



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 proposto da Eni s.p.a. rappresentata e difesa dagli
avv.ti Filippo Satta, G. Cesare Rizza, Marco D'Ostuni, Mario Siragusa e
Nicola Ceraolo con domicilio eletto in Roma via P.L. da Palestrina, presso
lo studio del primo;

contro

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato rappresentata e difesa
dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma via dei
Portoghesi n. 12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sede di
Roma Sez. I n. 6639/2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte intimata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive
difese;

Visti gli atti tutti della causa;

N. 6522/06

Reg.Dec.

N. 549 Reg.Ric.

ANNO 2006

Disp.vo 363/2006

Alla pubblica udienza del 6 giugno 2006 relatore il Consigliere Francesco Caringella. Uditi gli avv.ti F. Satta, M. Ostuni, M. Siracusa e l'avv. dello Stato Del Gaizo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto da ENI s.p.a. avverso il provvedimento n. 13644 del 7 ottobre 2004 con il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato le aveva inflitto la sanzione pecuniaria di 4.500.000 Euro, a seguito del riscontro dell'inottemperanza ad un suo precedente provvedimento del 21 novembre 2002, n. 11421.

La società appellante contesta gli argomenti posti a fondamento del decisum.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive posizioni.

All'udienza del 6 giugno 2006 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Con motivo di appello logicamente pregiudiziale parte ricorrente torna a dedurre il vizio di violazione del principio di corrispondenza tra contestazione e condanna.

L'Autorità, nell'atto di avvio del procedimento concluso con il provvedimento in epigrafe, non avrebbe infatti contestato alla società ENI le medesime condotte che nel provvedimento finale le sono state invece ascritte come integrative dell'inottemperanza colpita dalla sanzione.

In altre parole, nel promuovere il procedimento l'Autorità avrebbe contestato una violazione diversa (quella della totale inottemperanza alla delibera precedente del 21\11\2002) rispetto a quella sanzionata con il provvedimento di chiusura, identificabile semplicemente nel ritardo ingiustificato con il quale era stata prestata l'ottemperanza dovuta.

Il mezzo è infondato.

La Sezione condivide l'argomentazione svolta dal Primo Giudice a tenore della quale l'Autorità, nel corso del procedimento, non ha mai modificato l'originaria contestazione, incentrata sull'omessa individuazione, da parte di ENI, nel termine prescritto, di alcuna misura idonea a rimuovere l'infrazione a suo tempo ascrittale. Nell'atto di avvio del procedimento era stato rilevato, infatti, che gli impegni presentati dall'ENI non apparivano idonei a rimuovere la restrizione concorrenziale riscontrata dal provvedimento dell'Autorità del 21 novembre del 2002, con conseguente inottemperanza al provvedimento medesimo.

Il provvedimento finale ha ribadito l'inottemperanza alla delibera del 21 novembre 2002, soggiungendo che successivamente alla data di avvio sono state presentate, da parte di ENI, misure solide e credibili, attuate compiutamente il 17 settembre 2004.

Le misure tardivamente proposte non hanno determinato una modifica dell'originario addebito, innescando una mera "derubricazione", da inadempimento integrale ad adempimento tardivo (come sanzionato dal provvedimento conclusivo), entrambi riconducibili, in base al principio di contenenza, all'unico fatto costituito dalla mancata individuazione, entro il prescritto termine di 90 giorni, di misure idonee a rimuovere l'infrazione.

3. Con un ulteriore motivo di appello si deduce che l'Autorità avrebbe snaturato la portata della diffida contenuta nel provvedimento del 21 novembre, interpretandola come un ordine di cessazione dell'esecuzione delle relazioni contrattuali in corso; o, meglio, come se la diffida avesse imposto non solo di presentare misure idonee ma anche di attuarle entro i novanta giorni ivi previsti.

L'interpretazione offerta dall'appellante non trova conferma negli atti di causa e nella condotta complessiva dell'Autorità.

Con provvedimento n. 11421 del 21 novembre 2002, l'Autorità ha accertato che costituiva un abuso oggettivamente grave il comportamento posto in essere da Eni S.p.A (di seguito Eni), consistente nell'aver venduto all'estero ad operatori italiani volumi di gas provenienti dai propri contratti take or pay (cd "vendite innovative"), in misura sufficiente a garantire sino al 2007 la copertura di tutta la quota residua appannaggio di terzi operatori fissata dal Decreto Legislativo n. 164/00, garantendo, inoltre, che gli stessi volumi di gas godessero di un accesso prioritario e di lungo periodo alla rete di gasdotti di proprietà della controllata Snam Rete Gas S.p.A.. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che Eni avesse "limitato la possibilità che importatori di gas naturale, indipendenti da essa stessa per l'approvvigionamento, immettessero gas naturale sul mercato italiano della vendita". La gravità dell'abuso risultava, inoltre, caratterizzata dalla circostanza che i comportamenti di Eni accertati avevano "vanificato la ratio della norma contenuta nell'articolo 19 del Decreto Legislativo n. 164/2000, volta a sviluppare la concorrenza nel settore".

La diffida conseguentemente posta in essere dall'Autorità ha riguardato l'approntamento, nel termine di 90 giorni, di una relazione circa le misure idonee ad eliminare l'infrazione accertata, con particolare riguardo al potenziamento della capacità di trasporto dei propri gasdotti di importazione di gas naturale, già prospettato da Eni nel corso del procedimento, o altra misura equivalente.

In questo contesto, l'accertamento dell'inottemperanza non ha riguardato la mancata interruzione dei contratti di vendita innovativa ovvero la mancata attuazione, nel termine detto, delle misure idonee a rimuovere la situazione oggetto di contestazione, ma, in coerenza con la diffida, la mancata presentazione, per più di un anno dallo spirare della diffida, di misure credibili ed idonee ad eliminare gli effetti dell'infrazione.

Segnatamente, il paragr. 33 del provvedimento, in sede di valutazione della gravità dell'infrazione, punta i riflettori sul ritardo con cui l'ENI ha prestato misure definitive finalizzate alla rimozione dell'infrazione accertata con decisione del 21 novembre 2002, non certo ad un ritardo nella cessazione delle relazioni contrattuali in atto.

In questa prospettiva il Primo Giudice ha correttamente rimarcato che la valutazione della idoneità delle misure presentate dall'operatore è stata effettuata con riferimento sia alla loro efficacia, sia alla loro concreta realizzabilità, dal momento che la prospettazione di impegni e misure che non fossero con certezza realizzabili non poteva essere seriamente presa in considerazione ai fini dell'ottemperanza. In questo contesto è risultato, in definitiva, che ENI non aveva individuato nel termine originariamente assegnatole, né almeno fino all'avvio del procedimento, alcuna credibile

misura idonea a costituire ottemperanza. Ed altrettanto incontrovertibile è che l'Autorità non abbia mai preteso, da parte sua, l'interruzione dei contratti inerenti alle c.d. vendite innovative. Donde l'infondatezza anche del secondo mezzo.

Le osservazioni sono coerenti con il principio comunitario dell'effetto utile, a tenore del quale, ai fini del rispetto delle prescrizioni volte a rimuovere situazioni anticompetitive, occorre valutare non solo la formale conformità delle misure alle prescrizioni ma la loro sostanziale idoneità a rimuovere i profili stigmatizzati dall'Autorità. Con il che è concettualmente chiara l'irrelevanza, anche ai fini del rispetto di una diffida volta ad imporre un termine per la presentazione di un programma, la caratterizzazione sostanzialmente elusiva dell'annuncio di misure non concretamente realizzabili, siccome sospensivamente condizionate al verificarsi di eventi futuri di incerta verifica.

Di qui le conclusioni dell'Autorità secondo cui (punti 28 -30) solo successivamente alla data di avvio del presente procedimento per inottemperanza, il 26 aprile 2004, sono state presentate, da Eni, misure solide e credibili, attuate compiutamente il 17 settembre 2004.

Con il suo comportamento complessivo, dunque, Eni, senza alcun giustificato motivo, ha ritardato la definizione e l'effettiva realizzazione di misure idonee a dare esecuzione alla delibera del 21 novembre 2002. Tali misure sono state presentate molto oltre il termine in essa stabilito, e solo a seguito dell'apertura del presente procedimento.

In conclusione, pur tenendo conto, come precisato nel provvedimento del 24 giugno 2004, dell'idoneità delle misure presentate il

26 aprile 2004 a porre fine, ove effettivamente attuate, come è avvenuto in data 17 settembre 2004, all'infrazione accertata, Eni è rimasta inottemperante alla delibera del 21 novembre 2002, fino alla data del 17 settembre 2004, a causa del proprio comportamento non univoco e dilatorio che ha determinato un ritardo nella presentazione e nell'attuazione di misure idonee a rimuovere l'infrazione.

Quanto al dies ad quem, non è corretto imputare all'Autorità l'errore di avere ascritto alla ricorrente quale illecito anche il periodo successivo alla data del 26 aprile 2004 (quando essa aveva presentato le misure che in seguito sarebbero state riconosciute come contraddistinte da serietà ed adeguatezza).

L'esame dei passaggi all'uopo salienti del provvedimento in contestazione (in particolare i paragrafi nn. 24 e 33) fanno comprendere in maniera sufficientemente chiara come, nelle valutazioni dell'Autorità, il periodo precedente e quello successivo alla data appena indicata siano stati tenuti nettamente distinti, per la differenziata valenza da essi rispettivamente posseduta.

L'Autorità si è limitata a far notare che l'abuso di posizione dominante riscontrato nel 2002 ha trovato oggettivamente rimozione, nei fatti, solo a seguito della condotta operativa intrapresa da parte di ENI nel settembre del 2004, epoca fino alla quale si era protratto lo stato di fatto antigiuridico accertato (paragrafo n. 33); e tanto con l'annotazione di una sostanziale protrazione della condizione di antigiuridicità materiale che non sottintende la qualificazione come periodo di inottemperanza dell'arco

di tempo successivo alla presentazione delle misure conclusivamente reputate efficienti.

4. Sono infondate anche le censure che riguardano il merito della contestazione.

ENI sostiene anche in appello che l'intervenuto mutamento delle circostanze di fatto preesistenti, avvenuto successivamente alla presentazione della prima relazione di ottemperanza, avrebbe giustificato l'abbandono delle misure ivi contenute e la presentazione di una seconda relazione il cui contenuto, peraltro, sarebbe stato erroneamente giudicato inidoneo ad ottemperare alla diffida dell'Autorità.

ENI deduce, in particolare, che la presentazione della sua seconda relazione (preceduta dalla comunicazione, per l'appunto, dell'avvenuto mutamento di alcuni presupposti fondamentali a base della Prima) non era stata un'iniziativa strumentale volta a ritardare l'attuazione della diffida, e perciò non poteva essere valutata come una condotta di inottemperanza.

Osserva poi parte ricorrente che, per prassi comune, la Commissione europea e l'Autorità ammettono, in coerenza con i principi di proporzionalità e ragionevolezza, che le parti possano ottenere la modifica di impegni precedentemente assunti, a seguito del mutamento delle circostanze di fatto che avrebbero dovuto costituirne il quadro di riferimento. Qualora l'Autorità ritenga, peraltro, che i precedenti impegni assunti da un'impresa in sede di ottemperanza ad una diffida siano meritevoli di conferma, essa può sempre rigettare con adeguata motivazione la richiesta intesa a modificarli, spiegando le ragioni per le quali, nonostante i prospettati mutamenti dello status quo, gli impegni a suo tempo presentati

continuino a risultare idonei ed adeguati. Nella specie, tuttavia, l'Autorità non ha opposto alcuna analisi o motivazione del genere.

La qualificazione della modifica delle misure inizialmente proposte come condotta di inottemperanza si fonderebbe, in definitiva, sul non dimostrato presupposto che le sole misure delineate dalla Prima relazione sarebbero state idonee: presupposto contraddetto sia dal provvedimento di avvio, che implicitamente reputava giustificata la proposizione della Seconda relazione, sia dal provvedimento di proroga ed infine dalla stessa decisione finale, che hanno dichiarato idonee le nuove misure.

I principi di ragionevolezza e proporzionalità, viene pure detto, imponevano all'Autorità di effettuare le proprie valutazioni in punto di ottemperanza tenendo conto anche delle prospettazioni della società interessata circa il prevedibile determinarsi di un eccesso di offerta (la cd. "bolla del gas"), e verificando la plausibilità del relativo scenario.

L'azione dell'Autorità risulterebbe poi contraddittoria. Il giudizio finale che ha disatteso la previsione dell'ENI di un'evoluzione di mercato tale da imporre misure pro-concorrenziali diverse dal potenziamento dei gasdotti, sarebbe infatti in contraddizione logica con l'approccio complessivo seguito dall'Autorità nel procedimento, dal momento che questa aveva in precedenza, implicitamente, riconosciuto la correttezza della posizione della ricorrente, accedendo all'analisi dell'idoneità delle misure da essa proposte alla luce delle mutate circostanze di fatto da essa allegate, e conducendo l'intero procedimento sul presupposto che l'evoluzione degli scenari di mercato giustificasse effettivamente il ricorso a misure alternative al potenziamento dei gasdotti.

4.1. Le censure sono infondate.

L'esame della scansione degli atti e delle condotte avvalora la bontà delle valutazioni finali cui è pervenuta l'Autorità in ordine al ritardo registrato da ENI nell'ottemperanza alla citata diffida con cui, nel provvedimento del 2002, l'Autorità aveva disposto che Eni presentasse, entro 90 giorni, una relazione circa le misure idonee ad eliminare l'infrazione accertata, con particolare riguardo al potenziamento della capacità di trasporto dei propri gasdotti di importazione di gas naturale, già prospettato da Eni nel corso del procedimento, o altra misura equivalente.

4.2. Nei par. 5 e segg. del provvedimento impugnato in prime cure si dà conto di come in data 6 marzo 2003, Eni abbia presentato una relazione nella quale si indicavano le misure che sarebbero state adottate per rimuovere le infrazioni accertate con il provvedimento dell'Autorità del 21 novembre 2002.

In particolare, si trattava di misure connesse al potenziamento dei gasdotti TAG e TTPC a favore di terzi operatori, a partire dall'anno 2008. In una successiva comunicazione del 18 aprile 2003, Eni rappresentava di aver apposto condizioni sospensive ai contratti stipulati con alcuni shippers indipendenti aggiudicatari della nuova capacità di trasporto sul gasdotto TTPC, il che non consentiva all'Autorità di valutare la credibilità della misura assunta da Eni.

Conseguentemente, l'Autorità, in una comunicazione del 5 giugno 2003, riteneva di subordinare la verifica dell'ottemperanza di Eni alla concreta attuazione delle misure relative ai potenziamenti dei gasdotti e,

pertanto, di sospendere il suo giudizio "all'esito delle condizioni sospensive" cui gli stessi potenziamenti erano subordinati.

Durante incontri tenutisi in data 27 giugno 2003, 22 settembre 2003 e 28 ottobre 2003, Eni ha evidenziato l'emergere di circostanze che avrebbero potuto ostacolare la realizzazione delle misure così come articolate nella relazione presentata il 6 marzo 2003. In particolare, secondo Eni, la realizzazione dei potenziamenti del TAG e del TTPC nei termini prospettati, unitamente alla realizzazione – ritenuta da Eni a quel tempo più che probabile – dei due terminali di rigassificazione di Gas Naturale Liquefatto di Brindisi e Rovigo, avrebbe determinato dal 2007 un eccesso di offerta di gas che avrebbe raggiunto il suo picco nel 2009-2010. In tale situazione di eccesso di offerta, Eni adduceva che si sarebbe vista costretta a ritirare quantitativi di gas ben al di sotto dei volumi minimi previsti dai propri contratti take or pay e, conseguentemente, a dover pagare ingenti importi per il gas non ritirato.

Successivamente, in data 23 dicembre 2003, Eni, abbandonando l'originaria misura del potenziamento dei gasdotti internazionali, ha preannunciato l'invio di una "nuova relazione di ottemperanza", contenente altre misure. Tale relazione è stata presentata da Eni in data 23 febbraio 2004.

Nella relazione del 23 febbraio 2004 erano contenute le seguenti misure: a) messa a disposizione di terzi, da parte di Eni, su alcuni gasdotti esteri che servono l'Italia, specificamente TRANSITGAS e TAG, di capacità continua di trasporto di gas temporaneamente resasi disponibile in quanto non impegnata dai contratti di trasporto vigenti per i prossimi anni;

b) conferma del potenziamento del gasdotto TAG per 6,5 miliardi di metri cubi l'anno secondo quanto concordato con la Commissione europea con l'impegno del 31 luglio 2003; c) l'adozione da parte di Eni (e la promozione dell'adozione, presso le società di trasporto estere partecipate – TAG, TTPC, TRANSITGAS) di procedure di conferimento della capacità di cui ai punti (a) e (b) improntate a criteri di carattere obbiettivo e non discriminatorio; d) messa a disposizione sul mercato secondario della capacità di trasporto sul sistema TAG correlata ai volumi di gas venduti tra Austria e Germania in base ad un ulteriore impegno assunto con la Commissione europea il 31 luglio 2003 e relativo alla vendita al confine tra Austria e Repubblica Ceca di volumi di gas acquistati dalla Russia per un quinquennio; e) inoltre, l'impegno ad effettuare il potenziamento del TTPC, sempre per 6,5 miliardi di metri cubi di gas l'anno: (i) con effetto a partire dall'anno termico 2007/2008, qualora entro il 1° luglio 2005 non fosse in fase di realizzazione alcun terminale per la rigassificazione di GNL da parte di terzi e, (ii) in ogni caso, con effetto a partire dall'anno termico 2012/2013, laddove almeno uno dei due terminali di rigassificazione di GNL, entro il 1° luglio 2005, fosse in fase di realizzazione; f) infine, l'impegno, per gli anni termici 2004-2005, 2005-2006, 2006-2007 e 2007-2008, a mettere all'asta un volume annuale di gas naturale pari a un miliardo di metri cubi anno, con consegna ad Arnoldstein (Tarvisio) tramite aste annuali, su base non discriminatoria e secondo i medesimi principi previsti dall'impegno presentato alla Commissione europea il 31 luglio 2003.

L'Autorità ha ritenuto che le misure presentate da Eni non fossero idonee a rimuovere la restrizione concorrenziale contestata con la delibera

del 21 novembre 2002 e, pertanto, in data 18 marzo 2004, ha deliberato l'avvio del procedimento per l'accertamento dell'inottemperanza, ai sensi dell'articolo 15, comma 2, della legge n. 287/90.

Il 26 aprile 2004, Eni ha inviato una comunicazione in cui, mantenendo immutate le misure di cui ai punti da a) ad e), con esclusivo riferimento all'ultima misura sub f) presentata il 23 febbraio 2004, proponeva un aumento dei volumi di gas oggetto di vendita, fino ad un quantitativo pari a 2,3 miliardi di metri cubi di gas annui, per un periodo di quattro anni, pari dunque, in totale, a 9,2 miliardi di metri cubi di gas naturale sull'intero periodo.

Successivamente, Eni, nel corso di una audizione svoltasi in data 14 giugno 2004, si è resa disponibile ad allocare detti volumi di gas utilizzando un meccanismo di ripartizione pro-quota dei volumi messi in vendita, nonché ad individuare un prezzo del gas che potesse rispecchiare quanto più possibile il costo di approvvigionamento di gas naturale sul mercato internazionale da parte di un operatore indipendente.

In una nuova comunicazione del 18 giugno 2004, Eni ha infine sottoposto all'Autorità, come nuova formulazione della misura di cui sub f), una procedura di cessione pluriennale di 9,2 miliardi di metri cubi di gas già sdoganato, da allocare attraverso un sistema di ripartizione pro quota da effettuare al punto di ingresso di Tarvisio, ad un prezzo specificato nella stessa comunicazione ed alle condizioni indicate nel documento "Principali termini per la cessione di gas naturale da parte di Eni al punto di entrata di Tarvisio della rete nazionale gasdotti".

Con riferimento, infine, alle modalità di selezione dei partecipanti alla ripartizione pro-quota ed alla identificazione di lotti minimi e massimi, Eni, nella stessa sede, si è dichiarata disponibile ad accogliere indicazioni tecniche pro-concorrenziali dell'Autorità sulla dimensione dei lotti ed i criteri di partecipazione al riparto, anche sulla base delle evidenze emerse nel corso del procedimento.

Nel proprio provvedimento del 24 giugno 2004, l'Autorità ha ribadito l'inidoneità delle misure di cui alle lettere da a) ad e), presentate da Eni nella relazione di ottemperanza del 23 febbraio 2004 (e mantenute inalterate nella comunicazione del 26 aprile 2004), a rimuovere l'abuso riscontrato dall'Autorità con la delibera del 21 novembre 2002. Quanto alla misura sub f), nella stessa sede l'Autorità ha affermato che essa, così come da ultimo proposta da Eni nella comunicazione del 18 giugno 2004, appariva in grado, ove effettivamente attuata, di dare esecuzione alla delibera dell'Autorità del 21 novembre 2002. Conseguentemente, l'Autorità ha deliberato di prorogare al 7 ottobre 2004 il termine di chiusura del procedimento di inottemperanza nei confronti di Eni, affinché fosse concessa ad Eni la possibilità di dare effettiva esecuzione alla misura dalla stessa proposta. Eni avrebbe inoltre dovuto fornire adeguata dimostrazione dell'effettiva attuazione della misura proposta, secondo le modalità sopra evidenziate.

In data 21 luglio 2004, Eni ha segnalato all'Autorità di aver pubblicato sui principali mezzi di stampa nazionali un avviso che informava dell'avvio della procedura di allocazione in oggetto. In pari data, Eni ha inviato all'Autorità copia della "procedura di assegnazione" da inviare ai

soggetti che avrebbero manifestato, entro i termini previsti, interesse alle cessioni di volumi di gas. Successivamente, in data 27 e 28 luglio, 5 e 19 agosto 2004, Eni ha comunicato alcune precisazioni e modificazioni al testo della procedura resesi necessarie a seguito di formulazioni di quesiti ed osservazioni da parte dei soggetti che avevano manifestato interesse alle cessioni.

In data 31 agosto 2004, Eni ha comunicato di aver proceduto alla verifica delle richieste di assegnazione ricevute. In data 6 settembre 2004, Eni ha comunicato all'Autorità l'elenco degli assegnatari di gas ed il risultato, in termini di volumi di gas pro quota, dell'assegnazione medesima. Infine, in data 17 settembre 2004, Eni ha dato ufficiale comunicazione dell'avvenuta sottoscrizione dei contratti di somministrazione di gas, alle condizioni prefigurate nella procedura, con i soggetti aggiudicatari.

4.2.1. Ora, dall'esame della sequenza esposta di atti e comportamenti emerge con nettezza che prima che l'Autorità potesse esprimersi al riguardo delle misure di cui alla prima relazione, la medesima ENI prospettava una serie di difficoltà le quali avrebbero potuto ostacolare la realizzazione delle misure proposte, rendendole economicamente insostenibili, e comunicava di avere differito al 30 ottobre 2003 il termine per l'avveramento delle condizioni cui era subordinata l'efficacia dei già menzionati contratti.

In altri termini, dopo un temporeggiamento durato più di un anno, relativamente a misure sospensivamente condizionate e quindi non definitivamente apprezzabili dall'Autorità, ENI decideva unilateralmente di abbandonare il disegno inizialmente proposto, ritirando quanto prospettato nella propria relazione del 6 marzo del 2003, e si impegnava a presentare

all'Autorità una nuova relazione, ancora da definire nel dettaglio tecnico-operativo, contenente altre misure.

Solamente in data 23 febbraio 2003, vale a dire quasi un anno e mezzo dopo l'adozione della diffida, ENI presentava la sua nuova relazione di ottemperanza, a sua volta contenente, però, impegni nel loro complesso non ancora idonei a rimuovere l'infrazione.

L'insieme di tale condotte mette in luce un ritardo ampio ed ingiustificato nell'approntare misure idonee ad ottemperare alla diffida dell'Autorità.

Ritardo concretatosi: a) nell'originaria prestazione di misure non definitive perché condizionate e non serie perché non adeguatamente valutate nella loro concreta fattibilità in tempi compatibili con le esigenze da soddisfare; b) nella successiva posticipazione del termine entro il quale le relative condizioni avrebbero dovuto verificarsi; c) nella successiva presentazione di impegni alternativi a quello del potenziamento dei gasdotti, manifestamente inidonei a rimuovere l'infrazione; d) nel ritardo finale in sede di presentazione di misure finalmente efficienti e credibili, suscettibili di formulazione in epoca assai precedente, in luogo di quelle rivelatesi impossibili od inidonee.

L'opacità della condotta di ENI non ha consentito in sostanza di percepire con la necessaria prontezza le criticità sottese alla misura da essa prospettata (il potenziamento della capacità di trasporto dei gasdotti internazionali) e di focalizzare conseguentemente l'attenzione sull'adozione di un'idonea misura equivalente resa possibile dalla formulazione aperta del provvedimento dell'Autorità.

4.3. Nel contesto ora delineato non assume soverchio rilievo la ristretta questione dell'attendibilità o meno delle stime dei possibili mutamenti delle condizioni di mercato, se si considera che a colorare di illiceità l'operato di ENI non è stato l'abbandono, ex se inteso, della prima relazione, bensì il contegno complessivo tenuto in tutto il torno di tempo considerato.

Nella stessa prospettiva, il riconoscimento della praticabilità di misure alternative rende poco plausibile il rimprovero mosso dall' ENI al Garante in ordine al carattere sproporzionato di una misura, quale il potenziamento dei gasdotti, ab origine liberamente scelta dall'appellante a preferenza di altre parimenti praticabili.

Non trova poi conferma negli atti di causa la contestazione mossa all'Autorità di avere sostanzialmente assentito in ordine alla condotta di ENI, ingenerando un conseguente affidamento.

L'Autorità non è stata infatti posta in condizione di esprimere giudizi definitivi né in relazione al merito della prima relazione, né, a suo tempo, rispetto ai mutamenti che ne avevano ormai già determinato l'abbandono. Degli alterni comportamenti dell'ENI essa non ha potuto fare altro che prendere semplicemente atto nell'attesa della comunicazione di misure effettive definite ed attuali.

L'apporto collaborativo fornito dall'Autorità nella definizione, in contraddittorio con la società, del programma di gas release quale misura di ottemperanza, si colloca inoltre nel quadro dei compiti istituzionali intesi a favorire il ripristino di più adeguate condizioni concorrenziali, senza con ciò incidere né sul perfezionamento dell'illecito, alla scadenza del termine

previsto dalla diffida, né sull'ingiustificato ritardo registrato dalla società nel dare a questa reale, e non solo apparente, attuazione.

Quanto, poi, alla buona fede collegata all'atteggiamento dell'Autorità concretatosi nell'avallare la presentazione di una seconda relazione sostitutiva, giova, ancora una volta, rimarcare che l'inottemperanza accertata dall'Autorità non riguarda il mero fatto che essa avesse proposto “nuove misure di ottemperanza” bensì la complessiva condotta tenuta dalla società nella vicenda, improntata ad una logica soprassessoria di elusione dell'obbligo di adottare misure credibili e concretamente realizzabili.

4.4. In ordine alle singole misure di cui alla seconda relazione del 23\2\2004 il giudizio negativo dell'Autorità si appalesa il portato di una non irragionevole espressione di discrezionalità tecnica.

Occorre preliminarmente considerare che funzione della diffida di cui all'art. 15 della legge n. 287 del 1990 (atto il quale va interpretato alla luce del principio del c.d. effetto utile: v. C.d.S., VI, n. 5368 del 2\8\2004) è quella di ottenere che nello specifico mercato inciso da un illecito antitrust siano ripristinate condizioni simili a quelle che vi si sarebbero potute riscontrare in assenza di infrazione.

La ricorrente ritiene di potersi senz'altro giovare, al fine di far considerare “attuata” la diffida, degli sviluppi normativi e di ogni altro fattore sopravvenuto, benché estraneo alla sua sfera di controllo, che sia produttivo di effetti procompetitivi nello stesso mercato.

Non va obliato, tuttavia, che fattori siffatti avrebbero dovuto interagire e combinarsi con una realtà di mercato immune dallo specifico illecito.

Ne deriva che gli effetti pro-competitivi di simili sopravvenienze non possono essere invocati da un contravventore per sottrarsi all'attuazione della diffida intimatagli, se non nell'eccezionale caso in cui la portata del fattore sopravvenuto sia tanto innovativa, rispetto al precedente modo di essere del mercato, da far addirittura escludere la possibilità astratta che dall'attuazione della diffida abbiano a sortire benefici concorrenziali ulteriori.

Sicché, l'assenza di una tale dimostrazione conduce a concludere per l'infondatezza del profilo di censura.

In particolare, con riferimento agli impegni concernenti la messa a disposizione di terzi, da parte di ENI, di capacità inutilizzata rispetto ai propri impegni di trasporto di gas, l'Autorità ha esattamente rammentato che la stessa "costituisce un preciso obbligo scaturente dalle direttive comunitarie in materia di liberalizzazione del settore del gas naturale ... , in quanto tale inidoneo a rimuovere l'abuso riscontrato" (provvedimento di avvio del procedimento per inottemperanza, paragrafo n. 18). E tanto vale anche rispetto all'analogo impegno concernente la possibilità di messa a disposizione dei terzi delle capacità di trasporto inutilizzata sul TAG (paragr. 20 dello stesso provvedimento).

Il Primo Giudice ha sul punto correttamente rimarcato che l'obbligo gravante sul proprietario dell'infrastruttura di trasporto consistente nel mettere a disposizione dei terzi la capacità residua rispetto ai propri impegni

di trasporto è uno dei pilastri del processo di liberalizzazione del settore (recepito a livello nazionale dal decreto legislativo n. 164\2000; nella stessa direzione si veda la direttiva 55/2003/CE, che considera come unica modalità il cosiddetto “accesso regolato”, sulla base di condizioni stabilite dalle autorità di settore indipendenti).

Quanto agli impegni riguardanti le opere di potenziamento dei gasdotti TAG e TTPC, la loro inadeguatezza rispetto all’obiettivo di rimozione dell’infrazione è ricavabile dalla considerazione che la loro effettiva attuazione in tempi adeguatamente ravvicinati sarebbe stata condizionata a decisioni di investimento di terzi. Legittimamente, quindi, l’Autorità ha escluso che ai fini dell’adempimento dell’obbligo di rimozione dell’infrazione potessero essere prese in considerazione delle attività di investimento da parte di terzi, essendo destinataria della diffida la sola impresa da essa indicata quale responsabile della condotta abusiva.

Si deve aggiungere poi che essi avrebbero prodotto i loro effetti quando ormai quelli dell’abuso sarebbero stati già esauriti (paragr. n. 19 del provvedimento di avvio).

Per quanto specificamente concerne, infine, il programma di gas release, l’Autorità ha plausibilmente ritenuto che l’originaria previsione di mettere all’asta, per gli anni termici 2004-2008, un volume di gas pari a 4 miliardi di metri cubi, rappresentasse una proposta indeterminata nelle modalità attuative ed insufficiente, nel volume previsto, rispetto al danno provocato a suo tempo ai nuovi operatori in termini di limitazione all’accesso al mercato nazionale del gas (cfr. il paragrafo n. 27 del provvedimento impugnato).

Dal punto di vista quantitativo, infatti, risulta logica la conclusione che il ripristino di condizioni effettivamente concorrenziali avrebbe potuto essere garantito solo da una cessione pari ad almeno 9,2 miliardi di metri cubi di gas, corrispondente alla misura di quanto ENI aveva superato cumulativamente il tetto di cui all'articolo 19 comma 3 del decreto legislativo n. 164 del 2000.

Rispetto, poi, alle modalità di selezione dei partecipanti, si deve convenire con il Primo Giudice che solo un'allocazione dei suddetti volumi di gas attraverso un meccanismo di ripartizione pro quota, con la contestuale individuazione di un prezzo di cessione quanto più vicino possibile al costo di approvvigionamento di gas naturale sul mercato internazionale, poteva garantire che la misura in oggetto fosse in grado di rappresentare un'ottemperanza alla delibera del 2002.

Soltanto sulla base delle illustrate modifiche al programma di cessione, dunque, l'Autorità ha potuto concludere che lo stesso, ove effettivamente attuato, potesse costituire una misura equivalente a quella (inizialmente avanzata da ENI) di potenziare i gasdotti internazionali, al fine di far cessare gli effetti dell'abuso a suo tempo accertato.

5. Per le ragioni esposte, in conclusione, il ricorso deve essere respinto.

Sulle spese si provvede come da dispositivo già pubblicato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 6 giugno 2006 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Mario Egidio Schinaia	Presidente
Luigi Maruotti	Consigliere
Carmine Volpe	Consigliere
Giuseppe Romeo	Consigliere
Francesco Caringella	Consigliere Est.

Presidente

f.to Mario Egidio Schinaia

Consigliere

f.to Francesco Caringella

per il Segretario

f.to Maria Rita Oliva

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....06/11/2006.....

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

Il Direttore della Sezione

f.to Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

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

al Ministero.....

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

Il Direttore della Segreteria