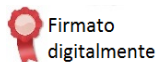




Numero di ruolo pubblicato	:	C-514/23
Numero dell'atto	:	1
Numero di registro	:	1265377
Data di deposito	:	08/08/2023
Data di iscrizione nel registro	:	09/08/2023
Tipo di atto	:	Domanda di pronuncia pregiudiziale
<hr/>		
Riferimento del deposito effettuato tramite e-Curia	:	Atto DC191884
Numero del file	:	1
Autore del deposito	:	Migliozzi Ferdinando (J363395)

Pubblicato il 08/08/2023

N. 07673/2023 REG.PROV.COLL.
N. 08263/2022 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 8263 del 2022, proposto dalla Tiberis Holding s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Bassan e Silvia Venturini, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

GSE - Gestore dei servizi energetici s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Cesare San Mauro e Antonio Pugliese, con domicilio fisico eletto presso lo studio del primo in Roma, via Guido d'Arezzo, n. 2 e con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

il Ministero dello sviluppo economico, in persona del Ministro *pro tempore*, e il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, in persona del Ministro *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

nei confronti

della Conza Energia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Germana Cassar, con domicilio digitale come

da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza *ter*, n. 8256/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Gestore dei servizi energetici e della Conza Energia s.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore, nell'udienza pubblica del giorno 28 marzo 2023, il consigliere Francesco Frigida e uditi per la Tiberis Holding s.p.a. gli avvocati Fabio Bassan e Silvia Venturini, per il Gestore dei servizi energetici l'avvocato Maria Cristina Iannini, per delega dell'avvocato Cesare San Mauro, e per la Conza Energia s.r.l. l'avvocato Francesco Vergara per delega dell'avvocato Germana Cassar.

1. La Tiberis Holding s.r.l. gestisce una centrale idroelettrica sul fiume Tevere, nel territorio del Comune Fiano Romano (RM), di potenza pari a 2,747 megawatt.

1.1. L'8 settembre 2017 il Gestore dei servizi energetici ha accolto la richiesta della suddetta società di accesso ai meccanismi incentivanti previsti dal decreto del Ministero dello sviluppo economico del 23 giugno 2016, recante "*Incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico*" e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana, Serie generale, n.150 del 29 giugno 2016, come integrato dalle procedure applicative emanate dal Gestore il 15 luglio 2016 ai sensi dell'art. 26, comma 1, del citato decreto ministeriale.

1.2. Il 5 ottobre 2017 la Tiberis Holding s.r.l. ha stipulato con il Gestore un contratto per il riconoscimento delle tariffe incentivanti all'energia elettrica prodotta da impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici, con cui sono state disciplinate le condizioni di erogazione degli incentivi spettanti all'interessata.

1.3. In virtù di tale incentivazione la ricorrente in cinque anni (ovverosia dal 2017

al 2021) ha ricevuto complessivamente € 4.044.340,75 a titolo di contributi.

1.4. Con fatture numeri 561085 e 561087 del 4 aprile 2022 e fattura n. 63405 del 2 maggio 2022 il Gestore ha chiesto alla Tiberis Holding s.r.l. la restituzione di parte dei contributi per un totale di € 1.224.210,86.

2. Contro tale richiesta, nonché avverso le disposizioni negoziali e regolamentari presupposte, la società interessata ha proposto ricorso dinanzi al T.a.r. per il Lazio.

2.1. A sostegno della domanda giudiziale ha articolato due motivi: a) violazione e falsa applicazione dell'articolo 3 della direttiva 2001/28/CE e dell'articolo 4 della direttiva 2018/2001/UE, con richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea; b) violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 4 e 24 e in particolare dell'art. 24.5, lettera f), del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea valutazione sui presupposti e contraddittorietà.

3. Il Gestore e la controinteressata Conza Energia s.r.l. si sono costituiti nel giudizio di primo grado, ambedue eccepando l'irricevibilità del ricorso per tardività e chiedendone in ogni caso il rigetto.

