



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9180 del 2011, proposto dalla Uniem – Unione Nazionale Imprese Elettriche Minori, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Gaetano Scoca e Roberto Colagrande, con domicilio eletto presso Franco Gaetano Scoca in Roma, via G.Paisiello, 55; Società Elettrica Liparese s.r.l., Germano Industrie Elettriche s.r.l., Società Elettrica Ponzese s.p.a., Icel s.r.l., Smede Pantelleria s.p.a., Selis Lampedusa s.p.a., Selis Marettimo s.p.a., Selis Linosa s.p.a., Impresa Elettrica D’Anna e Bonaccarsi s.n.c., SEA s.p.a., Società Impianti Elettrici s.r.l., rappresentati e difesi dagli avvocati Roberto Colagrande e Franco Gaetano Scoca, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via G. Paisiello, 55

contro

Autorità per l’energia elettrica e il gas - AEEG, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall’Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12

nei confronti di

Terna Rete Elettrica Nazionale s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino e Filomena Passeggio, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180; Enel Produzioni s.p.a.

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Lombardia, Sezione III, n. 1737/2011

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG) e della società Terna - Rete Elettrica Nazionale s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2014 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Antonio Grumetto, l'avvocato Scoca e l'avvocato Carlo Celani per delega dell'avvocato Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I termini della vicenda all'origine dei fatti di causa sono descritti nel modo seguente nell'ambito dell'impugnata sentenza del T.A.R. della Lombardia n. 1737/2011.

Le società ricorrenti sono imprese elettriche minori, operanti su isole non interconnesse né direttamente né indirettamente con la RTN (esse verranno qui di seguito indicate come IEMNI, o: 'imprese elettriche minori non interconnesse'), che producono e distribuiscono energia elettrica a prezzi amministrati, fissati dall'Autorità amministrativa in misura inferiore ai costi di esercizio. La situazione di svantaggio connessa al particolare contesto in cui tali società operano comporta, in loro favore, l'erogazione di integrazioni economiche a carico di un apposito

Fondo di compensazione per l'unificazione delle tariffe elettriche, gestito dalla Cassa Conguaglio per il Settore Elettrico (di seguito: 'la CCSE'), tenuto conto dei criteri previamente fissati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas (d'ora in poi: 'l'AEEG' o 'l'Autorità'). In ordine alle integrazioni tariffarie dovute alle imprese elettriche minori per gli anni 1991 e seguenti, ai sensi dell'articolo 7 comma 3 della legge 9 gennaio 1991, n. 10 (*Norme per l'attuazione del Piano energetico nazionale in materia di uso razionale dell'energia, di risparmio energetico e di sviluppo delle fonti rinnovabili di energia*), il Comitato Interministeriale Prezzi ('CIP') avrebbe dovuto stabilire (dal 1991 in poi) per ogni annualità l'acconto per l'anno in corso ed il conguaglio per l'anno precedente, sulla base dell'ultimo bilancio.

Tali attribuzioni sono state nel prosieguo rimesse dapprima alla competenza del Ministero dell'Industria (il quale intervenne con decreto in data 19 novembre 1996, poi parzialmente annullato con sentenza del T.A.R. Lazio 14 aprile 1998, n. 841) e, successivamente, a quella della istituita AEEG.

Sebbene, a decorrere dal 1 luglio 2007 (art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 125 recante *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 giugno 2007, n. 73, recante misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia*), fosse stato introdotto il diritto di tutti i clienti finali di poter stipulare contratti di fornitura con aziende di vendita attive nel libero mercato, nelle isole minori ha continuato ad operare un unico soggetto integrato incaricato di produrre, distribuire e vendere energia elettrica ai clienti finali. Questi ultimi, pertanto, non potevano scegliere, pur a seguito della liberalizzazione del mercato, un fornitore diverso dal proprio distributore.

Per tale motivo, con la regolazione oggetto della presente controversia, l'AEEG ha inteso introdurre gli strumenti tecnici e giuridici necessari a garantire anche agli utenti delle reti non interconnesse una condizione paritaria rispetto agli altri utenti del sistema nazionale.

In particolare, l'AEEG, con la deliberazione ARG/elt 89/09, ha concluso l'istruttoria riferita al documento di consultazione n. 26/08, emanando specifiche prescrizioni per l'erogazione del pubblico servizio di dispacciamento dell'energia elettrica nell'ambito di reti non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale. La delibera in questione, è bene precisare, dispone anche in materia di unità essenziali per la sicurezza del sistema di cui alla precedente delibera n. 111/2006. Tali unità sono finalizzate a predisporre adeguati servizi di riserva di capacità per soddisfare una domanda soggetta ad improvvise variazioni spesso imprevedibili. Esse sono idonee, in particolare, a risolvere problematiche di dispacciamento carattere prevalentemente locale. Per quanto riguarda le unità essenziali non di titolarità delle imprese elettriche minori, la delibera riconosce il diritto alla reintegrazione in ragione della essenzialità del servizio svolto da detti impianti; per quanto riguarda gli impianti nella titolarità delle imprese elettriche minori, l'inclusione nel novero delle unità essenziali non ha ripercussioni economiche dirette, ma consente a TERNA di ottenere informazioni sulla natura di tali impianti (permettendo la partecipazione al mercato libero dei clienti finali senza disturbare il normale andamento della borsa elettrica italiana, nella quale vengono registrate le transazioni di energia elettrica).

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Lombardia e recante il n. 2664/2009, le società ricorrenti hanno impugnato la deliberazione ARG/elt 89/09, chiedendo al Tribunale di disporre l'annullamento, in quanto asseritamente viziata da molteplici profili di violazione di legge ed eccesso di potere.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale adito ha respinto il ricorso ritenendolo infondato.

La sentenza in epigrafe è stata impugnata in appello da undici società elettriche minori, nonché dall'associazione che le raggruppa (UNIEM – Unione Nazionale

Imprese Elettriche Minori). Esse hanno chiesto l'integrale riforma della sentenza in epigrafe articolando cinque complessi motivi di gravame.

Si è costituita in giudizio l'Autorità per l'energia elettrica e il gas la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Si è altresì, costituita in giudizio la società Terna – Rete Elettrica Nazionale s.p.a., la quale ha concluso nel senso delle reiezione dell'appello.

Con ordinanza 12 giugno 2012, n. 4388 questo Consiglio ha disposto incumbenti istruttori e ha fissato un rinvio per il prosieguo della trattazione.

Le parti costituite hanno prodotto ulteriori documenti e memorie e, alla pubblica udienza del 24 giugno 2014, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da undici imprese elettriche minori, operanti su isole non interconnesse né direttamente né indirettamente con la rete di trasmissione nazionale (d'ora innanzi: 'la RTN'), nonché dall'associazione di categoria che le raggruppa (esse verranno qui di seguito indicate come IEMNI, o: 'imprese elettriche minori non interconnesse') avverso la sentenza del T.A.R. della Lombardia con cui è stato respinto il ricorso dalle stesse proposto avverso la delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (d'ora in poi: 'l'AEEG' o 'l'Autorità') del 7 luglio 2009 avente ad oggetto '*[la] erogazione del pubblico servizio di dispacciamento dell'energia elettrica nell'ambito di reti non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale*'.

2. Le società appellanti fanno precedere l'articolazione dei motivi di appello in senso proprio da una 'premessa critica di carattere generale' con la quale sottopongono a censura nella sua *ratio* di fondo la stessa struttura logica e sistematica della delibera ARG/elt 89/09.

In primo luogo, le appellanti criticano la scelta regolatoria di introdurre anche gli utenti delle isole minori non interconnesse nel libero mercato elettrico, enucleando

un meccanismo di dispacciamento “*tanto artificioso quanto virtuale*”: un meccanismo che si basa sull’innaturale riconoscimento della qualifica di ‘impianti essenziali’ alla totalità degli impianti presenti nelle isole minori. Tale riconoscimento risulterebbe del tutto antisistemico in quanto difetterebbero nel caso di specie le condizioni che hanno indotto l’Autorità (con la delibera n. 111/06) a definire e regolare gli ‘impianti essenziali’ per la sopravvivenza stessa del sistema elettrico nazionale (impianti che devono necessariamente essere posti sotto il controllo del gestore della rete – TERNA -). Una siffatta assimilazione sarebbe in ogni caso illogica laddove riferita ad impianti (quelli delle IEMNI) per definizione avulsi dal sistema elettrico nazionale e che, pertanto, non potrebbero in alcun modo condividere il carattere di ‘essenzialità’ per il sistema nazionale proprio degli impianti cui era riferita la richiamata delibera n. 111/06.

In secondo luogo le appellanti lamentano che l’incongrua assimilazione degli impianti delle IEMNI agli ‘impianti essenziali’ al livello nazionale abbia altresì comportato il loro transito nella disponibilità di esercizio del gestore della rete (TERNA) con conseguente imposizione di meccanismi di gestione “*più complessi e onerosi*”.

In terzo luogo, le imprese appellanti osservano che nel caso delle IEMNI non sussisterebbero i tipici rischi di comportamenti speculativi e opportunistici che inducono solitamente ad imporre un particolare (e vincolante) meccanismo di determinazione dei prezzi per i titolari degli ‘impianti essenziali’ in senso proprio.

In quarto luogo, le appellanti lamentano che il contestato sistema di dispacciamento virtuale e di attribuzione della qualifica di ‘impianti essenziali’ determini una struttura della remunerazione la quale, comportando il superamento del pregresso modello basato sulle tariffe di maggior tutela, comporterebbe altresì il venir meno di alcuni corrispettivi in precedenza fruiti (in particolare, quelli di commercializzazione e vendita), con conseguenti, rilevanti danni economici in

danno delle stesse appellanti (danni che saranno tanto più consistenti, quanto maggiore sarà il numero degli utenti che sceglieranno di passare al regime di libero mercato).

In quinto luogo le società appellanti lamentano le irragionevoli conseguenze connesse al nuovo sistema di remunerazione imposto alle IEMNI (sistema, quest'ultimo, basato sulla remunerazione a Prezzo Unico Nazionale – PUN – cui va aggiunto il prezzo del servizio di dispacciamento). Si tratta, secondo le appellanti, di un sistema che, per un verso, determinerà certamente in loro danno cospicue perdite di ricavi e conseguenti perdite di esercizio e che, per altro verso, renderà comunque necessaria la reintegrazione dei costi di produzione (a carico dell'utenza) o attraverso il sistema già disciplinato dalla l. 10 del 1991 o attraverso le particolari modalità di reintegrazione fissate per le unità essenziali.

