

Cons. Stato Sez. VI, 27/12/2006, n. 7972

ENERGIA ELETTRICA

Fatto - Diritto P.Q.M.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da D. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonella Capria e Luisa Torchia, ed elettivamente domiciliato presso quest'ultima, in Roma, via Sannio, n.65;

contro

Autorità per l'energia elettrica e il gas, in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliato presso la stessa in Roma via dei Portoghesi n. 12;

Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale s.p.a. e Acquirente unico s.p.a., non costituitisi in giudizio; per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione IV, n. 402/2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità appellata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 24-10-2006 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Torchia e l'Avv. dello Stato Bruno;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Con l'impugnata sentenza il Tar ha respinto il ricorso proposto dalla D. s.p.a. avverso la deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas n. 122 del 20 luglio 2004, modificativa della precedente deliberazione n. 48 del 27 marzo 2004, con cui è stato avviato il dispacciamento di merito economico in materia di scambio dell'energia elettrica.

La D. s.p.a. ha proposto ricorso in appello avverso tale decisione per i motivi che saranno di seguito esaminati. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito, Autorità) si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso in appello.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con la deliberazione n. 48/2004 l'Autorità ha avviato, in materia di scambio dell'energia elettrica, il dispacciamento di merito economico per l'anno 2004, definendo altresì le connesse disposizioni in materia di adeguatezza della capacità produttiva del sistema elettrico nazionale.

Con la deliberazione n.48/04 è stato previsto che l'energia elettrica acquistata dal Gestore della rete o venduta al medesimo Gestore per lo scambio di energia elettrica fosse valorizzata per fascia oraria e che l'energia elettrica venduta dai soggetti produttori nei mercati dell'energia fosse valorizzata su base oraria.

Dopo i primi mesi di funzionamento del nuovo sistema, l'Autorità ha ravvisato alcune anomalie di prezzo, ritenute derivanti da comportamenti opportunistici volti a trarre vantaggio dalla differente valorizzazione dell'energia elettrica nell'ambito del servizio di scambio e dei mercati dell'energia e ha così avviato una consultazione per la modifica della precedente delibera, cui ha poi fatto seguito l'approvazione dell'impugnata deliberazione n. 122/2004.

Con tale deliberazione l'Autorità ha introdotto un corrispettivo, cosiddetto "di non arbitraggio", finalizzato ad evitare i menzionati comportamenti opportunistici (cd. "arbitraggio") da parte dei produttori di energia, interessati a vendere nel mercato quando il prezzo orario previsto era maggiore rispetto a quello di scambio e, viceversa, a vendere tramite contratti bilaterali quando la situazione si rovesciava.

Il nuovo meccanismo è contestato dalla ricorrente, che si duole del fatto che il corrispettivo di non arbitraggio sia stato introdotto per evitare determinati comportamenti ostruzionistici, ma che sia poi stato esteso anche a soggetti impossibilitati a porre in essere tali comportamenti (i grossisti, che non hanno la possibilità di operare in borsa) e a energia elettrica, non commercializzabile in borsa (quella di importazione e quella CIP 6).

Secondo la ricorrente tale estensione non corrisponderebbe alle finalità dell'intervento, dichiarate nel documento di consultazione e indicate nelle motivazioni dell'impugnata deliberazione.

Il giudice di primo grado ha, invece, ritenuto che l'impugnata deliberazione ha ricondotto il meccanismo dello scambio a criteri di razionalità e ha respinto le censure attinenti alla fase di consultazione preventiva e alla motivazione dell'impugnata deliberazione, ritenendo insussistente un obbligo di motivazione gravante sull'Autorità e, di conseguenza, irrilevanti le considerazioni svolte dalla ricorrente circa l'integrazione postuma di tale motivazione da parte dell'Avvocatura dello Stato.

3. Il ricorso in appello è fondato nei seguenti termini.

Va innanzitutto rilevato come risponda al vero quanto dedotto dalla ricorrente circa i presupposti motivazionali dell'impugnata deliberazione.

Infatti, nel documento per la consultazione del 15 giugno 2004, l'Autorità ha giustificato il proprio intervento con l'esigenza di evitare "eventuali comportamenti opportunistici volti a trarre vantaggio dalla differente valorizzazione dell'energia elettrica nell'ambito del servizio di scambio e dei mercati dell'energia".

Anche nelle premesse motivazionali della deliberazione n. 122/2004, è stato evidenziato che tale "differente valorizzazione può indurre distorsioni nelle scelte dei produttori circa la destinazione dell'energia elettrica prodotta al sistema delle offerte o ai contratti di compravendita stipulati al di fuori del medesimo sistema, comportando un aumento del costo medio dello scambio di energia elettrica".

Per tali motivi è stato ritenuto "necessario prevedere un adeguamento della disciplina dello scambio dell'energia elettrica al fine di precludere la possibilità di esercitare comportamenti opportunistici volti a trarre vantaggio dalla differente valorizzazione dell'energia elettrica nell'ambito dello scambio e dei mercati dell'energia".

Il c.d. corrispettivo di non arbitraggio è stato, invece, previsto anche per i soggetti, quali la ricorrente, che erano impossibilitati a porre in essere tali comportamenti ostruzionistici.

Infatti, i grossisti, non potendo operare in borsa, non sono in grado di esercitare l'arbitraggio, e per di più il corrispettivo è stato previsto anche in relazione a tipologie di energia, quali quella importata e quella c.d. "CIP 6", che anche non poteva essere oggetto di arbitraggio.

Il Tar ha superato tali obiezioni, facendo riferimento ad una diversa giustificazione dell'intervento dell'autorità: è stato evidenziato che il meccanismo di valorizzazione dell'energia elettrica previgente alla deliberazione n. 122/04 consentiva di assimilare anche le forniture di energia con profilo di immissione oraria costante (cd. "piatte") a quelle trattate nella borsa elettrica e che in questo modo le forniture "piatte" finivano per essere valorizzate come se fossero state in grado di soddisfare un fabbisogno non costante nell'arco della giornata, ma distribuito in maniera più concentrata nelle ore di punta, beneficiando di una sopravvalutazione, perché se fossero state cedute nel mercato, sulla base di un valore adeguato all'effettivo profilo orario, avrebbero goduto di una minore valorizzazione. L'impugnata deliberazione sarebbe stata, quindi, adottata per ricondurre il meccanismo dello scambio a criteri di razionalità, avendo stabilito che gli utenti paghino un corrispettivo pari, in ogni fascia oraria, al costo medio che il G. R. T. N. avrebbe sostenuto per approvvigionarsi di energia elettrica nel mercato del giorno prima, se tutta la produzione fosse stata venduta in borsa. In tal modo, il valore dell'energia elettrica negoziata per lo scambio è stato ricondotto al valore che assumerebbe se venisse negoziata nel mercato borsistico.

Tale motivazione non è presente nell'impugnata deliberazione, ma è invece contenuta nella memoria dell'avvocatura dello Stato del 19 gennaio 2005, in cui viene sottolineato che l'applicazione del contestato corrispettivo risponde alle esigenze di porre rimedio anche a tali criticità, oltre che ai già menzionati comportamenti ostruzionistici.

Il giudice di primo grado sembra essere consapevole della novità della motivazione, introdotta dalla difesa dell'Autorità nel corso del giudizio di primo grado e, al riguardo, precisa che è irrilevante verificare se si tratti di una vera e propria motivazione postuma dell'impugnato provvedimento, "in ragione della circostanza che essendo la deliberazione impugnata un atto a contenuto generale esso, a norma dell' *art. 3, comma 2, Legge n. 241/90* non necessita di uno specifico obbligo motivazionale".

Il Tar ha anche aggiunto che gli eventuali affidamenti degli operatori economici, ove non coincidenti con l'interesse pubblico perseguito dall'Autorità e fondati su anomalie del funzionamento del mercato dell'energia, restano confinati nell'area del mero fatto e non divengono rilevanti da un punto di vista giuridico e che al procedimento di formazione di un atto a carattere generale, quale quello impugnato, non si applicano le garanzie partecipative della *legge n. 241/90*, ma le previsioni dell'*art. 5 della delibera dell'Autorità n. 61/97*, che si qualifica come *lex specialis* (ampliativa) rispetto alla *Legge n. 241/90*, e configura la partecipazione a tali procedimenti in termini collaborativi e non codecisionali né paragiurisdizionali, senza prevedere alcun obbligo di controdeduzione alle osservazioni presentate dagli interessati.

La tesi sostenuta dal Tar non è corretta.

Con alcune recenti decisioni, questa Sezione ha approfondito i presupposti su cui si fonda l'esercizio del potere regolatorio delle Autorità indipendenti, proprio con riferimento all'Autorità dell'energia elettrica e il gas (v., fra tutte, Cons. Stato, VI, n. 2007/2006 e n. 2201/2006).

E' stato evidenziato che ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (*art. 3 e 13 l. n. 241/90*).

L'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'*art. 95 della Costituzione*, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative.

In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurative le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale.

Del resto, non è pensabile che l'attività di regulation venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti

nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori).

Uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalla consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati.

Tali concetti erano stati di recente affermati anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva in occasione dell'espressione del parere sul c.d. *codice appalti* (Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355); in tale occasione era stato sottolineato che l'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti deve ormai ritenersi compatibile con il nostro sistema ordinamentale, ma è necessario che le Autorità prevedano idonee garanzie partecipative e si dotino di sistemi di consultazione preventiva, volti a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati (il rapporto tra consultazione e qualità della regolazione è sottolineato anche, a livello comunitario, dal Protocollo n. 7 al Trattato di Amsterdam, in quanto una regolamentazione negoziata e concordata ha maggiori probabilità di essere accettata e quindi applicata). Tale consultazione preventiva viene svolta da tempo proprio dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas attraverso audizioni e meccanismi di "notice and comment", con cui viene data preventivamente notizia del progetto di atto e viene consentito agli interessati di fare pervenire le proprie osservazioni (art. 5 delle deliberazioni n. 61/1997, contenente "Disposizioni generali sullo svolgimento dei procedimenti")

La previsione di una fase di consultazione e della facoltà di presentazione di osservazioni vincola l'Autorità al rispetto di alcune basilari regole procedurali, non essendo corretto ritenere, come fatto dal Tar, che la partecipazione degli interessati ha una mera funzione collaborativa e non impone all'Autorità alcun conseguente obbligo motivazionale.

L'Autorità è, invece, tenuta ad indicare la finalità dell'intervento regolatorio e a motivare la decisione finale, anche con riguardo alle osservazioni presentate; pur non essendo necessaria una puntuale replica ad ogni osservazione, l'Autorità deve però dare conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, soprattutto in quei casi in cui vengono contestati i presupposti dell'azione regolatoria.

Nel caso di specie, pur essendosi svolta la fase della consultazione preventiva, l'Autorità non ha rispettato tali regole, in quanto ha indicato quale presupposto dell'atto di regolazione solo l'esigenza di evitare i menzionati comportamenti ostruzionistici dei produttori di energia elettrica, e non le ulteriori criticità indicate poi nella sola memoria dell'Avvocatura dello Stato.

Inoltre, a fronte delle puntuali osservazioni svolte dalla ricorrente con la nota del 23 giugno 2004, non vi è traccia nella deliberazione impugnata non solo di una replica a quanto osservato, ma della motivazione dell'estensione del c.d. corrispettivo di non arbitraggio anche a soggetti, che non potevano porre in essere i rilevati comportamenti ostruzionistici.

Tali carenze conducono a ritenere illegittima in parte qua l'impugnata deliberazione e non possono essere colmate da considerazioni svolte dalla difesa dell'Autorità in fase di giudizio.

Pertanto, rispetto alle finalità dell'intervento regolatorio, indicate nel documento di consultazione e nell'impugnata deliberazione n. 122/04, le misure adottate non rispettano il principio di proporzionalità (del c.d. minimo mezzo), implicando un aggravio per i contrapposti interessi dei soggetti grossisti, non presi in considerazione in modo esplicito dall'Autorità e si pongono in contrasto anche con il principio dell'affidamento, trattandosi di misure dirette a incidere su contratti di fornitura già stipulati e su soggetti, che non potevano in alcun modo rivalersi sui propri clienti o comunque programmare in modo diverso la propria attività imprenditoriale in funzione del corrispettivo di non arbitraggio, introdotto in corso di anno.

Proprio in ragione del fatto che si incideva su rapporti già in essere, l'Autorità avrebbe dovuto dare atto delle esigenze che intendeva perseguire.

Né si può sostenere, come fatto dall'Avvocatura nella memoria del 18 ottobre 2006, che l'obiettivo di porre termine ai comportamenti ostruzionistici dei produttori non poteva essere disgiunto dalla finalità di ricondurre a razionalità i meccanismi di valorizzazione dell'energia elettrica; al riguardo, è sufficiente evidenziare che in un caso si tende a disincentivare un comportamento, quello dei produttori, che ha alternative, mentre nel secondo caso si disciplinano in modo diverso gli effetti di una condotta (quella dei grossisti), che alternative non ha.

Questa era una ragione ulteriore per un corretto svolgimento della fase di consultazione preventiva, svoltasi invece solo in funzione del primo problema e per una adeguata indicazione delle ragioni per le quali era necessario intervenire anche sul secondo aspetto (motivi del tutto mancanti nell'impugnata deliberazione).

4. In conclusione, l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, la deliberazione dell'autorità n. 122/04 deve essere annullata, nei limiti dell'interesse della ricorrente, nella parte in cui estende il c.d. corrispettivo di non arbitraggio anche ai grossisti (resta in tal modo assorbita la menzionata questione della tipologia dell'energia elettrica commercializzata).

Ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla l'atto impugnato nei limiti di cui in parte motiva. Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 24-10-2006 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giorgio Giovannini Presidente
Lanfranco Balucani Consigliere
Rosanna De Nictolis Consigliere

Aldo Scola Consigliere
Roberto Chieppa Consigliere Est.