

T.A.R. Lombardia – Sent. n. 2125/06 del 10/11/2006



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA LOMBARDIA
MILANO**

SEZIONE IV

**Registro Sentenze: /
Registro Generale: 1151/2006**

nelle persone dei Signori:

MAURIZIO NICOLOSI Presidente
PAOLO PASSONI, Cons.
GIOVANNI ZUCCHINI Ref. , relatore
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nell'Udienza Pubblica del 18 Ottobre 2006

Visto il ricorso 1151/2006 proposto da:

SOLAR VENTURES S.P.A.

rappresentata e difesa da:

*CAPRIA ANTONELLA
CRISAFULLI ANGELO
GARDINI ELISABETTA*

con domicilio eletto in MILANO

*VIA MANZONI 41/43
presso
CAPRIA ANTONELLA*

contro

*MINISTERO DELLA ATTIVITA' PRODUTTIVE
MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO
AUTORITA' PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS*

rappresentati e difesi da:

AVVOCATURA DISTR. DELLO STATO

con domicilio eletto in MILANO

VIA FREGUGLIA, 1

presso la sua sede

GESTORE DEL SISTEMA ELETTRICO – GRN SPA

non costituito in giudizio

per l'annullamento

del decreto del Ministro delle Attività Produttive di concerto con il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio del 6 febbraio 2006, pubblicato sulla G.U. n. 38 del 15 febbraio 2006, limitatamente agli articoli 4, comma 1 e 8, comma 1 ove occorra e nei limiti degli interessi dell'impresa ricorrente; della delibera dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas n. 40/2006 del 24 febbraio 2006, nonché di ogni atto consequenziale, presupposto e comunque connesso;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

*MINISTERO DELLA ATTIVITA' PRODUTTIVE
MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO
AUTORITA' PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS*

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Udito il relatore Ref. Giovanni Zucchini e uditi i procuratori delle parti, come da verbale;

FATTO

Con decreto del 28.7.2005, adottato ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. 387/2003 (recante attuazione della direttiva 2001/77/CE sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili), il Ministro delle Attività Produttive, di concerto con il Ministro dell'Ambiente, dettava i criteri per l'incentivazione della produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare.

Il decreto ministeriale suddetto prevede, a favore dei soggetti responsabili della realizzazione e dell'esercizio di impianti fotovoltaici, l'erogazione di una tariffa incentivante, che è corrisposta per un periodo di venti anni decorrenti dalla data di entrata in esercizio dell'impianto (art. 7, comma 7°, DM 28.7.2005).

L'entità dell'incentivazione varia sulla base della potenza nominale dell'impianto, essendo previsti criteri differenti di determinazione per impianti con potenza nominale rispettivamente inferiore (art. 5 DM citato) e superiore (art. 6 DM citato), a 20 kW.

L'art. 6, comma 6°, del DM 28.7.2005, prima della sua sostituzione ad opera del DM 6.2.2005, prevedeva che le tariffe incentivanti di cui all'art. 5, comma 2° ed all'art. 6,

commi 2° e 3°, fossero aggiornate *<<a decorrere dal primo gennaio di ogni anno sulla base del tasso di variazione annuo, riferito ai dodici mesi precedenti, dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati rilevati dall'ISTAT>>*.

In esecuzione del DM 28.7.2005, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito, per brevità, indicata anche quale "Autorità" oppure "AEEG"), adottava la deliberazione n. 188/2005, nella quale, fra l'altro, individuava il soggetto attuatore, destinato ad erogare concretamente le tariffe incentivanti e ad effettuare verifiche e controlli. Quale attuttore, l'AEEG individuava la società Gestore della rete di trasmissione nazionale, ora denominata Gestore del Sistema Elettrico-GRTN SpA.

Ciò premesso, la ricorrente presentava, nella vigenza del DM 28.7.2005, ma prima delle modifiche di cui al DM 6.2.2006, più domande per la realizzazione di impianti fotovoltaici di potenza superiore a 50 kW e per la conseguente ammissione al regime dell'incentivazione, ai sensi dell'art. 7 del DM 28.7.2005.

Successivamente alla presentazione delle istanze, con decreto del 6.2.2006, sempre adottato dal Ministero per le Attività Produttive d'intesa con quello dell'Ambiente, erano apportate una serie di modifiche, integrazioni e precisazioni al pregresso DM del 28.7.2005.