In sesto e ultimo luogo le appellanti lamentano lo svantaggio competitivo che la delibera impugnata in primo grado determina in loro danno. Tale sistema, infatti, consente ai soli *traders* di acquistare l'energia a prezzo 'spot' (il PUN) e di rivendere l'energia stessa a prezzi competitivi, mentre tale possibilità resta preclusa per ragioni strutturali alle IEMNI.

2.1. Per ciò che riguarda la 'Premessa critica di carattere generale' appena descritta nei suoi tratti salienti, il Collegio si limita ad osservare che, a prescindere dalla divisibilità o meno dei relativi assunti, essa non reca puntuali censure avverso le statuizioni della sentenza in epigrafe.

Ciò esime il Collegio dal compito di esaminare puntualmente le singole affermazioni contenute in questo capo del ricorso in appello, nella consapevolezza – peraltro – che l'esame dei singoli motivi di ricorso consentirà altresì di scrutinare in modo esaustivo la fondatezza degli argomenti enucleati nella 'Premessa' in questione.

3. Qui di seguito verranno, quindi, sintetizzati i motivi del ricorso in appello.

3.1. Con il primo motivo (*‘Error in iudicando e omessa pronuncia su punti decisivi della controversia di cui al primo motivo di ricorso di primo grado’*) le società appellanti lamentano l’erroneità della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha respinto il motivo con cui si era lamentata la violazione dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza in relazione al complessivo *iter* che ha condotto all’adozione della delibera ARG/elt 89/09.

In particolare, i primi Giudici avrebbero fatto cattivo governo del principio giurisprudenziale secondo cui l’esercizio dell’attività di regolazione da parte delle Autorità amministrative indipendenti, in quanto collocato al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall’articolo 95, Cost., deve avvenire prestando particolare attenzione al rispetto delle regole procedurali e partecipative.

Tuttavia, i primi Giudici avrebbero omesso di considerare che nel caso di specie sarebbe mancato del tutto il coinvolgimento in sede procedimentale delle imprese appellanti (coinvolgimento che, pure, era stato in più occasioni richiesto prima dell’adozione della delibera impugnata in primo grado).

Ancora, i primi Giudici avrebbero omesso di apprezzare il grave *error in procedendo* derivante dal mancato coordinamento fra: *i*) l’iniziativa regolatoria avviata con la delibera n. 208/06 (iniziativa che non aveva infine prodotto alcun atto conclusivo) e *ii*) l’iniziativa regolatoria di cui alla consultazione pubblica avviata con la delibera n. 26/08 (iniziativa infine conclusa con l’adozione della delibera impugnata in primo grado).

Infine, le appellanti lamentano nuovamente il difetto di motivazione che vizierebbe la delibera ARG/elt 89/09 per non avere adeguatamente motivato (se non con formule stereotipe e comunque insufficienti) in ordine alle ragioni che inducevano a non tenere in considerazione le numerose osservazioni formulate in sede procedimentale dalle stesse appellanti

3.2. Con il secondo motivo di appello (*‘Omesso esame del secondo e sesto motivo di ricorso di primo grado’*) le società appellanti ripropongono il motivo di ricorso già articolato in primo grado (e, a loro dire, non esaminato dai primi Giudici) secondo cui la delibera ARG/elt 89/09, nel supporre come esistente l’interconnessione tra la rete di distribuzione locale (per definizione, non interconnessa con quella nazionale) e la rete di trasmissione nazionale, prendesse le mosse da premesse erranee e pervenisse a conseguenze altrettanto erranee.

Sotto tale aspetto, la delibera impugnata risulterebbe irragionevole e incongrua sotto svariati profili:

- in primo luogo, in quanto supporrebbe l’esistenza di una interconnessione alla RTN a fronte di una realtà locale in cui, per definizione, tale interconnessione non esiste;
- in secondo luogo, in quanto introdurrebbe un modello di dispacciamento virtuale nell’ambito di sistemi (quali quelli delle piccole isole non interconnesse alla rete di trasmissione nazionale) i quali, per definizione, non presentano problematiche di dispacciamento, in presenza di un *‘sole provider’* che assicura da molto tempo la produzione, il trasporto e la distribuzione dell’energia elettrica;
- in terzo luogo, in quanto riconoscerebbe illegittimamente agli impianti delle IEMNI la qualifica di *‘impianti essenziali per la sicurezza’*, così attribuendo in modo tutto improprio a tali impianti una qualificazione che si giustifica solo a fronte di sistemi effettivamente interconnessi, ma non anche a fronte delle piccole realtà isolate in cui tale qualificazione comporta una vera e propria *‘forzatura di sistema’*;
- in quarto luogo perché tale delibera risponderebbe piuttosto allo scopo di far fronte a un problema (artificialmente creato) di mercato, che non allo scopo di migliorare la sicurezza dell’approvvigionamento.

Ed ancora, i primi Giudici avrebbero omesso di apprezzare il motivo di ricorso con cui si era lamentata l'irragionevolezza di ritenere le IEMNI assoggettate agli obblighi di approvvigionamento di energia ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera b) della l. 239 del 2004.

Sotto questo aspetto, gli estensori della delibera impugnata avrebbero omesso di considerare l'incongruità di una siffatta impostazione, la quale – in particolare – non tiene conto del fatto che a carico delle IEMNI già esistono a legislazione vigente oneri di servizio pubblico, in particolare per ciò che riguarda l'attività di distribuzione dell'energia (in tal senso: l. 239 del 2004, articolo 1, comma 2, lettera c)) e il sistema tariffario da riservare alla clientela.

Ancora con il secondo motivo di appello, le società appellanti ripropongono il motivo già articolato in primo grado con il quale si era lamentato un ulteriore incongruo effetto connesso alla delibera ARG/elt 89/09: quello consistente nella coattiva separazione fra attività di vendita (comunque residuante in capo alle società appellanti) e obbligo di fornitura nei confronti di altri operatori. Tale coattivo effetto viene determinato dalla delibera impugnata attraverso il riconoscimento alle società appellanti della qualifica (invero, sconosciuta alla legislazione vigente) di 'utente del bilanciamento'.

Ancora, le società appellanti lamentano l'incongruità della scelta regolatoria che postula l'esercizio di attività di dispacciamento dell'energia elettrica nell'ambito di reti non interconnesse. La scelta regolatoria in questione risulterebbe irragionevole atteso che l'assenza di interconnessione e l'esistenza di un '*sole provider*' in ciascuno dei singoli sistemi isolani renderebbero *ex se* impossibile (almeno in via di fatto) l'esercizio di un'attività di dispacciamento in senso proprio.

Ed ancora, la delibera impugnata risulterebbe illegittima per avere imposto un incongruo meccanismo nel cui ambito l'attività di dispacciamento resta demandata al gestore e l'attività di bilanciamento è demandata all'impresa locale.

In sintesi, la delibera in questione avrebbe illegittimamente istituito “*un sistema di scambi commerciali, basato su scambi fisici a somma zero, tra punti di prelievo e di immissione e tra punti di consumo virtuale e di consegna della produzione nella rete isolata, che configura un complesso e non facilmente decifrabile sistema di gestione anche per quello che attiene alle modalità commerciali (di applicazione dei prezzi ai clienti finali)*”.

3.3. Con il terzo motivo di appello (“*Error in iudicando sul terzo, quarto e quinto motivo di ricorso di primo grado*”) le società appellanti lamentano il mancato accoglimento del motivo di ricorso già articolato in primo grado (il terzo) con il quale si era lamentato che la delibera ARG/elt 89/09 fosse violativa del diritto comunitario e nazionale per aver configurato un’attività di dispacciamento quale funzione autonoma separabile dal trasporto in rete ed esercitabile in assenza di interconnessione fisica (a prescindere, cioè, dall’esistenza di infrastrutture di rete interconnesse).

In particolare, i primi Giudici avrebbero omesso di considerare che l’assenza di interconnessione fisica avrebbe dovuto impedire in radice la configurazione di un sistema di dispacciamento per le isole minori e avrebbe dovuto impedire l’istituzione di un artificioso sistema di dispacciamento virtuale (altrove definito ‘*immaginario*’ – pagina 26 del ricorso introduttivo -).

In particolare, il sistema così introdotto si porrebbe in contrasto con l’articolo 11 della direttiva 2003/54/CE (“*Direttiva del parlamento UE e del Consiglio relativa a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE*”), il quale postula la separazione del servizio di dispacciamento e di quello di trasmissione.

Sotto tale aspetto, i primi Giudici avrebbero omesso di considerare che, in assenza di flussi di energia tra le reti e di dispositivi fisici di interconnessione, non risulterebbe neppure configurabile un’attività di dispacciamento in senso proprio,

atteso che per il diritto comunitario l'attività in parola postula in via necessaria l'esistenza di un flusso fisico di energia (nel presente caso, insussistente).

Al riguardo le società appellanti chiedono eventualmente che questo Giudice di appello sollevi un quesito per rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea al fine di stabilire se sia compatibile con il diritto dell'Unione (e, segnatamente, con l'articolo 11 della direttiva 2003/54/CE) una previsione regolatoria nazionale (quale quella recata dalla delibera impugnata in primo grado) la quale postula invece la separazione del servizio di dispacciamento da quello di trasmissione.

Non a caso – sottolineano sul punto le appellanti – l'articolo 3 del decreto legislativo 79 del 1999 muove a propria volta dal presupposto della necessaria coesistenza tra attività di dispacciamento ed esistenza di una rete di trasmissione interconnessa, senza la quale il trasporto dell'energia sulla rete (e la stessa necessità di un'attività di dispacciamento) non sarebbe in alcun modo possibile.

Ancora con il terzo motivo, le società appellanti chiedono la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha respinto:

- il quarto motivo di ricorso, con cui si era contestata l'assenza in capo all'AEEG del potere di imporre alle IEMNI un obbligo di interconnessione alla rete di trasmissione (senza che fosse mai stata formulata una richiesta in tal senso) e
- il quinto motivo, con cui si era lamentato che la disciplina del dispacciamento senza interconnessione risultasse violativa dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 79 del 1999 e dell'articolo 1, comma 2, lettera c) della legge 239 del 2004.

Al riguardo, le società appellanti:

- ribadiscono che la normativa tecnica sul dispacciamento risulta inattuabile senza il presupposto dell'interconnessione fisica con la rete di trasmissione;
- sottolineano che il decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, articolo 3, comma 10, lettera d), nel recare la revisione dell'attività di dispacciamento dell'energia

essenziale' (ricorso in appello, pag. 34), postula pur sempre l'esistenza dell'allacciamento/interconnessione degli impianti interessati alla rete di trasmissione nazionale (interconnessione che, nel caso di specie, è pacificamente assente);

- osservano che la delibera ARG/elt 89/09 risulta priva di base normativa abilitante laddove individua le IEMNI quali 'utenti del bilanciamento', qualificandole come utenti del dispacciamento titolari di impianti essenziali per la sicurezza del sistema nell'ambito di una rete non interconnessa.