4. Con la sentenza in epigrafe l'adito T.a.r., dopo aver reputato ricevibile il ricorso, lo ha respinto integralmente, affermando in sostanza che alla stregua dei parametri normativi e alla luce della vicenda fattuale *«la ricorrente ha avuto accesso agli incentivi mediante il sistema “iscrizione al registro”: l'energia elettrica prodotta dall'impianto resta nella disponibilità dell'operatore, il quale la immette in rete e la vende sul libero mercato. Questa modalità garantisce al beneficiario dell'incentivo una remunerazione complessiva costante (libera vendita + incentivo del GSE) dell'energia prodotta, idonea a remunerare gli investimenti effettuati per la realizzazione della centrale. Infatti l'incentivo del Gestore garantisce una tariffa commisurata ai costi del progetto presentato dal richiedente. Si tratta, dunque, di una modalità che all'avvio dell'iniziativa pone l'imprenditore al riparo dall'aleatorietà del prezzo di mercato dell'energia nel tempo e gli garantisce una*

tariffa fissa tramite cui effettuare il recupero di quanto investito nella realizzazione dell'impianto, all'evidenza considerata congrua dalla ricorrente al momento della sottoscrizione del contratto più volte menzionato. L'unico svantaggio (se così lo si può chiamare) è dato dal fatto che un eventuale aumento nel tempo del prezzo di mercato dell'energia (come quello registrato negli ultimi mesi) non può tramutarsi in un aumento dei ricavi della società, ma si trasforma in un "incentivo negativo" (cioè in un ristorno a favore del GSE: questi, quando il prezzo di mercato scende sotto un certo livello, assicura un certo livello costante di ricavi all'operatore; viceversa, quando il prezzo di mercato sale, data l'invarianza dei ricavi assicurati all'operatore, il Gestore incamera la differenza di prezzo dell'energia). Ma ciò costituisce la contropartita (imprevedibile e aleatoria) alla garanzia di una tariffa costante e comunque remunerativa dell'investimento iniziale, qualora, come avvenuto fino al 2021, il prezzo dell'energia sul mercato sia più basso della tariffa garantita dal Gestore (l'incentivo va a coprire la differenza tra il prezzo dell'energia venduta e la tariffa base garantita a remunerazione dell'investimento). Alla luce di questo quadro, prive di pregio sono le censure proposte con il ricorso in quanto l'impossibilità di lucrare extraprofiti derivanti dall'altalenante andamento del mercato dell'energia (da cui sostanzialmente origina l'impugnazione) è un elemento fisiologicamente riconducibile al "rischio d'impresa", che la Società ha accettato nel momento stesso in cui ha presentato la richiesta di accesso agli incentivi di cui all'art. 7, comma 5, d.m. 23 giugno 2016 ed ha stipulato, a seguito del suo accoglimento, il Contratto del 5 ottobre del 2017. Meccanismo a cui ha mostrato acquiescenza fintantoché, nella sua intrinseca aleatorietà (ma comunque strutturato in modo da assicurare il ritorno dall'investimento), ha generato guadagni a suo favore e verso il quale, viceversa, trova motivi di avversione ora che genera "perdite", che, in verità, sono meri mancati guadagni astrattamente prevedibili ab origine (...). Questo tipo di meccanismo incentivante è in linea con quanto delineato dalla Commissione Europea con la Comunicazione 2014/C 200/01 con la quale sono state stabilite le