In particolare, per quanto qui interessa, l'art. 4.1 del DM 6.2.2006, sostituiva l'art. 6.6 del DM 28.7.2005, che nella nuova versione, così dispone, *<<L'aggiornamento delle tariffe incentivanti di cui all'art. 5, comma 2, lett. b), all'art. 6, comma 2, lett. b), e all'art. 6, comma 3, lettera b) viene effettuato per ciascuno degli anni successivi al 2006 sulla base del tasso di variazione annuo, riferito ai dodici mesi precedenti, dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati rilevati dall'ISTAT>>*.

Inoltre, l'art. 8, comma 1°, dispone che le modifiche o integrazioni di cui all'articolo 4 e ad altri articoli del DM 6.2.2.006, si applicano <<alle domande inoltrate successivamente alla data di entrata in vigore del decreto 28 luglio 2005>>.

A seguito dell'adozione del DM 6.2.2006, l'Autorità apportava una serie di modifiche alla deliberazione n. 188/2005, attraverso la deliberazione n. 40/2006.

Contro il DM 6.2.2006 e la delibera 40/2006, l'esponente presentava il presente gravame, con il quale si denuncia, in sintesi, che attraverso il combinato disposto dell'art. 4.1 e 8.1 del DM impugnato, si sarebbe eliminato, retroattivamente, l'adeguamento ISTAT delle tariffe incentivanti, prima assicurato dall'art. 6.6. del DM 28.7.2005 nella sua originaria versione.

La nuova versione dell'art. 6.6, infatti, avendo cura di specificare che l'adeguamento ISTAT è riconosciuto non più generalmente per le tariffe di cui al comma 2 dell'art. 5 ed ai commi 2 e 3 dell'art. 6, ma soltanto alle tariffe di cui alla lettera b) dei suddetti commi, escluderebbe dall'adeguamento le tariffe di cui alla lettera a) dei commi medesimi, cioè le tariffe per gli impianti, come quelli degli esponenti, la cui domanda è stata presentata nel 2005 o nel 2006.

Inoltre, l'art. 8, comma 1, del DM 6.2.2006, precisa che le modifiche o integrazioni di cui all'art. 4 e ad altri articoli (quindi anche quelle di cui all'art. 4.1), si applicano alle domande presentate dopo l'entrata in vigore del DM 28.7.2005, quindi anche a quelle dei ricorrenti, presentate certamente prima dell'adozione del DM impugnato ma dopo la vigenza del DM del luglio 2005. Da qui la lamentata retroattività delle nuove disposizioni.

Ad ogni buon conto, i motivi del ricorso possono, in sintesi, così esporsi:

1) violazione dell'art. 11 delle preleggi, oltre che eccesso di potere per violazione del principio di irretroattività delle norme e dei provvedimenti amministrativi;

2) violazione della disciplina di gara dettata dal DM 28.7.2005, oltre che eccesso di potere per violazione del principio di cristallizzazione del bando di gara e del principio dell'affidamento; giacché il DM del 2005 avrebbe anche la funzione di un vero e proprio bando di gara, a fronte del quale gli operatori presentano le domande di ammissione alle tariffe incentivanti, bando che sarebbe stato modificato dopo la presentazione delle offerte, in violazione del pacifico principio dell'immutabilità della *lex specialis* della gara;

3) eccesso di potere per violazione del principio della buona fede e dell'affidamento;

4) violazione e falsa applicazione dell'art. 7 del D.Lgs. 387/2003 ed eccesso di potere per irragionevolezza, visto che l'eliminazione dell'adeguamento ISTAT finirebbe per vanificare il ruolo dell'incentivo, impedendo la realizzazione degli obiettivi voluti dalla normativa primaria (D.Lgs. 387/2003).

Si costituivano in giudizio i Ministeri interessati e l'Autorità, chiedendo il rigetto del gravame.

Alla pubblica udienza del 18.10.2006, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. I primi tre motivi di ricorso, che il Collegio ritiene di trattare congiuntamente, meritano accoglimento, per le ragioni che seguono.

In primo luogo occorre evidenziare come l'art. 4.1 del DM 6.2.2006, sostituendo il comma 6.6 del DM 28.7.2005, ha introdotto una nuova disciplina tariffaria, e non si è limitato a precisare la pregressa disposizione. Basta, sul punto, il semplice raffronto fra il vecchio testo dell'art. 6.6 e quello nuovo, per rendersi conto che il Ministro ha apportato modificazioni sostanziali alla passata disciplina.