Le appellanti, poi, contestano l'erroneità della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha affermato che il sistema basato sul dispacciamento virtuale e sull'esistenza di contratti (solo) finanziari con i rivenditori finali di energia agli utenti isolani non sarebbe in alcun modo diverso rispetto a quello ordinariamente esistente nei sistemi interconnessi, ove sarebbe parimenti possibile la stipula di contratti regolati solo finanziariamente.

Sotto tale aspetto, la sentenza in epigrafe sarebbe meritevole di riforma per non avere considerato che, nel caso dei mercati interconnessi, la possibilità per il venditore finale di energia di procedere alla stipula di un contratto di vendita solo finanziario resta comunque connesso all'obbligo di immettere nel sistema un quantitativo di energia pari a quello oggetto del contratto regolato solo finanziariamente.

Al contrario, nel sistema istituito con la delibera ARG/elt 89/09, in assenza di una interconnessione reale, il contratto finanziario stipulato dall'impresa venditrice acquisterebbe le caratteristiche di un contratto derivato c.d. 'nudo' (*i.e.*: privo di un qualsiasi sottostante obbligo di immissione di energia da parte di chi la vende).

Secondo le società appellanti, questa spuria tipologia di contratti finanziari conclusi al di fuori della borsa risulterebbe illecita in quanto non inclusa fra gli 'strumenti

derivati sull'energia elettrica' la cui stipula risulta lecita ai sensi della direttiva 2004/39/CE.

Del resto il sistema in questione, nell'imporre la libera compravendita senza un obbligo sottostante di fornitura e nel consentire l'effettuazione di transazioni non qualificabili come 'transazioni nel mercato elettrico' in senso proprio, si porrebbe altresì in contrasto con l'articolo 5 della direttiva 2003/54/CE il quale è ispirato, al contrario, al diverso principio dell'interconnessione e dell'interoperabilità delle reti. La delibera impugnata in primo grado sarebbe, oltretutto illegittima:

- per avere introdotto (ancora una volta, in modo irragionevole e ingiustificato) la figura dell' 'utente di bilanciamento' (una figura, questa, del tutto artificiosa in quanto l'assenza dell'interconnessione di rete non consente alcuna effettiva attività di bilanciamento);
- per aver consentito a terzi rivenditori (che fruiranno della produzione di energia delle IEMNI) di stipulare contratti di vendita di carattere meramente finanziario affetti da radicale nullità per impossibilità dell'oggetto (art. 1418, I, cod, civ.), "*in quanto contratt[i] di vendita senza obbligo di prestazione*" (ricorso in appello, pag. 41);
- per avere in tal modo disposto l'asservimento della produzione di energia elettrica da parte delle IEMNI alle esigenze di terzi rivenditori, in tal modo violando l'articolo 41, Cost. (in tema di libertà di iniziativa economica privata) e l'articolo 43 (in tema di limiti al potere di ablazione);
- per aver definito, contro la realtà dei fatti, tutti gli impianti isolani di produzione come 'impianti essenziali'.

Sempre con riferimento all'assenza di una disposizione (comunitaria o nazionale) che conferisse all'Autorità il potere di regolare in tal modo il c.d. 'dispacciamento virtuale', le società appellanti contestano sia il passaggio della sentenza in cui si è affermato (in modo apodittico) che il richiamato sistema fosse coerente con il pertinente quadro normativo comunitario e nazionale, sia il passaggio in cui è

affermato che il medesimo sistema fosse coerente con il riconoscimento del diritto per l'utente finale di scegliere il gestore di riferimento sul libero mercato.

Semplicemente, osservano sul punto le società appellanti, la legge 125 del 2007 non impone né giustifica in alcun modo un sistema regolatorio quale quello delineato dalla delibera impugnata in primo grado.

Allo stesso modo, le appellanti lamentano l'erroneità della sentenza in epigrafe:

- per la parte in cui afferma (ma senza alcun effettivo riscontro) che l'entrata in vigore della l. 125 del 2007 avrebbe *sic et simpliciter* determinato l'abrogazione del sistema di compensazioni di cui all'articolo 7 della l. 10 del 1991 e

- per la parte in cui afferma che, in assenza di specifiche deroghe per i sistemi isolani ai sensi della direttiva 2009/72/CE (deroghe che, nel caso in esame, non risultano autorizzate dalla Commissione europea), l'Autorità avrebbe legittimamente potuto istituire un sistema regolatorio quale quello impugnato in primo grado.

Sempre con il terzo motivo le società appellanti contestano la sentenza in epigrafe per la parte in cui ha respinto il motivo di ricorso con il quale si era negata la sussistenza dei presupposti per l'esercizio nel caso di specie dell'attività di regolazione e si era altresì lamentata la violazione degli articoli 95 e 97, Cost.

Allo stesso modo, si chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha affermato che il fondamento della potestà regolatoria nel caso di specie esercitata sarebbe rinvenibile: a) nell'articolo 3 del decreto legislativo n. 79 del 1999; b) nella puntuale applicazione dei principi di trasparenza e di concorrenza; c) nel generale richiamo all'articolo 1, comma 3, lettera c) della legge n. 239 del 2004.

Né risulterebbe sufficiente, al fine di giustificare l'esercizio della più volte richiamata attività regolatoria, il mero richiamo operato dai primi Giudici al comma 5 dell'articolo 3 del decreto legislativo 79 del 1999 relativo ai contenuti dell'attività di dispacciamento in quanto tale.

Ancora una volta le appellanti osservano al riguardo che l'attività di dispacciamento comporta necessariamente che gli impianti essenziali siano fisicamente interconnessi con la rete di trasmissione.

3.4. Con il quarto motivo di appello (*'Error in iudicando con riguardo al settimo motivo di ricorso'*) le società appellanti reiterano nella sostanza gli argomenti già contenuti nel settimo motivo del ricorso di primo grado, ritenuti infondati dal T.A.R.

In particolare, viene qui riproposto l'argomento con il quale si era negata la possibilità per l'AEEG di disciplinare – così come ha in concreto fatto – l'attività di 'dispacciamento virtuale' demandata al Gestore della rete di trasmissione (oggi: TERNA s.p.a.).

Sotto tale aspetto i primi Giudici avrebbero omesso di considerare:

- che non basta a supportare il contestato esercizio di competenze in capo al gestore della rete il fatto che a quest'ultimo abbia competenza "*sull'intero territorio nazionale*". Ciò, in quanto tale delimitazione territoriale deve comunque essere riferita alle ipotesi – e alle aree geografiche – in cui sussista l'effettiva interconnessione degli impianti con la rete di trasmissione nazionale;
- che "*è la rete di trasmissione nella sua effettiva estensione che circoscrive la competenza funzionale [del GRTN]. Pertanto, solo nel territorio servito dalla rete di trasmissione deve riconoscersi la sussistenza dei compiti specifici di gestione della rete da parte del gestore*" (ricorso in appello, pag. 51);
- che, a tal fine, la delibera impugnata in primo grado ha richiamato in modo erroneo il d.P.C.M. 11 maggio 2004 (recante *'Criteri, modalità e condizioni per l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione'*). Ciò in quanto: a) il decreto in questione non demanda al GRTN compiti relativi ad aree geografiche non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale; b) il medesimo decreto rinvia, per ciò che riguarda la definizione dell'effettivo ambito

di competenza del gestore, al decreto ministeriale 17 luglio 2000 il quale non contempla in alcun modo le piccole realtà isolate non interconnesse.

Pertanto, la sentenza in epigrafe sarebbe altresì meritevole di riforma per avere ommesso di considerare che la delibera ARG/elt 89/09 avesse ecceduto i limiti soggettivi e oggettivi recati dall'atto di concessione (e, più a monte, dalla normativa nazionale di settore) alla società TERNA nel suo ruolo di gestore della rete di trasmissione nazionale di energia.

Sotto tale aspetto la sentenza in epigrafe risulterebbe altresì meritevole di riforma per la parte in cui ha tentato comunque di giustificare (ma con argomenti non perspicui) il riconoscimento dei richiamati compiti e funzioni a TERNA nell'ambito di un sistema di 'dispacciamento virtuale', pure in assenza della necessaria condizione rappresentata dall'esistenza dell'interconnessione fisica alla RTN.

3.5. Con il quinto motivo di appello (*'Error in iudicando in relazione all'ottavo, al nono e al decimo motivo di ricorso'*) le società appellanti lamentano l'erroneità della sentenza in epigrafe in relazione al mancato accoglimento:

- dell'ottavo motivo del ricorso di primo grado (con cui si era lamentato che la delibera impugnata in primo grado non fosse conforme ai criteri di redditività ed economicità di cui all'articolo 1 della l. 481 del 1995, nonché alle disposizioni in tema di remunerazione dei costi di cui all'articolo 1 della l. 10 del 1991, lamentando altresì l'incompetenza dell'AEEG a modificare in via regolamentare il sistema di integrazione tariffaria di cui alla l. 10 del 1991);

- del nono motivo di ricorso (con cui si era lamentata la violazione della l. 125 del 2007 e dell'articolo 3 della direttiva 2003/54/CE anche in relazione agli articoli 2 e 3 della l. 241 del 1990);

- del decimo motivo di ricorso (con cui si era altresì censurata la delibera in questione per violazione e falsa applicazione del regime di cui all'articolo 7 della l. 10 del 1991).

In particolare le imprese appellanti lamentano che, nell'adottare la sentenza reiettiva qui gravata, i primi Giudici avrebbero omesso di considerare:

- che l'Autorità non disponesse in radice del potere di adottare la delibera impugnata in primo grado, atteso che attraverso la sua adozione si sarebbe derogato, di fatto, alla previsione legislativa (articolo 7 della l. 10 del 1991) la quale legittima *–rectius:* impone – il sistema di remunerazione basato sulla c.d. integrazione tariffaria (un sistema di remunerazione a sua volta espressamente derogatorio e alternativo rispetto al principio del libero mercato di cui alla l. 125 del 2007);

- che, nell'adottare la delibera ARG/elt 89/09, l'Autorità avesse omesso di tenere in adeguata considerazione le peculiarità tipiche dei piccoli sistemi isolati e dei microsistemi isolati di cui all'articolo 2, paragrafi 26 e 27 della direttiva 2003/54/CE e di cui all'articolo 44 della direttiva 2009/72/CE;

- che, nell'adottare la richiamata delibera, l'Autorità avrebbe posto le basi per l'instaurazione di un sistema estremamente confuso e irragionevole nel cui ambito:
i) (per un verso) sarebbe rimasto in vigore – in quanto non espressamente abrogato – il sistema di remunerazione basato sulla c.d. integrazione tariffaria di cui alla l. 10 del 1991 (in effetti, non revocato in modo espresso dalla delibera ARG/elt 89/09), mentre *ii)* (per altro verso) si sarebbe instaurato un sistema di remunerazione del tutto alternativo a quello caratterizzato dall'integrazione tariffaria;

- che l'adozione della delibera impugnata in primo grado determinasse un pregiudizio immediato e diretto in danno delle IEMNI. Sotto tale aspetto la sentenza in epigrafe avrebbe erroneamente affermato che un pregiudizio diretto ed

immediato non sarebbe in concreto configurabile, stante la disposta sospensione della procedura di riforma del sistema di integrazione verticale già avviata con la delibera n. 348/07. Al contrario, la delibera del 2009 avrebbe determinato in danno delle società appellanti un danno immediato e diretto, derivante dalla perdita di rilevanti corrispettivi.

