SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO E ATTI REGOLATORI DELL’AEEGSI

**Sommario:** 1. Premessa: la difficoltà del sindacato sul potere regolatorio dell’AEEGSI. – 2. Il parametro legislativo: gli obiettivi del potere regolatorio. – 3. L’eccesso di potere: le figure sintomatiche utilizzate per sindacare la scelta tecnica. – 4. L’accesso al fatto. – 5. La legalità formale nel potere regolatorio. La partecipazione e il dovere di motivazione. – 6. Il riflesso della specialità del potere regolatorio sul potere sanzionatorio. - 7. L’esecuzione del giudicato sul potere regolatorio. – 8. Conclusioni.

1. **Premessa: la difficoltà del sindacato sul potere regolatorio dell’AEEGSI**

Come è noto, tratto caratteristico del potere di regolazione del mercato posto in capo all’AEEG[[1]](#footnote-1), e più in generale alle *Authorities* operanti nei servizi di pubblica utilità, è la scarsa pregnanza del principio di legalità sostanziale che ne guida l’esercizio[[2]](#footnote-2).

Ciò ha comportato la centralità dell’opera ricostruttiva della giurisprudenza nella definizione dello statuto del potere in questione, che nel corso degli anni si è concentrata su tre principali problematiche, ovverosia: il fondamento del potere regolatorio, il ruolo della partecipazione procedimentale nella definizione della scelta regolatoria (come contraltare alla caduta della legalità sostanziale), l’intensità del sindacato esercitabile dal G.A.

Il primo aspetto è stato affrontato soprattutto nei primi anni di operatività dell’Autorità, quando, in ragione della vaghezza della norma attributiva del potere, le censure dei regolati si appuntavano prevalentemente sull’insussistenza del potere di intervento[[3]](#footnote-3).

L’esame della giurisprudenza recente mostra invece come tale questione non sia più di stretta “attualità”, mentre invece risulti molto più spesso invocata dagli operatori l’irragionevolezza delle regole costruite dall’AEEGSI per rendere efficiente il mercato energetico (c.d. regolazione pro-concorrenziale).

Sennonché, in tale ambito il largo margine di discrezionalità concesso all’Autorità e la tecnicità dell’oggetto della regolazione rendono in qualche modo difficoltoso il sindacato giurisdizionale; problematicità accentuata dal fatto che la giurisprudenza pare non abbia ancora preso una posizione chiara in ordine all’inquadramento (quantomeno tendenziale) dell’attività regolatoria nelle categorie classiche della discrezionalità amministrativa o della discrezionalità tecnica[[4]](#footnote-4).

Ciò premesso, si è ritenuto di interesse esaminare alcuni recenti arresti pretori al fine di cogliere le tendenze in atto nella giurisprudenza amministrativa relativamente ai margini di censurabilità del potere di regolazione del mercato energetico.

1. **Il parametro legislativo: gli obiettivi del potere regolatorio**

L’art. 1 della legge 14 novembre 1995, n. 481 detta una serie di principi di massima che devono ispirare l’esercizio della funzione regolatoria delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

Vengono infatti utilizzate espressioni vaghe quali la necessità di garantire «*la promozione della concorrenza e dell’efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità*» nonché «*adeguati livelli di qualità dei servizi in condizioni di economicità e redditività*» e di definire «*un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti*».

Nonostante la norma attributiva del potere regolatorio lasci tale ampio margine di manovra, il G.A. mostra di utilizzare i detti principi legislativi al fine di sindacare la corrispondenza agli stessi della scelta regolatoria compiuta dall’AEEGSI.

Ed infatti in un caso di determinazione di una componente tariffaria, il giudice ha rilevato che la soluzione adottata dall’Autorità contrastava con il surrichiamato obiettivo legislativo di garantire nel contempo l’efficienza nella produttività e un’adeguata redditività per imprese. In tal senso, veniva in particolare stabilito che la misura dei costi riconosciuti in tariffa dovesse corrispondere agli effettivi costi sostenuti dalle imprese, in virtù dei principi di trasparenza, certezza, non discriminazione sanciti dal suddetto art. 1 della l. n. 481/1995; nella specie l’Autorità, nella definizione dei costi riconosciuti, aveva invece valorizzato dati meramente previsionali e relativi ad alcuni soltanto degli operatori presenti nel mercato[[5]](#footnote-5).

Un ulteriore interessante dato che si rileva sempre in ordine al rapporto tra obiettivi legislativi e potere regolatorio è che, nel caso in cui le norme legislative impongano in maniera vincolata un determinato parametro tecnico, il G.A. ritiene che manchi in capo all’Autorità qualsiasi potestà di modificare o integrare il detto parametro stabilito, anche se la medesima ritenga l’integrazione funzionale al miglior raggiungimento dell’obiettivo dell’efficienza del mercato.

Così è stato stabilito ad esempio in una vertenza riguardante l’impugnazione di una delibera con la quale l’Autorità aveva specificato, rendendolo più restrittivo, un parametro tecnico, previsto a livello legislativo, per la qualificazione di “impianto di cogenerazione ad alto rendimento” necessaria al fine del riconoscimento della priorità di dispacciamento[[6]](#footnote-6).

Se ne ricava dunque che il compito dell’AEEGSI di rendere più efficiente il mercato energetico non ricomprende il potere di modificare o integrare i parametri tecnici già definiti dal legislatore in maniera puntuale.

1. **L’eccesso di potere: le figure sintomatiche utilizzate per sindacare la scelta tecnica**

Come si è già accennato, la giurisprudenza amministrativa stenta a trovare un disegno preciso allo statuto dell’attività regolatoria.

L’atteggiamento di deferenza del G.A. nei confronti del potere di regolazione del mercato dell’AEEGSI è stato in passato giustificato sul presupposto che *«le funzioni dell’autorità non sono di valutazione e di giudizio meramente tecnico, ma di regolazione del mercato»[[7]](#footnote-7).*

Sembrerebbe quindi che il G.A. consideri l’attività regolatoria non un’attività di giudizio, seppur tecnico, bensì una vera e propria potestà discrezionale volta a definire le regole per il miglior funzionamento del mercato, guidata da criteri tecnici.

In altre pronunce si legge tuttavia che «*gli atti dell’Autorità (…) sono normalmente espressione di valutazioni tecniche e conseguentemente suscettibili di sindacato giurisdizionale, in applicazione di criteri intrinseci al settore che viene in rilievo*»[[8]](#footnote-8).

Sta di fatto che, al di là delle classificazioni, tale ruolo di “dominio del settore” riconosciuto in capo all’AEEGSI genera anche nella giurisprudenza recente una sorta di timidezza nell’esercizio del sindacato giurisdizionale.

Ciò almeno sembra ricavarsi da recenti affermazioni di principio secondo le quali «*le valutazioni compiute dall’Autorità nell’ambito dell’esercizio dei propri poteri di regolazione sono connotate da ampia discrezionalità che il giudice amministrativo può sindacare solo nel caso in cui l’Autorità stessa abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con quello che può essere definito principio di ragionevolezza tecnica. Non è consentito, infatti, al giudice amministrativo – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall’Autorità, ed è, pertanto, necessario che le parti interessate deducano l’esistenza di specifiche figure sintomatiche dell’eccesso di potere mediante le quali dimostrare che la determinazione assunta si pone in contrasto con il suddetto principio di ragionevolezza tecnica*»[[9]](#footnote-9).

Da tale affermazione di principio può ricavarsi che la giurisprudenza amministrativa, se da un lato ritiene che l’ampia discrezionalità concessa dalla legge all’Autorità per l’esercizio del potere di regolazione non costituisca una barriera invalicabile al proprio sindacato, dall’altro considera che il vaglio di legittimità sia confinato al livello estrinseco dell’eccesso di potere .

Vieppiù si ricava che la tecnicità della scelta comporti una sorta di specialità della ragionevolezza che deve guidarne l’esercizio.

A tal proposito peraltro la dottrina aveva già messo in luce come la ragionevolezza che deve connotare il potere di regolazione delle *Authorities* dei servizi di pubblica utilità debba essere non una ragionevolezza astratta (non adatta al contesto di riferimento), ma una «*ragionevolezza economica*»[[10]](#footnote-10).

Si tratta ora di capire cosa la giurisprudenza intenda per irragionevolezza tecnica e quali figure sintomatiche di eccesso di potere vengono ritenute compatibili con tale concetto.

Ebbene, dall’esame degli ultimi arresti pretori, un primo dato che si può ricavare è che, di fronte alla contestazione della scelta tecnica operata dall’AEEGSI, il giudice tenda in primo luogo a verificare il *modus procedendi* e la logica interna della decisione dell’Autorità.

E così è stata ritenuta irragionevole la decisione sotto i profili di difetto di istruttoria, contraddittorietà interna e difetto di motivazione in un caso in cui l’AEEGSI aveva definito una componente tariffaria in contraddizione con le premesse fissate dalla stessa AEEGSI per il proprio intervento tariffario[[11]](#footnote-11).

In altra vicenda l’irragionevolezza è stata sancita in relazione all’insussistenza dei presupposti di fatto posti a base della modifica tariffaria, insussistenza rilevata sulla scorta di atti istruttori compiuti dal Gestore della rete Terna S.p.A. su incarico della stessa AEEGSI a seguito dell’adozione della delibera[[12]](#footnote-12).

Parrebbe dall’osservazione di tali pronunce che il giudice ritenga di attestare il livello del proprio sindacato al concetto di manifesta irragionevolezza e palese eccesso di potere.

L’analisi di ulteriori pronunce mostra tuttavia come in alcuni casi la censura del giudicante si spinga più in profondità, fino a lambire in qualche modo il merito della scelta regolatoria.

Lo strumento adoperato in tal senso è innanzitutto il principio di non discriminazione, in una accezione però particolare e conforme alle finalità della regolazione pro-concorrenziale, ovverosia l’agevolazione della massima apertura del mercato.

E così viene ritenuto in particolare discriminatoria una misura che, seppur formalmente equipara gli attori presenti nell’arena economica, tende in realtà a privilegiare, rafforzare o comunque mantenere la posizione di mercato dei c.d. *incumbents* (ovverosia, gli ex monopolisti, o comunque i grandi gruppi industriali)[[13]](#footnote-13).

La finalità di apertura effettiva del mercato necessita infatti dell’adozione di misure asimmetriche in relazione a soggetti posti in posizione di condizionare le dinamiche del mercato in senso non concorrenziale[[14]](#footnote-14).

Attraverso il principio di non discriminazione il G.A. decide in sostanza quali misure non aprono a sufficienza il mercato a scapito degli ex monopolisti e dunque in qualche modo giudica della visione dell’efficienza del mercato adottata dall’AEEGSI.

Un’altra importante manifestazione del principio in parola si rinviene in relazione agli atti regolatori che incidono sulla posizione di imprese produttrici di energia da fonti rinnovabili.

La violazione del principio di non discriminazione viene evidenziato in questo caso in relazione a interventi di regolazione dell’accesso alla rete che annullano o diminuiscono significativamente la portata degli incentivi previsti dalla normativa nazionale per le suddette fonti[[15]](#footnote-15).

Anche qui dunque l’operatività del principio in parola postula l’adozione di misure asimmetriche, ma in questo caso in ragione di particolari obiettivi politici stabiliti dal legislatore (ovvero la promozione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili).

In questo caso l’invadenza del sindacato può considerarsi minore dal momento che la necessità dell’asimmetria nella regolazione discende direttamente da scelte politiche del legislatore e non è propriamente frutto di una valutazione del giudice.

Oltre al principio di non discriminazione, un’altra categoria di vizio che risulta utilizzata per sindacare la scelta tecnica dell’Autorità è quella del principio di non retroattività della disciplina regolatoria[[16]](#footnote-16).

Viene in particolare sancito che «*l’estensione della disciplina contenuta nella deliberazione impugnata ha un’efficacia retroattiva che si pone in contrasto con la libertà di iniziata economica e con l’affidamento venutosi a creare in capo agli operatori, come la ricorrente*».

La tutela del legittimo affidamento dei regolati è del resto in linea con il canone di efficienza del mercato, dal momento che la certezza e stabilità delle regole costituiscono presupposti fondamentali per il buon funzionamento dello stesso.

Un’ultima declinazione che si rileva assumere il concetto di irragionevolezza tecnica nella giurisprudenza è infine la violazione del principio di proporzionalità; tale censura potrebbe costituire uno strumento molto penetrante per il sindacato della scelta regolatoria.

Tuttavia il giudicante nel recente caso in cui ne ha fatto utilizzo mostra di impiegare il principio in una accezione di manifesta sproporzione rispetto all’obiettivo perseguito[[17]](#footnote-17).

1. **L’accesso al fatto**

L’esame della giurisprudenza consente di cogliere altresì una certa ritrosia del G.A. a procedere ad una verifica diretta dei fatti posti a fondamento della detta scelta regolatoria dell’AEEGSI.

Questo atteggiamento si ricava ad esempio nella già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, III, 24 gennaio 2014, n. 265.

In particolare in tale controversia l’AEEGSI, nell’esercizio del potere di determinare i parametri della tariffa di vendita del gas da applicare da parte degli operatori del settore ai clienti finali facenti parte del servizio di tutela[[18]](#footnote-18), aveva diminuito un coefficiente corrispondente ai costi di approvvigionamento nel mercato all’ingrosso dei suddetti operatori.

Nello specifico, dall’istruttoria compiuta dall’Autorità (attraverso la richiesta di informazioni a 18 operatori che approvvigionano il 90% delle forniture di gas destinate al servizio di tutela) risultava che gli esercenti la vendita per il servizio di tutela erano in grado di approvvigionarsi a condizioni economiche anche sensibilmente inferiori a quelle di cui alla componente relativa alla commercializzazione all'ingrosso.

Ciò posto, il TAR ha ritenuto che l’azione dell’Autorità fosse in contrasto con l’art. 1 della l. n. 481/1995, nella parte in cui prescrive all’Autorità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore di riferimento nel rispetto delle “condizioni di economicità e di redditività”, sulla base del fatto che «*non vi sarebbero elementi concreti e verificabili in forza dei quali ritenere che in relazione al periodo considerato sia dalla delibera, sia dalle successive determinazioni impugnate con ricorsi per motivi aggiunti, i costi degli operatori per l’approvvigionamento del gas si siano effettivamente ridotti in misura corrispondente a quella che deriva dall’applicazione del coefficiente K*».

Tale impostazione si riscontra anche nella già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, III, 24 giugno 2014, n. 1648, nella quale il G.A. ha affermato l’insussistenza dei presupposti di fatto (ossia l’aumento dei costi per gli utenti e la presenza di rischi per il sistema elettrico) posti a base della delibera di modifica dei prezzi di sbilanciamento, in virtù delle circostanze che «*nel corpo della deliberazione impugnata non»* fosse emersa *«la sussistenza di un tale presupposto che, pertanto, risulta*(va) *assolutamente apodittico*» e vieppiù che «*dall’esito dell’indagine conoscitiva*» condotta dal gestore della rete Terna S.p.A. fosse emerso «*che nessun rischio effettivo risultava gravare sul sistema elettrico*».

In entrambi i casi dunque il G.A. non procede ad una verifica diretta dei fatti rilevanti per la decisione, ma si limita ad affermarne l’esistenza sulla base degli stessi atti dell’AEEGSI o ad altri atti prodotti in causa; nel primo caso non accerta gli elementi concreti in forza dei quali si possa ritenere che i costi degli operatori per l’approvvigionamento del gas si siano effettivamente ridotti in misura corrispondente a quella che deriva dall’applicazione del coefficiente K; nel secondo caso non verifica l’effettivo aumento dei costi per gli utenti.

Sennonché già da tempo il Consiglio di Stato ha chiarito, con riferimento al sindacato della discrezionalità tecnica propria degli atti dell’Antitrust, che la natura tecnica della valutazione non preclude al giudicante di verificare l’effettiva esistenza del fatto storico posto a base del provvedimento, ma, piuttosto, limita il vaglio della qualificazione del detto fatto nel concetto giuridico indeterminato richiamato dalla norma attributiva di potere[[19]](#footnote-19).

Seppur affermato in relazione alla diversa attività di aggiudicazione propria dell’AGCM, non si rinvengono ostacoli alla sua applicazione all’attività di regolazione, dal momento che anche quest’ultima fonda la propria scelta normativa sulla base del rilevamento di fatti storici[[20]](#footnote-20).

Sotto tale profilo la giurisprudenza pare ancora influenzata da un eccessiva timidezza nell’approccio a questioni tecniche. Timidezza che invero dovrebbe appartenere alla storia del processo, considerato che il giudice amministrativo, anche di fronte al mondo della tecnica,«*si è da tempo impadronito del fatto e ne possiede piena conoscenza[[21]](#footnote-21)*».

1. **La legalità formale nel potere regolatorio. La partecipazione e il dovere di motivazione**

Come noto, la funzione di regolazione dei mercati è caratterizzata da una fase di partecipazione procedimentale che assume valenza sostanziale, e ciò per plurime ragioni.

In primo luogo, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di poter superare il *deficit* di legalità sostanziale e di legittimazione democratica, non solo, come visto, potenziando il sindacato sull’eccesso di potere, ma anche valorizzando gli aspetti relativi alla c.d. legalità procedimentale.

In tal senso la giurisprudenza ha infatti sancito che «*la caduta del valore della legalità sostanziale sia compensata da un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzia del contraddittorio»*[[22]](#footnote-22).

Da un’altra parte la partecipazione delle imprese consente di recuperare la democraticità dell’Autorità dal basso, prevedendo appunto una condivisione della decisione coi regolati. In tal senso la partecipazione diventa dunque titolo di legittimazione dell’agire di un’Amministrazione di fatto slegata dal circuito democratico[[23]](#footnote-23).

In terzo luogo, l’importanza specifica della partecipazione nel settore deriva dalla circostanza che le informazioni necessarie per le decisioni tecniche sono spesso possedute solo dagli operatori; vieppiù una visione sull’impatto della regolazione può aversi solamente una volta consultato il mercato stesso[[24]](#footnote-24).

Tuttavia, per avere una prospettiva dell’effettiva consistenza che assume la partecipazione nel sistema regolatorio, al di là delle dichiarazioni di principio, occorre analizzare come viene declinata tale dichiarata centralità del contraddittorio.

A tal proposito, può osservarsi innanzitutto che il principio in parola può assumere una effettiva valenza sostanziale solo ove la doglianza della mancata o insufficiente attivazione delle garanzie procedimentali non venga assorbita in caso di accoglimento di motivo attinente alla erroneità della scelta tecnica. Invero la ridefinizione del criterio tecnico in base alle coordinate fissate dal giudice necessita in ogni caso, e a maggior ragione, dell’apporto partecipativo all’origine pretermesso.

Tale ragionamento trova in effetti riscontro positivo in alcuni recenti pronunciamenti, ove risulta l’accoglimento, accanto al motivo di censura della scelta tecnica, del motivo sulla violazione del principio del contraddittorio procedimentale. In particolare, viene sottolineata l’importanza della consultazione, non solo con riferimento alla definizione della regola tecnica, ma anche, in un ottica di deflazione del contenzioso, relativamente alla effettiva sussistenza di fatti posti dall’Autorità a base delle proprie decisioni, oppure relativamente all’interpretazione di norme[[25]](#footnote-25).

In altri casi, il motivo risulta invece assorbito. Ad un’attenta osservazione si tratta tuttavia di casi in cui l’accoglimento del motivo di ordine sostanziale ha comportato di fatto l’esaurimento della discrezionalità nella successiva attività dell’Autorità[[26]](#footnote-26).

In altri casi analoghi, tuttavia il G.A. non mostra di adottare la medesima soluzione; nonostante l’accoglimento del motivo non elimini la discrezionalità successiva dell’Autorità, risulta infatti assorbito il motivo relativo alla violazione del contraddittorio[[27]](#footnote-27).

Il principio del contraddittorio potrebbe altresì ricevere spessore nel caso in cui si riconosca un onere di motivazione rafforzata con riferimento alle osservazioni presentate dagli operatori; tuttavia la giurisprudenza continua a non ritenere sussistenti particolari obblighi motivazionali in capo all’Autorità, considerando sufficiente che le osservazioni risultino prese in considerazione ai fini della deliberazione[[28]](#footnote-28).

L’assenza di un onere di motivazione rafforzata viene affermata anche con riferimento all’adozione di provvedimenti ordinatori[[29]](#footnote-29) di cui all’art. 2, comma 20, lett. d), l. n. 481/95[[30]](#footnote-30), e ciò sulla base del fatto che anche questi ultimi sarebbero « *pur sempre atti di regolazione*».

La maggiore pregnanza del principio del contraddittorio si manifesta tuttavia sotto altro versante.

Viene infatti ritenuto che la centralità del principio del contraddittorio debba tradursi in un criterio di interpretazione degli istituti partecipativi che, nel dubbio, garantisca la più ampia partecipazione possibile per le imprese regolate.

In tal senso è stata ritenuta illegittima la delibera preceduta da un documento di consultazione che «*avverte solo dell’intenzione dell’Autorità di mutare il criterio ma nulla dice in ordine al diverso metodo di calcolo e che alla compiuta meditazione da parte dei soggetti interessati è necessaria la previa comunicazione dell’argomento da trattare, non sostituibile con il semplice svolgimento del confronto[[31]](#footnote-31)*».

Non basta dunque che le imprese abbiano partecipato, ma è necessario che il progetto di deliberazione sia reso noto in dettaglio per una proficua consultazione.

1. **Il riflesso della specialità del potere regolatorio sul potere sanzionatorio**

A presidio del rispetto dei propri provvedimenti regolatori, la legge attribuisce all’AEEGSI poteri sanzionatori verso gli operatori economici del settore[[32]](#footnote-32).

In recenti pronunce si trova affermato che tale potere sanzionatorio posto a valle del potere di regolazione dell’Autorità partecipa della specialità di quest’ultimo. Specialità che, nel particolare caso, viene tradotta nell’inapplicabilità della l. 24 novembre 1981, n. 689 in ordine agli aspetti non specificamente regolati dalla disciplina di settore.

Infatti, in una controversia originatasi dall’impugnazione un provvedimento sanzionatorio emanato dall’AEEGSI per mancata applicazione di un coefficiente tariffario da parte di un operatore del settore della distribuzione e fornitura dell’energia elettrica ai clienti del mercato vincolato, il Consiglio di Stato ha sancito la non applicabilità ai procedimenti sanzionatori dell’Autorità del termine perentorio di novanta giorni dall’accertamento dell’infrazione per la contestazione stabilito dall’art. 14, l. n. 689/1981[[33]](#footnote-33).

Gli argomenti a sostegno della decisione sono due.

In primo luogo viene evidenziato che i procedimenti sanzionatori dell’AEEGSI sono disciplinati dal D.P.R. 9 maggio 2001, n. 244[[34]](#footnote-34), il quale pone una dettagliata disciplina del procedimento, dalla fase prodromica, istruttoria e partecipativa, fino all’esito finale e non prevede una scansione delle varie fasi, e relativi termini, corrispondente o analoga a quella di cui alla l. n. 689/1981.

A tale argomento si aggiungono poi più sostanziali e fondamentali considerazioni.

Viene infatti affermato che l’intervento sanzionatorio dell’AEEGSI *«non perde la caratteristica primaria ed essenziale, de futuro, di regolazione pubblica di attività economiche private in un particolare mercato richiesta per la tutela delle condizioni di concorrenza»* ragion per cui *«è fuor di luogo riferirvi un procedimento finalizzato invece alla mera retribuzione sanzionatoria de praeterito di comportamenti individuali, qual è quello del Capo I della l. n. 689 del 1981*».

Si sostiene inoltre che «*l’accertamento della violazione è frutto di una sequenza procedimentale nella quale l’attività accertativa non è istantanea, ma presuppone una serie di atti conoscitivi, a finalità patentemente regolatoria, nell’ambito dei quali non è individuabile quello a cui attribuire con la dovuta certezza l’effetto di costituire il momento iniziale della decorrenza del termine decadenziale*».

Sembra evincersi da tali passaggi che secondo il G.A. i provvedimenti sanzionatori dell’Autorità non abbiano funzione meramente punitiva bensì costituiscano una sorta di prosecuzione dell’attività regolatoria. Non si comprende tuttavia se tale concezione si traduca solo in una deroga all’applicazione della disciplina generale dei procedimenti sanzionatori o anche in una limitazione del sindacato giurisdizionale quanto ai presupposti dell’applicazione della sanzione e tale dubbio deriva dall’affermazione secondo la quale gli atti conoscitivi presenterebbero finalità patentemente regolatoria.

1. **L’esecuzione del giudicato sul potere regolatorio**

L’esame della giurisprudenza evidenzia infine un duplice ordine di problemi in relazione all’esecuzione delle sentenze di annullamento dei provvedimenti regolatori, ovverosia la consistenza dell’effetto confermativo e i poteri sostitutivi del giudice dell’ottemperanza.

Quanto al primo aspetto, la natura della norma attributiva di potere, che come detto pone vincoli di mero indirizzo, nonché la concezione di una sorta di competenza esclusiva dell’AEEGSI di regolare il mercato energetico, sembrano determinare una certa evanescenza della regola sulla modalità del riesercizio del potere enunciata (o ricavabile) nella sentenza di annullamento.

In tal senso sembra infatti ragionare la VI sezione del Consiglio di Stato nella sentenza 8 luglio 2014, n. 3465[[35]](#footnote-35).

Trattasi di giudizio per l’ottemperanza della sentenza con la quale il Consiglio di Stato, in parziale riforma della sentenza di primo grado[[36]](#footnote-36) ha accolto il ricorso della società ricorrente attiva nel settore di produzione di energia da fonti rinnovabili contro la delibera di determinazione del costo evitato del combustibile (“CEC”) necessario per la determinazione del prezzo incentivante di cui alla delibera CIP-6/92 (in sostanza la ricorrente lamentava una erronea determinazione del CEC che si ripercuoteva sulla misura del prezzo incentivante ad essa società spettante).

Il giudicato affermava come principio di diritto la necessità di determinazione del CEC sulla base dei costi di mercato, da desumersi dal mercato del gas naturale fornito alle centrali termoelettriche, secondo criteri dettati dalla sentenza medesima[[37]](#footnote-37).

Nel respingere il ricorso il G.A. ha affermato che le prescrizioni del giudicato di annullamento non dovessero intendersi come «*rigidamente prescrittive in ordine alle modalità attraverso le quali individuare il prezzo di riferimento (anche perché un siffatto contenuto avrebbe esulato dai confini propri del vaglio esercitabile dal giudice amministrativo nei confronti dell’esercizio di un’attività regolatrice connotata da lata discrezionalità tecnica)»* e chenon fosse possibile attribuire al suddetto principio di diritto «*un significato tale da aver imposto all’Autorità, in sede di riesercizio del potere, un preciso vincolo nel quomodo, sino a vincolarne in modo pressoché totale l’attività conformativa e sino a determinare la nullità dei conseguenti atti conformativi laddove divergenti, sia pure in una parte minore, rispetto al vincolo in tal modo imposto»*.

Da questi passaggi motivazionali parrebbe che in capo al G.A. vi sia l’idea di una sorta di limitazione dell’effetto conformativo della sentenza di annullamento di provvedimenti regolatori dell’AEEGSI.

Osservando altre pronunce però, pare cogliersi un’ulteriore tendenza, ovverosia il tentativo del G.A. di fornire delle coordinate più precise per l’attuazione del giudicato, sempre però facendo salva l’ampia discrezionalità dell’AEEGSI.

La soluzione che in particolare si riscontra è quella di accompagnare le prescrizioni per il riesercizio del potere con una esemplificazione, che si sottolinea, non essere vincolante per l’Amministrazione nel riesercizio del potere, ma che può fungere da guida per l’interpretazione e applicazione delle coordinate correttive (secondo una tecnica che sembra inquadrarsi nelle misure idonee per l’attuazione del giudicato di cui all’art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.) [[38]](#footnote-38).

Così, ad esempio, accade nella sentenza del Consiglio di Stato, VI, 11 settembre 2014, n. 4629[[39]](#footnote-39).

Oggetto di contestazione da parte degli operatori erano le forme di garanzie previste dall’AEEGSI in relazione ai crediti vantati dal Gestore del servizio di bilanciamento nei confronti degli utenti della rete. In particolare, tra le forme di garanzie la delibera prevedeva, tra le altre, il vincolo sul gas che i venditori hanno nelle riserve di stoccaggio, che, secondo la suddetta delibera, poteva costituire non più del 90% del totale delle garanzie prestate dall’utente e il cui valore viene ridotto del 10%.

Il TAR[[40]](#footnote-40) aveva accolto, tra gli altri, il motivo relativo all’irragionevolezza di tale previsione nella parte in cui dispone l’abbattimento del valore del gas nella suddetta misura del 10%.

Il Consiglio di Stato nel respingere l’appello dell’AEEGSI, e dunque nel confermare l’irragionevolezza della previsione, ha indicato le coordinate per la correzione del criterio tecnico aggiungendovi una possibile soluzione applicativa al fine di indicare all’Amministrazione cosa debba intendersi per misura ragionevole, ferma restando l’autonomia della AEEGSI nella scelta in concreto del meccanismo[[41]](#footnote-41).

Quanto ai poteri sostitutivi del giudice dell’ottemperanza in ordine ai provvedimenti regolatori, viene in rilievo la sentenza del TAR Lombardia, Milano, III, 22 maggio 2014, n. 1325[[42]](#footnote-42).

La questione riguardava la mancata attuazione di un giudicato di annullamento in cui veniva sancita l’illegittimità delle delibere di approvazione delle tariffe per il servizio di stoccaggio del gas naturale per il mancato riconoscimento di costi, previsti invece *expressis verbis* e senza margine di scelta per l’Autorità, dalla norma regolatrice della tariffa.

Nell’accogliere il ricorso con nomina di un commissario *ad acta* il TAR ha affermato che «*nel caso di specie la nomina di un soggetto che si sostituisca all’Autorità non trova ostacolo nella peculiare natura dell’Autorità indipendente, considerato che in relazione alla questione oggetto del presente giudizio la stessa è tenuta ad esercitare poteri tipicamente amministrativi, del tutto simili a quelli di qualunque pubblica amministrazione»*.

Il passaggio è sibillino nella misura in cui sancisce una sorta di differenziazione tra attività tipicamente amministrativa (che nella fattispecie è identificata nell’introduzione di un parametro tariffario stabilito in maniera vincolata dal legislatore) e attività regolatoria, adombrando per quest’ultima attività una qualche limitazione della giurisdizione di merito propria del giudizio di ottemperanza.

1. **Conclusioni**

Lo scorcio giurisprudenziale che si è proposto mostra come sussistano ancora diverse problematiche irrisolte in ordine al rapporto tra potere regolatorio dell’AEEGSI (ed in generale delle *Authorities* la cui missione è regolamentare un mercato) e sindacato giurisdizionale.

Ciò, come evidenziato, pone una certa ambiguità nelle affermazioni di principio del G.A. in ordine alla classificazione dell’attività in questione, ambiguità che si scarica poi sulle decisioni concrete.

Si assiste infatti ad uno spettro di pronunce che in alcuni casi contengono un sindacato sulla mera correttezza logica della decisione, in altri casi invece valorizzano canoni penetranti e vicini al merito, quali i principi di non discriminazione e proporzionalità.

La tensione tra la volontà di non invadere il terreno dell’Autorità e la necessità di verificare la legalità del suo agire si riscontra in tutta la sua evidenza in merito al tema dell’esecuzione del giudicato, dove ad affermazioni vaghe sul peso conformativo dei criteri dettati si somma un certo imbarazzo (nel caso specifico evitato[[43]](#footnote-43)) sull’esercizio di poteri sostitutivi del G.A.

Si coglie tuttavia lo sforzo del giudice, nelle sentenze che si sono esaminate, di effettuare un sindacato attraverso alcune selezionate figure sintomatiche, in qualche modo congegnali al contesto di riferimento (ovvero il mercato), secondo una concezione già evidenziata in dottrina[[44]](#footnote-44).

Sotto altro punto di vista, il G.A. in alcune pronunce mostra effettivamente un’attenzione particolare al rispetto del principio del contradditorio nella formulazione della disciplina regolatoria, nella consapevolezza che la regola corretta è innanzitutto quella costruita insieme agli operatori di settore, depositari delle necessarie informazioni sul funzionamento del mercato; dunque la possibilità di esprimere un giudizio sulla ragionevolezza della soluzione adottata passa *in primis* attraverso il rigoroso rispetto del confronto procedimentale.

Quest’ultimo aspetto, unitamente all’evidenziato tentativo del G.A. in alcune decisioni di esemplificare la soluzione corretta dal punto di vista della ragionevolezza tecnica, manifestano il fenomeno proprio della regolazione del mercato «*come disciplina non solo in divenire, ma addirittura da costruire, che segue una strada lunga e complessa e che procede per via di assestamenti successivi*»[[45]](#footnote-45).

Il problema che pare ancora aperto è quello di definire chiaramente il ruolo del giudice in tale processo di costruzione.

1. Ora AEEGSI, a seguito dell’attribuzione delle funzioni in materia di regolazione e vigilanza nel settore dei servizi idrici da parte del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214. [↑](#footnote-ref-1)
2. Il G.A. ha, infatti, messo in luce come la legge istitutiva delle dette Autorità, sia una «*legge d’indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all’esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti generali che spetta all’Autorità concretizzare*»; cfr. Cons. Stato, VI, 17 ottobre 2005, n. 5827 in *www.giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-2)
3. M. Ramajoli, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, p. 82. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sul punto cfr. *amplius* paragrafo 3. [↑](#footnote-ref-4)
5. TAR Lombardia, Milano, III, 24 gennaio 2014, n. 265 in *www.giustizia-amministrativa.it*; in particolare la questione aveva ad oggetto l’impugnazione delle delibere con le quali l’Autorità era intervenuta sui criteri di quantificazione dei costi di approvvigionamento del gas naturale rilevanti al fine di individuare le condizioni economiche di riferimento (ovvero le condizioni che devono essere necessariamente offerte dalle imprese esercenti la vendita del gas). L’intervento era consistito nell’introduzione di un coefficiente di demoltiplicazione che riduceva l’ammontare dei costi di approvvigionamento riconosciuti; la riduzione veniva tuttavia calcolata sulla base di una mera possibilità di rinegoziazione dei prezzi, ipotizzata dall’AEEGSI sulla base dell’acquisizione di contratti di approvvigionamento di alcuni operatori che appunto avevano rinegoziato i costi di approvvigionamento. [↑](#footnote-ref-5)
6. TAR Lombardia, Milano, III, 11 settembre 2014, n. 2347in *www.giustizia-amministrativa.it*; in particolare il TAR, qualificando il vizio in questione come violazione di legge, ha stabilito che «*dall’esame della normativa di riferimento si ricava che, ai fini della qualificazione di unità di produzione di cogenerazione ad alto rendimento, ciò che rileva è il risparmio di produzione di energia primaria (c.d. PES), e non già la quantità di energia prodotta mediante cogenerazione. La delibera dell’Autorità* (…) *invece introduce un criterio che non trova rispondenza nella normativa di riferimento*». [↑](#footnote-ref-6)
7. TAR Lombardia, Milano, IV, 23 ottobre 2008, n. 5197 in *www.giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consiglio di Stato, VI, 2 maggio 2012, n. 2521 in *www.giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-8)
9. TAR Lombardia, Milano, III, 17 giugno 2014, n.1587 in *www.giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-9)
10. A. Travi, *Autorità per l’energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. Bruti Liberati-F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 77 e ss. [↑](#footnote-ref-10)
11. TAR Lombardia, Milano, III, 17 giugno 2014, n. 1587 in *www.giustizia-amministrativa.it*; al fine di risolvere un problema di insolvenza di crediti da parte degli utenti di rete nei confronti del Gestore della rete in relazione al servizio di bilanciamento nel mercato del gas naturale, l’AEEGSI aveva istituito un meccanismo di garanzia nonché, in caso non funzionamento del primo, un ulteriore meccanismo di socializzazione dei detti crediti non recuperati da parte del gestore tramite creazione di apposita componente tariffaria gravante sugli utenti della rete. Ciò posto, nella ricostruzione fatta dalla sentenza, nelle premesse dell’azione dell’Autorità vi era l’idea che il meccanismo di socializzazione dei crediti non recuperati dal Gestore dovesse operare solo come *extrema ratio*, in caso di non funzionamento del sistema di garanzie ed in ogni caso solo ove non vi fosse responsabilità del gestore nella gestione dei crediti. Nel concreto invece il meccanismo di socializzazione è stato adottato prima di effettuare l’istruttoria volta a chiarire l’inevitabilità dei presupposti. [↑](#footnote-ref-11)
12. TAR Lombardia, Milano, III, 24 giugno 2014, n. 1648 in *www.giustizia-amministrativa.it*; nello specifico, l’AEEGSI sul presupposto della registrazione di una consistente differenza tra l’energia programmata in prelievo e l’energia prelevata effettivamente dagli utenti, ed al fine di prevenire un pericolo per il sistema elettrico, adottava una delibera in cui calcolava i prezzi di sbilanciamento in maniera deteriore per gli operatori. In particolare, l’assunto dell’Autorità circa la sussistenza di un aumento dei costi per gli utenti e di pericolo del sistema veniva dedotto dalla rilevazione della divaricazione tra energia programmata e energia prelevata, senza svolgimento di attività istruttoria sull’effettivo aumento dei costi e dell’effettivo pericolo del sistema. Successivamente alla suddetta delibera, l’insussistenza di rischi veniva rilevata dall’indagine dello stesso Gestore della rete. [↑](#footnote-ref-12)
13. Così la già citata TAR Milano, III, 24 gennaio 2014, n. 265 in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove viene messo in rilievo che considerare come riferimento i costi di approvvigionamento dei grandi operatori di mercato sia discriminatorio nei confronti dei piccoli operatori che non possono vantare il potere contrattuale dei primi nella determinazione del prezzo di acquisto del gas; la diminuzione del prezzo di approvvigionamento del gas non è dunque una previsione realistica e oggettiva se basata solo sulla quota parte di contratti stipulati dagli operatori rilevanti. [↑](#footnote-ref-13)
14. In particolare per regolazioni asimmetriche devono intendersi quelle misure di carattere temporaneo volte a disciplinare diversamente imprese operanti nello stesso mercato, per favorire l’ingresso e lo sviluppo degli ultimi entranti a spese dei monopolisti e dei precedenti entranti; cfr. S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mer. conc. reg.*, 2002, 2, p. 131. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cons. Stato, VI, 9 giugno 2014, n. 2936 in *www.giustizia-amministrativa.it*; oggetto della controversia erano le delibere con le quali l’Autorità provvedeva a modificare la disciplina della ripartizione dei costi di sbilanciamento (ovvero il servizio reso dal Gestore di rete per garantire l’equilibrio tra energia immessa ed energia prelevata dalla rete) tra gli utenti della rete; in particolare, le delibere in questione, premettendo la finalità di sgravare la collettività del costo di sbilanciamento rendendo più responsabile il comportamento dei produttori di fonti rinnovabili, sostituiva il precedente regime di socializzazione dei costi con l’imputazione degli stessi in capo ai suddetti produttori da fonti rinnovabili. Il Consiglio di Stato considera la delibera discriminatoria nei confronti delle imprese produttrici da fonti rinnovabili, ritenute non in grado di programmare la produzione e dunque evitare i costi con comportamento virtuoso; un’ulteriore applicazione del principio di non discriminazione in termini analoghi si ha in Cons. Stato, VI, 17 giugno 2014, n. 3051 in *www.giustizia-amministrativa.it*, che conferma le sentenze del TAR Lombardia, Milano, III, nn. 2310, 2311, 2312, 2313 in *www.giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-15)
16. In tal senso la già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, III, 24 giugno 2014, n. 1648. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cons. Stato, VI, 11 settembre 2014, n. 4629 in *www.giustizia-amministrativa.it*; in tale controversia oggetto di contestazione da parte degli operatori erano le forme di garanzie previste dall’AEEGSI in relazione ai crediti vantati dal Gestore del servizio di bilanciamento nei confronti degli utenti della rete. In particolare, tra le forme di garanzia la delibera prevedeva, tra le altre, il vincolo sul gas che i venditori hanno nelle riserve di stoccaggio, che, secondo la suddetta delibera, può costituire non più del 90% del totale delle garanzie prestate dall’utente e il cui valore viene ridotto del 10%, in ragione della variazione del prezzo del gas in dipendenza dei consumi stagionali. Il TAR ritiene sproporzionata tale misura rispetto all’obiettivo e propone l’introduzione di meccanismi alternativi. [↑](#footnote-ref-17)
18. Trattasi di regime speciale introdotto in seguito alla liberalizzazione della vendita dell’energia elettrica e del gas naturale nei confronti di tutti i clienti finali, nell’ambito del quale, in virtù dell’art. 1, comma 3, d.l. 18 giugno 2007, n. 73, «*l’Autorità per l'energia elettrica e il gas indica condizioni standard di erogazione del servizio e definisce, in base ai costi effettivi del servizio, prezzi di riferimento per le forniture di energia elettrica ai clienti di cui al comma 2 (clienti finali domestici) e per le forniture di gas naturale ai clienti domestici, che le imprese di distribuzione o di vendita sono tenute ad inserire nelle proprie offerte commerciali».*  [↑](#footnote-ref-18)
19. Cons. Stato, IV, 23 aprile 2002, n. 2199 in *www.giustizia-amministrativa.it*; più in generale il Supremo Consesso ha precisato che in realtà con l’espressione “sindacato debole“ il G.A. «*non abbia inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l’Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Con tale espressione si è inteso solo porre un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall’Autorità in base a regole tecniche, anche esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell’Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere*»*.* [↑](#footnote-ref-19)
20. Nelle sentenze prese in considerazione sono invero mutamenti di fatti storici che inducono l’Autorità ad intervenire nel mercato. [↑](#footnote-ref-20)
21. F. Cintioli, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 985. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972 in *www.giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cfr. la già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, III, 24 gennaio 2014, n. 265, «*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*». [↑](#footnote-ref-23)
24. La necessità della consultazione è del resto condizione di efficacia della strategia elaborata dallo stesso regolatore, M.Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione,* in E. Bruti Liberati-F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 216. [↑](#footnote-ref-24)
25. Cfr. la già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, III, 24 gennaio 2014, n. 265, «*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*». [↑](#footnote-ref-25)
26. Cfr. la già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, III, 11 settembre 2014, n. 2347, in cui il TAR rileva l’illegittimità dell’inserimento di un parametro tecnico ulteriore rispetto a quello già previsto normativamente in relazione alla qualifica di un impianto di cogenerazione ad alto rendimento. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cfr. la già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, III, 17 giugno 2014, n. 1587, in cui la delibera avente ad oggetto la definizione di una componente tariffaria (relativa ai costi di bilanciamento) viene annullata per difetto di istruttoria in merito a fatti rilevanti per la determinazione dell’*an* e del *quantum* della componente medesima. Decisione quindi che non elimina lo spazio di manovra dell’AEEGSI e dunque la necessità di un confronto con gli operatori. [↑](#footnote-ref-27)
28. TAR Lombardia, Milano, III, 23 settembre 2014, n. 2366 in *www.giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-28)
29. TAR Lombardia, Milano, III, 29 dicembre 2014, n. 3215 in *www.giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-29)
30. Secondo il quale, per lo svolgimento delle proprie funzioni, l’Autorità «*ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo ai sensi del comma 12, lett. g), l’obbligo di corrispondere un indennizzo*»*.* [↑](#footnote-ref-30)
31. Cfr. la già citata sentenza del Consiglio di Stato, VI, 17 giugno 2014, n. 3051; ciò significa che non risulta sufficiente, come nel caso *de quo*, che il criterio sia comunque illustrato e discusso in sede di consultazione, ma risulta necessario che il medesimo sia preventivamente descritto nel documento di consultazione cosicché gli operatori possano studiare preventivamente eventuali varianti e proposte di modifica. [↑](#footnote-ref-31)
32. In base all’art. 2, comma 20, lett. c), della l. n. 481/1995 «*per lo svolgimento delle proprie funzioni, ciascuna Autorita': (…) irroga, salvo che il fatto costituisca reato, in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a euro 2.500 e non superiori nel massimo a lire 300 miliardi*». [↑](#footnote-ref-32)
33. Cons. Stato, VI, 22 luglio 2014, n. 3893 in *www.giustizia-amministrativa.it*; negli stessi termini Cons. Stato, VI, 22 luglio 2014, n. 3894 in *www.giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-33)
34. Regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, a norma dell'articolo 2, comma 24, lettera a), della l. n. 481/1995. [↑](#footnote-ref-34)
35. In *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-35)
36. TAR Lombardia, Milano, III, 1 aprile 2009, n. 3357 in *www.giustizia-amministrativa.it*; in particolare il Consiglio di Stato ha confermato l’annullamento della delibera impugnata ma con diversa motivazione rispetto alla sentenza di primo grado, stabilendo diversi criteri istruttori rispetti a quelli individuati dal TAR, cfr. nota 37. [↑](#footnote-ref-36)
37. La sentenza aveva stabilito, ai fini della corretta determinazione del valore del CEC, i seguenti criteri analitici:

«*- tenere conto dell’effettiva struttura dei costi che incontra una centrale termoelettrica per l’approvvigionamento del gas naturale;*

*- avere riguardo, a tal fine, non ad una qualsivoglia centrale termoelettrica, ma ad un modello di operatore virtuoso (…) che agisce in modo da conseguire il più conveniente prezzo del gas naturale;*

*- individuare parametri oggettivi e ragionevoli atti ad individuare, nella richiamata ottica dell’operatività dell’operatore virtuoso di mercato, il costo medio del gas naturale nell’ambito del mercato di riferimento;*

*- assumere ulteriori elementi correttivi (ulteriori rispetto alla pura e semplice valutazione del prezzo medio di mercato) laddove emergesse che il costo medio in tal modo determinato risultasse iniquo, irreale, sbilanciato. Ciò, al fine di evitare che il puro e semplice utilizzo della media dei prezzi potesse condurre a un prezzo medio di riferimento influenzato da elementi distorsivi quali: i) il carattere non pienamente concorrenziale del mercato di riferimento; ii) l’esistenza di asimmetrie nei rapporti di forza contrattuali fra gli operatori*». [↑](#footnote-ref-37)
38. Cfr. la già citata sentenza del Cons. Stato, VI, 11 settembre 2014, n. 4629. [↑](#footnote-ref-38)
39. In *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-39)
40. TAR Lombardia, Milano, III, 13 dicembre 2012, n. 3030 in www.giustizia-amministrativa.it. [↑](#footnote-ref-40)
41. In particolare secondo il giudice «s*i potrebbe stipulare un contratto di garanzia avente ad oggetto un quantitativo di gas nella misura pari al valore del credito con l’aggiunta di una clausola di rinegoziazione finalizzata ad assicurare l’equilibrio economico-giuridico dell’assetto di interessi. In particolare, detta clausola potrebbe prevedere che, in caso di mutamento di valore favorevole al creditore o al debitore, le parti modifichino l’oggetto del contratto per adeguarlo alle sopravvenienze. Si potrebbe anche prevedere che a tale sistema possano ricorrere soltanto quelle imprese che hanno una riserva di stoccaggio tale da avere a disposizione, in caso di variazione dei valori, quel quantitativo di gas necessario ad assicurare la modificazione, nel senso indicato, dell’oggetto del contratto di garanzia*». [↑](#footnote-ref-41)
42. In *www.giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-42)
43. Considerato che l’attività non viene classificata come regolatoria; cfr. la già citata sentenza del TAR Milano, III, 22 maggio 2014, n. 1325. [↑](#footnote-ref-43)
44. A.Travi, *Autorità per l’energia elettrica e giudice amministrativo* cit., pp. 76-77 il quale osserva che «*semmai sono le categorie del giudice (e ancora in primo luogo le figure dell’eccesso di potere) a doversi adattare alla regolazione di attività economiche*» e che d’altra parte «*le regole del sindacato di legittimità non sono categorie logiche, ma sono strumenti pratici e perciò devono misurarsi col contesto nel quale vanno applicate*»; cfr. altresì B. Tonoletti, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa Rivista n. 1/2014, secondo il quale «*il mercato non è mai semplicemente l’oggetto della regolazione, perché in realtà ne determina tanto il problema quanto le via da percorrere per risolverlo. Per questo si assume, spesso implicitamente, che la problematica della regolazione sia diversa e specifica rispetto a qualsiasi altra questione di disciplina giuridica e debba quindi essere risolta in base ad una logica particolare*». [↑](#footnote-ref-44)
45. M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione* cit., p. 214. [↑](#footnote-ref-45)