile inframarginale effettivamente realizzato dai produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili, tra i quali devono essere sicuramente annoverati i costi di investimento ed i costi di gestione.

Il dovere di interpretare la norma in conformità con la disciplina normativa euro-unitaria induce il Collegio a valorizzare il riferimento all'attività di<<attuazione>> attribuita all'ARERA ed a ritenere dunque che il meccanismo di compensazione a due vie, per come delineato in astratto dall'articolo 15-bis, si inserisca in maniera coerente ed armonica nell'articolato e complesso quadro normativo euro-unitario di riferimento, composto da disposizioni sia antecedenti che successive alla sua entrata in vigore.

6. Affermata la compatibilità dell'articolo 15-bis con il quadro normativo euro-unitario di riferimento, occorre spostare il fuoco dalla compatibilità con

la disciplina euro-unitaria all'attuazione della norma, effettuata dall'ARERA con la deliberazione del 21 giugno 2022 n. 266/2022/R/eel.

A tal proposito, corre l'obbligo di specificare che il *thema decidendum* relativo alla compatibilità dell'attuazione dell'articolo 15-bis con il quadro di riferimento unionale non rientra nelle censure specificate nell'ottavo motivo di ricorso, le quali, in virtù dell'espressa graduazione dei motivi di ricorso effettuata dalla società ricorrente, non potrebbero essere esaminate, se non previo rigetto di tutti i precedenti motivi di ricorso.

La peculiare formulazione della norma, la quale - lungi dall'essere qualificata come norma di dettaglio - rimette interamente all'ARERA l'individuazione e le modalità di valutazione delle partite economiche rilevanti per il funzionamento del meccanismo di compensazione a due vie e perciò integra una fattispecie a formazione progressiva, impone al Collegio di valutare in via prioritaria e nell'ambito più appropriato della disamina delle fonti normative, la compatibilità della fase attuativa con il quadro normativo euro-unitario di riferimento, senza che ne risulti violato il dovere di esaminare i motivi di ricorso secondo l'ordine di graduazione prospettato dalla parte ricorrente e dunque il principio di effettività della tutela che ad esso è sotteso.

6.1. Come evidenziato nei paragrafi 5.2 e 5.3, la disciplina del meccanismo di compensazione posta dall'articolo 15-bis non è esaustiva ma necessita, per la sua compiuta attuazione, delle determinazioni regolatorie rimesse all'ARERA, nel rispetto del contesto euro-unitario di riferimento.

La compatibilità del meccanismo di compensazione a due vie introdotto dall'articolo 15-bis con il quadro normativo euro-unitario di riferimento può essere dunque affermata solo in sede di adozione della disciplina di dettaglio da parte dell'ARERA, alla quale è demandato dalla norma il compito di considerare tutti quegli elementi che giustificano l'intervento di uno Stato membro sugli extraprofiti derivanti dalla vendita dell'energia da fonti rinnovabili e che, in definitiva, consentono di armonizzare la predetta misura nel contesto unionale.

A tale conclusione si perviene in applicazione del principio di prevalenza del diritto euro-unitario, il quale impone anche alle amministrazioni dello Stato che si trovino ad attuare una norma interna, astrattamente compatibile con la disciplina euro-unitaria, di conformarsi alla disciplina unionale sovraordinata implicitamente recepita dalla norma interna, specialmente quando questa, come verificatosi nella fattispecie in oggetto, abbia interamente rimesso all'amministrazione la disciplina degli aspetti di dettaglio.

6.2. Dal quadro normativo euro-unitario di riferimento emerge la necessità di individuare un valore uniforme degli interventi che limitano gli extraprofiti, successivamente quantificato dall'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento 2022/1854/UE in una misura che si presume idonea a mantenere una concorrenza basata sui prezzi tra i produttori di energia elettrica e ad evitare effetti distorsivi nel mercato interno dell'energia (considerando 27) senza inficiare la valutazione iniziale della redditività degli investimenti (considerando 28), la copertura dei costi di investimento e di esercizio e gli investimenti in nuove capacità inframarginali (considerando 29).

Tale misura è stata individuata in via presuntiva e fatta salva la possibilità, riconosciuta dall'articolo 8, paragrafo 1, del regolamento 2022/1854/UE e rimessa all'autonomia degli Stati membri, di <<mantenere o introdurre misure che limitano ulteriormente i ricavi di mercato dei produttori>> di energia elettrica, purché ciò avvenga nel rispetto dei limiti fissati dal paragrafo 2, tra i quali è enunciato, alla lettera a), il principio di proporzionalità, in piena continuità con quanto previsto dagli articoli 5, comma 3, e 7 della direttiva (UE) 2019/944.

