

N. 00876/2011REG.PROV.COLL.

N. 10415/2005 REG.RIC.

N. 10416/2005 REG.RIC.

N. 10417/2005 REG.RIC.

N. 00083/2006 REG.RIC.

N. 00095/2006 REG.RIC.

N. 00982/2006 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10415 del 2005, proposto dalla Autorità per l'energia elettrica e il gas, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato per legge;

contro

La s.p.a. Edison., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati. Marcello Clarich, Tommaso Salonicco e Matteo Falcione, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marcello Clarich in Roma, piazza di Montecitorio, 115;

sul ricorso numero di registro generale 10416 del 2005, proposto dalla Autorità per l'energia elettrica e il gas, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato per legge,;

contro

La s.p.a. Dalmine Energie, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonella Capria e Luisa Torchia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luisa Torchia in Roma, via Sannio 65;

sul ricorso numero di registro generale 10417 del 2005, proposto dalla Autorità per l'energia elettrica e il gas, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato per legge,

contro

La s.p.a. Eni, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Caia, Mario Sanino e Marco Sica, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

sul ricorso numero di registro generale 83 del 2006, proposto dalla s.p.a. Energia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Nadia Restivo e Giuseppe Torrani, con domicilio eletto presso il signor Ernesto Mocchi in Roma, via Germanico, 123;

contro

L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato per legge; il Garante per la protezione dei dati personali, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi nel secondo grado del giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 95 del 2006, proposto dalla Autorità per l'energia elettrica e il gas, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato per legge;

contro

La s.p.a. Energia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Ernesto Mocchi, Orsola Torrani e Piergiuseppe Torrani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ernesto Mocchi in Roma, via Germanico, 146;

nei confronti di

Il Garante per la protezione dei dati personali, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi nel secondo grado del giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 982 del 2006, proposto dalla Autorità per l'energia elettrica e il gas, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato per legge;

contro

La s.r.l. Ennergas, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi nel secondo grado del giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 10415 del 2005:

della sentenza del T.a.r. della Lombardia – Sede di Milano- n. 03275/2005, resa tra le parti, concernente MODALITA' AGGIORNAMENTO COSTO MATERIA PRIMA TARIFFE FORNITURA GAS NATURALE

quanto al ricorso n. 10416 del 2005:

della sentenza del T.a.r. della Lombardia – Sede di Milano- n. 03274/2005, resa tra le parti, concernente MODALITA' AGGIORNAMENTO COSTO MATERIA PRIMA TARIFFE FORNITURA GAS NATURALE

quanto al ricorso n. 10417 del 2005:

della sentenza del T.a.r. della Lombardia – Sede di Milano- n. 03273/2005, resa tra le parti, concernente MODALITA' AGGIORNAMENTO COSTO MATERIA PRIMA TARIFFE FORNITURA GAS NATURALE

quanto al ricorso n. 83 del 2006:

della sentenza del T.a.r. della Lombardia – Sede di Milano- n. 03276/2005, resa tra le parti, concernente OBBLIGO DI TRASMETTERE INFORMAZIONI SUI PREZZI MEDI MENSILI

quanto al ricorso n. 95 del 2006:

della sentenza del T.a.r. della Lombardia – Sede di Milano- n. 03276/2005, resa tra le parti, concernente OBBLIGO DI TRASMETTERE INFORMAZIONI SUI PREZZI MEDI MENSILI GAS NATURALE

quanto al ricorso n. 982 del 2006:

della sentenza del T.a.r. della Lombardia – Sede di Milano- n. 04830/2005, resa tra le parti, concernente RICHIESTA INFORMAZIONI A IMPORTATORI DI GAS NATURALE

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati ed i ricorsi incidentali proposti dalla s.p.a. Eni e dalla s.p.a. Dalmine Energie;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas e della s.p.a. Energia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2010 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Tortora, l'avvocato Clarich, l'avvocato Crisafulli, per delega dell'avvocato Capria, l'avvocato Salvatore, per delega dell'avvocato Sanino, l'avvocato Mocchi in proprio e per delega dell'avvocato Torrani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con le (identiche nel tessuto motivazionale) sentenze gravate, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, - Sede di Milano - ha preso in esame i singoli ricorsi proposti dalle imprese odierne appellate avverso la deliberazione n. 188 del 2004, con la quale l’Autorità per l’energia elettrica ed il gas aveva ad esse richiesto informazioni e documenti, come da allegato “A” alla deliberazione suddetta.

