

Publicato il 08/04/2024

**N. 01026/2024 REG.PROV.COLL.
N. 02008/2019 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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2008 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Associazione Italia Solare, Future Energy Sud Società Agricola S.r.l., Future Energy Trinacria Società Agricola S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Milano, via Dante, n. 16;

contro

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del Ministro *pro tempore*, e ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale presso la relativa casella PEC e domicilio fisico ex *lege* presso gli Uffici dell'Avvocatura stessa in Milano Via Freguglia, n. 1;

Terna - Rete Elettrica Nazionale S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Baglivo, Maria Teresa Pirozzi, Carlo Edoardo Cazzato, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il loro studio in Milano, piazza Fontana, n. 6;

nei confronti

Enel Produzione Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Cardi, Carmina Toscano, Valentina Rispoli, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia;

A2a S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Germana Cassar e Mattia Malinverni, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia;

Ep Produzione S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Germana Cassar e Mattia Malinverni, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia;

Edison S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Luciani, Aldo Travi, Riccardo Villata, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio

dell'ultimo in Milano, via San Barnaba, n. 30;

Eni S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Colicchia, Fabio Todarello, Claudia Sarrocco, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il loro studio in Milano, piazza Velasca, n. 4;

Erg Power Generation S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Colicchia, Fabio Todarello, Claudia Sarrocco, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il loro studio in Milano, piazza Velasca, n. 4;

Iren Energia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ernesto Stajano ed Enrico Campagnano, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del primo in Milano, via Dogana, n. 3;

Alperia Trading S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Merola, Luca Raffaello Perfetti, Alessandro Rosi, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia;

Metaenergiaproduzione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Vitale, Anna Rita De Crescenzo, Gabriele Vitale, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia;

Sorgenia S.p.A., Tirreno Power S.p.A., Engie Italia S.p.A., Dolomiti Energia Trading S.p.A., Axpo Italia S.p.A., Ergosud S.p.A., Alpiq Energia Italia S.p.A., Electrade S.p.A., C.V.A. Trading S.r.l., Duferco

Energia S.p.A., Eplus S.r.l., Isab S.r.l., Repower Italia S.p.A., Solvay Chimica Italia S.p.A., Burgo Energia S.r.l., Acciaieria Arvedi S.p.A., Ego Energy S.r.l., Acea Energia S.p.A., Hera Trading S.r.l., Tamarete Energia S.r.l., Sasol Italy S.p.A., Veos S.p.A., Edelweiss Energia S.p.A., Nuova Solmine S.p.A., Alea Energia S.p.A., Bkw Italia S.p.A., Ital Green Energy S.r.l., Egea Commerciale S.r.l., Bwk Hydro Italia S.R.L., Unigrà S.r.l., Suncity Energy S.r.l., Free Energia S.p.A., Poweflor S.r.l., Termica Colleferro S.p.A., Falck Next Energy S.r.l., Dxt Commodities Sa, Gestore Mercati Energetici S.p.A., Snowstorm S.r.l., Duferco Sviluppo Spa, Ep Commodities As, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Elettricità Futura – Unione delle Imprese Elettriche Italiane, e Utilitalia - Associazione delle Imprese Idriche Energetiche e Ambientali, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Ernesto Stajano ed Enrico Campagnano, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del primo in Milano, via Dogana, n. 3;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 28 giugno 2019 che ha approvato la disciplina del sistema di remunerazione della disponibilità di capacità produttiva di energia elettrica (cd. “Capacity Market”) e delle allegate discipline di prima attuazione e di piena attuazione del sistema di remunerazione della disponibilità di capacità

produttiva di energia elettrica elaborate da Terna S.p.A.;

- delle Disposizioni tecniche di funzionamento nn. 1 e 2, e relativi allegati, di cui

all'art. 2.1. della Disciplina, approvate dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) e dal Ministero dello Sviluppo Economico, e pubblicate da Terna S.p.A. sul proprio sito internet in data 3 settembre 2019;

- di ogni atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ivi compresi il Parere di ARERA del 27 giugno 2019, 281/2019/R/eel, le Deliberazioni di ARERA del 3 settembre 2019, nn. 363, 364, 365 e l'avviso di Terna relativo alle date di svolgimento delle procedure concorsuali del mercato della capacità per gli anni di consegna 2022 e 2023, pubblicato sul sito di Terna in data 5 settembre 2019.

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- dell'esito dell'Asta Madre del Mercato della Capacità per il periodo di consegna 2022, il cui resoconto è stato pubblicato da Terna – Rete Elettrica Nazionale S.p.A. (“Terna”) sul proprio sito internet in data 8 novembre 2019 e poi successivamente integrato in data 11 dicembre 2019;

- dell'esito dell'asta madre del Mercato della Capacità per il periodo di consegna 2023, il cui resoconto è stato pubblicato da Terna – Rete Elettrica Nazionale S.p.A. (“Terna”) sul proprio sito internet in data 2 dicembre 2019;

di ogni atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dello Sviluppo

Economico, dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, di Terna - Rete Elettrica Nazionale S.p.A. nonché delle società controinteressate Enel Produzione S.p.a., A2a S.p.A., Edison S.p.A., Eni S.p.A., Ep Produzione S.p.A., Iren Energia S.p.A.. Alperia Trading S.r.l., Erg Power Generation S.p.A. e Metaenergiaproduzione S.r.l.;

Visto l'atto di intervento *ad opponendum* di Elettricità Futura – Unione delle Imprese Elettriche Italiane e Utilitalia - Associazione delle Imprese Idriche Energetiche e Ambientali;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2024 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Le ricorrenti sono rispettivamente:

- Future Energy Sud Società Agricola S.r.l. e Future Energy Trinacria Società Agricola S.r.l., società che svolgono attività di produzione, distribuzione, trasformazione e vendita di energia elettrica prodotta da impianti per la produzione di energia da fonti solari realizzati su strutture aziendali agricole, comprese le serre;
- Associazione Italia Solare, associazione senza scopo di lucro di promozione sociale che promuove il settore fotovoltaico e la produzione di energia da fonti energetiche rinnovabili raccogliendo operatori del settore e semplici sostenitori della tecnologia fotovoltaica, e sostiene la difesa dell'ambiente e della salute umana supportando modalità intelligenti e sostenibili di produzione, stoccaggio, gestione e

distribuzione dell'energia attraverso la generazione distribuita da fonti rinnovabili, in particolare fotovoltaico.

1.2. La controversia oggetto del giudizio riguarda l'instaurazione del mercato italiano della capacità produttiva di energia elettrica, ed in particolare il sistema di remunerazione della stessa.

Per inquadrare da subito l'oggetto della vicenda, in estrema sintesi, va detto che il sistema di remunerazione della capacità produttiva assume le forme di un vero e proprio mercato (appunto, *Capacity Market* o mercato della capacità) nel quale viene negoziato il prezzo per l'approvvigionamento, in favore del gestore della rete (Terna S.p.A.), di un determinato quantitativo di capacità produttiva. Il valore "capacità produttiva" esprime il potenziale di produzione di energia elettrica che ciascun operatore è in grado di fornire (o meglio, di vendere) al sistema. Il *Capacity Market* ha dunque la funzione di assicurare "*il raggiungimento e il mantenimento dell'adeguatezza della capacità produttiva, al fine di garantire la copertura della domanda nazionale con i necessari margini di riserva*" (art. 1 co. 1 D.lgs. 379/2003).

