

N. 02311/2013 REG.PROV.COLL.

N. 03099/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3099 del 2010, proposto da:
Idroenergia S.C.R.L., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Caia, Nicola Aicardi, Maria Carla Minieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Carla Minieri in Milano, via San Damiano, 2;

contro

Autorità Per L'Energia Elettrica e il Gas, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliata per legge nei suoi uffici in Milano, via Freguglia, 1;

nei confronti di

Terna S.p.A., non costituita;

per l'annullamento

della delibera dell' AEEG - ARG/ELT 166/10, avente ad oggetto "Modificazioni e integrazioni dell'Allegato A alla delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas 27 marzo 2004, n. 48/04, in tema di ulteriore corrispettivo per la remunerazione della disponibilità di capacità produttiva di cui all'art.36 dell'allegato medesimo".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per L'Energia Elettrica e il Gas;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2012 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La società ricorrente ha impugnato la delibera dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (di seguito anche AEEG o Autorità) con cui è stato modificato il metodo di calcolo del corrispettivo riconosciuto ai produttori di energia che rendono disponibile la capacità produttiva dei loro impianti, per assicurare l'adeguatezza dell'offerta di energia anche nei c.d. "giorni di alta e media criticità", cioè quelli in cui vi è il rischio che la domanda di energia superi l'offerta.

L'art 1 della L. 290/2003, intervenuta dopo il famoso black-out del settembre 2003, ha delegato il Governo ad assumere misure per garantire, anche nel medio termine, il raggiungimento e il mantenimento di un adeguato livello di capacità di produzione di energia elettrica.

E' stato così introdotto, dal D. Lgs. 379/2003, il sistema di capacity payment, ossia un sistema di remunerazione della disponibilità di capacità produttiva di energia elettrica, volto ad assicurare il raggiungimento ed il mantenimento dell'adeguatezza della capacità produttiva al fine di garantire la copertura della domanda nazionale, con i necessari margini di riserva.

Il sistema prevede una specifica remunerazione incentivante a carico del gestore della rete di trasmissione nazionale (oggi Terna), alimentata da una voce tariffaria. Tale remunerazione è prevista anche per i produttori di energia elettrica da impianti programmabili, che assumono l'impegno di mettere a disposizione del sistema elettrico nazionale una data quota di capacità produttiva e a mantenerla in esercizio efficiente.

In attuazione al D.Lgs. 379/2003, l'Autorità ha adottato la delibera n. 48/2004, in cui ha previsto quale sistema di remunerazione della disponibilità di capacità produttiva di energia elettrica, due componenti:

- un corrispettivo per l'impegno a rendere disponibile la capacità produttiva (corrispettivo CAP1), che prevede una remunerazione costante su base mensile;

- un corrispettivo definito come remunerazione integrativa dei ricavi conseguiti dal singolo produttore nei mercati borsistici (corrispettivo *Si*): il corrispettivo *Si* viene erogato quando i ricavi effettivi del produttore (RICE) risultano inferiori, su base annua, a quelli che lo stesso avrebbe conseguito a parità di produzione se fossero applicati i prezzi dell'energia elettrica in regime amministrato (RICR). Il corrispettivo *Si* è riconosciuto a ciascun operatore se la differenza tra i ricavi di riferimento determinati convenzionalmente dall'Autorità (RICR) e i ricavi effettivi (RICE) è positiva.

Il RICR è determinato in base a vari fattori, in modo da rappresentare i ricavi standard idonei a coprire i costi di un impianto ammesso al regime di capacity payment.

Il corrispettivo risulta quindi articolato in una remunerazione costante e in una remunerazione integrativa, che viene erogata solo a condizione che il ricavo annuo effettivo sia inferiore al ricavo annuo di riferimento.

Con documento di consultazione DCO n. 28/10, l'Autorità ha considerato che, per essere efficace, la metodologia di remunerazione integrativa dei ricavi deve tenere in debita considerazione l'esatta localizzazione della capacità produttiva nella disponibilità di ciascun produttore.

