

**Il Consiglio di Stato chiarisce che l'imposizione di limiti alla libertà di iniziativa economica non può travalicare i rigidi confini del principio di proporzionalità
(Consiglio di Stato, Sez. II, sentenza 29 aprile 2024, n. 3915)**

Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), torna a chiarire i presupposti delle eventuali limitazioni alla libertà di iniziativa economica.

Nello specifico, le previsioni dettate da ARERA, introducendo requisiti più stringenti per le società che chiedono di concludere il contratto per il servizio di dispacciamento con Terna-Rete Elettrica Nazionale Spa in ipotesi di precedenti inadempimenti contrattuali nei confronti della stessa Terna, introducono specifici limiti alla libertà di iniziativa economica, la cui portata – come rimarcato dal Collegio di Palazzo Spada – non è assoluta o immune da restrizioni poiché l'art. 41 Cost. consente di stabilire limiti all'iniziativa economica imprenditoriale a tutela della 'utilità sociale'.

Tuttavia, le disposizioni scrutinate non trovano adeguata giustificazione alla luce della stessa finalità perseguita, attesa la loro eccessiva rigidità e assolutezza.

Se, infatti, la funzione regolatoria affidata ad ARERA deve svolgersi in armonia con i principi che reggono l'attività amministrativa e, in particolare, con quello di proporzionalità, la soluzione prospettata dalla PA deve essere effettivamente idonea a realizzare gli obiettivi legittimi di interesse pubblico o di tutela di diritti fondamentali; deve effettuarsi, cioè, una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi onde verificare se la misura sia 'non eccessiva' rispetto all'obiettivo da perseguire.

I Giudici amministrativi ritengono sproporzionato il provvedimento impugnato poiché eccedente quanto necessario ed opportuno per conseguire, a tutela degli interessi pubblici, lo scopo prefissato; esso, infatti, è ben compatibile con misure precauzionali meno severe che presuppongano un prudente apprezzamento delle circostanze.

**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8086 del 2023, proposto dalla società Onda Più S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avvocati prof. Claudio Guccione e Maria Ferrante ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, via Sardegna n. 50;

contro

ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti

Terna – Rete Elettrica Nazionale S.p.A., in persona del suo procuratore speciale avv. Mario Percuoco, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avvocati Giorgio Fraccastoro e Daniela Carria e con gli stessi domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via del Corso n. 509; Associazione Reseller e Trader di Energia (A.R.T.E.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti proff. Claudio Guccione e Maria Ferrante ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, via Sardegna n. 50; Koslight Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti proff. Claudio Guccione e Maria Ferrante ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, via Sardegna n. 50;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione prima, del 6 ottobre 2023, n. 2217, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Terna – Rete Elettrica Nazionale S.p.A., della ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, dell'Associazione Reseller e Trader di Energia (A.R.T.E.) e della Koslight Service S.r.l.;

Viste le memorie.

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 marzo 2024 il cons. Francesco Guarracino e uditi per le parti gli avvocati Claudio Guccione e Giorgio Fraccastoro e l'avv. dello Stato Massimo Giannuzzi; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia la società Onda Più S.r.l. (di seguito "Onda Più"), in qualità di società operatrice nel settore della vendita all'ingrosso dell'energia sul mercato in nome proprio e per conto del cliente finale, ha impugnato la deliberazione n. 398/2021/R/EEL del 28 settembre 2021 dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (d'ora avanti "ARERA" o "Autorità") recante "Approvazione delle proposte di modifica del capitolo 4 e degli allegati A.22, A.31, A.26, A.40 e A.69 al Codice di trasmissione, dispacciamento, sviluppo e sicurezza della Rete di Terna".

2. – In particolare, la predetta deliberazione è stata censurata nella parte in cui, nel modificare il Capitolo 4, punto 4.3.1.2. del Codice di trasmissione dispacciamento, sviluppo e sicurezza della rete (c.d. Codice di rete, predisposto dal gestore della rete di trasmissione nazionale ai sensi del D.P.C.M. 11 maggio 2004) e l'art. 14 dell'Allegato A.26 ("Contratto tipo di dispacciamento") dello stesso Codice, ha imposto che per la stipula del contratto per il servizio di dispacciamento con Terna S.p.a. le società siano in possesso dei seguenti requisiti:

«i. non siano state titolari di un contratto di dispacciamento risolto per inadempimento»;

- ii. non siano inadempienti rispetto ad obbligazioni di pagamento nei confronti di Terna non assistite dalle garanzie prestate, anche a seguito della relativa escussione;
- iii. non abbiano amministratori in comune con società inadempienti rispetto ad obbligazioni di pagamento nei confronti di Terna o con società che siano state titolari di un contratto di dispacciamento con Terna risolto per inadempimento;
- iv. non si trovino in stato di fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo (anche in continuità aziendale) e non si trovino in uno stato di crisi d'impresa o di insolvenza prodromici alla dichiarazione di una delle predette condizioni».

La deliberazione è stata, altresì, gravata nella parte in cui ha stabilito che:

«I requisiti di cui alle precedenti lettere i, ii e iii devono essere posseduti anche dalle:

- società controllate, direttamente o indirettamente, dalla società che richiede la sottoscrizione del contratto di dispacciamento;
- società controllanti, direttamente o indirettamente anche in forma congiunta, la società che richiede la sottoscrizione del contratto di dispacciamento e/o collegate a quest'ultima;
- società sottoposte al medesimo controllo, e/o alla medesima direzione e coordinamento, della società che richiede la sottoscrizione del contratto»,

nonché in quella in cui ha previsto pure che «nel caso di mancato rispetto dei requisiti sopra elencati nei punti da i. a iv., il contratto di dispacciamento viene risolto da Terna» e che «le modifiche al contratto di dispacciamento si applicano anche ai contratti già stipulati, per effetto della clausola contrattuale che prevede il recepimento automatico delle modifiche stesse (...)».

