



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE**  
**PER LA LOMBARDIA**  
**MILANO**  
**SEZIONE III**

**Registro Sentenze:** /09  
**Registro Generale:** 2166/2008

nelle persone dei Signori:  
**DOMENICO GIORDANO** Presidente  
**STEFANO COZZI** Ref.  
**DARIO SIMEOLI** Ref. , relatore  
ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella Camera di Consiglio del **22 gennaio 2009**  
Visto il ricorso 2166/2008 proposto da:

**EDISON TRADING SPA**  
rappresentata e difesa dall'avv.:  
TRAVI ALDO  
con domicilio eletto in MILANO  
VIA CONSERVATORIO,13  
presso  
SEGRETERIA DEL TAR

**contro**

**AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS**  
rappresentata e difesa da:  
AVVOCATURA DISTR. DELLO STATO  
con domicilio eletto in MILANO  
VIA FREGUGLIA, 1  
presso la sua sede

**GESTORE DEI SERVIZI ELETTRICI S.P.A.**  
rappresentata e difesa dagli avv.ti:  
ANACLERIO FRANCESCO  
FIDANZIA SERGIO  
GIGLIOLA ANGELO  
con domicilio eletto in MILANO 3816AF  
VIALE CALDARA, 20  
presso  
ANACLERIO FRANCESCO

**TERNA SPA**  
rappresentata e difesa dagli avv.ti:  
SANINO MARIO  
PASSEGGIO FILOMENA  
VIOLA FABRIZIO  
con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Riccardo Salmeri

in MILANO 2813AF CORSO XXII MARZO, 4

**per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,**

della delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas del 6 maggio 2008, n. 53/08, pubblicata sul sito internet dell'Autorità il 9 maggio 2008 e sulla Gazzetta ufficiale del 27 giugno 2008, avente come oggetto "*modifica dell'allegato A della deliberazione dell'autorità per l'energia elettrica e il gas 27 marzo 2004, n. 48704, in materia di dispacciamento di merito economico di energia elettrica, in ottemperanza al decreto del Presidente della Repubblica 13 aprile 2007*", nonché di ogni altro atto connesso.

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS, del GESTORE DEI SERVIZI ELETTRICI S.P.A., di TERNA SPA

Udito alla pubblica udienza del 22 gennaio 2009 il relatore Ref. DARIO SIMEOLI e uditi altresì i procuratori delle parti presenti come da verbale;

Considerato quanto segue in fatto e diritto

**FATTO**

EDISON TRADING SPA ha impugnato la delibera n. 53, adottata il 6 maggio 2008 dall'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS (di seguito AEEG), deducendo quanto segue:

- l'AEEG aveva disciplinato l'avvio della Borsa Elettrica con delibera 27 marzo 2004 n. 48, dettando una regolazione particolare dei prezzi di acquisto dell'energia; in particolare, per scongiurare gli effetti distorsivi derivanti dal fatto che sul territorio del Paese vi sono condizioni diverse di produzione e consumo di energia elettrica, l'AEEG aveva stabilito che gli acquisti in Borsa sarebbero avvenuti sulla base di un prezzo che non sarebbe dipeso da fattori territoriali all'uopo introducendo il prezzo unico nazionale (PUN) ricavato dalla media dei prezzi delle singole zone territoriali (prezzi zonali, PZON); ciò comportava che, nelle zone nelle quali la produzione era carente, il PZON sarebbe stato superiore al PUN (con conseguente vantaggio per il produttore); il contrario accadeva nelle zone in cui la produzione era eccedente (con conseguente svantaggio per il produttore);

- per i contratti bilaterali (per tali intendendosi quelli di cessione dell'energia stipulati direttamente dal fornitore con i c.d. clienti idonei abilitati ad acquistare energia sul mercato), i cui prezzi non si formavano in Borsa, la delibera n. 48/2004 aveva introdotto il *corrispettivo per l'assegnazione dei diritti di utilizzo della capacità di trasporto (CCT)*; tale corrispettivo era aggiuntivo ed ulteriore rispetto a quanto già veniva corrisposto per i medesimi contratti ai gestori delle reti elettriche per l'utilizzo delle stesse: anche qui il meccanismo introdotto determinava che, per gli operatori che disponevano di centrali nelle zone eccedentarie, il corrispettivo

fosse un costo, mentre, per gli operatori delle zone deficitarie, rappresentasse un provento netto;

- la società ricorrente, titolare di centrali ubicate nelle zone eccedentarie del Nord Italia, alla data della introduzione del suddetto corrispettivo, aveva già stipulato tutti i contratti bilaterali per le forniture di energia del 2004 e non avrebbe potuto più ridefinire le condizioni economiche pattuite; nel periodo aprile-luglio 2004, la ricorrente aveva dovuto corrispondere al GESTORE DELLA RETE DI TRASMISSIONE NAZIONALE un corrispettivo pari ad € 16.612.089,11, dovuto anche al fatto che la divaricazione dei prezzi zionali si era rilevata sensibilmente più ampia e volatile di quanto previsto prima dell'avvio della Borsa elettrica;

- solo alla fine di luglio 2004, le anomalie del mercato si erano andate normalizzando, ciò subito dopo la pubblicazione della delibera 29 luglio 2004 n. 137 che aveva introdotto un limite massimo per il valore medio del corrispettivo;

- ENEL S.P.A., operatore dominante nel mercato elettrico italiano, aveva in prevalenza mantenuto la proprietà di centrali nelle zone deficitarie; il sistema dei prezzi zionali aveva alla stessa consentito, proprio nella fase di avvio del mercato elettrico, di rafforzare la propria posizione ai danni degli altri operatori, puntando sui differenziali di prezzo tra le diverse zone;

- il 9 giugno 2004 l'AEEG aveva aperto una indagine conoscitiva sulle anomalie sopra sinteticamente descritte; all'esito dell'istruttoria conclusasi con la delibera 25 febbraio 2005 n. 25, l'AEEG, avendo accertato che le anomalie del mercato erano imputabili a strategie di ENEL S.P.A. (consistite, in particolare, nell'aver speso il proprio potere di mercato per fissare prezzi molto differenziati tra le varie macrozone), aveva ritenuto di investire l'AUTORITÀ ANTITRUST della questione per l'adozione delle misure ritenute conseguenti;

- l'AUTORITÀ ANTITRUST, nel procedimento che si concludeva con la delibera 20 dicembre 2006, aveva accertato l'effettiva sussistenza di una pratica escludente tenuta da ENEL S.P.A. (tramite la propria controllata ENEL PRODUZIONE) che aveva penalizzato i concorrenti sia (in via diretta) attraverso la definizione di differenziali zionali nei prezzi del MGP (mercato del giorno dopo) molto elevati, sia (in via indiretta) attraverso la determinazione di un elevato corrispettivo di capacità di trasporto; all'istruttoria non era seguita, tuttavia, alcuna sanzione perché ENEL S.P.A. aveva assunto impegni per limitare il proprio potere di mercato ai sensi dell'art. 14 *ter* l. 287/1990;

- EDISON TRADING SPA ha impugnato le previsioni della delibera n. 48/2004 con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, il quale veniva accolto con decreto del 13 aprile 2007, conforme al parere espresso dal Consiglio di Stato nella sua seduta del 27 settembre 2006; in esso si legge che la disciplina del corrispettivo

introdotto dall'AEEG era stata inadeguata perché non aveva previsto la possibilità di oscillazioni molto forti dei prezzi zonali e non aveva previsto un limite ai valori del corrispettivo; per tali motivi, il d.P.R. ha annullato l'art. 42 della delibera 48/2004 per il periodo dall'aprile al luglio 2004, considerato che dal 1° agosto 2004 era entrata in vigore la nuova disciplina introdotta dall'AEEG con delibera n. 137 che, fissando un limite massimo al corrispettivo, aveva determinato la cessazione delle anomalie del mercato elettrico;

- dopo la notifica della istanza di EDISON TRADING SPA volta ad ottenere la restituzione degli importi indebitamente riscossi dal Gestore della rete, l'AEEG ha adottato la delibera 6 maggio 2008 n. 53 con la quale, integrando *in parte qua* la delibera n. 40/2004, è stato retroattivamente esteso, a far tempo dal 1° aprile 2004, il medesimo limite (di € 2/Mwh) per il CCT introdotto precedentemente con la delibera n. 137; con la conseguenza che sarebbe stato restituito soltanto l'importo di corrispettivo eccedente l'applicazione di tale valore.

Tanto premesso, EDISON TRADING SPA ha impugnato anche la delibera n. 53 del 2008 dell'AEEG con ricorso straordinario, notificato il 4 agosto 2008 all'AEEG ed al GESTORE DEI SERVIZI ELETTRICI SPA, il 29 agosto 2008 a TERNA SPA, nonché presentato alla PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI in data 5 settembre 2008; in seguito alla notifica, in data 29 settembre 2008, dell'atto di opposizione da parte dell'AEEG, EDISON TRADING SPA ha trasposto, con ricorso depositato il 23 ottobre 2008, la controversia in sede giurisdizionale ai sensi dell'art. 10 d.P.R. 1199/1971, insistendo per l'annullamento del provvedimento impugnato, previa sospensiva.

Si sono costituiti nel presente giudizio l'AEEG, il GESTORE DEI SERVIZI ELETTRICI S.P.A., TERNA S.P.A. chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda incidentale di sospensione.

Alla camera di consiglio del 13 novembre 2008, su accordo delle parti l'istanza cautelare è stata rinviata al merito.

Sul contraddittorio così istauratosi, all'udienza pubblica del 22 gennaio 2009, quindi, la causa è stata discussa e decisa con sentenza definitiva, previo deposito del dispositivo.

## **DIRITTO**

**1.** Il ricorso è ammissibile. L'eccezione sollevata dalla società ricorrente, secondo cui l'AEEG non sarebbe legittimata a proporre l'opposizione prevista dall'art. 10 d.P.R. n. 1199 del 1971, la quale potrebbe essere proposta soltanto da amministrazioni statali, è destituita di fondamento per i seguenti motivi.

Come è noto, i controinteressati, entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso straordinario, possono richiedere, con atto notificato al ricorrente e all'organo che ha emanato l'atto impugnato, che il ricorso sia deciso in

sede giurisdizionale. In tal caso, il ricorrente, qualora intenda insistere nel ricorso, deve depositare nella segreteria del giudice amministrativo competente, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione, l'atto di costituzione in giudizio, dandone avviso mediante notificazione all'organo che ha emanato l'atto impugnato ed ai controinteressati, e il giudizio segue in sede giurisdizionale. Il mancato esercizio della facoltà di opzione preclude ai controinteressati, ai quali sia stato notificato il ricorso straordinario, l'impugnazione dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale della decisione di accoglimento del Presidente della Repubblica, salvo che per vizi di forma o di procedimento propri del medesimo (art. 10 d.P.R. n. 1199 del 1971).

Tale disciplina è stata già in passato denunciata innanzi al Giudice delle Leggi per il fatto di non aver collocato sullo stesso piano del controinteressato, ai fini della "scelta" fra le vie straordinaria o giurisdizionale, l'ente pubblico diverso dallo Stato che avesse emanato l'atto impugnato con il ricorso straordinario. La Consulta (con sentenza 29 luglio 1982 n. 148), accogliendo la prospettazione del giudice *a quo*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione, nella parte in cui, ai fini dell'esercizio della facoltà di scelta ivi prevista, non equipara ai controinteressati l'ente pubblico diverso dallo Stato.

**1.1.** Il Collegio ritiene che l'opzione tra il resistere nella sede straordinaria o in quella giurisdizionale, che la legge accorda espressamente al solo controinteressato e, dopo l'intervento additivo della Corte Costituzionale, anche all'ente pubblico non statale, sia senza dubbio voluta dall'ordinamento anche in favore della Autorità Indipendente convenuta. A ciò induce l'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata del disposto in commento.

Sul punto, non convincono gli argomenti formulati dalla società ricorrente per sostenere la diversità che contraddistinguerebbe la collocazione istituzionale dell'Autorità rispetto a quella degli altri enti pubblici non statali. Il convincimento del Tribunale, come si dirà nel prosieguo, è che le *rationes* a suo tempo formulate dalla Consulta sussistano maggiormente nel caso *de quo*, a prescindere dalle (senza dubbio interessanti e suggestive) riflessioni sulla imputabilità degli atti dell'AEEG alla persona giuridica dello Stato Persona, trattandosi di organo privo di autonoma soggettività.

**1.2.** In termini generali, si definiscono Autorità Indipendenti i corpi amministrativi dotati di particolari competenze tecniche preposti alla cura di interessi ordinamentali "sensibili" che abbisognano dell'apporto qualificato di organismi muniti di una particolare posizione di terzietà. Con specifico riferimento ai processi di liberalizzazione di vasti settori economici prima riservati alla "mano pubblica" e alla regolazione pubblica del nascente "mercato" in cui (sia pure in una diversa

veste privatistica) continuano ad operare le imprese pubbliche ex monopoliste, l'ordinamento ha inteso scongiurare il rischio (ampiamente inveratosi nel passato del nostro Paese) di una gestione "politica" della vita economica, gestione quest'ultima per sua intima natura "egoistica" giacchè condizionata (secondo quanto, appunto, suggerito dall'esperienza) dall'interesse particolare delle formazioni politiche di volta in volta detentrici della maggioranza parlamentare relativa.

Per quanto alcune delle attribuzioni delle Autorità indipendenti consistano nella identificazione di posizioni giuridiche soggettive piuttosto che in valutazioni discrezionali circa la cura di un interesse pubblico, la giurisprudenza (Cass. 30 giugno 2001, n. 8889) ritiene che le Autorità abbiano pur sempre natura amministrativa, non sussistendo nel nostro ordinamento giuridico un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione.

Ricondotte nell'alveo dell'amministrazione, è interessante notare come le predette esigenze di indipendenza siano state ritenute, dal legislatore, prevalenti sul tradizionale modello *cavouriano* dell'apparato amministrativo politicamente responsabile, al cui vertice siede un componente del Governo (Ministro) ovvero altro organo comunque sottoposto al medesimo indirizzo politico.

Il profilo di indipendenza che contraddistingue le Autorità indipendenti e le separa dalle altre organizzazioni differenziate, pure dotate di autonomia, si concreta proprio nella rescissione del tradizionale legame strutturale e funzionale che solitamente lega le amministrazioni statali all'autorità di Governo; con la rilevante conseguenza che quest'ultimo è privo nei loro riguardi di poteri di direttiva e controllo. L'esercizio di poteri regolatori da parte di soggetti posti al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è "compensato" dall'esistenza di strumenti di partecipazione dei soggetti interessati, in varia misura sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative; strumenti che configurano le autorità indipendenti organi dello Stato Comunità piuttosto che dello Stato Persona.

**1.3.** L'AEEG rientra, senza dubbio a pieno titolo, nel paradigma appena tracciato. Nella sua attività di regolazione e controllo del settore di competenza, la stessa opera, per espressa volontà di legge, in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione (art. 2, comma 5, l. 481 del 1995). L'ordinamento segna un "distacco" non solo organico ma, soprattutto, marcatamente funzionale dell'organo di regolazione rispetto al Governo, al cui indirizzo politico non soggiace.

Ciò è confermato, e non escluso, dall'art. 2, comma 21, L. 481/1995, alla cui stregua il Governo, nell'ambito del documento di programmazione economico-finanziaria, indica alle Autorità il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di

pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese. E' del tutto ovvio, infatti, che la definizione degli obiettivi macroeconomici del settore energia spetti all'iniziativa del Governo in sede di manovra di bilancio, dal momento che l'Autorità è organo tecnico non certo deputato alla direzione suprema dello Stato: ciò che conta, ai nostri fini, è piuttosto che, nell'esercizio della concreta e specifica attività regolatoria (ed, in senso lato, giurisdicente), l'Autorità non possa subire condizionamento politico alcuno.

Invero, il Governo può ingerirsi (non diversamente da quanto previsto per gli enti territoriali), soltanto nei casi in cui l'AEEG non adotti atti o provvedimenti di sua competenza, ai sensi delle leggi vigenti (cfr. l. n. 239/2004 art. 1, comma 12, secondo cui il Governo può in tali casi esercitare un potere sostitutivo; a tale fine il Ministro delle attività produttive trasmette all'Autorità un sollecito ad adempiere entro i successivi sessanta giorni; trascorso invano tale termine l'atto è adottato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle attività produttive).

L'assenza di una relazione funzionale con il Governo non è, inoltre, contraddetto dalle ulteriori deduzioni contenute in ricorso. In particolare: - il controllo della Corte dei Conti è di tipo collaborativo e proviene da un organo imparziale dello Stato Comunità; il patrocinio, affidato alla difesa erariale, è circoscritto alla gestione del contenzioso; - il fatto che il presidente e i due membri componenti l'Autorità siano nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro competente, non ne mina l'indipendenza di giudizio che, invece, è salvaguardata dal fatto di durare in carica sette anni, di non poter essere revocati *ad libitum*, di non potere essere confermati.

**1.4.** L'intero procedimento istruttorio e decisionale in cui si articola il procedimento contenzioso straordinario è affidato alla competenza esclusiva del Governo giacché, per quanto concluso con decreto del Capo dello Stato, rimane atto ministeriale di cui il Ministro proponente, o il Presidente del Consiglio, assume con la controfirma l'intera responsabilità politica e giuridica.

E' indubitabile che l'AEEG (contro il quale è rivolto il ricorso straordinario), non essendo riconducibile al medesimo ambito organizzatorio dell'autorità governativa decidente, assuma nel procedimento contenzioso straordinario la veste di mera controparte rispetto al ricorrente, senza alcun potere di decidere e neppure di influire sulla vertenza. Non le si può, pertanto, eccepire il difetto della facoltà di trasposizione in sede giurisdizionale poiché essa, al pari del controinteressato, ha un interesse qualificato a resistere in giudizio.

Diversamente opinando, il principio dell'alternatività tra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso giurisdizionale verrebbe a collidere irrimediabilmente

con l'art. 113 Cost. che sancisce il diritto ad un giudice imparziale (non avendo l'autorità neppure, in conseguenza della negata facoltà di scelta in pendenza del procedimento, il diritto ad impugnare senza limitazioni la intervenuta decisione sul ricorso straordinario proposto contro l'atto da essa emanato); si realizzerebbe, inoltre, una ingiustificata disparità di trattamento rispetto al ricorrente che avrebbe, invece, "piena libertà" di adire la tutela giurisdizionale o rinunciare ad essa.

**1.5.** L'interesse qualificato dell'Autorità a contraddire in sede giurisdizionale è ancora più evidente ove si ponga mente al fatto che il Governo detiene ancora partecipazioni nelle principali imprese operanti nel mercato regolato (ENI ed ENEL, attuali monopolisti del settore).

Orbene, tenuto conto che (ai sensi dell'art. 14 d.P.R. 1199/1971) la decisione sul ricorso straordinario potrebbe discostarsi dal parere tecnico espresso dal Consiglio di Stato, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, ove l'autorità non avesse la possibilità di optare immediatamente per la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale, si realizzerebbe una situazione assai bizzarra: i provvedimenti di regolazione indirizzati nei confronti delle imprese pubbliche (in funzione pro-competitiva, ad esempio), ove impugnati da queste ultime, potrebbero essere, almeno in astratto, sempre "superati" dal Consiglio dei Ministri, in cui siede il Ministro azionista di ENI ed ENEL, semplicemente adducendo un interesse "politico" ritenuto prevalente su quello sotteso alle esigenze di regolazione, la cui individuazione è rimessa dalla legge alla valutazione esclusiva dell'Autorità. E' del tutto evidente come siffatto meccanismo potrebbe sacrificare, in radice, le prerogative di indipendenza imposte, non solo dal legislatore interno, ma anche da quello comunitario (direttiva n. 54/2003) il quale pure esige che l'autorità di regolazione sia pienamente indipendente dagli interessi della industria elettrica (cfr., specularmente, la direttiva 55/2003 sul gas naturale).

**1.6.** In definitiva, il primo comma dell'art. 10 del decreto n. 1199 del 1971 deve interpretarsi nel senso che, ai fini dell'esercizio della facoltà di scelta ivi prevista, ai controinteressati e agli enti pubblici non statali sono equiparati le autorità amministrative indipendenti che abbiano emanato l'atto impugnato con ricorso straordinario. Esse possono, infatti, optare immediatamente per la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale, o restare, invece, nella sede straordinaria prescelta dal ricorrente, con ciò stesso rinunciando alla tutela giurisdizionale (in quanto la mancata opposizione preclude loro l'impugnativa della decisione per vizi che non siano di forma o del procedimento).

**2.** Nel merito, il ricorso non può essere accolto.

**2.1** Con il primo motivo di ricorso EDISON TRADING SPA assume la violazione del d.P.R. 13 aprile 2007. Sul punto, si afferma che far retroagire gli effetti giuridici

della delibera n. 137/2004 al periodo precedente al 1 agosto 2004 non soddisferebbe assolutamente le esigenze segnalate dal Consiglio di Stato: la retroattività giuridica non può produrre alcun beneficio rispetto ad anomalie di mercato che si sono già definitivamente realizzate e che perciò rimangono ferme, anche nella loro incidenza sostanziale sull'ordine di valore del corrispettivo contestato. Poichè gli effetti discriminatori ed i comportamenti opportunistici di ENEL SPA si sono oramai prodotti, l'assegnazione di valore retroattivo alla delibera n. 137 del 2004 non è in grado di eliminarli, a maggior ragione quanto al loro impatto rispetto all'ammontare del corrispettivo in discussione. La delibera, in definitiva, non attua correttamente la decisione del ricorso straordinario, ponendosi anzi in contrasto con essa perché si esaurisce nella previsione di un limite che, rispetto alla situazione nel periodo temporale aprile – luglio 2004, risulta concretamente irrilevante.

**2.2.** Con il secondo motivo, si deduce che, nella delibera n.137/2004, il limite era da considerare sulla media delle variazioni del corrispettivo registrate nell'intero periodo agosto-dicembre 2004 che era stato caratterizzato da livelli piuttosto bassi del corrispettivo, con la conseguenza che il limite massimo introdotto dalla delibera n. 137 del 2004 era risultato ben superiore alla media di riferimento. Alla stregua della delibera impugnata, il limite di 2 euro/Mwh va verificato con riguardo al periodo complessivo aprile-dicembre 2004; ne consegue che, sul piano pratico, gli importi sensibilmente superiori di aprile-luglio 2004 risultano quasi totalmente compensati dall'andamento normale del mercato nei mesi successivi. Trattandosi di un periodo diversamente caratterizzato rispetto a quello successivo, sarebbe stata necessaria una disciplina coerente con le caratteristiche del diverso periodo considerato e, difatti, tale imperizia determina l'irrisorietà del rimborso dovuto dalla ricorrente, così avvalorando *ex post* gli effetti discriminatori della disciplina originaria del corrispettivo.

**2.3.** Con il terzo motivo, il ricorso censura il travisamento dei fatti ed il difetto di istruttoria, non avendo l'autorità effettuato alcuna analisi sulle anomalie che avevano caratterizzato l'avvio del sistema del corrispettivo e di conseguenza non aveva cercato neppure di stabilire quali conseguenze avrebbero dovuto essere sopportate ragionevolmente dagli operatori in condizione di normalità.

**2.4.** Con ulteriore motivo si segnala che, nonostante l'AEEG avesse accertato il ruolo distorsivo tenuto dall'operatore dominante, con la delibera in oggetto aveva consolidato la penalizzazione dell'operatore incolpevole e virtuoso a tutto vantaggio dell'operatore dominante cui non veniva chiesta la restituzione di alcunché. Ciò sebbene l'annullamento della delibera n. 48/04, avendo la disciplina del corrispettivo carattere normativo, comportasse il dovere di recuperare gli importi versati ad ENEL S.P.A. indebitamente; quest'ultima deve considerarsi debitrice di tale

importo nei confronti degli altri operatori, a nulla importando che, nel procedimento di ricorso straordinario, la ENEL S.P.A. non fosse controinteressata.

**2.5.** Da ultimo, si sostiene che l'AEEG avrebbe adottato un provvedimento con effetti retroattivi *in pejus*. Non era possibile procedere ad una correzione del corrispettivo, ora per allora, dal momento che era la stessa disciplina del corrispettivo ad essere illegittima perché ancorata a valori che, per la situazione di anomalia di mercato, non potrebbero essere assunti legittimamente come parametri utili.

**3.** Tali censure possono essere trattate congiuntamente poiché rispetto a ciascuna di esse valgono le seguenti considerazioni.

**3.1.** La decisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, pur avendo carattere cogente per l'amministrazione e determinando in capo ad essa l'obbligo di esecuzione, consiste in un provvedimento amministrativo, a contenuto eliminatorio, privo della natura e della forza di giudicato che assiste la sentenza resa nella sede giurisdizionale. Ne consegue che, onde ottenere la conformazione di un'amministrazione ad un decreto del Presidente della Repubblica, agli interessati non rimane altra strada, se non quella di attivare in primo grado i normali rimedi contemplati dal sistema processuale amministrativo per reagire ad un'ingiustificata inerzia amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2007, n. 4156; Consiglio Stato, sez. VI, 04 aprile 2008, n. 1440). Al fine di far valere il titolo alla puntuale e corretta esecuzione della decisione sul ricorso straordinario non è utilizzabile lo strumento del ricorso per l'ottemperanza che è limitato all'esecuzione del giudicato; nondimeno, in base al principio di effettività che deve assistere le decisioni emesse in esito a procedimenti contenziosi volti alla tutela di situazioni soggettive del privato, la pretesa al pieno e corretto adempimento all'atto decisorio non resta sfornita di tutela. Difatti, il provvedimento adottato in ottemperanza al decreto di decisione sul ricorso straordinario ha natura esecutivo-conformativa, di tal che è ben ammissibile un'azione di verifica di legittimità sugli atti di conformazione o di esecuzione del decreto presidenziale di decisione del ricorso straordinario, pur non essendo esperibile in materia, stante l'assenza di un giudicato in senso tecnico, una vera e propria "actio iudicati" (Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 1999, n. 146).

**3.2.** La decisione del ricorso straordinario, oltre al c.d. effetto demolitorio, produce anche essa un effetto conformativo e ripristinatorio. L'effetto conformativo è dato dalle prescrizioni che vincolano, in modo più o meno stringente, la possibile riedizione del potere amministrativo e che definiscono l'utilità concreta ottenuta dal ricorrente in virtù dell'accoglimento della sua impugnazione; l'effetto ripristinatorio implica la cancellazione delle modificazioni della realtà (giuridica e di fatto) intervenute per effetto dell'atto annullato e cioè l'adeguamento dell'assetto di

interessi esistente prima della pronuncia giurisdizionale alla situazione giuridica prodotta dalla pronuncia stessa.

**3.3.** Il Tribunale è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della delibera n. 53 (adottata dall'AEEG in espressa esecuzione del d.p.r. 13 aprile 2007) per quanto concerne l' idoneità dell'atto medesimo a rispondere ai criteri dettati dalla decisione resa sul ricorso straordinario dal Capo dello Stato.

Il parere del Consiglio di Stato, cui è conforme il d.P.R., ha ritenuto immune da censure la disciplina del corrispettivo introdotto con la delibera n. 137/2004 con decorrenza 1 agosto 2004, in ragione dell'introduzione di un "tetto" alle oscillazioni del suo valore, ritenuto avente capacità stabilizzante, adeguatrice, compensativa. Il meccanismo riequilibratore, in particolare, consiste nella previsione di un limite massimo all'onere medio del corrispettivo di assegnazione della capacità di trasporto sostenuto dell'operatore di mercato: nel caso in cui il predetto onere medio ecceda un certo valore, il GSE (gestore), deve riconoscere all'operatore un corrispettivo compensativo pari alla differenza tra l'onere ed il valore indicati.

Accogliendo la censura di eccesso di potere per mancanza di istruttoria, il d.p.r. 13 aprile 2007 ha, invece, rilevato che il principale difetto della disciplina inizialmente dettata dall'autorità (relativamente cioè al periodo 1 aprile–31 luglio 2004) risiedeva nella mancata fissazione di una soglia massima dell'incremento della misura del corrispettivo. La delibera n. 48/04, quindi, è stata annullata non perché introduce il CCT ma perché non era stata prevista *ab origine* una soglia massima all'intero periodo di funzionamento della borsa elettrica nel 2004, soprattutto nelle ipotesi in cui il PZON fosse inferiore al PUN. La decisione sostiene, in particolare, che l'originaria configurazione del CCT fosse mal calibrata rispetto alla reale struttura del mercato elettrico italiano, fortemente caratterizzato dalla posizione di dominanza ENEL SPA, essendosi sottovalutato che questa, traendo vantaggio dalla peculiare distribuzione geografica dei suoi impianti, avrebbe potuto agevolmente influenzare l'andamento dei PZON così indirettamente determinando anche l'entità dei CCT.

**3.4.** La ricorrente afferma che l'autorità non si sia legittimamente conformata al decreto presidenziale dal momento che la misura adottata sarebbe del tutto inidonea ad eliminare il pregiudizio subito a causa della estrema volatilità dei prezzi verificatasi nel periodo in oggetto.

Ritiene il Tribunale che, stante il carattere retroattivo dell'annullamento della disciplina di regolazione contenuta nella delibera n. 48, l'organo tutorio avesse il dovere di ripronunciarsi ora per allora al fine di ricomporre la cornice giuridica del mercato regolato, con la medesima decorrenza del provvedimento annullato. Difatti, anche nel caso in cui sia stata annullata in sede di ricorso straordinario una norma

regolamentare, l'amministrazione, nell'emanare una nuova norma, in sostituzione di quella annullata, che tenga conto dei rilievi formulati nella decisione, agisce non nell'ambito della propria discrezionalità, ma per la necessità di colmare il vuoto giuridico formatosi con l'annullamento della regola e risalente fino al momento dell'emanazione di quest'ultima.

Nel caso di specie, l'effetto conformativo imponeva all'autorità di adeguare la disciplina del CCT relativamente al periodo temporale in cui la stessa era risultata sprovvista di un meccanismo idoneo a salvaguardare l'operatore economico, incapace di influenzare il prezzo di borsa, da oscillazioni esorbitanti del valore monetario del corrispettivo. Circa l'entità del corrispettivo pagato da EDISON nel 2004 (16 milioni di euro) e finito nelle casse del Gestore della Rete, la decisione del Presidente della Repubblica non statuiva alcun obbligo di restituzione se non nei limiti delle quote derivanti dal diverso modello regolativo adottato in ottemperanza alla pronuncia.

Le censure secondo cui il meccanismo retroattivamente esteso sarebbe stato inidoneo a regolare il periodo aprile-luglio 2004, essendo quest'ultimo diversamente caratterizzato dal punto di vista dell'andamento, non sono idonee ad intaccare la legittimità del provvedimento impugnato. Il meccanismo regolatorio, di per sé, funziona a prescindere dall'andamento del mercato e dalle oscillazione dei prezzi dal momento che esso è destinato a funzionare *ex post* sulla base dei valori medi a consuntivo: a fine anno il gestore della rete verifica l'entità del corrispettivo medio CCT versato da ciascun operatore che vende energia nell'ambito dei contratti bilaterali; se il corrispettivo risulta superiore a € 2/MWh il gestore della rete restituisce all'operatore la differenza; se invece il corrispettivo è inferiore all'operatore non spetta alcunché.

Il criterio di regolazione adottato ora per allora non è, di per sé, viziato per il fatto di non consentire di ristorare l'intero pregiudizio patrimoniale sofferto, giacché la tutela di annullamento ed il conseguente effetto conformativo offrono una tutela di pura legittimità dell'interesse legittimo, tutela come tale orientata al conseguimento di una sintesi del pubblico interesse con quello privato: la non satisfattività della tutela di annullamento non è, poi, senza conseguenze perché apre le porte della tutela risarcitoria di completamento.

L'AEEG era tenuta a rimuovere la lacuna nella disciplina del corrispettivo ravvisata dal Capo dello Stato, introducendo, sia pure *ex post*, un limite massimo ai valori medi; non era, invece, tenuta a dettare un quadro di regolazione avente la finalità specifica di risarcire l'operatore economico del danno ingiusto asseritamente dovuto a fattori di mercato contingenti in uno a comportamenti di imprese concorrenti di cui si assume l'illiceità. L'effetto conformativo scaturente da una

pronuncia di annullamento persegue l'interesse pubblico di ricondurre l'azione amministrativa ai canoni di legalità divisati dal giudice; tale interesse è qualitativamente diverso da quello patrimoniale tutelato con il rimedio risarcitorio, che presuppone il ricorrere di ben altri requisiti di fattispecie.

**3.5.** In definitiva, la dedotta mancata integrale elisione del pregiudizio sofferto a causa del non adeguato quadro regolamentare esistente, non costituisce di per sé un vizio di legittimità della delibera impugnata. Al di là delle formule utilizzate, il rimedio in questa sede invocato consiste nella pretesa al risarcimento del danno non coperto dalla tutela specifica di annullamento della delibera n. 48.

Non è un caso che la stessa società ricorrente deduca che la situazione di pregiudizio dovuta alla volatilità dei prezzi zionali è un "fatto storico" e, in quanto tale, del tutto irreversibile e che le anomalie del mercato non sono più modificabili; che si tratta di pregiudizio che non può essere rimosso con attività regolativa adottata ora per allora in quanto il pregiudizio è il frutto dell'anomalo funzionamento del mercato in un preciso momento temporale.

EDISON S.P.A. non è certo privata di strumenti di tutela. Se ritiene che la condotta dell'AEEG (già riconosciuta illegittima) e di ENEL S.P.A. le abbiano cagionato un danno ingiusto potrà convenirle in giudizio per sentirle condannare al risarcimento del danno, all'uopo dimostrando il nesso di causalità, la colpa e l'effettiva entità del danno.

**3.6.** Neppure può parlarsi di provvedimento retroattivo *in pejus*.

Il principio d'irretroattività costituisce regola generale dell'ordinamento giuridico, assumendo però rango costituzionale solo in riferimento alle norme penali incriminatrici ed alle altre norme di carattere afflittivo. Non viola, però, il principio della irretroattività degli atti amministrativi, la normativa regolamentare volta a disciplinare ora per allora situazioni e rapporti la cui precedente regolamentazione sia stata caducata per effetto di giudicato amministrativo, purchè vengano preservati: a) le posizioni soggettive dei terzi; b) la preesistenza dei presupposti di fatto e di diritto richiesti per l'emanazione dell'atto fin dalla data alla quale si vogliono far risalire gli effetti; c) i fatti già avvenuti in epoca anteriore (Consiglio Stato, sez. IV, 30 marzo 1998, n. 502).

Nel caso di specie, in primo luogo, il provvedimento impugnato arreca un vantaggio ad Edison s.p.a. (che beneficia di € 225000,00). Inoltre, alla stregua di quanto sopra detto, la nuova regola che prende il posto di quella annullata, per quanto riguarda la decorrenza, non viola il principio dell'irretroattività delle norme, trattandosi di necessaria emanazione ed applicazione di una norma "ora per allora".

**3.7.** Secondo la società ricorrente, l'effetto distorsivo del corrispettivo risale ad anomalie riconducibili al comportamento scorretto di ENEL SPA, rispetto alla quale

l'AEEG avrebbe rinunciato a ripetere le somme indebitamente percepite in relazione all'annullamento della delibera n. 48/2004.

Sul punto, deve replicarsi che, in primo luogo, la decisione non statuisce affatto il carattere indebito, ossia privo di valido ed efficace titolo giuridico, della attribuzione patrimoniale incamerata da ENEL SPA e neppure detta criteri per stabilire quali importi avrebbero dovuto essere recuperati. ENEL SPA, del resto, non era neppure parte del procedimento contenzioso, cosicchè una eventuale pronuncia in tal senso sarebbe rimasta *inutiliter data*. Inoltre, la decisione amministrativa non ha eseguito alcun accertamento di responsabilità in capo ad ENEL SPA.

Anche qui la società ricorrente, se lo riterrà, potrà in un giudizio risarcitorio dimostrare l'illecito compiuto ai suoi danni.

**4.** Il ricorso deve, pertanto, essere respinto.

Il rigetto integrale comporta l'assorbimento dell'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata da Terna s.p.a.

**5.** Le spese di lite sono interamente compensate tra le parti, sussistendo giusti motivi ravvisabili nella estrema complessità della materia trattata.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così provvede:

**Rigetta il ricorso;**

**Compensa interamente tra le parti le spese di lite.**

**Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.**

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 22 gennaio 2009, con l'intervento dei seguenti magistrati:

dott.	DOMENICO GIORDANO	Presidente
dott.	STEFANO COZZI	Referendario
dott.	DARIO SIMEOLI	Referendario Estensore

Presidente  
DOMENICO GIORDANO

Estensore  
DARIO SIMEOLI