Con la delibera impugnata ha quindi modificato il criterio di calcolo del corrispettivo *Si*, al fine di dare rilievo alla differenza dei prezzi tra le diverse zone dei mercati dell'energia: si vuole fornire un sostegno transitorio ai produttori che, a causa di prezzi zionali bassi, possano evidenziare problemi di equilibrio economico-finanziario, con conseguenti ripercussioni di inadeguatezza della capacità produttiva nel lungo periodo.

In sede di correzione dei criteri per la determinazione del ricavo effettivo relativo all'operatore di mercato (RICE_m), il Regolatore ha altresì ritenuto di "integrare la valorizzazione dell'energia elettrica con una componente che rappresenti il vantaggio di costo di cui, *ceteris paribus*, gode l'energia elettrica del medesimo operatore che è esentata dall'obbligo di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79/99; in questo modo, secondo quanto emerso nel corso della consultazione avviata con il documento 3 agosto 2010, si introduce nella metodologia di calcolo dell'ulteriore corrispettivo un elemento che tiene conto della marginalità degli operatori, marginalità che, nel caso di operatori con un'incidenza elevata di energia elettrica esentata dal suddetto obbligo, è tale da attenuare drasticamente l'utilità dell'ulteriore corrispettivo rispetto alle finalità per cui lo stesso è stato istituito". Ha, quindi, introdotto nella determinazione del ricavo effettivo relativo all'operatore di mercato (RICE_m) un parametro diretto ad escludere il "costo evitato" del mancato acquisto dei certificati verdi: nella formula di cui al punto 36.4.3 della delibera gravata il costo del certificato verde viene indicato con il codice Pcv.

Ritiene l'Autorità che i produttori da fonti rinnovabili, non essendo gravati dell'obbligo di produrre una quota di energia da fonti rinnovabili o di acquisire i certificati verdi, avrebbero una maggiore marginalità, ossia una maggiore capacità di produrre reddito, tale "da attenuare drasticamente l'utilità dell'ulteriore corrispettivo rispetto alle finalità per cui lo stesso è stato istituito".

Lamenta la ricorrente che tale modifica, che considera alla stregua di un ricavo il mancato costo derivante dall'esenzione dall'obbligo di acquisto dei certificati verdi, penalizza i produttori di energia da cogenerazione e neutralizza gli incentivi loro riconosciuti dalla normativa di settore.

Per tale ragione ha gravato la delibera in oggetto, articolando le seguenti censure:

1) violazione del corpus normativo, comunitario e nazionale, in materia di incentivazione della produzione di energia da fonti rinnovabili e in generale del regime normativo di favor per la produzione di energia da tali fonti; violazione specifica dell'art 11 del D. lgs. 79/99: la disciplina penalizza le fonti rinnovabili di energia, vanificando l'incentivazione della produzione di energia rinnovabile, propria dell'art 11 del D. Lgs. 79/99;

2) eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità: la finalità della remunerazione integrativa è di incoraggiare i produttori a rimanere nel sistema, remunerando l'impegno assunto, quando non risulta remunerato; invece in tal modo perde la finalità di remunerazione, divenendo una forma di sostegno a favore solo di alcune;

- 3) eccesso di potere per disparità di trattamento, essendo stata inserita una disciplina che discrimina i produttori di energia da fonti rinnovabili;
- 4) eccesso di potere per carenza istruttoria e/o di motivazione: la circostanza che la produzione da fonti tradizionali abbia una redditività inferiore non è provata, ma assunto in modo aprioristico;
- 5) violazione del d.lgs. 379/2003; sviamento di potere: il provvedimento ha violato la norma che assegna all'Autorità il compito di stabilire il corrispettivo per la remunerazione della disponibilità di capacità, non potendo introdurre misure con finalità differente;
- 6) violazione del diritto di partecipazione procedimentale: nel documento di consultazione non viene esposto il nuovo criterio, ma si dà atto della volontà di mutare il criterio di determinazione della remunerazione integrativa.

Si è costituita in giudizio l'Autorità, chiedendo il rigetto del ricorso.

All'udienza del 24 maggio 2012 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

Il Collegio, al fine di una esatta comprensione delle finalità e delle modalità che presidiano il nuovo criterio di calcolo del corrispettivo *Si*, delle voci RICE_m e RICR e del parametro P_{cv}, ha ritenuto di disporre, quale mezzo istruttorio ammesso nel processo amministrativo (cfr. sentenza di questa Sezione n. 1205/2011, confermata dal Consiglio di Stato sez. III con decisione n. 1069/2012), l'interrogatorio libero dell'Amministrazione resistente (nelle persone dei funzionari o tecnici competenti a conoscenza della vicenda per cui è causa).

Sono stati sottoposti i seguenti chiarimenti:

quali voci di costo vengono incluse nel corrispettivo *Si* e la modalità di calcolo del costo sostenuto per l'acquisto dei certificati verdi da parte degli operatori di energia convenzionale;

la diversa modalità di determinazione del corrispettivo tra gli operatori di energia convenzionale e quelli che producono da cogenerazione;

a quali concrete finalità rispondano la valorizzazione in termini di ricavi del costo evitato di acquisto dei certificati verdi e il riferimento alla marginalità dei produttori e quali criticità intendano prevenire o risolvere;

quale sia la funzione del corrispettivo *Si* come modificato dalla delibera impugnata.

In data 5 luglio 2012, si è svolto l'interrogatorio libero.

L'Autorità ha depositato in data 19.7.2012, note a chiarimento.

All'udienza del 21 dicembre 2012, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1) Come emerge dalla narrazione in fatto, oggetto del presente giudizio è la delibera in materia di sistema di remunerazione della disponibilità di capacità produttiva di energia elettrica.

Questo sistema prevede due componenti:

- un corrispettivo costante su base mensile per l'impegno a rendere disponibile la capacità produttiva (corrispettivo CAP1);

- un corrispettivo definito come remunerazione integrativa dei ricavi conseguiti dal singolo produttore (corrispettivo *Si*). Il corrispettivo *Si* viene erogato quando i ricavi effettivi del produttore (RICE) nei mercati borsistici risultano inferiori, su base annua, a un livello di riferimento determinato convenzionalmente dall'Autorità (RICR).

Il corrispettivo è quindi articolato in una remunerazione costante e in una remunerazione integrativa, che viene erogata solo a condizione che il ricavo annuo effettivo sia inferiore al ricavo annuo di riferimento.

L'Autorità evidenzia la differente finalità dei due corrispettivi: il CAP1 è destinato a tutte le unità di produzione, per il solo fatto di rendere disponibile la capacità produttiva nei periodi di maggiore criticità ed è diretto a remunerare l'impegno dell'unità a mettere a disposizione la propria capacità produttiva nelle ore critiche.

Il *Si* è un corrispettivo eventuale, versato al singolo produttore, al fine di integrare i ricavi da questo conseguiti nei mercati dell'energia, quando detti ricavi siano inferiori a quelli ritenuti adeguati dall'Autorità.

Tutto il sistema in esame ha come finalità prioritaria quella di incoraggiare i produttori a entrare e rimanere nel sistema, garantendo loro un corrispettivo che remunererà l'impegno assunto, se questo non è ricompensato dai prezzi di mercato.

Per perseguire questa finalità generale, i due corrispettivi hanno due funzioni differenti: il CAP remunera la disponibilità; il *Si* fornisce un sostegno ai singoli produttori ammessi a questo sistema, nel caso in cui i ricavi ottenuti non consentano la loro sopravvivenza sul mercato, a causa di prezzi particolarmente bassi sul mercato nel breve termine, con il pericolo che nel medio-lungo termine, non siano più in grado di offrire la propria capacità produttiva.

Questo regime persegue la finalità di mantenere la capacità produttiva disponibile a fronte della sofferenza economica del produttore che può essere penalizzato da vari fattori, tra cui anche la localizzazione delle proprie unità produttive.

Con la delibera impugnata, il corrispettivo *Si* è stato aggiornato tenendo conto di alcuni fattori non considerati fin dall'inizio, tra cui la suddivisione in zone del mercato elettrico, al fine di non sovraremunerare i produttori che hanno maggiore concentrazione di unità produttive, localizzate in zone caratterizzate da prezzi elevati.