3. – Il Tribunale adito, con sentenza pubblicata in data 6 ottobre 2023, n. 2217, ha in parte respinto e in parte dichiarato improcedibile il ricorso.

4. – Con la richiamata pronuncia il T.A.R., segnatamente, ha:

- rigettato l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse in capo alla ricorrente, sia con riferimento all'impugnazione del requisito imposto al n. iii) del punto 4.3.1.2 del Codice di rete (i.e. non avere amministratori in comune con società inadempienti o titolari di un contratto di dispacciamento risolto per inadempimento), sia con riferimento all'impugnazione delle altre suddette cause di risoluzione del contratto di dispacciamento (cfr. § 2 della sentenza);
- dichiarato improcedibile il ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse relativamente all'impugnazione del requisito di onorabilità di cui al n. iv) del punto 4.3.1.2 del Codice di rete (i.e. non trovarsi in stato di fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo o stato di crisi d'impresa o di insolvenza prodromici alla dichiarazione di una delle predette condizioni), in quanto già annullato con precedente sentenza dello stesso T.A.R. (cfr. § 3);
- rigettato il motivo di ricorso sul requisito di onorabilità di cui al n. i) del punto 4.3.1.2 del Codice di rete (i.e. non essere state titolari di precedente contratto di dispacciamento risolto per inadempimento) (§ 4);
- rigettato il motivo di ricorso sul requisito di cui al n. iii) del punto 4.3.1.2 del Codice di rete (i.e. non avere «amministratori in comune con società inadempienti rispetto ad obbligazioni di pagamento nei confronti di Terna o con società che siano state titolari di un contratto di dispacciamento con Terna risolto per inadempimento») (§ 5);
- rigettato il motivo di ricorso con il quale era stata dedotta la violazione delle norme civilistiche in materia di gruppo societario con riferimento alla parte della delibera gravata, e di conseguenza del

punto 4.3.1.2 del Codice di rete, che estende i requisiti di cui ai punti i), ii) e iii) alle società facenti parte del medesimo gruppo societario di quella che aspira al contratto di dispacciamento (§ 6).

5. – Avverso la decisione di primo grado la ricorrente ha interposto appello.

6. – Si sono costituite in giudizio per chiedere il rigetto dell'appello ARERA e Terna - Rete Elettrica Nazionale S.p.A. (d'ora innanzi "Terna").

7. – Si sono costituite in giudizio per chiedere l'accoglimento dell'appello la "A.R.T.E. - Associazione Reseller e Trader di Energia" (d'ora in poi "ARTE") e la Koslight Service S.r.l., anch'essa operatrice nel settore della vendita all'ingrosso dell'energia sul mercato in nome proprio e per conto del cliente finale, già intervenute *ad adiuvandum* nel giudizio di primo grado.

8. – Nella camera di consiglio del 24 ottobre 2023 l'appellante ha dichiarato di rinunciare alla domanda di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata, presentata in via incidentale con il ricorso d'appello.

9. – In vista della discussione sono state prodotte memorie e repliche.

10. – Alla pubblica udienza del 19 marzo 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – Preliminarmente in rito, è inammissibile la riproposizione dell'eccezione di primo grado concernente il difetto dell'interesse a ricorrere in capo all'odierna appellante, contenuta nella memoria depositata da Terna il 21 ottobre 2023 e da questa ribadita nella memoria di replica sotto forma di semplice "impulso" all'esercizio del potere di rilevare d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, il difetto delle condizioni dell'azione, nonché prospettata anche da ARERA nella sua memoria di costituzione in appello e riaffermata nelle sue repliche.

Difatti l'eccezione, come detto al § 4 dell'esposizione in fatto della presente decisione, è stata espressamente esaminata e respinta dal T.A.R. e, per questa ragione, non può essere riproposta ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., che si riferisce unicamente alle domande e alle eccezioni «dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado».

Non giova in senso contrario l'invocazione del potere officioso del giudicante, perché le questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del giudizio cessano di essere tali se decise nel precedente grado del giudizio, nel qual caso possono essere riproposte soltanto mediante tempestiva e rituale impugnazione del relativo capo decisorio, nel rispetto del principio della specificità dei motivi di appello (art. 40 c.p.a.) e del connesso regime delle preclusioni.

2. – Ancora in rito, con la memoria depositata il 1° marzo 2024 sono state riproposte da Terna le eccezioni d'inammissibilità dell'intervento in giudizio della Koslight Service e della ARTE che, già sollevate innanzi al T.A.R., non sono state esaminate dal giudice di prime cure.

Trattandosi di eccezioni relative alla ricorrenza dei presupposti e delle condizioni per partecipare al giudizio esse sono rilevabili di ufficio anche in appello, qualora il giudice di primo grado non abbia statuito a loro riguardo, e quindi liberamente prospettabili senza incorrere, a seconda del caso, nella decadenza per tardività prevista dall'art. 101, co. 2, c.p.a., ovvero nella preclusione dei *nova* sancita dall'art. 104, co. 1, c.p.a.

Non assume rilievo ostativo al loro esame, dunque, la circostanza che nel caso in esame non sono state riproposte entro il termine per la costituzione nel giudizio di appello.

