

BGer 2C_734/2020 vom 1. Dezember 2021

Bundesgericht, 2021-12-01, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_734_2020

FR: TF 2C_734/2020 du 1 décembre 2021

IT: TF 2C_734/2020 del 1 dicembre 2021

Erwägungen

E. 1

Il Tribunale federale esamina d'ufficio e con piena cognizione di causa la propria competenza (art. 29 cpv. 1 LTF), nonché l'ammissibilità dei gravami che gli vengono sottoposti (DTF 145 V 380 consid. 1; 145 II 168 consid. 1; 145 I 239 consid. 2 e rispettivi rinvii).

E. 1.1

Presentato tempestivamente (art. 100 LTF) e diretto contro una sentenza emanata dal Tribunale amministrativo federale che concerne una causa di diritto pubblico, la quale non ricade sotto nessuna eccezione prevista dall' art. 83 LTF , il ricorso in materia di diritto pubblico è, in linea di principio, ammissibile (art. 82 lett. a e art. 86 cpv. 1 lett. a LTF). La ricorrente, destinataria della pronuncia contestata è particolarmente toccata dalla sentenza impugnata nella sua qualità di titolare del regime di eccezione e di gestore di rete e in quanto chiede di potere beneficiare di un regime di eccezione per la ML Mendrisio-Cagno più favorevole; essa ha quindi un interesse degno di protezione all'annullamento della stessa ed è, quindi, in via di principio, legittimata a ricorrere (art. 89 LTF).

E. 1.2

In primo luogo occorre circoscrivere l'oggetto del litigio e la natura della sentenza querelata. Infatti, il ricorso in materia di diritto pubblico è proponibile contro decisioni che mettono fine all'intero procedimento (art. 90 LTF ; decisioni finali), oppure - a determinate condizioni - a una parte di esso (art. 91 LTF ; decisioni parziali). Contro decisioni pregiudiziali e incidentali notificate separatamente, che non riguardano né la competenza né la ricusazione (art. 92 LTF), è invece possibile solo quando queste possono causare un pregiudizio irreparabile (art. 93 cpv. 1 lett. a LTF) o l'accoglimento del ricorso comporterebbe immediatamente una decisione finale, consentendo di evitare una procedura probatoria defaticante o dispendiosa (art. 93 cpv. 1 lett. b LTF ; sulle diverse nozioni cfr. DTF 141 III 395 consid. 2.2). L'impugnazione autonoma di queste ultime decisioni è infatti un'eccezione al principio secondo cui il Tribunale federale deve potersi esprimere su una fattispecie una sola volta ed è quindi permessa unicamente in presenza di requisiti precisi (DTF 142 III 798 consid. 2.2 e 141 III 80 consid. 1.2; sentenza 2C_804/2019 del 21 aprile 2020 consid. 1.1.1). Le decisioni di rinvio sono di regola delle decisioni incidentali, perché non terminano la procedura (DTF 134 II 124 consid. 1.3 pag. 127; 133 V 477 consid. 4 pag. 480 segg.). La situazione è diversa quando l'autorità alla quale è rinviata la causa non ha più nessuno spazio di manovra e il rinvio serve solo a mettere in atto (attraverso un mero ricalcolo) quanto deciso in maniera vincolante dall'istanza di ricorso; in questo caso, la decisione di rinvio va infatti assimilata a una decisione finale (DTF 142 II 20 consid. 1.2; 140 V 321 consid. 3.2; 134 II 124 consid. 1.3; sentenza 2C_1002/2018 dell'11 dicembre

2018 consid. 1.1).

E. 1.2.1

Il Tribunale amministrativo federale non è entrato in materia sul gravame sottopostogli dalla qui ricorrente in quanto rivolto contro la cifra 5 del dispositivo della decisione parziale dell'11 dicembre 2014 della ElCom, che disciplina le modalità di eventuali restituzioni finanziarie, quesito che la ricorrente non ha contestato nemmeno in questa sede. Tale problematica non è pertanto oggetto di giudizio.

E. 1.2.2

Nella misura in cui nella sua decisione dell'11 dicembre 2014 la ElCom ha ridefinito la capacità oggetto di eccezione, riducendola (cfr. cifra 4 del dispositivo), essa ha emanato una decisione finale (parziale). In quanto (vedasi cifre 6 e 7 del dispositivo) ha in seguito rilevato che le eventuali perdite finanziarie subite dalla ricorrente avrebbero potuto essere compensate mediante un'estensione della durata del regime di eccezione, che poteva essere chiesta presentando una domanda debitamente motivata e corroborata dai documenti necessari, con la comminatoria che, in mancanza di una tale istanza, la durata del regime di eccezione rimarrebbe invariata e sarebbe giunta a scadenza l'8 aprile 2022 (termine poi rettificato all'8 luglio, cfr. decisione del 12 febbraio 2015), si tratta invece di una decisione incidentale, la ricorrente non avendo (ancora) concretizzata la richiesta di estensione.

E. 1.2.3

Nella sentenza querelata il Tribunale amministrativo federale ha, in primo luogo, confermato la ridefinizione della capacità oggetto del regime di eccezione (cfr. consid. 3 a 7). Si è poi chinato sulla questione della durata del regime di eccezione (cfr. consid. 8) osservando che, contrariamente a quanto addotto dalla ricorrente, una modifica di questo regime non implicava automaticamente un'estensione della sua durata. Esso ha poi rimproverato alla ricorrente - la quale, malgrado più solleciti, non aveva fornito i documenti richiesti dalla ElCom, segnatamente il suo

"attuale business case" - di avere disatteso il suo dovere di collaborazione. Ciononostante ha constatato che la ElCom non poteva rivedere le formule utilizzate per calcolare la capacità oggetto dell'eccezione ed applicarle senza statuire contemporaneamente su un'eventuale proroga della durata del regime di eccezione. La ricorrente doveva infatti potere ammortizzare a valore zero il proprio investimento durante il periodo di eccezione, ciò che però non era possibile - salvo porre in pericolo l'investimento consentito - senza un'estensione della durata del regime. Ora, per potere determinare in maniera oggettiva la durata (ancora) necessaria per ultimare l'ammortamento, alla ElCom occorrevano i documenti che soltanto la ricorrente poteva fornirle. Il Tribunale amministrativo federale ha pertanto invitato quest'ultima a collaborare e a trasmettere alla ElCom i documenti necessari, pena la mancata proroga del regime di eccezione, così come sancito nella decisione dell'11 dicembre 2014. Il Tribunale amministrativo federale ha quindi accolto il gravame della qui ricorrente e ha rinviato l'incarto alla ElCom per nuova istruttoria e nuova decisione sulla questione dell'eventuale proroga della durata del regime di eccezione, decisione che doveva considerare sia gli aspetti tecnici che quelli finanziari della ridefinizione del regime di eccezione. A tale fine la ElCom doveva quindi nuovamente invitare la ricorrente a produrre i necessari documenti, segnatamente l'

"attuale business case" , mentre quest'ultima è stata esortata a collaborare e a fornire alla ElCom tutte le informazioni necessarie alla rivalutazione della durata del regime di eccezione. Per il resto, il ricorso è stato respinto (cfr. cifra 3 del dispositivo della sentenza del 3 agosto 2020).

Da quel che precede discende che il Tribunale amministrativo federale ha congiunto, in un unico giudizio, una decisione finale (parziale), ossia la questione della ridefinizione della capacità oggetto del regime di eccezione, a una decisione incidentale, cioè il rinvio degli atti alla ElCom per istruttoria e nuovo giudizio sulla problematica della durata del regime di eccezione.

