

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 3501/06

Reg.Dec.

N. 6875 Reg.Ric.

ANNO 2005

Disp.vo 23/2006

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

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 6875/2005, proposto dall'AUTORITA' PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio eletto in Roma via dei Portoghesi n. 12;

contro

ENEL PRODUZIONE S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Guido Greco e Paolo Gonnelli con domicilio eletto in Roma via Tacito n. 41, presso l'Avv. Paolo Gonnelli;

e nei confronti di

GESTORE DEL MERCATO ELETTRICO S.P.A., non costituitasi;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia sede di Milano Sezione IV n. 1846/2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ENEL PRODUZIONE S.P.A.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 17 gennaio 2006 relatore il Consigliere Francesco Caringella. Uditi altresì, l'Avv. Gonnelli e l'Avv. dello Stato Marchini;

FATTO E DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto dalla società odieramente appellata avverso la delibera 30 dicembre 2004, n. 254 con la quale l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (in seguito: "Autorità"), in base all'art. 5 del decreto del Ministero della Attività Produttive 19 dicembre 2003, ha predisposto un meccanismo per il controllo del mercato elettrico, al fine di verificare l'esistenza di operatori in grado di esercitare un potere all'interno del medesimo e di monitorarne l'andamento dei prezzi. Il Collegio ha reputato infatti fondata ed assorbente la censura intesa a stigmatizzare l'esorbitanza delle misure stabilite dall'amministrazione, gravemente incidenti sugli operatori, rispetto al novero dei poteri affidati dalla legge all'autorità medesima.

Il Tribunale ha invece dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti proposto dalla medesima società nei confronti della successiva delibera n. 50/2005, che ha disposto mere misure di monitoraggio del mercato senza stabilire misure comportamentali in caso di riscontro dell'esistenza di un rilevante potere di mercato in capo a determinati operatori.

L'Autorità appella contestando gli argomenti posti a sostegno del decisum.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 17 gennaio 2006 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Va preliminarmente dato conto del contesto normativo e fattuale nel quale si inserisce la presente controversia.

L'art. 5, comma 2, del d. m. 19 dicembre 2003, ha inteso porre in essere un meccanismo per monitorare i prezzi del mercato elettrico, recentemente attuato, e per verificare se esistano operatori in grado di esercitare un potere all'interno del medesimo, ed ha affidato il relativo potere di controllo all'Autorità la quale, con la delibera impugnata in prime cure, ha individuato alcuni indici specifici atti a rilevare sia la potenziale presenza di un potere di mercato, che l'avvenuto concreto esercizio dello stesso.

Oltre a ciò, il provvedimento dell'Autorità stabilisce che gli operatori possono essere assoggettati ad una serie di misure, definite "rimedi di natura comportamentale", laddove si verificano alcune condizioni individuate dal medesimo quali indici sintomatici dell'effettivo esercizio di un potere di mercato. Dette condizioni consistono nella particolare rilevanza di un operatore ai fini della copertura del fabbisogno di energia elettrica in una determinata zona geografica congiunta, alternativamente, alla cessione di una quantità di energia elettrica inferiore alla quantità minima per la quale l'operatore interessato è risultato indispensabile, ovvero al superamento di una determinata soglia (pari allo 0,9) dell'indice di marginalità dell'operatore medesimo.

Al verificarsi di queste condizioni, detto operatore viene assoggettato, per i trenta giorni successivi al termine entro cui vengono effettuati i controlli, ai rimedi di natura comportamentale di cui agli artt. 5.15, 5.16 e 5.19 dell'impugnata delibera consistenti, in particolare, nella revoca della facoltà di esercitare lo sbilanciamento a programma; nell'obbligo di formulare, per il mercato del servizio di dispacciamento, un'offerta di acquisto a prezzo fisso, peraltro liberamente determinato, nonché, per questo mercato e per quello del giorno prima, nell'obbligo di offrire tutta la produzione ad un prezzo fisso anch'esso liberamente determinato.

3. Il Collegio deve preliminarmente ribadire l'orientamento della Sezione (vedi decisione n. 5827/2005) secondo cui l'Autorità conserva il potere di intervenire nel mercato dell'energia elettrica anche per regolamentare l'esercizio di attività liberalizzate quali la produzione. Essa, infatti, tra i propri scopi annovera anche la promozione della concorrenza (art. 1, l. n. 481/95) ed è quindi logico che debba vigilare sul corretto funzionamento del mercato elettrico per valutare la presenza di anomalie o distorsioni. Tale compito, del resto, è quello che, in coerenza con la richiamata legge istitutiva, è stata chiamata a svolgere in base all'art. 5, comma 2, del d. m. 19 dicembre 2003.

Detto potere di intervento può concretizzarsi, in base alle previsioni legislative generali in tema di regolazione dei servizi di pubblica utilità, di cui all'art. 2, commi 12 e 20, legge n. 481/95, nella richiesta di documenti ed informazioni agli operatori, nell'emanazione di direttive per lo svolgimento dei servizi e di ordini per fare cessare comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, nell'irrogazione di sanzioni in caso di inottemperanza ai propri provvedimenti o qualora non vengano fornite le informazioni richieste, o siano fornite informazioni non veritiere, e, infine, nella formulazione di proposte agli altri soggetti istituzionali di volta in volta competenti su specifiche questioni.

Il Collegio condivide in linea di principio il ragionamento svolto dall'Autorità appellante in merito alla permanenza di poteri di regolazione procompetitiva in tutte le fasi della produzione e della distribuzione dell'energia elettrica in forza delle clausole generali contenute nella legge n. 481/1995 in sede di perimetrazione dei poteri di regolazione dell'Autorità. Una sottolineatura merita, in questa direzione, il potere di direttiva di cui all'art. art 2, comma 12, lett. h) della legge in parola, concernente in senso lato la produzione e l'erogazione dei servizi e, come tale, idoneo, anche al di là dello stretto ambito dei rapporti con l'utenza, a legittimare prescrizioni regolatorie intese a fissare vincoli comportamentali al fine di imporre condotte virtuose agli operatori.

Tanto premesso in linea generale, reputa tuttavia la Sezione che il provvedimento impugnato, per il suo contenuto specifico e singolare, decampi dai limiti di proporzionalità e ragionevolezza ai quali è assoggettato il potere regolatorio proconcorrenziale dell'Autorità, pure se inteso nella sua latitudine più ampia.

Decisiva si appalesa in quest'ottica la considerazione che, come ammesso dalla stessa parte appellante in via principale, gli indici previsti dalla delibera 254 non stabiliscono l'accertamento di un effettivo esercizio del potere di mercato, e men che meno di un suo abuso, ma soltanto della teorica possibilità che l'impresa abbia approfittato della propria pivotalità per innalzare il prezzo di valorizzazione oraria dell'energia. Segnatamente, il meccanismo, senza fondarsi sull'accertamento di un effettivo e continuativo potere di mercato, finisce per imputare presuntivamente all'operatore colpito dalle misure una situazione di pivotalità, congiunta ad un aumento dei prezzi rispetto al livello medio, che potrebbe essere del tutto occasionale e indipendente dalla sua volontà in quanto dipendente da circostanze esterne alla sua sfera di disposizione e neppure conoscibili in modo preciso anticipatamente. Gli indici introdotti dalla delibera n. 254 non fanno infatti riferimento al solo comportamento dell'impresa ma alla dinamica complessiva del mercato in guisa che le condizioni ai quali si lega l'accertamento del rilevante potere di mercato sono connesse alle variabili imponderabili della situazione complessiva del mercato, e segnatamente alle decisioni delle altre imprese ed alla coagulazione della domanda di energia.

Tali essendo i presupposti ed i contenuti dell'intervento dell'Autorità non risulta decisivo l'insistito accento posto dall'Autorità appellante sulla natura non sanzionatoria della misura imposta, a sua volta argomentata dalla caratterizzazione non illecita della condotta che legittima l'adozione delle misure correttive. La verità è che, in disparte le disquisizioni prettamente

nominalistiche, le determinazioni adottate si appalesano connotate da un sapore schiettamente ablatorio nella misura in cui, espropriando l'autonomia negoziale dell'operatore tipica di un mercato contendibile, impongono ai soggetti che versano nella condizione di potere di mercato il vincolo di non modificare il prezzo di vendita per tutte le ore dei trenta giorni successivi e impongono l'obbligo di offrire in vendita tutta la potenza massima disponibile per lo stesso periodo.

Dette misure infliggono in definitiva un pesante vulnus al normale esplicarsi del giuoco concorrenziale, creando una asimmetria ai danni di taluni operatori incisi nella loro libertà di azione, non giustificato, sul piano della ragionevolezza e della proporzionalità, dal presupposto di comportamenti abusivi, scorretti o anche solo sintomatici di una distorsione speculativa del funzionamento del mercato in quanto fondato sul mero presupposto oggettivo di una capacità di fissazione dei prezzi in un determinato contesto temporale che si è visto non essere sicuramente sintomatico di un significativo potere di mercato in quanto, a sua volta, influenzato dal funzionamento generale del mercato medesimo. Con il che risulta concettualmente chiara la irragionevolezza di una misura espropriativa della libertà di impresa, caratterizzata da contorni particolarmente rilevanti in ordine all'ambito temporale ed al contesto di mercato in cui l'ablazione viene ad operare, a fronte di condotte che evocano la mera ed indimostrata possibilità di comportamenti speculativi da parte di operatori versanti in una anche solo occasionale e casuale capacità di influenzare l'andamento del mercato.

La violazione dei canoni comunitari ora richiamati è resa ulteriormente evidente dal rilievo che i criteri di rilevazione della posizione di mercato sono congegnati in guisa tale da impedire all'operatore di mercato di prevedere l'assoggettabilità della propria condotta alle misure comportamentali stabilite dall'Autorità. La non significatività degli indici sintomatici del potere di mercato nei sensi sopra descritti comporta pertanto l'esorbitanza delle misure in questione dalla nozione e dai confini fisiologici di regolazione proconcorrenziale.

Ne deriva che la misura finisce per incidere pesantemente sul diritto degli operatori di fissare i prezzi in guisa che la finalità di prevenzione di futuri abusi finisce per nascondere una pesante incisione della libertà di impresa per effetto di un provvedimento indirettamente conformativo dei prezzi; ossia di un intervento amministrativo sui meccanismi di mercato che si pone in chiara distonia con le logiche di un mercato liberalizzato in cui la fissazione del prezzo è il portato delle dinamiche concorrenziali.

4. Le considerazioni che precedono impongono la reiezione dell'appello in epigrafe indicato.

Sussistono tuttavia giuste ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese di causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello in epigrafe indicato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 17 gennaio 2006 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Mario Egidio SCHINAIA Presidente

Luigi MARUOTTI Consigliere

Carmine VOLPE Consigliere

Giuseppe ROMEO Consigliere

Francesco CARINGELLA Consigliere Est.

Presidente

f.to Mario Egidio Schinaia

Consigliere Segretario

f.to Francesco Caringella f.to Glauco Simonini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....14/06/2006.....

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

f.to Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 6875/2005

FF