Entrambe, però, sono infondate per le ragioni appresso esposte, non senza aver prima osservato che malgrado gli atti di costituzione in appello della Koslight Service e della ARTE siano intestati "atto

di intervento *ad adiuvandum*” e indirizzati a “intervenire” nel presente grado del giudizio, l’una e l’altra avevano già proposto intervento in primo grado assumendo la qualità di parte e come tali sono state considerate nella sentenza impugnata ed espressamente intimare in appello.

2.1 – Nel processo amministrativo l’intervento volontario della parte eventuale del processo trova disciplina nell’art. 28, co. 2, c.p.a., in base al quale *«Chiunque non sia parte del giudizio e non sia decaduto dall’esercizio delle relative azioni, ma vi abbia interesse, può intervenire accettando lo stato e il grado in cui il giudizio si trova»*.

Contrariamente a quanto assunto da Terna, sia Koslight Service che ARTE soddisfano i requisiti per l’intervento in giudizio - l’uno negativo, l’altro positivo – richiesti dalla suddetta disposizione.

2.2 – Le intervenienti, anzitutto, non rientrano tra quei soggetti che, legittimati a gravare gli atti impugnati in giudizio, sono decaduti dall’esercizio della relativa azione, cui la legge preclude l’intervento perché non sia eluso il rispetto dei termini decadenziali.

In particolare, Koslight Service non ha patito dalla deliberazione impugnata un pregiudizio concreto, diretto e attuale che potesse abilitarla a proporre un ricorso in via principale, né tanto meno ha subito l’applicazione di una delle clausole di risoluzione con essa introdotte, essendo incontestato che non avesse ancora stipulato con Terna un contratto di dispacciamento.

A sua volta ARTE non avrebbe potuto impugnare autonomamente la deliberazione, a causa del suo difetto di legittimazione attiva.

La legittimazione a ricorrere di associazioni rappresentative di interessi collettivi presuppone, infatti, anzitutto che *«la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell’associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati (Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2011, n.6050)»* (C.d.S., Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9).

Presuppone, cioè, che si verta della lesione di un interesse proprio dell’ente esponenziale o meglio, come è stato chiarito in seguito dall’Adunanza plenaria, di *«interessi diffusi nella comunità o nella categoria, i quali vivono sprovvisti di protezione sino a quando un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo, non li incarna»*, dato che *«l’interesse diffuso ... è un interesse sostanziale che eccede la sfera dei singoli per assumere una connotazione condivisa e non esclusiva, quale interesse di “tutti” in relazione ad un bene dal cui godimento individuale nessuno può essere escluso, ed il cui godimento non esclude quello di tutti gli altri»* (C.d.S., Ad. plen, 20 febbraio 2020, n. 6).

Deve trattarsi, in altri termini, di situazioni in cui *«l’interesse sostanziale del singolo, inteso quale componente individuale del più ampio interesse diffuso, non assurge ad una situazione sostanziale “personale” suscettibile di tutela giurisdizionale (non è cioè protetto da un diritto o un interesse legittimo) posto che l’ordinamento non può offrire protezione giuridica ad un interesse sostanziale individuale che non è in tutto o in parte esclusivo o suscettibile di appropriazione individuale»*; per tale ragione *«[è] solo proiettato nella dimensione collettiva che l’interesse diviene suscettibile di tutela, quale sintesi e non sommatoria dell’interesse di tutti gli appartenenti alla collettività o alla categoria, e che dunque si dota della protezione propria dell’interesse legittimo»*» (Ad. plen. n. 6/2020 cit.).

Non corrisponde a tale schema il caso in esame, dove l’esercizio del potere amministrativo di ARERA si è tradotto nella conformazione di negozi giuridici tra imprese e ha radicato la presenza di interessi oppositivi individuali di soggetti imprenditoriali rispetto ai quali non si ravvisa concorrenza di un interesse collettivo omogeneo (cfr. ancora Ad. plen. n. 6/2020: *«l’omogeneità*

dell'interesse diffuso nella comunità o categoria rappresentata è ... requisito consunzionale dell'interesse collettivo tutelato»), altrimenti adespota, della cui tutela dovesse farsi carico l'associazione ARTE.

2.3 – Sia Koslight Service che ARTE, inoltre, erano in possesso del requisito positivo dell'interesse richiesto dall'art. 28, co. 2, c.p.a. per intervenire in giudizio *ad adiuvandum*.

Questo si differenzia da quello tutelabile in via principale e diretta che, viceversa, darebbe luogo a un intervento litisconsortile autonomo, *in parte actoris*, tradizionalmente escluso dalla giurisprudenza a eccezione che per l'intervento in appello proposto da chi intende opporsi di terzo ex art. 109, co. 2, c.p.a., il quale è appunto di tipo litisconsortile autonomo (cfr. C.d.S., sez. IV, 13 dicembre 2021, n. 8297; sez. V, 5 dicembre 2012, n. 5591; sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640).

Nello specifico, è innegabile che la Koslight Service, in qualità di società operante nel settore e quindi titolare di una situazione differenziata, avesse interesse all'accoglimento del ricorso di Onda Più, perché ne avrebbe ricavato di fatto la possibilità di concludere con il monopolista legale un contratto di dispacciamento meno rigoroso nei requisiti. Pertanto nutriva un interesse indiretto e collegato a quello della ricorrente, tale che, seppur insufficiente a consentirle di proporre un ricorso autonomo, era sufficiente a legittimarla a interloquire nel giudizio mediante lo strumento dell'intervento adesivo dipendente.