Negli ultimi anni, infatti, si è registrata una consistente riduzione della capacità di generazione di energia elettrica programmabile disponibile per il sistema con una severa riduzione delle risorse necessarie a Terna per gestire in sicurezza il sistema anche nelle condizioni di maggior *stress* ossia quando si verificano condizioni meteo estreme (ondate di caldo o di freddo) e concomitante basso contributo dell'import di energia elettrica dai Paesi vicini.

La chiusura nel 2025 degli impianti a carbone, in base a quanto previsto dal Piano Nazionale Integrato Energia e Clima (PNIEC), comporterà un'ulteriore contrazione delle risorse programmabili utili al sistema e un

peggioramento delle condizioni di adeguatezza.

1.3. Per far fronte a tale situazione il D.lgs. n. 379/2003 ha introdotto il c.d. mercato della capacità, demandando all'Autorità di regolazione ARERA la competenza ad individuare i criteri e le condizioni sulla base dei quali Terna predispone una proposta di disciplina del sistema di remunerazione, basato su meccanismi concorrenziali, trasparenti, non discriminatori e non distorsivi per il mercato, orientati a minimizzare gli oneri per i consumatori, da applicarsi alle unità di produzione di nuova realizzazione, nonché al mantenimento, in esercizio efficiente, della capacità esistente. Lo stesso decreto legislativo prevede che il Ministero dello sviluppo economico (MISE) approvi, sentita ARERA, la proposta sottoposta da Terna.

1.4. L'Autorità, con Deliberazione 98/2011, tenuto conto degli esiti di numerose consultazioni pubbliche, ha stabilito i criteri e le condizioni per la disciplina del sistema di remunerazione della disponibilità di capacità produttiva di energia elettrica. Sulla base dei criteri fissati da ARERA, Terna, a valle di un ulteriore processo di consultazione pubblica, e delle verifiche positive di ARERA, ha predisposto e sottoposto una proposta finale al MISE.

1.5. Con il DM 30 giugno 2014 la proposta medesima è stata approvata, pur con alcune prescrizioni riguardanti in particolare la compatibilità del meccanismo con i vincoli derivanti dal processo di integrazione dei mercati europei, da un'effettiva apertura del meccanismo alla partecipazione della domanda e della generazione da fonti rinnovabili, e dalla minimizzazione dei costi per i consumatori.

1.6. A seguito dell'atto di indirizzo del MISE a Terna del 25 ottobre 2016, cui è seguita la presentazione di una nuova proposta di Disciplina

da parte di Terna, si è proceduto, in data 23 agosto 2017, alla notifica del Decreto 30 giugno 2014 alla Commissione europea, ai fini della verifica della compatibilità della misura con la concorrenza, ed in particolare con la disciplina sugli aiuti di stato. Parallelamente ARERA ha avviato una consultazione pubblica su alcuni orientamenti specifici riguardanti l'attuazione del mercato della capacità e i parametri tecnico-economici utilizzati.

1.7. La Commissione europea, con Decisione del 7 febbraio 2018, ha ritenuto la misura compatibile con il mercato interno, riconoscendo che il meccanismo di capacità proposto è uno strumento appropriato per affrontare i rischi in materia di sicurezza dell'approvvigionamento individuati dall'Italia e che la concezione del meccanismo risulta appropriata, tecnologicamente neutrale, in quanto aperto a tutti i tipi di fornitori di capacità, nuova ed esistente, compresi i sistemi di accumulo e i gestori della domanda e in quanto compensa solo la disponibilità. La stessa Decisione dà atto della necessità del meccanismo per la durata notificata (fino al 31 dicembre 2028), anche in considerazione del fatto che le altre misure prospettate non sono di per sé sufficienti a rimuovere i fallimenti del mercato (cfr. punti 133 e 147).

1.8. A seguito della Decisione della Commissione, Terna e ARERA hanno provveduto ad aggiornare rispettivamente la Delibera 98/2011 e la Disciplina di dettaglio al fine di tener conto degli esiti del processo di notifica.

La nuova disciplina è stata quindi sottoposta al MISE, previa consultazione pubblica da parte di Terna.

1.9. Nel mentre, è stato adottato il Regolamento del Consiglio e del Parlamento europeo 2019/943 del 5 giugno 2019 sul mercato interno

dell'energia elettrica, che ha stabilito, tra l'altro, le condizioni per la compatibilità dei meccanismi di remunerazione della capacità con il mercato interno dell'energia elettrica e ha introdotto specifici limiti emissivi di CO2 che i beneficiari dei meccanismi di remunerazione della capacità sono tenuti a rispettare, prevedendo che la remunerazione sia preclusa da subito alla capacità nuova che non rispetta i requisiti ambientali e al più tardi al 1° gennaio 2025 per la capacità esistente.

1.10. Nel frattempo ha preso avvio il processo di adozione del Piano Nazionale Integrato per l'energia e il clima (PNIEC), la cui proposta è stata sottoposta alla Commissione alla fine del 2018, e, a seguito delle valutazioni espresse dalla stessa, successivamente inviata nella versione finale. Il PNIEC è stato quindi adottato e pubblicato nel gennaio 2020.

1.11. Tenuto conto del nuovo Regolamento UE al tempo in corso di adozione, e in coerenza con le linee strategiche del PNIEC, il MISE ha ritenuto di anticipare l'implementazione delle previsioni del Regolamento in materia di limiti emissivi, affinché il mercato della capacità fornisca sin dalle prime aste segnali per gli investimenti, anche in termini di sviluppo di nuova capacità efficiente e sostenibile (non solo termoelettrica), coerentemente con gli obiettivi del PNIEC e con le esigenze di garanzia di adeguatezza derivanti dal processo di *phase out* dalla capacità a carbone al 2025.

1.12. Con l'atto di indirizzo dell'8 gennaio 2019 il Ministero ha aggiornato la disciplina del meccanismo di remunerazione della disponibilità di capacità di energia elettrica, affinché Terna provvedesse ad aggiornare a sua volta, nell'ambito della Disciplina, i requisiti di partecipazione, in modo da procedere tempestivamente alla notifica alla Commissione europea della modifica della misura.

1.13. In data 25 marzo 2019 il MISE ha, appunto, notificato alla Commissione europea, ai sensi dell'articolo 107 del TFUE, la proposta di modifica riguardante l'applicazione anticipata dei limiti emissivi.

1.14. La Commissione europea, con decisione 14 giugno 2019, ha ritenuto la modifica compatibile con le norme sugli aiuti di stato, valutando in termini positivi (cfr. punti 116, 117 e 118) la previsione di requisiti di partecipazione meno stringenti per la capacità nuova.

1.15. A valle della Decisione della Commissione, Terna ha presentato la proposta definitiva di Disciplina il 18 giugno 2019.