4. Il Collegio ritiene che, per ragioni di coerenza sistematica, occorra riconoscere priorità logica all'esame dei motivi di gravame relativi alla ritenuta, radicale carenza in capo all'AEEG del potere di adottare la delibera impugnata in primo grado (si tratta di argomenti articolati, sia pure con diverse declinazioni, nell'ambito del terzo, del quarto e del quinto motivo di appello). Allo stesso modo, occorre esaminare in via prioritaria i motivi di appello con cui (reiterando analoghi motivi già articolati in primo grado e disattesi dal T.A.R.) si è lamentato che l'Autorità fosse radicalmente carente del potere di adottare una delibera il cui oggetto o effetto sostanziale sarebbe quello di derogare (o di abrogare *tout-court*) un sistema di remunerazione – quello della c.d. integrazione tariffaria di cui alla l. 10 del 1991 -, in assenza di una fonte normativa primaria che legittimasse un siffatto intervento operato in via solo regolamentare.

In secondo luogo - e in via subordinata rispetto al mancato accoglimento del primo ordine di motivi - occorrerà esaminare i motivi di appello con cui (reiterando anche in questo caso analoghi argomenti già profusi in primo grado) si è lamentato che, in sede di adozione della delibera ARG/elt 89/09 l'Autorità abbia violato i principi e le prerogative della partecipazione procedimentale che necessariamente devono presiedere anche all'adozione degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti.

In terzo luogo - e in via subordinata rispetto al mancato accoglimento anche del secondo ordine di motivi - occorrerà esaminare i residui motivi di appello con cui

si è lamentata l'illegittimità (sotto plurimi profili di violazione di legge ed eccesso di potere) della richiamata delibera ARG/elt 89/09.

4.1. Sempre in via preliminare occorre osservare che non assume rilievo ai fini del decidere il contenuto della delibera ARG/elt 186/2011 (recante determinazione del corrispettivo, a reintegrazione dei costi di generazione, relativo all'anno 2009, per gli impianti di titolarità della società Enel Produzione s.p.a., essenziali per la sicurezza di ambiti territoriali serviti da reti elettriche con obbligo di connessione di terzi, non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale).

Vero è che, con ordinanza istruttoria n. 4388/2012, questa Sezione aveva ritenuto possibile che la deliberazione n. 186, cit. incidesse in modo diretto o indiretto sulla posizione dedotta in giudizio dalle odierne appellanti (ragione per cui si era chiesto all'Autorità di ostendere i dati preparatori della delibera in parola, al fine di comprendere il metodo di determinazione del corrispettivo per gli impianti essenziali ammessi alla reintegrazione dei costi).

Vero è anche che le stesse società appellanti (ritenendo insufficiente e non significativa la documentazione prodotta dall'Autorità) avevano agito in giudizio per ottenere in modo pieno l'accesso agli atti prodromici all'adozione della richiamata delibera n. 186 (il contenzioso in parola è culminato con la sentenza di questo Consiglio n. 1095/2013, che ha riformato la sentenza reiettiva n. 2013/2012 adottata dal T.A.R. della Lombardia, ordinando l'integrale ostensione degli atti richiesti).

Tuttavia, a seguito dell'avvenuta esibizione documentale, le stesse società appellanti (che, pure, hanno continuato a lamentare il carattere non completo dell'avvenuta ostensione) hanno dichiarato l'impossibilità di desumere dalla delibera n. 186/2011 (e dagli atti ad essa prodromici) elementi idonei a suffragare i motivi di appello per ciò che attiene le modifiche al sistema di remunerazione

apportate dalla delibera ARG/elt 89/09 (in tal senso, la memoria in data 3 giugno 2014).

A propria volta questo Giudice di appello (che, pure, aveva ventilato con l'ordinanza n. 4388/2012 la possibilità che la delibera n. 186/2011 potesse incidere sulle posizioni vantate in giudizio dalle società appellanti), all'esito dell'esame della documentazione prodotta in atti, ritiene che gli elementi desumibili dalla delibera in questione (e dagli atti ad essa prodromici) non risultino effettivamente conferenti con il presente *thema decidendum*.

In particolare, va rilevato che l'esame della delibera 186, cit. (la quale – è appena il caso di rammentarlo – non risulta impugnata dalle società appellanti) non ha palesato la sussistenza di motivi di illegittimità della delibera n. 89/09, né ha consentito l'articolazione da parte delle medesime appellanti di motivi aggiunti o ulteriori ai sensi dell'articolo 104, co. 3 del cod. proc. amm. (ipotesi, quest'ultima, che le odierne appellanti avevano ipotizzato con la memoria in data 1° febbraio 2012).

Ed infatti, dalla documentazione in atti è emerso – fra l'altro – che la metodologia di calcolo utilizzata per la determinazione del corrispettivo a reintegrazione dei costi di generazione degli impianti di Enel Produzione s.p.a. è profondamente differente rispetto a quella utilizzata per le IEMNI le quali, per la copertura dei sopracosti di generazione, beneficiano del regime speciale di integrazione tariffaria di cui all'articolo 7 della l. 10 del 1991.

5. E' quindi possibile passare all'esame dei (tre) ordini di motivi su cui si articola l'atto di appello, secondo la scansione delineata dinanzi, *sub* 4.

5.1. Il primo ordine di motivi (con cui si è contestata in radice la sussistenza del potere in capo all'AEEG di adottare un delibera del contenuto di quella impugnata in primo grado) è infondato.

Al riguardo, pur non apparendo condivisibile il passaggio della sentenza impugnata con cui si afferma che l'ordinamento giuridico ammette una sorta di 'declinazione debole' del principio di legalità in relazione all'operato delle Autorità amministrative indipendenti (atteso che il principio in questione opera nel settore che qui rileva in modo non dissimile rispetto a numerosi altri settori dell'ordinamento), devono nondimeno trovare puntuale conferma le statuizioni dei primi Giudici i quali hanno ritenuto che l'individuazione legale 'per obiettivi' delle finalità istituzionali demandate alla cura delle Autorità indipendenti giustifica comunque l'esercizio (*inter alia*) dell'attività di regolazione quante volte una o più puntuali disposizioni normative individuino con sufficiente livello di dettaglio le finalità dell'attività di regolazione e i confini dei poteri esercitabili al fine del conseguimento di tali finalità.

La giurisprudenza di questo Consiglio ha recentemente chiarito che negli ambiti caratterizzati da particolare tecnicismo, quale è quello che qui viene in rilievo, le leggi di settore attribuiscono alle singole Autorità amministrative indipendenti (nel caso di specie: l'AEEG), per assicurare il perseguimento degli obiettivi legislativamente fissati, non solo poteri amministrativi individuali ma anche poteri normativi e di regolazione in senso ampio (e la presente vicenda di causa mostra in modo piuttosto eloquente come sovente la regolazione dei fenomeni collettivi da parte delle Autorità di settore non consenta di distinguere in modo agevole fra atti normativi in senso proprio e atti di regolazione collettiva che restano confinati nell'ambito degli atti amministrativi generali).

Al riguardo è stato chiarito che il rispetto del principio di legalità, pur non imponendo la puntuale e rigida predeterminazione legale dell'*an* e del *quomodo* dell'attività di regolazione, richiede nondimeno sia la indicazione dello scopo che l'Autorità amministrativa deve perseguire nell'esercizio in concreto di tale attività,

sia la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività (in tal senso: Cons. Stato, VI, 2 maggio 2012, n. 2521).

Nel caso degli atti regolamentari, tuttavia, la legge normalmente non indica nei dettagli il relativo contenuto. La particolare declinazione del principio di legalità sostanziale in tal modo realizzata si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema.

Una predeterminazione legislativa di carattere rigido risulterebbe di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, della sola predeterminazione legale (purché caratterizzata da adeguati livelli di certezza) degli obiettivi propri dell'attività di regolazione e dei limiti dell'esercizio in concreto di tale attività (al riguardo la dottrina e la stessa giurisprudenza di questo Consiglio hanno talora richiamato la teorica dei cc.dd. *'poteri impliciti'*).

E' altresì noto che, in base a un consolidato orientamento giurisprudenziale, il parziale temperamento (nei termini appena richiamati) del *principio di legalità in senso sostanziale* - giustificato, come detto, dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori - imponga, altresì (quale sorta di contraltare sistematico), il rafforzamento delle garanzie di legalità in senso procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari (in tal senso: Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972).

Sul punto si tornerà comunque nel prosieguo.

5.2. Ebbene, impostati in tal modo i termini sistematici della questione, il Collegio ritiene che nell'adottare la delibera impugnata in primo grado, l'Autorità appellata

non abbia travalicato i confini (legislativamente fissati ‘per principi’ e ‘per obiettivi’) della propria attività di regolazione in tema di erogazione del pubblico servizio di dispacciamento dell’energia elettrica nell’ambito delle reti non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale.

Sotto tale aspetto, la sentenza in epigrafe è meritevole di puntuale conferma laddove ha affermato che il fondamento legale del potere di regolazione nel caso di specie esercitato è rinvenibile:

- nella previsione di cui al comma 3 dell’articolo 3 del decreto legislativo n. 79 del 1999 (secondo cui l’Autorità ha il compito di fissare le condizioni atte a garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni, l’imparzialità e la neutralità del servizio di trasmissione e di dispacciamento). Secondo la disposizione in questione, in particolare, nell’esercizio di tali competenze l’Autorità *“persegue l’obiettivo della più efficiente utilizzazione dell’energia elettrica prodotta o comunque immessa nel sistema elettrico nazionale, compatibilmente con i vincoli tecnici di rete”*. Come si avrà modo di chiarire nel prosieguo, il riferimento qui operato al ‘sistema elettrico nazionale’ non consente di ritenere – contrariamente a quanto affermato dalle società appellanti – che i poteri di regolazione legittimati da tale disposizione restino – per così dire – ‘confinati’ ai sistemi interconnessi alla RTN, non rinvenendosi ragioni sistematiche o testuali idonee a supportare una lettura così limitativa e settoriale;

- nella previsione di cui al comma 12, lettera c) dell’articolo 2 della l. 481 del 1995, secondo cui rientra fra i compiti dell’Autorità quello di controllare che le condizioni e le modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi, comunque stabilite, siano attuate nel rispetto dei principi della concorrenza e della trasparenza, anche al fine di soddisfare *“tutte le ragionevoli esigenze degli utenti”* e di garantire il rispetto di primari obiettivi di interesse generale, quale quello della sicurezza degli impianti e del sistema nel suo complesso (e si chiarirà nel prosieguo

che la delibera impugnata in primo grado abbia individuato e disciplinato in modo congruo gli impianti essenziali per la sicurezza del sistema elettrico nazionale);

- nella previsione di cui al comma 3, lettera c) dell'articolo 1 della l. 239 del 2004, secondo cui rientra fra gli obiettivi generali di politica energetica nazionale (demandati *in parte qua* all'attività regolatoria dell'Autorità) quello di assicurare l'economicità dell'energia offerta ai clienti finali e le condizioni di non discriminazione degli operatori nel territorio nazionale (sotto tale aspetto, si chiarirà nel prosieguo che la sentenza in epigrafe è altresì meritevole di puntuale conferma laddove ha affermato che la delibera impugnata in primo grado conduca ad esiti coerenti i principi di liberalizzazione e di tutela dei consumatori di cui all'articolo 1 della l. 125 del 2007).

5.3. Del resto, l'ampiezza dei poteri di regolazione spettanti alle Autorità nazionali di settore e la loro piena compatibilità con l'ordinamento comunitario sono stati di recente confermati dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE.

Ed infatti, con la sentenza 21 dicembre 2011 in causa C-242/10 – Enel Energia resa su un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE la Corte ha ribadito che *“nel contesto della liberalizzazione progressiva del mercato dell'energia elettrica, alle autorità di regolamentazione, individuate dagli Stati membri, sono state affidate particolari responsabilità. Infatti conformemente all'art. 23, n. 1, lett. b) e g), della direttiva 2003/54, le autorità di regolamentazione, quali l'AEEG, sono incaricate di garantire l'assenza di discriminazione, un'effettiva concorrenza e l'efficiente funzionamento del mercato, segnatamente per quanto riguarda gli strumenti che mirano a risolvere le congestioni del sistema nazionale di energia elettrica e il limite entro il quale i gestori dei sistemi di trasmissione e dispacciamento adempiono agli obblighi loro imposti in virtù degli artt. 9 e 14 della citata direttiva”* (punto 43 della motivazione).

5.4. Per le ragioni appena richiamate deve ritenersi che l'attività di regolazione realizzata attraverso l'adozione della delibera impugnata in primo grado non abbia

travalicato i limiti dei poteri delineati (sia pure ‘per obiettivi’) dalla pertinente legislazione di settore, in tal modo palesando l’infondatezza:

- dell’argomento (terzo motivo di appello) con cui si è contestata l’assenza in capo all’AEEG del potere di imporre alle IEMNI un obbligo di interconnessione – virtuale - alla rete di trasmissione, senza che fosse stata previamente formulata una richiesta in tal senso;

- dell’argomento (anch’esso articolato con il terzo motivo di appello) con cui si è contestata l’assenza in capo all’Autorità del potere di individuare le IEMNI quali ‘utenti del bilanciamento’, qualificando altresì gli stessi quali titolari di impianti essenziali per la sicurezza del sistema nell’ambito di una rete non interconnessa (e, dopo aver riaffermato la sussistenza in astratto di un siffatto potere di regolazione in capo all’Autorità, si verificherà nel prosieguo se il concreto esercizio di tale potere risulti affetto dai lamentati profili di violazione di legge ed eccesso di potere).

5.5. Allo stesso modo, non sono fondati gli argomenti con cui si è affermata la carenza, nel caso di specie, del potere di regolazione in capo all’Autorità dal momento che sarebbe la rete di trasmissione nella sua effettiva estensione a circoscrivere la competenza funzionale del GRTN, con la conseguenza che solo nel territorio servito dalla rete di trasmissione dovrebbe riconoscersi la sussistenza dei compiti specifici di gestione della rete da parte del gestore.

Al riguardo ci si limita ad osservare che, a ben vedere, l’argomento in questione (quand’anche fondato) non risulterebbe comunque idoneo a palesare la radicale incompetenza per l’AEEG a dettare una particolare disciplina dell’attività di dispacciamento nell’ambito delle reti non interconnesse con la RTN, ma – a tutto concedere – paleserebbe profili di semplice illegittimità della delibera impugnata in primo grado per incompatibilità con le disposizioni che delineano i confini dell’attività del GRTN.

Ebbene, premesso che non sussistono in capo all'AEEG i lamentati profili di difetto assoluto di attribuzione (per conformarsi alla terminologia di cui all'articolo 21-*septies* della l. 241 del 1990), si rinvia al prosieguo l'esame puntuale – e l'altrettanto puntuale confutazione - del motivo secondo cui la delibera impugnata in primo grado avrebbe travalicato in concreto - ampliandoli in modo non ammissibile e in tal modo violando la normativa di settore - i limiti delle competenze del GRTN.

Allo stesso modo, si rinvia al prosieguo l'esame puntuale – e la puntuale confutazione - del motivo secondo cui la delibera ARG/elt 89/09 avrebbe erroneamente interpretato ed applicato il d.P.C.M. 1 maggio 2004 (recante 'Criteri, modalità e condizioni per l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione') in relazione alle previsioni di cui al decreto ministeriale 17 luglio 2000 (avente ad oggetto la concessione alla società 'Gestore della rete di trasmissione nazionale s.p.a.' delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica nel territorio nazionale).

5.6. Il primo ordine di motivi di appello deve conclusivamente essere respinto.

6. Occorre a questo punto esaminare il secondo ordine dei motivi di appello con cui – come anticipato in precedenza - si è lamentato che, in sede di adozione della delibera ARG/elt 89/09 l'Autorità avrebbe violato i principi e le prerogative della partecipazione procedimentale che necessariamente devono presiedere anche all'adozione degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti.

6.1. Il motivo, nel suo complesso, è infondato.

Al riguardo la sentenza in epigrafe è meritevole di puntuale conferma laddove ha richiamato il consolidato – e qui condiviso – orientamento secondo cui l'esercizio dei poteri regolatori da parte delle Autorità amministrative indipendenti, in quanto posto al di fuori del tipico circuito di responsabilità delineato in via di principio dell'articolo 95, Cost., risulta comunque giustificato dall'esistenza di un

procedimento adeguatamente rispettoso delle regole di partecipazione, inteso quale strumento sostanzialmente sostitutivo della dialettica propria delle strutture *stricto sensu* rappresentative (vengono richiamate, al riguardo, le sentenze di questo Consiglio 1° ottobre 2002, n. 5105, 11 aprile 2006, n. 2007 e 2 marzo 2010, n. 1215).

Allo stesso modo, la sentenza in epigrafe è meritevole di conferma laddove ha osservato che, per quanto riguarda l'esercizio dell'attività di regolazione da parte delle Autorità di settore, il pur necessario rispetto delle garanzie partecipative (solitamente assicurato attraverso la previa pubblicazione di documenti di consultazione e dibattito pubblici e la valutazione finale degli elementi acquisiti all'esito di tale dibattito) non può spingersi sino al punto di onerare l'Autorità del compito di confutare in modo puntuale ciascuna delle osservazioni critiche presentate dai portatori qualificati di interessi e dai singoli operatori di settore.

In particolare, la mancata puntuale motivazione in ordine alle ragioni che hanno indotto il decisore pubblico a discostarsi dalle osservazioni critiche formulate in occasione del dibattito pubblico non può sortire effetti vizianti sull'atto finale di regolazione, in specie laddove (come nel caso in esame) le osservazioni critiche non accolte riguardino:

- per un verso la condivisibilità in radice della stessa scelta regolatoria di fondo (nel caso di specie: la scelta di istituire un sistema di dispacciamento virtuale per le piccole reti isolate non interconnesse con la RTN, che impinge il merito stesso delle scelte regolatorie);
- per altro verso, la presunta esistenza di vizi di legittimità (in effetti insussistenti) inficianti la scelta regolatoria in parola nelle sue declinazioni concrete.

6.1.1. Quanto al primo dei richiamati aspetti, ci si limita qui ad osservare che, con il documento di consultazione n. 26/08 (rubricato *'Dispacciamento reti non interconnesse – Erogazione del pubblico servizio di dispacciamento dell'energia elettrica nell'ambito di reti non*

interconnesse con il sistema elettrico nazionale), l'Autorità appellata aveva reso noti con adeguato livello di dettaglio i termini di fondo dell'attività regolatoria che essa si accingeva a porre in essere e che, pertanto, gli operatori del settore erano stati posti in condizione di poter svolgere in modo adeguato le proprie critiche al modello in via di definizione.

D'altra parte, le critiche *in parte qua* rivolte avverso tale modello non sono riuscite (anche per le ragioni che fra breve si esporranno) a palesare profili di effettiva illegittimità del modello prescelto, incentrandosi – piuttosto – su aspetti di pura e semplice non condivisione del modello individuato (*i.e.*: sul *proprium* della scelta tecnico-discrezionale opinabile demandata all'Autorità di settore, nel caso di specie tradottasi nell'individuazione del più volte richiamato modello di 'dispacciamento virtuale').

Ora, non può ritenersi che la latitudine delle richiamate garanzie partecipative possa essere estesa sino al punto di onerare l'Autorità dell'obbligo di motivare – per così dire - '*sia in positivo che in negativo*' ciascuna delle numerosissime scelte tecnico-discrezionali sottese all'emanazione di ciascun atto di regolazione (pur se evidentemente ricompresa nel legittimo ambito di esercizio delle proprie scelte valutative e nell'altrettanto legittimo spettro delle possibili scelte alternative).

Ebbene, laddove si aderisse a una siffatta impostazione e laddove si affermasse la sussistenza di una violazione delle garanzie partecipative per il solo fatto che l'Autorità di settore non abbia motivato in modo puntuale (pure all'interno dello spettro delle opzioni regolatorie comunque legittime) la scelta per una delle opzioni sul campo in vece di una delle numerose altre possibili pure suggerite dagli operatori di settore, si esporrebbe il sistema della regolazione a possibili paralisi operative, sostituendo – oltretutto – un condivisibile modello partecipativo con un inammissibile modello di immanente co-decisione con i destinatari finali dell'attività di regolazione.

