

N. ____/____ REG.PROV.COLL.
N. 16129/2022 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 il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 16129 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Energia Fotovoltaica 34 società agricola a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

GSE - Gestore dei Servizi Energetici s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Fidanzia, Angelo Gigliola, Antonio Pugliese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero delle Imprese e del Made in Italy, in persona del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo, previa sospensione:

-Del provvedimento implicito e tacito con cui il GSE a partire dal 31 ottobre 2022 ha sospeso l'erogazione dei corrispettivi relativi alla Convenzione sottoscritta ai sensi del D.M. del 5 luglio 2012;

-nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compresi, ove occorrer possa: (i) il D.M. del Ministero dello Sviluppo Economico del 5 luglio 2012, "Attuazione dell'art. 25 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, recante incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici (c.d. Quinto Conto Energia)" – doc. 1; (ii) le "Istruzioni operative per gli interventi sulle tariffe incentivanti relative agli impianti fotovoltaici" pubblicate sul sito del GSE il 3 novembre 2015 – doc. 2. il tutto se del caso previa rimessione della questione di legittimità innanzi alla Corte Costituzionale, ovvero previo rinvio pregiudiziale in Corte di Giustizia dell'Unione Europea (anche "Corte di Giustizia" o "CGUE").

E PER L'ACCERTAMENTO

del diritto della ricorrente alla riattivazione della Convenzione e a ricevere il pagamento degli importi che il GSE avrebbe dovuto corrispondere a partire dal mese di settembre 2022 sulla base dell'algoritmo di calcolo sinora utilizzato per la quantificazione della tariffa.

E PER LA CONDANNA

del GSE al pagamento degli importi da corrispondersi sulla base della Convenzione e del citato algoritmo di calcolo.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Energia Fotovoltaica 34 società agricola A r.l. il 21/4/2023:

PER L'ANNULLAMENTO

-del provvedimento del GSE – inviato via pec in data 6 marzo 2023 - avente ad oggetto “Conclusione del procedimento per l’adeguamento dell’algoritmo di applicazione della Tariffa Fissa Omnicomprensiva (nel seguito, TFO) rimodulata ai sensi dell’articolo 26 del Decreto- Legge 24 giugno 2014, n. 116, nonché per la rideterminazione del congruo 2021 e delle successive erogazioni;

-della comunicazione di avvio del procedimento (doc. 9) del 09/02/2023 “PER L’ADEGUAMENTO DELL’ALGORITMO DI APPLICAZIONE DELLA TARIFFA FISSA OMNICOMPENSIVA - RECUPERO DEGLI IMPORTI EVENTUALMENTE NON DOVUTI”;

-nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compresi, ove occorrer possa: (i) il D.M. del Ministero dello Sviluppo Economico del 5 maggio 2011 “Incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici” e il D.M. del Ministero dello Sviluppo Economico del 5 luglio 2012, “Attuazione dell’art. 25 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, recante incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici (c.d. Quinto Conto Energia)”; (ii) le “Istruzioni operative per gli interventi sulle tariffe incentivanti relative agli impianti fotovoltaici” pubblicate sul sito del GSE il 3 novembre 2015 – il tutto se del caso previa rimessione della questione di legittimità innanzi alla Corte Costituzionale, ovvero previo rinvio pregiudiziale in Corte di Giustizia dell’Unione Europea (anche “Corte di Giustizia” o “CGUE”).

nonché per l’annullamento degli atti impugnati con il ricorso introduttivo, ed in particolare:

-della comunicazione ricevuta via mail dal GSE in data 20 ottobre 2022, rubricata “Comunicazione GSE per il tuo impianto in Conto Energia”, con cui il GSE ha sospeso l’erogazione dei corrispettivi relativi alla Convenzione sottoscritta ai sensi del D.M. del 5 luglio 2012 a partire dalle competenze di settembre;

-ancorché non conosciuto, dello “specifico chiarimento regolatorio” citato nella predetta comunicazione;

-di ogni atto presupposto, conseguente, implicito, tacito con cui il GSE ha posto in

esecuzione nei confronti della ricorrente la comunicazione del 20 ottobre 2022, procedendo con la sospensione dell'erogazione dei corrispettivi dovuti;

E PER L'ACCERTAMENTO

del diritto della ricorrente alla riattivazione della Convenzione incentivante e a ricevere il pagamento degli importi che il GSE avrebbe dovuto corrispondere a partire dal mese di settembre 2022 sulla base dell'algoritmo di calcolo sinora utilizzato per la quantificazione della tariffa e della non debenza delle somme che il GSE dovesse medio tempore richiedere in esecuzione dei provvedimenti impugnati (anche mediante fatture, note di credito, compensazioni e conguagli).

E PER LA CONDANNA

del GSE al pagamento degli importi da corrispondersi sulla base della Convenzione e del citato algoritmo di calcolo, nonché alla restituzione di tutto quanto medio tempore incassato dal GSE in esecuzione dei provvedimenti impugnati (anche mediante fatture, note di credito, compensazioni e conguagli).

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del GSE - Gestore dei Servizi Energetici s.p.a., del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero delle Imprese e del Made in Italy e della Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2023 il dott. Gabriele La Malfa Ribolla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Energia Fotovoltaica 34 società agricola a r.l. impugna con ricorso principale il provvedimento qualificato come implicito e tacito, con cui il GSE, a partire dal 31 ottobre 2022, ha sospeso l'erogazione dei corrispettivi relativi alla convenzione sottoscritta ai sensi del D.M. del 5 luglio 2012 per un impianto fotovoltaico nella

titolarità della ricorrente, di potenza pari a 1.356,96 kW sito nel Comune di Matera, in correlazione alla contestuale revisione dell'algoritmo per quantificare la tariffa incentivante omnicomprensiva.

1.1. Il ricorso si basa sui seguenti motivi di diritto:

“I. Nullità del procedimento per mancanza degli elementi essenziali. Violazione ed elusione dell'art. 21 septies della l.241/1990. In subordine, sull'annullamento per vizio di notifica. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3 e 14-bis e seguenti della legge n. 241/90. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Illogicità e irragionevolezza dell'azione amministrazione. Violazione degli art. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Violazione della direttiva 2011/92/CE. Violazione della direttiva 2009/28/CE. Violazione e falsa applicazione della direttiva 2018/2001/UE. Violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 199/2021. Violazione dell'art. 11 TFUE. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Travisamento dei fatti rilevanti. Sul difetto di notifica”.

Con il primo motivo parte ricorrente prospetta la nullità della comunicazione trasmessa dal GSE per mancanza assoluta degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, difettando di intestazione, sottoscrizione e non essendo stato trasmesso a mezzo di posta elettronica certificata.

“II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 del D.l. 91/2014. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e seguenti della legge n. 241/90. Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione del divieto di aggravio procedimentale. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa. Sulle modalità di riconoscimento della tariffa”.

Parte ricorrente lamenta che il GSE avrebbe violato le tempistiche di erogazione e di conguaglio di cui all'art. 26 del D.L. 91/2014, avendo sospeso unilateralmente la tariffa.

“III. Insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di sospensione del provvedimento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21-quater della legge n. 241/90. Violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 231/2001. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione della convenzione stipulata con il GSE”.

Parte ricorrente sostiene la violazione dell'art. 21-quater in materia di sospensione dell'esecuzione di un provvedimento ad efficacia durevole. Inoltre, il provvedimento di ammissione agli incentivi risale al 2013 e, pertanto, non avrebbe potuto essere adottato un provvedimento di sospensione oltre i 12 mesi previsti dall'art. 21-quater con il richiamo all'art. 21-nonies della L. 241/1990.

“IV. Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 del D.l. 91/2014. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e seguenti della legge n. 241/90. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 bis del d.l. 4/2022. Violazione e falsa applicazione del Regolamento UE 1854/2022. Violazione e falsa applicazione della convenzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 3, del TUE e degli artt. 101 e ss. del TFUE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nonché del principio del legittimo affidamento, tutelato sin dalle direttive 2001/77 e 2009/28 e ultimo, anche con la più recente Direttiva 2018/2001. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 24 e 25 del d.lgs. 28/2011 Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione del divieto di aggravio procedimentale. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa”.

Parte ricorrente sostiene il contrasto della nota di sospensione con la convenzione

stipulata con il GSE, con i principi del diritto eurounitario, con particolare riferimento al Regolamento UE 1854 del 6 ottobre 2022, e con l'art. 26 del D.L. 91/2014, poiché avrebbe uniformato di fatto la disciplina degli impianti con potenza inferiore a 1 Mw rispetto agli impianti con potenza superiore a detta soglia, determinando un cambiamento nel meccanismo di calcolo utilizzato dal GSE a decorrere dal 2015. Inoltre, la nota violerebbe l'art. 15-bis del D.L. 4/2022, poiché si risolverebbe di fatto nell'applicazione ai beneficiari del Quinto Conto energia della disciplina prevista in tema di extraprofitti, espressamente esclusa dal legislatore con riguardo agli impianti che ricevono incentivi "non dipendenti dal prezzo di mercato".

"V. Violazione e falsa applicazione del principio del legittimo affidamento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 nonies della n. 241/90. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Illogicità e irragionevolezza dell'azione amministrazione. Violazione degli art. 3 e 97 Cost.. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Travisamento dei fatti rilevanti".

Il ricalcolo sarebbe un provvedimento di annullamento in autotutela adottato in violazione all'art. 21-nonies, con particolare riferimento al tempo trascorso, superiore ai 12 mesi.

Inoltre, parte ricorrente chiedeva in subordine di sollevare questione di legittimità costituzionale degli articoli 23, 24 e 25 del D.lgs. 28/2011 ovvero di effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Formulava poi istanza istruttoria, al fine di ottenere dall'amministrazione l'esibizione in giudizio di tutta la documentazione, e istanza cautelare.

2. Si costituivano il GSE e, successivamente, il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, il Ministero delle Imprese e del Made in Italy, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, a mezzo dell'Avvocatura dello Stato.

3. Si svolgeva un primo deposito di memorie da parte della società ricorrente e del GSE e, all'udienza camerale del 9 gennaio 2023, la causa era rinviata a data da destinarsi, in considerazione della richiesta delle parti di rinvio dell'esame dell'istanza cautelare all'esito della definizione della modifica dell'algoritmo, preannunciata in tempi brevi dal GSE.

4. Con pec in data 7 marzo 2023 il GSE comunicava la conclusione del procedimento, avendo adeguato l'algoritmo di applicazione della tariffa fissa omnicomprensiva e rideterminato il conguaglio relativo al 2021.

5. In data 21 aprile 2023 la società impugnava tale provvedimento e gli atti presupposti con i seguenti motivi aggiunti:

“I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3 e 14-bis e seguenti della legge n. 241/90. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Illogicità e irragionevolezza dell'azione amministrazione. Violazione degli art. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Violazione della direttiva 2011/92/CE. Violazione della direttiva 2009/28/CE. Violazione e falsa applicazione della direttiva 2018/2001/UE. Violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 199/2021. Violazione dell'art. 11 TFUE. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Travisamento dei fatti rilevanti. Sul difetto di motivazione. Sul difetto di istruttoria”.

Il ricorrente sostiene la carenza di istruttoria da parte del GSE che ha adottato il provvedimento in assenza di uno specifico atto amministrativo, indicato quale specifico chiarimento regolatorio nella comunicazione in data 20 ottobre 2022 e, a seguito di richiesta di accesso ai documenti della società, definito dal GSE come frutto di confronti interni.

“II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 del D.l. 91/2014. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e seguenti della legge n. 241/90. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 bis del d.l. 4/2022. Violazione e falsa applicazione del Regolamento UE 1854/2022. Violazione e falsa applicazione della convenzione.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 3, del TUE e degli artt. 101 e ss. del TFUE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nonché del principio del legittimo affidamento, tutelato sin dalle direttive 2001/77 e 2009/28 e ultimo, anche con la più recente Direttiva 2018/2001. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 24 e 25 del d.lgs. 28/2011 Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione del divieto di aggravio procedimentale. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa. Sulla qualifica degli importi versati dal GSE”.

La società lamenta la revisione dell'algoritmo di calcolo dell'incentivo a distanza di sette anni, motivata sulla base della mancata previsione dell'aumento dei prezzi di mercato e del riconoscimento ai beneficiari della TFO di un incentivo superiore a quello spettante, e sostiene che, nell'esprimere tali ragioni, il GSE confonda l'incentivo con il prezzo di cessione dell'energia.

“III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 del D.l. 91/2014. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e seguenti della legge n. 241/90. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 bis del d.l. 4/2022. Violazione e falsa applicazione del Regolamento UE 1854/2022. Violazione e falsa applicazione della convenzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 3, del TUE e degli artt. 101 e ss. del TFUE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nonché del principio del legittimo affidamento, tutelato sin dalle direttive 2001/77 e 2009/28 e ultimo, anche con la più recente Direttiva 2018/2001. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 24 e 25 del d.lgs. 28/2011 Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Violazione del divieto di aggravio procedimentale. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa. Sul contrasto con l'art. 26 del D.L. 91/2014".

L'algoritmo non sarebbe conforme alla normativa di riferimento e, in particolare, all'art. 26 del D.L. 91/2014, in quanto uniformerebbe le condizioni di incentivazione di tutti i produttori, superando la distinzione di potenza dell'impianto.

"IV. Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 del D.l. 91/2014. Violazione e falsa applicazione ei DM 5 luglio 2012 e 5 maggio 2011. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e seguenti della legge n. 241/90. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 bis del d.l. 4/2022. Violazione e falsa applicazione del Regolamento UE 1854/2022. Violazione e falsa applicazione della convenzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 3, del TUE e degli artt. 101 e ss. del TFUE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nonché del principio del legittimo affidamento, tutelato sin dalle direttive 2001/77 e 2009/28 e ultimo, anche con la più recente Direttiva 2018/2001. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 24 e 25 del d.lgs. 28/2011. Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione del divieto di aggravio procedimentale. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa. Sul contrasto con la ratio dei DM 7 maggio 2011 e 5 luglio 2012".

Il nuovo algoritmo violerebbe la *ratio* dei Decreti Ministeriali che hanno riconosciuto la tariffa fissa onnicomprensiva, come ricavabile dall'art. 24 del D. Lgs. 28/2011, ove si prevede che l'incentivo ha lo scopo di assicurare una equa remunerazione dei costi di investimento ed esercizio.

"V. Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 del D.l. 91/2014. Violazione e falsa

applicazione degli artt. 1 e seguenti della legge n. 241/90. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 bis del d.l. 4/2022. Violazione e falsa applicazione del Regolamento UE 1854/2022. Violazione e falsa applicazione della convenzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 3, del TUE e degli artt. 101 e ss. del TFUE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nonché del principio del legittimo affidamento, tutelato sin dalle direttive 2001/77 e 2009/28 e ultimo, anche con la più recente Direttiva 2018/2001. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 24 e 25 del d.lgs. 28/2011 Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione del divieto di aggravio procedimentale. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa. Sull'assenza di una copertura regolatoria”.

Parte ricorrente contesta quanto sostenuto dal GSE in ordine alla non conformità dell'algoritmo al quadro regolatorio vigente nonché il richiamo operato dal GSE alla delibera AREA n. 343/2012, la quale invece confermerebbe l'esistenza di due canali diversi di remunerazione dell'energia prodotta da impianti che beneficiano della TFO, l'uno legato alla componente incentivante, l'altro relativo al prezzo zonale di mercato.

“VI. Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 del D.l. 91/2014. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e seguenti della legge n. 241/90. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 bis del d.l. 4/2022. Violazione e falsa applicazione del Regolamento UE 1854/2022. Violazione e falsa applicazione della convenzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 3, del TUE e degli artt. 101 e ss. del TFUE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nonché del principio del legittimo affidamento, tutelato sin dalle direttive 2001/77 e 2009/28 e ultimo, anche con la

più recente Direttiva 2018/2001. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 24 e 25 del d.lgs. 28/2011 Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione del divieto di aggravio procedimentale. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa. Sulla violazione della Convenzione”.

Il provvedimento impugnato modificherebbe in modo unilaterale la convenzione, la quale prevedrebbe invece criteri differenti di remunerazione dell'energia incentivata e di quella non incentivata, riconoscendo alla prima la TFO, mentre alla seconda il prezzo medio zonale.

“VII. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 bis del d.l. 4/2022. Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 del D.l. 91/2014. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e seguenti della legge n. 241/90. Violazione e falsa applicazione del Regolamento UE 1854/2022. Violazione e falsa applicazione della convenzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 3, del TUE e degli artt. 101 e ss. del TFUE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nonché del principio del legittimo affidamento, tutelato sin dalle direttive 2001/77 e 2009/28 e ultimo, anche con la più recente Direttiva 2018/2001. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 24 e 25 del d.lgs. 28/2011 Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione del divieto di aggravio procedimentale. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa. Sulla illegittima estensione della normativa sugli extraprofitti”.

Parte ricorrente contesta l'illegittima estensione al caso specifico della normativa sugli extraprofitti di cui all'art. 15-bis del D.L. 4/2022, in quanto il meccanismo di

compensazione introdotto a decorrere dal gennaio 2022 riguarda solo gli impianti che beneficiano di incentivi non dipendenti da prezzi di mercato.

“VIII. Violazione e falsa applicazione del Regolamento UE 1854/2022. Violazione e falsa applicazione della convenzione. Violazione e falsa applicazione dell’art. 3, comma 3, del TUE e degli artt. 101 e ss. del TFUE. Violazione e falsa applicazione dell’art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, nonché del principio del legittimo affidamento, tutelato sin dalle direttive 2001/77 e 2009/28 e ultimo, anche con la più recente Direttiva 2018/2001. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 24 e 25 del d.lgs. 28/2011 Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di proporzionalità dell’azione amministrativa. Violazione del divieto di aggravio procedimentale. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Eccesso di potere per contraddittorietà dell’azione amministrativa. Sulla violazione della normativa eurounitaria”.

Il provvedimento si porrebbe in contrasto con il principio di tutela del legittimo affidamento e con il carattere liberalizzato della produzione di energia. Il nuovo meccanismo introdurrebbe uno sbarramento al prezzo di vendita dell’energia di alcuni operatori, con conseguente effetto distorsivo del mercato.

“IX. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di proporzionalità dell’azione amministrativa. Violazione del divieto di aggravio procedimentale. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Eccesso di potere per contraddittorietà dell’azione amministrativa. Sulla disparità di trattamento”.

La misura adottata determinerebbe una disparità di trattamento tra gli impianti di potenza inferiore a 1 mW, i quali sarebbero costretti a vendere energia al GSE ad un prezzo determinato, e gli impianti con potenza superiore a 1 mW, i quali invece potrebbero vendere l’energia prodotta sul mercato ai prezzi medi zonali di

riferimento.

“X. Violazione e falsa applicazione del principio del legittimo affidamento. Violazione e falsa applicazione dell’art. 21 nonies della n. 241/90. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Illogicità e irragionevolezza dell’azione amministrazione. Violazione degli art. 3 e 97 Cost. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità dell’azione amministrativa. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Travisamento dei fatti rilevanti. Sulla violazione dei principi in materia di autotutela”.

Il provvedimento di revisione dell’algoritmo sarebbe stato adottato in difetto dei presupposti stabiliti dall’art. 21-nonies della L. 241/1990 ai fini dell’esercizio del potere di autotutela.

“XI. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione della convenzione stipulata con il GSE. Sulla illegittimità delle modalità di recupero”.

Sarebbe illegittimo il recupero relativo al 2021, trattandosi di partita chiusa a seguito dei conguagli effettuati a giugno 2022 e, inoltre, non essendo previste forme di rateizzazione.

“XII. Insussistenza dei presupposti per l’esercizio del potere di sospensione del provvedimento. Violazione e falsa applicazione dell’art. 21-quater della legge n. 241/90. Violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 231/2001. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione della convenzione stipulata con il GSE”.

La sospensione sarebbe stata prevista in assenza di un base normativa, senza definirne in modo certo la durata e, inoltre, oltre i termini previsti dall’art. 21-nonies della L. 241/1990.

“XIII. Violazione e falsa applicazione dell’art. 26 del D.l. 91/2014. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e seguenti della legge n. 241/90. Violazione e falsa applicazione dell’art. 15 bis del d.l. 4/2022. Violazione e falsa applicazione del Regolamento UE 1854/2022. Violazione e falsa applicazione della convenzione. Violazione e falsa applicazione dell’art. 3, comma 3, del TUE e degli artt. 101 e ss.

del TFUE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nonché del principio del legittimo affidamento, tutelato sin dalle direttive 2001/77 e 2009/28 e ultimo, anche con la più recente Direttiva 2018/2001. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 24 e 25 del d.lgs. 28/2011 Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione del divieto di aggravio procedimentale. Violazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili. Eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa".

Tale motivo riguarda, in subordine, l'impugnazione dei D.M. del 7 maggio 2011 e del 5 luglio 2012, i quali non consentirebbero di individuare un prezzo massimo nella cessione dell'energia.

In ulteriore subordine, parte ricorrente chiedeva di sollevare questione di legittimità costituzionale degli articoli 23, 24 e 25 del D.lgs. 28/2011 ovvero di effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

6. All'udienza di merito del 19 dicembre 2023, previo scambio di documenti, memorie e repliche ex art. 73 c.p.a., dopo ampia discussione fra le parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Viene all'esame del Collegio la questione dell'adeguamento dell'algoritmo per la determinazione della Tariffa Fissa Omnicomprensiva (TFO), disposto dal GSE in ragione dell'anomalo e imprevedibile aumento dei prezzi dell'energia verificatosi negli anni 2021 e 2022.

2. Appare opportuno premettere una ricostruzione del quadro normativo che regola la fattispecie.

Il meccanismo di incentivazione tramite tariffa fissa omnicomprensiva – introdotto dalla Legge Finanziaria 2008 (art. 2, comma 145) e disciplinato dal DM 18

dicembre 2008 con riferimento alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili diverse da quella solare, poi adottato anche per il fotovoltaico con il DM 5 maggio 2011 (Quarto Conto Energia) e il DM 5 luglio 2012 (Quinto Conto Energia) - prevede che nel valore della tariffa siano inclusi sia la componente incentivante, sia quella relativa alla remunerazione della vendita dell'energia alla rete, costituendo la TFO per tutto il periodo di incentivazione l'unica fonte di remunerazione della generazione elettrica da fonte rinnovabile, senza possibilità di valorizzare altrimenti e/o ulteriormente l'energia prodotta attraverso la vendita dell'energia nel mercato o lo scambio sul posto.

2.1. Nello specifico, in base all'art. 5, comma 1, del D.M. 2012, *“per gli impianti di potenza nominale fino a 1 mW, il GSE eroga, in riferimento alla quota di produzione netta immessa in rete, una tariffa onnicomprensiva, determinata sulla base della potenza e della tipologia di impianto ed individuata, rispettivamente per gli impianti fotovoltaici, per gli impianti integrati con caratteristiche innovative e per gli impianti fotovoltaici a concentrazione negli Allegati 5, 6 e 7. Per tutti gli impianti di potenza nominale superiore a 1 mW, il GSE eroga, in riferimento alla quota di produzione netta immessa in rete, la differenza, se positiva, fra la tariffa onnicomprensiva di cui agli Allegati 5, 6 e 7, e il prezzo zonale orario; tale differenza non può essere superiore alle tariffe onnicomprensive di cui ai medesimi allegati; l'energia prodotta dagli impianti di potenza nominale superiore a 1 mW resta nella disponibilità del produttore. [...]”*.

2.2. Diversamente dalla tariffa incentivante riconosciuta agli impianti fotovoltaici di potenza superiore a 1 mW, la TFO è una tariffa fissa rapportata alla quota di produzione netta immessa in rete che non riconosce ulteriori compensi per l'energia prodotta, in quanto tutta l'energia è ceduta al GSE e non rimane nella disponibilità dei produttori.

2.3. In tal modo, gli operatori economici che aderiscono alla TFO, non sono esposti alle fluttuazioni del mercato relativamente al prezzo dell'energia, essendo a questi assicurato per tutto il periodo di incentivazione un importo complessivo,

commisurato all'energia netta immessa in rete, comprensivo del corrispettivo monetario relativo alla valorizzazione economica dell'energia elettrica; mentre, nel caso di tariffa incentivante aggiuntiva, i produttori si assumono il rischio di andare sul mercato libero e di vendere l'energia ai prezzi stabiliti nei relativi contratti di vendita, non necessariamente corrispondenti al prezzo zonale orario.

2.4. L'incentivo comunque riconosciuto agli impianti di potenza superiore a 1 mW non remunera quindi la cessione dell'energia, che viene come detto venduta ai prezzi di mercato, ma serve a ristorare *ex ante* l'operatore, in modo che lo stesso sia certo che, almeno in parte, rientrerà degli investimenti effettuati per la realizzazione degli impianti per la produzione di energia elettrica derivante da fonti rinnovabili.

Al contrario, con la TFO, l'operatore economico conosce sin dall'inizio l'importo (fisso e onnicomprensivo) che costituirà oggetto di erogazione da parte del GSE per tutto il rapporto.

2.5. Con il D.L. 24 giugno 2014, n. 91, c.d. decreto spalmaincentivi, convertito dalla Legge 11 agosto 2014, n. 116, il Legislatore ha disciplinato le modalità operative di erogazione delle tariffe incentivanti dell'energia elettrica prodotta da impianti solari fotovoltaici e ne ha rimodulato la misura, prevedendo, all'art. 26, comma 2, che il GSE *“eroga le tariffe incentivanti con rate mensili costanti, in misura pari al 90 per cento della producibilità media annua stimata di ciascun impianto, nell'anno solare di produzione ed effettua il conguaglio, in relazione alla produzione effettiva, entro il 30 giugno dell'anno successivo”*; al comma 3, ha determinato tre opzioni di rimodulazione (*in pejus*) della tariffa, a scelta dell'operatore; al comma 4, ha stabilito che, per le tariffe onnicomprensive erogate ai sensi del Quarto e Quinto Conto, le riduzioni di cui all'allegato 2 al D.L. (con percentuali variabili in funzione del periodo di anni residuo) *“si applicano alla sola componente incentivante, calcolata secondo le modalità di cui all'articolo 5, comma 1, secondo periodo, del medesimo decreto 5 luglio 2012”*.

2.6. Lo spalmaincentivi ha quindi inciso sulla sola componente incentivante della

TFO, stabilendo che la decurtazione si applichi solo a detta componente - e non all'intero valore della TFO - calcolata in base allo stesso meccanismo previsto dal secondo periodo del comma 1, art. 5 DM 2012, per gli impianti di potenza superiore a 1 mW.

2.7. Il GSE, in attuazione dell'art. 26 citato, ha adottato le *“Istruzioni operative per gli interventi sulle tariffe incentivanti relative agli impianti fotovoltaici”* ed implementato l'algoritmo di calcolo per la determinazione della TFO rimodulata, così stabilendo: $\text{Energia netta immessa in rete} * [\text{coefficiente di rimodulazione} * (\text{TFO} - \text{PZm}) + \text{PZm}]$, riservandosi peraltro un aggiornamento *“anche sulla base dell'esperienza acquisita nella gestione dei nuovi meccanismi”* (cfr. Istruzioni operative, pag. 4).

2.8. A causa dell'aumento dei prezzi energetici, il differenziale oggetto di rimodulazione ha assunto però valori negativi, quindi pari a zero, da ciò derivando l'erogazione di una tariffa pari al prezzo zonale, addirittura superiore a quella stabilita dai Conti Energia.

2.9. Un simile risultato devia, evidentemente, sia dalla *ratio* dello spalmaincentivi (i.e. ridurre il corrispettivo TFO), sia dal limite imposto dallo stesso art. 5, comma 1, secondo periodo, DM 5 luglio 2012, richiamato dall'art. 26, comma 4, D.L.n. 91/2014, per cui *“tale differenza [tra la TFO e il PZm, n.d.r.] non può essere superiore alle tariffe omnicomprensive di cui ai medesimi allegati”*.

3. Ciò premesso, il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti sono infondati.

3.1. Il primo motivo del ricorso principale è infondato.

La comunicazione via mail del 20 ottobre 2022 preannuncia l'implementazione della formula di calcolo corretta dell'incentivo e informa della sospensione del pagamento degli acconti sugli incentivi, a partire dalle competenze di settembre 2022.

Infondate sono le censure relative all'individuazione dell'autorità emanante e al valore della comunicazione trasmessa a mezzo mail, in quanto si tratta di una mail ordinaria inviata tramite l'indirizzo segnalazioni.produttori@gse.it ai sensi dell'art.

14 della convenzione per il riconoscimento delle tariffe incentivanti.

In base al citato art. 14, le comunicazioni intercorrenti tra le parti devono essere rese tramite il portale informatico messo a disposizione dal GSE e/o in forma scritta ove espressamente previsto dalla presente convenzione e dalla vigente normativa. Dato che tale clausola è stata approvata specificamente dall'attuale ricorrente ai sensi e per gli effetti degli articoli 1341 e 1342 cod. civ. (all. 4, pag. 10), le comunicazioni provenienti e inviate attraverso il portale del GSE assurgono a canale istituzionale del procedimento di erogazione degli incentivi.

Per completezza, si osserva che il servizio di posta elettronica ordinaria ha funzione giuridicamente rilevante, nel senso che può essere utilizzato per la formale trasmissione verso l'esterno, ovvero ricezione dall'esterno, di atti o documenti giuridicamente rilevanti nell'ambito dell'attività procedimentale e che la comunicazione mediante e-mail ordinaria assume piena valenza giuridica e soddisfa il requisito della forma scritta (Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, n. 10994/2016; TAR Lombardia, Milano, sez. III, n. 1442/2016).

La motivazione è resa evidente, fra l'altro, dall'espresso argomento secondo cui *“Essendo la ratio alla base del DM 5 maggio 2011 e del DM 5 luglio 2012 quella di prevedere il riconoscimento di una Tariffa Fissa Onnicomprensiva non dipendente dai prezzi di mercato, anche a seguito di uno specifico chiarimento regolatorio, l'algoritmo di calcolo del Corrispettivo TFOm in presenza di rimodulazione della tariffa deve prevedere un “tetto” massimo al valore del PZm, che non potrà superare il valore della TFO non rimodulata. Non essendo stata prevista tale fattispecie in fase di sviluppo dei sistemi informatici, è stato necessario procedere all'aggiornamento degli stessi al fine di poter applicare il corretto algoritmo di determinazione dell'incentivazione spettante”*.

3.2. Il secondo e il quarto motivo del ricorso principale vanno trattati congiuntamente al dodicesimo motivo aggiunto, stante la stretta connessione, e sono infondati.

Bisogna esaminare separatamente la questione della revisione della formula di calcolo e quella della sospensione dell'erogazione degli incentivi previsti dalla convenzione, le quali sono in rapporto di causa ed effetto.

3.2.1. Il potere cautelare di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti amministrativi costituisce un istituto tipico a valenza generalizzata, il cui esercizio non richiede l'espresso conferimento di tale potere in relazione a ciascun settore di attività amministrativa (cfr. TAR Lazio, Terza-ter, 4529 del 13 aprile 2022).

3.2.2. Tanto lo si ricava dalle previsioni contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo, agli artt. 7 e 21-*quater* della legge n. 241 del 1990, dalle quali si evince il riconoscimento alla Pubblica Amministrazione del potere generale di sospensione cautelare dell'efficacia dei propri atti, quale espressione di un più generale potere di autotutela decisoria di natura cautelare, sostanzialmente finalizzato a garantire il buon andamento dell'attività amministrativa, ponendo tali atti in uno stato di quiescenza temporanea, quale manifestazione del carattere di reversibilità degli stessi.

3.2.3. In particolare, l'art. 21-*quater* introduce la disciplina generale dell'istituto della sospensione dell'efficacia o dell'esecuzione del provvedimento, da parte della stessa Amministrazione che lo ha adottato, prevedendone la possibilità di esercizio in presenza di gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario.

3.2.4. Tale potere di sospensione, nell'ambito che qui interessa, è stato peraltro già riconosciuto dalla giurisprudenza, laddove si è affermato che *“il Gestore è titolare del potere di sospensione di cui all'art. 21-*quater* l. n. 241/90 e tale potere deve essere riferito anche al provvedimento di ammissione agli incentivi”* (ex multis, Questa Sezione, sentenza n. 7777/2020; Cons. di Stato, Sezione Quarta, sentenza n. 1542/2019).

3.2.5. Affermata, quindi, la titolarità in capo al GSE del potere di sospensione cautelare dei provvedimenti ampliativi, l'esercizio di tale potere non risulta nel caso in esame affetto dai denunciati vizi quanto a carenza dei relativi presupposti, costituiti dalla presenza di gravi ragioni e della predeterminazione di un termine

finale, tenuto conto sia della onerosa e straordinaria contingenza di elevati prezzi dell'energia, che della necessità di tempi tecnici per implementare la correzione della formula, che del lasso di tempo intercorso tra settembre 2022, periodo di sospensione dell'erogazione degli acconti, e gennaio 2023, mese della regolazione a congruaggio delle partite energetiche ed economiche.

3.2.6. Si nota, inoltre, che la convenzione di ammissione alla tariffa incentivante, sub doc. 3, prevede all'art. 7.5 concernente i pagamenti: *“7.5 Il GSE si riserva la facoltà di trattenere dal pagamento delle somme dovute al Soggetto Responsabile eventuali crediti vantati nei confronti dello stesso soggetto per diverso titolo”*. Anche la convenzione, dunque, giustifica la sospensione degli acconti, onde procedere al ricalcolo delle partite di dare e avere, possibile solo a seguito della revisione della formula.

3.3. Il terzo e il sesto motivo del ricorso principale sono esaminati congiuntamente all'undicesimo motivo aggiunto. Essi sono infondati.

3.3.1. In base all'art. 26, comma 2, del D.L. 91/2014, il GSE effettua il congruaggio, in relazione alla produzione effettiva, entro il 30 giugno dell'anno successivo.

3.3.2. Il ricalcolo non è un provvedimento di annullamento in autotutela, attenendo invece all'esecuzione della convenzione stipulata con il GSE. Le questioni relative ai rapporti di dare e avere derivanti dalla convenzione si pongono a valle rispetto alla cornice provvedimentale che costituisce la fonte dell'erogazione degli incentivi. È stata affermata *“la correttezza del contegno del Gestore che intenda soddisfare le proprie pretese restitutorie (ascrivibili alla categoria della conditio indebiti) mediante il ricorso alla compensazione c.d. impropria, che si ha «quando i rispettivi diritti scaturiscono dal medesimo rapporto contrattuale da cui è sorto il relativo debito [...]. Con la specificazione che in quest'ultimo caso, la valutazione delle reciproche pretese comporta semplicemente l'accertamento del dare e avere, con elisione automatica dei rispettivi crediti fino alla reciproca concorrenza» (v., tra le altre, TAR Lazio, 9 luglio 2015, n. 9269)» di talché, «una volta determinata*

la quota di» benefici ««in eccesso» ... non è censurabile la condotta del Gestore che ha per l'appunto recuperato gli incentivi non dovuti con le contestate modalità» (TAR Lazio, III-ter, 7 maggio 2018, n. 5045; cfr. anche TAR Lazio, III-ter, 22 giugno 2017, n. 7293; III-ter, 307 del 12 gennaio 2022).

3.3.3. Parte ricorrente sostiene inoltre l'illegittimità del recupero relativo al 2021, trattandosi di partita chiusa a seguito dei conguagli effettuati a giugno 2022 e non essendo previste forme di rateizzazione. Si osserva che il recupero relativo al 2021 è un atto legittimo e doveroso, in quanto il citato art. 26, comma 2, dello spalmaincentivi prevede semplicemente un termine ordinatorio in relazione all'effettuazione dei conguagli e, pertanto, non può essere considerato quale disposizione derogatoria rispetto alla disciplina generale della prescrizione del credito ovvero dell'indebito.

3.4. Il quinto motivo del ricorso principale, il terzo e il settimo motivo aggiunto sono infondati.

3.4.1. Il richiamo dell'art. 26, comma 4, del D.L. 91/2014 all'art. 5, comma 1, secondo periodo, del D.M. 5 luglio 2012 ha natura di rinvio materiale e riguarda il meccanismo di calcolo ivi previsto.

Più precisamente, il Legislatore ha inteso mutuare l'algoritmo elaborato con riguardo agli impianti di potenza superiore a 1 mW al fine di disciplinare l'attuazione dello spalmaincentivi.

L'art. 26 citato stabilisce in modo chiaro l'ambito di applicazione, includendo le tariffe onnicomprensive erogate sulla base dei D.M. 5 maggio 2011 e 5 luglio 2012, e rinvia, quanto alle modalità di calcolo della componente incentivante, al secondo periodo del comma 1 dell'art. 5 del D.M. 5 luglio 2012.

Tale rinvio riguarda esclusivamente il meccanismo di calcolo, a nulla rilevando il riferimento agli impianti di potenza superiore a 1 mW contenuto nel testo, poiché, come detto, il perimetro applicativo della disposizione è stabilito a monte dallo spalmaincentivi e il richiamo al D.M. 5 luglio 2012 è finalizzato solo a mutuare il metodo quantitativo per la determinazione della componente incentivante della

tariffa.

3.4.2. Parte ricorrente effettua una comparazione con riguardo all'anno 2022 tra gli effetti prodotti dal calcolo degli incentivi sulla base dell'algoritmo emendato e quelli derivanti dall'applicazione della normativa sugli extraprofitti.

Sulla comparazione degli effetti prodotti fonda poi la critica all'operato del GSE, che avrebbe esteso analogicamente la disciplina degli extraprofitti a fattispecie che non rientravano nel perimetro applicativo.

3.4.3. Il GSE non ha effettuato alcuna attività ermeneutica, essendosi limitato a emendare un errore materiale nel tradurre le disposizioni di riferimento (D.M. 5 maggio 2011; D.M. 5 luglio 2012; D.L. 91/2014) in formula di calcolo.

3.4.4. Il paragone svolto sul piano effettuale non persuade poiché l'art. 26, comma 4, del D.L. 91/2014 e l'art. 15-bis del D.L. 4/2022 hanno ambiti di applicazione diversi e non sovrapponibili.

L'assenza di sovrapponibilità è confermata dal fatto che la componente incentivante della Tariffa fissa onnicomprensiva è finalizzata - proprio in quanto componente - alla corretta determinazione del valore complessivo di essa, che ha carattere di stabilità, per cui non è possibile per definizione sostenere che la tariffa in argomento dipenda dai prezzi di mercato.

Ricavare una componente di una tariffa tenendo conto di un valore di mercato è diverso dal poter affermare che una tariffa già determinata dipenda dai valori di mercato.

3.5. Non coglie nel segno il primo motivo aggiunto.

3.5.1. Come sopra illustrato, il D.L. spalmaincentivi ha rimodulato la misura delle tariffe incentivanti, prevedendo, all'art. 26, comma 2, che il GSE *“eroga le tariffe incentivanti con rate mensili costanti, in misura pari al 90 per cento della producibilità media annua stimata di ciascun impianto, nell'anno solare di produzione ed effettua il conguaglio, in relazione alla produzione effettiva, entro il 30 giugno dell'anno successivo”*; al comma 3, ha determinato tre opzioni di

rimodulazione (*in pejus*) della tariffa, a scelta dell'operatore; al comma 4, ha stabilito che, per le tariffe onnicomprensive erogate ai sensi del Quarto e Quinto Conto, le riduzioni di cui all'allegato 2 al d.l. (con percentuali variabili in funzione del periodo di anni residuo) *“si applicano alla sola componente incentivante, calcolata secondo le modalità di cui all'articolo 5, comma 1, secondo periodo, del medesimo decreto 5 luglio 2012”*.

La ratio dello spalmaincentivi è quella di ridurre gli importi della tariffa fissa onnicomprensiva. Più precisamente, l'art. 26, comma 4 stabilisce che le riduzioni dello spalmaincentivi si applicano solo alla componente incentivante della tariffa onnicomprensiva erogata ai sensi dei D.M. 5 maggio 2011 e 5 luglio 2012 e richiama il meccanismo di calcolo previsto dall'art. 5, comma 1, secondo periodo, del D.M. 5 luglio 2012, in base al quale per tutti gli impianti di potenza nominale superiore a 1 MW, il GSE eroga, in riferimento alla quota di produzione netta immessa in rete, la differenza, se positiva, fra la tariffa onnicomprensiva di cui agli Allegati 5, 6 e 7, e il prezzo zonale orario; tale differenza non può essere superiore alle tariffe onnicomprensive di cui ai medesimi allegati; l'energia prodotta dagli impianti di potenza nominale superiore a 1 MW resta nella disponibilità del produttore.

3.5.2. La formula di calcolo adottata dal GSE a decorrere dal 2015 era incompleta. La *ratio* della tariffa onnicomprensiva consiste nel riconoscere al produttore di energia un incentivo stabile per la durata della convenzione, sottratto alle oscillazioni del prezzo di mercato.

La tariffa onnicomprensiva presenta una componente incentivante, data dalla differenza tra essa stessa e il prezzo medio zonale dell'energia, e una componente non incentivante, data dal prezzo medio zonale. Le due componenti non inficiano la natura unitaria della tariffa, in quanto rilevano solo ai fini della sua determinazione.

3.5.3. Attraverso la componente incentivante il GSE copre la differenza tra la tariffa e il prezzo zonale, mentre tramite la componente non incentivante remunera l'energia prodotta tenendo conto del prezzo zonale. La variazione del prezzo

zonale è “interna” alla struttura della tariffa: la componente incentivante aumenta al diminuire del prezzo zonale; la componente non incentivante è data dal prezzo zonale, il cui aumento trova quale limite il valore della tariffa onnicomprensiva.

3.5.4. Nei provvedimenti impugnati, è chiaramente evidenziato come la TFO debba informarsi al principio di equa remunerazione dei costi di investimento, stabilito dall’art. 7 del d.lgs. n. 387/2003, e che la stessa è commisurata alla sostenibilità dell’iniziativa economica che l’operatore ha potuto valutare *ex ante*, al momento dell’accesso al regime di riferimento, ponendosi al riparo dalle oscillazioni del mercato. Pertanto, l’operatore ammesso alla TFO non può pretendere (ora) in proprio favore l’applicazione delle regole di mercato, al quale egli è estraneo, avendo piuttosto ottenuto, indebitamente, somme superiori a quanto normativamente stabilito e spettante in base al meccanismo fisso e onnicomprensivo individuato dal legislatore.

3.5.5. La formula di calcolo deve tradurre il precetto normativo e deve essere conforme alla sua *ratio*, assicurando tutte le condizioni essenziali per garantirne la corretta operatività.

Nel caso specifico, l’incompletezza è dovuta a una parziale trasposizione del contenuto precettivo del quadro normativo di riferimento, per cui la revisione dell’algoritmo non concretizza una modifica del meccanismo di calcolo, ma si configura come rettifica di una formula errata, finalizzata a rendere la stessa pienamente rispondente alle finalità sottese alla tariffa onnicomprensiva.

3.5.6. La revisione dell’algoritmo è una mera rettifica del meccanismo di calcolo previsto *ab origine* dal sistema della tariffa onnicomprensiva e poi confermato dallo spalmaincentivi.

3.5.7. Ragionando *ex absurdo* e non ponendo quindi il suddetto limite massimo all’interno della formula di calcolo, si arriverebbe a disconoscere il carattere onnicomprensivo della tariffa. In altri termini, in assenza dell’indicazione del limite massimo costituito dal valore della tariffa onnicomprensiva, il sistema di calcolo

introdotto a decorrere dal 2015 ha mostrato un non corretto funzionamento quando è aumentato il prezzo dell'energia, riconoscendo per errore agli operatori valori superiori rispetto a quelli spettanti.

3.6. Con il secondo motivo aggiunto, la società lamenta il fatto che la revisione dell'algoritmo di calcolo dell'incentivo sia avvenuta a distanza di sette anni, motivata sulla mancata previsione dell'aumento dei prezzi di mercato e del riconoscimento ai beneficiari della TFO di un incentivo superiore a quello spettante, e sostiene che, nell'esprimere tali ragioni, il GSE confonda l'incentivo con il prezzo di cessione dell'energia.

3.6.1. Non si tratta di una modifica del quadro regolatorio conseguente a sopravvenienze fattuali. L'aumento dei prezzi dell'energia non si colloca all'origine di un cambiamento della normativa su cui si fonda la formula, ma ne ha rivelato soltanto l'incompletezza logica, in quanto essa non teneva conto di tale aspetto, seppur presupposto dal quadro regolatorio.

3.6.2. La percezione di un incentivo maggiore rispetto a quello spettante non è l'antecedente logico della modifica dell'algoritmo, come sostiene parte ricorrente, ma rappresenta semplicemente l'indice del suo non corretto funzionamento, essendo l'effetto del calcolo risultante dall'utilizzo dell'incompleta formula originaria e della mancata revisione della stessa.

Il motivo è infondato.

3.7. In base al quarto motivo aggiunto il nuovo algoritmo sarebbe avulso dai meccanismi di mercato e violerebbe la ratio dei D.M. 5 maggio 2011 e 5 luglio 2012, che hanno riconosciuto la tariffa fissa onnicomprensiva. Tale *ratio* sarebbe ricavabile dall'art. 24 del D. Lgs. 28/2011, ove si prevede che l'incentivo ha lo scopo di assicurare una equa remunerazione dei costi di investimento ed esercizio.

3.7.1. Tuttavia, come ha chiarito questa Sezione, proprio la modifica alle tariffe precedentemente riconosciute deve essere ricondotta, più a monte e in generale, al complessivo sistema e alla *ratio* dei sistemi incentivanti, non obbligatori e sempre modificabili secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia, soggetti ad

evoluzione legislativa coerentemente alle caratteristiche di mutevolezza e temporaneità proprie dei regimi di sostegno; inoltre, non è possibile rinvenire un sinallagma tra gli investimenti effettuati dall'operatore e la tariffa che gli viene riconosciuta, considerato che al momento in cui viene deciso ed effettuato l'investimento non si ha alcuna sicurezza in ordine al riconoscimento del regime incentivante, il quale è subordinato - pur con le particolarità procedurali proprie di ogni regime incentivante - all'accertamento della sussistenza dei relativi requisiti, senza che via sia alcuna preventiva assicurazione in ordine alla relativa spettanza (TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, n. 9560/2023).

3.7.2. La validità del citato D.L. 91/2014 è stata confermata sia dalla Corte Costituzionale (sent. n. 16/2017) che dalla Corte di Giustizia UE (sez. V, sent. 15 aprile 2021; sez. X, ord. 1 marzo 2022).

In particolare, l'art. 26, comma 4, del D.L. 91/2014 conferma la *ratio* della tariffa onnicomprensiva prevista dal D.M. 5 maggio 2011 e dal D.M. 5 luglio 2012, la quale, pur essendo costituita da una componente incentivante e da una componente non incentivante, conserva il suo carattere onnicomprensivo, poiché tiene conto del prezzo dell'energia ai fini della sua determinazione a monte, ma non è ad esso indicizzata.

Il motivo è infondato.

3.8. Con il quinto motivo aggiunto, parte ricorrente contesta quanto sostenuto dal GSE in ordine alla non conformità dell'algoritmo al quadro regolatorio vigente nonché il richiamo operato dal GSE alla delibera ARERA n. 343/2012, la quale all'art. 2.5 dell'Allegato A prevede che il ritiro a tariffa fissa onnicomprensiva comporta l'obbligo di cessione al GSE dell'intera quantità di energia elettrica prodotta e immessa in rete, anche qualora l'energia elettrica incentivata sia minore dell'intera quantità di energia elettrica effettivamente immessa in rete.

Tale delibera invece confermerebbe, a fronte dell'obbligo dell'operatore di cedere al GSE tutta l'energia prodotta da impianti che beneficino della tariffa fissa

onnicomprensiva, l'esistenza di due canali diversi di remunerazione dell'energia stessa, l'uno legato alla componente incentivante, l'altro relativo al prezzo zonale di mercato.

3.8.1. Tale prospettazione non persuade, in quanto contraddittoria, poiché comporterebbe una scomposizione della tariffa successiva alla fase della sua determinazione, snaturandone il carattere onnicomprensivo. In particolare, la tariffa fissa onnicomprensiva non sarebbe più tale se il suo importo massimo – onde l'onniconcomprensività – dovesse essere superato a causa dell'incremento del prezzo zonale e, quindi, dipendere dalle oscillazioni di mercato.

Le variazioni del prezzo zonale assumono rilevanza solo quale variabile indipendente che opera pur sempre all'interno della tariffa, influenzando l'importo della componente incentivante, cui si applica la riduzione prevista dallo spalmaincentivi, e quello della componente non incentivante sino al limite costituito dalla tariffa onnicomprensiva.

Il motivo è infondato.

3.9. Con il sesto motivo aggiunto parte ricorrente lamenta il fatto che il provvedimento impugnato modificherebbe in modo unilaterale la convenzione di ammissione alla tariffa incentivante, la quale prevede invece criteri differenti di remunerazione dell'energia incentivata e di quella non incentivata, riconoscendo alla prima la TFO, mentre alla seconda il prezzo medio zonale.

3.9.1. Il provvedimento impugnato non modifica ma rettifica il meccanismo di calcolo previsto sin dall'origine dal D.M. 5 maggio 2011, dal D.M. 5 luglio 2012 e poi confermato dall'art. 26, comma 4, del D.L. 91/2014 attraverso il rinvio all'art. 5, comma 1, secondo periodo del D.M. 5 luglio 2012.

Anche qualora una tale rettifica dovesse tradursi in una modifica unilaterale della convenzione, la stessa sarebbe ammissibile, come chiarito dalla giurisprudenza della Sezione.

L'assenza di un'espressa clausola di modifica unilaterale, non riveste, quindi, rilievo determinante – quanto a valenza di non prevedibilità in ordine a modifiche

peggiorative della misura degli incentivi precedentemente concessi – dovendo la disamina rimessa al giudice del rinvio tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano la fattispecie e di tutti gli altri indici interpretativi, non potendo il contenuto concreto delle convenzioni essere considerato isolatamente in una visione parcellizzata con omessa considerazione del complessivo quadro di principi enucleato al riguardo, né rivestire valenza tale da rendere recessivi e superare gli ulteriori profili sopra illustrati quanto a *ratio* e natura delle misure di sostegno alla produzione di energia da fonti rinnovabili, alle finalità sottese alla nuova disciplina normativa, al contenuto concreto delle opzioni esercitabili dagli operatori e alla relativa incidenza (cui si affianca l'assenza di concreti riscontri in ordine alla stessa), alle mutate condizioni economiche del contesto di riferimento, nonché all'obbligo, per gli Stati membri, di controllare i costi e l'efficacia dei regimi di sostegno, il cui uso improprio si risolve in un danno per i consumatori di energia elettrica, con danno anche alla produttività ed alla concorrenza (TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, n. 9560/2023).

3.9.2. Inoltre, il GSE, in attuazione dell'art. 26 cit., nell'adottare le *“Istruzioni operative per gli interventi sulle tariffe incentivanti relative agli impianti fotovoltaici”* si è riservato di poterle aggiornare “anche sulla base dell'esperienza acquisita nella gestione dei nuovi meccanismi” (cfr. Istruzioni operative, pag. 4).

Il motivo è infondato.

3.10. In base all'ottavo motivo aggiunto, il provvedimento si porrebbe in contrasto con il principio di tutela del legittimo affidamento e con il carattere liberalizzato della produzione di energia. Il nuovo meccanismo introdurrebbe uno sbarramento al prezzo di vendita dell'energia di alcuni operatori, con conseguente effetto distorsivo del mercato, ponendosi in contrasto con il Regolamento UE 2022/1854, che ha introdotto all'art. 6 un tetto massimo ai ricavi dei produttori di energia pari a 180 euro per mW.

Il motivo è infondato.

3.10.1. L'art. 6 del Regolamento UE 2022/1854 prevede il tetto obbligatorio sui ricavi di mercato, mentre il successivo art. 7 specifica l'ambito di applicazione della norma e individua ai commi da 3 a 6 i casi che il Legislatore nazionale può escludere dall'applicazione del tetto sui ricavi, menzionando anche gli impianti di generazione che hanno una capacità installata di al massimo 1 MW.

