

Publicato il 26/05/2022



N. 04222 /2022 REG.PROV.COLL.  
N. 08515/2018 REG.RIC.  
N. 08516/2018 REG.RIC.  
N. 08517/2018 REG.RIC.  
N. 08518/2018 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8515 del 2018, proposto dalla ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

***contro***

Fallimento Esperia s.p.a. (c.f. 02237620980), in persona dei curatori avv. Barbara Rovati, dott. Carlo Ciardiello e dott.ssa Maria Rosaria Cipriano, rappresentato e difeso dagli avvocati Umberto Grella e Guido Francesco Romanelli ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo in Roma, via Cosseria n. 5; Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.a., in persona del Direttore della Direzione Affari Legali e Societari, Avv. Vinicio Mosè Vigilante, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Fidanzia e Angelo Gigliola ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Roma, Piazzale delle Belle Arti n. 6;

sul ricorso numero di registro generale 8516 del 2018, proposto dalla ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

*contro*

Fallimento Esperia s.p.a. (c.f. 02237620980), in persona dei curatori avv. Barbara Rovati, dott. Carlo Ciardiello e dott.ssa Maria Rosaria Cipriano, rappresentato e difeso dagli avvocati Umberto Grella e Guido Francesco Romanelli ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo in Roma, via Cosseria n. 5;  
Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.a., in persona del Direttore della Direzione Affari Legali e Societari, Avv. Vinicio Mosè Vigilante, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Fidanzia e Angelo Gigliola ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Roma, Piazzale delle Belle Arti n. 6;

sul ricorso numero di registro generale 8517 del 2018, proposto dalla ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

*contro*

Fallimento Esperia s.p.a. (c.f. 02237620980), in persona dei curatori avv. Barbara Rovati, dott. Carlo Ciardiello e dott.ssa Maria Rosaria Cipriano, rappresentato e difeso dagli avvocati Umberto Grella e Guido Francesco Romanelli ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo in Roma, via Cosseria n. 5;  
Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.a., in persona del Direttore della Direzione Affari Legali e Societari, Avv. Vinicio Mosè Vigilante, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Fidanzia e Angelo Gigliola ed elettivamente

domiciliato presso il loro studio in Roma, Piazzale delle Belle Arti n. 6;

sul ricorso numero di registro generale 8518 del 2018, proposto dalla ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

***contro***

Fallimento Esperia s.p.a. (c.f. 02237620980), in persona dei curatori avv. Barbara Rovati, dott. Carlo Ciardiello e dott.ssa Maria Rosaria Cipriano, rappresentato e difeso dagli avvocati Umberto Grella e Guido Francesco Romanelli ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo in Roma, via Cosseria n. 5;  
Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.a., in persona del Direttore della Direzione Affari Legali e Societari, Avv. Vinicio Mosè Vigilante, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Fidanzia e Angelo Gigliola ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Roma, Piazzale delle Belle Arti n. 6;

***per la riforma***

quanto al ricorso n. 8515 del 2018:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sezione seconda) dell'8 agosto 2018, n. 1948, resa tra le parti.

quanto al ricorso n. 8516 del 2018:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sezione seconda) dell'8 agosto 2018, n. 1951, resa tra le parti.

quanto al ricorso n. 8517 del 2018:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sezione seconda) dell'8 agosto 2018, n. 1950, resa tra le parti.

quanto al ricorso n. 8518 del 2018:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sezione seconda) dell'8 agosto 2018, n. 1949, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti i ricorsi incidentali proposti dal Fallimento Esperia S.p.a.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.a.;

Viste le memorie;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2022 il Cons. Francesco Guarracino, nessuno presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. – A seguito delle segnalazioni effettuate da parte del Gestore dei servizi elettrici del mancato adempimento da parte di Esperia S.p.a. – operatrice all'ingrosso e al dettaglio del mercato dell'energia elettrica occupantesi dell'importazione dell'energia elettrica sia come broker per conto di consorzi di clienti industriali, sia in favore dei consumatori finali - dell'obbligo di acquisto dei cc.dd. certificati verdi (certificati attestanti la provenienza da fonti rinnovabili) per l'energia importata negli anni 2007, 2008, 2009 e 2010, l'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (ora ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente) avviava, tra il 2009 e il 2013, quattro procedimenti sanzionatori amministrativi a carico della suddetta società, che concludeva irrogando alla stessa:

- con la deliberazione del 7 luglio 2016, n. 364/2016/S/efr, una sanzione pecuniaria di 2.988.000,00 euro, per non aver acquistato 23.115 certificati verdi relativi all'anno d'obbligo 2008 per l'energia importata nell'anno 2007;

- con la deliberazione del 24 giugno 2016, n. 331/2016/S/efr, una sanzione pecuniaria di € 3.743.000,00 per non aver acquistato 22.757 certificati verdi relativi all'anno d'obbligo 2009 per l'energia importata nell'anno 2008;

- con la deliberazione del 28 giugno 2016, n. 349/2016/S/efr, una sanzione

pecuniaria di € 1.411.000,00 per non aver acquistato 8.322 certificati verdi relativi all'anno d'obbligo 2010 per l'energia importata nell'anno 2009,

- con la deliberazione del 28 giugno 2016, n. 350/2016/S/efr, una sanzione pecuniaria di € 2.803.500,00 per non aver acquistato 17.753 certificati verdi relativi all'anno d'obbligo 2011 per l'energia importata nell'anno 2010.

2. – I quattro provvedimenti venivano impugnati dalla Esperia innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia con altrettanti ricorsi, integrati da motivi aggiunti proposti, a seguito della dichiarazione di fallimento della società, dalla Curatela fallimentare, i quali trovavano in parte accoglimento, limitatamente alla contestazione della quantificazione delle sanzioni, con sentenze in data 8 agosto 2018 nn. 1948, 1949, 1950 e 1951 (nell'ordine, sulle deliberazioni n. 364/2016/S/efr, n. 350/2016/S/efr, n. 331/2016/S/efr e n. n. 349/2016/S/efr).

3. – Contro ciascuna delle quattro decisioni l'Autorità ha proposto appello, in via principale, per ottenerne la riforma del capo sull'incongruità della sanzione, mentre il Fallimento Esperia ha proposto altrettanti appelli incidentali per domandare l'accoglimento integrale del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti proposti in primo grado.

I quattro ricorsi in appello sono stati iscritti nel ruolo generale al n. 8515/2018 (quello avverso la sentenza n. 1948/2018, sulla sanzione per l'anno d'importazione 2007), al n. 8516/2018 (quello avverso la sentenza n. 1951/2018, sulla sanzione per l'anno d'importazione 2009), al n. 8517/2018 (quello avverso la sentenza n. 1950/2018, sulla sanzione per l'anno d'importazione 2008) e al n. 8518/2018 (quello avverso la sentenza 1949/2018, sulla sanzione per l'anno d'importazione 2010).

4. – I giudizi sono stati riuniti dalla Sezione Sesta con ordinanza 26 marzo 2019, n. 2013, con cui è stata chiesta all'ARERA e al Gestore dei Servizi Energetici una dettagliata relazione sui criteri esatti di calcolo impiegati per determinare le sanzioni irrogate nei singoli procedimenti, sull'esatta somma, inclusa nelle singole sanzioni, corrispondente al valore dei certificati verdi non acquistati, sul fatturato

della società appellante e sulla percentuale d'incidenza su di esso della sanzione applicata per ciascuno degli anni presi in considerazione ai fini dell'applicazione delle singole sanzioni.

Le informazioni richieste sono state fornite dall'ARERA con nota del 23 maggio 2019, prot. 13596.

Con successiva ordinanza (24 settembre 2019, n. 6362) la Sezione Sesta, rilevando che la Sezione Quarta, con ordinanza 3 settembre 2019, n. 6078, aveva disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea volto ad accertare se la normativa nazionale *«che imponga agli importatori di elettricità verde un onere pecuniario non applicabile ai produttori nazionali del medesimo prodotto»* sia in contrasto con la direttiva 2009/28/CE del 23 aprile 2009 e, in particolare, se tale obbligo di acquisto per gli operatori economici che importano energia si risolva in un ingiustificato vantaggio, che potrebbe integrare un aiuto di Stato, a favore degli operatori che non ricorrono all'importazione, disponeva il rinvio delle cause riunite a un'udienza pubblica da fissarsi dopo la decisione da parte della Corte di Giustizia della suddetta questione pregiudiziale, il cui esito riteneva necessario attendere al fine di accertare, nel presente giudizio, se le sanzioni irrogate alla società appellante fossero o meno legittime.

5. – Con istanza depositata il 5 ottobre 2021, l'ARERA, nel rappresentare che il giudizio *a quo* innanzi alla Sezione Quarta era stato dichiarato estinto, a seguito di rinuncia dell'appellante, con sentenza del 19 luglio 2021, n. 5389, e che, di conseguenza, con ordinanza del 9 settembre 2021 la Corte di Giustizia dell'Unione europea aveva disposto la cancellazione della causa dal ruolo, ha chiesto che venisse fissata la nuova udienza di discussione degli appelli in epigrafe.

6. – Difatti, nella richiamata sentenza la Sezione Quarta, poiché con comunicazione del 15 aprile 2021 la Corte di Giustizia aveva chiesto di *“essere informata sul seguito del procedimento attualmente pendente dinnanzi al Consiglio di Stato e, in particolare, se il Consiglio di Stato intende ritirare o mantenere la domanda di*

*decisione pregiudiziale”, aveva affermato che “in evasione della nota del 15 aprile 2021, deve informarsi la Corte di giustizia del fatto che l’estinzione della presente controversia rende non più rilevante la definizione della questione pregiudiziale, salvo che la Corte non ritenga comunque opportuno emanare una decisione in proposito per ragioni di economia processuale, al fine cioè di evitare una verosimile, successiva rimessione di contenuto analogo a quella formulata nel corso del presente giudizio, con inevitabile dispendio di tempo in violazione del principio di ragionevole durata del processo”.*

Di conseguenza, ritenendo ritirata la domanda di pronuncia pregiudiziale, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con ordinanza del presidente della Sezione III del 9 settembre 2021 (causa C-705/19 *Axpo Trading AG*), aveva disposto la cancellazione della causa dal ruolo in applicazione dell’articolo 100 del regolamento di procedura della Corte medesima.

7. – Gli appelli riuniti, in merito ai quali ambo le parti hanno depositato plurime memorie difensive nel corso del giudizio, sono stati chiamati e trattenuti in decisione all’udienza pubblica del 12 aprile 2022.

8. – In tutti i summenzionati giudizi l’appello dell’ARERA tende a ottenere la riforma delle sentenze gravate nella parte relativa all’accoglimento delle censure mosse alla quantificazione delle sanzioni, avendo il T.A.R. riconosciuto l’illegittimità dell’applicazione dell’aggravante della reiterazione e sancito l’obbligo dell’Autorità di rideterminare in misura inferiore l’importo delle sanzioni, valorizzando come attenuante l’unitarietà del comportamento tenuto dalla società.

Rispetto a essi vanno esaminati prioritariamente gli appelli incidentali (impropri) del Fallimento Esperia, che sono rivolti contro il rigetto in primo grado delle domande di annullamento *in toto* delle sanzioni impugnate per la dedotta loro radicale illegittimità.

Come già osservato da questo Consiglio, infatti, “*nel giudizio amministrativo l’ordine di esame delle questioni dipende dal loro oggettivo contenuto e se, secondo la casistica più diffusa, vi è pregiudizialità nella disamina dell’appello*

*incidentale finalizzato a contestare la legittimazione al ricorso principale, altrettanto è a dirsi nel caso in cui l'appello incidentale abbia ad oggetto un capo autonomo della sentenza, sul quale si fonda (in rapporto di dipendenza) il capo oggetto dell'appello principale”* (C.d.S., sez. V, 31 agosto 2017, n. 4127), tale essendo il caso in esame, nel quale non potrebbe discutersi del *quantum* delle sanzioni prima che di queste ne venisse confermata la legittimità dell'*an*.

9. – Gli appelli incidentali del Fallimento Esperia annessi alle memorie di costituzione nei primi tre giudizi (nn. 8515, 8516, 8517 del 2018) hanno contenuto sostanzialmente sovrapponibile, al netto delle caratterizzazioni in punto di fatto.

Il Fallimento Esperia vi ha sostenuto che il T.A.R. avrebbe sbagliato nel respingere il motivo sull'applicabilità del principio del *favor rei* e della retroattività della *lex mitior*, errando sia nel ritenere nel periodo contestato (2007-2010) sussistesse ancora l'obbligo di acquisto dei certificati verdi e, quindi, un fatto illecito punibile, sia nell'assumere che le sanzioni irrogate avessero natura ripristinatoria e non sostanzialmente penale, perciò ignorando ingiustamente i suddetti principi; che altrettanto erroneamente avrebbe escluso la ricorrenza della denunciata violazione dei termini di conclusione del procedimento sanzionatorio con effetti decadenziali, non avendo rettamente considerato che la conclusione del procedimento deve comunque intervenire entro un termine ragionevole (tanto più che le circostanze di fatto, cioè il mancato acquisto dei certificati verdi, erano note, pacifiche e non contestate sin dal suo avvio), peraltro omettendo di determinarsi sulla doglianza relativa alla prescrizione del potere sanzionatorio per effetto dell'art. 28 della l. n. 689/1981; che sarebbe incorso in errore nel non ritenere valorizzabile l'elemento soggettivo della condotta tenuta dalla società che, pur tardivamente, aveva acquistato garanzie di origine estere – e non semplici attestazioni sul mix energetico, come, invece, affermato dal Tribunale –, dovendo formare oggetto di specifica valutazione, ai sensi dell'art. 11 della l. n. 689/1981, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione.



Essi sono fondati e, pertanto, vanno accolti.

In applicazione del principio della ragione più liquida, corollario del principio di economia processuale, il loro accoglimento discende dalla fondatezza del comune motivo di appello concernente l'abnorme lunghezza del procedimento sanzionatorio, il quale si era protratto per oltre sette anni nel caso della sanzione irrogata per l'anno d'importazione 2007, quattro nel caso della sanzione per l'anno 2009 e sei nel caso della sanzione per l'anno 2008 (seguendo l'ordine di ruolo delle impugnazioni delle sentenze di primo grado: si v. il precedente punto 3).

Per orientamento ormai consolidato di questo Consiglio, infatti, la violazione del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio di competenza dell'ARERA, fissato di volta in volta dall'Autorità stessa, in ragione della complessità della fattispecie, ai sensi della delibera n. 243/2012/E/com del 14 giugno 2012, ridonda in illegittimità del provvedimento finale, in ossequio ai principi che impongono la previsione di un preciso limite temporale per l'irrogazione della sanzione, per le ragioni diffusamente illustrate nei precedenti specifici in materia ai quali in questa sede ci s'intende uniformare (*ex aliis*, Cons. Stato, sez. IV, 17 marzo 2021, nn. 2307, 2308 e 2309; sez. II, 11 marzo 2022, n. 1723; cfr. anche sez. VII, 14 febbraio 2022, n. 1081), restando, peraltro, esclusa la praticabilità del *prospective overruling*, sia perché non si è in presenza di un mutamento improvviso della giurisprudenza, trattandosi di applicare un orientamento già da tempo formatosi per altre Autorità indipendenti e consolidatosi in seguito pure con riferimento specifico ai procedimenti dell'ARERA, sia perché non ricorre il presupposto, individuato dall'Adunanza plenaria, della necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o di evitare gravi ripercussioni socio-economiche (C.d.S., sez. II, 7 marzo 2022, n. 1649; sez. II, n. 1723/2022 cit.).

Non conduce a diversa conclusione quanto sostenuto dall'ARERA, per vero ad altri fini, sul fatto che in materia di certificati verdi il provvedimento sanzionatorio presenterebbe valenza afflittiva soltanto in quella minima parte che supera il valore dei certificati stessi, perseguendo una finalità ripristinatoria nella parte in cui viene

determinata prendendo quale indice di riferimento il valore dei certificati non acquistati, dovendosi, in senso contrario, osservare che la parametrizzazione della sanzione, anzitutto, al valore di mercato dei certificati verdi risponde all'esigenza di assicurare la deterrenza della sanzione, che verrebbe vanificata qualora la sanzione fosse pari o minore rispetto a quel valore, incentivando comportamenti opportunistici da parte delle imprese, non senza soggiungere che una funzione effettivamente ripristinatoria del sacrificio patrimoniale imposto al sanzionato parrebbe presupporre un vincolo di destinazione diretto anche di quelle somme alla promozione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili.