Con atto di indirizzo del 27 giugno 2019 il MISE ha fornito ad ARERA ulteriori indirizzi, al fine di rendere il parere richiesto dall'art. 2 comma 2 del D.lgs. n. 379/2003.

1.16. Con decreto 28 giugno 2019, acquisito il parere favorevole dell'Autorità, il Ministero ha approvato la Disciplina del sistema di remunerazione della disponibilità di capacità produttiva di energia elettrica, prevedendone l'entrata in funzione con le procedure concorsuali da tenersi entro il 2019, riferite agli anni di consegna 2022 e 2023.

2. Con il ricorso introduttivo indicato in epigrafe le ricorrenti hanno impugnato il predetto decreto ministeriale nonché le disposizioni tecniche adottate da ARERA unitamente al Parere dell'Autorità del 27 giugno 2019, 281/2019/R/eel, alle Deliberazioni di ARERA del 3 settembre 2019, nn. 363, 364, 365 e all'avviso di Terna relativo alle date di svolgimento delle procedure concorsuali del mercato della capacità per gli anni di consegna 2022 e 2023, pubblicato sul sito di Terna in data 5 settembre 2019.

Di tali provvedimenti hanno chiesto l'annullamento, previa tutela

cautelare.

2.1. Si sono costituiti in giudizio il Ministero dello Sviluppo Economico, ARERA e Terna, resistendo al ricorso di cui hanno contestato la fondatezza con separata memoria.

2.2. Alla camera di consiglio del 9 ottobre 2019, fissata per l'esame della domanda cautelare, le ricorrenti vi hanno rinunciato.

2.3. Nel frattempo nel mese di novembre 2019 hanno avuto luogo le prime Aste Madri per la selezione dei fornitori di capacità produttiva esistente e di nuova realizzazione sulla base delle rispettive CDP (Capacità Disponibili in Probabilità).

Terna ha pubblicato sul proprio sito il rendiconto degli esiti della prima Asta Madre per il periodo di consegna 2022, nonché, successivamente, quello per l'anno di consegna 2023.

2.4. Con ricorso per motivi aggiunti depositato il 10 gennaio 2020 le ricorrenti hanno impugnato gli esiti delle aste, per illegittimità derivata.

2.5. Si sono costituite in giudizio le società controinteressate indicate in epigrafe, quali soggetti assegnatari.

2.6. Hanno spiegato intervento *ad opponendum*, depositato il 24 gennaio 2020, Elettricità Futura – Unione delle Imprese Elettriche Italiane e Utilitalia - Associazione delle Imprese Idriche Energetiche e Ambientali.

2.7. Nel frattempo sono state incardinate dinanzi al Tribunale dell'Unione Europea, Sezione Prima, la Causa T-793/19, proposta da Tirreno Power s.p.a. e la Causa T-794/19, proposta da SET s.p.a., dirette ad ottenere l'annullamento della decisione C(2019) 4509 del 14 giugno 2019, con cui la Commissione europea, DG Concorrenza, ha deciso di non sollevare obiezioni nei confronti della "Modifica del Meccanismo di remunerazione della disponibilità di risorse per l'adeguatezza.

Introduzione di requisiti ambientali”, aiuto di Stato SA.53821 (2019/N), notificata dallo Stato Italiano in data 21 marzo 2019.

2.8. Con ordinanza n. 868 del 2 aprile 2021 questo Tribunale ha disposto la sospensione del giudizio *ex artt. 295 c.p.c. e 79 c.p.a.*, ravvisando “*un rapporto di pregiudizialità tra il presente giudizio e quello avanzato dinanzi al Tribunale UE, con la precisazione che quest’ultimo involge questioni in tema di aiuti di stato che sono evidentemente sottratte alla cognizione del giudice nazionale, ma che nella loro complessiva articolazione incidono sul procedimento cui afferiscono i provvedimenti ivi impugnati*”, e onerando le parti di chiedere la fissazione dell’udienza in prosecuzione una volta concluso il giudizio pendente dinanzi al Tribunale UE, nel rispetto dei termini previsti dall’art. 297 c.p.c.

2.9. Le cause T-793/19 e T-794/19 sono state definite in data 7 settembre 2022 dal Tribunale dell’UE, che ha respinto i ricorsi proposti.

2.10. In data 28 ottobre 2022 le ricorrenti hanno chiesto la fissazione dell’udienza per la prosecuzione del giudizio.

2.11. Le parti hanno depositato corposi scritti difensivi. In particolare le Autorità resistenti e le controinteressate hanno sviluppato difese in rito (deducendo l’inammissibilità e l’improcedibilità dei ricorsi sotto diversi profili) e nel merito, cui hanno replicato le ricorrenti, eccependo a loro volta l’inammissibilità dell’intervento *ad opponendum*.

2.12. Indi la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione all’udienza pubblica del 6 marzo 2024.

3. Il ricorso introduttivo è affidato ai motivi di gravame di seguito sintetizzati:

I) violazione di legge per mancata applicazione della l. 28 novembre 2005, n. 246, e del D.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169; eccesso di

potere per difetto d'istruttoria: il decreto impugnato sarebbe viziato dalla mancata applicazione della disciplina sull'Analisi di Impatto della Regolamentazione (AIR), di cui all'art. 14 della L. 28 novembre 2005, n. 246 e al regolamento adottato con D.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169. Posto che il Decreto ministeriale sul *Capacity Market* costituirebbe un atto del Governo a contenuto normativo, avrebbe dovuto essere sottoposto all'AIR, o comunque ad una consultazione formale con i soggetti destinatari dell'intervento;

II) sviamento di potere; violazione dei principi di logicità e ragionevolezza; violazione dell'art. 194 TFUE; violazione della comunicazione della commissione europea sulla disciplina in materia di aiuti di stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020; violazione dell'articolo 107 TFUE: i provvedimenti gravati sarebbero inficiati da una manifesta contraddizione e sproporzione tra i presupposti a base e la durata/i riflessi delle misure assunte.

Il *Capacity Market* muove da due presupposti: il fine perseguito, ovvero quello di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico; e una valutazione di convenienza attuale, per cui alcune fonti, per la loro costanza di produzione, risultano complessivamente più convenienti di altre (quelle solari, in particolare), le quali sono invece necessariamente non costanti e richiedono meccanismi di stoccaggio che, sommati ai costi di produzione, risultano complessivamente più onerosi. Sennonché il secondo presupposto risulterebbe ancorato alla situazione odierna, ma destinato ad essere superato in breve tempo. La tecnologia degli stoccaggi, in rapidissimo sviluppo, starebbe infatti già determinando una contrazione dei costi, che determinerà una complessiva convenienza delle fonti "discontinue" rispetto a quelle tradizionali.