Quanto ad ARTE, persino quando vi sia compresenza di interessi collettivi in capo all'ente associativo e di interessi individuali concorrenti, autonomamente azionabili, è possibile che l'ente associativo non faccia valere in giudizio un interesse proprio, di natura collettiva, bensì si affianchi alle posizioni individuali di più soggetti nella difesa di un interesse che resta individuale pur se plurisoggettivo, esercitando la legittimazione al mero intervento (cfr. Ad. plen. n. 6/2020).

Perciò l'intervento a sostegno della domanda giudiziaria promossa da Onda Più si giustificava con la vicinanza di ARTE, statutariamente costituita con l'obiettivo di sviluppare il mercato e la concorrenza del settore energetico e di svolgere in genere tutte le attività riconosciute utili per il raggiungimento dello scopo associativo, all'interesse sostanziale che la ricorrente (sua associata) sosteneva leso per effetto dell'azione amministrativa (cfr. C.d.S., sez. IV, 29 aprile 2020, n. 2733), come espressamente dedotto nel suo atto di intervento nel giudizio di primo grado.

3. – Nel merito, l'appello è affidato a cinque motivi.

4. – I primi due motivi d'appello sono rivolti a criticare, da diverse angolazioni, la reiezione in primo grado del secondo motivo di ricorso da parte del T.A.R.

Con quel motivo la ricorrente Onda Più aveva censurato l'introduzione del requisito di cui al n. iii) del punto 4.3.2.1. del Codice di rete, che consente di stipulare e conservare il contratto per il servizio di dispacciamento soltanto a quelle società che «*non abbiano amministratori in comune con società inadempienti rispetto ad obbligazioni di pagamento nei confronti di Terna o con società che siano state titolari di un contratto di dispacciamento con Terna risolto per inadempimento*», perché detto requisito sarebbe in contrasto con il principio costituzionale di libera iniziativa economica e con il principio di irresponsabilità degli amministratori per le obbligazioni delle società da loro amministrate e sarebbe irragionevole in quanto il rischio di insolvenza è già considerato dall'Allegato A61 dello stesso Codice di rete che richiede livelli minimi di *rating* per gli istituti bancari e assicurativi che rilasciano le fidejussioni.

Il T.A.R. lo ha respinto ritenendo che la previsione faccia riferimento alla comunanza di più amministratori, la quale costituirebbe «*elemento idoneo a far ritenere esistente un unico centro di interesse*

che collega le due società e che di conseguenza giustifica l'estensione del divieto di stipulazione del contratto di dispacciamento alla nuova società non formalmente inadempiente».

Non si tratterebbe, ad avviso del giudice di prime cure, di un'estensione della responsabilità della società agli amministratori, ma della tipizzazione di un'ipotesi di unicità di direzione che rappresenterebbe l'indice di un abuso della forma societaria.

In parte qua la deliberazione impugnata estenderebbe il potere di autotutela creditoria a uno specifico caso di abuso «*qual è la costituzione di una pluralità di società aventi almeno due amministratori in comune, come si desume dal riferimento agli "amministratori" al plurale, in cui una società risulta inadempiente agli obblighi di pagamento nei confronti di Terna, od il cui contratto di dispacciamento è stato risolto, e l'altra viene utilizzata dagli stessi amministratori per rientrare nel mercato sfruttando l'obbligo di contrarre del monopolista legale. La condivisione di almeno due amministratori è indice di unicità di direzione che fa ragionevolmente ritenere esistente un legame tra la società inadempiente ed un'altra che intende entrare nel mercato finalizzato ad eludere l'obbligo di adempiere ai contratti, rimanendo comunque gli amministratori nel mercato sotto altra forma societaria» (così la sentenza appellata al § 5.2).*

E ciò avendo in passato lo stesso T.A.R. già esteso - in un precedente richiamato in apertura dell'esame del motivo di ricorso per sostenere che ci si troverebbe ora innanzi a un'altra fattispecie di abuso - la facoltà di rifiutare la stipulazione di un contratto di dispacciamento, oltre che nei confronti della società inadempiente, anche nei confronti della società controllata, nel caso in cui le due società siano riconducibili a un unico centro decisionale (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 2 settembre 2019, n. 1936).

5. - Queste essendo le ragioni che hanno indotto il T.A.R. alla reiezione del secondo motivo d'impugnazione della deliberazione per cui è causa, con il primo motivo del ricorso in appello la società Onda Più si duole, in estrema sintesi, che il T.A.R. non abbia esaminato la specificità del suo caso concreto rispetto a quello oggetto del precedente citato nella sentenza appellata (cfr. pag. 10 s. dell'appello, punto 4) e contesta, invocando i principi affermati dalla giurisprudenza, anche europea (C.G.C.E. 19 maggio 2009, C-538/07), in materia di cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici, la possibilità di trarre con un mero automatismo, insuscettibile di prova contraria, l'esistenza di un unico centro decisionale dal semplice fatto della comunanza (anche non contestuale) di amministratori tra due diverse società.

Con il secondo motivo d'appello sostiene l'erroneità della lettura offerta dal primo giudice della disposizione contestata secondo cui la condizione ostativa presupporrebbe la comunanza di almeno due amministratori, anziché anche di uno solo, e denuncia l'irragionevolezza e sproporzione della previsione medesima in quanto: (i) operante senza limitazioni d'orizzonte temporale; (ii) incidente direttamente e in maniera indiscriminata su scelte imprenditoriali espressione della libertà costituzionale di iniziativa economica, vietando di fatto di nominare amministratori coloro che ricoprono o abbiano già ricoperto tale carica presso società cui sia stato risolto un contratto con Terna o siano inadempienti nei confronti di essa; (iii) in contrasto con le disposizioni in materia di responsabilità degli amministratori di società di capitali, i quali, in assenza di un meccanismo di prova contraria della loro colpa o dolo per l'inadempimento della società, finirebbero per subire una sanzione o preclusione a titolo di responsabilità oggettiva, nonché con le disposizioni in materia di responsabilità delle società in generale, che non ammetterebbero che una società possa essere chiamata a rispondere per l'inadempimento di una diversa società costituita dagli stessi soci o

amministratori; (iv) sproporzionata rispetto all'esigenza di garantire il rispetto dei requisiti di solvibilità richiesti agli utenti del dispacciamento e di salvaguardare gli utenti domestici dal rischio d'insolvenza dei venditori all'ingrosso dell'energia elettrica (cc.dd. *traders*), che è già soddisfatta dal possesso dell'indice di onorabilità previsto e regolato dall'Allegato A.61 (Regolamento del sistema di garanzie) del Codice di rete.

6. – Contrariamente a quanto eccepito da Terna, segnatamente con riferimento al primo motivo di appello, non si tratta di doglianze nuove o comunque frutto di una radicale modifica del tema già fissato con il ricorso di primo grado o della richiesta di un sindacato su clausole contrattuali spettante, viceversa, alla giurisdizione ordinaria.

Non è esatto, infatti, che l'appellante abbia introdotto una serie di deduzioni volte a sindacare nello specifico il caso concreto che l'ha riguardata modificando radicalmente la domanda che, da indirizzata originariamente all'annullamento della deliberazione dell'ARERA, sarebbe stata mutata per ottenere, invece, l'accertamento dell'inapplicabilità nei propri confronti della clausola risolutiva per carenza dei relativi presupposti.

Invero, sebbene l'appellante si diffonda nell'illustrare le ragioni per cui, nel suo caso, non ricorrerebbe alcuno degli indici dell'esistenza di una direzione unitaria con finalità elusive dell'obbligo di adempiere i contratti di rete, ciò non è inteso a sindacare il preavviso di risoluzione del contratto di dispacciamento ricevuto da Terna nel 2021, né la legittimità del regolamento negoziale come modificato in forza della clausola di recepimento automatico delle modifiche apportate al contratto tipo di dispacciamento, bensì a criticare la decisione del T.A.R. per avere richiamato un proprio precedente (la sentenza n. 1396/2019 cit.) che, secondo l'appellante, riguarderebbe una fattispecie totalmente differente da quella che la riguarda.

La domanda giudiziale, pertanto, era e resta rivolta a ottenere soltanto l'annullamento della deliberazione n. 398/2021/R/EEL del 28 settembre 2021.

7. – Nel merito, i due motivi di appello, che per la loro stretta connessione possono essere esaminati assieme, sono fondati, nei termini appresso precisati.

8. – Per quanto suggestivo, il richiamo a principi giurisprudenziali enucleati dalla materia dell'affidamento di contratti pubblici non appare pertinente.

Difatti nella presente controversia non si tratta d'interpretare e applicare a un caso concreto una norma di legge che stabilisce uno specifico divieto a carico di soggetti le cui scelte imprenditoriali siano riconducibili a «*un unico centro decisionale*» - come appunto le norme evocate dall'appellante: l'art. 95, co. 1, lett. d), del D.lgs. 36/2023 e in passato l'art. 80, co. 5, lett. m) del d.lgs. 50/2016 e, prima ancora, l'art. 38, co. 1, lett. m-*quater* del d.lgs. 163/2006) -, anche vagliandone la compatibilità con le direttive europee che disciplinano la materia o con i principi costituzionali.

Si tratta, invece, di sindacare, a monte, il corretto esercizio del potere regolatorio dal quale promana la regola avversata, al netto di ogni questione, che rimane estranea al presente giudizio, sul rispetto della stessa nella situazione particolare dell'odierna appellante.

9. – L'introduzione di requisiti di professionalità o di onorabilità per gli amministratori delle società titolari di contratto di dispacciamento con Terna, come in altri settori sensibili, di per sé non limita illegittimamente la libertà d'iniziativa economica, che non è assoluta o immune da restrizioni (l'art. 41 Cost. consente di stabilire limiti all'iniziativa economica imprenditoriale a tutela della "utilità sociale"), e, sempre di per sé, non si pone in contrasto con le disposizioni che disciplinano la

responsabilità degli amministratori di società di capitali o con quelle in materia di responsabilità delle società in generale (con riserva di quanto si dirà sul rispetto del canone di adeguatezza e proporzionalità).

La deliberazione in contestazione, in particolare, non introduce nuove ipotesi d'incompatibilità, ineleggibilità o decadenza degli amministratori di società (come invece fu il caso, ad esempio, del divieto stabilito per gli enti creditizi dall'art. 4 del D.P.R. 27 giugno 1985, n. 350, attraverso una presunzione d'inidoneità professionale), né deroga al regime ordinario di imputabilità degli effetti civili dell'inadempimento, come pure osservato nelle difese di Terna.