Le medesime imprese avevano impugnato la delibera, prospettando numerose censure (violazione degli artt. 3, 23, 97 della Costituzione; dell’art. 2, comma 20, lett. a) e c), della legge 14 novembre 1995, n. 481, dell’art. 13 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196, e dell’art. 3, comma IV, ed 8, comma II, della legge 7

agosto 1990, n. 241; eccesso di potere sotto vari profili, per la brevità del termine assegnato dall'Autorità per fornire le informazioni, l'eccessiva ampiezza delle informazioni richieste, la disparità di trattamento in relazione ad analoghe iniziative intraprese in passato).

Il primo giudice ha innanzitutto dichiarato i gravami inammissibili con riguardo alle impugnative proposte contro le note di trasmissione della deliberazione del 29 ottobre 2004 (trattandosi di comunicazioni, prive del requisito della lesività) ed avverso la delibera n. 178 del 2004 (non contenente prescrizioni lesive per alcuna impresa - ed in ogni caso, nei cui confronti non erano state avanzate specifiche doglianze).

Esclusa la ravvisabilità del dedotto vizio di carenza di motivazione della delibera 188 del 2004 (in quanto la sua intitolazione, il considerando e altri elementi rendevano palese quale fosse l'obiettivo che l'Autorità si era prefissa di raggiungere), il Tribunale amministrativo regionale ha esaminato le censure proposte avverso la deliberazione n. 188 del 2004 ed ha in parte accolto le impugnazioni.

La delibera è infatti in parte stata annullata, con esclusivo riferimento alle richieste di informazioni di cui al punto 1, lettere a) e b), del suo allegato "A", relative ai fornitori esteri ed alle connotazioni dei contratti in corso, oltre che ai prezzi base di acquisto fob (free on board).

Secondo il Tribunale amministrativo regionale, infatti, pur dovendosi riconoscere che i dati sopraindicati non assurgevano al rango di dati "sensibili" ai sensi dell'art. 4 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196, doveva al contempo rilevarsi che i medesimi attenevano prevalentemente alla sfera commerciale delle imprese originarie ricorrenti.

Ne doveva conseguire che tali dati non potevano reputarsi necessari all'esercizio, da parte dell'Autorità, del potere regolatorio attribuitole dall'art. 2 della legge 14

novembre 1995, n. 481: la richiesta di ostensione dei medesimi, pertanto, non appariva rispettosa delle prescrizioni di cui agli artt. 11 e 18 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196.

Quanto invece alle ulteriori informazioni richieste nella deliberazione impugnata, esse avevano per oggetto dati non strettamente inerenti alle imprese ed apparivano altresì funzionali allo svolgimento dei compiti istituzionali dell'AEEG: i ricorsi, sul punto, sono stati respinti.

Le sentenze suindicate sono state appellate dalla originaria resistente Autorità, che ne ha contestato la fondatezza proponendo identici articolati motivi di impugnazione ed evidenziando che la delibera si era resa necessaria, dovendo essa procedere alla revisione delle modalità di aggiornamento della componente materia prima delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale (in connessione con la delibera n. 178 del 2004).

Dovevano conseguentemente verificarsi le condizioni di approvvigionamento del gas naturale sui mercati internazionali: era stata quindi emessa la delibera n. 188/2004 e la richiesta di informazioni ivi contenuta

Ad avviso della Autorità, anche le informazioni di cui alle lett. a) e b) della citata delibera erano finalizzate all'espletamento dei compiti connessi al potere di regolazione (non "tariffario") che pure il primo giudice - nella premessa maggiore delle appellate sentenze - aveva reputato sussistente ex art. 2, commi 12, lett. g), e 20, lett. a), della legge 14 novembre 1995, n. 481.

Gli artt. 11, lett. a) e b), e 18 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196 (espressivi del c.d. "principio di contenenza e proporzionalità"), pertanto non potevano essere invocati a tutela della "sfera più prettamente commerciale" delle imprese: il primo giudice, secondo le deduzioni della Autorità, non avrebbe tenuto conto del fatto che ci si trovava a cospetto di un mercato con una pluralità di

operatori e che tali dati erano necessari per portare a compimento il procedimento avviato con la deliberazione n. 178 del 2004.

La conoscenza dei dati era dunque contenente all'oggetto della richiesta e compatibile con le invocate esigenze di privacy (esigenza, quest'ultima, comunque non invocabile con riferimento all'attività commerciale).

La distinzione introdotta dal primo giudice con l'avverbio "più prettamente" non metterebbe al riparo le sentenze appellate dalla censura di contraddittorietà: l'esigenza di acquisire informazioni dettagliate sulle condizioni dei singoli contratti era conseguente alla necessità di effettuare l'analisi di un mercato con una pluralità di operatori (ne discendeva la necessità di conoscere la "durata" dei contratti, funzionale alla scelta del momento in cui effettuare l'intervento regolatorio, ed il nominativo dei fornitori, funzionale alla comprensione ed analisi dei flussi di gas importati).

I dati relativi al prezzo erano funzionali a trarre indicazioni sul costo medio della materia prima.

Le appellate sentenze non avrebbero tenuto conto di tali considerazioni, sicché i ricorsi di primo grado andrebbero respinti.

Nell'ambito dell'appello principale n. 10416 del 2005 (proposto il 30 dicembre 2005 e notificato il 12 dicembre 2005), la s.p.a. Dalmine Energie (cui è succeduta la s.p.a. Eon Energy Trading) ha proposto il 21 dicembre 2005 un appello incidentale (contenente valutazioni speculari ed opposte a quelle prospettate dall'Autorità), chiedendo l'annullamento anche delle restanti parti della delibera n. 188 del 2004 e censurando la sentenza n. 3274 del 2005 laddove essa non si era pronunciata con riferimento al punto 2 dell'Allegato A.

Ad avviso della appellante incidentale, il dato più delicato delle informazioni richieste (il prezzo base Fob) non sarebbe sufficientemente "protetto" dalla sentenza del TAR.

Dalle indicazioni di cui alle lett. c-f) della delibera, e da quelle di cui al punto 2 dell'Allegato A relativo ai prezzi medi Fob del periodo ottobre 2002/settembre 2004, in base ad una equazione matematica si potrebbe risalire all'accertamento di tale dato (il prezzo base Fob) che, invece, doveva ritenersi insuscettibile di ostensione.

A seguito della sentenza impugnata, l'appellante incidentale ha comunicato le informazioni relative ai prezzi medi, con modalità tali da non rivelare i prezzi-base, e l'Autorità ha avviato nei suoi confronti un procedimento sanzionatorio (di cui la società lamenta la contrarietà al principio di buona fede).

Essa ha poi riproposto i motivi di censura del ricorso di primo grado, accolti soltanto parzialmente ovvero (quarto motivo) respinti, con cui è stata impugnata nella sua interezza la delibera n. 188 del 2004, in quanto carente di motivazione e illogica allorchè richiedeva condotte inesigibili, ed errata nei presupposti in quanto irrispettosa dei principi di proporzionalità e minore aggravio, anche perché in passato l'Autorità (delibera n. 52/1999) era ricorsa a fonti di informazione alternative) .

Anche la s.p.a. ENI ha proposto il 16 dicembre 2005 un controricorso contenente anche un appello incidentale, avverso la sentenza n.3273 del 2005, appellata in via principale dall'Autorità con il ricorso n. 10417 del 2005.

Essa ha infatti chiesto respingersi il ricorso in appello della Autorità, in quanto infondato e, in via incidentale, ha riproposto le censure volte all'integrale annullamento della delibera n. 188 del 2004, in quanto l'appellata sentenza si era riferita – sia in dispositivo che in motivazione – unicamente al punto 1 dell'allegato A.

Ad avviso dell'appellante incidentale, le medesime ragioni poste a base dell'annullamento parziale dovrebbero riguardare anche il punto 2 dell'allegato A (laddove si richiedevano informazioni sui prezzi medi mensili di acquisto su base

fob) e dovrebbe esservi una “estensione” in via interpretativa del disposto della decisione anche alla parte non contemplata dell'allegato A.

Del pari, sarebbe illogico e contraddittorio che le informazioni richieste alle lett. c) e d) dell'allegato A fossero state tenute indenni dal giudizio demolitorio del Tribunale amministrativo regionale, in quanto anche i dati medesimi attenevano “prevalentemente alla sfera commerciale delle imprese”.

La sentenza, infine, non avrebbe esaminato il dedotto profilo di censura fondato sull'omesso rispetto da parte dell'Autorità delle disposizioni (art. 23, comma 3, e 7, comma 2, del d.lgs. 30 giugno 2003, n.196) che disciplinano l'attività di raccolta dei dati: erroneamente si sarebbe ritenuto che esso concernesse una futura condotta dell'Autorità.

Al contrario, nella censurata delibera non era stata indicata né la” modalità di trattamento” né era stato richiesto il consenso della controparte contrattuale (fornitore estero) ex art. 23 del d.lgs. 30 giugno 2003, n.196.

Quanto al ricorso n. 83/2006, la s.p.a., Energia (cui è succeduta la s.p.a. Sorgenia) ha proposto l'appello principale avverso la sentenza n. 3276 del 2005 (gravata anche dall'Autorità con il ricorso n.95/2006 di cui si è prima riferito), muovendo dalla premessa che il proprio ricorso di primo grado presentava una differente impostazione rispetto a quelli proposti dalle altre imprese, e che tale differenziazione non sarebbe stata valutata dal TAR.

La decisione impugnata sarebbe anche incorsa nel vizio di extrapetizione (in quanto non era stato da essa devoluto il tema della valutabilità della delibera alla stregua del c.d “codice della privacy” di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196) e nel vizio di contraddittorietà tra i due capi del dispositivo e tra essi e la motivazione.

Inoltre, la s.p.a. Energia aveva censurato in primo grado anche la violazione del principio di proporzionalità tra l'esercizio del potere (doveva tenersi conto che

Energia era un importatore che operava in un mercato oligopolistico) e le informazioni richieste.

Queste ultime avrebbero finito per disvelare ai (pochi) concorrenti le strategie d'impresa dell'azienda, esponendo quest'ultima ad una concorrenza predatoria.

A seguito della sentenza impugnata, l'appellante ha comunicato le informazioni relative ai prezzi medi, con modalità tali da non rivelare i prezzi-base, e l'Autorità ha avviato nei suoi confronti un procedimento sanzionatorio.

L'appellante incidentale ha riproposto tutte le doglianze contenute nel ricorso di primo grado e disattese dal TAR, postulanti l'indebita ingerenza dell'Autorità in un profilo di attività (quella commerciale) protetto, ed il difetto di proporzionalità tra le informazioni (individuali) richieste e il provvedimento regolatorio (a carattere generale) alla cui adozione le informazioni predette erano finalizzate.

L'Autorità non si sarebbe conformata all'art. 13 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196: la s.p.a. Energia – ove le avesse comunicato i dati richiesti - avrebbe a propria volta perpetrato l'illecito di cui all'art. 161 del predetto decreto (peraltro essa neppure conosceva se i propri fornitori esteri, non vincolati al contenuto della delibera n. 188 del 2004, avrebbero prestato il consenso alla ostensione di dati ad essi afferenti).

In vista della pubblica udienza di trattazione, le parti hanno puntualizzato e ribadito le proprie argomentazioni, depositando scritti difensivi.

Con una memoria unica relativa agli appelli n. 10417/2005, 10416/2005 e 83/2006, l'Autorità ha chiesto in primo luogo che venga dichiarata l'improcedibilità degli appelli incidentali proposti dalla s.p.a. Eni e dalla s.p.a. Dalmine (cui è succeduta la s.p.a. EON Energy Trading) e dell'appello principale proposto dalla s.p.a. Energia SPA (cui è succeduta la s.p.a. Sorgenia), poiché la sopravvenuta delibera n. 89 del 2010 ha richiesto alle imprese informazioni assai più approfondite di quelle oggetto della impugnata delibera n. 188 del 2004:

L'intervenuta acquiescenza alla delibera del 2010 priverebbe di interesse a coltivare le originarie impugnazioni delle imprese avverso la meno "invasiva" delibera del 2004.

Nel merito, l'Autorità ha ribadito che gli appelli incidentali sarebbero infondati, non potendosi escludere il potere di intervento dell'Autorità in un segmento di mercato liberalizzato.

Dalle informazione richieste, infatti, l'Autorità non sarebbe potuta risalire ai prezzi medi fob ed al prezzo base di acquisto fob, potendo, al più elaborare delle semplici stime. Inoltre, sarebbe infondata la censura relativa alla asserita violazione del principio di proporzionalità e quella relativa alla carenza di motivazione della delibera n. 188 del 2004.

La s.p.a. Eni ha depositato una memoria di replica, facendo presente che permane il proprio interesse alla decisione dell'appello incidentale.

Essa è stata infatti sanzionata (con la deliberazione della Autorità n. 226 del 2006) per avere soltanto parzialmente ottemperato alla delibera, nella parte ancora efficace a seguito della impugnata sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia.

Sotto altro profilo, la società ha osservato che non si pu ravvisare la sopravvenuta improcedibilità della propria impugnazione a cagione della pretesa acquiescenza della impresa alla delibera superveniens n. 89/2010, poiché anche questa è stata tempestivamente impugnata.

Nel merito, essa ha ribadito l'infondatezza dell'appello principale proposto dall'Autorità e la fondatezza del proprio gravame.

La s.p.a. Sorgenia (suceduta alla s.p.a. Energia) ha depositato due articolate memorie, puntualizzando le censure di cui al proprio ricorso in appello, chiedendo che venga dichiarata la infondatezza di quello proposto dall'Autorità e ribadendo il proprio interesse alla decisione della causa.

La s.p.a. Edison ha depositato una articolata memoria, chiedendo che venga dichiarata la infondatezza del gravame proposto dall'Autorità e facendo presente che successivamente alla delibera per cui è causa era stata emessa la delibera n. 248 del 2004, il che dimostra che le informazioni di cui ai punti A e B dell'Allegato alla delibera n. 188 del 2004 impugnata non erano né necessarie né indispensabili.

La EON Energy Trading (succeduta alla s.p.a. Dalmine Energie) ha depositato una articolata memoria, chiedendo che venga dichiarata la infondatezza del gravame proposto dall'Autorità ribadendo e puntualizzando le censure di cui al proprio ricorso in appello incidentale.

DIRITTO

1. La connessione oggettiva e soggettiva impone la riunione e la trattazione congiunta dei relativi appelli (per Consiglio di Stato, sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3415, possono essere riuniti e definiti con un'unica decisione anche gli appelli rivolti avverso sentenze diverse, ove comportanti la soluzione di identiche questioni sollevate nei riguardi dei medesimi provvedimenti impugnati in primo grado).

Il principio è ora espressamente codificato dall'art. 96 del codice del processo amministrativo e pertanto le cause devono essere riunite,

2. Tutti gli appelli principali e quelli incidentali sono infondati e devono essere respinti, nei termini di cui alla motivazione che segue, con conseguente conferma delle appellate sentenze.

2.1 Preliminarmente rispetto all'esame del merito, deve essere esaminata l'eccezione di sopravvenuta improcedibilità delle impugnazioni incidentali, proposte dalla s.p.a. Eni e dalla s.p.a. Dalmine (cui è succeduta la s.p.a. Eon Energy Trading) e dell'appello principale proposto dalla s.p.a. Energia (cui è succeduta la s.p.a. Sorgenia) formulata dalla Autorità per le energia elettrica e per il gas.

L'eccezione (diretta a sollecitare un giudizio di sopravvenuta integrale improcedibilità dei ricorsi di primo grado proposti dalle imprese) non è fondata per più ordini di considerazioni.

E' rimasto incontestato, in primo luogo, che la sopravvenuta delibera della Autorità n. 89 del 2010 è stata a sua volta impugnata innanzi al TAR.

Secondariamente, risulta dagli atti di causa che è stato avviato un procedimento sanzionatorio a carico delle imprese a cagione della omessa integrale ottemperanza alla delibera impugnata in primo grado, per la parte rimasta efficace a seguito delle sentenze di annullamento parziale, emesse dal TAR per la Lombardia e appellate in questa sede.

Permane quindi l'interesse in capo alle imprese alla decisione dei gravami da essi proposti diretti ad ottenere la integrale caducazione della delibera impugnata in primo grado n. 188 del 2004..

3. Ciò premesso, stante la intima connessione delle contrapposte censure prospettate, il Collegio procede all'esame delle medesime seguendo un ordine improntato al concetto di pregiudizialità logica: pertanto, verranno esaminate prioritariamente quelle volte a più radicalmente contestare l'azione amministrativa intrapresa dall'Autorità e contenute negli appelli incidentali (impropri) proposti dalle imprese.

Per comodità espositiva, appare utile riportare di seguito il contenuto dell'allegato alla impugnata delibera sul quale si sono incentrate le doglianze –parzialmente accolte in primo grado – mosse dalle imprese produttrici.

“Informazioni e documenti da trasmettere all’Autorità per l’energia elettrica e il gas

1. Per ciascun contratto di approvvigionamento le seguenti informazioni (da fornire in formato word):

a) fornitore, data di attivazione, durata del contratto (annuale o pluriennale) e punto di consegna della fornitura;

- b) prezzo base di acquisto fob con indicazione della data di riferimento;
- c) formula/ e di aggiornamento del prezzo di acquisto fob, con indicazione delle quote di tale prezzo che sono soggette alle diverse tipologie di aggiornamento;
- d) formula utilizzata per indicizzare il prezzo di acquisto in funzione dell'andamento delle quotazioni delle materie prime energetiche e del loro peso, con indicazione della frequenza di ricalcolo e del periodo di riferimento adottato;
- e) eventuali ulteriori variabili economiche che concorrono alla determinazione del prezzo di acquisto;
- f) termini e modalità di revisione dei contratti di approvvigionamento.
2. Per ciascun contratto di approvvigionamento i quantitativi acquistati e i prezzi medi mensili di acquisto su base fob relativamente al periodo ottobre 2002 - settembre 2004, come da tabella 1. I dati devono essere forniti in formato excel.
3. Per ciascun punto di entrata della rete nazionale di gasdotti i volumi importati, la percentuale di gas sul volume importato per consumi tecnici e perdite di rete e il costo medio annuo di trasporto internazionale, al netto dei costi per consumi e perdite, per il trasferimento del gas dal punto o dai punti di consegna della fornitura al punto di entrata della rete nazionale di gasdotti riferiti al periodo ottobre 2002 - settembre 2004, come da tabella 2. I dati devono essere forniti in formato excel.
- I dati relativi al gas acquistato e importato devono essere forniti con riferimento a quantitativi misurati alle condizioni standard (15°C, 1,01325 bar) ed espressi in gigajoule utilizzando il potere calorifico superiore.
- I prezzi e i costi sono espressi con riferimento alla valuta di fatturazione e all'energia misurata in condizioni standard (15°C, 1,01325 bar) espressa in gigajoule.”

Le gravate sentenze del TAR della Lombardia hanno investito i punti a) e b) dell'elenco suindicato in quanto ritenuti afferenti "prevalentemente" alla sfera commerciale delle imprese che effettuano la vendita di gas naturale e non necessari

all'esercizio, da parte dell'Autorità, del potere regolatorio attribuitole dall'art. 2 della legge n. 481 del 1995.

3.1. Il Collegio concorda con la ricostruzione del TAR in ordine alla infondatezza delle censure delle società circa la riconducibilità del potere esercitato dall'Autorità alla funzione regolatoria assegnatale ex art. 2 della legge n. 481 del 4 novembre 1995.

Il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, infatti, nell'incipit dell'art. 1 ha previsto una clausola di riserva secondo cui *“le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale, in qualunque sua forma e comunque utilizzato, sono libere”*, ma *“nei limiti delle disposizioni del presente decreto”*.

E poiché sia l'art. 23, comma primo, che l'art. 28 del medesimo testo normativo fanno salvi i poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas in materia, va respinta la tesi secondo cui sarebbe ravvisabile una 'carenza di potere in astratto' dell'Autorità *in subiecta materia*.

Come ha rilevato la Sezione nelle sentenze n. 5681 e 5684 del 2001, l'Autorità ha infatti il potere di determinare i criteri per la negoziazione dei prezzi di cessione del gas naturale sottoposti al regime di sorveglianza.

I richiami al permanere del potere dell'Autorità, contenuti nel citato decreto legislativo, risulterebbero del tutto incomprensibili laddove si dovesse ritenere fondata la tesi secondo cui, a seguito dell'avvenuta liberalizzazione del mercato del gas naturale, essa avrebbe perduto la potestà regolatoria.

Ancora di recente, questa Sezione ha precisato che 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 (Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352).

Il Collegio condivide e fa proprie tali considerazioni: devono pertanto essere disattese le censure delle imprese postulanti l'assenza in capo all'Autorità del potere regolatorio in materia.

3.2. Quanto al *quomodo* di tale attività di regolazione, richiamato l'art. 2, comma 20, lett. a), della legge 14 novembre 1995, n. 481, va esaminata la censura dedotta dalla Autorità, secondo cui essa potrebbe ordinare l'ostensione di informazioni commerciali, senza il limite della tutela della riservatezza di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196.

Anche tale censura alle sentenze rese dal Tribunale amministrativo regionale non risulta fondata.

La Sezione ha già osservato, in relazione alla conoscibilità delle offerte presentate dalle imprese, che in via di principio si deve tenere conto del diritto alla riservatezza degli operatori commerciali (Sez. VI, 9 gennaio 2004, n. 14).

La tesi dell'Autorità collide con l'incipit del comma 1 dell'art. 1 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196 (per il quale "chiunque" può essere titolare del diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano, con ciò non distinguendo tra persona fisica e giuridica, neppure con riguardo al settore di esercizio della propria attività), e non può essere condivisa la sua pretesa di escludere da qualsiasi protezione i dati relativi all'esercizio dell'attività imprenditoriale, smentita testualmente dall'art. 13 del D.P.R 30 aprile 1998, n. 217, che, al comma 2 limita l'accesso a "informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario" .

La pronuncia del primo giudice appare al Collegio equilibrata, laddove ha ritenuto che la ostensione dei dati relativi ai punti a) e b) della delibera impugnata non soltanto non fosse indispensabile all'Autorità per l'esercizio del potere regolatorio

(in coerenza con il principio di proporzionalità e minimo sacrificio), ma, soprattutto, rientrasse nella sfera dell'attività commerciale e d'impresa.

D'altro canto, tutte le società che hanno impugnato in primo grado la delibera hanno motivatamente illustrato le conseguenze relative alla possibile esposizione alla altrui politica commerciale "predatoria", in ipotesi di ostensione dei medesimi dati, con specifici argomenti contro i quali non sono stati forniti dall'Autorità elementi contrari.

Gli appelli principali dell'Autorità, sul punto, devono essere disattesi.

3.3. Vanno ugualmente esaminati gli appelli incidentali delle società, in quanto sorretti da un interesse autonomo, nonché il riunito appello principale proposto dalla s.p.a. Energia.

Il rigetto delle censure della Autorità, invece, comporta la improcedibilità della doglianza dedotta dalla s.p.a. Edison, relativa alla sopravvenuta emanazione della delibera n. 248 del 2004 (che dimostrerebbe, secondo la sua tesi, che le informazioni di cui ai punti A e B dell'Allegato alla delibera n. 188 del 2004 non erano né necessarie né indispensabili, e che pertanto era stato violato il principio di proporzionalità).

Tale doglianza, se riferita unicamente al capo demolitorio della decisione, è improcedibile per la reiezione dell'appello dell'Autorità sul punto, ma neppure laddove si intendesse riferita all'intero ventaglio delle informazioni richieste alle lettere c-f del punto 1 dell'Allegato essa sarebbe positivamente scrutinabile, atteso che la circostanza che sia stato comunque portato a compimento il procedimento di aggiornamento avviato con la delibera n. 178 del 2004, ovvero che l'Autorità già disponesse di un quadro conoscitivo sufficiente, non dimostra ex post che le informazioni richieste non fossero necessarie ed utili .

4. Quanto all'appello proposto dalla s.p.a. Energia, quest'ultimo contiene (reiterando così il petitum di primo grado) profili di doglianza diversi rispetto a

quelli sollevati dalle altre imprese (ma connessi, in alcuni passaggi, alle doglianze proposte dalla s.p.a. Eni), che possono essere esaminati immediatamente.

4.1. In primo luogo il Collegio non reputa fondata la censura rivolta contro la sentenza di primo grado, secondo cui sarebbe stato violato l'art. 112 del codice di procedura civile.

Premesso che per valutare una tale censura si deve tenere conto della motivazione della sentenza del TAR nel suo complesso (senza privilegiare gli aspetti formali e dovendo verificarsi se sia stato esaminato il punto controverso: Sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009), ritiene il Collegio che nella specie il TAR – nel respingere le corrispondenti censure di primo grado – ha ricostruito e ritenuto parzialmente ragionevole l'impianto sostanziale del provvedimento impugnato, nella parte in cui esso ha richiesto informazioni alle imprese; ha ridotto la portata dell'ordine riguardante i dati esigibili dalle medesime ed ha sostanzialmente ritenuto che i precetti di dettaglio contenuti nel decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196, non influissero sulla legittimità dell'ordine di fornire le informazioni richieste.

Appare evidente pertanto che, sia pure non fornendo analitica confutazione delle censure dedotte nei corrispondenti motivi del ricorso di primo grado, il TAR si è pronunciato su di essi, respingendoli, avendo riscontrato la legittimità degli atti impugnati in primo grado sotto profili assorbenti rispetto alla portata logicamente accessoria delle censure medesime.

Ritiene la Sezione di potere condividere il *modus procedendi* delle sentenze gravate e che nel caso di specie non sia ravvisabile alcuna lesione del principio di cui all'art. 112 c.p.c.

Si deve pertanto passare alla disamina delle censure contenute nel ricorso in appello proposto dalla s.p.a. Energia, respinte dal TAR e riproposte in questa sede. Esse non sono condivise dal Collegio.

4.2. Quanto alla dedotta perplessità relativa al “coinvolgimento” nella richiesta di una documentazione di dati riferibili ai fornitori esteri (come tali non tenuti al rispetto ed all’ottemperanza alla delibera n. 188 del 2004 ed il cui consenso non era stato acquisito), ritiene il Collegio di dovere affermare il principio per cui una parte non può rifiutarsi né di garantire l’accesso agli atti, né di fornire la richiesta documentazione ad una Autorità regolatoria invocando lo “schermo” rappresentato dai propri rapporti negoziali con terzi, che costituiscono “res inter alios”, insuscettibili a precludere detta ostensione.

La soluzione contraria – in contrasto con il testo e la *ratio* delle disposizioni del settore - consentirebbe ad ogni destinatario della richiesta di sottrarsi semplicemente facendo riferimento alla provenienza dei dati da soggetti terzi, non vincolati dalla disciplina nazionale.

4.3. Sotto altro profilo, il principio di proporzionalità è stato ben tenuto presente dal TAR in sede di accoglimento parziale delle censure in primo grado, poiché esso ha annullato *in parte qua* la delibera, richiamando l’avverbio “prevalentemente” (su cui si sono diffusamente soffermate le parti nelle loro memorie difensive e che evidenzia una specifica valutazione sui dati richiesti, sul temperamento degli interessi in conflitto e sul ‘sacrificio’ imposto alle imprese).

4.4. Ad avviso del Collegio, la sopra rilevata violazione dell’art. 13 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196, non ha precluso l’esercizio del potere della Autorità di chiedere le informazioni finalizzate all’esercizio del potere regolatorio.

L’impostazione complessiva del ricorso in appello della società – del tutto speculare rispetto alle deduzioni dell’Autorità – postula infatti una inaccoglibile nozione di “attività commerciale e d’impresa”, del tutto sottratta a qualsivoglia potere regolatorio (negando il presupposto essenziale perché quest’ultimo possa dispearsi, e riposante nella conoscenza, in capo all’organismo regolatorio del mercato oggetto di regolazione).

4.5. Sotto altro profilo, non risulta fondato il motivo di censura basato sulla critica della valutazione posta a base della delibera della Autorità, secondo cui in un mercato oligopolistico (quale è quello oggetto di disamina) le informazioni “personali” possono essere richieste in vista dell’adozione di un atto “generale”, così come il motivo di censura secondo cui sarebbe decisivo il fatto che, in passato, l’Autorità avrebbe operato diversamente richiedendo informazioni meno “invasive”.

Infatti, tali elementi evidenziano che l’Autorità ha esercitato diversamente dal passato i propri poteri discrezionali, ad avviso del Collegio pur sempre rispettando il principio per cui i dati relativi alla condotta commerciale di singole imprese possono essere da essa acquisiti per valutare se emettere un provvedimento regolatorio ad effetti generali.

5. Del pari vanno respinte le doglianze attingenti l’intero impianto della delibera n. 188 del 2004, ed in particolare quelle tendenti a ricomprendere - nella sfera “prevalentemente” commerciale individuata dal TAR con riferimento alle informazioni di cui alle lett. a) e b) del punto 1 dell’Allegato alla delibera - anche quelle di cui alle lett. c-f (si veda in particolare l’appello incidentale della s.p.a.Eni). Tali informazioni, infatti, da un canto concernono formule di calcolo, dall’altro fanno riferimento a dati generali tenuti presenti dalle imprese, allorché esse concludono i contratti di approvvigionamento che non pare possano in alcun modo condurre al disvelamento di strategie di impresa o di dati riservati delle medesime (né tampoco di tale evenienza è risultata l’effettiva sussistenza).

6. In ultimo deve essere esaminata la questione (sottoposta all’attenzione del Collegio da tutte le imprese, in forma di impugnazione ovvero quale richiesta di attività interpretativa del *decisum* di primo grado) volta a ricomprendere anche il punto 2 nella statuizione demolitoria attingente il punto 1, lettere a) e b), dell’allegato “A” della indicata delibera.

Il ragionamento sotteso alla statuizione parzialmente demolitoria e seguito dal TAR (che sebbene fosse stata impugnata l'intera delibera, non si è espressamente soffermato sui punti 2 e 3 dell'Allegato A) ad avviso delle società dovrebbe altresì valere anche per il punto 2 (con cui sono state chieste informazioni sui prezzi medi mensili di acquisto su base fob), in quanto, l'ostensione di tali dati avrebbe consentito, in base ad una equazione matematica, di individuare il prezzo base Fob che, invece, ad avviso dello stesso TAR, doveva ritenersi insuscettibile di ostensione.

L'autorità ha contestato tale ricostruzione ed ha fatto presente che in base ai predetti dati sarebbe stato unicamente possibile elaborare stime del tutto approssimative sui prezzi-base (poiché i contratti di approvvigionamento contengono clausole di salvaguardia volte a stemperare la oscillazione dei prezzi dei prodotti petroliferi cui è indicizzato il valore del gas).

Ritiene il Collegio che quest'ultima circostanza (desumibile anche dagli atti depositati nel giudizio) comporta l'infondatezza delle censure delle società, anche perché non sono risultati elementi univoci da cui possa emergere un rapporto di stretta connessione causale tra l'ostensione delle informazioni sui prezzi medi mensili di acquisto su base Fob (combinata con l'ordine di fornire le informazioni di cui alle restanti lettere del punto 1 dell'Allegato A, non annullato dal TAR) e la certa ed esatta deducibilità del prezzo base Fob.

Anche l'analitica ricostruzione di cui alle pagg. 15 e 16 di cui alla memoria depositata dalla s.p.a. Eon Energy Trading non consente di giungere ad una soluzione opposta, perché le clausole di salvaguardia menzionate dall'Autorità impediscono di ritenere effettivamente la 'dimostrazione matematica' prospettata dall'impresa.

La reiezione delle censure della società rende irrilevante l'ulteriore tesi difensiva della Autorità, basata sulla tradizionale affidabilità dei suoi uffici e sulla inaccessibilità all'esterno dei dati acquisiti.

7. Per le ragioni che precedono, previa loro riunione, vanno respinti tutti gli appelli principali e incidentali, con integrale conferma delle appellate sentenze.

In considerazione della parziale novità delle questioni e della reciproca soccombenza, le spese del secondo grado del giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sui riuniti ricorsi in appello in epigrafe nn. 10415 del 2005, 10416 del 2005, 10417 del 2005, 95 del 2006, 982 del 2006, 83 del 2006 respinge gli appelli principali e gli appelli incidentali e per l'effetto conferma le appellate sentenze.

Compensa le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Roberto Garofoli, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2011

IL SEGRETARIO

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