E' vero che, in sede di adozione della delibera impugnata in primo grado, l'AEEG ha dedicato solo poche battute alle osservazioni critiche formulate dalle odierne appellanti (in particolare, l'Autorità si è limitata ad osservare che “*lo schema di provvedimento (...) ha ottenuto un generale apprezzamento da parte degli operatori che hanno partecipato alla consultazione ad eccezione di alcuni rappresentanti di imprese elettriche minori che hanno contestato una potenziale riduzione dei diritti loro riconosciuti ai sensi della legge 10/91 e in particolare una presunta inopportuna applicazione del «principio di non discriminazione tra imprese concorrenti nello stesso mercato»*”).

D'altra parte si osserva che non sussistono nel caso di specie i lamentati vizi di illegittimità *sub specie* di mancato rispetto delle garanzie procedurali e partecipative spettanti alle imprese appellanti, atteso che:

- la pur sintetica motivazione dinanzi richiamata esprime in modo scarno ma efficace il *proprium* di alcune fra le principali contestazioni rivolte a seguito della pubblicazione del documento di consultazione n. 26/08;
- le critiche rivolte dalle società deducenti avverso il modello regolatorio *in fieri* si rivolgevano, ancora una volta, avverso il *proprium* delle stesse scelte tecnico-discrezionali sottese alla proposta regolatoria, auspicando la perpetuazione del pregresso, alternativo modello, che risultava maggiormente gradito alle stesse appellanti.

6.1.2. Quanto al secondo dei richiamati aspetti (ci si riferisce alle critiche rivolte in sede di consultazione pubblica avverso il modello proposto, con le quali si erano ipotizzati veri e propri profili di possibile illegittimità connessi all'eventuale adozione della proposta regolatoria), ci si limita ad osservare che – per le ragioni che fra breve si esporranno – tali profili di illegittimità erano in effetti insussistenti. Anche in questo caso, quindi, anche a voler enfatizzare in massimo grado il principio di legalità in senso procedimentale che deve caratterizzare l'esercizio dell'attività regolatoria da parte delle Autorità di settore, non può ritenersi che il

mancato riscontro a fronte di censure di illegittimità sollevate in sede di consultazione pubblica (ma in concreto insussistenti) possa sortire effetto viziante nei confronti dell'atto di regolazione infine adottato.

Laddove si aderisse a una siffatta lettura circa gli oneri di partecipazione procedimentale ricadenti in capo alle Autorità di settore, si finirebbe per delineare in questo particolare settore dell'ordinamento un modello palesemente distonico rispetto alle correnti acquisizioni di sistema in tema di conservazione degli atti e di strumentalità delle forme (secondo un modello che tende ormai a dequotare le violazioni di carattere meramente procedimentale, a tutto favore di una lettura in chiave marcatamente sostanzialistica del regime di invalidità degli atti amministrativi – anche – di carattere generale).

6.2. Ancora, non può trovare accoglimento il motivo di appello con cui (reiterando analogo motivo già articolato in primo grado e disatteso dai primi Giudici) si è lamentato il profilo di illegittimità – invero, impingente allo stesso tempo profili di ordine sostanziale e procedimentale – derivante dalla sostanziale sovrapposizione fra le iniziative regolatorie avviate – rispettivamente –: i) con la delibera n. 208/06 (si tratta di un'iniziativa che non si è poi risolta nell'adozione di provvedimenti regolatori) e ii) con il documento di consultazione n. 26/08.

Come si è anticipato in precedenza, le appellanti lamentano il mancato coordinamento fra le due iniziative in questione: un mancato coordinamento che risulterebbe tanto più grave in quanto comportava la coesistenza di due modelli di fatto antitetici (quello fondato sul regime di 'perequazione speciale' il primo e quello fondato sul modello del dispacciamento virtuale il secondo).

Il motivo in questione non può essere condiviso.

In particolare, non emergono in atti i lamentati profili di piena sovrapposizione sistematica (e quindi, di sostanziale antiteticità) fra le due richiamate iniziative regolatorie.

Al riguardo si osserva che, pur sussistendo la possibilità di alcune parziali intersezioni sistematiche fra le due iniziative, quella avviata con la delibera n. 208/06 (e non tradottasi nell'adozione di atti conclusivi) mirava a una revisione complessiva della regolazione delle imprese elettriche minori e del sistema di remunerazione di cui all'articolo 7 della l. 10 del 1991, mentre quella avviata con il documento di consultazione 26/08 (e conclusasi con l'adozione della delibera impugnata in primo grado) mirava al diverso obiettivo della disciplina del pubblico servizio di dispacciamento nell'ambito delle reti non interconnesse alla RTN, lasciando – peraltro – espressamente invariato il sistema di remunerazione di cui alla l. 10, cit..

Gli unici passaggi della delibera impugnata che trattavano in modo diretto della questione della remunerazione erano quelli con cui si ammetteva la possibilità di copertura dei costi riconosciuti di generazione per le unità di produzione che svolgono un ruolo essenziale per la sicurezza e la continuità del servizio elettrico nelle reti non interconnesse e che non sono nella titolarità di imprese elettriche minori (si tratta, evidentemente, di un aspetto che non riguarda sotto l'aspetto soggettivo le imprese odiernamente appellanti)

Al contrario, per quanto riguarda le IEMNI, la delibera impugnata in primo grado non solo non incideva in modo diretto e immediato sul sistema di remunerazione di cui all'articolo 7 della l. 10 del 1991, ma - per di più - faceva espressamente salvo (e con formulazioni prive dei profili di ambiguità lamentati dalle imprese appellanti) tale particolare sistema.

Sotto tale aspetto il Collegio osserva che:

- altra cosa è una disciplina di settore che, attraverso l'introduzione del modello di 'dispacciamento virtuale' consente la piena libertà di scelta del gestore per i clienti di micro-sistemi in precedenza chiusi alla concorrenza (determinando possibili cadute di redditività per l'ipotesi – allo stato non dimostrata – di massicce

transizioni verso altri operatori in grado di offrire condizioni tariffarie di maggior favore), mentre;

- ben altra cosa è una disciplina di settore – allo stato non adottata – con comportamenti il pieno superamento del sistema di remunerazione basato sulla c.d. ‘integrazione tariffaria’ ai sensi dell’articolo 7 della l. 10 del 1991.

Pertanto, il motivo di appello con cui si è lamentato il mancato coordinamento e la sostanziale sovrapposizione fra le due richiamate iniziative regolatorie non può trovare accoglimento.

6.3. Per le medesime ragioni non può essere condiviso l’argomento (articolato con il quinto motivo di appello) con cui si è lamentato che la delibera impugnata in primo grado avrebbe comportato una deroga sostanziale – se non un vero e proprio fenomeno di abrogazione implicita – del modello di remunerazione di cui al più volte richiamato articolo 7.

6.3.1. Si tratta, invero, di un motivo di ricorso che non riguarda la questione della partecipazione procedimentale (che viene esaminata nella presente Sezione), bensì la legittimità *au fond* della delibera impugnata in primo grado in relazione alla cruciale questione dei modelli di remunerazione dell’attività svolta dalle IEMNI.

Si ritiene, tuttavia, che evidenti ragioni di stretta connessione per ragione di materia con quanto appena osservato *sub* 6.2. inducano ad anticipare alla presente sede la trattazione di questa parte dei motivi di merito.

6.3.2. Al riguardo, ci si limita ad osservare che l’argomento in questione (pure, svolto con particolare enfasi dalle società appellanti) non rinviene in atti alcun riscontro testuale o sistematico e – al contrario – risulta espressamente disatteso da una specifica e non equivoca prescrizione contenuta nella delibera impugnata.

6.4. Per ragioni del tutto analoghe, non può trovare accoglimento l’argomento (anch’esso sviluppato con il quinto motivo di appello) con cui si è lamentato che la delibera ARG/elt 89/09 avrebbe instaurato un regime confuso e irragionevole

comportante la coesistenza del regime di integrazione verticale instaurato nel 1991 e del diverso regime di remunerazione determinato dall'adozione della delibera del 2009.

6.4.1. Anche in questo caso si tratta di una questione che, pur non impingendo i profili della partecipazione procedimentale, può essere esaminata nella presente sede, sussistendo adeguate ragioni sistematiche in tal senso.

6.4.2. Al riguardo ci si limita ad osservare che, per le ragioni dinanzi esposte, non può affermarsi che la delibera impugnata in primo grado avesse inciso in modo diretto e immediato sui pregressi sistemi di remunerazione delle IEMNI. Al contrario, le possibili ricadute negative sulla redditività di tali imprese (peraltro, prive di puntuali ed esaurienti risconti in atti) potrebbero verificarsi solo laddove le scelte degli utenti si orientassero in modo massivo verso altri fornitori. Ma anche in questo caso, l'eventuale (e non dimostrato) pregiudizio patto dalle società appellanti non paleserebbe per ciò stesso profili di ingiustizia, costituendo null'altro, se non la conseguenza di ordinarie dinamiche concorrenziali (quali quelle sottese alla formulazione del comma 2 dell'articolo 1 del decreto-legge 18 giugno 2007, n. 73 convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2007, n. 125).

6.5. Evidenti ragioni di contiguità sistematica impongono, altresì, di anticipare l'esame dei motivi di ricorso con cui si è lamentato che la delibera impugnata in primo grado avrebbe comportato una inammissibile deroga (o, addirittura uno spurio fenomeno di abrogazione implicita) rispetto alle previsioni di materia di remunerazione dell'attività delle IEMNI di cui alla l. 10 del 1991.

6.5.1. Al riguardo il Collegio osserva che non appare condivisibile l'argomento (articolato con il terzo motivo di appello) con cui si contesta che l'entrata in vigore della l. 125 del 2007 avrebbe comportato *sic et simpliciter* l'abrogazione (implicita) del sistema di remunerazione di cui all'articolo 7 della l. 10 del 1991.

Si osserva al riguardo che la delibera impugnata in primo grado non ha in alcun modo affermato che l'entrata in vigore della l. 125, cit. avrebbe comportato l'abrogazione del richiamato sistema di remunerazione (il quale – al contrario – è stato tenuto espressamente fermo dalla delibera in questione).

Invero, la richiamata delibera si è limitata ad affermare (e in modo del tutto corretto): *i)* che la legge n. 125 cit., nel dare attuazione a disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia, ha individuato tutti i clienti finali, senza distinzione in merito alla localizzazione della rete elettrica di connessione, come clienti titolari del diritto di scegliere un proprio fornitore di energia elettrica e quindi accedere al mercato libero; *ii)* che la medesima legge n. 125 del 2007, nel disciplinare l'erogazione dei servizi di maggior tutela e di salvaguardia, non ha operato alcuna distinzione dei diritti dei clienti finali in merito alla localizzazione della rete di connessione.