La delibera prende in considerazione i ricavi di ciascun produttore (RICE_m), in quanto i ricavi medi non sono idonei a rappresentare la posizione economica del mercato: in tal modo la quota integrativa *Si* viene riconosciuta tenendo conto dell'articolazione in zone nei mercati dell'energia e degli effetti derivanti dalla differenza dei prezzi dell'energia tra le diverse zone e di come questa differenziazione incida sui ricavi dei singoli produttori, in ragione della diversa localizzazione dell'insieme delle unità produttive.

La medesima delibera introduce il coefficiente costituito dai c.d. "costi evitati" per l'esenzione dei certificati verdi: secondo l'Autorità il nuovo sistema risponde all'esigenza di tenere conto della marginalità degli operatori (cioè del ricavo marginale ottenuto da ciascuno) nella determinazione del corrispettivo. Poiché l'esenzione dall'obbligo del certificato verde è un vantaggio di costo

meramente normativo e non industriale, essa viene valorizzata nella stima dei ricavi effettivi dell'operatore, affinché la remunerazione integrativa sia distribuita a quei produttori che, non beneficiando dell'esenzione, a parità di condizioni, versino in situazione economica e finanziaria deteriore rispetto a coloro che sono esentati da tale costo.

Tuttavia lamenta parte ricorrente che per effetto dell'imputazione ai ricavi effettivi di un costo evitato, il livello RICE_m derivante da produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile esclusa dall'acquisto dei certificati verdi viene elevato, quindi è ridotta la differenza con il parametro RICR, da cui dipende la quota di gettito *Si* spettante ad integrazione dei ricavi.

2) Il ricorso è fondato e merita accoglimento nei termini di seguito indicati.

Va in primo luogo rilevato come la nota depositata in data 19.7.2012 dall'Autorità viene considerata, non come un atto contenente una motivazione integrativa, ma come una nota di chiarimento dei nuovi criteri adottati dalla delibera gravata e nella stessa già indicati.

3) Ritiene il Collegio meritevoli di apprezzamento le censure dirette a rilevare l'illegittimità del nuovo criterio, per disparità di trattamento e illogicità, nonché quella in cui si lamenta la violazione procedimentale.

3.1 Va ribadito che in base al nuovo sistema di remunerazione della componente *Si*, la formula del RICE_m, è stata modificata con l'introduzione di un ulteriore ricavo dato dal "costo evitato" del mancato acquisto dei certificati verdi, con un vantaggio a favore delle fonti non rinnovabili.

Ritiene l'Autorità che i produttori da fonti rinnovabili, non essendo gravati dell'obbligo di produrre una quota di energia da fonti rinnovabili o di acquistare i certificati verdi, avrebbero una maggiore marginalità, ossia una maggiore capacità di produrre reddito, tale "da attenuare drasticamente l'utilità dell'ulteriore corrispettivo rispetto alle finalità per cui lo stesso è stato istituito".

La conseguenza più evidente lamentata dalla ricorrente è data dall'effetto pregiudizievole consistente nel fatto che vengono remunerati maggiormente i produttori da fonti non rinnovabili.

Sostiene la difesa erariale che la scelta di dare rilevanza all'esenzione del costo dei certificati verdi è motivata dalla circostanza che l'assoggettamento dell'obbligo di acquisto dei certificati o viceversa l'esenzione, ha un'incidenza notevole sulla marginalità degli impianti e quindi costituisce un fatto particolarmente indicativo nella valutazione della sofferenza finanziaria dell'impianto.

Si tratterebbe di una valutazione che costituisce espressione di discrezionalità tecnica censurabile in sede di legittimità, solo per evidenti vizi logici.

3.2 Come rilevato da parte ricorrente, il criterio introdotto per la determinazione del corrispettivo *Si* ha l'effetto di penalizzare i produttori di energia da fonti rinnovabili, introducendo un sistema di remunerazione in contrasto con le disposizioni che, a diverso livello, cercano di incentivare le fonti rinnovabili, tra cui la Direttiva 2001/77/CE e l'art 11 del D. Lgs. 79/99 in materia di certificati verdi.