condizioni alle quali gli aiuti a favore dell'energia e dell'ambiente possono essere considerati compatibili con il mercato interno a norma dell'art. 107, paragrafo 3, lettera c) del Trattato UE (...) Né tale meccanismo può dirsi discriminatorio perché gli operatori che hanno ottenuto gli incentivi a seguito delle diverse procedure d'asta "possono incassare l'intero prezzo di mercato", mentre quelli che li hanno conseguiti in virtù dell'iscrizione al registro "devono restituire la differenza tra il prezzo di mercato e l'incentivo", come sostenuto dalla ricorrente. Infatti le due situazioni sono del tutto diverse: in caso di partecipazione alla procedura d'asta, la tariffa incentivante base su cui calcolare l'incentivo è ridotta della percentuale offerta dall'operatore e aggiudicata. Mentre nel caso dell'iscrizione a registro la riduzione è facoltativa e comunque limitata al 10 %. In definitiva gli operatori partecipanti alle aste al ribasso godono di una tariffa complessiva minore rispetto a quelli che accedono all'iscrizione a registro, ma, come contropartita, possono beneficiare di eventuali rialzi di mercato. Viceversa quelli a registro godono di tariffe più alte, ma non possono beneficiare dei rialzi di mercato. Se si aggiunge, poi, che, comunque, è prevista la possibilità di uscire da tale meccanismo di incentivazione e di affidarsi completamente all'andamento del mercato, si comprende come la lamentata disparità di trattamento sia del tutto infondata. La tesi di parte ricorrente è, dal punto di vista logico razionale, ancor prima che normativo, insostenibile: si vorrebbe un meccanismo "floor" (secondo termini in uso nella dottrina finanziaria), secondo cui è comunque garantita una certa remunerazione all'investimento, ma al contempo si vorrebbe anche lucrare illimitatamente in funzione dell'andamento (si badi, esclusivamente al rialzo) del mercato. Il meccanismo delineato dalla normativa è, invece, diverso e nel suo complesso razionale. Permette, infatti, alle imprese di dimensioni minori di vedere garantita la sostenibilità economica dell'investimento, ponendole al riparo dall'aleatorietà del mercato tramite un più robusto sostegno pubblico (ossia tramite una tariffa più alta garantita sin dall'origine e a prescindere

dall'andamento del mercato), mentre riserva solo a quelle di maggiori dimensioni una remunerazione maggiormente basata sui ricavi da vendita sul mercato, sul presupposto che, in genere, le imprese più grandi sono finanziariamente più capaci di affrontare l'andamento del mercato stesso. Nel complesso il sistema di incentivazione non si pone in contrasto con la normativa europea, tutela la "certezza" degli investimenti, non è discriminatorio e garantisce l'interesse generale alla produzione di energia da fonti rinnovabili, tutelando i produttori più piccoli rispetto a quelli più grandi, proprio nelle fasi avverse del mercato».

5. Con rituale appello la Tiberis Holding s.r.l. ha chiesto la riforma di tale statuizione di primo grado dinanzi a questo Consiglio di Stato, criticando le conclusioni cui è giunto il primo giudice e riproponendo in sostanza i due motivi di censura sollevati col ricorso introduttivo.

6. Il Gestore e Conza Energia s.r.l. si sono entrambi costituiti in giudizio, chiedendo il rigetto dell'impugnazione.

7. In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie e memorie di replica, con cui hanno ulteriormente illustrato le proprie tesi e insistito sulle proprie posizioni.

8. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 28 marzo 2023.

9. Osserva la Sezione che *prima facie* appare sussistere un potenziale conflitto tra la normativa interna, da applicare necessariamente alla fattispecie concreta, e quella unionale (gli esatti riferimenti normativi saranno indicati di seguito).

D'altra parte la questione interpretativa non risulta di pronta risoluzione, né risulta essere stata oggetto di contenzioso innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea nonché; essendo poi questo giudice d'appello un giudice di ultima istanza dell'ordinamento interno si rende necessario il rinvio interpretativo pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia.

10. A tal fine si premette che questo giudice si atterrà quanto alla rappresentazione degli elementi di fatto e di diritto di interesse della fattispecie alle *“Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione*

di domande di pronuncia pregiudiziale” pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell’Unione europea dell’8 novembre 2019 (G.U. 2019/C 380/01), utilizzando (ex art. 94 del “*Regolamento di procedura della Corte di giustizia*”), un criterio espositivo improntato ad una rigorosa sintesi.

Il che non configura una violazione del diritto di difesa di cui all’art. 24 della Costituzione della Repubblica Italiana, giacché, nell’ambito del sistema di tutela giurisdizionale euro-unitario, in cui si iscrive il rinvio pregiudiziale, tale fondamentale diritto: a) si modula e si conforma in funzione della peculiare natura dell’ordinamento unionale e delle sue specifiche caratteristiche sostanziali e procedurali (pluralità di lingue e connessa necessità di un’onerosa attività di traduzione; esistenza di diverse tradizioni giuridiche; natura incidentale della cognizione della Corte adita ex art. 267 TFUE); b) è comunque garantito dalla possibilità, per le parti del procedimento principale, di prendere parte alla fase scritta e, eventualmente, a quella orale del procedimento avanti la Corte.