Pone, viceversa, requisiti di affidabilità per la sottoscrizione del contratto di dispacciamento che, per quanto riguarda lo specifico punto costituito dal non presentare «*amministratori in comune con società inadempienti rispetto ad obbligazioni di pagamento nei confronti di Terna o con società che siano state titolari di un contratto di dispacciamento con Terna risolto per inadempimento*», si traducono, per gli aspiranti esponenti aziendali, in un requisito curricolare il cui difetto, tuttavia, non impedisce loro di essere validamente nominati alla carica di amministratore o di conservare tale carica.

Perciò non si è in presenza di una causa d'incapacità speciale assoluta, a differenza dei casi di cui all'art. 2382 c.c., quali che siano i riflessi negativi sulla possibilità, per la società che si avvalga del loro operato, di accedere al mercato della vendita all'ingrosso dell'energia.

10. – E' fallace anche l'argomento per cui il rispetto dei requisiti di solvibilità dell'impresa sarebbe garantito già dall'indice di onorabilità previsto dall'Allegato A.61 (Regolamento del sistema di garanzie) del Codice di rete.

Difatti l'Allegato A.61 è estraneo al tema dell'affidabilità morale e professionale degli esponenti della società contraente, giacché esso disciplina l'organizzazione e la gestione del sistema di garanzie a copertura delle obbligazioni assunte dagli utenti di dispacciamento nei confronti di Terna (tramite fideiussione a prima richiesta, attestazione di *rating* creditizio da parte di primari organismi internazionali o deposito cauzionale infruttifero), dove l'indice di onorabilità costituisce semplicemente un indice numerico rappresentativo del rispetto delle tempistiche di pagamento da parte dell'utente del dispacciamento.

11. – D'altronde la finalità della disposizione contestata è esplicitamente antielusiva, poiché la deliberazione impugnata chiarisce che le modifiche da essa introdotte servono a «*evitare che, a seguito della risoluzione di un contratto di dispacciamento, gli stessi soci/amministratori della società cui è stato risolto il contratto e che hanno lasciato crediti insoluti possano costituire una nuova società e richiedere la sottoscrizione di un nuovo contratto di dispacciamento*» (cfr. secondo punto del secondo *considerato*).

12. – Tuttavia l'effetto che tale disposizione produce equivale a una presunzione assoluta di frode alle regole che precludono la stipula del contratto di dispacciamento con le società che presentino una delle condizioni ostative tra quelle stabilite ai numeri i), ii) e iv) del punto 4.3.2.1. del Codice di rete e, per la sua rigidità e assolutezza, non trova adeguata giustificazione alla luce della stessa finalità perseguita.

13. – La funzione regolatoria affidata ad ARERA, comunque la si intenda inquadrare, deve svolgersi in armonia con i principi che reggono l'attività amministrativa, a cui essa sicuramente appartiene, tra i quali figura quello di proporzionalità, tradizionale parametro d'esercizio del sindacato sull'eccesso di potere (cfr. ad es. C.d.S., sez. V, 18 febbraio 1992, n. 132; sez. V, 13 febbraio 1998, n. 158; sez. VI, 1° aprile 2000, n. 1885) e ora canone generale condiviso con l'ordinamento comunitario

(cfr. art. 5.4 Tratt. U.E., Protocollo n. 2 annesso al Trattato e art. 52.1 della Carta di Nizza, in relazione al richiamo contenuto in chiusa dell'art. 1, co. 1, della l. n. 241/90).

14. – L'osservanza di quel principio richiede che l'azione amministrativa «sia conforme non solo al criterio di idoneità (secondo cui il mezzo impiegato deve essere suscettibile di conseguire il fine perseguito), ma anche al criterio di necessità (per il quale l'obiettivo deve essere raggiunto attraverso il minimo sacrificio degli interessi configgenti) e di adeguatezza (che comporta che il potere amministrativo venga esercitato nella giusta misura)» (C.d.S., sez. IV, 1° ottobre 2004, n. 6410).

15. – Secondo la classica impostazione di derivazione tedesca, perciò, va verificata (C.d.S., sez. IV, 2 febbraio 2024, n. 1110):

«- l'idoneità della decisione a raggiungere lo scopo, intesa come rapporto fra mezzo utilizzato e fine da raggiungere. Secondo questo primo indice di valutazione, la soluzione prospettata dalla pubblica amministrazione dev'essere effettivamente idonea a realizzare gli obiettivi legittimi di interesse pubblico o la tutela di diritti fondamentali, per come dichiarato dalla stessa amministrazione;

- la sua necessità, intesa come inesistenza di alternative più miti per il raggiungimento dello stesso risultato. In base a tale criterio, la scelta amministrativa deve necessariamente ricadere su quella che determini il sacrificio minore per i soggetti che ricevono un pregiudizio dalla decisione: in questo secondo passaggio si ha, dunque, un *quid pluris* rispetto al primo, consistente nella valutazione delle alternative plausibili per il raggiungimento degli stessi interessi pubblici con misure meno gravose;

- l'adeguatezza o proporzionalità in senso stretto, intesa come tollerabilità della decisione da parte del suo destinatario. In virtù di quest'ultimo indice valutativo, l'amministrazione deve effettuare una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, onde verificare se la misura sia «non eccessiva» rispetto all'obiettivo da perseguire».

In altri termini, «il principio è rispettato se la scelta concreta dell'amministrazione è in potenza capace di conseguire l'obiettivo (idoneità del mezzo) e rappresenta il minor sacrificio possibile per gli interessi privati attinti (stretta necessità), tale, comunque, da poter essere sostenuto dal destinatario (adeguatezza)» (cfr. C.d.S., sez. V, 2 gennaio 2024, n. 17, ove ulteriori riff.).

16. – Orbene, manifesta è la sproporzione del provvedimento impugnato in primo grado, che eccede quanto necessario e opportuno per conseguire lo scopo prefissato.

La misura contestata, infatti, sacrifica al risultato anche gli interessi di coloro i quali siano totalmente estranei a passati episodi di inadempimento nei confronti di Terna e non tiene conto del grado di risalenza dei fatti, senza che ve ne sia una stretta necessità.

Essa non rappresenta il minor sacrificio possibile per gli interessi privati attinti, poiché lo scopo antielusivo di «evitare che, a seguito della risoluzione di un contratto di dispacciamento, gli stessi soci/amministratori della società cui è stato risolto il contratto e che hanno lasciato crediti insoluti possano costituire una nuova società e richiedere la sottoscrizione di un nuovo contratto di dispacciamento» non è incompatibile con l'assunzione di misure precauzionali meno severe che presuppongano un prudente apprezzamento delle circostanze e, in particolare, non escludano la possibilità per gli interessati di provare l'estraneità dell'amministratore ai fatti, la loro irrilevanza attuale, l'inesistenza dell'unico centro decisionale, vale a dire quelle condizioni che valgano a fugare proprio il pericolo di un abuso del ricorso allo schermo societario.

17. – Possono utilmente richiamarsi, a questo riguardo, anche gli approdi della giurisprudenza amministrativa che nel corso della prima decade del nuovo millennio - conformando la successiva

regolazione settoriale - ha censurato automatismi analoghi per le imprese del settore bancario, finanziario e assicurativo affermando la necessità di effettuare una valutazione in concreto (ad esempio, giudicando illegittima la previsione del D.M. 24 aprile 1997, n. 186, che prevedeva come causa di inidoneità o decadenza rispetto all'assunzione di cariche in imprese di assicurazioni l'aver ricoperto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società che erano state sottoposte a procedure di amministrazione straordinaria, fallimento ovvero liquidazione coatta amministrativa, ravvisandone il vizio «*nella sua automaticità, nel non aver quindi previsto la possibilità, per i soggetti coinvolti, di provare che, pur facendo parte di un organo collegiale, si erano fattivamente discostati dalle determinazioni dallo stesso adottate con effetti devastanti per lo stato di salute dell'impresa, esibendo stralci di verbali o qualsiasi altra prova idonea a dimostrare la propria posizione, senza del tempo trascorso da quei fatti*»: cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 23 giugno 2010, n. 20429, con richiamo ai precedenti relativi a società operanti in altri settori e ad analoghi orientamenti della Corte costituzionale).

18. – Le considerazioni fin qui svolte sono di ausilio anche nell'esame del terzo e del quarto motivo di appello.

19. – Con il terzo motivo di appello la società Onda Più si duole che il T.A.R. abbia ritenuto infondato il quarto motivo del ricorso di primo grado, avente per oggetto l'oggettiva sproporzione del requisito di cui al n. i) del punto 4.3.1.2 del Codice di rete, che pone quale condizione per la stipula dei contratti di dispacciamento il non essere titolari di un precedente contratto di dispacciamento con Terna risolto per inadempimento.

Secondo l'appellante con siffatta previsione si finirebbe per attribuire all'inadempimento e alla conseguente risoluzione contrattuale, intervenuta nell'ambito di un determinato contratto di dispacciamento di energia, efficacia preclusiva per tutti i contratti futuri, impedendone la stipula, con conseguente, definitiva e perpetua estromissione dell'impresa dal mercato, automaticamente, a prescindere dal tempo trascorso da tale evento e nonostante abbia mutato la propria organizzazione, il personale, il proprio metodo operativo etc., cioè senza possibilità del ricorso a strumenti di c.d. *self cleaning* quali quelli previsti, per ipotesi più gravi del mero inadempimento contrattuale, nel settore dei contratti pubblici (considerando 102 e art. 57.6 dir. 14/2014/UE; art. 96, co. 6, d.lgs. 36/2023) e senza prevedere un limite alla portata temporale degli effetti della causa ostativa, come invece stabilito in materia di contratti pubblici (art. 96, co. 10, d.lgs. 36/2023).

20 – Il motivo è fondato.

Anche in questo caso, infatti, la misura contestata eccede quanto strettamente necessario al conseguimento dell'obiettivo, in quanto le esigenze di autotutela creditoria possono cessare, ad esempio, quando misure di riorganizzazione aziendale o mutamenti significativi del governo societario o degli assetti proprietari vengano a ripristinare le necessarie condizioni di affidabilità del contraente (elidendo la rilevante probabilità di non ricevere il corrispettivo che, per la giurisprudenza di cassazione richiamata nella sentenza appellata, giustifica il rifiuto di stipulare del monopolista legale), tenuto conto della gravità del precedente inadempimento e del lasso di tempo trascorso dalla risoluzione del contratto; addossarne l'onere della prova all'impresa, la quale in questo modo potrebbe sfuggire a un bando perenne dal mercato, raggiungerebbe l'obiettivo con sacrificio oggettivamente minore per quest'ultima.

21. – La violazione del principio di proporzionalità figura tra le ragioni pure del quarto motivo di appello, con il quale la società Onda Più critica la sentenza appellata nella parte in cui ha rigettato la

censura relativa alla previsione della delibera impugnata che estende i requisiti di cui ai punti i), ii) e iii) alle società del medesimo gruppo di quella che richiede la sottoscrizione del contratto di dispacciamento, cioè alle società controllate o controllanti e a quelle sottoposte al medesimo controllo o direzione e coordinamento della società in questione.