E. 1.2.4

Nella sua impugnativa la ricorrente domanda, in via principale, che la capacità oggetto del regime di eccezione rimanga immutata fino al decorrere del periodo di eccezione (l'8 luglio 2022); detta conclusione si riferisce alla decisione finale (parziale). In via subordinata propone, tra l'altro, che, indipendentemente dalla produzione della documentazione probatoria chiesta, segnatamente l'

"attuale business case" , venga stabilito che, se la capacità oggetto di eccezione viene ridotta, essa ha diritto alla proroga della durata dell'eccezione. Detta conclusione concerne invece la decisione incidentale di rinvio.

Ora, anche ammesso che il fatto di congiungere in un'unica sentenza una decisione finale (parziale) e una decisione incidentale conferisce alla sentenza carattere di decisione incidentale, anche in tal caso il presente ricorso è comunque ammissibile. In effetti, in virtù dell' art. 93 cpv. 1 lett. b LTF l'accoglimento della domanda principale (immutabilità della capacità oggetto del regime di eccezione fino all'8 luglio 2022, decorso del periodo di eccezione) renderebbe priva d'oggetto la decisione incidentale di rinvio, poiché in tale caso non occorrerebbe più esaminare la questione di un'eventuale proroga del regime di eccezione (ciò che neanche la ricorrente domanda) né, di riflesso, procedere a tutti gli atti necessari all'istruzione ivi connessi. In altre parole si sarebbe in presenza di una decisione finale, che consente di evitare un'istruttoria probatoria defatigante e dispendiosa, come quella che è stata ordinata nella decisione incidentale di rinvio (cfr. consid. 8.2.3 della sentenza impugnata).

Premesse queste considerazioni si può pertanto entrare nel merito del ricorso.

E. 1.3

Nell'atto di replica la ricorrente contesta le ripetibili ridotte accordate dall'istanza precedente (cfr. cifra 6 del dispositivo della sentenza del 3 agosto 2020). Al riguardo rileva che nelle sue conclusioni ha erroneamente fatto riferimento alla cifra 4 invece che alla cifra 6 del dispositivo. Ora, le conclusioni, assieme alla motivazione, devono figurare nell'allegato ricorsuale (art. 42 cpv. 1 e 2 LTF) ed essere presentate nel termine di ricorso (art. 100 LTF). Le stesse non possono essere modificate né completate nell'allegato di replica. Tutt'al più potrebbe essere corretta una svista manifesta. Sennonché, quand'anche ciò fosse qui il caso, nel ricorso nulla viene addotto (art. 42 LTF) in merito ad una modifica dell'ammontare delle ripetibili concesse dall'istanza precedente (e ciò indipendentemente dall'esito della causa), ragione per cui su questo punto il ricorso sfugge ad un esame di merito. Rimane comunque riservato un giudizio sulle spese e ripetibili dell'istanza precedente se l'impugnativa venisse, in tutto o in parte, accolta (art. 67 e 68

cpv. 5 LTF).

E. 2.1

Con il ricorso in materia di diritto pubblico può in particolare venir lamentata la violazione del diritto federale (art. 95 lett. a LTF), nozione che comprende i diritti costituzionali dei cittadini (DTF 141 I 78 consid. 4.1).

Il Tribunale federale applica il diritto federale d'ufficio (art. 106 cpv. 1 LTF); nondimeno, tenuto conto dell'onere di allegazione e motivazione posto dalla legge (art. 42 cpv. 1 e 2 LTF), si confronta di regola solo con le censure sollevate. Nell'atto di ricorso occorre pertanto spiegare in modo conciso in cosa consiste la lesione del diritto e su quali punti il giudizio contestato viene impugnato (DTF 142 I 99 consid. 1.7.1). Esigenze più severe valgono poi in relazione alla violazione di diritti fondamentali; simili critiche vengono infatti trattate unicamente se sono state motivate in modo circostanziato ed esaustivo mentre, in caso contrario, esse non possono essere prese in considerazione (art. 106 cpv. 2 LTF ; DTF 134 II 244 consid. 2.2). Critiche appellatorie non sono ammesse (DTF 141 IV 317 consid. 5.4 e rinvii).

E. 2.2

Per quanto riguarda i fatti, il Tribunale federale fonda il proprio ragionamento giuridico sull'accertamento svolto dall'autorità inferiore (art. 105 cpv. 1 LTF). Può scostarsene se è stato eseguito in violazione del diritto ai sensi dell' art. 95 LTF o in modo arbitrario, profilo sotto il quale viene esaminato anche l'apprezzamento delle prove (sentenza 2C_781/2019 del 23 gennaio 2020 consid. 2.2). L'eliminazione del vizio deve inoltre poter influire in maniera determinante sull'esito della causa (art. 97 cpv. 1 LTF). A meno che non ne dia motivo la decisione impugnata, esigenza il cui adempimento dev'essere dimostrato dalla parte ricorrente, non tiene inoltre conto di fatti o mezzi di prova nuovi, i quali non possono in ogni caso essere posteriori alla stessa (art. 99 cpv. 1 LTF ; DTF 133 IV 343 consid. 2.1).

E. 3

In primo luogo va rammentato il quadro legale di riferimento.

E. 3.1

Conformemente all' art. 13 cpv. 1 LAEl , i gestori di rete sono tenuti a garantire a terzi l'accesso non discriminatorio alla rete. Giusta l'art. 13 cpv. 2 lett. d LAEl detto accesso può essere negato, tra l'altro, qualora il gestore di rete dimostri che sussiste un'eccezione ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 della legge. Secondo l' art. 16 cpv. 1 LAEl il corrispettivo per l'utilizzazione transfrontaliera della rete di trasporto si basa sui costi provocati dall'utilizzazione effettiva, i quali devono essere calcolati separatamente e non vanno addossati ai consumatori finali indigeni. L' art. 16 cpv. 2 LAEl specifica poi che il calcolo dei costi del capitale si basa sui costi incrementali medi di lungo periodo

(long run average incremental costs, LRAIC) delle capacità di rete utilizzate. Gli ammortamenti calcolatori sono effettuati linearmente su un arco di tempo stabilito specificamente in funzione delle singole componenti dell'impianto. Il patrimonio necessario alla gestione è remunerato a un tasso d'interesse adeguato. Infine, giusta l' art. 16 cpv. 3 LAEl , il Consiglio federale può fissare la durata dell'ammortamento e il tasso d'interesse adeguato, nonché stabilire il patrimonio necessario alla gestione. L' art. 17 cpv. 1 LAEl prevede in seguito che se la domanda di capacità di trasporto transfrontaliera supera la capacità disponibile (

"congestione"), la società nazionale di rete può attribuire la capacità disponibile secondo procedure orientate al mercato quali le vendite all'asta, mentre i capoversi 2 e 3 definiscono le situazioni prioritarie in questo contesto. Il capoverso 4 indica che se non è stata utilizzata, la capacità attribuita deve essere riassegnata secondo procedure orientate al mercato e il capoverso 5 regola il modo in cui verranno utilizzate le entrate risultanti dalle procedure di attribuzione orientate al mercato. Nella sua versione originale (RU 2007 3425) il capoverso 6 dell' art. 17 LAEl recitava che "per le capacità nella rete di trasporto transfrontaliera messe in esercizio dopo il 1° gennaio 2005 il Consiglio federale può prevedere eccezioni all'accesso alla rete (art. 13) e nel calcolo dei costi di rete computabili (art. 15) ", mentre la versione che è ora in vigore (dal 1° giugno 2019, cfr. RU 2019 1349) menziona che "al fine di promuovere lo sviluppo delle capacità della rete di trasporto transfrontaliera il Consiglio federale può prevedere eccezioni limitate nel tempo per quanto concerne l'accesso alla rete e il calcolo dei costi di rete computabili". Come emerge dai dibattiti parlamentari, la versione originale è stata concepita come una norma transitoria, la cui formulazione è stata poi adattata alla situazione vigente (relatore Werner Luginbühl, BU 2016 CS 1067 seg.).

E. 3.2

La portata di questa eccezione emerge dal messaggio del Consiglio federale concernente la modifica della legge sugli impianti elettrici e la legge sull'approvvigionamento elettrico del 3 dicembre 2004 (FF 2005 1447 segg., segnatamente 1494 seg.), del seguente tenore:

"Secondo il capoverso 6, per aumentare le capacità di trasmissione transfrontaliere, il nostro Consiglio può prevedere eccezioni all'accesso alla rete in virtù dell'articolo 13 LApEl e nel calcolo dei costi di rete computabili (art. 15 LApEl). Sono quindi tutelati gli investimenti in nuove capacità di rete. Può trattarsi della costruzione di un nuovo impianto come pure del potenziamento della capacità degli impianti esistenti. Si parte dal presupposto che gli investimenti in impianti nuovi comportino considerevoli rischi economici. Queste disposizioni tengono conto dell'articolo 7 del regolamento CE 1228/2003 riguardante le cosiddette «merchant lines», senza tuttavia limitarvisi. Occorre tenere conto che anche in seno all'UE sono in corso le discussioni sugli incentivi d'investimento per il potenziamento delle linee di trasmissione transfrontaliere. Il capoverso 6 è pertanto più ampio. Così, gli incentivi d'investimento, invece che in limitazioni dell'accesso alla rete si possono ad esempio concretizzare anche in durate d'ammortamento più brevi o in premi di rischio più elevati. Poiché gli investimenti descritti servono a promuovere le capacità di trasmissione transfrontaliere, i costi non vanno imputati ai consumatori indigeni."

La concessione di un'eccezione ha pertanto come obiettivo d'incentivare gli investimenti in nuove capacità di rete (quali la costruzione di un nuovo impianto o il potenziamento della capacità di impianti esistenti). Poiché questi investimenti implicano considerevoli rischi economici, è concesso alle imprese che li effettuano di ammortizzarli (ROLF H. WEBER/BRIGITTA KRATZ, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaft, 2009, pagg. 67 seg. nonché 72; FRANZ J. KESSLER, in: Kommentar zum Energierecht, vol. I 2016, n. 69 all' art. 17 LAEl). Anche la ML Mendrisio-Cagno, oggetto di disamina, rientra in questa costellazione (WEBER/KRATZ, op. cit., pag. 67; KESSLER, op. cit., n. 61 all' art. 17 LAEl). Va poi precisato che se è stata attribuita una tale eccezione all'accesso alla rete, chi ne è posto a beneficio non è tenuto a mettere la rete a disposizione di terzi in base al corrispettivo per l'utilizzazione della rete stabilito (art. 16 LAEl), ma può commercializzare esso medesimo la capacità. Inoltre, nel quadro di questa eccezione, anche la capacità disponibile che può essere attribuita secondo

procedure orientate al mercato ai sensi dell' art. 17 cpv. 1 LAEl è ridotta, così come le entrate che ne derivano (cfr. art. 17 cpv. 5 LAEl).

E. 3.3

Secondo l'art. 21 dell'Ordinanza del 14 marzo 2008 sull'approvvigionamento elettrico (OAEI; RS 734.71) il Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (DATEC), su proposta della società nazionale di rete, emana regole trasparenti e non discriminatorie per la concessione di deroghe ai sensi dell'articolo 17 capoverso 6 LAEl (cpv. 1). La ElCom si pronuncia con decisione in merito alla concessione di deroghe (cpv. 2). Il DATEC ha quindi emanato l'ordinanza del 3 dicembre 2008 concernente le eccezioni all'accesso alla rete e nel calcolo dei costi di rete computabili nella rete di trasporto transfrontaliera (OEAC; 734.713.3). Giusta l' art. 2 cpv. 1 OEAC la Commissione federale dell'energia elettrica (ElCom) può esentare parzialmente o interamente il gestore di una linea di interconnessione a corrente continua (gestore) dall'obbligo di garantire l'accesso alla rete se: a) la linea di interconnessione aumenta la capacità di trasporto e non compromette la sicurezza della rete; b) la linea di interconnessione ha un'utilità economica ed effetti positivi a lungo termine sulla concorrenza nel mercato dell'energia elettrica; c) la società nazionale di rete non realizzerà la linea di interconnessione nell'ambito della sua normale attività di rete; d) la linea di interconnessione può diventare parte della rete di trasporto per l'intero territorio svizzero secondo l'articolo 18 capoverso 1 LAEl allo scadere del regime delle eccezioni; e) i maggiori guadagni risultanti dall'utilizzazione transfrontaliera della rete di trasporto secondo l'articolo 14 capoverso 2 OAEI e prodotti dalla linea di interconnessione superano le perdite di guadagno generate; e se f) la linea di interconnessione è giuridicamente disgiunta dai rimanenti settori di attività. È fatta salva la messa all'asta delle capacità non utilizzate di cui all'articolo 11 (cpv. 2). La capacità di trasporto è definita in base al metodo di calcolo riconosciuto a livello internazionale (cpv. 3). L' art. 4 OEAC prevede che la documentazione da allegare alla domanda deve contenere tutti i dati necessari per la valutazione, in particolare, la prova che le condizioni di cui all'articolo 2 capoverso 1 sono soddisfatte (let. a). Secondo l' art. 6 cpv. 1 OEAC la ElCom decide in particolare la durata del regime delle eccezioni (let. a) e la capacità oggetto di eccezione all'accesso alla rete (let. b). Nel decidere tiene conto di un rapporto equilibrato tra rischio e redditività dell'investimento (cpv. 2). Secondo l' art. 7 OEAC la capacità oggetto di eccezione all'accesso alla rete corrisponde all'aumento della capacità di trasporto generato dalla linea di interconnessione (cpv. 1). Essa è composta da una parte garantita e da una parte non garantita (cpv. 2). La parte garantita ammonta perlomeno alla metà della capacità oggetto di eccezione all'accesso alla rete (cpv. 3). La parte non garantita spetta al richiedente solo se le circostanze di esercizio lo permettono (cpv. 4). Il gestore che mantiene la disponibilità minima concordata con la società nazionale di rete ha a disposizione la capacità anche nel caso in cui la linea di interconnessione non è in esercizio (cpv. 5). Infine, l' art. 12 OEAC stabilisce che allo scadere del regime delle eccezioni, il proprietario trasferisce la linea di interconnessione alla società nazionale di rete. Per tale operazione riceve in contropartita azioni della società nazionale di rete, altri diritti o un indennizzo finanziario (cpv. 1). Se il proprietario non rispetta quest'obbligo, si applica per analogia la procedura di cui all'articolo 33 capoverso 5 LAEl (cpv. 2).

E. 3.4

Sulla base delle disposizioni appena elencate, alla ricorrente è stata concessa nel 2009 un'eccezione all'accesso alla rete della durata di 13 anni. La sentenza ora querelata ha ridotto la capacità garantita oggetto del regime di eccezione, giudicando nel contempo però che la durata dell'eccezione poteva essere prorogata, se la ricorrente poteva dimostrare che tale prolungamento era necessario per ammortizzare i suoi investimenti.

E. 4

La ricorrente adduce innanzitutto che la capacità oggetto di eccezione concessa nel 2009, pari a 150 MW durante i momenti di picco di carico estivo (cosiddetto «Summer Peak») e pari a 200 MW in tutti gli altri momenti, era garantita al 100 % e non poteva pertanto essere ridotta prima della fine del regime di eccezione di 13 anni, l'8 luglio 2022. In via subordinata allega che, indipendentemente dalla documentazione probatoria richiesta, segnatamente l'"

attuale business case", essa ha diritto ad un'estensione della durata dell'eccezione nella misura in cui l'attuazione delle formule (vedasi la cifra 1 del dispositivo della sentenza impugnata) riduce la capacità oggetto di eccezione.

E. 4.1

Come emerge dalla sentenza contestata, il Tribunale amministrativo federale ha osservato in primo luogo che la ElCom, la quale fruiva di un ampio potere di apprezzamento, aveva chiaramente indicato alla ricorrente (nella sua decisione del 16 aprile 2009) che la capacità garantita nel regime di eccezione le veniva concessa solo per un periodo di cinque anni e che allo scadere di tale periodo la stessa sarebbe stata rivalutata, dopo un esame più approfondito della situazione della rete, ciò che, a suo parere, era del tutto legittimo (cfr. sentenza impugnata consid. 3.2.3 pag. 13 e seg.). Esso ha poi risposto per l'affermativa alla questione di sapere se la capacità garantita potesse essere modificata, tanto più che anche tale parte era stata concessa solo per un periodo di cinque anni (cfr. sentenza impugnata consid. 3.3. pag. 14 segg.).

Valutando in seguito se erano date circostanze che giustificavano la modifica del regime di eccezione, il Tribunale amministrativo federale, sulla base delle analisi della Swissgrid SA e di quanto emergeva dal verbale dell'udienza d'istruzione del 10 settembre 2019 da lui predisposta, è giunto alla conclusione che rispetto alla situazione vigente nel 2009 le circostanze si erano notevolmente modificate, segnatamente dopo l'introduzione in Italia dei cosiddetti "Special Days" (i quali avevano avuto come effetto di ridurre notevolmente l'energia importata dalla Svizzera in Italia), di modo che, in determinati periodi dell'anno, la capacità disponibile per il resto del mercato era pari a zero. Siccome dette fluttuazioni a breve termine non erano state prese in considerazione nella decisione del 16 aprile 2009, era a giusto titolo che la ElCom aveva ritenuto che la situazione di rete era mutata. In queste circostanze la perizia tecnica richiesta dalla ricorrente su tale quesito non risultava indispensabile e andava pertanto negata (cfr. sentenza impugnata consid. 4 pagg. 16 segg.).

Con riferimento al mantenimento o meno della simmetria dei due regimi di eccezione concessi (sul lato svizzero e sul lato italiano della ML Mendrisio-Cagno), il Tribunale amministrativo federale ha indi osservato che né da un punto vista legale né da un punto di vista tecnico e/o operativo risultava necessario (cfr. sentenza impugnata consid. 5.3 - 5.4.3 pagg. 23 a 27). Ciononostante, vista la necessità di adattare gli accordi in essere con le competenti autorità italiane, appariva adeguato concedere a Swissgrid SA un termine di sei mesi - invece dei due mesi previsti nella decisione dell'11 dicembre 2014 - per attuare le

nuove formule (cfr. sentenza impugnata consid. 5.4.4 pagg. 27 e seg. e cifra 1 del dispositivo). Con riferimento a queste ultime e ai nuovi parametri tecnici ivi contenuti (quoziente VEE, parametro NTC [d-2], ecc.), contestati dalla ricorrente, il Tribunale amministrativo federale ha osservato che le nuove formule tenevano conto sia dei parametri a lungo termine sia di quelli a breve termine, di modo che apparivano plausibili. Ora, non gli spettava sostituire il suo giudizio a quello tecnico dell'autorità inferiore ed esprimersi sui criticati parametrici tecnici laddove non trasparivano errori manifesti (cfr. sentenza impugnata consid. 6.1 pagg. 28 segg.). Non andava poi tralasciato che, per quanto riguardo la parte operativa, Swissgrid SA, società nazionale di rete, disponeva di tutte le conoscenze tecniche necessarie per attuare le nuove formule, una volta ottenuta la cooperazione delle competenti autorità italiane (cfr. sentenza impugnata consid. 6.2 pagg. 30 seg.).

Il Tribunale amministrativo federale ha altresì giudicato che la ridefinizione della capacità non disattendeva la garanzia della proprietà né pretesi diritti acquisiti della ricorrente dato che, come già osservato, la capacità oggetto del regime di eccezione di cui alla decisione dell'11 dicembre 2014 era da intendersi come garantita al 100 % solo i primi cinque anni e che la ElCom si era dichiarata disposta a prorogare la durata del regime di eccezione litigioso (cfr. sentenza impugnata consid. 7 pagg. 31 seg.). Ha tuttavia sottolineato che la ElCom non poteva ridefinire le formule utilizzate per calcolare la capacità oggetto dell'eccezione ed applicarle senza statuire contemporaneamente sull'eventuale proroga della durata del regime di eccezione, salvo porre in pericolo gli investimenti consentiti dalla ricorrente. Occorrendole a tale fine i documenti che soltanto quest'ultima poteva fornirle e anche se la stessa aveva disatteso il proprio dovere di collaborazione (non fornendo i mezzi probatori richiesti), malgrado questo la ElCom doveva invitarla a produrre i documenti necessari, mentre la ricorrente era esortata a collaborare. L'incarto è stato quindi rinviato alla ElCom per nuova istruttoria e nuova decisione su questo punto (cfr. sentenza impugnata consid. 8 pagg. 32 segg. e

supra consid. 1.2.3).

E. 4.2

La ricorrente censura innanzitutto una violazione dell' art. 17 cpv. 6 LAEl nonché dell'OEAC. Osservando che la ratio legis del primo disposto è di promuovere gli investimenti privati in progetti relativi a linee di interconnessione transfrontaliere che altrimenti non avrebbero luogo, non essendo il gestore della rete nazionale (Swissgrid SA) interessato a realizzarli poiché di solito ritenuti a rischio troppo elevato, la ricorrente afferma che la contropartita per il rischio che il privato assume investendo il proprio capitale sarebbe proprio l'eccezione (limitata nel tempo) che gli viene concessa. Ora la volontà di favorire gli investimenti di capitali privati nelle linee di interconnessione non potrebbe essere raggiunto se i parametri dell' (unica) contropartita per l'investitore possono essere modificati in corso di investimento. In altre parole, afferma che per raggiungere lo scopo ricercato con la concessione di un'eccezione (ai sensi dell' art. 17 cpv. 6 LAEl) le capacità esentate garantite sono fissate in maniera definitiva. E, aggiunge, che né l' art. 7 OEAC né le altre disposizioni dell'OEAC prevedono la possibilità di modificare la capacità in esenzione in corso di investimento. Al riguardo osserva che il rapporto esplicativo OEAC, richiamato dal Tribunale amministrativo federale a sostegno della propria opposta tesi, oltre ad essere unicamente una proposta avanzata da Swissgrid SA, non troverebbe alcun riscontro nelle disposizioni dell'OEAC e disattenderebbe per di più l' art. 17 cpv. 6 LAEl . Nemmeno andrebbe condiviso l'argomento secondo cui la capacità oggetto di

eccezione non verrebbe fissata per tutta la durata dell'eccezione poiché, a dipendenza dei flussi di carico, ciò potrebbe andare a scapito della capacità disponibile per il mercato e/o altrimenti solo il mercato subirebbe una riduzione della capacità disponibile. La circostanza che la capacità in esenzione sia esclusa dal diritto di terzi di accedere alla rete - e quindi il fatto che detta capacità non sia disponibile al mercato - sarebbe infatti proprio la

"conditio sine qua non" affinché l'investitore investa il proprio capitale per incrementare la capacità esistente. Senza poi dimenticare che, senza questo investimento, la capacità in esenzione non sarebbe comunque disponibile al mercato, anche in assenza di eccezione, in quanto senza la possibilità di ottenere una contropartita (cioè l'eccezione), l'investimento non verrebbe effettuato. Appellandosi successivamente all' art. 7 OEAC , secondo cui la capacità oggetto di eccezione all'accesso alla rete corrisponde all'aumento della capacità di trasporto generato dalla linea di interconnessione (cpv. 1) ed è composta da una parte garantita e da una parte non garantita (cpv. 2), la ricorrente ne deduce che, se al momento della concessione dell'eccezione si può effettuare una distinzione tra una parte di capacità garantita e una parte non garantita (ciò che, per quanto riguarda la ML Mendrisio-Cagno, nella decisione del 16 aprile 2009 non è però stato fatto), da nessuna parte sarebbe invece prevista la possibilità di procedere ad una modifica a posteriori. In altre parole l'OEAC non autorizzerebbe la ElCom a modificare il regime di eccezione concesso in corso di investimento. Interpretare il silenzio della legge in senso opposto, come fatto dal Tribunale amministrativo federale, violerebbe l' art. 17 cpv. 6 LAEl , le disposizioni dell'OEAC oltre che l' art. 26 Cost. Di seguito contesta che le si possa rimproverare di non avere impugnato la decisione della ElCom del 16 aprile 2009, ove veniva riservata la facoltà di rivalutare la capacità in esenzione in corso di eccezione. Non essendo stata esercitata all'epoca la riserva in questione, essa non aveva subito alcun pregiudizio, ragione per cui le mancava il requisito dell'interesse degno di protezione ad impugnare questo aspetto, il quale peraltro non aveva nemmeno carattere di decisione. In ogni caso detta riserva, la quale è stata considerata a torto avere forza di res iudicata, non permetterebbe né autorizzerebbe la ElCom ad applicare dei criteri non previsti dalla legge.

La ricorrente impugna di seguito i nuovi elementi di calcolo introdotti con le nuove formule. Al riguardo rileva che, giusta l' art. 2 cpv. 3 OEAC la capacità di trasporto (e, quindi, la capacità oggetto di eccezione poiché la seconda viene definita in funzione della prima, vedasi art. 7 cpv. 1 OEAC) è determinata in base al metodo di calcolo riconosciuto a livello internazionale. Ora, l'unico metodo che soddisfa detta esigenza è un metodo volto a definire il valore NTC annuale. Metodi che includono il parametro NTC[d-2] e il fattore VEE non sono invece riconosciuti a livello internazionale. La nuova formula non trova quindi alcun riscontro nelle disposizioni OEAC ed è contraria alla ratio legis dell' art. 17 cpv. 6 LAEl . Riferirsi ad elementi di calcolo come il parametro NTC[d-2] che si richiama a valori giornalieri (e quindi variano giorno dopo giorno, 365 volte all'anno, durante 13 anni), non garantisce infatti all'investitore condizioni d'investimento stabili e durature. Lo stesso dicasi per quanto concerne il fattore VEE, che definisce la capacità in esenzione a dipendenza della capacità disponibile sul mercato. L'introduzione di questi criteri di calcolo violerebbe quindi l' art. 17 cpv. 6 LAEl .

Indi afferma che l'istanza precedente, ritenendo che non doveva sostituire il proprio giudizio a quello tecnico dell'autorità inferiore, avrebbe a torto limitato il proprio potere di apprezzamento. In effetti oggetto di disamina non erano "questioni tecniche speciali" bensì la questione se i nuovi elementi di calcolo erano conformi alle disposizioni dell'OEAC e

alla ratio legis dell' art. 17 cpv. 1 LAEI , ossia una questione di diritto che andava esaminata con pieno potere d'esame.

Ribadita l'insignificanza dei valori giornalieri, la ricorrente sostiene successivamente che nemmeno l'introduzione, nel 2009, in Italia, dei "Special Days" avrebbe avuto importanza né, di conseguenza, permesso di rivalutare la situazione. Le fluttuazioni a corto termine da questi provocate, marginali, non avrebbero alcuna importanza nell'ambito della definizione della capacità in esenzione e non avrebbero pertanto dato luogo ad alcun mutamento della situazione di rete. Inoltre già all'epoca la capacità in esenzione di cui alla decisione del 16 aprile 2009 considerava le fluttuazioni a breve termine, ragione per cui quelle ora evocate dall'autorità inferiore non implicherebbero un cambiamento della situazione di rete né, di riflesso, giustificherebbero la contestata riduzione della capacità in esenzione. Rimprovera pertanto al Tribunale amministrativo federale un accertamento manifestamente inesatto dei fatti, perché avrebbe a torto rifiutato di procedere alla perizia da lei chiesta, la quale le avrebbe permesso di dimostrare che la capacità in esenzione iniziale già teneva conto delle fluttuazioni a corto termine. La ricorrente rimprovera ugualmente al Tribunale amministrativo federale di avere erroneamente affermato che la rivalutazione effettuata dalla ElCom era condivisa da Swissgrid SA. A suo avviso, quest'ultima in effetti ha concordato solo per quanto concerne gli effetti dei "Special Days" sull'andamento del valore NTC[d-2], mentre ha confermato che gli stessi avevano un effetto marginale sui valori annuali NTC (e quindi sui valori rilevanti ai fini della rivalutazione della capacità in esenzione), rimasti immutati. In queste condizioni, anche se a causa dei "Special Days" non vi era capacità libera disponibile, ciò tuttavia non giustificava, a parere della ricorrente, di ridurre la capacità in esenzione, ma permetteva invece di negare il diritto di terzi all'accesso alla rete ai sensi dell' art. 13 cpv. 2 lett. b LAEI .

E. 4.3

Nell'ipotesi in cui una rivalutazione della capacità si rivelasse fondata, la ricorrente sostiene in un secondo tempo che il suo diritto ad un'estensione del regime di eccezione è stato fatto dipendere a torto dalla consegna di un "

attuale business case" . A suo avviso, sarebbe incompatibile con lo scopo sotteso all' art. 17 cpv. 6 LAEI e nella OEAC (promuovere cioè gli investimenti privati nelle capacità di trasmissione) permettere che il rapporto tra rischio e rendimento sia modificato retroattivamente. Se una tale riduzione della capacità dovesse rivelarsi necessaria in corso di investimento, il regime di eccezione dovrebbe allora essere automaticamente prolungato per preservare la redditività dell'investimento effettuato, senza fare dipendere il diritto all'estensione dalla consegna di un "

attuale business case" e dal fatto che il rendimento effettivo della Merchant Line non avrebbe ancora permesso di ammortizzare tale investimento. Perché in quest'ultima evenienza le verrebbe al massimo concesso un rendimento zero, in urto insostenibile con lo scopo ricercato dalla legge.