Con quest'ultima disciplina, il legislatore ha inteso incentivare la produzione di energia da fonti rinnovabili, sia perché una quota di energia elettrica venduta deve provenire da tali fonti (direttamente o tramite l'acquisto di certificati verdi), sia perché la produzione da tali fonti è sgravata da costi di acquisto di detti certificati.

Risulta illogico che da un lato sia incentivata la produzione di energia da fonti rinnovabili, dall'altro, laddove gli stessi produttori di energia rinnovabile entrano a far parte del sistema di c.d. "capacity payment", possano godere di un regime di incentivazione meno favorevole, proprio per il fatto di produrre energia da fonti rinnovabili.

La diversa disciplina tra fonti rinnovabili e non rinnovabili si pone in contrasto con la stessa finalità del sistema di capacity payment, cioè quella di stimolare l'ingresso e la permanenza del maggior numero di produttori nel sistema, remunerando in modo fisso l'impegno a rendere disponibile la capacità produttiva (corrispettivo CAP1) e garantendo un corrispettivo quando i ricavi effettivi risultano inferiori, su base annua, a un livello di riferimento determinato convenzionalmente dall'Autorità.

Sempre per perseguire la finalità ultima di scongiurare il pericolo black-out, i produttori che assumono l'impegno di offrire la propria capacità nell'interesse generale vengono "premiati", nell'ipotesi in cui avessero conseguito ricavi esigui, con la forma di integrazione sopra descritta.

Secondo il nuovo sistema però i produttori da fonti tradizionali vengono remunerati in modo maggiore, pur a parità di impegno assunto e di servizio erogato.

Risulta meritevole di considerazione anche la censura in cui si lamenta la violazione del D.Lgs. 379/2003, che demanda all'AEEG il compito di stabilire il corrispettivo per la remunerazione della disponibilità di capacità, basato su meccanismi non discriminatori e non distorsivi del mercato.

Come si evince da quanto rappresentato, il nuovo sistema introduce invece una differenziazione ingiustificata tra la tipologia dei produttori, pur in assenza di una espressa previsione normativa, creando un regime remunerativo differente e disincentivando i produttori di energia da fonti rinnovabili ad entrare nel sistema di "capacity payment".

4) Come anticipato, è meritevole di accoglimento anche la lamentata violazione delle garanzie partecipative: è utile rammentare il principio giurisprudenziale secondo cui l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. Nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio. Uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione, come è noto, è costituito dalla consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati attraverso audizioni e meccanismi di "notice and comment", con cui viene data preventivamente notizia del progetto di atto e viene consentito agli interessati di fare pervenire le proprie osservazioni (cfr. ex multis, Consiglio Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002 n. 5105; Consiglio Stato, sez. VI, 11 aprile 2006 n. 2007; Consiglio Stato, sez. VI, 2 marzo 2010 n. 1215).

L'attività regolatoria posta in essere senza contraddittorio con i soggetti interessati ovvero senza il rispetto delle forme stabilite dalla stessa Autorità per l'acquisizione degli interessi da ponderare è quindi viziata, diversamente dalla differente fattispecie del semplice mancato accoglimento delle prospettazioni avanzate dagli interessati.

Nella specie, il provvedimento impugnato è stato proceduto dalla diffusione del documento di consultazione n. 28/10 del 3 agosto 2010, nel quale tuttavia nulla si dice circa la modifica del corrispettivo Si, nei termini poi applicati.

Il documento dà unicamente conto dell'intenzione dell'AEEG di mutare il criterio di determinazione della remunerazione integrativa in relazione alla esigenza di differenziare per zone il criterio di calcolo del ricavo effettivo.

La delibera introduce quindi un criterio nuovo, non prospettato in sede di consultazione, in violazione dei principi in materia.

5) In conclusione, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento della delibera AEEG - ARG/ELT 166/10, nella parte in cui ha modificato l'art 36.4.3 della delibera n. 48/04 del 27 marzo 2004, variando il criterio di determinazione del corrispettivo Si, nel parametro RICEm, come precisato in motivazione.

La complessità delle questioni giuridiche affrontate giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2012 e del 30 maggio 2013 e del 7 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Primo Referendario, Estensore

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)