11. Tanto premesso, si rileva che la disposizione del diritto nazionale rilevante nel caso di specie e sospetta di contrarietà con il diritto unionale, di cui il contratto tra le parti fa conforme attuazione, è il punto 2 dell’allegato 1 al decreto del Ministero dello sviluppo economico 23 giugno 2016, con cui, in relazione agli impianti con potenza superiore a 500 kilowatt, si stabilisce che *«Il GSE provvede per ciascun impianto alla determinazione dell’incentivo Inuovo sulla base dei dati della produzione di energia elettrica netta immessa in rete e dei prezzi zionali orari, applicando per gli impianti nuovi la seguente formula: $Inuovo = Tb + Pr - Pz$ dove:*

- *Tb è la tariffa incentivante base ricavata per ciascuna fonte e tipologia di impianto dalla tabella 1.1 nonché, qualora l’impianto abbia partecipato con esito positivo a una procedura d’asta, ridotta della percentuale aggiudicata nella medesima procedura;*
- *Pr è l’ammontare totale degli eventuali premi a cui ha diritto l’impianto;*
- *Pz è il prezzo zonale orario, della zona in cui è immessa in rete l’energia elettrica prodotta dall’impianto. Nel caso in cui il valore*

dell'incentivo risulti negativo: a) esso è posto pari a zero per gli impianti che accedono agli incentivi a seguito di partecipazione alle procedure d'asta; b) per gli altri impianti, il valore è mantenuto negativo e il GSE effettua gli opportuni conguagli nell'ambito della liquidazione degli importi, con le modalità di cui all'articolo 22 del DM 6 luglio 2012».

12. Siffatta disposizione risulta potenzialmente contrastante con l'articolo 3 della direttiva 2001/28/CE e l'articolo 4 della direttiva 2018/2001/UE, i quali indicano cinque parametri cumulativi di legittimità degli incentivi: a) che gli incentivi siano basati su criteri di mercato; b) che consentano ai beneficiari di rispondere ai segnali di mercato; c) che evitino inutili distorsioni dei mercati; d) che garantiscano che i produttori reagiscano ai segnali dei prezzi del mercato e infine e) che garantiscano che i produttori massimizzino i loro ricavi sul mercato; e) che siano concessi con modalità aperte, trasparenti, competitive, non discriminatorie ed efficaci sotto il profilo dei costi.

12.1. In particolare la normativa interna potrebbe produrre l'effetto di costringere i produttori ad abbandonare l'incentivo, in contrasto con la finalità del meccanismo incentivante.

In proposito si rileva che il d.m. del 23 giugno 2016 prevede che l'accesso ai meccanismi di incentivazione avvenga in base a tre diverse procedure: *“previa iscrizione in appositi registri”* (art. 4, comma 1); *“a seguito di partecipazione a procedure competitive di aste al ribasso”* (art. 4, comma 2); in via diretta per gli impianti di piccole dimensioni, con soglie differenziate per fonte (art. 4, comma 3).

L'adesione a un regime o all'altro non è volontaria, bensì dipende esclusivamente dalla capacità produttiva della centrale, cosicché la Tiberis Holding s.r.l. non ha potuto decidere liberamente se presentare domanda per l'iscrizione nel registro informatico, come in concreto ha fatto, oppure partecipare all'asta, in quanto si tratta di due categorie distinte e definite a priori sulla base della tipologia e della capacità massima dell'impianto.

Tanto chiarito, si osserva che nell'ipotesi in cui il valore dell'incentivo, ottenuto

come differenza tra la tariffa riconosciuta e il prezzo zonale orario, sia negativo, esso, ai sensi del punto 2 dell'allegato 1 al d.m. 23 giugno 2016, «è posto pari a zero, per gli impianti che accedono agli incentivi a seguito di partecipazione alle Procedure d'Asta», mentre per gli altri impianti, come quello dell'interessata, «il valore è mantenuto negativo ed il GSE effettua gli opportuni conguagli nell'ambito della liquidazione degli importi», con la precisazione, recata dal punto 3.4.4., n. 2), delle procedure applicative adottate dal Gestore il 15 luglio 2016, che «l'energia prodotta e immessa in rete dagli impianti che richiedono l'accesso all'“Incentivo” resta nella disponibilità del Soggetto Responsabile».