E. 5

Le censure relative all'accertamento dei fatti sono infondate. Secondo le istanze precedenti, la modifica della capacità in esenzione era principalmente dovuta al fatto che, in seguito all'introduzione in Italia dei "Special Days", la situazione di rete aveva subito una modifica notevole nel corso dell'anno rispetto alla situazione vigente nel 2008, ragione per cui non solo i valori NTC annuali, ma anche quelli giornalieri dovevano ora essere presi in

considerazione. In quanto tale questa modifica della situazione di rete non è rimessa in discussione dalla qui ricorrente. Inoltre la questione di sapere se la stessa (cioè la modificata situazione di rete) possa portare a una modifica della capacità rispettivamente, se a ragione si sia tenuto conto dei valori NTC giornalieri, è una questione che attiene al diritto, non ai fatti e verrà vagliata ulteriormente (cfr. successivo consid. 6.4). In queste condizioni non risulta di rilievo ai fini del giudizio (art. 97 cpv. 1 LTF ; supra consid. 2.2) sapere se, eventualmente, le fluttuazioni a corto termine erano già state prese in considerazione quando la capacità in esenzione è stata fissata e se il Tribunale amministrativo federale poteva senza arbitrio rifiutare la perizia richiesta al riguardo dalla qui ricorrente. Oltre a ciò va rammentato che nel corso dell'udienza d'istruzione tenutasi dinanzi al Tribunale amministrativo federale il 10 settembre 2019 la ricorrente medesima ha dichiarato che, al momento della concessione del regime di eccezione (decisione della ElCom del 16 aprile 2009), l'unico valore NTC preso in considerazione era il valore NTC annuale. Risulta altrettanto irrilevante il quesito di sapere se, come sostenuto da Swissgrid SA, i "Special Days" hanno avuto solo un'influenza marginale sui valori annuali, se effettivamente si deve tener conto anche dei valori giornalieri.

E. 6.1

Contrariamente alla tesi della ricorrente, nella decisione del 16 aprile 2009 (cfr. supra A.d) non viene detto che la capacità in esenzione potrebbe eventualmente essere ridefinita. Al contrario, vi viene espressamente indicato che la capacità oggetto del regime di eccezione all'accesso alla rete è concessa per cinque anni (paragrafo 3) e che dopo cinque anni la ElCom, su domanda dell'interessata (la qui ricorrente), procederà a una nuova fissazione della capacità (...). Se la domanda non fosse presentata, il regime di eccezione verrebbe allora revocato (paragrafo 4). Il periodo di 5 anni è stato stabilito in applicazione dell' art. 6 cpv. 1 lett. a OEAC , secondo il quale incombe alla ElCom decidere la durata del regime di eccezione. Altrimenti detto, nella decisione del 16 aprile 2009, è stato espressamente deciso che il regime di eccezione arrivava a termine dopo cinque anni, se una domanda di nuova fissazione non era presentata in tempo utile. Questa scadenza era parte del contenuto vincolante della decisione del 16 aprile 2009. Non essendo stata contestata all'epoca, ha acquistato forza di cosa giudicata. Di riflesso non può essere rimessa in discussione nella presente procedura.

Ha senso ridefinire la capacità solo se la stessa, eventualmente, sarà differente da quella stabilita inizialmente. Dopo la scadenza dei cinque anni, la capacità in esenzione garantita deve quindi essere ridefinita. Giuridicamente non vi è alcun cambiamento della capacità stabilita, occorre solo procedere a una nuova definizione perché la durata di validità di quella iniziale è giunta a scadenza. Poco importa quindi che la legislazione (legge e/o ordinanza) preveda o meno la facoltà di modificare una capacità garantita. La ricorrente non poteva pertanto, sulla base della decisione del 16 aprile 2009, confidare nel fatto che la capacità garantita sarebbe rimasta immutata durante tutti i 13 anni. Il solo fatto che, nel 2014, la ElCom abbia ridefinito la capacità non è pertanto contrario al diritto. Tutte le censure della ricorrente concernenti questo punto o con le quali viene addotto che sarebbe inammissibile modificare successivamente la capacità garantita sono pertanto infondate e, come tali, vanno respinte.

Ciò non significa ancora - quesito che verrà esaminato di seguito - che le nuove formule siano conformi al diritto.

E. 6.2

È incontestato che il regime di eccezione all'accesso alla rete concesso inizialmente era identico a quello accordato nel 2009 per la parte italiana della Merchant Line Mendrisio-Cagno. È altresì incontestato che finora non vi è stata alcuna ridefinizione per la parte italiana. La ricorrente sostiene che vi deve essere simmetria tra i due regimi. Essa tuttavia non indica alcuna norma legale da cui detta simmetria potrebbe scaturire e nemmeno per il Tribunale federale una tale norma è ravvisabile. Al contrario, l' art. 6 cpv. 3 OEAC prevede espressamente che divergenze rispetto alle disposizioni vigenti all'estero sono legalmente possibili. È vero che nel corso dell'incontro svoltosi il 5 febbraio 2009 tra rappresentanti della ElCom e il Ministero italiano dello Sviluppo Economico (MSE), di cui è fatto menzione nella decisione del 16 aprile 2009, una simmetria tra i due regimi di eccezione è stata evocata; la stessa però non è stata dichiarata vincolante. La ricorrente non afferma inoltre che dal profilo tecnico un'organizzazione asimmetrica sarebbe esclusa. È d'altra parte incontestato che per potere attuare le nuove formule è necessario che Swissgrid SA giunga ad un accordo, il quale dovrà verosimilmente essere negoziato, con il gestore nazionale di rete italiano, ragione per cui le è stato concesso un termine di sei mesi dalla crescita in giudicato della sentenza del Tribunale amministrativo federale per procedervi (cfr. sentenza impugnata consid. 5.4.4. pagg. 27 seg. e cifra 1 del dispositivo).

E. 6.3

La ricorrente si richiama all' art. 2 cpv. 3 OEAC , secondo il quale la capacità di trasporto è definita in base al metodo di calcolo riconosciuto a livello internazionale. Al riguardo sostiene che a livello internazionale vengono presi in considerazione unicamente i valori annuali, non invece quelli giornalieri. Questa affermazione non viene tuttavia comprovata. Oltre a ciò, le nuove formule non concernono la capacità di trasporto (di cui all' art. 2 cpv. 3 OEAC), la quale non ha subito cambiamenti. Solo la capacità garantita è stata modificata. Nella decisione del 16 aprile 2009, la capacità garantita era pari al 100 % della capacità in esenzione. La capacità ridefinita consiste invece in una parte fissa garantita (pari al 50 % della capacità in esenzione) e una parte variabile non garantita, calcolata applicando i nuovi parametri (NTC[d-2] e VEE) contenuti nelle nuove formule. Questa ripartizione non è in contraddizione con i requisiti di cui all' art. 7 OEAC ; invero è conforme alle esigenze minime poste dal capoverso 3 di detto disposto, che prevede che la parte garantita ammonta perlomeno alla metà della capacità oggetto di eccezione all'accesso alla rete.

E. 6.4

Secondo la ElCom e il Tribunale amministrativo federale, l'uso delle nuove formule si giustifica soprattutto perché la situazione di rete, ossia la dinamica dei flussi sulla rete, si è modificata, ciò che ha avuto come conseguenza che, in determinati momenti, la capacità disponibile per il resto del mercato era pari a zero.

E. 6.4.1

La ricorrente non contesta il fatto che se la definizione iniziale fosse mantenuta, la modifica della situazione di rete in determinati momenti avrebbe quale conseguenza che la capacità disponibile per attribuzione secondo procedure orientate al mercato (art. 17 cpv. 1 LAEI) verrebbe fortemente ridotta o addirittura azzerata. Essa è semmai dell'opinione che il fatto che non vi sia capacità libera disponibile non costituisce un motivo per ridurre la capacità garantita, ma al contrario permette di rifiutare a terzi l'accesso alla rete (art. 13 cpv. 2 LAEI). Osserva inoltre che se non avesse costruito la linea, tutta la corrispondente capacità non

sarebbe a disposizione del mercato. In altre parole è dell'opinione che, quale controprestazione per la realizzazione della linea e il rispettivo rischio imprenditoriale che si è assunta, essa ha il diritto, in virtù dell' art. 17 cpv. 6 LAEl , che la capacità oggetto di eccezione all'accesso alla rete (corrispondente all'aumento della capacità di trasporto generato dalla linea di interconnessione da lei realizzata, cfr. art. 7 cpv. 1 OEAC) sia garantita per tutta la durata dell'esenzione.