In modo parimenti condivisibile, la richiamata delibera ha stabilito che, anche al fine di dare piena attuazione a quanto disposto dalla legge n. 125 del 2007, sia opportuno disciplinare le modalità di erogazione del pubblico servizio di dispacciamento delle aree del territorio nazionale servite da reti non interconnesse, *“anche per dare applicazione ai servizi di vendita dell'energia elettrica senza discriminare tra clienti finali allacciati a reti con obbligo di connessione di terzi situate in aree interconnesse con la rete di trasmissione nazionale e clienti finali in aree non interconnesse a quest'ultima”*.

6.5.2. Anche sotto tale aspetto, quindi, il ricorso in epigrafe non può trovare accoglimento.

6.6. Il secondo ordine di motivi di appello deve conclusivamente essere respinto.

7. Si può a questo punto passare all'esame dei motivi di appello inerenti i profili di legittimità delle scelte regolatorie 'di merito' tradottesi nell'adozione della delibera ARG/elt 89/09.

Come si è anticipato in premessa, la principale censura mossa dalle società appellanti alla delibera impugnata in primo grado riguarda la presunta erroneità ed irragionevolezza della scelta regolatoria tradottasi nell'istituzione di un sistema di 'dispacciamento virtuale' in assenza di interconnessione fisica con la RTN, laddove il *proprium* dell'attività di dispacciamento presupporrebbe in via necessaria una siffatta interconnessione, risolvendosi – altrimenti – in un meccanismo del tutto artificioso o *'immaginario'*.

Il motivo in questione deve essere esaminato congiuntamente con l'ulteriore motivo (già articolato in primo grado e qui puntualmente riproposto) con cui si è lamentato che la delibera impugnata in primo grado avrebbe travalicato i limiti oggettivi e soggettivi della concessione rilasciata a Terna s.p.a. quale gestore della RTN ai sensi del d.m. 17 luglio 2000, atteso che l'atto di concessione non consente l'esercizio di attività di dispacciamento al fuori della RTN stessa (e in particolare, per quanto qui rileva, nell'ambito dei micro-sistemi isolani non interconnessi con la RTN).

7.1. I motivi in questione non possono trovare accoglimento.

In particolare si osserva che la scelta regolatoria tradottasi nella configurazione di un sistema di 'dispacciamento virtuale' in assenza di interconnessione fisica può, se del caso, essere sottoposta a una critica – per così dire – di tipo 'valoriale' in quanto opzione tecnico discrezionale comunque opinabile, ma non risulta affetta da evidenti profili di illegittimità, non sussistendo alcuna preclusione di ordine comunitario o nazionale in tal senso e – correlativamente – non sussistendo alcun vincolo normativo che imponga la necessaria coincidenza – per così dire – 'in senso fisico' fra l'ambito dell'interconnessione di rete e l'ambito spaziale di esercizio dell'attività di dispacciamento.

7.1.1. Al riguardo, nei suoi scritti difensivi l'Autorità appellata ha correttamente rilevato:

- che l'enucleazione del contestato sistema di dispacciamento virtuale e, più in generale, la complessiva scelta regolatoria tradottasi nell'adozione della delibera impugnata in primo grado, sia stata dettata dall'esigenza di corrispondere alle prescrizioni di cui alla l. 125 del 2007, la quale ha sancito – compatibilmente con i dettami dell'ordinamento comunitario - il diritto di tutti i clienti finali (ivi compresi, quindi, quelli residenti nelle piccole realtà isolate che qui rilevano) di beneficiare – in assenza di discriminazioni di sorta rispetto agli utenti residenti in aree interconnesse con la RTN - degli effetti della piena apertura e liberalizzazione del mercato elettrico, con la connessa libertà di scegliere il proprio operatore/fornitore di riferimento (in tal senso, la previsione di cui al primo periodo del comma 2 dell'articolo 1 della l. 125, cit., secondo cui “*a decorrere dal 1° luglio 2007 i clienti finali domestici hanno diritto di recedere dal preesistente contratto di fornitura di energia elettrica come clienti vincolati, secondo modalità stabilite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e di scegliere un fornitore diverso dal proprio distributore*”). Tale previsione risulta, del resto, del tutto conforme alla previsione di cui alla direttiva 2003/54/CE – sesto e settimo ‘considerando’ – secondo cui l'accesso alla rete senza discriminazioni, in modo trasparente e a prezzi ragionevoli è necessaria per il buon funzionamento della concorrenza anche in questo particolare settore di mercato. Del resto è pacifico in atti che, prima dell'adozione del sistema regolatorio in contestazione, il richiamato diritto di libertà in favore dei clienti finali residenti nelle piccole isole non potesse in alcun modo essere esercitato;

- che la delibera in questione, pur nella sua particolarità e oggettiva complessità (derivante dall'assoluta peculiarità delle realtà di riferimento), risponde in modo non irragionevole all'esigenza di consentire a società terze che intendano stipulare contratti di fornitura di energia elettrica con clienti residenti nelle piccole isole in questione di conoscere la quantità di energia da immettere nel sistema

interconnesso in conseguenza del prelievo di energia – di identico ammontare – operato dal cliente finale residente sulla piccola isola;

- che la scelta di ricorrere, a tal fine, a sistemi di carattere convenzionale (basati sulla stipula di contratti di carattere finanziario conclusi al di fuori del circuito borsistico e in assenza di un obbligo sottostante di fornitura), lungi dal palesare profili di illegittimità o di illogicità, si rivela piuttosto uno strumento di fatto necessitato al fine di conseguire comunque i richiamati obiettivi di apertura al mercato e di tutela dell'utente finale di cui alla l. 125, cit. (altrimenti, non realizzabili), pur tenendo conto delle assolute peculiarità e dei vincoli di contesto che caratterizzano le piccole realtà isolate in parola;

- che, allo stesso modo, l'istituzione di un sistema 'virtuale' in base al quale l'utente finale acquista in modo altrettanto virtuale energia da un operatore del mercato libero (mentre, sotto l'aspetto 'fisico' continua a prelevare energia dal produttore della micro-rete cui è in concreto connesso) risulta, di fatto, l'unico possibile laddove si intenda riconoscere alla clientela isolana la possibilità di scegliere il proprio operatore sul mercato libero della fornitura. Sotto tale aspetto ci si limita ad osservare che, in pratica, l'alternativa al – pur complesso - sistema in contestazione sarebbe semplicemente quello di non ammettere tale porzione di clientela (e in contrasto con le previsioni di cui alla più volte richiamata l. 125 del 2007 e ai principi comunitari sottesi alle sue prescrizioni) alla scelta del proprio operatore di riferimento;

- che, impostati in tal modo i termini della questione, non appare né illegittima né irragionevole la scelta regolatoria volta ad istituire un particolare sistema di dispacciamento (ancora una volta, di carattere 'virtuale') pure in assenza di interconnessione con la RTN;

- che, come condivisibilmente statuito dai primi Giudici, la particolarità del sistema regolatorio contestato dalle IEMNI consiste in ciò, che nel caso delle reti non

interconnesse alla RTN, stante l'impossibilità 'strutturale' della rete medesima di operare il dispacciamento dell'energia oggetto dei contratti di vendita stipulati altrove, si assoggettano le imprese '*sole providers*' nei mercati isolani agli obblighi di servizio pubblico di cui alla lettera b) del comma 2 dell'articolo 1 della l. 239 del 2004. Sotto tale aspetto, non emergono preclusioni ad ammettere l'applicabilità della disposizione da ultimo richiamata nei confronti delle imprese appellanti, le quali gestiscono – conformemente a tale disposizione - particolari infrastrutture di approvvigionamento di energia connesse alle attività di trasporto e dispacciamento – inteso in senso 'virtuale' - dell'energia a rete (né una siffatta preclusione può derivare dal fatto che le imprese appellanti risultano altresì destinatarie degli obblighi di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c) della medesima legge n. 239 per ciò che riguarda l'esercizio dell'attività di distribuzione);

- che l'enucleazione del richiamato sistema di dispacciamento virtuale e l'imposizione di obblighi di connessione anche a soggetti non richiedenti risulta giustificata da considerazioni inerenti la sicurezza del sistema nel suo complesso e la garanzia della corretta erogazione del servizio. E le opzioni poste a fondamento di tale scelta regolatoria risultano tanto più giustificate laddove si consideri il rilievo essenziale che gli impianti nella disponibilità di ciascuna delle imprese appellanti presentano nell'ambito delle singole realtà geografiche di riferimento. Sotto tale aspetto, la delibera impugnata in primo grado risulta esente dai lamentati profili di violazione di legge e di eccesso di potere (in relazione alle numerose figure sintomatiche invocate) per la parte in cui ha assunto quale presupposto fondante dell'attività di regolazione il riconoscimento degli impianti di produzione delle imprese appellanti quali impianti essenziali per la sicurezza del sistema elettrico (con conseguente iscrizione degli stessi, a far data dal 1° gennaio 2010, nell'elenco UESS).

In particolare, tale riconoscimento appare del tutto coerente con il dato di fatto (riconosciuto dalle stesse società appellanti e pacifico in atti) secondo cui gli impianti riferibili a ciascuna delle società appellanti rappresentano, nei rispettivi ambiti geografici di riferimento, le uniche risorse in grado di garantire la continuità del sistema elettrico sulle reti isolate.

Allo stesso modo, del tutto coerentemente la delibera impugnata in primo grado ha stabilito che gli impianti in questione dovessero essere soggetti a particolari vincoli di offerta e di programmazione al fine di garantire la sicurezza del sistema elettrico nelle particolari realtà di riferimento.

7.2. Ebbene, una volta operate le premesse generali di cui al precedente punto 7.1.1., emerge l'infondatezza dell'atto di appello nel suo complesso.