Sulla base di tali parametri, l'energia elettrica prodotta dall'impianto della Tiberis Holding s.r.l., la quale ha avuto accesso agli incentivi mediante il sistema dell'iscrizione al registro, resta nella sua disponibilità per essere immessa in rete e venduta sul libero mercato.

Tale modalità garantisce al beneficiario dell'incentivo un introito complessivo formato dalla somma dei ricavi della vendita sul mercato dell'energia prodotta e dell'incentivo versatogli dal Gestore, idoneo a remunerare gli investimenti effettuati per la realizzazione della centrale, considerato che il Gestore garantisce una tariffa fissa commisurata ai costi del progetto presentato e valutata chiaramente congrua dall'imprenditore al momento della libera sottoscrizione del contratto, ponendo per tal via il produttore al riparo dall'aleatorietà del prezzo di mercato dell'energia nel tempo.

Cionondimeno un eventuale aumento nel tempo del prezzo di mercato dell'energia (come verificatosi negli ultimi anni) non si traduce in un aumento dei ricavi dell'operatore, stante la presenza di una tariffa fissa, bensì si trasforma in un cosiddetto “incentivo negativo”, ovvero in un ritorno economico in favore del Gestore, il quale invero qualora il prezzo di mercato scenda, assicura comunque un livello costante di ricavi all'operatore, mentre laddove il prezzo di mercato salga, il Gestore incamera la differenza tra il prezzo dell'energia e la tariffa fissa

incentivante.

In sostanza, per gli impianti medi (tra 1 e 5 megawatt) i produttori, i quali accedono agli incentivi mediante l'iscrizione nel registro informatico di cui agli articoli 9 e seguenti del d.m. 23 giugno 2016, devono restituire la differenza tra il prezzo di mercato e l'incentivo, diversamente dai produttori con grandi impianti (superiori a 5 megawatt), i quali accedono all'incentivo tramite l'asta regolata dagli articoli 12 e seguenti del medesimo d.m. e possono incassare l'intero prezzo di mercato.

Considerato che l'incentivo negativo non è una contropartita della garanzia di una tariffa costante, poiché l'impresa vende l'energia sul mercato, che ha le sue dinamiche e i suoi rischi, si rileva che la misura del conguaglio in caso di indennizzo negativo appare potenzialmente contrastante con le direttive 2001/28/CE e 2018/2001/UE, che impongono allo Stato di consentire all'operatore di reagire alle dinamiche del mercato al fine di prevenire le distorsioni conseguenti all'eliminazione dell'elasticità alla domanda dei produttori, i quali, in ragione del conguaglio dell'incentivo negativo, non avrebbero interesse a reagire alle dinamiche del mercato.

13. Ciò posto, si formula a codesta Corte il seguente quesito: *«Dica la Corte di giustizia se i principi recati dagli articoli 3 della direttiva 2001/28/CE e 4 della direttiva 2018/2001/UE ostano o non ostano a una normativa interna che nell'ambito di un regime nazionale di incentivi prevede, con riferimento a fattispecie in cui i produttori vendono l'energia sul libero mercato, una tariffa incentivante che garantisce un prezzo minimo, che è al contempo anche un prezzo massimo, in virtù di un meccanismo di conguaglio-restituzione delle somme eccedenti il valore dell'incentivo qualora il prezzo di mercato sia superiore a quest'ultimo (cosiddetto incentivo negativo), applicandosi inoltre il meccanismo di conguaglio soltanto laddove il produttore che vende l'energia sul libero mercato acceda all'incentivo mediante iscrizione al pertinente registro e non anche laddove vi acceda mediante partecipazione a una procedura di asta».*

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione seconda, così dispone:

- a) rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione sub § 11 e § 12 e sinterizzata sub § 13;
- b) ordina alla segreteria della sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza nonché copia integrale del fascicolo di causa;
- c) dispone, nelle more della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, la sospensione del presente giudizio;
- d) riserva alla sentenza definitiva ogni ulteriore pronuncia, anche in ordine alle spese e onorari del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2023, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Francesco Frigida, Consigliere, Estensore

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco Frigida

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO