

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 26, comma 3, d.l. 91/2014

T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III *ter* 2 novembre 2015, n. 12336 - Daniele, pres.; Verlengia, est. - Enel Green Power S.p.A. ed a. (avv.ti Bitto, Onida, Sciaudone, Randazzo) c. Gestore Servizi Energetici Gse S.p.A. (avv.ti C. e S. Malinconico, Fadel, Pugliese) ed a.

Ambiente - Tariffe incentivanti - Decreti del 16 e del 17 ottobre 2014, adottati ai sensi dell'art. 26 della legge n. 116/2014 - Incostituzionalità dell'art. 26, comma 3, d.l. 91/2014 - Non manifesta infondatezza - Rinvio alla Corte costituzionale.

(Omissis)

FATTO

Con ricorso, spedito per la notifica il 22 dicembre 2014 e depositato il successivo 27 dicembre, le società in epigrafe indicate hanno impugnato i decreti del 16 e del 17 ottobre 2014, adottati ai sensi dell'art. 26 della legge n. 116/2014, chiedendone l'annullamento, previo rinvio incidentale alla Corte Costituzionale per l'accertamento e la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 26, comma 3, d.l. 91/2014.

Chiedono, in alternativa, l'annullamento degli anzidetti provvedimenti "in quanto contrastanti con le norme di diritto europeo comunitario direttamente applicabili di cui alle direttive 2001/77/CE, 2009/28/CE e 2011/7/UE, disapplicando l'art. 26, commi 2 e 3, d.l. n. 91/2014 previo, in quanto occorra, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Deducco:

1. L'illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati dall'illegittimità costituzionale dell'art. 26 d.l. n. 91/2014 per violazione degli artt. 3 e 41, 77, 117, 1° co., Cost. in relazione all'art. 1, Prot. n. 1, CEDU e al Trattato sulla Carta europea dell'energia, degli artt. 11 e 117, 1° co., Cost. in forza del contrasto con il diritto europeo comunitario (dir. 2001/77/CE; dir. 2009/28/CE; dir. 2011/7/CE; Trattato sulla Carta europea dell'energia, principio di libera circolazione dei capitali e art. 63 TFUE, tutti interpretati anche alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: artt. 16, 17 e 37).

In alternativa alle prospettate questioni di costituzionalità/compatibilità europea (comunitaria) chiedono la diretta disapplicazione dell'art. 26 d.l. n. 91/2014 per contrasto con le norme self executing delle direttive già richiamate.

Nel caso di ritenuta chiarezza, univocità e immediata applicabilità delle rilevanti disposizioni europee, l'art. 26 d.l. 91/2014 sarebbe da disapplicare, occorrendo tener conto della peculiare natura del "diritto a ricevere gli incentivi" e della "coessenzialità" di questo con il "diritto a esercitare l'impianto scaturente dall'autorizzazione rilasciata dall'autorità nazionale" (poiché senza incentivi l'attività produttiva sarebbe antieconomica).

Le ricorrenti, inoltre, precisano che già il legislatore avrebbe posto in essere un intervento correttivo in occasione del passaggio dal III° al IV° e al V° conto energia (introduttivi di sistemi contingentati e concorsuali e di incentivi più modesti rispetto a quelli del passato), e che l'art. 13 dir. 2009/28 (ma anche l'art. 6 dir. 2001/77) consentirebbe di riconoscere un diritto "composito" dei produttori di energia fotovoltaica, considerati quali "operatori strategici del mercato" in virtù dell'assoggettamento a regime di autorizzazione amministrativa (ciò che troverebbe conferma nella giurisprudenza europea; Corte giust. UE, sent. 1° luglio 2014, in causa C-573/12).

In questa prospettiva, un intervento retroattivo (perché incidente su rapporti di durata) in pejus sul regime incentivante vanificherebbe l'autorizzazione ottenuta dal produttore (consistente in un prius della pretesa economica), stante il limitatissimo campo d'azione del legislatore nazionale; andrebbe in particolare ravvisata la natura non oggettiva, sproporzionata e discriminatoria dell'art. 26 in questione (anche alla luce delle comunicazioni della Commissione europea degli anni 2010, 2012 e 2013 sul tema dei regimi di sostegno); analoghe considerazioni varrebbero per la dir. 2011/7/UE; resterebbe in ogni caso ferma la possibilità di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia;

Con un ultimo motivo deducco l'illegittimità per la tardiva emanazione del d.m. 17 ottobre 2014 e per incompletezza del quadro normativo e amministrativo nel cui ambito si sarebbe dovuta esercitare l'opzione imposta ai produttori fra le tre ipotesi di cui all'art. 26, co. 3:

indipendentemente dai profili di illegittimità derivata, i decreti impugnati sarebbero altresì illegittimi perché adottati in assenza di previa definizione delle condizioni previste dallo stesso art. 26, ai commi 5 (accesso a finanziamenti bancari assistiti da provvista dedicata o da garanzia concessa dalla Cassa depositi e prestiti) e da 7 a 13 (cessioni volontarie parziali degli incentivi ad acquirenti selezionati); quello del 17 ottobre 2014 sarebbe stato inoltre emanato oltre il termine di legge, senza che venisse modificata la data per l'esercizio dell'opzione.