E. 6.4.2

In quanto la ricorrente rimette in discussione la facoltà della ElCom di potere modificare la capacità garantita fissata nel 2009, la critica, per i motivi esposti in precedenza (cfr. supra consid. 6.1), si rivela d'acchito priva di pertinenza e va pertanto respinta.

E. 6.4.3

Nondimeno, occorre precisare che la legislazione non prevede che il gestore di rete ha diritto a 100 % della capacità in esenzione. Giusta l' art. 7 OEAC solo almeno la metà della capacità oggetto di eccezione all'accesso alla rete dev'essere garantita (cpv. 3), mentre la parte non garantita spetta al richiedente soltanto se le circostanze di esercizio lo permettono (cpv. 4). Inoltre la ElCom, quando definisce il contenuto del regime di eccezione, deve tener conto di un rapporto equilibrato tra rischio e redditività dell'investimento (art. 6 cpv. 2 OEAC). Queste disposizioni, che conferiscono un ampio potere di apprezzamento alla ElCom nella determinazione della parte della capacità garantita, non disattendono la legge. È vero che la ratio legis dell' art. 17 cpv. 6 LAEl è di creare incentivi economici alla realizzazione di linee di interconnessione transfrontaliere, le quali altrimenti non verrebbero costruite (cfr.

supra consid. 3.2), ragione per cui la norma verrebbe disattesa se la parte garantita fosse fissata così bassa che la redditività dell'investimento sarebbe messa in pericolo. Nondimeno, non ne può neanche obbligatoriamente essere dedotto che tutto l'aumento della capacità di trasporto ottenuto con la linea di interconnessione deve ogni volta essere garantito all'investitore. Scopo della legge è che l'accesso alla rete avvenga alle condizioni legali ivi regolamentate (art. 13 segg. nonché art. 22 cpv. 2 LAEl) così come - fatto salvo le forniture prioritarie (art. 17 cpv. 2 LAEl) - il management dei casi di congestioni secondo procedure orientate al mercato (art. 17 cpv. 1 LAEl ; sentenze 2C_390/2016 e 2C_391/2016 del 6 novembre 2017 consid. 4.4 e 2C_632/2016 del 6 novembre 2017 consid. 3.4). Non vi è disciplinato alcun diritto alle eccezioni, l' art. 17 cpv. 6 LAEl contemplando unicamente la possibilità per il Consiglio federale di prevederne. Un investitore non può quindi senz'altro partire dall'idea che l'intera capacità dell'impianto sarà a sua disposizione senza alcun limite. Al contrario la concessione di un'eccezione soggiace alla regolamentazione instaurata dalle competenti autorità (art. 22 cpv. 1 LAEl , art. 21 cpv. 2 OAEI) ed è solo nell'ambito della singola eccezione concessa dall'autorità che vi può essere una limitazione della capacità libera disponibile, che permette di negare a terzi l'accesso alla rete (art. 13 cpv. 2 lett. b LAEl).

E. 6.4.4

Premesse queste considerazioni, se la Elcom e il Tribunale amministrativo federale cercano di concretizzare il principio dell'accesso alla rete e di gestione dei casi di congestione secondo procedure orientate al mercato, ciò non può essere giudicato manifestamente sbagliato. Inoltre se, in seguito ad una modifica delle circostanze, si avvera che, in

determinati momenti, accanto alla capacità esentata garantita non vi è più o quasi più capacità libera disponibile, in tal caso è del tutto ammissibile considerare che vi è stata una modifica delle circostanze di esercizio che incidono sulla capacità che spetta al gestore (art. 7 cpv. 4 OEAC) e, quindi, fissare la capacità garantita in modo che vi sia capacità libera disponibile. È il risultato ottenuto utilizzando le nuove formule.

E. 6.4.5

Le conseguenze che derivano da queste nuove formule sono poco chiare. Nelle sue osservazioni del 25 novembre 2020 la ElCom osserva che "non si può escludere, ovvero è altamente probabile visti i valori empirici, che la maggior parte dell'attuale capacità oggetto di eccezione continui di fatto a essere garantita quasi al 100 per cento". Nell'atto di replica del 1° marzo 2021 la ricorrente ne deduce che "la ragione addotta a motivazione della riduzione delle capacità in esenzione di fatto non sussiste e (...) la modifica della capacità concessa secondo le nuove formule non è giustificata". Ora, se ciò fosse effettivamente il caso e se, praticamente, tutta la capacità di cui fruisce la ricorrente rimanesse garantita, allora l'impiego delle nuove formule risulterebbe discutibile. In tale caso però anche le conseguenze negative che ne deriverebbero per la ricorrente sarebbero ugualmente limitate.

E. 6.5

In ogni caso non va dimenticato che la ElCom, quando si pronuncia, deve tenere conto di un rapporto equilibrato tra rischio e redditività dell'investimento (art. 6 cpv. 2 OEAC).

E. 6.5.1

Emerge senza alcun dubbio dalla decisione parziale dell'11 dicembre 2014 della ELCom che il giudizio è da intendere come "un approccio puramente tecnico senza riflessioni commerciali", e che "le ripercussioni finanziarie sulla destinataria 1 (la qui ricorrente) (...) connesse alla capacità a cui si applica l'eccezione all'accesso alla rete non sono oggetto della presente decisione e saranno valutate in un secondo momento nell'ambito della ridefinizione della durata del regime di eccezione con una decisione separata" (cfr. decisione citata cifra 60 pag. 12 e cifra 22 pag. 6). In altre parole da questa decisione poteva chiaramente essere dedotto che, per compensare la riduzione della capacità garantita, una proroga della durata sarebbe stata presa in considerazione, anche se non vi era (ancora) alcun giudizio al riguardo (cfr. pure il verbale dell'udienza d'istruzione del 10 settembre 2019 predisposta dal Tribunale amministrativo federale pagg. 11 e 23 seg.). Ciò implica che dinanzi al Tribunale amministrativo federale neanche gli aspetti finanziari connessi alla riduzione della durata potevano essere oggetto di disamina.

E. 6.5.2

È quindi a ragione che detta autorità ha giudicato che la ElCom, contemporaneamente alla ridefinizione della capacità del regime di eccezione, doveva statuire sull'eventuale proroga della durata del regime di eccezione al fine di garantire l'investimento del beneficiario di detto regime e, di conseguenza, le ha rinviato la causa affinché emani un nuovo giudizio che contempra sia gli aspetti tecnici che quelli finanziari. In effetti, nella decisione parziale dell'11 dicembre 2014, esclusivamente tecnica, non si poteva tenere conto del rapporto equilibrato che, come esatto dalla legge (art. 6 cpv. 2 OEAC), deve sussistere tra rischio e redditività dell'investimento. Ora questi due aspetti sono connessi e devono necessariamente essere valutati all'unisono.