Ciononostante, i provvedimenti qui gravati, nel loro complesso, produrrebbero effetti favorevoli proprio per talune misure tradizionali, per un periodo di tempo ingiustificatamente lungo. Tali provvedimenti, infatti, disegnano una diversa durata del contratto prevista per le unità di produzione esistenti e per quelle definite in termini di “nuove” (tra cui, a mente dell’art. 2 co. 1 lett. iii della Disciplina, rientrano anche gli impianti in via di rifacimento). Per le unità esistenti, a mente dell’art. 23 della Disciplina, le aste indette da Terna hanno ad oggetto un periodo di consegna pari a un anno; tuttavia, l’art. 8 consente alle unità di produzione nuova di stipulare contratti della durata di 15 anni per la fornitura della capacità produttiva nuova selezionata in sede d’asta. Detta previsione, se confrontata con lo stato tecnologico attuale degli impianti sarebbe irragionevole. Si sarebbe in una fase storica in cui la produzione “programmabile” di energia da nuovi impianti turbogas ha ancora un costo inferiore rispetto alla produzione da impianti alimentati da fonte rinnovabile accoppiati ad impianti di accumulo. Sicché, verosimilmente, saranno quasi esclusivamente nuovi impianti turbogas a fare offerte per la nuova capacità.

Sarebbe oggi irragionevole garantire massicci incentivi (per i prossimi 15 - 13 - anni) a costruire impianti con le vecchie tecnologie per ottenere un risultato che, nel breve periodo, verrebbe garantito da tecnologie meno inquinanti a un prezzo inferiore. Tanto più che i nuovi impianti a gas incentivati dal *Capacity Market* da una parte, potranno beneficiare per 15 anni degli incentivi del mercato della capacità; dall’altra parte, con la loro capacità di produzione (di fatto calmierata in offerta al prezzo di esercizio) andranno per 15 anni ad alterare i segnali di mercato nelle ore di scarsità, pregiudicando la capacità di operare sul mercato di quegli

strumenti come gli stoccaggi che basano il loro ritorno sulla riallocazione efficiente dell'energia fra ore di eccesso di offerta e ore di eccesso di domanda.

Infine, il provvedimento gravato sarebbe contraddittorio, laddove, da un lato richiamerebbe nelle premesse gli obiettivi di protezione ambientale, la promozione del processo di decarbonizzazione e la volontà di assicurare la partecipazione delle fonti rinnovabili al mercato (anche alla luce del Regolamento europeo del 5 giugno 2019); dall'altro lato, introdurrebbe una disciplina fortemente penalizzante per le fonti rinnovabili: direttamente, in relazione alla determinazione dei corrispettivi e dei tassi di de-rating, e indirettamente, favorendo il recupero e la partecipazione al mercato degli impianti a combustibile fossile esistenti e di nuova costruzione;

III) eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto; violazione dell'articolo 107 TFUE:

secondo quanto affermato dalla Commissione Europea nel 2014 il mercato della capacità potrebbe essere attuato solo ove vi sia una effettiva necessità del meccanismo, che deve risultare indispensabile in assenza di alternative meno impattanti in termini di supporto alle fonti fossili. L'impugnato decreto di approvazione del meccanismo mancherebbe di motivazione in questo senso;

IV) eccesso di potere per violazione dei principi di proporzionalità, logicità, ragionevolezza: ai sensi dell'art. 21 del Regolamento europeo del 5 giugno 2019, n. 943, gli Stati membri potrebbero “*in ultima istanza*” introdurre meccanismi di capacità al fine di risolvere le preoccupazioni in materia di adeguatezza delle risorse, sicchè il meccanismo non potrebbe essere ragionevolmente introdotto

contemporaneamente a una serie di riforme di mercato, ovvero prima che di tali riforme sia stata valutata l'efficacia al raggiungimento di un adeguato livello di capacità produttiva del sistema. Ad oggi, la partecipazione della domanda e della generazione distribuita ai servizi di sicurezza della rete sarebbe garantita solo da una normativa di carattere temporaneo che (per la sua natura transitoria) non starebbe veicolando investimenti, ma solo raccogliendo in modo residuale le potenzialità derivanti dagli investimenti già effettuati (Cfr. Delibere 300/2017 e 422/2018 di ARERA);

VI) eccesso di potere per violazione del principio di ragionevolezza: sarebbe irragionevole il breve termine concesso per la presentazione delle istanze di partecipazione al *Capacity Market* agli operatori, che avrebbero avuto soltanto pochi giorni per valutare l'effettivo funzionamento del meccanismo, adeguare la loro posizione nei confronti dei requisiti richiesti, e giudicare la fattibilità e la convenienza della partecipazione;

VII) illegittimità derivata dei provvedimenti di ARERA: i provvedimenti dell'Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente impugnati, avendo contenuto meramente ricognitorio risentirebbero dei profili di illegittimità dedotti con riferimento al Decreto ministeriale e agli atti di Terna.

4. Prima di esaminare nel merito i motivi di gravame vanno scrutinate le eccezioni in rito sollevate dalle difese delle società controinteressate e da Terna.

4.1. *In primis* è stato eccepito il difetto di legittimazione in capo all'associazione ricorrente.

Ad avviso del Collegio l'eccezione è fondata.

Va premesso, sotto un profilo generale, che il sistema di tutela giurisdizionale amministrativa ha il carattere di giurisdizione soggettiva e non di difesa dell'oggettiva legittimità dell'azione amministrativa, alla stregua di un'azione popolare, e non ammette, pertanto, un ampliamento della legittimazione attiva al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge.

Con riguardo al tema della legittimazione per la tutela giurisdizionale di interessi collettivi espressi da soggetti esponenziali, quali le associazioni di categoria e gli ordini professionali, la legittimazione ad agire è riconosciuta a tutela dell'interesse collettivo riferibile alla categoria unitariamente intesa, e non già a protezione dell'interesse particolaristico del singolo soggetto che vi appartiene.

Si tratta di quei soggetti che hanno come fine statutario la tutela di interessi collettivi, ovvero interessi comuni a più soggetti che si associano come gruppo o come categoria per realizzare i fini del gruppo stesso. Tali enti si distinguono tanto dai singoli associati quanto dalla comunità generale. L'interesse collettivo, dunque, deve essere un interesse riferibile al gruppo in sé, che, da parte sua, non può avere una dimensione occasionale.

In tale prospettiva, l'interesse sostanziale del singolo, inteso quale componente individuale del più ampio interesse diffuso, non assurge ad una situazione sostanziale "personale" suscettibile di tutela giurisdizionale.

L'interesse diffuso concreta un interesse sostanziale che eccede la sfera dei singoli per assumere una connotazione condivisa e non esclusiva, quale interesse "di tutti" in relazione ad un bene dal cui godimento individuale nessuno può essere escluso, ed il cui godimento non esclude

quello di tutti gli altri; è solo proiettato nella dimensione collettiva che l'interesse diviene suscettibile di tutela, quale sintesi e non sommatoria dell'interesse di tutti gli appartenenti alla collettività o alla categoria, e che dunque si dota della protezione propria dell'interesse legittimo.

Ne consegue che, secondo un consolidato orientamento, nel processo amministrativo per la legittimazione attiva di associazioni rappresentative di interessi collettivi è necessario che: a) la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati; b) l'interesse tutelato con l'azione giurisdizionale sia comune a tutti gli associati, sì che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio; restando, infine, preclusa ogni iniziativa giurisdizionale sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi, occorrendo un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 8 settembre 2023, n.8223).