Con separati atti depositati l'11 marzo 2015 sono intervenute ad adiuvandum la ditta Lombardi Domenico, la ditta Sole srl, la ditta Honergy srl, e la ditta 7 Power, tutte nella loro qualità di proprietarie di impianti fotovoltaici di potenza nominale superiore ai 200 kw.

Il 24 aprile 2015 si è costituito il Gse che, con successiva memoria, depositata il 27 aprile successivo, resiste nel merito ed eccepisce la tardività degli interventi in quanto proposti da soggetti che hanno un interesse ad impugnare in via autonoma i decreti pubblicati il 16 e 17 ottobre 2014.

Si è costituito con memoria, depositata il 6 maggio 2015, anche il Ministero dello sviluppo economico il quale controdeduce concludendo per la reiezione del ricorso.

Alla pubblica udienza del 25 giugno 2015 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Ritiene preliminarmente il Collegio di definire, ai sensi dell'art. 36, co. 2, c.p.a., la questione pregiudiziale di giurisdizione del giudice amministrativo.

I ricorrenti impugnano i decreti ministeriali attuativi dell'art. 26, commi 2 e 3, d.l. n. 91/2014, concernenti:

i) la "rimodulazione" degli incentivi, di cui al comma 3, di seguito riportato:

"A decorrere dal 1° gennaio 2015, la tariffa incentivante per l'energia prodotta dagli impianti di potenza nominale superiore a 200 kW è rimodulata, a scelta dell'operatore, sulla base di una delle seguenti opzioni da comunicare al GSE entro il 30 novembre 2014:

a) la tariffa è erogata per un periodo di 24 anni, decorrente dall'entrata in esercizio degli impianti, ed è conseguentemente ricalcolata secondo la percentuale di riduzione indicata nella tabella di cui all'allegato 2 al presente decreto;

b) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è rimodulata prevedendo un primo periodo di fruizione di un incentivo ridotto rispetto all'attuale e un secondo periodo di fruizione di un incentivo incrementato in ugual misura. Le percentuali di rimodulazione sono stabilite con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentita l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, da emanare entro il 1° ottobre 2014 in modo da consentire, nel caso di adesione di tutti gli aventi titolo all'opzione, un risparmio di almeno 600 milioni di euro all'anno per il periodo 2015-2019, rispetto all'erogazione prevista con le tariffe vigenti;

c) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è ridotta di una quota percentuale dell'incentivo riconosciuto alla data di entrata in vigore del presente decreto, per la durata residua del periodo di incentivazione, secondo le seguenti quantità:

1) 6 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 200 kW e fino alla potenza nominale di 500 kW;

2) 7 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 500 kW e fino alla potenza nominale di 900 kW;

3) 8 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 900 kW.

In assenza di comunicazione da parte dell'operatore il GSE applica l'opzione di cui alla lettera c)".

ii) le modalità di erogazione delle tariffe incentivanti, disciplinate dal comma 2, di seguito riportato:

"A decorrere dal secondo semestre 2014, il Gestore dei servizi energetici S.p.A. eroga le tariffe incentivanti di cui al comma 1, 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. Le modalità operative sono definite dal GSE entro quindici giorni dalla pubblicazione del presente decreto e approvate con decreto del Ministro dello sviluppo economico".

2. Premesso che ai sensi dell'art. 7, co. 2, c.p.a., "per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo" e che in tale ambito rientra certamente il GSE in virtù delle sue competenze e prerogative pubblicistiche in materia di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili (cfr. per il fotovoltaico i dd.lgss. nn. 387/2003 e 28/2011 e i decreti ministeriali di attuazione aventi a oggetto i vari conti energia) – ritiene il Collegio che la controversia vada ricondotta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in base a quanto previsto dall'art. 133, co. 1, lett. o), c.p.a., che devolve a questo tipo di giurisdizione "le controversie, incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, ivi comprese quelle inerenti l'energia da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti" (enf. agg.).

Non possono sussistere dubbi circa la riconducibilità a tale previsione della domanda caducatoria avente a oggetto gli atti con cui il Ministero dello sviluppo economico ha dettato le modalità operative per l'erogazione da parte del GSE delle tariffe incentivanti (d.m. 16.10.2014, ai sensi dell'art. 23, comma 2) e le "modalità per la rimodulazione delle tariffe incentivanti" (d.m. 17.10.2014, ai sensi dell'art. 26, comma 3, lett. b), che perciò ineriscono alla materia della "produzione di energia" richiamata dall'art. 133, co. 1, lett. o), c.p.a.

Va pertanto dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

3. La seconda questione da esaminare in via preliminare è la inammissibilità degli interventi ad adiuvandum per tardività.

L'eccezione, presentata dal GSE, è fondata nei termini meglio di seguito esposti.

Non vi è dubbio che la posizione degli odierni interventori in nulla si distingua da quella dei ricorrenti principali. Essi, al pari degli odierni ricorrenti principali, vantano un interesse che li legittima alla impugnazione in via autonoma e non un interesse collegato a quello dei ricorrenti principali.

La giurisprudenza, condivisa dal Collegio, non ammette l'intervento adesivo di tali soggetti, definiti anche cointeressati del ricorrente, in quanto ciò determinerebbe l'aggiramento del termine perentorio per la proposizione del ricorso (v. ex multis CdS V 1687/2015; IV 747/2014, 3597/2013; V 1640/2012; VI, 832/2015, 3647/2012; IV 7249/2009).

Da ciò consegue la inammissibilità degli interventi adesivi spiegati dalle società meglio indicate in epigrafe.

4. Il Tribunale, poi, considerato che con separato provvedimento, emesso in pari data, ha sollevato questione di legittimità costituzionale della disposizione applicabile alla presente fattispecie, ovvero dell'art. 26 d. l. n. 91/2014, ritiene, in questa sede, opportuno specificare che la questione non è stata proposta in riferimento alla violazione, prospettata dalle ricorrenti, degli artt. 10 e 117 Cost. in riferimento all'art. 10 del Trattato sulla Carta Europea dell'energia, stipulato a Lisbona il 17/12/94, e ratificato in Italia con la legge n. 415 del 1997 in quanto, sotto questo profilo, la questione stessa risulta manifestamente infondata.

L'art. 10 ("promozione, tutela e disciplina degli investimenti") della Carta Europea dell'Energia è, infatti, diretto principalmente a garantire la par condicio tra investitori nazionali e di altri Paesi contraenti e, pertanto, non può assurgere ad idoneo parametro normativo ai fini dello scrutinio di legittimità dell'intervento "retroattivo" oggi in contestazione.

Ciò si desume agevolmente dal testo della disposizione della Carta che si assume violata, secondo cui:

"1. Ciascuna Parte contraente, in conformità al disposto del presente Trattato, incoraggia e crea condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori di altre Parti contraenti che effettuano investimenti nella sua area. Queste condizioni comprendono l'impegno ad accordare in ogni occasione agli investimenti di investitori di altre Parti contraenti un trattamento giusto ed equo. Gli investimenti godono inoltre di una piena tutela e sicurezza e nessuna Parte contraente può in alcun modo pregiudicare con misure ingiustificate e discriminatorie la gestione, il mantenimento, l'impiego, il godimento o l'alienazione degli stessi. In nessun caso tali investimenti sono sottoposti ad un trattamento meno favorevole di quello prescritto dal diritto internazionale, compresi gli obblighi pattizi. Ciascuna Parte contraente adempie eventuali obblighi assunti riguardo ad un investitore o un investimento effettuato da un investitore di una qualsiasi altra Parte contraente.

2. Ciascuna Parte contraente si adopera per concedere agli investitori di altre Parti contraenti, per quanto riguarda la realizzazione di investimenti nella propria area, il trattamento descritto al paragrafo 3.

3. Ai fini del presente articolo, si intende per «trattamento», il trattamento concesso da una Parte contraente che non è meno favorevole di quello più favorevole previsto per i propri investitori o per gli investitori di qualsiasi altra Parte contraente o qualsiasi Stato terzo".

Dal momento che l'intervento oggi in contestazione non distingue in relazione alla nazionalità degli investitori, la disposizione non è in grado di assurgere a idoneo parametro ai fini dello scrutinio di legittimità.

Del pari non viene sollevata la questione avente a oggetto la prospettata violazione degli artt. 11 e 117, 1° co., Cost. in riferimento al contrasto con il diritto europeo comunitario (salvo che per l'aspetto concernente la dir. 2011/7/UE) sia perché tali profilo appare riconducibile agli aspetti portati all'esame della Corte costituzionale sia perché le questioni concernente la compatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria saranno eventualmente oggetto di approfondimento nella successiva fase del giudizio.

Le rimanenti questioni sono invece rilevanti e non manifestamente infondate, come motivato in separata ordinanza che sospende il presente giudizio, e vanno sottoposte alla Corte Costituzionale.

In conclusione, il Tribunale, definendo parzialmente il giudizio, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo ed accoglie l'eccezione di inammissibilità degli interventi ad adiuvandum proposta dal GSE.

Ogni statuizione in ordine alle spese della presente fase processuale è rinviata alla sentenza con cui sarà definita l'intera controversia.

(Omissis)