10. – Dall'accoglimento dei summenzionati appelli incidentali discende che, in riforma delle sentenze del T.A.R Lombardia nn. 1948, 1951 e 1950 del 2018, devono essere accolti i corrispondenti ricorsi di primo grado, integrati da motivi aggiunti, e, per l'effetto, annullati i provvedimenti sanzionatori con gli stessi impugnati.

Di conseguenza, gli appelli principali (r.g. 8515, 8516 e 8517 del 2018) devono essere dichiarati improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse.

11. – L'appello incidentale annesso alla memoria di costituzione nell'ultimo giudizio (n. 8518 del 2018) è in parte diverso.

Anche in esso il Fallimento ha sostenuto che il T.A.R. avrebbe errato nel respingere il motivo sull'applicabilità del principio del *favor rei* e della retroattività della *lex mitior* e nel non ritenere valorizzabile, quale opera svolta per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione, il tardivo acquisto delle garanzie di origine; ma, per il resto, ha denunciato l'omessa pronuncia sul (primo) motivo aggiunto, concernente la violazione dei termini di conclusione del procedimento sanzionatorio, protrattosi per un tempo irragionevole, e ha riproposto quel motivo ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. (pagg. 13-19 dell'appello incidentale).

Tuttavia non vi è stata alcuna omissione di pronuncia, avendo il T.A.R.

espressamente giudicato irricevibili le censure riferite alla violazione dei termini procedurali e di adozione della sanzione contenute nei motivi aggiunti (cfr. punto 4 della parte in diritto: *“Prima di affrontare il merito della controversia è opportuno evidenziare che il ricorso per motivi aggiunti deve ritenersi parzialmente irricevibile, atteso che nello stesso sono in parte contenute censure nuove – e quindi tardive – rispetto all’impugnazione originaria, in particolare quelle riferite alla violazione dei termini procedurali e di adozione della sanzione; non assume rilievo, in senso contrario, la circostanza che si verta in una materia affidata alla giurisdizione esclusiva o di merito del giudice amministrativo (artt. 133 e 134 cod. proc. amm.), visto che i termini di proposizione del ricorso sono quelli ordinari di cui all’art. 29, comma 1, cod. proc. amm., laddove vengano in rilievo interessi legittimi a fronte dell’esercizio di un potere autoritativo (cfr. in argomento, Consiglio di Stato, VI, 9 dicembre 2016, n. 5191)”*).

Pertanto, come eccepito dal G.S.E. nella memoria del 25 marzo 2022, il Fallimento avrebbe dovuto impugnare il relativo capo della sentenza criticando la decisione, anziché riproporre semplicemente quel motivo.

*In parte qua*, pertanto, l’appello incidentale è inammissibile.

Le questioni residue presuppongono *in limine* la risoluzione del problema della compatibilità col diritto euro-unionale delle disposizioni nazionali che imponevano l’acquisto dei certificati verdi per l’energia importata, la cui rilevanza è stata riconosciuta, ai fini della decisione della controversia, già nell’ordinanza collegiale della Sezione Sesta, n. 6362/2019, sopra citata.

Della questione si provvederà con separata ordinanza a investire nuovamente la Corte di giustizia dell’Unione europea, riservata ogni altra decisione in rito e nel merito.

12. – Per quanto riguarda i giudizi r.g. nn. 8515/2018, 8516/2018 e 8517/2018, definiti con la presente sentenza, le spese del doppio grado possono essere compensate, in considerazione della particolarità delle questioni esaminate.

La regolazione delle spese del giudizio r.g. n. 8518/2018 è riservata al definitivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando nei giudizi riuniti r.g. nn. 8515/2018, 8516/2018 e 8517/2018, accoglie gli appelli incidentali, dichiara improcedibili quelli principali e per l'effetto, in riforma delle sentenze appellate, accoglie i ricorsi di primo grado, integrati da motivi aggiunti, e annulla i provvedimenti impugnati, con compensazione delle spese del doppio grado del giudizio.

Non definitivamente pronunciando nel giudizio r.g. n. 8518/2018, già riunito ai precedenti, dichiara in parte inammissibile l'appello incidentale e dispone, per il resto, con separata ordinanza.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Oberdan Forlenza, Presidente FF

Giovanni Sabato, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere, Estensore

Giancarlo Carmelo Pezzuto, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Francesco Guarracino**

**IL PRESIDENTE**  
**Oberdan Forlenza**

**IL SEGRETARIO**