3.10.2. Anche la giurisprudenza unionale in materia di incentivi energetici ha chiarito che il legittimo affidamento dell'operatore economico non è invocabile qualora la situazione esistente sia suscettibile di modifica da parte delle Autorità nazionali e che l'aspettativa in ordine alla debenza degli incentivi può formarsi solo a seguito dell'esito positivo delle attività di verifica.

3.10.3. Per quanto riguarda il principio di tutela del legittimo affidamento, da una giurisprudenza costante della Corte risulta che la possibilità di far valere quest'ultimo è prevista per ogni operatore economico nei cui confronti un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative.

Tuttavia, qualora un operatore economico prudente ed avveduto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, esso non può invocare detto principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato. Inoltre, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sul mantenimento di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali (sentenza del 10 settembre 2009, Plantanol, C-201/08, EU:C:2009:539, punto 53 e giurisprudenza ivi citata).

Inoltre, trattandosi di un regime previsto da una normativa nazionale, è tenendo conto delle modalità di informazione di regola utilizzate dallo Stato membro che l'ha adottata e delle circostanze del caso di specie che tale giudice deve valutare, globalmente e in concreto, se sia stato debitamente rispettato il legittimo affidamento degli operatori economici considerati dalla suddetta normativa (sentenza del 10 settembre 2009, Plantanol, C-201/08, EU:C:2009:539, punto 57) (cfr. CGUE, X, 11 luglio 2019,

Agrenenergy in C-180/18, C-286/18 e C-287/18).

Nel caso di specie, la modifica della situazione esistente era prevedibile, tenuto conto dell'art. 5, comma 1, secondo periodo, D.M. 5 luglio 2012, richiamato dall'art. 26, comma 4, d.l. n. 91/2014, per cui la differenza fra le tariffe e il prezzo zonale orario non può essere superiore alle tariffe onnicomprensive di cui agli allegati 5, 6 e 7 del D.M. 5 luglio 2012.

3.11. Infondato è il nono motivo, con cui si contesta che la misura adottata determinerebbe una disparità di trattamento tra gli impianti di potenza inferiore a 1 mW, i quali sarebbero costretti a vendere energia al GSE ad un prezzo determinato, e gli impianti con potenza superiore a 1 mW, i quali invece potrebbero vendere l'energia prodotta sul mercato ai prezzi medi zonali di riferimento.

3.11.1. Tale motivo si basa su un'interpretazione non corretta dell'art. 5, comma 1, secondo periodo, cui rinvia l'art. 26, comma 4, del D.L. 91/2014.

Il rinvio a tale articolo è finalizzato solo a prevedere una formula di calcolo della nuova componente incentivante della tariffa, per cui a nulla rileva che nel testo siano citati gli impianti di potenza superiore a 1 mW.

L'ambito applicativo della disposizione è infatti individuato a monte dal decreto spalmaincentivi, il cui rinvio al D.M. è funzionale solo a stabilire il metodo di calcolo della tariffa.

3.12. Con il decimo motivo parte ricorrente si duole del fatto che la revisione dell'algoritmo sarebbe stata adottata in difetto dei presupposti stabiliti dall'art. 21-*nonies* della L. 241/1990 ai fini dell'esercizio del potere di autotutela.

3.12.1. Come già accennato, la revisione non si traduce in un provvedimento di autotutela, essendo invece un atto di rettifica di un errore nella trasposizione del dettato normativo all'interno della formula numerica.

La disciplina normativa della tariffa fissa onnicomprensiva era completa sin dall'origine ed è stata confermata dal D.L. 91/2014. Tuttavia, essa non è stata tradotta correttamente in una formula numerica che, a seguito dell'aumento dei prezzi dell'energia, si è rivelata incompleta.

Pertanto, la rettifica non ha determinato alcun esercizio del potere di autotutela ai sensi dell'art. 21-*nonies* della L. 241/1990, in quanto si è concretizzata nella mera correzione della divergenza tra il dato normativo e la trasposizione di esso in una formula di calcolo.

Il motivo è infondato.

3.13. Parimenti infondato è il tredicesimo motivo aggiunto, che riguarda, in subordine, l'impugnazione dei D.M. del 5 maggio 2011 e del 5 luglio 2012, i quali non consentirebbero l'individuazione di un prezzo massimo nella cessione dell'energia.

3.13.1. La normativa primaria - il D.lgs. 28/2011 – su cui i decreti ministeriali si fondano prevede la possibilità di tenere conto del prezzo di mercato dell'energia ai fini del calcolo dell'incentivo.

Nel caso della tariffa fissa onnicomprensiva, tenere conto del prezzo zonale significa valorizzare tale variabile indipendente ai fini della quantificazione delle due componenti, incentivante e non incentivante, ma pur sempre collocandola all'interno della tariffa stessa.

3.13.2. Come già osservato in relazione all'esame dei motivi aggiunti che precedono, la tariffa perderebbe i caratteri di stabilità e di onnicomprensività qualora il prezzo zonale venisse considerato non un elemento che concorre alla determinazione delle sue componenti ma un valore di indicizzazione alle dinamiche del mercato dell'energia.

Il motivo è infondato.

4. In ulteriore subordine, parte ricorrente chiede di sollevare la questione di legittimità costituzionale degli articoli 23, 24 e 25 del D. Lgs. 28/2011 rispetto agli artt. 3 e 41 della Costituzione e comunitaria con particolare riguardo al Regolamento UE 1854/2022, ove i D.M. 5 maggio 2011 e 5 luglio 2012 siano stati ritenuti conformi ai predetti articoli.

4.1. Stante la conformità dei predetti decreti rispetto al D. Lgs. 28/2011, si esaminano le predette questioni.

Gli articoli 23, 24 e 25 del D. Lgs. 28/2011 riguardano essenzialmente i principi generali dei regimi di sostegno alla produzione energetica da fonti rinnovabili, i meccanismi di incentivazione e alcune disposizioni transitorie e abrogazioni.

4.2. L'art. 24, comma 2, lettera c) stabilisce che l'incentivo resta costante per tutto il periodo di diritto e può tener conto del valore economico dell'energia prodotta.

Tale disposizione consente di inserire nel meccanismo di calcolo della tariffa onnicomprensiva un riferimento al prezzo zonale medio. L'utilizzo del verbo potere indica una facoltà, non un obbligo e, nel suo complesso, l'espressione può tenere conto consente di considerare il valore economico dell'energia prodotta quale componente quantitativa ai fini della determinazione dell'incentivo, ma non quale un meccanismo di indicizzazione dello stesso ai valori di mercato.

4.3. Inoltre, non bisogna confondere la formula base di calcolo della tariffa onnicomprensiva con il meccanismo di riduzione della componente incentivante della tariffa stessa conseguente all'applicazione dello spalmaincentivi.

Come sopra precisato, il richiamo al sistema di calcolo previsto per gli impianti di potenza superiore a 1 mW è finalizzato solo a recepire, mediante un rinvio di carattere materiale, il metodo di quantificazione previsto dall'art. 5, comma 1, secondo periodo del D.M. 5 luglio 2012, in quanto l'ambito di applicazione dello spalmaincentivi è definito dall'art. 26, comma 4, del D.L. 91/2014.

Ne discende che non sussistono i presupposti di rilevanza e di non manifesta infondatezza per sollevare la questione di legittimità costituzionale né quelli per effettuare il rinvio pregiudiziale richiesti da parte ricorrente.

5. Conclusivamente, il ricorso principale come integrato da motivi aggiunti è infondato e, pertanto, deve essere respinto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Gabriele La Malfa Ribolla, Referendario, Estensore

Roberto Maria Giordano, Referendario

L'ESTENSORE

Gabriele La Malfa Ribolla

IL PRESIDENTE

Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO