



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. 6291/2006 proposto dalla CASSA DEPOSITI E
PRESTITI S.P.A. (CDP), rappresentata e difesa dagli Avv.ti Antonio Lirosi,
Franco Gaetano Scoca, Piero Fattori e Roberta Melfa con domicilio eletto in
Roma via delle Quattro Fontane n. 20, presso lo studio legale Gianni
Origoni Grippo & Partners;

contro

l'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO
rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in
Roma via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti di

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, EDISON S.P.A.,
TERNA S.P.A., GRTN, ENEL S.P.A., tutti non costituiti;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sede di
Roma Sez. I n. 1898/2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della
Concorrenza e del Mercato;

N.550/2007

Reg.Dec.

N. 6291 Reg.Ric.

ANNO 2006

Disp.vo 1/2007

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 12 gennaio 2007 relatore il Consigliere Sabino Luce. Uditi gli avv.ti Scoca, Lirosi e l'avv.to dello Stato Filippo Arena.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

A

1. La Cassa depositi e prestiti s.p.a. comunicava in data 24 maggio 2005, ai sensi dell'articolo 1, della legge n. 287/90, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'avvio di due operazioni di concentrazione da realizzarsi contestualmente: a) l'acquisizione (da parte di essa Cassa) del 29,99% del capitale sociale della Trasmissione elettrica rete nazionale s.p.a. (Terna) detenuto da Enel s.p.a., b) l'acquisizione da parte di Terna s.p.a. del ramo di azienda del Gestore della Rete di trasmissione nazionale s.p.a. (Grtn) organizzato per l'esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica come individuato dall'articolo 1, comma 1, del d.P.C.M. 11 maggio 2004. L'operazione tendeva ad unificare in capo ad un unico soggetto la proprietà della Rete di trasmissione nazionale dell'energia elettrica (detenuta da Terna per il 94%) e la Gestione della stessa in attuazione dell'articolo 1 ter del decreto legge 29 agosto 2003, n. 239, convertito con modificazioni in legge n. 290/03 e del d.P.C.M. 11 maggio 2004 già precedentemente indicato.

2. All'esito di una complessa istruttoria, con provvedimento n. 14542, del 4 agosto 2005, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel presupposto che l'operazione ostacolasse la concorrenza, ne subordinava l'attuazione: a) alla dismissione da parte di Cassa depositi e prestiti della partecipazione del 10,2% al capitale sociale di Enel s.p.a., da realizzarsi entro il 1 luglio 2007; b) al rafforzamento, nelle more dell'operazione, del ruolo del Comitato di consultazione di cui all'articolo 1 del d.P.C.M. 11 maggio 2004 ed alla nomina, nell'ipotesi di un consiglio di amministrazione composto da dieci membri, di almeno sei dei sette consiglieri di Terna di propria competenza con caratteristiche di indipendenza tali da garantire una gestione improntata a principi di neutralità, imparzialità e non discriminazione di utenti o categorie di utenti e con il mantenimento di analoga proporzione qualunque fosse stato il numero dei membri del consiglio di amministrazione indicato.

3. Il provvedimento dell'Autorità, impugnato dalla Cassa depositi e prestiti, è stato riconosciuto legittimo dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio con sentenza n. 1898/06 impugnata al Consiglio di Stato. Il ricorso, nella resistenza dell'appellata autorità, chiamato per l'udienza odierna, all'esito è stato trattenuto in decisione dal collegio.

DIRITTO

B

4. Come già rilevato nelle premesse di fatto, il provvedimento impugnato in primo grado riguardava la comunicazione del 24 maggio 2005 della Cassa depositi e prestiti s.p.a. all'Autorità garante della concorrenza e

del mercato dell'avvio di due operazioni di concentrazione da realizzarsi contestualmente: a) l'acquisizione da parte di essa Cassa del 29,99% del capitale sociale della Trasmissione elettrica rete nazionale s.p.a. (Terna), detenuto da Enel s.p.a., b) l'acquisizione da parte di Terna s.p.a. del ramo di azienda del Gestore della Rete di trasmissione nazionale s.p.a. (Grtn), organizzato per l'esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica e come individuato dall'articolo 1, comma 1, del d.P.C.M. 11 maggio 2004. Dette acquisizioni s'inquadavano nell'ambito del processo di riunificazione della proprietà e della gestione della Rete elettrica nazionale di trasmissione, e di privatizzazione del nuovo operatore, come previsto dall'articolo 1 ter del decreto legge 29 agosto 2003, n. 239, convertito in legge 27 ottobre 2003, n. 290 e dal già citato d.P.C.M. 11 maggio 2004 indicante le relative modalità e condizioni.

5. Precedentemente, con segnalazione del 7 aprile 2004, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, pur convenendo sull'opportunità della programmata riunificazione della proprietà e della gestione della Rete elettrica nazionale, aveva espresso il parere che fosse anche prevista una piena separazione proprietaria tra Rete di trasmissione ed operatori attivi della fase di generazione e distribuzione e vendita dell'energia; e tanto per consentire all'operatore di Rete di mantenere, sia in materia di accesso alla stessa, sia con riferimento al dispacciamento degli impianti di generazione, i profili di terzietà e d'indipendenza necessari affinché nei mercati dell'energia a valle della rete stessa operassero effettive condizioni concorrenziali. Nell'indicata prospettiva, l'Autorità aveva auspicato la

previsione di un esplicito divieto alla detenzione di quote di capitale della società risultante dalla programmata fusione- tra Terna s.p.a., che era proprietaria delle infrastrutture elettriche e Grtn s.p.a. che ne era il gestore- da parte di Enel s.p.a. e di qualsiasi altra società di produzione, importazione, distribuzione e vendita di energia elettrica.

C

6. Con riferimento all'operazione segnalata, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato riteneva che l'acquisizione (che ne conseguiva) da parte di Cassa depositi e prestiti s.p.a. di una posizione dominante nel mercato della trasmissione e del dispacciamento dell'energia elettrica era idonea ad ostacolare la concorrenza in maniera effettiva sui mercati, verticalmente connessi, della vendita di energia all'ingrosso (Mi) e dei servizi di dispacciamento (Msd) in virtù dell'intreccio azionario in capo ad essa Cassa che diventava ad un tempo controllore di Terna ed azionista di rilievo dell'Enel che di detti mercati a valle era l'operatore dominante. L'Autorità, pertanto- coerentemente con l'avviso precedentemente espresso nell'indicata segnalazione del 7 aprile 2004- condizionava l'autorizzazione all'operazione segnalata dalla Cassa depositi e prestiti alla cessione da parte della stessa, a decorrere dal 1° luglio 2007 ed entro i 24 mesi successivi, della partecipazione azionaria detenuta in Enel s.p.a. e pari al 10,2% del capitale sociale, ed all'impegno ad adottare nelle more specifiche misure correttive a garanzia della neutralità del proprio operato.

D

7. Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con l'impugnata sentenza, ha ritenuto legittimo l'operato dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, disattendendo i (cinque) motivi di ricorso proposti avverso il provvedimento che ad esso era stato impugnato. I motivi di ricorso, respinti dai giudici di primo grado, sono stati riproposti in appello dopo una sintetica, ma tuttavia esaustiva descrizione del quadro normativo di riferimento, e con l'anticipazione che la posizione dell'Autorità, relativamente all'assetto proprietario ed organizzativo dei gestori della rete di trasmissione elettrica, dapprima lecitamente espressa attraverso lo strumento del parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, era stata successivamente- in modo illegittimo- imposta attraverso l'utilizzo improprio dello strumento del controllo delle concentrazioni.

E

8. Nel censurare la decisione di primo grado, la Cassa depositi e prestiti denuncia, preliminarmente, l'erroneità dell'assunto del Tribunale amministrativo regionale secondo il quale, nella valutazione delle operazioni di concentrazione, l'Autorità esercita un potere connotato da discrezionalità tecnica; ragion per cui il provvedimento impugnato sarebbe stato sindacabile solo ove fosse risultato *ictu oculi viziato da manifesta illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà o travisamento dei fatti, ovvero se lacunoso nella motivazione o nell'istruttoria*. Secondo l'appellante, invece, la giurisprudenza in materia avrebbe definitivamente chiarito che il giudice amministrativo deve verificare, senza alcuna limitazione, se il potere

attribuito all'Autorità garante sia stato correttamente esercitato, e che l'unica preclusione in cui esso incorre consiste nell'impossibilità di esercitare direttamente il potere affidato all'Autorità.

9. L'indicata esigenza sarebbe, inoltre, resa particolarmente pregnante dal regolamento Ce n. 1/2003 in relazione all'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato da parte delle Autorità nazionali, e sussisterebbe anche in relazione al controllo delle concentrazioni come previsto dalla legge n. 287/90 stante il generale ancoraggio del diritto antitrust nazionale a quello comunitario operato dal relativo articolo 1. La decisione del Tribunale amministrativo regionale, pertanto- sempre secondo la società appellante- aderendo *fideisticamente* alle tesi dell'Autorità e senza un effettivo controllo del relativo operato, si caratterizzerebbe per la superficialità dell'effettuato esame delle proposte censure, nonché per la totale omissione di pronunzia su alcuni rilevanti aspetti delle questioni dedotte, con riferimento in particolare al rilievo dell'assenza della costituzione o rafforzamento di una posizione dominante, al fatto che l'Autorità aveva dichiarato che nella valutazione delle concentrazioni non si dovesse condurre alcun esame della consistenza delle restrizioni concorrenziali, all'imposizione di prescrizioni del tutto sproporzionate e lesive dei diritti delle parti dell'operazione.

F

La censura, anche se ben prospettata, è, tuttavia, infondata e va respinta.

10. Ritenere, come sembra emergere dalla riportata parte della motivazione della sentenza impugnata, che il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato debba essere meramente estrinseco e formale e che al giudice sia consentito rilevare i soli vizi *ictu oculi* risultanti dall'atto, può effettivamente apparire- tenuto conto dell'evoluzione della giurisprudenza sulla sindacabilità della discrezionalità tecnica dell'amministrazione- fuorviante e comunque riduttivo. Lo stesso Tribunale amministrativo regionale nella decisione impugnata ha, però, anche rilevato che il giudice amministrativo può sindacare con piena cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il *processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata*, aggiungendo, altresì, che, una volta accertata la legittimità dell'operato dell'Autorità sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato giurisprudenziale non può *spingersi oltre, fino al punto da sostituire la valutazione effettuata dall'amministrazione con una diversa autonoma scelta*, perché in tal caso- come del resto ammette la stessa appellante- vi sarebbe *un'indebita sostituzione del giudice all'Autorità, la quale soltanto è titolare del potere esercitato*. Di modo che il riferimento dell'impugnata sentenza ai limiti estrinseci del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni dell'Autorità era da intendersi riferito all'apprezzamento dei dati dalla stessa acquisiti in ordine al corretto esercizio del potere ad essa spettante senza concernere, come pure indicato nella sentenza, la *logicità, ragionevolezza, arbitrarietà del ragionamento, l'eventuale travisamento dei fatti, la lacunosità della motivazione o dell'istruttoria, e neppure* - come adombra l'appellante- *l'astensione da*

ogni controllo dell'interpretazione data dall'Autorità di dati di natura economica posti a base dell'atto impugnato.

11. A ciò va aggiunto- come già rilevato dalla sezione- che l'articolo 33 della legge n. 287/1990 non ha attribuito al giudice amministrativo giurisdizione esclusiva in materia antitrust, ma ha previsto che i ricorsi avverso i provvedimenti adottati da tale Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre le controversie tra privati (contrattuali o risarcitorie) appartengono alla cognizione del giudice ordinario. Nonostante, quindi, la qualificazione come esclusiva della giurisdizione del G.A., questa resta una *giurisdizione che agisce quale istanza di ricorso*, secondo la definizione di cui al Regolamento Ce n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato. In tali fattispecie, il giudizio amministrativo resta, perciò, un giudizio di tipo impugnatorio, in cui al giudice spetta di verificare se il potere spettante all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato (si tratta di un potere vincolato, ma *vincolato da concetti giuridici indeterminati e/o da norme tecniche*, il cui esercizio comporta *valutazioni complesse* rimesse in prima battuta all'Autorità garante). Al giudice amministrativo spetta di verificare, ex post, l'operato dell'Autorità e in tale controllo il giudice non incontra alcun limite, tenuto conto che anche nel modello impugnatorio il sindacato giurisdizionale è oggi particolarmente penetrante e, nelle controversie quale quelle in esame, si estende sino al controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità (potendo sia rivalutare le scelte tecniche da essa compiute sia

applicare la corretta interpretazione di concetti giuridici indeterminati alla concreta ed esaminata fattispecie).

12. Resta, tuttavia, il limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non può spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte di tipo valutativo; non potendosi sostituire ad un potere già esercitato, ma dovendo soltanto stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di *contestualizzazione* della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro *contestualizzato* (Cons. St. Sez. VI, n. 926/04) e senza poter incidere su quel *quid di opinabilità* che residua in capo al decidente a seguito dell'applicazione di nozioni e regole indeterminate e non del tutto definite come possono essere quelle economiche e talvolta, in molti casi, anche quelle giuridiche.

G

13. Ad avviso del collegio, quindi, con la proposizione del ricorso avverso gli atti dell'autorità garante della concorrenza ed il mercato implicanti valutazioni di ordine tecnico la materia controversa non passa interamente dall'Autorità al giudice atteso che un tale modello, non previsto nel nostro ordinamento, radicherebbe in capo al giudice stesso l'esercizio di

un potere relativo ad interessi di particolare rilievo, la cui tutela è stata attribuita dal legislatore nazionale ad una Autorità caratterizzata da particolare competenza tecnica, oltre che dall'esercizio di poteri neutrali, cui è correlata l'indipendenza della stessa Autorità. Ed il fatto che si tratti di un'Autorità posta al di fuori del circuito dell'indirizzo politico e del relativo controllo, pur comportando la necessità di un controllo giurisdizionale pieno ed effettivo, non può implicare che il giudice possa sostituirsi all'Autorità nell'esercizio del potere ad essa spettante.

14. Con la considerazione ulteriore che la soluzione indicata- anche in una prospettiva di armonizzazione con il sistema comunitario (oggi imposta a seguito del processo di applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza, avviato dal citato regolamento CE n. 1/2003)- contrariamente a quanto dedotto dalla società ricorrente, è del tutto in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia. Come, infatti, già rilevato dalla sezione, il sindacato della Corte indicata, esercitato sulle valutazioni economiche complesse fatte dalla Commissione, è stato espressamente limitato alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza dell'errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere, (v., segnatamente, sentenze della Corte di Giustizia Cee 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia, punto 34, e 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, BAT e Reynolds, punto 62; 28 maggio 1998, C-7/95, John Deere, punto 34 e, da ultimo, 7 gennaio 2004, cause riunite 204/00 e 219/00, Aalborg, punto 279 e Trib. primo grado Ce 21 marzo 2002, T-231/99,

Joynson); ed è significativo che la Corte medesima, pur ritenendo ammissibile, nell'ambito dei giudizi in materia di concorrenza, il ricorso alla consulenza tecnica, abbia poi utilizzato lo strumento con estrema cautela (per un caso di utilizzo, vedi Corte giust, Ce, C – 89/85, 31-3-93) (Cons. St. Sez. VI, n. 926/04). In definitiva, ciò che rileva non è, quindi, la qualificazione del controllo del giudice come intrinseco o estrinseco ovvero forte o debole, ma l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare – senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato o no correttamente esercitato.

H

15. Valutate nell'indicata prospettiva- ad avviso del collegio- la maggior parte delle censure della società ricorrente all'impugnato provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza ed il mercato, integralmente riproposte con motivi di appello, erano infondate e correttamente sono state respinte dal Tribunale amministrativo regionale. Ininfluente, in particolare, all'indicato fine, era la tesi di Cassa depositi e prestiti s.p.a., ribadita nel primo dei motivi di ricorso, secondo cui: 1) *per effetto della proposta operazione, il gestore di Rtn non fuoriusciva dal sistema pubblico*, ed errata era l'affermazione, anch'essa riproposta in appello, secondo cui 2) *nessun effetto incentivante poteva derivare*

dall'operazione a favorire gli interessi dell'Enel, dal momento che il nuovo assetto societario era migliorativo di quello configurato precedentemente.

I

16. Secondo la società appellante, l'effetto strutturale dell'operazione proposta era identificabile in una mera sostituzione di un monopolista legale (Grtn) con un altro monopolista legale (Terna-Cdp). Erroneamente, quindi- secondo l'appellante- era stata ipotizzata (dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato) la fuoriuscita, per effetto dell'operazione di concentrazione, della gestione della Rtn da un ambito pubblicistico (quello del Grtn, totalmente in mano al Mef) per entrare in un contesto privatistico, rappresentato da Cdp, partecipata da Mef *solo* per il 70%; ed altrettanto erroneamente- secondo la ricorrente- era stato ipotizzata la creazione, per effetto dell'intreccio di partecipazioni nel Gestore ed in Enel facente capo a Cdp, di un interesse oggettivo alla configurazione di possibili comportamenti discriminatori della stessa.

17. Errata, in particolare- sempre secondo l'appellante- era la tesi dell'Autorità e dei giudici di primo grado, secondo cui le società per azioni hanno *ontologicamente* natura privatistica: di modo che la fuoriuscita di essa ricorrente dall'ambito pubblicistico non poteva farsi derivare automaticamente dalla sua natura societaria e non era irrilevante- contrariamente a quanto ritenuto nell'impugnata sentenza- il fatto che anche Grtn era un società per azioni anche se tutta in mano pubblica. Essa Cassa depositi e prestiti era una società a controllo statale necessario (articolo 5,

comma 2, del d.l. 269/2003); ed anche la sua gestione separata (in cui erano confluite attività storiche della Cassa) era organizzata in modo da essere condizionata dalla consultazione obbligatoria e vincolante del Ministero (art. 5 comma 11, lett. D) del d.l. 269/2003). Nessuna rilevanza in proposito, infine- secondo l'appellante- assumeva l'ipotesi, richiamata dal Tribunale amministrativo regionale, di cui all'art. 2393 bis del codice civile, che, pur consentendo l'azione civile di responsabilità nei confronti degli amministratori da parte degli azionisti di minoranza, non aveva incidenza sull'individuazione della natura dell'organismo societario.

L

18. Nel riproporre in appello la censura, la società appellante ribadisce, inoltre, che l'imparzialità nella gestione e nello sviluppo della Rtn non era un elemento che poteva essere inficiato dall'esistenza di legami azionari, diretti o indiretti, fra il gestore e l'ex monopolista elettrico. Tale considerazione sarebbe stata pienamente supportata dalle indicazioni che derivavano dalla legislazione comunitaria e nazionale, nonché dall'assetto proprietario ed organizzativo del gestore delle reti elettriche in tutti i paesi europei. In ogni caso- sempre secondo l'appellante- anche a volersi porre nella prospettiva dell'Autorità, l'interesse economico ad una gestione della Rtn funzionale agli interessi dell'Enel era molto più forte in capo a Grtn controllata dal Mef che in capo al gestore controllato da essa Cassa ricorrente. Il Grtn, nella situazione precedente alla proposta concentrazione, era controllato al 100% dal Mef che a sua volta era contestualmente azionista di controllo dell'Enel con una partecipazione del 21% quale

azionista di controllo. L'interesse del Mef a valorizzare i titoli Enel era poi- sempre secondo la ricorrente- particolarmente evidente anche con riferimento all'esigenza di massimizzare i proventi derivanti dal collocamento sul mercato di relative quote, con incidenza sulla dimensione del debito pubblico. Nella situazione post concentrazione, invece, Cdp deterrebbe una partecipazione nel gestore pari al 29,9%, mentre Generali ed Enel deterrebbero una quota pari a circa il 5% ciascuna con la disponibilità nel mercato del restante 60%. Contestualmente Cdp deterrebbe una quota di Enel pari a circa il 10,2% di cui peraltro non avrebbe potuto disporre senza il consenso del Mef ex art. 2 del D.M. 18 giugno 2004. Volendo, pertanto, ritenere l'esistenza di un interesse economico oggettivo e discriminatori in favore dell'Enel, si sarebbe dovuto ammettere che tale interesse, all'esito dell'operazione, avrebbe avuto un ridimensionamento rispetto alla precedente sua configurazione.

M

19. Così puntualizzata la censura, *esattamente*- ad avviso del collegio- l'ente ricorrente denuncia l'irrelevanza della sua qualificazione di società per azioni per farlo ritenere, per ciò solo, fuoriuscito dall'ambito pubblicistico in cui pacificamente, per tradizione risalente, era inserito.

20. E' noto, infatti, che, anche per l'ordinamento nazionale- come per quello comunitario – al fine di poter attribuire natura pubblicistica ad un soggetto operante nel mercato comune, occorre riferirsi a dati di tipo sostanziale e non di mera qualificazione formale. Ed è noto, altresì, che,

nell'indicata prospettiva, in ambito comunitario e nazionale, è stata elaborata la categoria *dell'organismo di diritto pubblico*, fatta rientrare tra i pubblici poteri, che va interpretata in modo autonomo ed uniforme in tutta la Comunità, e che è individuata per un profilo funzionale con riferimento ai requisiti cumulativamente enunciati all'art. 1, lett. b) secondo comma, delle direttive 93/36 e 93/37 Cee (Corte Giust Ce, 13 gennaio 2005, in C-84/03). Di modo che, nel diritto interno, ne è anche conseguita una dilatazione formale della nozione di pubblica amministrazione con la disposizione di cui all'art. 1 ter della legge n. 241/1990, come modificata dalla legge n. 15/2005, secondo cui anche *i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa* assicurano il rispetto dei principi di essa legge.

21. Ed è noto, altresì, che nell'indicata prospettiva, in giurisprudenza, si è ritenuta, conseguentemente, ammissibile la configurazione di un ente pubblico a struttura societaria, com'è stato, in particolare, riconosciuto per le società derivate dalla trasformazione degli enti pubblici che hanno conservato (per effetto di una privatizzazione relativa alla sola struttura organizzativa) connotazioni proprie della loro originaria natura, continuando ad essere affidatarie della cura di rilevanti interessi pubblici, la cui tutela non poteva ritenersi soppressa solo in conseguenza del mutamento della veste formale del soggetto giuridico, che per il resto manteneva inalterate le proprie funzioni (Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206). Di modo che, dopo un iniziale contrasto tra i fautori della tesi privatistica delle società per azioni a partecipazione pubblica (cfr., fra tutte, Cass, Sez. Un., n. 4989/95) e quelli della tesi pubblicistica (cfr.,

Cons. Stato, Sez. VI, n. 498/95), si è consolidato l'orientamento per cui va escluso che la semplice veste formale di s.p.a. sia idonea a trasformare la natura pubblicistica di soggetti che, in mano al controllo dell'azionista pubblico, continuano ad essere affidatari di rilevanti interessi pubblici.

22. Secondo l'indicato orientamento- che il collegio condivide- tali società per azioni di tipo speciale possono essere concepite come articolazioni organicamente collegate, pur senza diventarne enti strumentali, dell'ente pubblico per lo svolgimento di compiti istituzionali allo stesso demandati. La forma societaria, in tal caso, costituisce mero involucro formale, un espediente, cioè, tecnico-giuridico per il conseguimento d'importanti vantaggi, quali la maggiore flessibilità organizzativa, la possibile limitazione della partecipazione pubblica ad una quota del capitale sociale, l'utilizzazione delle esperienze di altri soggetti nella gestione d'analoghi servizi, la possibilità della circolazione del capitale della società.

23. A tale conclusione, del resto, è pervenuta, seppure al diverso fine di giustificare la permanenza del controllo della Corte dei Conti sulle società per azioni soggette a privatizzazione solo formale ed al controllo maggioritario da parte dello Stato, anche la Corte Costituzionale che ha sottolineato, anch'essa, la neutralizzazione della veste societaria rispetto alla natura sostanzialmente pubblicistica dei soggetti in questione (cfr., Corte Cost., n. 466/93). Secondo la Corte, la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato è andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisdizionale, sempre più stemperandosi, in relazione, da un lato,

all'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico (L. 5 marzo 1982 n. 63; L. 19 dicembre 1983 n. 700; L. 22 dicembre 1984 n. 887, art. 18, nono comma; L. 8 giugno 1990 n. 142, art. 22) e, dall'altro lato, agli indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli all'adozione di una nozione sostanziale di soggetto pubblico.

N

24. Nell'indicata prospettiva- ritornando al caso in esame- non può, conseguentemente, non tenersi conto del fatto che la costituzione di Cassa depositi e prestiti in società per azioni è avvenuta non per un atto di autonomia privata o per effetto di un contratto, ma ad opera di un intervento legislativo ed in assenza di una pluralità iniziale di soci.

Ai sensi, inoltre, dell'art. 5, comma 2, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326- che la costituiva- le sue azioni erano attribuite allo Stato cui erano riconosciuti i diritti dell'azionista ai sensi dell'art. 24, comma 1, lettera a) del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, con la previsione della non applicazione delle disposizioni di cui all'art. 2362 del codice civile. Mentre, poi, la gestione ordinaria aveva il compito di finanziare la realizzazione delle opere destinate alla fornitura di servizi pubblici, nella gestione separata erano fatte confluire le attività storiche dell'istituto di natura pacificamente pubblicistica (finanziamento degli enti pubblici mediante quel tradizionale mezzo di provvista, assistito da garanzia dello Stato, che è il risparmio postale e l'attività relativa alla gestione delle partecipazioni societarie, sia

quelle trasferite con decreto del Mef ai sensi dell'articolo 3 del decreto legge n. 269/2003 sia le altre già detenute alla data di trasformazione in società o successivamente acquisite (art. 8 del decreto legge n. 269/2003 indicato). Ai sensi del successivo comma 17 era previsto il controllo della Corte dei conti ed in base al comma 15 anche la Gestione separata poteva avvalersi del patrocinio e della difesa dell'Avvocatura dello Stato.

25. Sembra, pertanto, che correttamente Cassa depositi e prestiti s.p.a. abbia rivendicato una natura pubblicistica perché possiede i tre requisiti, cui la normativa nazionale, ricalcando quella comunitaria, subordina l'attribuzione della qualifica di organismo di diritto pubblico, in quanto: a) il requisito della personalità giuridica è soddisfatto dalla veste di società per azioni; b) la sottoposizione ad una influenza pubblica non è in contestazione, trattandosi di s.p.a. inizialmente a totale partecipazione pubblica; c) la gestione di parte della sua attività è servizio pubblico teso al soddisfacimento di bisogni della collettività non aventi carattere industriale o commerciale (tenuto conto che il soddisfacimento di tali bisogni non presuppone necessariamente la non imprenditorialità della gestione, ma la funzionalizzazione della stessa al loro specifico soddisfacimento).

O

26. L'indicata qualificazione di organismo di diritto pubblico della Cassa ricorrente non implicava, tuttavia, il suo esonero, ove avesse agito come operatore economico, dal rispetto delle regole sulla concorrenza. Come già rilevato in precedenza, l'ordinamento comunitario è indifferente

al grado di espansione della sfera pubblica formale nell'ambito territoriale dei singoli Stati membri e, nel disegnare le comuni regole del mercato, prescinde, di norma, dalla qualificazione in termini pubblicistici o privatistici dei relativi operatori economici. L'art. 222 dell'originario Trattato istitutivo della Comunità lasciava impregiudicato il regime della proprietà quale disciplinato nei singoli Paesi membri; in modo che gli stessi potessero organizzare in maniera autonoma i diritti inerenti alla proprietà imprenditoriale, salvo, tuttavia, l'imprescindibile *limite* del rispetto delle norme basilari del comune modello di mercato.

27. E secondo tali regole, al fine della *neutralizzazione* del mercato, lo Stato - può sempre intervenire come regolatore e controllore, per evitarvi distorsioni dovute a situazioni di monopolio o a pratiche restrittive- ove vi intervenga come operatore economico, deve agire alla stessa stregua dei privati, assoggettato alle medesime regole e senza usufruire, se non eccezionalmente e per specifici fini di missione generale, di posizioni dominanti. Nell'ambito, quindi, del diritto alla concorrenza, la giurisprudenza comunitaria- cui il collegio ritiene di doversi uniformare- ha attribuito la qualificazione di *impresa* a qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dal suo finanziamento (Corte Giust. Ce, 23 aprile 1991, in C-41/90) e, quindi, ha qualificato come tale anche l'ente pubblico che, oltre a perseguire scopi generali, svolga attività di tipo economico e lucrativo con i primi incompatibili (Corte Giust. Ce, 24 ottobre 2002, in C-82/01).

28. La Corte di Giustizia comunitaria ha, inoltre, chiarito che il requisito del fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, che è proprio degli organismi di diritto pubblico, non implica che il soggetto debba essere incaricato unicamente di soddisfare bisogni di tal tipo, potendo, invece, esercitare anche altre attività di tipo privatistico (cfr., Corte Giust. Ce 15-1-98, C - 44/96, Mandoglinnesmann, punti 26 e 31 - 35). Principio, quello indicato, cui si è adeguata anche la giurisprudenza interna la quale, in più occasioni, ha ribadito che in capo allo stesso soggetto potesse ravvisarsi la qualificazione di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico (cfr. Ferrovie dello Stato s.p.a. e Grandi stazioni s.p.a. e Rai (Cons. St. Ad. Pl. 23 luglio 2004, n. 9, Cons. St. Sez. VI, 13 aprile 2005, n. 1770).

P

29. Valutata in tale prospettiva- contrariamente a quanto deduce, invece, l'appellante- è, pertanto, immune da censura la valutazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato la quale, pur ravvisando nell'ente ricorrente la permanenza di indubbi profili pubblicistici, ha ugualmente riscontrato nella gestione separata, dopo l'ingresso delle fondazioni bancarie, una finalità di profitto che non si conciliava con il perseguimento dei fini generali di cui al regolamento Ce 139/04. Come già rilevato dalla sezione, le procedure di dismissione delle partecipazioni detenute dallo Stato e da altri enti pubblici in società per azioni sono state finalizzate al trasferimento delle azioni a privati verso compenso corrispettivo e non alla sostituzione di un diverso soggetto

pubblico in luogo di quello che ne era precedentemente titolare (Cons. St. Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885), o- come deduce la parte ricorrente- per mere ragioni di finanza pubblica, atteso che *qualsiasi piazzamento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni relative agli interessi privati e persegue obiettivi di natura diversa* (da quelli pubblicistici eventualmente propri dell'ente proprietario) (Corte Giust. Ce 11 gennaio 2005, in C-26/03).

30. Senza contare che nel caso esaminato ci si trovava in un processo di privatizzazione ulteriormente avanzato del settore energetico dal momento che, come rilevato dal Tribunale amministrativo regionale, lo stesso articolo 1 ter del d.l. n. 239 del 2003 aveva previsto, da un lato la riunificazione tra la proprietà e la gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione, dall'altro la *privatizzazione* della nuova entità integrata; sicché, la stessa volontà del legislatore era orientata nel senso che l'attività del nuovo soggetto proprietario e gestore dovesse avvenire in un contesto privatistico che non potevasi più piegare agli interessi di carattere generale, dovendo gli amministratori operare nell'esclusivo interesse della società e sussistendo la loro responsabilità- come ben rilevato dai giudici di prima grado- anche nei confronti dei soci di minoranza. Al che va aggiunto il rilievo- ben evidenziato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato- che lo stesso Piano industriale dell'ente 2005-2009, laddove prevedeva di *progressivamente adottare un approccio più attivo nel monitoraggio e nella gestione delle partecipazioni, anche al fine di proteggere i propri investimenti e contribuire alla creazione di valore da*

parte delle società partecipate, imponeva un'inversione di tendenza nella politica gestionale rispetto al sistema precedentemente in vigore con marcata accentuazione della logica privatistica della gestione medesima.

Q

31. Né può, poi, ritenersi- come pretende l'ente ricorrente- che il suo subentro nella gestione della Rete non implicasse alcuna modificazione peggiorativa rispetto al precedente assetto societario caratterizzato dalla partecipazione totalitaria del Mef nel Grtn concessionario dell'attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica. Come rilevato dall'Avvocatura erariale, una cosa è la partecipazione (o il controllo) statale in una società in assenza di qualsivoglia unitarietà delle politiche che informano la gestione della partecipazione, altra cosa è la riconducibilità di partecipazioni o quote di controllo ad una società che opera in un'ottica unitaria con accentramento delle scelte strategiche e con la previsione a monte di un centro decisionale ed economico unitario. Anche la Commissione europea riconosce particolare rilevanza all'ipotesi in cui le società partecipate dallo Stato costituiscono un insieme economico dotato di autonomi poteri decisionali, precisando, sia pure al fine di definire la nozione di imprese interessate ad in un'operazione di concentrazione, che l'elemento rilevante non è tanto il fatto che due società siano di proprietà dello Stato, essendo *determinante.. se tali società appartengono o meno alla stessa holding industriale e siano o no entrambe soggette ad una strategia comune* (comunicazione sulla nozione di imprese interessate a norma di regolamento n. 406/89).

32. Ed in tale prospettiva- come dedotto dall'Avvocatura erariale- si rilevava palesemente infondata la tesi dell'appellante secondo cui la situazione *premanager* era equivalente all'assetto di mercato derivante dalla programmata operazione, in cui Cassa depositi e prestiti diventava *holding* industriale cui erano unitariamente riconducibili le partecipazioni azionarie nelle società partecipate. Non aveva al riguardo rilevanza il fatto che anche il Mef avesse un apposito dipartimento destinato alla valorizzazione delle proprie partecipazioni azionarie e x art. 24 del D. Lgs. n. 300/92, trattandosi, in quel caso, di valorizzazione funzionale all'efficienza dell'azione amministrativa e non inserita in una logica privatistica di profitto che è propria delle società pubbliche partecipate da operatori privati. Di modo che correttamente l'Autorità resistente ed il Tribunale amministrativo regionale hanno ritenuto che, con la proposta operazione, si aveva un passaggio più insidioso per le dinamiche concorrenziali: perché la situazione oggettiva di interconnessione tra le partecipazioni azionarie, che pure preesisteva e che tuttavia si manteneva in uno stato latente, assumeva maggiore rilevanza, potenzialmente lesiva della concorrenza. Tutela della concorrenza che non andava intesa soltanto in senso statico, come garanzia d'interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quella accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di non sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali (Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272).

R

33. Sempre tenendo conto degli indicati limiti al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico- discrezionali dell'Autorità, correttamente, poi- ad avviso del collegio- sono state respinte le ulteriori censure di cui al secondo e terzo dei motivi di ricorso concernenti un'asserita violazione dell'articolo 6 della legge n. 287/90, in quanto: 1) *la trasmissione ed il dispacciamento del gestore della Rete elettrica non costituiscono attività di mercato bensì funzioni pubbliche riservate ex lege allo Stato rispetto a cui non è ipotizzabile l'esistenza di un'impresa in posizione dominante, 2)_anche a considerare dette attività come attività di mercato l'esistenza di una posizione dominante deriverebbe dal fatto che si (era) in presenza di una situazione di monopolio legale su cui nessun rilievo poteva avere l'operazione proposta (secondo motivo); 1) vi erano gravi carenze istruttorie, 2) e l'operazione non eliminava o riduceva in modo sostanziale e durevole la concorrenza sul Mi e sul Msd (terzo motivo di appello).*

34. Al riguardo, va dato atto che, nel censurare la decisione impugnata, l'appellante fa presente di non avere sostenuto- come erroneamente ritenuto dal Tribunale amministrativo regionale- che un'attività soggetta a riserva di legge non possa, per ciò solo, essere identificata come *mercato rilevante* su cui valutare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 287/1990. La questione dedotta in giudizio atteneva, invece- nella prospettazione dell'appellante- al quesito se, nell'attività di trasmissione e

dispacciamento dell'energia elettrica, il gestore di Rtn, indipendentemente dalla forma societaria o natura pubblica o privata del soggetto che ne aveva il controllo, operasse come vera impresa ai sensi del diritto alla concorrenza, oppure esercitasse, più propriamente, una *missione di interesse generale* riservata allo Stato.

35. Non avrebbe rilevanza- secondo l'appellante- il fatto che lo Stato agisse direttamente tramite un organo della sua amministrazione o tramite un soggetto privato cui avesse conferito una concessione esclusiva (Corte giust. Cee 18 marzo 1997 in C-159/91). Né il fatto che fosse percepito un corrispettivo dagli utenti era un elemento tale da configurare di per sé l'esistenza di un'attività d'impresa (Corte giust. Cee 19 gennaio 1994). Con il rilievo ulteriore che, nel caso in esame, il corrispettivo non derivava dall'interazione fra la domanda (degli utenti di Rtn) e l'offerta (del gestore), trattandosi, piuttosto, di uno dei corrispettivi di dispacciamento istituiti e regolati con delibera dell'Autorità del gas (in particolare n. 48/04), cui competeva determinare le componenti economiche di costo e le corrispondenti voci di ricavo, in modo da garantire che lo svolgimento dell'attività avvenisse nel rispetto del criterio di efficienza. Per cui- sempre secondo l'appellante- in caso di aumenti potenzialmente discriminatori dei corrispettivi per l'accesso e l'uso della Rtn, non si avrebbe una responsabilità del gestore in quanto impresa in posizione dominante quanto, invece, un aiuto di Stato (Corte giust. Ce 14 aprile 2005 in C-128).

S

36. Pur con le indicate precisazioni, peraltro ben prospettate ed argomentate- ad avviso del collegio- la proposta censura, ugualmente, non può essere condivisa. Come sottolineato dall'Avvocatura erariale, la stessa non concerne solamente la ragionevolezza della valutazione dell'Autorità garante della concorrenza nell'individuazione del *mercato rilevante* ai fini dell'applicazione al caso in esame della legge n. 287/1990. Con le svolte considerazioni, la Cassa ricorrente tende, infatti, ad imporre un proprio modello di mercato rilevante, per poterne, poi, negare la configurabilità con riferimento ad un'attività che, secondo proprie valutazioni politico-economiche, continuerebbe ad identificare, nonostante l'avviata liberalizzazione del settore (in attuazione, peraltro, della direttiva 96/92/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996 sulla *liberalizzazione dell'energia elettrica*), una *missione generale dello Stato*.

37. Come, tuttavia, già rilevato dalla sezione, stante il carattere complesso ed opinabile delle valutazioni sottese all'individuazione del *mercato rilevante*, va escluso che il sindacato giurisdizionale sulla relativa configurazione possa spingersi al punto da negarne l'esistenza sulla base di valutazioni economiche diverse da quelle dell'Autorità, dovendosi il giudice limitare a verificarvi soltanto l'eventuale esistenza di vizi logici o di ragionevolezza, difetto istruttorio o di motivazione (Cons. St. Sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348). Il che, peraltro- come pure già rilevato- è conforme al criterio adottato dalla Corte comunitaria che in più occasioni ha fatto riferimento alla discrezionalità della Commissione nella determinazione del

mercato rilevante come limite al sindacato del giudice comunitario in sede di controllo giurisdizionale (Corte giut- Ce, 7 gennaio 2004, in C-204/00P-C219/00P). Con l'ulteriore rilievo che in proposito la Corte di giustizia comunitaria ha anche chiarito che, trattandosi di una disposizione derogatoria delle norme del Trattato, l'articolo 86, n. 2- invocato dall'appellante- deve essere interpretato in senso restrittivo (Corte giut. Cee 17 luglio 1997, in C-C-242/95 e 21 marzo 1997, in C-127/73), anche con riguardo alla definizione delle imprese che possono invocarne l'applicazione (Corte giust. Ce 17 luglio 1999 in C-242/95). Di modo che è onere dell'impresa interessata che invochi l'applicazione dell'articolo 86, n. 2 del Trattato dimostrare la sussistenza di tutti i requisiti di applicazione di detta deroga (Corte giust. Ce, 17 maggio 2001, in C. -340/90).

T

38. Valutate conseguentemente in tale prospettiva e tenuto conto del fatto che l'attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica non costituiva missione di interesse generale dello Stato ai sensi dell'art. 86 n. 2 del Trattato comunitario, configurando, piuttosto, un'ipotesi di *servizio di pubblica utilità* (art. 4, comma 1, del d.P.C.M. 11 maggio 2004) esercitato in regime di monopolio, correttamente- ad avviso del collegio- le proposte censure di Cassa depositi e prestiti sono state respinte dal Tribunale amministrativo regionale con la considerazione che non sussistendo una specifica *incompatibilità tra il perseguimento delle finalità di interesse generale affidate al monopolista ex lege e il mercato, non vi (era) ragione per non applicare la disciplina a tutela della concorrenza.*

39. Come, poi, ben evidenziato nell'impugnata sentenza, l'attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia ha un ruolo cruciale nel funzionamento dell'intera filiera elettrica ed è caratterizzata da un ampio margine di ineliminabile discrezionalità tecnica ed operativa. L'utilizzo da parte di Rtn di una struttura condivisa e limitata, unita all'esigenza di bilanciamento in tempo reale di produzione e consumo di energia rendevano, inoltre, ragionevole e condivisibile l'assunto dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato relativo alla necessità della presenza di un coordinatore obiettivo del sistema che ponesse in essere, senza alcun condizionamento, le azioni e le transazioni necessarie ai fini di un neutrale bilanciamento delle immissioni e dei prelievi in tempo reale e che non avesse cointeressenze con i soggetti operanti a valle nei mercati all'ingrosso e del dispacciamento. A ciò va aggiunto che la valutazione di un'operazione di concentrazione postula un'analisi che ha ad oggetto la considerazione di un lungo lasso di tempo; sicché, la valutazione degli effetti dell'operazione non si esaurisce nella presa d'atto di fatti avvenuti e delle immediate conseguenze di essi, ma implica una valutazione in chiave prospettica di elementi potenziali, tra i quali devono essere comprese anche le sole opportunità di comportamenti anticompetitivi ed anticoncorrenziali che potranno essere posti in essere dall'impresa che si è concentrata (Cons. St. Sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156).

40. Né, poi - ad avviso del collegio- è censurabile la decisione del Tribunale amministrativo regionale che ha ritenuto sufficientemente

motivata la constatazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sull'esistenza nell'azione del gestore della Rtn di profili di discrezionalità tecnica ridotti ma non eliminati dalla specifica regolamentazione di settore. Regolamentazione, peraltro, che- sebbene implicasse, come deduce l'appellante, l'applicazione di tariffe fissata da apposita Autorità- era pur sempre funzionale ad una logica di mercato stante il carattere di prezzo e non di tassa del corrispettivo dovuto.

41. La complessità e l'aleatorietà insita nell'elaborazione dei futuri scenari nel settore elettrico (in termini di evoluzione della domanda, nuovi impianti da connettere alla Rete, interruzioni, manutenzione, tempistica degli interventi e delle autorizzazioni) e nella valutazione degli impatti di alcune decisioni (in termini di sovraccarichi di linee o stabilità del sistema in tempo reale) rendevano, in particolare, inevitabile- come si evince dallo stesso piano di Grtn per il 2005- che il gestore, con riferimento alla pianificazione, svolgesse ex ante un'attività di valutazione e scelta delle alternative basate su una discrezionalità non sindacabile da soggetti terzi quali il Ministero delle attività produttive e l'Autorità per l'energia ai quali era consentito un intervento di controllo ex post delle svolte operazioni.

42. Altrettanto ragionevole appariva poi la constatazione dell'Autorità sul permanere di una sostanziale discrezionalità del gestore della Rete con riferimento all'attività di dispacciamento degli impianti (ammessa, peraltro dallo stesso Gestore nel corso del procedimento ed a cui fanno riferimento i paragrafi da 107 a 118 dell'atto impugnato in primo

grado ai quali si può fare rinvio). Discrezionalità, peraltro, che- come si evince dagli atti- aveva indotto l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas a rafforzare il monitoraggio del settore e ad esprimere preoccupazioni sugli effetti anticoncorrenziali dell'operazione proposta (nota del 10 giugno 2005); con la constatazione che tali effetti erano solo *mitigati* ma non eliminati dal fatto che trattatasi di servizio regolato da essa Autorità. Neppure, poi, rilevava il fatto che nel corso del procedimento il Gestore avesse dichiarato che tale discrezionalità era stata rigorosamente esercitata nell'ottica di adempiere alla primaria funzione di operatore responsabile della sicurezza e dell'efficienza della Rete. Come è sottolineato nel provvedimento impugnato (punto 116), occorre *verificare se tale, conclamata discrezionalità non possa, dato il futuro assetto azionario del nuovo gestore integrato, dar adito a condotte di gestione e sviluppo della Rete non indirizzate ai criteri di imparzialità e della non discriminazione.*

U

43. Correttamente, infine, sono state respinte dal Tribunale amministrativo regionale le censure al provvedimento impugnato in primo grado concernenti l'adeguatezza della svolta istruttoria e la completezza dell'analisi necessaria per valutare gli effetti strutturali restrittivi della concorrenza. Come dedotto dall'Avvocatura erariale, dal provvedimento impugnato si rileva che l'Autorità ha esaminato i mercati in cui l'operazione era suscettibile di produrre effetti; ha valutato- trattandosi di mercati verticalmente collegati nella filiera dell'energia elettrica- l'incidenza che la creazione di una posizione dominante a monte della trasmissione e

dispacciamento dell'energia comportava sui mercati a valle (Mi e Msd) preventivamente definiti ed indagati nelle loro dinamiche concorrenziali; ha analizzato quale grado di discrezionalità caratterizzasse le scelte dell'operatore dominante, tenendo ben presente che si trattava di un mercato su cui incideva un effetto regolatorio definito dal legislatore; ha effettuato una specifica indagine sugli incentivi in capo all'operatore in posizione dominante che potevano indurlo a porre in essere scelte discrezionali tali da alterare il corretto funzionamento dei mercati indicati.

44. E quanto ai pareri acquisiti, condivisibile è l'assunto del Tribunale amministrativo regionale secondo cui la funzione pubblica e cioè la traduzione del potere amministrativo in atto, deve svolgersi attraverso il procedimento che costituisce il luogo deputato all'acquisizione, alla valutazione ed alla parametrizzazione degli interessi pubblici e privati coinvolti dall'azione amministrativa e nel quale avviene la conseguente scelta della soluzione ritenuta maggiormente rispondente al fine pubblico affidato alle cure dell'autorità procedente dalla norma attributiva del potere. Il fatto, quindi, che l'Autorità abbia interpellato, oltre all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, altri soggetti del settore elettrico non era censurabile dal momento che- contrariamente a quanto dedotto dall'appellante- a tali soggetti privati l'Autorità non delegava alcun potere decisorio limitandosi a sollecitarne le valutazioni al fine di acquisire il più ampio spettro di informazioni utili alla decisione sull'operazione.

V

45. Sempre tenendo conto dell'indicata preclusione ad un sindacato di merito sull'operato discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, correttamente, infine- ad avviso del collegio- il Tribunale amministrativo regionale ha respinto le ulteriori censure, di cui al quarto motivo di appello, riguardanti le misure correttive imposte, anche in via transitoria, alla Cassa depositi e prestiti, fatta eccezione per la parte riguardante il numero dei consiglieri della società Terna ad essa spettanti e di cui al punto ii dell'impugnato provvedimento, che appare all'evidenza sproporzionato rispetto allo scopo perseguito e non coerente con le motivazioni di cui al punto n. 217 del provvedimento medesimo.

46. Come sottolineato dai giudici di primo grado, il principio di proporzionalità delle misure correttive, invocato dalla Cassa appellante, richiedeva la dimostrazione dell'idoneità delle stesse a raggiungere lo scopo perseguito e la relativa adeguatezza, nel duplice senso della loro corrispondenza alla situazione considerata e della non eccedenza rispetto allo scopo perseguito. Andava, poi, tenuto presente che le misure da adottare dall'Autorità dovevano essere in grado di risolvere in maniera effettiva e duratura il problema concorrenziale causato dalla concentrazione rendendo contendibili i mercati su cui, diversamente, si sarebbe costituita o si sarebbe rafforzata la posizione dominante. Occorreva, infine, tener conto del fatto che la giurisprudenza amministrativa in materia di rimedi anticoncorrenziali aveva chiaramente indicato la preferenza per rimedi di carattere strutturale

(Cons. St. Sez. VI, n. 5156/02) e non transitori (come, del resto, indicato nel 30° considerando del regolamento Ce 20 gennaio 2004 n. 139/2004).

47. Valutato conseguentemente in tale prospettiva, correttamente- ad avviso del collegio- i giudici di primo grado hanno ritenuto legittimo l'operato dell'Autorità che riteneva non adeguate le misure proposte da Cassa depositi e prestiti ed individuava quelle che- secondo il proprio apprezzamento di merito-erano opportune ed adeguate alla fattispecie. Come si evince dal provvedimento impugnato in primo grado, nel corso dell'audizione finale del 28 luglio 2005, Cassa depositi e prestiti aveva presentato un documento contenente una proposta di misure correttive ai sensi dell'articolo 18, comma 2, della legge n. 287/90. In particolare, la Cassa si obbligava ad assumere impegni intesi al rafforzamento del ruolo dell'organo tecnico denominato Comitato di consultazione ed all'indicazione in sede di presentazione della lista dei candidati alla nomina di amministratori del nuovo soggetto gestore della Rete di una quota pari almeno alla metà di amministratori che rispondevano ai requisiti di indipendenza prevista dal codice di autodisciplina delle società quotate. Nell'indicazione della Cassa depositi e prestiti gli indicati impegni erano tra loro alternativi in quanto ritenuti entrambi di per sé idonei a risolvere i timori concorrenziali connessi all'operazione: il primo incidendo sulle procedure volte a garantire una maggiore trasparenza del processo decisionale, il secondo riguardando i requisiti dei soggetti chiamati a vigilare sulla trasparenza e correttezza del processo decisionale.

48. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato riteneva, tuttavia- ragionevolmente e con valutazione, per quanto rilevato, non suscettibile di sindacato di merito- che le misure proposte non fossero idonee a rimuovere *definitivamente* gli effetti restrittivi della concorrenza, indicandone specificamente le ragioni nella parte motiva del provvedimento impugnato. Era in particolare evidenziato che il primo degli impegni indicati non risolveva in *via definitiva* gli effetti restrittivi derivanti dal quadro strutturale sotteso alla proposta operazione stante la perdurante discrezionalità del soggetto gestore relativa alle attività di elaborazione ed analisi delle alternative di sviluppo della Rtn, e risultando la misura, quindi, utile solo in *via transitoria*. Allo stesso modo *non risolutiva* era- ragionevolmente- ritenuta l'ulteriore proposta concernente la presenza nel consiglio di amministrazione del nuovo gestore di un numero di consiglieri con caratteristiche di indipendenza tali da assicurare una gestione improntata a principi di neutralità, imparzialità, senza discriminazione di utenti o di categorie di utenti. Anche tale misura, infatti, non era obiettivamente idonea a rimuovere in *via definitiva* gli effetti restrittivi dell'esaminata operazione dato che essi erano strettamente correlati a cambiamenti strutturali connessi all'operazione e sui quali, pertanto, per conseguire l'effetto sperato, occorreva intervenire.

49. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato concludeva, pertanto- motivatamente- che fosse preferibile in quanto *più opportuna* e proporzionata l'adozione dell'unica misura in grado di rimuovere definitivamente gli effetti restrittivi e cioè quella di recidere l'intreccio

azionario in capo a Cdp fra il gestore della rete e l'Enel che era operatore dominante nei mercati rilevanti dell'ingrosso e del dispacciamento. Né sono emersi elementi per ritenere- come pretende l'appellante- che l'Autorità, così disponendo, non abbia valutata l'attuabilità della misura proposta con riferimento al condizionamento sull'operazione da parte del Mef. Come rilevato dal Tribunale amministrativo regionale, risulta dagli atti che l'Autorità era consapevole sia del fatto che l'operazione di concentrazione era stata concordata con il Mef sia del fatto che qualsiasi atto di disposizione e/o di trasferimento avente ad oggetto le partecipazioni detenute da Cdp in Enel dovesse essere preventivamente concordata con il Ministero indicato. Ciononostante, in base ai dati acquisiti e ragionevole apprezzamento delle risultanze istruttorie, riteneva che l'operazione fosse ugualmente fattibile in un adeguato lasso di tempo, anche perché, come dedotto dall'Avvocatura erariale, non implicava necessariamente la cessione a privati da parte di Cdp della quota di partecipazione nell'Enel.

Z

50. Come già rilevato precedentemente, sproporzionata ed eccessiva sembra, invece, la misura transitoria di cui al punto ii dell'impugnato provvedimento e relativa al un drastico condizionamento della nomina di ben sei dei sette consiglieri della società Terna spettanti a Cassa depositi e prestiti nell'ipotesi di un consiglio di amministrazione del futuro gestore composto da dieci membri e di mantenere la stessa proporzione qualunque fosse il numero dei membri del consiglio indicato. Al che va aggiunto -come pure già in precedenza sottolineato- che la proporzione indicata non sembra

nemmeno coerente con l'esemplificazione di cui al punto 217 dell'impugnato provvedimento adottata dall'Autorità per ritenere inadeguato l'impegno della Cassa ricorrente di indicare una quota di almeno la metà di amministratori del gestore aventi i requisiti di indipendenza previsti dal codice di autodisciplina delle società quotate.

51. Nei limiti per ultimo indicati va, conseguentemente, accolto l'appello e riformata l'impugnata decisione con compensazione tra le parti delle spese processuali ricorrendovi giusti motivi in relazione alla complessità della lite ed alla novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie in parte il proposto appello ed in riforma dell'impugnata sentenza, annulla la prescrizione di cui al punto ii) della delibera impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 12 gennaio 2007 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone	Presidente
Sabino Luce	Consigliere Est.
Paolo Buonvino	Consigliere

Domenico Cafini Consigliere

Aldo Scola Consigliere

Presidente

Claudio VARRONE

Consigliere
Sabino LUCE

Segretario
Annamaria RICCI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **12.02.2007**.....
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Dott.ssa 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