E. 6.6

La tesi della ricorrente secondo cui, in caso di riduzione della capacità in esenzione, una proroga della durata del regime di eccezione dovrebbe esserle automaticamente accordata non può essere condivisa. La concessione di un'eccezione necessita una decisione della ElCom (art. 21 cpv. 1 LAEl e art. 2 OEAC) la quale determina in particolare la durata del regime di eccezione e la capacità oggetto di eccezione (art. 6 cpv. 1 lett. a e b OEAC). Dato che, nella decisione del 16 aprile 2009, la capacità è stata esentata solo per cinque anni e che la durata complessiva del regime di eccezione era di 13 anni, un nuovo disciplinamento della capacità e una proroga della sua durata non possono verificarsi in modo automatico, ma necessitano una decisione della ElCom (cfr.

supra consid. 6.1). Dato che, come esposto in precedenza, la ElCom deve tener conto nel suo giudizio di un rapporto equilibrato tra rischio e redditività dell'investimento (art. 6 cpv. 2 OEAC), la documentazione che dev'essere presentata assieme alla domanda di eccezione (cfr. art. 4 OEAC) deve necessariamente fornire informazioni anche al riguardo. Ne discende che è a ragione che dapprima la ElCom e poi il Tribunale amministrativo federale hanno ritenuto che la ricorrente doveva presentare un

"business case" , affinché una decisione sulla proroga dell'esenzione potesse essere presa. Contrariamente all'assunto della ricorrente, questa esigenza non disattende l' art. 17 cpv. 6 LAEl , il quale, come illustrato in precedenza (cfr.

supra consid. 6.4.3), non prevede che i regimi di eccezioni possono essere accordati in maniera incondizionata.

E. 6.7

Nel suo allegato di replica del 1° marzo 2021 la ricorrente non contesta più di dover presentare un

"business case" , di fatto necessario per potere procedere all'esame del quesito del rapporto equilibrato tra rischio e redditività dell'investimento. Afferma tuttavia che le condizioni del regime di eccezione devono essere definite ex ante e rimanere stabili nel corso di tutto l'investimento; le stesse non potrebbero invece essere modificate in un secondo tempo in virtù di successivi sviluppi, segnatamente sulla base del rendimento effettivo susseguente. È pertanto a torto che è stata esatta la presentazione di un "

attuale business case" , lo stesso non essendo rilevante in concreto. La tesi, priva di pertinenza perché non si tratta di modificare in maniera retroattiva la capacità garantita inizialmente stabilita, ma di ridefinire la capacità valevole dal 2014 (cfr.

supra consid. 6.1), va respinta. Anche il rapporto equilibrato tra rischio e redditività dell'investimento dovrà essere riesaminato da tale data, ragione per cui sono necessari dati aggiornati, segnatamente informazioni sulle possibilità finanziarie (rispettivamente la redditività) derivanti dalla ridefinizione della capacità oggetto di eccezione secondo le nuove formule, come richiesto dal Tribunale amministrativo federale (cfr. sentenza impugnata consid. 8.2.3 pag. 35).

E. 6.8

Sapere poi secondo quali criteri questa nuova valutazione deve essere effettuata e se, di riflesso, una proroga del regime di eccezione deve eventualmente essere accordata è invece un'altra questione, la quale come già rilevato non è ancora stata evasa.

E. 6.8.1

La ricorrente non condivide l'argomentazione del Tribunale amministrativo federale secondo cui dovrebbe potere ammortizzare a valore zero il suo investimento durante il periodo del regime di eccezione (cfr. sentenza impugnata consid. 8.2.2 pag. 34). A suo avviso sarebbe del tutto insostenibile e, quindi, arbitrario, sostenere, come fatto dall'istanza precedente, che essa potrebbe pretendere ad un'estensione soltanto se il rendimento effettivo della Merchant Line Mendrisio-Cagno non avesse ancora permesso di ammortizzare l'investimento. Ciò vorrebbe dire che l'investitore si assumerebbe un rischio illimitato per una contropartita che al massimo gli permetterebbe di ottenere un rendimento zero. Ora, a suo avviso, una tale interpretazione della legge (arbitraria) non potrebbe che ottenere l'effetto contrario di quello che si prefigge.

E. 6.8.2

È vero che, interpretata in tal modo, la sentenza impugnata si rivela in contraddizione con la ratio legis degli art. 17 cpv. 6 LAEl e 6 cpv. 2 OEAC. Non vi può essere un rapporto equilibrato tra rischio e redditività dell'investimento se, di fronte a un rischio finanziario notevole, è concesso unicamente di ammortizzare l'investimento, senza tuttavia potere realizzare alcun guadagno. L'obiettivo a cui tende l' art. 17 cpv. 6 LAEl - incentivare gli investimenti (cfr.

supra consid. 3.2) - può in effetti essere raggiunto solo se l'investitore, accanto ai rischi imprenditoriali, ha uguali chance di guadagno. Tra queste vi è la facoltà di commercializzare la capacità garantita e di trarne un guadagno. Premesse queste considerazioni, la mera circostanza che l'investitore realizza un profitto non può di per sé essere un motivo per ridurre la capacità garantita. Al riguardo va osservato che anche per quanto concerne le tariffe per l'utilizzazione della rete e dell'energia, un utile d'esercizio adeguato può essere annoverato tra i costi computabili; non sono invece ammessi guadagni ingiustificati, eccessivi (cfr. art. 15 cpv. 1 seconda frase e art. 16 cpv. 2 LAEl ; art. 19 cpv. 2 e Allegato 1 OAEI ; DTF 142 II 451 consid. 6; sentenza 2C_297/2019 del 28 maggio 2020 consid. 6.5.2). A fortiori un profitto adeguato dev'essere ammesso per i rischi legati ad investimenti in elettrodotti transfrontalieri. In effetti, il rischio imprenditoriale è verosimilmente più elevato per questo tipo di linee che per le altre, ragione per cui il gestore nazionale di rete, di regola, non le costruirà (cfr. supra consid. 3.2; art. 2 cpv. 1 lett. c OEAC, ove viene precisato che la concessione di un'eccezione implica che la società nazionale di rete non realizzerà la linea di interconnessione nell'ambito della sua normale attività di rete). Ne discende che più il rischio imprenditoriale è ingente, più le chance di guadagno devono essere importanti.

E. 6.8.3

I considerandi della sentenza impugnata devono pertanto essere precisati nel senso che la ricorrente non solo deve potere ammortizzare gli investimenti consentiti, ma ha anche diritto, in relazione ai rischi assunti, a un guadagno adeguato. Incomberà alla ElCom, nell'ambito della ridefinizione del regime di eccezione alla quale deve procedere (cfr. sentenza impugnata cifra 3 del dispositivo pag. 38), fissarne l'ammontare e decidere come verrà concesso. Essa dovrà in particolare tener conto del fatto che la ricorrente ha potuto disporre della capacità in esenzione inizialmente garantita durante tutto il procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo federale rispettivamente potrà disporre fino all'attuazione delle nuove formule (al più tardi 6 mesi dopo l'emanazione della presente sentenza, cfr. giudizio impugnato cifra 1 del dispositivo pag. 38; vedasi anche art. 61 LTF).

E. 7.1

Da quanto testé esposto discende che il ricorso, in quanto tende all'annullamento del dispositivo della sentenza impugnata, è infondato. Nella misura in cui devono essere precisati i considerandi sui quali poggia detto dispositivo (cfr. supra consid. 6.8), il ricorso dev'essere respinto "nel senso dei considerandi".

E. 7.2

Siccome questa delucidazione concerne un elemento essenziale, si giustifica pertanto, per quanto concerne le spese giudiziarie, di considerare la ricorrente come parzialmente vincente e, quindi, di porre a suo carico solo spese ridotte (art. 66 cpv. 1 LTF) nonché di concederle ripetibili ridotte, le quali sono poste a carico della ElCom (art. 68 cpv. 1 LTF). Quest'ultima è dispensata dal pagamento delle spese giudiziarie (art. 66 cpv. 4 LTF). La causa non viene rinviata al Tribunale amministrativo federale per un nuovo giudizio sulle spese e le ripetibili della procedura svoltasi dinanzi a lui, poiché su questo punto il dispositivo della sentenza impugnata non viene modificato (art. 67 e 68 cpv. 5 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.