4.1.1. Ciò premesso, con l'atto introduttivo del giudizio l'Associazione Italia Solare ha dichiarato di essere un'associazione di promozione sociale che promuove il settore fotovoltaico e la produzione di energia da fonti energetiche rinnovabili raccogliendo operatori del settore e

semplici sostenitori della tecnologia fotovoltaica.

Non ha prodotto in giudizio il proprio Statuto né ha prodotto in giudizio l'elenco dei propri associati.

Ha poi notificato il ricorso per motivi aggiunti ad un rilevante numero di soggetti controinteressati, quali partecipanti alle aste madri e risultati aggiudicatari (si vedano docc. 35 e 37 del fascicolo di ARERA). Tra questi sono comprese diverse società che, sulla base di quanto riportato nel sito internet dell'Associazione Italia Solare, sono sue associate, e segnatamente Sorgenia S.p.A., Axpo Italia S.p.A., Hera Trading S.r.l., e Suncity Energy S.r.l.

Appare in concreto dimostrata l'eterogeneità delle posizioni assunte dall'associazione ricorrente e da alcune imprese aderenti alla stessa e, in ultima analisi, il conflitto di interessi tra l'associazione e alcuni dei suoi iscritti.

Come già rilevato le associazioni di categoria sono legittimate ad impugnare unicamente i provvedimenti che ledono le prerogative delle categorie di cui le singole associazioni sono enti esponenziali, laddove facciano valere interessi omogenei degli iscritti, e quindi con l'unico limite dell'assenza di un conflitto di interessi fra singoli iscritti o fra gruppi di iscritti (cfr. T.A.R. Lazio - Roma, sez. III 1° febbraio 2019, n. 1295; T.A.R. Lecce sez. II 17 novembre 2014 n. 2802; Consiglio di Stato, sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 686), come invece risulta palese nel caso di specie. L'ipotesi di conflitto di interessi, infatti, secondo la costante giurisprudenza amministrativa, priva di legittimazione gli enti collettivi (cfr. tra le altre Cons. Stato, Ad. plen. 2 novembre 2015, n. 9).

4.1.2. Tale circostanza porta inevitabilmente all'inammissibilità dei ricorsi proposti dall'Associazione Italia Solare.

4.2. E' stata inoltre eccepita l'improcedibilità del ricorso in relazione alle società Future Energy Sud e Future Energy Trinacria per non avere partecipato alle aste.

L'eccezione non è condivisibile.

Rilevato che gli esiti delle aste sono stati impugnati dalle ricorrenti con il ricorso per motivi aggiunti, il Collegio osserva che con l'atto introduttivo del giudizio le due società hanno contestato l'impianto generale del mercato della capacità, in quanto, per la sua architettura, secondo l'impostazione impugnatoria, il sistema determinerebbe discriminazioni e restrizioni in sfavore delle fonti di produzione rinnovabili.

Si tratta di censure che attengono al merito della controversia, dovendosi quindi ritenere il ricorso ammissibile e procedibile quanto alle società ricorrenti.

4.3. E' stata altresì eccepita l'improcedibilità dei ricorsi per l'intervenuta decisione del Tribunale dell'Unione Europea.

Anche tale eccezione non è fondata.

Il procedimento esperito dinanzi al Tribunale UE ha riguardato questioni in tema di aiuti di stato che, come peraltro precisato nell'ordinanza di questo Tribunale n. 868/2021 di sospensione del giudizio, sono evidentemente sottratte alla cognizione del giudice nazionale. Le questioni ivi trattate incidono sul presente giudizio in termini di merito della *res controversa*, ma non ridondano sotto il profilo della procedibilità dell'azione proposta.

4.4. Infine le società ricorrenti hanno eccepito l'inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* spiegato dalle associazioni Eletticità Futura – Unione delle Imprese Elettriche Italiane, Utilitalia -

Associazione delle Imprese Idriche Energetiche e Ambientali, in quanto non supportato né dalla rappresentazione di posizioni giuridiche soggettive proprie delle associazioni e diverse da quelle della generalità dei consociati né dall'allegazione di un concreto e oggettivo rischio di danno, che potrebbe discendere alle associazioni dall'accoglimento del ricorso.

L'eccezione, ad avviso del Collegio, non è fondata.

Nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 28, comma 2, c.p.a., chiunque non sia parte, ma vi abbia interesse, può intervenire in giudizio, lasciando così intendere che sia sufficiente che l'interveniente vanti un interesse derivato o dipendente da quello fatto valere dalla parte principale; in ogni caso, la facoltà di intervento richiede la titolarità di una situazione qualificata la quale - per quanto attiene all'intervento *ad opponendum* - necessariamente presuppone un oggettivo e concreto interesse in capo al terzo a contrastare il ricorso e a conseguire il rigetto, il quale può essere collegato a quello dell'Amministrazione resistente o di qualche controinteressato già costituito in giudizio, ma anche autonomo, poiché connesso al mantenimento dell'atto e (o) provvedimento gravato; in particolare, l'intervento *ad opponendum* deve ritenersi ammissibile ogni qualvolta il soggetto interveniente vanti un interesse, ancorché di mero fatto, mediato e riflesso, al mantenimento della situazione giuridica creata dal provvedimento impugnato (cfr. *ex plurimis* T.A.R. Lazio - Roma, sez. V, 5 luglio 2023, n.11302).

Nel caso di specie il ricorso proposto è diretto a contestare in radice il meccanismo del *Capacity market*, sul presupposto che determini effetti discriminatori a danno degli operatori che producono energia da fonti rinnovabili. A fronte di tale impostazione impugnatoria, l'intervento

delle due Associazioni di categoria è volto a mantenere gli effetti di provvedimenti che hanno confermato l'introduzione, accanto al mercato dell'energia, di un mercato della capacità, con la previsione di incentivi e, in ultima analisi, di redditività dello stesso. Appare evidente quindi l'interesse delle associazioni a mantenere tale assetto.

5. Il Collegio passa quindi a scrutinare nel merito i mezzi di gravame sollevati dalle società ricorrenti che, si anticipano, sono infondati.

6. Con il primo motivo di ricorso le ricorrenti hanno censurato la mancata sottoposizione del decreto impugnato all'Analisi di Impatto della Regolamentazione (AIR), di cui all'art. 14 della L. 28 novembre 2005, n. 246 e al DPCM 15 settembre 2017 n. 169.

Il motivo non è fondato.

Ai sensi delle disposizioni richiamate la disciplina dell'AIR si applica agli atti normativi del Governo, compresi gli atti normativi adottati dai singoli Ministri, i provvedimenti normativi interministeriali e i disegni di legge di iniziativa governativa (cfr. art. 5 del DPCM citato).

6.1. Il decreto ministeriale 28 giugno 2019 non ha natura normativa.

6.1.1. Sotto un profilo formale va rilevato che ai sensi dell'art. 17 della L. n. 400/1988 i regolamenti ministeriali, che possono essere adottati *“quando la legge espressamente conferisca tale potere”* (cfr. comma 3) *“devono recare la denominazione di "regolamento", sono adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale”* (cfr. comma 4).

Il decreto ministeriale impugnato non è stato adottato seguendo il procedimento sopra ricordato né trova in una disposizione espressa di legge il potere con lo stesso esercitato.

6.1.2. Sotto un profilo sostanziale i regolamenti sono espressione di una potestà normativa attribuita all'Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono.

Il Collegio osserva che il decreto ministeriale impugnato disciplina il sistema di remunerazione della disponibilità di capacità produttiva di energia elettrica, che, si specifica, *“entra in funzione con le procedure concorsuali da tenersi entro il 2019 e riferite agli anni di consegna 2022 e 2023”*, dunque ha un'efficacia limitata ad un periodo determinato e con riferimento a procedimenti concorsuali altrettanto determinati.

Inoltre il provvedimento del Ministero ha come destinatari soggetti indeterminabili a priori ma determinabili certamente a posteriori.

6.2. Si tratta quindi di un atto amministrativo generale e come tale non soggetto all'AIR.

6.3. in relazione all'ulteriore motivo di censura, deve evidenziarsi che il complesso e articolato procedimento che ha portato all'adozione della delibera ARERA n. 98/2011, del decreto ministeriale 30 giugno 2014, delle successive modifiche apportate con le ulteriori deliberazioni dell'Autorità e, infine del decreto ministeriale 28 giugno 2019 si è svolto (vedi meglio quanto si dirà *infra*) attraverso numerose fasi di consultazione sia in sede nazionale sia in sede europea cui hanno potuto partecipare operatori del settore e associazioni di categoria, compresa anche la Associazione Italia Solare, sicchè la doglianza sollevata si

presenta prima di tutto smentita in fatto.

7. Il secondo, terzo e quarto mezzo di gravame possono essere esaminati congiuntamente, in quanto intimamente connessi.

Le ricorrenti contestano sotto vari profili sia il *capacity market* in sé considerato, che dovrebbe rappresentare, a loro dire, uno strumento di ultima istanza, sia le modalità attuative concretamente poste in essere, quanto alla differente disciplina prevista per unità esistenti e unità di nuova produzione tanto in relazione alla durata dei contratti quanto alla valorizzazione del premio massimo.

7.1. Ritiene opportuno il Collegio premettere alcuni riferimenti normativi e di *ratio* del sistema.

L'adeguatezza della capacità produttiva di energia elettrica è la capacità strutturale del sistema di soddisfare il fabbisogno di energia elettrica nel rispetto di prefissati livelli di sicurezza e di qualità, al fine di garantire la copertura della domanda nazionale con i necessari margini di riserva.

7.2. Per perseguire tale obiettivo il legislatore, con il decreto legislativo 19 dicembre 2003, n. 379, ha previsto l'adozione di un sistema di remunerazione della capacità di produzione elettrica basato su meccanismi concorrenziali, trasparenti, non discriminatori per il mercato, orientato a minimizzare gli oneri per i consumatori, con la funzione di assicurare il raggiungimento e il mantenimento dell'adeguatezza della capacità produttiva, al fine di garantire il funzionamento in sicurezza del sistema elettrico (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 379/2003).

Ai sensi dell'articolo 2, comma 1, del d.lgs. n. 379/03, all'Autorità è affidato il compito di definire i criteri e le condizioni secondo cui il Gestore della rete di trasmissione nazionale (Terna S.p.A.) elabora una

proposta per disciplinare il suddetto sistema di remunerazione, approvato con decreto del Ministero delle Attività produttive, ora Ministero dello Sviluppo economico.

In attuazione di quanto previsto dall'art. 2 del d.lgs. n. 379/2003, l'Autorità, con il documento di consultazione 18 marzo 2005, ha avviato un procedimento di consultazione per individuare i criteri e le condizioni per la disciplina del sistema di remunerazione della potenza, integrato con i successivi documenti di consultazione 6 agosto 2008, DCO 27/08, 7 maggio 2009, DCO 10/09 e 23

aprile 2010, DCO 9/10, che hanno tenuto conto delle osservazioni presentate, nel corso del procedimento, dagli operatori. Il procedimento di consultazione ha avuto termine con il documento 15 novembre 2010, DCO 38/10.

7.3. All'esito di tale fase, l'Autorità ha adottato la delibera 21 luglio 2011, ARG/elt 98/11, con cui sono stati dettati i criteri e le condizioni per la disciplina del sistema di remunerazione della potenza (Allegato A alla delibera ARG/elt 98/11), in particolare, definendo:

- le procedure concorsuali di approvvigionamento della capacità produttiva, attraverso aste la cui partecipazione è a base volontaria (art. 10);
- i diritti e obblighi derivanti dalla sottoscrizione, da parte dei soggetti selezionati in esito alle aste, dei contratti di approvvigionamento standard con Terna S.p.A. (artt. 6-7);
- il prezzo di riferimento pari al prezzo di mercato; il prezzo di esercizio, pari al costo variabile standard orario di un impianto appartenente ad una tecnologia di punta (artt. 8-9).

La proposta di disciplina predisposta da Terna, previa consultazione

pubblica, sulla base dei criteri stabiliti dalla delibera ARG/elt 98/11, è stata positivamente verificata dall’Autorità con delibera 375/2013/R/eel, ed è stata approvata dal Ministero dello Sviluppo Economico con decreto 30 giugno 2014, previo parere favorevole di ARERA 30 giugno 2014, n.319/2014/I/EEL.

Si è introdotto, così, un mercato a termine della capacità di generazione dell’energia elettrica, che si svolge attraverso procedure concorsuali e si aggiunge a quello dell’energia, costituito dal mercato del giorno prima (MGP) e dal mercato infragiornaliero (MI), e a quello, in tempo reale, per l’approvvigionamento delle risorse per il dispacciamento (MSD), che si prefigge di garantire la sicurezza dell’approvvigionamento, sviluppando o mantenendo una capacità sufficiente, tenendo conto dei vincoli di rete e fornendo segnali di prezzo locazionali per gli investimenti.

La misura mira a porre rimedio ai fallimenti del mercato che permangono anche dopo l’attuazione di una serie di riforme.

Il modello di *capacity market* disciplinato dalla delibera ARG/elt 98/11 è quello tuttora in vigore. 7.4. Con la decisione del 7 febbraio 2018 C(2018) 617, la Commissione ha dichiarato il meccanismo di capacità italiano compatibile con la disciplina eurounitaria in materia di aiuti di stato.

E’ utile, ai fini della decisione della presente controversia, ricordare alcune valutazioni espresse dalla Commissione:

- “...*si può concludere che il meccanismo di capacità contribuisce al raggiungimento di un obiettivo ben definito di interesse comune*”
- “*l’Italia ha dimostrato l’esistenza di carenze del mercato (cfr. la precedente sezione 2.1.2) e in particolare che la capacità risentirebbe*

della mancanza di guadagni ("missing money problem") nel caso in cui dovesse contare unicamente sui proventi del mercato dell'energia elettrica”.

- “In considerazione delle prove apportate in relazione ai fallimenti del mercato, la Commissione concorda sul fatto che un meccanismo di capacità possa essere un efficace strumento per ridurre l'incertezza tra gli investitori in merito al rendimento e per inviare segnali di investimento differenziati per località.