L'appellante reitera la doglianza basata sull'asserito contrasto di quella previsione con le norme in tema di autonomia gestionale di ciascuna società e di esclusiva responsabilità di ognuna per gli atti da essa compiuti e si duole che il primo giudice non abbia preso posizione sulla censura di sproporzione di quella clausola rispetto all'obiettivo legittimo di assicurare la solvibilità e l'affidabilità degli utenti del dispacciamento, poiché si sarebbe limitato al richiamo a un suo precedente (TAR Lombardia n. 1936/2019 cit.) non conferente con la censura.

22. – Il giudice di primo grado ha respinto il corrispondente motivo (il quarto) del ricorso di primo grado con la motivazione che segue:

«Il quarto motivo di ricorso, con il quale è contestata la violazione delle norme civilistiche in materia di gruppo societario, è infondato.

Fermo restando quanto già scritto in merito alla possibilità che la potestà regolatoria dell'ARERA integri i contratti di dispacciamento in funzione correttiva dell'autonomia contrattuale e dei suoi limiti civilistici, al fine di garantire la funzionalità del servizio pubblico essenziale soggetto al suo controllo, occorre rilevare che la facoltà di rifiutare la stipulazione di un contratto di dispacciamento è stata estesa dalla giurisprudenza (T.A.R. Lombardia, Sez. I, 02/09/2019 n.1936) anche alla società controllata quando, malgrado la formale autonomia tra controllante e controllata, le due società diano effettivamente luogo ad un 'unico centro decisionale'.

Secondo questo orientamento, al quale il Collegio si conforma, "come statuito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, ai fini della qualificazione dei legami tra società appartenenti al medesimo gruppo, occorre analizzare i loro rapporti muovendo da un approccio "sostanziale", e non meramente formale, valorizzando in particolare l'esercizio di fatto dei relativi poteri gestori (Sez. I, 23.6.2015, n. 12979, n. 2952/2015).

A fronte di vincoli economici, organizzativi e giuridici che uniscono due società, deve presumersi che quest'ultima eserciti effettivamente un'influenza determinante nei confronti della controllata (C.S., Sez. VI, 29.5.2018, n. 3197)".

Nel caso di specie il riferimento alle società facenti parte del medesimo gruppo societario di quella che aspira al contratto di dispacciamento ossia alle società controllate, controllanti ovvero sottoposte al medesimo controllo o direzione e coordinamento non può ritenersi una presunzione iuris et de iure di collegamento ma un indizio che l'amministrazione deve verificare in concreto al fine di accertare che dal legame sia possibile desumere un'influenza determinante tale da ricondurre le società interessate ad un unitario centro decisionale».

23. – Tuttavia, come correttamente rilevato dalla società appellante (pag. 28 dell'appello), la disposizione in parola non reca, in realtà, alcun riferimento alla necessità di operare un'indagine in concreto sulla sussistenza della richiamata unicità del centro decisionale tra le società interessate, come facilmente riscontrabile alla luce del suo dato letterale (riprodotto al punto 2 dell'esposizione in fatto della presente decisione).

Difatti essa estende senz'altro quei requisiti alle società controllate, controllanti o sottoposte al medesimo controllo o direzione e coordinamento della società che intende concludere il contratto di dispacciamento con Terna a prescindere da ogni eventuale dimostrazione (quale ammessa, ad

esempio, dall'art. 2497 *sexies* c.c.) che a quelle situazioni formali, viceversa, non corrisponda un'ingerenza effettiva nelle scelte gestionali dell'altra società.

Perciò la deliberazione impugnata in primo grado è illegittima per violazione del principio di proporzionalità allorché, oltrepassando quanto strettamente necessario alla tutela degli interessi pubblici, non consente di valutare l'eventuale prova contraria all'esistenza dell'unicità di centro decisionale tra le società interessate che sola legittimerebbe l'ampliamento del perimetro soggettivo dei requisiti richiesti alla società che aspira al contratto.

24. – Resta assorbito il quinto motivo dell'appello, concernente la rimessione degli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in quanto espressamente proposto in via subordinata.

25. – Per queste ragioni, in conclusione, l'appello è fondato e va accolto.

In conseguente parziale riforma della sentenza appellata devono essere accolti il secondo, il quarto e il quinto motivo del ricorso di primo grado.

Per l'effetto, la deliberazione ARERA n. 398/2021/R/EEL deve essere annullata nella parte in cui, modificando il Capitolo 4, punto 4.3.1.2. del Codice di trasmissione dispacciamento, sviluppo e sicurezza della rete e l'art. 14 dell'Allegato A.26 ("*Contratto tipo di dispacciamento*"), provvede, senza mitigazioni, a introdurre i requisiti indicati ai nn. i), ii) e iii) del punto 4.3.1.2. del Codice e a estenderli alle società controllate o controllanti e a quelle sottoposte al medesimo controllo o direzione e coordinamento della società che chiede di concludere il contratto di dispacciamento.

26. – La novità delle questioni giustifica la compensazione integrale tra le parti delle spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, accoglie il secondo, il quarto e il quinto motivo del ricorso di primo grado e annulla la deliberazione ARERA n. 398/2021/R/EEL nei limiti di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Dario Simeoli, Presidente FF

Francesco Guarracino, Consigliere, Estensore

Giancarlo Carmelo Pezzuto, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE

Francesco Guarracino

IL PRESIDENTE

Dario Simeoli

IL SEGRETARIO