Per introdurre delle limitazioni ai prezzi di mercato nella produzione e nella vendita dell'energia elettrica, occorre perciò dimostrare che le stesse siano necessarie per il raggiungimento di interessi di carattere generale, non altrimenti perseguibili.

Neppure l'individuazione di un valore uniforme e coerente con la logica di mercato, al di sotto del quale si presume che non possano essere fissati i

prezzi di fornitura dell'energia elettrica, costituisce, a ben guardare, una novità, ma rappresenta il naturale e prevedibile sviluppo del quadro normativo euro-unitario già vigente all'epoca dell'adozione dell'atto regolatorio impugnato con il presente ricorso.

6.3. Il quadro normativo euro-unitario di riferimento, che l'ARERA è obbligata a considerare nell'attuazione della misura introdotta dall'articolo 15-bis, impone di assicurare la copertura dei costi di esercizio e di investimento e di incidere solo sugli utili inframarginali, così da recuperare solo quegli utili che siano stati 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 fonti rinnovabili che versano nella stessa situazione, sia nel senso di considerare le differenze che sussistono tra i diversi produttori titolari di impianti alimentati da fonti rinnovabili, anche dello stesso tipo.

6.4. Per tale ragione, il limite ai ricavi di mercato, fissato dall'articolo 15-bis in relazione al differenziale con un prezzo di riferimento per la zona Nord, pari ad euro 58 per MWh, non può essere considerato come valore inderogabile in sede di attuazione del meccanismo compensativo.

L'imposizione di un valore di riferimento, il cui differenziale di segno positivo comporta, di fatto, una temporanea alterazione della logica concorrenziale nella fissazione del prezzo di mercato, non è compatibile con il principio di proporzionalità, non è idonea a garantire il raggiungimento degli obiettivi di interesse generale che il diritto unionale intende perseguire, quali quelli ricavabili, in via interpretativa, dai considerando 27, 28 e 29 del regolamento 2022/1854/UE e dai considerando 22 e 23 dalla direttiva (UE) 2019/944 nonché dall'Allegato 1 alla Comunicazione 2022, in quanto si rivela eccessiva rispetto al loro raggiungimento (CGUE 16 luglio 2020, in causa C-686/18; 31 maggio 2018, in causa – 190/17).

6.5. La realizzazione del fine solidaristico sotteso al meccanismo di compensazione a due vie, introdotto dall'articolo 15-bis, postula infatti che lo

stesso venga attuato dall'ARERA mediante l'individuazione di un limite ai ricavi di mercato che sia proporzionale rispetto ai criteri individuati dall'articolo 5 della direttiva (UE) 2019/944.

Pertanto l'imposizione di una misura ulteriormente limitativa da parte dello Stato membro, rispetto a quella uniforme, individuata come misura equa dagli organi dell'Unione competenti ai sensi dell'articolo 122, paragrafo 1, del TFUE, deve essere giustificata dall'utilizzo di peculiari tecnologie produttive o da altre specifiche ragioni, così come espressamente richiesto dall'articolo 8, paragrafo 1, del regolamento 2022/1854/UE, affinché non contrasti con le disposizioni euro-unitarie in tema di libera prestazione dei servizi, di libertà di impresa e di parità di trattamento degli operatori economici.

6.6. La deliberazione impugnata, con la quale è stato attuato il meccanismo di compensazione a due vie introdotto dall'articolo 15-bis, risulta dunque adottata all'esito di un'istruttoria carente, dal momento che l'ARERA, in violazione del quadro normativo di riferimento implicitamente recepito dalla norma interna, ha omesso di individuare e di valorizzare tutti gli elementi utili per la definizione delle partite economiche funzionali all'emersione dell'utile inframarginale effettivamente realizzato dagli operatori interessati dalla misura.

6.7. Nei limiti sopra esposti, il primo motivo di ricorso è fondato e pertanto deve essere accolto, con conseguente annullamento della deliberazione ARERA n. 266/2022/R/eel.

7. All'annullamento della deliberazione ARERA n. 266/2022/R/eel consegue la caducazione delle Regole Tecniche e della nota del 7 luglio 2022, adottate dalla GSE s.p.a. ed impugnate con il presente ricorso, dal momento queste si configurano come atti meramente consequenziali, ad essa collegati da un vincolo di presupposizione necessaria.

8. L'accoglimento del primo motivo di ricorso preclude al Collegio di esaminare i restanti motivi, espressamente proposti in via subordinata.

9. La novità e la complessità delle questioni trattate giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di lite.

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

Valentina Santina Mameli, Consigliere

Rosanna Perilli, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Rosanna Perilli**

**IL PRESIDENTE**  
**Antonio Vinciguerra**

IL SEGRETARIO