Per i motivi suddetti, la Commissione ritiene che il meccanismo sia necessario per la durata notificata”

- “In questo contesto un meccanismo di capacità può costituire uno strumento efficace per affrontare i problemi di adeguatezza della capacità di produzione”.

- “tutti i tipi di produttori possono partecipare al meccanismo, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata per produrre energia elettrica. Al meccanismo possono partecipare anche i gestori della domanda e dell'accumulo”.

- “Le regole del meccanismo forniscono inoltre adeguati incentivi a tutti i potenziali fornitori di capacità. Questo vale per le nuove capacità di produzione, i nuovi operatori di gestione della domanda e la nuova capacità estera.

I produttori di capacità future possono partecipare al meccanismo. Inoltre, quando i costi di investimento raggiungono un determinato livello..., le nuove capacità possono beneficiare di contratti della durata di quindici anni. In mancanza di tali contratti, i progetti ad alta intensità di capitale sarebbero esposti a rischi di investimento molto più alti e non sarebbero competitivi all'asta. I contratti a lungo termine non

aumentano la remunerazione complessiva di questi progetti, ma aumentano la prevedibilità delle loro entrate future. L'introduzione di contratti a lungo termine può quindi agevolare il finanziamento di progetti ad alta intensità di capitale, riducendo i premi di rischio richiesti dagli investitori e favorendo così l'apporto di fondi esterni. Ciò, a sua volta, agevolerà la partecipazione dei progetti all'asta, contribuendo a creare condizioni di parità tra progetti a diversa intensità di capitale (alta o meno alta)''.

7.5. Successivamente, con la delibera 11 aprile 2018, 261/2018/R/eel, l'Autorità ha integrato la delibera ARG/elt 98/11, al fine di adeguare i criteri e la disciplina del mercato della capacità agli indirizzi ministeriali e agli impegni assunti dallo Stato italiano con la Commissione europea in relazione al mercato della capacità, prevedendo, in particolare, per quanto qui di interesse:

- il superamento del premio minimo riconoscibile alla capacità esistente e l'introduzione di opzioni alternative, quali la previsione di contratti con periodi di consegna pluriennali per gli investimenti in nuova capacità, introducendo, al contempo, il concetto di soglia minima di investimento richiesto dalla Commissione (pag. 9 della delibera; art. 6.6 e art. 12.1, lettera c) dell'Allegato A);
- l'inclusione nel concetto di capacità produttiva nuova anche la capacità esistente oggetto di significativi interventi di rinnovamento; introdurre il concetto di capacità produttiva da adeguare, che è una forma di capacità produttiva esistente caratterizzata dal fatto di essere assoggettata a provvedimenti disposti dalle competenti autorità che prevedono l'adeguamento a prefissati standard; questa capacità è intermedia tra la capacità produttiva nuova e la pura capacità produttiva esistente, in

quanto, in relazione al periodo di consegna, può essere oggetto soltanto dei contratti dedicati alla capacità produttiva esistente e, rispetto al premio massimo, è equiparata a capacità produttiva nuova, in modo da agevolare l'implementazione dei relativi progetti di adeguamento (pag. 12; art. 3 dell'Allegato A).

7.6. La proposta di Piano nazionale integrato per l'energia e per il clima (PNIEC), del Ministero dello Sviluppo Economico, del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del 31 dicembre 2018, ha previsto che l'avvio del mercato della capacità nel 2019 sia coerente con il processo di decarbonizzazione del settore.

Nel corso del mese di marzo 2019, il Ministero dello Sviluppo economico, in linea con la proposta del PINEC, ha notificato alla Commissione europea le modifiche al mercato della capacità con riferimento ai requisiti ambientali e autorizzativi per la partecipazione alle aste.

7.7. Con la decisione del 14 giugno 2019 C(2019) 4509, la Commissione europea ha autorizzato le suddette modifiche, peraltro prendendo espressamente posizione (si veda il punto 4.4.9) in relazione alle osservazioni presentate proprio dall'Associazione Italia Solare, concludendo nel senso che il mercato della capacità italiano non è penalizzante né discriminatorio per la partecipazione delle fonti rinnovabili.

La Commissione ha altresì rilevato che le modifiche notificate non cambiassero gli elementi presi in considerazione al fine di giungere alla conclusione formulata nella decisione del 2018, secondo la quale la misura è compatibile con il mercato interno. Ai punti 38 e 39 della

decisione del 2019 la Commissione ha riassunto le principali modifiche notificate dalla Repubblica italiana, indicando che esse consistono nel fissare dei limiti in materia di emissioni di CO₂ quale condizione preliminare alla partecipazione al mercato della capacità, nel fissare un termine di esecuzione di

almeno due anni per la prima asta, nonché nell'ampliare le condizioni di ammissibilità per le capacità nuove, restando immutate le altre caratteristiche del mercato della capacità.

7.8. Quindi con il decreto 28 giugno 2019, il Ministro dello Sviluppo economico ha approvato la proposta di disciplina di prima e piena attuazione del mercato della capacità, integrata con le modifiche predette.

7.9. Come sopra già esposto, contro la decisione della Commissione del 2019 alcuni operatori hanno proposto ricorso avanti al Tribunale dell'Unione Europea, che, tuttavia, ha respinto la domanda di annullamento.

Alcuni profili esaminati dal Tribunale dell'Unione appaiono rilevanti per lo scrutinio dei motivi di gravame proposti con il ricorso introduttivo.

Il Tribunale in particolare ha osservato che *“la questione della durata dei contratti che possono essere conclusi dalle capacità nuove nell'ambito del mercato della capacità italiano è stata esaminata dalla Commissione nella decisione del 2018. In sostanza, detta istituzione ha considerato nella decisione citata che, per quanto riguardava sia la fase di prima attuazione del suddetto mercato sia la fase di piena attuazione del medesimo, se e in quanto i loro costi di investimento avessero raggiunto una certa soglia, le capacità nuove avrebbero potuto concludere contratti di quindici anni”*, rilevando che la lunga durata di

tali contratti avrebbero permesso di lottare contro il rafforzamento di potenziali posizioni dominanti sul mercato: *“Orbene, la durata in questione è stata mantenuta, nell’ambito del mercato della capacità italiano modificato, fino a un massimo di quindici anni”*.

Il Tribunale ha osservato altresì che l’obiettivo di interesse comune dell’adeguatezza delle capacità di produzione non è stato sostituito da un obiettivo di transizione energetica, bensì è rimasto intatto pur integrando quest’ultimo. E ancora ha rilevato come non vi sia evidenza che gli operatori le cui unità di produzione funzionanti a carbone saranno escluse dal mercato della capacità italiano modificato le sostituirebbero necessariamente con unità di produzione partecipanti a titolo di capacità nuova non autorizzata, posto che tutti gli altri operatori del mercato dell’elettricità beneficino della medesima possibilità di partecipare alle aste come capacità nuove non autorizzate. In altri termini, precisa il Tribunale, non è dimostrato che il mercato della capacità italiano è stato modificato per avvantaggiare gli operatori storici, anziché al fine di realizzare l’obiettivo perseguito dal suddetto mercato della capacità.

7.10. Premesso quanto sopra, a margine del rilievo per cui le censure dedotte con i motivi dal II al IV del ricorso introduttivo si dirigono contro profili che non sono stati modificati con il decreto ministeriale del 2019 e che sono connaturati all’impianto di cui alla delibera di ARERA 98/2011, non tempestivamente contestato dalle società ricorrenti, il Collegio non può non osservare che la “logica” che muove l’impugnazione proposta impinge fortemente nel merito di valutazioni proprie dei soggetti competenti, intendendosi come tali sia ARERA sia il Ministero sia Terna.

In altri termini le ricorrenti – nell’articolare i motivi di gravame –

sottendono un approccio diverso al tema del mercato della capacità e, più in generale, al tema della politica energetica, proponendo – invero in termini piuttosto generici – un modello fortemente teso verso l'utilizzo di fonti rinnovabili, con una evidente ingerenza nel terreno coperto da riserva di amministrazione.

L'infondatezza dei motivi sconta tale approccio, volto a contestare scelte di merito, peraltro ormai inoppugnabili.

Va peraltro osservato, sempre in termini generali, che, come sopra già rilevato, il mercato della capacità mira ad assicurare il raggiungimento e il mantenimento dell'adeguatezza della capacità produttiva, al fine di garantire il funzionamento del sistema elettrico in sicurezza.

Sotto tale profilo la produzione di energia elettrica derivante da fonti rinnovabili risulta scarsamente programmabile, o addirittura non programmabile del tutto sicchè risulta ragionevole, posta la finalità del *capacity market*, un'impostazione che miri a salvaguardare una capacità di produzione da impianti alimentati da fonti tradizionali, purché essi siano a basso impatto ambientale, programmabili e in grado di intervenire in tempi molto ravvicinati.

E ciò anche tenuto conto che l'architettura del mercato della capacità non esclude nessuna tipologia di impianto sotto il profilo tecnologico, come rilevato dalla Commissione europea fin dalla decisione del 2018: il meccanismo di capacità è un regime tecnologicamente neutrale aperto a tutti i potenziali fornitori di capacità.

Quanto sopra considerato porta a ritenere infondato l'assunto delle ricorrenti secondo cui il D.M. 28 giugno 2019 istituirebbe un sistema a sostegno delle unità di produzione di energia elettrica di tipo tradizionale, più inquinanti, ponendosi in contrasto con gli obiettivi

e le raccomandazioni ricevute dall'Unione Europea.

Si tratta di una deduzione che, oltre a non trovare alcun fondamento nell'impianto del sistema, non risulta neppure suffragata da idonei elementi probanti.

Ad ogni buon conto va osservato che, come riconosciuto in sede europea, la previsione della differente durata dei contratti di approvvigionamento per la capacità esistente e per la capacità nuova – peraltro già prevista nell'art. 6.6 dell'allegato A alla delibera ARG/elt 98/11, non oggetto del presente giudizio né in altra sede contestata dalle ricorrenti – è del tutto ragionevole se si considera che la capacità nuova implica un investimento che invece, per la capacità esistente è già stato sostenuto e ammortizzato almeno in parte e conseguentemente la maggiore durata dei contratti della prima consente di garantire la remunerazione di nuovi investimenti. Va aggiunto che la maggiore durata dei contratti per la capacità nuova (15 anni) è consentita solo laddove i costi di investimento raggiungano un determinato livello.

Parimenti ragionevole è la previsione che differenzia il valore massimo del premio riconoscibile alla capacità esistente, di 33.000 €/MW/anno, rispetto a quello riconoscibile alla capacità nuova, di 75.000 €/MW/anno. Come motivato nel documento di consultazione 592/2017/R/eel il differente valore massimo del premio è volto a tutelare i consumatori dal rischio di esercizio di potere di mercato da parte dei soggetti che dispongono di capacità esistente. Come riconosciuto dalla Commissione nella decisione del 2018 *“i massimali di prezzo rappresentano il giusto equilibrio tra, da un lato, la prevenzione dell'abuso di potere di mercato e, dall'altro, la garanzia di un aiuto ragionevole e proporzionato”*.

Il secondo motivo del ricorso introduttivo va quindi rigettato.

7.11. Parimenti infondati sono il terzo e quarto motivo di gravame.

Al netto della inammissibile contestazione diretta contro il mercato della capacità in sé considerato, la compatibilità del meccanismo con il processo di transizione energetica è stata positivamente vagliata in sede europea.

Inoltre va osservato che le modifiche apportate con il decreto ministeriale impugnato e i conseguenti provvedimenti di ARERA sono state proprio determinate dalla necessità di tener conto dell'entrata in vigore del Regolamento 2019/943/UE e dei limiti di emissione di CO₂ ivi previsti.

In ogni caso, va rilevato che a fronte dell'ineludibile e complesso processo di transizione energetica, non può non essere nel contempo garantito un adeguato livello di sicurezza e di qualità del mercato dell'energia elettrica, assicurato appunto dal mercato della capacità, come già positivamente vagliato in sede europea.

In altri termini l'assunto delle ricorrenti muove da un presupposto errato e non dimostrato, ovvero che il mercato della capacità così come costruito a livello nazionale e assentito in sede europea sia incompatibile o, comunque, alternativo, con il processo di transizione energetica. La tesi delle ricorrenti non può che essere recessiva rispetto alla complessità dei fenomeni da disciplinare e rispetto alle acclamate carenze del mercato dell'energia elettrica per raggiungere e mantenere uno standard di affidabilità.

Quanto al profilo della natura residuale del mercato della capacità come strumento di ultima istanza, va rilevato che i provvedimenti in questa sede impugnati non hanno introdotto elementi di novità rispetto

all'impianto originario del mercato della capacità che è stato ritenuto uno strumento efficace per affrontare i problemi di adeguatezza della capacità di produzione (cfr. decisione della Commissione del 2018).

In conclusione anche i motivi terzo e quarto vanno rigettati.

7.12. Con il quinto mezzo di gravame le ricorrenti hanno contestato il breve termine concesso agli operatori per la presentazione delle istanze di partecipazione al *Capacity Market*

La censura da un lato si presenta generica, essendosi le ricorrenti limitate a deduzioni teoriche, senza fornire elementi concreti, dall'altro è infondata alla luce della circostanza che nel tempo si sono succedute diverse aste, e che gli operatori del settore hanno potuto partecipare, tanto da arrivare all'assegnazione dell'intera capacità offerta in sede di gara.

7.13. Sul sesto mezzo di gravame, con cui si deduce l'illegittimità in via derivata dei provvedimenti di ARERA, ridonda l'infondatezza dei motivi sollevati in relazione al decreto ministeriale.

7.14. In conclusione, per le ragioni che precedono, il ricorso introduttivo va respinto.

8. Dal rigetto del ricorso introduttivo consegue il rigetto del ricorso per motivi aggiunti, con cui le ricorrenti hanno dedotto l'illegittimità in via derivata degli esiti delle aste.

9. Tenuto conto della complessità delle questioni trattate le spese di lite possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe

proposti, li dichiara inammissibili in relazione alla ricorrente Associazione Italia Solare e li rigetta quanto alle due società ricorrenti.
Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Valentina Santina Mameli

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO