

N. 01648/2014 REG.PROV.COLL.
N. 02724/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2724 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

- Illumia S.p.A., già D.S.E. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Aldo Travi, ed elettivamente domiciliata in Milano, Via Corridoni n. 39, presso la Segreteria del T.A.R.;

contro

- l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, e domiciliata presso la sede della stessa in Milano, Via Freguglia n. 1;

nei confronti di

- Terna S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

- A.I.G.E.T. – Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Aldo Travi, ed elettivamente domiciliata in Milano, Via Corridoni n. 39, presso la Segreteria del T.A.R.;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della deliberazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas del 2 agosto 2012, n. 342/2012/R/EEL, avente ad oggetto “Intervento urgente in materia di disciplina degli sbilanciamenti di energia elettrica e avvio di un'istruttoria conoscitiva in merito alle dinamiche del mercato dell'energia elettrica in Sardegna”;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- della deliberazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas del 30 maggio 2013, n. 239/2013/R/EEL, avente ad oggetto “Intervento urgente in materia di contenimento degli oneri di dispacciamento, in particolare per le isole maggiori”;

- della deliberazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas del 28 giugno 2013, n. 285/2013/R/EEL, avente ad oggetto “Nuovi interventi urgenti di contenimento degli oneri di dispacciamento”;

- nonché dei rispettivi atti preparatori, ivi comprese, in particolare, le comunicazioni di Terna 21 maggio 2013 e 14 giugno 2013, richiamate rispettivamente nelle premesse delle due deliberazioni del 30 maggio e del 28 giugno 2013 cit., e la deliberazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas 9 maggio 2013, n. 197/2013/E/EEL, avente ad oggetto “Chiusura dell'istruttoria conoscitiva relativa alle dinamiche del mercato dell'energia elettrica in Sardegna”.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas;

Visto l'intervento ad adiuvandum dell'A.I.G.E.T. – Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il primo referendario Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 24 aprile 2014, i procuratori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso introduttivo, notificato in data 12 novembre 2012 e depositato il 21 novembre successivo, la società ricorrente ha impugnato la deliberazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas del 2 agosto 2012, n. 342/2012/R/EEL, avente ad oggetto "Intervento urgente in materia di disciplina degli sbilanciamenti di energia elettrica e avvio di un'istruttoria conoscitiva in merito alle dinamiche del mercato dell'energia elettrica in Sardegna".

Va premesso che la ricorrente è una società operante nel settore della fornitura di energia elettrica a clienti finali, che per approvvigionarsi si rivolge al mercato ed è utente del servizio di dispacciamento in prelievo. Tra i mercati in cui opera vi è anche quello della Regione Sardegna che è una delle zone di mercato e macrozone in cui è diviso il territorio nazionale ai fini del monitoraggio e dell'applicazione dei corrispettivi di sbilanciamento. A giudizio dell'Autorità per l'energia, in Sardegna, nel corso dell'anno 2012, si sarebbe registrata una consistente differenza tra l'energia programmata in prelievo in esito al MGP dall'insieme degli utenti del dispacciamento in prelievo e l'energia misurata in prelievo

affidente ai medesimi utenti. Ciò, sempre secondo l'Autorità, sarebbe una conseguenza di una precisa scelta degli operatori, come la ricorrente, al fine di rivendere l'energia acquistata in eccesso, lucrando sui corrispettivi di sbilanciamento calcolati da Terna. L'Autorità, al fine di evitare un aumento ingiustificato dei costi per il sistema elettrico e per garantire la sicurezza dello stesso, ha imposto a Terna di calcolare i prezzi di sbilanciamento a partire dal luglio 2012, escludendo le quantità e i prezzi afferenti all'utilizzo della riserva secondaria, che dovrà essere considerata soltanto per il bilanciamento fisico della rete.

La ricorrente ritiene tale determinazione, adottata con la deliberazione impugnata, lesiva dei propri interessi eccependo, innanzitutto, l'illegittimità per eccesso di potere, per difetto di motivazione, per travisamento dei fatti e per carenza di istruttoria.

Successivamente vengono eccepiti l'illegittimità per eccesso di potere, per irragionevolezza e per difetto di motivazione, la violazione di legge e la contraddittorietà in riferimento all'art. 39.1 della Delibera n. 111/2006.

Poi vengono dedotti l'illegittimità per eccesso di potere, per irragionevolezza, per ingiustizia manifesta e per disparità di trattamento.

Ulteriormente, si eccepiscono l'illegittimità per eccesso di potere, per ulteriore profilo di irragionevolezza, per ingiustizia manifesta e per difetto di motivazione.

Ancora si deducono l'illegittimità per difetto di motivazione e carenza di istruttoria, in relazione all'affermazione di un rischio per la sicurezza del sistema.

Inoltre si assume l'illegittimità per eccesso di potere e per violazione di legge, in relazione all'omissione della procedura di consultazione.

Infine, si deducono la violazione del principio di irretroattività degli atti

amministrativi e l'eccesso di potere.

Si è costituita in giudizio l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

E' intervenuta ad adiuvandum l'A.I.G.E.T. – Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader.

2. Con ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 24 luglio 2013 e depositato il 6 agosto successivo, la società ricorrente ha altresì impugnato la deliberazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas del 30 maggio 2013, n. 239/2013/R/EEL, avente ad oggetto “Intervento urgente in materia di contenimento degli oneri di dispacciamento, in particolare per le isole maggiori” e la deliberazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas del 28 giugno 2013, n. 285/2013/R/EEL, avente ad oggetto “Nuovi interventi urgenti di contenimento degli oneri di dispacciamento”, nonché i rispettivi atti preparatori, ivi comprese, in particolare, le comunicazioni di Terna 21 maggio 2013 e 14 giugno 2013, richiamate rispettivamente nelle premesse delle due deliberazioni del 30 maggio e del 28 giugno 2013 cit., e la deliberazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas 9 maggio 2013, n. 197/2013/E/EEL, avente ad oggetto “Chiusura dell'istruttoria conoscitiva relativa alle dinamiche del mercato dell'energia elettrica in Sardegna”.

Le predette deliberazioni sono giunte all'esito di una indagine istruttoria finalizzata a verificare le dinamiche del mercato dell'energia elettrica in Sardegna e le criticità emerse in siffatto mercato.

Con la prima censura si assume l'illegittimità dei richiamati provvedimenti per eccesso di potere, per difetto di motivazione, per travisamento dei fatti, per difetto di istruttoria e per contraddittorietà.

Con la seconda doglianza si deducono l'illegittimità per eccesso di potere e per violazione del principio di proporzionalità.

Con la terza doglianza si deducono l'illegittimità per eccesso di potere, per irragionevolezza, per ingiustizia manifesta e per disparità di trattamento.

Con la quarta censura si assume l'illegittimità per eccesso di potere e per violazione di legge, in relazione all'omissione della procedura di consultazione.

Con la quinta censura si deduce l'illegittimità per eccesso di potere, per contraddittorietà e per violazione di legge, in relazione all'introduzione di criteri di computo divaricati dai costi effettivi.

Con la sesta e ultima doglianza si deduce l'illegittimità per eccesso di potere, in relazione alla disparità di trattamento rispetto alle altre categorie di operatori del settore elettrico.

3. In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 24 aprile 2014, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti, che vanno trattati congiuntamente in quanto presentano censure connesse e logicamente collegate, sono fondati nei sensi di seguito specificati.

2. Va esaminato in via prioritaria il quinto motivo del ricorso introduttivo, da trattare congiuntamente al punto 2.a del ricorso per motivi aggiunti, con il quale si assume l'insussistenza di uno dei presupposti di urgenza posti alla base della deliberazione del 2 agosto 2012, ovvero della necessità di garantire la sicurezza del sistema.

2.1. La doglianza è fondata.

L'Autorità ha giustificato l'intervento, assunto come impellente, in materia di sbilanciamenti di energia elettrica con la sussistenza della

straordinaria urgenza di intervenire, sul presupposto della verifica di un aumento dei costi e della presenza di rischi per il sistema elettrico. Tuttavia nel corpo della deliberazione impugnata non emerge la sussistenza di un tale presupposto che, pertanto, risulta assolutamente apodittico. Siffatta conclusione è avvalorata pure da alcune circostanze quali l'assenza di una segnalazione di rischio da parte di Terna, quale di gestore del sistema elettrico, e la decisione, contenuta nell'impugnata deliberazione, di dare l'indirizzo a Terna di effettuare successivamente un'indagine conoscitiva finalizzata a verificare la sussistenza di eventuali condotte speculative e ad apprestare una più efficiente ed efficace metodologia degli sbilanciamenti effettivi. Tale ragionamento risulta altresì avvalorato dall'esito della predetta indagine conoscitiva – le cui risultanze sono state impugnate con il ricorso per motivi aggiunti – dalla quale è emerso che nessun rischio effettivo risultava gravare sul sistema elettrico (cfr. le premesse all'Allegato A alla deliberazione n. 197/2013).

2.2. Pertanto, uno dei presupposti posti a base della deliberazione impugnata con il ricorso introduttivo, ovvero i rischi per la sicurezza del sistema, risulta assolutamente carente e indimostrato, sia in fase di adozione dell'atto, sia in sede di verifica successiva, come è emerso dai risultati dell'indagine conoscitiva.

2.3. Di conseguenza, la richiamata doglianza va accolta.

3. Si può quindi passare all'esame del sesto motivo del ricorso introduttivo, di identico tenore rispetto al terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti, per mezzo del quale si assume l'illegittimità della deliberazione impugnata per mancato svolgimento della procedura di consultazione, secondo quanto stabilito dall'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità per l'Energia elettrica e il gas 30 ottobre 2009, GOP 46/09. A giudizio della ricorrente, laddove fosse stata svolta

la predetta consultazione vi sarebbe stata la possibilità di verificare l'effettiva sussistenza dei presupposti posti a fondamento delle deliberazioni impugnate, non realmente comprovati.

3.1. La doglianza è fondata.

L'Autorità ha escluso di dover effettuare la procedura di consultazione sul presupposto, già evidenziato in precedenza, della sussistenza della straordinaria urgenza di intervenire – ai sensi dell'art. 4.4 dell'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità per l'Energia elettrica e il gas 30 ottobre 2009, GOP 46/09 – assumendo come verosimile un aumento dei costi e la presenza di rischi per il sistema elettrico, senza tuttavia dare una effettiva dimostrazione della sussistenza degli stessi.

L'effettuazione della consultazione avrebbe consentito alla parte ricorrente di poter evidenziare le proprie ragioni, inducendo l'Autorità a non assumere alcuna determinazione, oppure ad adottarne con contenuti diversi, determinando conseguenze di impatto meno rilevante nei confronti della medesima ricorrente.

A tal fine può essere richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui "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 della deliberazione 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 (...) 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” (Consiglio di Stato, 27 dicembre 2006, n. 7972).

3.2. L’effettuazione di una procedura di consultazione avrebbe consentito di riscontrare in via preventiva anche quanto evidenziato nelle censure contenute sia nel ricorso introduttivo che in quello per motivi aggiunti e avvalorato dagli esiti emersi in seguito all’espletamento dell’indagine conoscitiva effettuata da Terna.

3.3. In tal senso non appare giustificata – secondo la censura contenuta nel primo motivo del ricorso introduttivo – la premessa contenuta nella deliberazione impugnata, relativamente alla ragione per cui il prezzo di sbilanciamento applicato per la Sardegna da Terna sarebbe quasi sistematicamente corrisposto al prezzo di sbilanciamento da applicarsi nei casi in cui il segno dello sbilanciamento aggregato zonale risulti

negativo.

Nemmeno appare chiara la ragione per la quale Terna dovrebbe modificare il criterio di calcolo per la definizione del prezzo di sbilanciamento, pur essendo lo stesso disciplinato dall'art. 39.1 della deliberazione n. 111/2006 e non costituendo affatto gli interventi di trading attività illecita o indebita (secondo e quarto motivo di ricorso introduttivo e secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti).

Infine, l'estensione della disciplina contenuta nella deliberazione impugnata ha un'efficacia retroattiva che si pone in contrasto con la libertà di iniziativa economica e con l'affidamento venutosi a creare in capo agli operatori, come la ricorrente (si veda il settimo motivo del ricorso introduttivo).

4. La fondatezza delle doglianze scrutinate in precedenza, previo assorbimento delle ulteriori censure, determina l'accoglimento di entrambi i ricorsi e l'annullamento delle deliberazioni impugnate.

5. In relazione alla natura e alla complessità della controversia, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti, fatta eccezione per la rifusione del contributo unificato in favore della parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti indicati in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti con gli stessi ricorsi impugnati.

Spese compensate, ad eccezione della rifusione del contributo unificato in favore della parte ricorrente da porre a carico dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 24 aprile 2014 con

l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Antonio De Vita, Primo Referendario, Estensore

Diego Spampinato, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/06/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)