



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7795 del 2005, proposto dalla Autorità per l'energia elettrica ed il gas, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

contro

la s.r.l. Hera Trading, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Caia, Marco Sica e Mario Sanino, ed elettivamente domiciliato in Roma, al viale Parioli n. 180, presso lo studio dell'avvocato Mario Sanino;

e nei confronti

- della s.r.l. Aspes gas, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituitosi in giudizio;

- della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituitosi in giudizio;

- del Ministero delle attività produttive, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

n. 3352/2006 Reg.dec.

n. 7795/2005 Reg.Ric.

DISPOSITIVO

N. 217/2006

con l'intervento *ad adiuvandum*

della Associazione difesa consumatori e ambiente (Adiconsum), di Cittadinanza attiva e della s.p.a. Acquirente unico, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Carlo Malinconico, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Roma, alla piazza dei Caprettari n. 70;

con l'intervento *ad opponendum*

- della s.p.a. Blugas, della s.r.l. Soenergy e della s.p.a. Linea Group, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Francesco Ferrari, Ivo Formigaro e Luca Di Giannantonio, ed elettivamente domiciliati in Roma, alla via Flaminia n. 141, presso lo studio dell'avvocato Luca Di Giannantonio;

- della s.p.a. Federutility Edison, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marcello Clarich, Matteo falcione e Tommaso Salonic, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla piazza di Montecitorio n. 115, presso lo studio dell'avvocato Marcello Clarich;

- dell'Associazione nazionale industriali del gas (Anigas), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Zoppolato, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Roma, alla via del Mascherino n. 72;

- della s.p.a. ENI, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia, Giuseppe Caia, e Mario Sanino, ed elettivamente domiciliato in Roma, al viale Parioli n. 180, presso lo studio dell'avvocato Mario Sanino;

- della Assogas, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Todarello, Giuseppe Franco Ferrari e Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via F. Confalonieri n. 6, presso lo studio dell'avvocato Luigi Manzi;

- della s.p.a. Dalmine Energie e della s.p.a. Italtrading, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Antonella Capria e Luisa Torchia, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via Sannio n. 65, presso lo studio dell'avvocato Luisa Torchia;

- della s.p.a. Energia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Ernesto Mocchi e Pier Giuseppe Torrani ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via Germanico n. 146, presso lo studio dell'avvocato Ernesto Mocchi;

- della s.p.a. Enoi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Fantini ed elettivamente domiciliato in Roma, al largo Tartini 3-4, presso il signor Alfonso Annibale De Marco;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sede di Milano, Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 3478, e per il rigetto del ricorso di primo grado;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società appellata, come successivamente integrato;

Visti gli atti di intervento indicati in epigrafe, come successivamente integrati;

Vista l'ordinanza n. 4921 del 14 ottobre 2005, con cui la Sezione ha accolto la domanda incidentale dell'Autorità appellante ed ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Data per letta la relazione del Consigliere di Stato Luigi Maruotti alla pubblica udienza del 21 marzo 2006;

Uditi l'avvocato dello Stato Tortora per l'appellante e – per le altre parti - gli avvocati Giuseppe Caia, Mario Sanino, Carlo Malinconic, Luca Di Giannantonio, Marcello Clarich, Maurizio Zoppolato, Angelo Clarizia, Luigi Manzi, Luisa Torchia, Pier Giuseppe Torrani e Alberto Fantini;

Considerato che è stato depositato il dispositivo della decisione, cui segue il deposito della sua motivazione;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

Premesso in fatto

1. Con la deliberazione n. 248 del 29 dicembre 2004, l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ha modificato la propria precedente delibera n. 195 del 2002, riguardante il meccanismo di indicizzazione delle tariffe per la fornitura del gas naturale ai clienti finali del mercato vincolato.

In particolare, l'Autorità:

- con riferimento alla componente della materia prima, ha reso obbligatoria (art. 1.2.) l'introduzione nei contratti di compravendita al dettaglio di una 'clausola di salvaguardia', che limita al 75% l'aumento dei prezzi, qualora il costo dei prodotti petroliferi superi una soglia di riferimento (20-35 dollari al barile, calcolato secondo il prezzo del *Brent*);

- ha stabilito che tale meccanismo di applichi anche ai contratti di compravendita all'ingrosso del gas che non prevedano clausole di aggiornamento o di revisione prezzi in caso di modifica della disciplina di aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura;

- con effetto dal 1° ottobre 2005, ha disposto la revisione del corrispettivo variabile relativo alla commercializzazione all'ingrosso, con aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale per il trimestre gennaio-marzo 2005.

2. Col ricorso di primo grado, proposto al TAR per la Lombardia, la s.r.l. Hera Trading ha impugnato il provvedimento dell'Autorità, di cui ha chiesto l'annullamento per violazione di legge ed eccesso di potere.

Con la sentenza n. 3478 del 2005, il TAR ha accolto il ricorso ed ha annullato l'atto impugnato per insussistenza del potere esercitato dalla Autorità, nonché per carenza di istruttoria e difetto di istruttoria.

Il TAR ha compensato tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

3. Con l'appello n. 7795 del 2005, l'Autorità ha impugnato la sentenza del TAR ed ha chiesto che, in sua riforma, il ricorso di primo grado sia respinto, perché infondato.

Si è costituita in giudizio la s.r.l. Hera Trading, che – con i suoi scritti - ha chiesto la reiezione del gravame, perché infondato.

Nel corso del giudizio, sono intervenuti i soggetti e le società indicate in epigrafe, che hanno depositato memorie difensive, con cui hanno approfondito le questioni controverse.

Con l'ordinanza n. 4921 del 14 ottobre 2005, la Sezione ha accolto la domanda incidentale dell'appellante ed ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata.

4. All'udienza del 21 marzo 2006 la causa è stata trattenuta in decisione ed è stato depositato il dispositivo.

Considerato in diritto

1. Nel presente giudizio, è controversa la legittimità della deliberazione n. 248 del 29 dicembre 2004, con cui l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ha modificato il meccanismo di indicizzazione delle tariffe per la fornitura del gas naturale, già disciplinato con la propria precedente delibera 29 novembre 2002, n. 195.

Con la sentenza impugnata n. 3478 del 2005, il TAR per la Lombardia ha accolto il ricorso di primo grado, proposto dalla società appellata (che rivende il gas naturale a clienti intermedi quali imprese di vendita, che poi riforniscono tra l'altro i clienti finali con consumi ridotti 'civili'), ed ha annullato la delibera per insussistenza del potere esercitato dalla Autorità, nonché per carenza di istruttoria e per violazione delle regole del giusto procedimento.

2. Col primo motivo, l'Autorità ha dedotto che – contrariamente a quanto rilevato dal TAR – sussiste il suo potere di regolare le attività liberalizzate dall'art. 1, lettera a) del comma 2, della legge 23 agosto 2004, n. 239 (e, dunque, la domanda nel settore della vendita del gas naturale), per realizzare la finalità di tutelare l'utenza nella fase di transizione.

Per la comprensione di tale censura, va premesso che:

- il decreto legge n. 192 del 2002, convertito nella legge n. 238 del 2002, ha disposto la revisione del meccanismo di indicizzazione delle tariffe per la fornitura del gas naturale ai clienti finali del mercato vincolato, al fine di evitare che il passaggio al mercato libero, prevista dal 1° gennaio 2003, determinasse spinte inflazionistiche;

- l’Autorità ha stabilito che le condizioni di fornitura - praticate dagli esercenti ai clienti finali alla data del 31 dicembre 2002 – continuassero a trovare applicazione fino all’accettazione di una nuova offerta contrattuale da parte dei clienti finali (con la delibera n. 207 del 2002) ed ha ridefinito i criteri che gli esercenti avrebbero dovuto conseguentemente applicare per la determinazione delle condizioni economiche di fornitura (con la delibera n. 138 del 2003);

- la legge n. 239 del 2004 ha liberalizzato le attività previste dalla lettera a) del comma 2 dell’art. 1 e, in particolare, l’attività di vendita del gas (così consentendo l’attività di commercializzazione del gas all’ingrosso e di vendita agli utenti finali anche a imprese che – in passato – non potevano svolgerla per la mancata disponibilità di reti di trasporto e di distribuzione);

- dopo tale entrata in vigore, l’Autorità – rilevati l’andamento del mercato internazionale del gas e al fine di evitare indebite sovraremunerazioni in danno dei consumatori e a favore delle imprese che si approvvigionano del gas all’estero – ha istituito un meccanismo che comporta la traslazione del costo aggiuntivo della materia prima sugli operatori ‘a monte’ del segmento di mercato (in base all’andamento dei prezzi dei prodotti petroliferi), per evitare che sui clienti finali gravino costi

in realtà non sopportati dal grossista (così agevolando il contenimento dell'incremento delle tariffe applicabili all'utenza);

- con la gravata sentenza, il TAR ha ritenuto che i poteri di regolazione, ancora sussistenti dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 164 del 2000 e della legge 238 del 2002, sono stati soppressi dalla legge n. 239 del 2004 in relazione alle attività liberalizzate.

3. Ciò premesso, ritiene la Sezione che le censure dell'Autorità siano fondate e vadano accolte.

L'Autorità è titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati, affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali, a tutela dell'utenza.

Infatti, la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità, fin quando essa ritenga che il mercato non sia idoneo alla formazione corretta dei prezzi in una reale competizione.

I poteri di regolazione per favorire la concorrenza:

- sono stati previsti dalle disposizioni fondamentali della legge n. 481 del 1995;

- nel settore in questione, sono stati ribaditi dall'art. 28, comma 1, del decreto legislativo n. 164 del 2000;

- consentono all'Autorità di regolare ogni segmento della filiera delle attività dei settori energetici;

- possono essere esercitati indipendentemente dal regime giuridico che caratterizza tali attività e anche quando esse siano liberalizzate;

- non coincidono con quelli tariffari, poiché comprendono anche il potere di determinare i comportamenti tali da consentire una effettiva concorrenza (col conseguente contenimento dei prezzi), a tutela degli utenti e dei consumatori.

Contrariamente a quanto ha ritenuto la sentenza gravata, i poteri regolatori attribuiti all’Autorità – desumibili dalla legge n. 481 del 1995 e dal decreto legislativo n. 164 del 2000 – non sono stati ‘implicitamente’ incisi, in senso riduttivo, dall’art. 1, comma 2, della legge n. 239 del 2004.

Una normativa di liberalizzazione non è di per sé incompatibile con quella previgente di carattere generale che miri a salvaguardare la concorrenza e gli interessi dell’utenza.

Anzi, proprio nella fase iniziale di liberalizzazione è del tutto consono al sistema che l’Autorità vigili sull’andamento del mercato e indichi *ex ante* quali siano le regole in assenza delle quali possano verificarsi (o aggravarsi) effetti distorsivi.

In altri termini, la *voluntas legis* di liberalizzare un settore:

- non può indurre a considerare abrogate per incompatibilità le norme finalizzate alla salvaguardia della dinamica concorrenziale (soprattutto quando, come nella specie, i poteri di regolazione siano stati previsti da una normativa di attuazione di una direttiva comunitaria, come nella specie è avvenuto per il decreto legislativo n. 164 del 2000);

- al contrario, implica il potere-dovere dell’Autorità di disporre tutte le misure volte a favorire l’affermarsi di un mercato caratterizzato da una effettiva concorrenza, anche nell’interesse dell’utenza, non solo con azioni

repressive *ex post*, ma anche imponendo comportamenti che *ex ante* possano rimuovere o prevenire effetti distorsivi.

Dallo stesso testo dell'art. 1, comma 2, della legge n. 239 del 2004, del resto, non emergono elementi interpretativi tali da indurre a ritenere incisi i poteri in precedenza attribuiti all'Autorità.

Il comma 2 ha previsto che:

- *'sono libere ..., nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla normativa comunitaria e dalla legislazione vigente', 'le attività di produzione, importazione, esportazione, stoccaggio non in sotterraneo anche di oli minerali, acquisto e vendita di energia ai clienti idonei, nonché di trasformazione delle materie fonti di energia'* (lettera a);

- sono attività *'di interesse pubblico'* quelle di trasporto e di dispacciamento del gas naturale a rete e la gestione di infrastrutture di approvvigionamento di energia (lettera b);

- sono *'servizi pubblici'*, soggetti a concessione, la distribuzione a rete del gas naturale, l'esplorazione, la coltivazione e lo stoccaggio sotterraneo di idrocarburi (lettera c).

Contrariamente a quanto affermato dalla sentenza gravata, le previsioni di cui al comma 2 – oltre a non aver abrogato la precedente normativa sui poteri di regolazione dell'Autorità - non hanno neppure inciso sull'ambito di applicabilità dei successivi commi 11 e 12 dell'art. 1 della medesima legge n. 239 del 2004, che hanno ribadito la sussistenza dei medesimi in relazione ai servizi *'di pubblica utilità'*.

Con tale espressione (corrispondente a quelle adoperate nel titolo e nel testo della legge n. 481 del 1995), il legislatore si è riferito ad ogni

attività che interessi gli utenti e i consumatori, poco importando se essa possa essere svolta in base ad un titolo abilitativo o se sia stata liberalizzata.

Va pertanto riformato il capo della sentenza con cui è stata ravvisata l'insussistenza del potere dell'Autorità di disporre le misure di regolazione di una attività liberalizzata.

4. Con la censura rubricata al § 4.2., l'Autorità ha impugnato la statuizione con cui il TAR (al § 6.6.) ha ravvisato la violazione della legge n. 241 del 1990, perché agli interessati non sarebbe stato concesso un termine congruo per presentare le proprie osservazioni.

Ad avviso del TAR:

- gli operatori del settore hanno avuto a disposizione 'solo tredici giorni, dei quali solamente nove lavorativi', e dunque un termine 'oggettivamente breve, alla luce dell'impatto che l'atto in corso di emanazione avrebbe provocato sul mercato';

- sarebbe irrilevante la circostanza (non contestata) che le associazioni di categoria abbiano tempestivamente formulato osservazioni, 'poiché si può pensare che, proprio per la particolare incisività e straordinarietà delle misure adottate, se fosse stato concesso un termine più lungo, gli operatori avrebbero potuto formulare osservazioni più approfondite, e forse anche in numero maggiore'.

5. Ad avviso della Sezione, risultano fondate le doglianze dell'Autorità, per le quali è stato rispettato il principio di buona amministrazione, che ha consentito una partecipazione effettiva e l'acquisizione di osservazioni di 37 soggetti (di cui si è anche tenuto conto nel provvedimento finale).

In primo luogo, è decisivo considerare come non risulti (né sia stato dedotto) che - entro il termine di tredici giorni - alcun interessato abbia rappresentato all'Autorità l'esigenza di ottenere una proroga, per poter compiutamente articolare le proprie deduzioni.

Per il principio di correttezza, gli interessati avrebbero dovuto sollecitare l'autorità a differire il termine, ove questo fosse stato percepito come incongruo: in assenza di una istanza di proroga, risulta conforme al principio di buon andamento la conclusione del procedimento senza ritardo.

In secondo luogo, entro il medesimo termine l'Autorità ha acquisito le osservazioni di trentasette soggetti, che hanno riguardato anche le più complesse questioni, il che evidenzia che gli operatori del settore, per le loro qualità professionali, sono stati in grado di svolgere - ed hanno svolto - le più approfondite valutazioni.

6. Con le restanti censure (§. 4.3. e ss.), l'Autorità ha contestato la statuizione con cui il TAR ha ritenuto che l'atto impugnato sarebbe affetto da eccesso di potere per carenza di istruttoria.

Ad avviso del TAR, l'Autorità (dopo che la delibera n. 188 del 2004 aveva chiesto agli operatori gli elementi conoscitivi in ordine ai contratti da loro stipulati, per acquisire elementi per valutare le modalità di aggiornamento della componente materia prima) avrebbe illegittimamente tenuto conto delle risposte di soli trenta operatori (e di una 'campionatura di mercato inferiore a quella da essa ritenuta necessaria'), alcune delle quali contenenti solo elementi descrittivi, giungendo alla irragionevole conclusione (che ha determinato le contestate misure) secondo cui gli 'operatori più efficienti' seguono la prassi di prevedere - nei propri contratti

– clausole di salvaguardia che limitino l’incidenza dell’aumento dei prodotti petroliferi, qualora l’aumento non rientri in un intervallo predeterminato.

Ad avviso del TAR, inoltre, il vizio sarebbe altresì evidenziato dal fatto che l’Autorità – procedendo quando l’anno termico era già cominciato e quando già si era verificato l’aumento dei prezzi - si è riservata di riesaminare successivamente le questioni (per esonerare singoli operatori dall’applicazione delle contestate misure) e non sarebbe stato sanato da successivi accertamenti, perché altrimenti vi sarebbe ‘un inammissibile tentativo di motivazione postuma’.

7. Ritiene la Sezione che sono fondate le censure secondo cui non sussistono i lamentati profili di eccesso di potere.

La valutazione della rilevanza della ‘clausola di salvaguardia’ rientra nell’ambito dei poteri tecnico-discrezionali dell’Autorità, che ha motivatamente evidenziato come l’efficienza del settore – con benefici per l’utenza – sia incentivata dall’introduzione obbligatoria nella contrattualistica della ‘clausola di salvaguardia’.

Le sue conclusioni sulla esistenza e sulla rilevanza di tale prassi si sono adeguatamente basate sulla indagine preliminare (che ha dato luogo al ‘documento per la consultazione’ del 30 novembre 2004) e sulla documentazione acquisita a seguito della consentita partecipazione (e in base alla quale è stata anche redatta la relazione tecnica di accompagnamento).

In particolare, il ‘documento per la consultazione’ aveva già analiticamente rappresentato le circostanze del mercato, considerate rilevanti dall’Autorità per l’ipotesi di introduzione della clausola di salvaguardia, sottoposta alle osservazioni degli operatori.

Non rileva, sotto tale aspetto, che non tutti gli operatori del settore abbiano collaborato con l’Autorità: la mancata trasmissione dei loro contratti (di per sé valutabile per corroborare la sussistenza della prassi o quanto meno per considerare corretta l’analisi del mercato) non ha paralizzato l’esercizio dei poteri di regolazione.

Neppure risultano i dedotti profili di inadeguata istruttoria e contraddittorietà, secondo cui l’Autorità avrebbe dapprima attribuito ‘grande rilievo all’acquisizione delle informazioni e dei documenti richiesti’ con la delibera n. 188 del 2004 e poi si sarebbe basata su un numero limitato di informazioni e di documenti.

Infatti, la delibera n. 248 del 2004 ha individuato le realtà del mercato non *ex novo* e in base ai soli elementi acquisiti in esecuzione della precedente delibera n. 188, ma sulla base di una valutazione articolata e unitaria degli accertamenti posti a base del ‘documento di consultazione’ e di quelli in seguito acquisiti (che hanno corroborato quanto già in precedenza era stato posto a base della richiesta istruttoria).

Contrariamente a quanto ha rilevato l’appellata, l’attivazione di procedimenti sanzionatori – nei confronti delle società inottemperanti alla richiesta istruttoria – non induce a ritenere che le informazioni non rese fossero essenziali per il compiuto esame finale dell’Autorità.

Infatti, l’attivazione è di per sé irrilevante per le questioni controverse in questa sede, nel senso che i procedimenti sanzionatori si giustificano in ragione della stessa inottemperanza e non vanno qualificati come elementi tali da far ravvisare la indefettibilità delle medesime informazioni.

Inoltre, con riferimento all'attività successiva all'emanazione della delibera n. 248 del 2004:

- le ulteriori indagini, di cui si è dato l'esito nel corso del giudizio, non hanno comportato una motivazione *ex post* dell'atto e non incidono sulla valutazione della sua legittimità (anche se è significativo come esse abbiano rimarcato l'effettiva sussistenza della prassi, già in precedenza riscontrata quale presupposto di fatto per l'esercizio del potere di regolazione);

- la riserva di un eventuale riesame delle questioni non ha indebolito l'impianto motivazionale dell'atto, poiché il riesame è stato subordinato alla eventuale e documentata prospettazione – da parte degli operatori - di circostanze sopravvenute, tali da far apparire opportuna una rimediazione del caso.

Quanto all'incidenza delle condizioni contrattuali ad anno termico avviato, risulta del tutto ragionevole la determinazione dell'Autorità di disporre senz'altro l'applicabilità delle misure, sia perché nel segmento all'ingrosso del mercato si è anche diffusa una prassi di concludere i contratti di approvvigionamento con decorrenze differenziate (non coincidenti con la decorrenza dell'anno termico), sia perché in tal modo, con la rapidità coerente con le esigenze di tutela dei consumatori, sono state introdotte – con decorrenza dal successivo anno solare - regole di comportamento volte a evitare immediatamente ulteriori sovraremunerazioni rispetto a costi effettivamente non sopportati (e cioè finalizzate ad evitare ulteriori conseguenze degli effetti distorsivi già verificatisi).

8. Per le ragioni che precedono, l'appello dell'Autorità è fondato, sicché vanno respinte le censure accolte in primo grado.

Deve pertanto passarsi all'esame dei profili non esaminati dal TAR e richiamati negli scritti difensivi della società appellata.

9. A p. 3 e 6-13. del controricorso, la società appellata ha dedotto che l'Autorità – determinando ‘una forte contrazione dei ricavi delle imprese, imputabile per circa il 50% alla introduzione della clausola di salvaguardia e per il restante 50% alle rettifiche alla delibera n. 195/02’ – avrebbe illegittimamente esercitato un potere di fissazione delle tariffe di vendita del gas nei confronti dei clienti finali civili, in violazione del principio di legalità e dell'art. 23, comma 2, del decreto legislativo n. 164 del 2000.

10. Ritene la Sezione che tale censura sia infondata.

Col provvedimento impugnato in primo grado, l'Autorità non ha esercitato un potere di fissazione delle tariffe, bensì quello di regolazione dei comportamenti delle imprese del settore, tali da consentire una effettiva concorrenza, a tutela degli utenti e dei consumatori.

Non rileva in contrario la circostanza della idoneità di tali comportamenti ad incidere sui livelli dei prezzi.

I prezzi continuano infatti ad essere determinati nel mercato in base alle relative dinamiche, mentre se su di essi – in conseguenza della generalizzazione della clausola di salvaguardia – incidono solo indirettamente le contestate misure, per aver imposto comportamenti ispirati al principio della *par condicio* e tali da evitare il concentrarsi di posizioni di vantaggio e i conseguenti effetti distorsivi della concorrenza.

11. A pp. 16 ss., l'appellata ha contestato l'effettiva sussistenza della prassi delle clausole di salvaguardia, che non sarebbero ‘contenute in alcuno

dei più importanti contratti di acquisto di gas all'ingrosso, proveniente dall'estero'.

Essa - nel richiamare le articolate risultanze del procedimento - ha rilevato che:

- le osservazioni degli operatori hanno sottolineato come le clausole di salvaguardia, 'anche laddove sporadicamente esistenti', determinino 'effetti di attenuazione della crescita del prezzo del gas largamente inferiori a quelli derivanti dalla clausola di salvaguardia';

- l'Autorità si sarebbe limitata a rilevare la notorietà della prassi e come alcuni operatori abbiano contestato l'esistenza della clausola nei loro contratti di importazione, mentre altri ne abbiano ammesso l'esistenza, pur contestando i valori indicati.

12. Le censure così sintetizzate vanno respinte.

L'Autorità – che con la delibera n. 188/04 aveva disposto l'acquisizione di informazioni e documenti in ragione delle risultanze emergenti dalla sua partecipazione a organismi internazionali – dalle stesse informazioni ha ragionevolmente rilevato col provvedimento finale gli elementi univoci di riscontro della effettiva sussistenza della prassi sulla 'clausola di salvaguardia'.

Da un lato, è significativo che alcuni operatori ne abbiano espressamente ammesso l'esistenza.

Del resto, la stessa proposizione del ricorso di primo grado evidenzia che vi è l'interesse a contestare la misura, che mira al contenimento dei margini di profitto con la generalizzazione della clausola, la cui sussistenza è risultata in alcuni contratti di fornitura.

D'altro lato, altri operatori hanno preferito non dare riscontro alla richiesta di informazioni, con ciò manifestando il proprio interesse contrario alla completa elaborazione dei dati da parte dell'Autorità (e così fornendo elementi univoci per rimarcare come la prassi prospettata fosse effettivamente sussistente).

Malgrado tale mancata collaborazione, risulta dunque ragionevole la determinazione dell'Autorità, di carattere tecnico, di ravvisare la prassi inerente alla clausola, sulla base delle complessive risultanze istruttorie.

13. Per le ragioni che precedono, l'appello va accolto e, in ragione della infondatezza delle censure originarie, il ricorso di primo grado va respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari dei due gradi del giudizio (il che comporta l'irrilevanza dell'esame della ammissibilità degli atti di intervento).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l'appello e respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari dei due gradi del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio tenutasi il giorno 21 marzo 2006, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, con l'intervento dei signori:

Claudio	Varrone	Presidente
Luigi	Maruotti	Consigliere estensore
Carmine	Volpe	Consigliere

Lanfranco Balucani Consigliere

Rosanna De Nictolis Consigliere

Il Presidente

CLAUDIO VARRONE

Il Consigliere estensore

Il Segretario

LUIGI MARUOTTI

MARIA RITA OLIVA

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il..05/05/2006

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

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

a.....

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

Il Direttore della Segreteria