7.2.1. In primo luogo, risultano infondati:

- il motivo di ricorso (sviluppato con il primo motivo di appello) con cui si è lamentata la presunta erroneità ed irragionevolezza della scelta regolatoria consistente nell'enucleazione di un artificiale sistema di interconnessione solo 'virtuale' in relazione ad ambiti geografici non interconnessi e caratterizzati dalla presenza di un 'sole provider'. Al riguardo (rinviando a quanto già in precedenza osservato e a quanto si dirà *infra, sub* 8.1 in relazione alla compatibilità del modello in questione con l'ordinamento comunitario) si osserva che le Autorità italiane si sono avvalse in modo del tutto legittimo della possibilità, contemplata dall'Ordinamento dell'Unione europea, di svincolare e (e di non far coincidere) l'ambito geografico dell'esercizio dell'attività di dispacciamento e quello dell'interconnessione di rete;

- il motivo di ricorso con cui si è lamentato che la delibera impugnata avrebbe illegittimamente istituito un altrettanto artificioso sistema di regolazione meramente finanziaria dei rapporti fra gli operatori del mercato elettrico (con obbligo di fornitura nei confronti di altri operatori) e avrebbe altrettanto

illegittimamente assoggettato le IEMNI ai particolari obblighi di servizio pubblico di cui alla l. 239 del 2004, articolo 1, comma 2, lettera b). In particolare, non può essere condiviso il motivo con cui si è osservato che i ‘contratti di vendita di carattere meramente finanziario’ stipulati con i clienti finali risulterebbero effetti da radicale nullità per impossibilità dell’oggetto ai sensi del primo comma dell’articolo 1418, cod. civ. Sotto tale aspetto ci si limita ad osservare che la tesi risulta infondata, evidente essendo che i contratti stipulati con gli utenti finali hanno ad oggetto – e in modo del tutto ordinario – la fornitura di determinati quantitativi ‘fisici’ di energia elettrica dietro versamento di un corrispettivo, non rilevando nei rapporti con gli utenti finali le modalità di approvvigionamento dell’energia elettrica nei rapporti – per così dire – ‘a monte’ fra il soggetto produttore e l’operatore distributore e venditore finale. Allo stesso modo, non appare in alcun modo dimostrato che i richiamati contratti ‘a monte’ siano ascrivibili al novero degli strumenti finanziari derivati e che rientrino nel campo di applicazione della direttiva 2004/39/CE;

- il motivo di ricorso con cui si è lamentato che illegittimamente la delibera ARG/elt 89/09 avrebbe attribuito agli impianti di produzione delle imprese appellanti la qualifica di ‘impianti essenziali per la sicurezza’ del sistema nel suo complesso. Sotto tale aspetto ci si limita ad osservare che, per le ragioni già esposte (nonché per quelle che fra breve si esporranno) la ridetta qualificazione appare del tutto giustificata laddove si riguardi all’assoluta peculiarità degli impianti di produzione in relazione alla realtà di riferimento e secondo un angolo visuale volto a riguardare il sistema elettrico nazionale (nelle sue tre fasi della produzione, trasmissione e distribuzione) in una chiave di lettura non ‘monadologica’, ma in base un’ottica, appunto, ‘di sistema’;

- il motivo di ricorso con cui si è lamentata l’illegittimità della coattiva separazione fra l’attività di vendita (che comunque residua in capo alle società appellanti) e il

concomitante obbligo di fornitura in favore di altri operatori imposto attraverso il riconoscimento della qualifica di ‘utenti del bilanciamento’. Sotto tale aspetto ci si limita ad osservare che la delibera in questione, lungi dall’imporre forme di coattiva separazione, postula al contrario un sistema nell’ambito del quale entrambe le attività in questione sono svolte in modo concomitante dai titolari degli impianti di produzione esistenti in ciascuna realtà isolana;

- il motivo di ricorso con il quale (reiterando ancora una volta un argomento già profuso in primo grado e già respinto dai primi Giudici) si è affermato che la delibera impugnata in primo grado avrebbe disposto una forma di asservimento della produzione di energia elettrica da parte delle IEMNI alle esigenze di terzi rivenditori, in tal modo violando l’articolo 41, Cost. (in tema di libertà di iniziativa economica privata) e l’articolo 43 (in tema di limiti al potere di ablazione).

Quanto al primo aspetto (libertà di iniziativa economica privata), ci si limita ad osservare che l’adozione da parte delle Autorità pubbliche di misure proconcorrenziali non può in alcun modo essere ritenuta lesiva di tale diritto di libertà, a meno di voler ritenere che il mantenimento di una situazione di chiusura del mercato costituisca di per sé un bene giuridico meritevole di tutela.

Quanto al secondo aspetto (limiti al potere di ablazione) ci si limita ad osservare che – come condivisibilmente affermato dai primi Giudici – l’introduzione di taluni meccanismi tipici dell’economia di mercato in regime di concorrenza non presenti alcun profilo di carattere ablatorio nei confronti delle imprese interessate. A tacer d’altro, è stato correttamente osservato che, anche a seguito dell’entrata in vigore della delibera impugnata in primo grado e anche nel caso di parziale passaggio della clientela di ad altri operatori, le IEMNI continueranno comunque ad operare nei mercati di riferimento e ad incamerare sia il corrispettivo dell’energia prodotta (a tal fine godendo dell’integrazione tariffaria, espressamente

fatta salva), sia il corrispettivo per l'attività di fornitura da parte del distributore esterno.

8. Devono a questo punto essere esaminati motivi con cui è stata riproposta la questione della compatibilità con l'ordinamento comunitario del modello regolatorio di cui alla delibera impugnata in primo grado.

8.1. Al riguardo il Collegio osserva in primo luogo che non può trovare accoglimento la richiesta (formulata dalle società appellanti in via subordinata rispetto all'accoglimento dei motivi di appello sin qui esaminati) di rivolgere alla Corte di giustizia dell'Unione europea un quesito interpretativo ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'UE circa la compatibilità del sistema di dispacciamento virtuale istituito dalla delibera ARG/elt 89/09 e l'articoli 11 della direttiva 2003/54/CE (in tema, appunto, di 'dispacciamento e bilanciamento').

Sotto tale aspetto si osserva che, nonostante il terzo comma dell'articolo 267 del TFUE oneri in via generale gli Organi giurisdizionali nazionali avverso le cui decisioni non sono ammessi rimedi in via ordinaria a sollevare il c.d. rinvio per interpretazione quante volte tali Organi ritengano la risoluzione della questione necessaria per poter rendere la propria pronunzia, nondimeno si ritiene che nel caso in esame sussistano le condizioni per poter prescindere dal sollevare una siffatta questione, vertendosi in una delle ipotesi di esenzione da tale obbligo ammesse dalla giurisprudenza della stessa Corte di giustizia.

In particolare, nel caso in esame, la dedotta questione interpretativa risulta palesemente inconferente alla luce del contenuto precettivo della disposizione comunitaria richiamata dalle società appellanti (articolo 11 della direttiva 2003/54/CE), sì da non lasciare residuare alcun ragionevole dubbio in ordine alla soluzione da dare alla questione sollevata (CGCE, sentenza 16 giugno 2011 in

causa C-126/80, *Cilfit* e, più di recente, sentenza 18 luglio 2013 in causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*).

Si osserva al riguardo:

- che la richiamata disposizione comunitaria (conformemente alla previsione generale di cui all'articolo 288 del TFUE) indica il contenuto minimo necessario delle disposizioni nazionali di recepimento relative alla definizione dei compiti del gestore del sistema di trasmissione inerenti l'esercizio dell'attività di dispacciamento degli impianti di generazione "situati nella sua zona". Tuttavia, la richiamata disposizione comunitaria non preclude in alcun modo alle Autorità nazionali di individuare ulteriori compiti del gestore e una latitudine delle attività di dispacciamento ulteriori rispetto a quelle riferibili all'ambito dell'interconnessione di rete;

- che la previsione comunitaria la quale demanda al gestore del sistema di trasmissione l'attività di dispacciamento "*degli impianti di generazione situati nella sua zona*" non sembra in alcun modo imporre una coincidenza – per così dire – 'in senso fisico' fra l'ambito dell'interconnessione e l'ambito spaziale di esercizio dell'attività di dispacciamento. Al contrario, è evidente l'individuazione della latitudine di tale 'zona' resti demandata dalle stesse Autorità nazionali, le quali ben possono – in assenza di vincoli o preclusioni comunitarie di sorta – individuarla in un ambito geografico ulteriore e diverso rispetto a quello caratterizzato dall'interconnessione di rete;

- che le Autorità italiane si sono effettivamente avvalse della possibilità di svincolare e (e di non far coincidere) l'ambito geografico dell'esercizio dell'attività di dispacciamento e quello dell'interconnessione di rete. Una conferma dirimente di quanto appena osservato si trae dalla previsione del comma 1 dell'articolo 1 del d.m. 17 luglio 2000 il quale ha attuato le previsioni di cui all'articolo 1 comma 1 e di cui all'articolo 3, comma 5 del decreto legislativo n. 79 del 1999 e ha

evidentemente ammesso (contrariamente a quanto ritenuto dalle società appellanti) la possibilità di svincolare i due ambiti in parola. Non altrimenti può essere interpretata la previsione di cui all'articolo 1, comma 1, cit., secondo cui "è attribuita alla società 'Gestore della rete di trasmissione nazionale s.p.a.', a norma dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, la concessione delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica nel territorio nazionale, ivi compresa la gestione unificata della rete di trasmissione nazionale" (laddove l'utilizzo della locuzione "*ivi compresa*" sta chiaramente ad indicare che fra i due richiamati ambiti sussiste un evidente rapporto di *genus ad speciem*).

8.1.1. La richiesta in questione non può, quindi, trovare accoglimento.

8.2. Non può poi trovare accoglimento l'argomento (articolato con il quinto motivo di appello) con cui si è lamentato che, nell'adottare la delibera impugnata in primo grado, l'Autorità avrebbe omesso di tenere in adeguata considerazione le peculiarità tipiche dei piccoli sistemi isolati e dei microsistemi isolati di cui all'articolo 2, paragrafi 26 e 27 dell'articolo 2 della direttiva 2003/54/CE e di cui all'articolo 44 della direttiva 2009/72/CE.

Al riguardo si osserva che i richiamati paragrafi 26 e 27 si limitano a fornire la definizione – rispettivamente – dei 'piccoli sistemi isolati' e dei 'microsistemi isolati', senza implicare – in modo esplicito o implicito - alcuna preclusione all'istituzione di un sistema del tipo di quello delineato dalla delibera ARG/elt 89/09.

Per quanto riguarda, poi, il richiamo operato dalle appellanti all'articolo 44 della direttiva 2009/72/CE (relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE), va premesso che la disposizione in questione non potrebbe comunque costituire parametro di legittimità della delibera impugnata in primo grado, essendo stata adottata in un momento successivo a

quello dell'emanazione della delibera in questione (rispettivamente: 13 luglio e 7 luglio 2009).

Ai limitati fini che qui rilevano si osserva, comunque, che il richiamato articolo 44 non fissa un obbligo per gli Stati membri ad introdurre nei propri ordinamenti deroghe specifiche atte a fronteggiare le peculiarità dei cc.dd. 'microsistemi isolati', limitandosi – piuttosto – a riconoscere agli Stati membri una mera facoltà in tal senso.

9. Per le ragioni sin qui esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti, anche in considerazione della complessità e parziale novità delle questioni sottese alla presente decisione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/10/2014

IL SEGRETARIO

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