Infatti, se il testo originario dell'art. 6.6, nel prevedere l'adeguamento ISTAT, rinviava *sic et simpliciter* alle tariffe di cui agli articoli 5 e 6, senza introdurre alcuna

differenziazione fra le stesse, il testo attuale si occupa solo dell'adeguamento alle tariffe di cui alla lettera b) degli articoli 5 e 6, cioè alle tariffe degli impianti la cui domanda è successiva al 2006, mentre nessuna menzione è fatta alle tariffe di cui alla lettera a), fra le quali quelle relative agli impianti dell'esponente, le quali, pertanto non godono più di alcun indice di adeguamento, non potendosi alle stesse estendere data la specificità dell'intervento modificativo- quello previsto per la lettera b) degli articoli 5 e 6.

L'art. 6.6, come da ultimo modificato dall'art. 4.1 citato, trova applicazione, per effetto dell'8.1 del DM 6.2.2006, alle domande presentate dopo l'entrata in vigore del DM 28.7.2005, fra le quali quelle dell'esponente, tutte presentate dopo il 28.7.2005, ma prima dell'entrata in vigore del DM 6.2.2006.

Lo stesso decreto riconosce implicitamente all'art. 8.1 il carattere di disposizione avente effetti retroattivi, visto che nel successivo art. 8.2 si parla di un'altra serie di modifiche e integrazioni al DM 28.7.2005, sempre apportate dal DM del 2006, che si applicano però, al contrario di quelle di cui al comma 1, alle domande inoltrate successivamente alla data di entrata in vigore del decreto del 2006.

La stessa Amministrazione, pertanto, all'atto di introdurre modifiche al DM 28.7.2005, attraverso il successivo decreto del 6.2.2006, aveva ben chiaro quali delle stesse avrebbero avuto applicazione retroattiva (art. 8.1) e quali invece avrebbero trovato applicazione alle domande successive all'entrata in vigore del nuovo DM (art. 8.2).

Tale interpretazione appare assolutamente pacifica e coerente con il dato letterale dei sopra richiamati articoli.

Non può sostenersi, al contrario, che il nuovo testo dell'art. 6.6 realizza una mera precisazione della vecchia versione, per cui il DM impugnato non avrebbe apportato

alcuna modifica alla norma. A favore della tesi propugnata dalle parti evocate in giudizio non milita certo la rubrica dell'art. 4, ove si parla di "*precisazioni e ulteriori modifiche e integrazioni al decreto 28 luglio 2005*".

A prescindere dal pacifico assunto, secondo il quale la rubrica di un articolo non è mai vincolante per l'interprete, l'articolo 4 in esame non si limita a parlare di "precisazioni", ma anche di "modifiche e integrazioni", quale è quella relativa all'art. 6.6. Inoltre, l'art. 8.1 del DM impugnato parla espressamente di <<*modifiche e integrazioni di cui all'articolo 4*>> e non di semplici precisazioni. Del resto, non si vede perché una mera precisazione avrebbe dovuto comportare, come in effetti avvenuto, la sostituzione integrale dell'articolato.

Neppure appare giustificata l'interpretazione dell'art. 6.6. del DM 28.7.2005 offerta dall'Avvocatura dello Stato, nel tentativo di provare come il DM 6.2.2006 non abbia sul punto alcuna portata innovativa, ma abbia semplicemente meglio spiegato la norma precedente. A detta dell'Avvocatura erariale, infatti, l'art. 6.6, in entrambe le versioni di cui ai citati decreti ministeriali, garantirebbe l'adeguamento ISTAT per l'anno di realizzazione dell'impianto, sicché la tariffa così determinata risulterebbe poi fissa per gli anni successivi sino al ventesimo anno; inoltre, sempre a detta della difesa erariale, l'intendimento dell'art. 6, comma 6, del DM 28 luglio 2005 era di applicare l'aggiornamento <<*solo in sede di definizione delle tariffe da riconoscere agli impianti realizzati successivamente al 2006*>> (così testualmente nella memoria dell'Avvocatura del 6.10.2006, pag. 8).

Tali tesi appaiono però in contrasto con il dato letterale dell'art. 6.6, nella versione originaria, per il quale non solo l'adeguamento avveniva con decorso <<*dal primo gennaio di ogni anno*>>, ma visto anche che il testo primigenio dell'art. 6.6. non distingueva in nessun modo fra impianti realizzati anteriormente e successivamente

al 2006, richiamando integralmente l'art 5, comma 2 e l'art. 6, commi 2 e 3 del decreto stesso (compresi, quindi, gli impianti della lettera a).

Di conseguenza, appare chiaro come l'intendimento del DM 28.7.2005 fosse quello di garantire, per tutti gli impianti autorizzati, l'adeguamento ISTAT delle tariffe anno per anno, mentre per effetto del combinato disposto degli artt. 4.1 e 8.1 del DM 6.2.2006, l'adeguamento è stato (di fatto) abolito, con effetto retroattivo, per gli impianti le cui domande sono state presentate negli anni 2005 e 2006, quali quelli dell'attuale ricorrente, che ha presentato domanda nel dicembre 2005.

Tale modificazione retroattiva, fra l'altro priva di ogni motivazione (le giustificazioni alla stessa paiono trovarsi solo nelle memoria dell'Avvocatura dello Stato), appare lesiva non solo del generale principio di irretroattività, di cui all'art. 11 delle preleggi, ma altresì di fondamentali principi giuridici, quali quelli della certezza del diritto, dell'irretroattività e della tutela del legittimo affidamento (a tale proposito non si dimentichi che i ricorrenti avevano presentato le loro domande di autorizzazione fidando nell'adeguamento ISTAT delle tariffe, sulla base del quale avevano altresì elaborato i loro piani finanziari).

I sopraindicati principi hanno rilevanza anche nell'ordinamento comunitario e trovano immediata applicazione nel caso di specie, tenuto conto che la disciplina sulla promozione delle fonti rinnovabili è di diretta derivazione comunitaria (il D.Lgs. 387/2003, in forza del quale sono stati adottati i decreti ministeriali di cui è causa, attua la direttiva 2001/77/CE sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità).

Sulla rilevanza dei suddetti principi in ambito comunitario, preme rinviare alle pronunzie della Corte di Giustizia CE 15.12.2005, causa C-148/04, *Unicredito*; 14.2.1990, causa C-350/88, *Delacre ed altri*; 26.4.1988, causa C-316/86, *Kruecken*;

14.5.1975, causa C-74/74, *CNTA SA*. Sulla necessità del rispetto del principio generale di irretroattività, si vedano altresì: Consiglio di Stato, sez. VI, 9.6.2006, n. 3452 e TAR Lombardia, sez. IV, 19.5.2006, n. 1221.

A giustificazione della scelta del Ministero, non può neppure invocarsi la necessità dell'osservanza dell'art. 7, comma 2°, lett. d) del D.Lgs. 387/2003, in forza del quale la tariffa incentivante deve essere <<*di importo decrescente*>>.

Orbene, a prescindere dalla circostanza che la medesima lettera d) impone anche di garantire una <<*equa remunerazione dei costi di investimento e di esercizio*>>, la soluzione del DM 6.2.2006 non realizza certo, quanto meno per i ricorrenti, un meccanismo tariffario di importo decrescente, visto che, per effetto dell'eliminazione dell'adeguamento ISTAT, le tariffe, così come originariamente determinate, restano nominalmente costanti nel tempo (circostanza, questa, ammessa dalla stessa Avvocatura dello Stato nell'ultima memoria difensiva, a pag. 11, ove si legge che le tariffe sono <<*costanti nominalmente*>>).

Per effetto dell'abolizione dell'adeguamento ISTAT, tuttavia, le tariffe nominalmente costanti finirebbero, di fatto, per subire una sostanziale diminuzione del loro valore effettivo nel corso del tempo, per effetto dei noti fenomeni inflazionistici. In tal modo, il sistema configurato dal decreto impugnato realizza un risultato che appare illogico: pur non variando formalmente le tariffe, le abbandona all'erosione del fenomeno inflazionistico senza alcun correttivo, con il rischio di una vera falce del valore incentivante in un arco di tempo inferiore a quello normalmente occorrente all'ammortamento degli impianti e quindi della *ratio* normativa, la quale, pur nella previsione di un adeguato criterio decrescente, intende salvaguardare la convenienza dell'investimento complessivo nel tempo (non si dimentichi che le tariffe incentivanti hanno durata ventennale).

Un simile sistema non può certo definirsi rispettoso del dato legislativo: lo stesso prevede tariffe di importo nominalmente decrescente, ferma restando la necessità di garantire agli operatori una equa remunerazione.

Quanto alla possibilità di apportare modifiche ad un rapporto di durata, quale quello di cui al regime tariffario di incentivazione, la stessa non può certo negarsi, pur ribadendo la necessità del rispetto dei suindicati principi di tutela dell'affidamento, certezza dei rapporti giuridici e non retroattività, visto anche che gli operatori hanno presentato la propria offerta economica per l'ammissione al regime tariffario incentivante sulla base delle condizioni tecniche ed economiche di cui al DM 28.7.2005, operante quindi quale un vero e proprio bando di gara, fidando perciò sull'adeguamento ISTAT, per cui l'eliminazione retroattiva del medesimo configura altresì una illegittima ed unilaterale modificazione delle condizioni indicate dall'Amministrazione per la presentazione delle offerte (sulla necessità per l'Amministrazione, nei contratti pubblici, di applicare incondizionatamente la *lex specialis* di gara, si vedano, fra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 31.1.2006, n. 349 e TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 1.6.2006, n. 666).

In conclusione, devono trovare accoglimento sia il primo motivo di ricorso, ove si denuncia l'illegittima retroattività del combinato disposto degli artt. 4.1 ed 8.1, sia i motivi n. 2 e 3, circa la lesione del legittimo affidamento in capo alla società ricorrente; mentre può reputarsi assorbito il quarto mezzo di gravame.

Ciò premesso, per effetto dell'accoglimento delle censure sopra indicate, volte a denunciare gli effetti dell'applicazione retroattiva dell'art. 4.1 del DM 6.2.2006, deve annullarsi l'art. 8.1 del DM stesso, determinando esso *ex tunc* e non l'art. 4.1- che si occupa specificamente degli impianti di cui alla lettera b) degli articoli 5 e 6 - la caducazione dell'adeguamento ISTAT di cui all'originario testo dell'art. 6.6 del DM

28.7.2005 alle domande presentate dopo l'entrata in vigore del DM 28.7.2005, ma prima dell'entrata in vigore del DM 6.2.2006.

Ne consegue che non occorre disporre l'annullamento dell'art. 4.1

2. Al contrario, le contestazioni contro la delibera dell'Autorità n. 40/2006 devono ritenersi inammissibili per difetto di interesse a ricorrere, atteso che si tratta, almeno per quel che in questa sede interessa, di prescrizioni prive di lesività.

Infatti, se si ha riguardo al nuovo testo dell'art. 4 della delibera dell'Autorità n. 188/2005, come sostituito dalla delibera n. 40/2006, si nota che il riferimento alle tariffe incentivanti, da corrisondersi agli operatori, avviene con riguardo al DM 28.7.2005 (cfr. punti 4.1.2, 4.1.3, 4.2.1 e 4.2.2 del nuovo art. 4).

Il rinvio al DM 28.7.2005 è un rinvio meramente formale, nel senso che l'Autorità ed il Gestore del sistema elettrico daranno applicazione, per quanto di competenza, al testo del decreto vigente al momento dell'applicazione medesima, tenendo conto delle modificazioni introdotte anche per effetto della presente sentenza.

Del resto, per quanto riguarda l'adeguamento ISTAT delle tariffe, l'AEEG appare priva di ogni potere discrezionale, dovendo dare mera esecuzione alle prescrizioni ministeriali, di per sé compiute. Di conseguenza, l'AEEG non potrà che tenere doverosamente conto delle statuizioni della presente pronuncia, relative al decreto ministeriale gravato, senza che sul punto incidano le richiamate disposizioni della delibera n. 40/2006, che appare, perlomeno limitatamente all'oggetto del presente ricorso, priva di lesività.

3. La novità e la complessità delle questioni trattate, oltre che la parziale declaratoria di inammissibilità del ricorso, inducono il Collegio a disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione IV, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte e per l'effetto annulla *in parte qua*, nei sensi di cui in motivazione, l'art. 8, comma 1°, del DM 6.2.2006; lo dichiara inammissibile per il resto.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Milano, il 18 ottobre 2006.

Il Presidente

Il Referendario est.