

DELIBERAZIONE 23 GIUGNO 2020

224/2020/S/EEL

IRROGAZIONE DI UNA SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER LA REALIZZAZIONE DI STRATEGIE DI PROGRAMMAZIONE NON DILIGENTI NELL'AMBITO DEL SERVIZIO DI DISPACCIAMENTO DELL'ENERGIA ELETTRICA

**L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA
RETI E AMBIENTE**

Nella 1116^a riunione del 23 giugno 2020

VISTI:

- la direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica;
- il regolamento (UE) 1227/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso (di seguito: regolamento REMIT);
- la legge 24 novembre 1981, n. 689;
- la legge 14 novembre 1995, n. 481 e s.m.i. (di seguito: legge 481/95), ed in particolare l'articolo 2, comma 20, lett. c);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e s.m.i.;
- l'articolo 11 *bis*, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, introdotto dalla legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80;
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 e s.m.i. (di seguito: decreto legislativo 93/11);
- la legge 30 ottobre 2014, n. 161 e s.m.i., ed in particolare l'articolo 22;
- gli artt. 68 e 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito in legge 24 aprile 2020 n. 27 e s.m.i.;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244;
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 9 giugno 2006, 111/06, recante "Condizioni per l'erogazione del pubblico servizio del dispacciamento dell'energia elettrica sul territorio nazionale e per l'approvvigionamento delle relative risorse su base di merito economico, ai sensi degli articoli 3 e 5 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79" e s.m.i. (di seguito: deliberazione 111/06);
- la deliberazione dell'Autorità 5 agosto 2008, ARG/elt 115/08, recante il "Testo Integrato per il Monitoraggio del mercato elettrico all'ingrosso e del mercato per il servizio di dispacciamento" e s.m.i. (di seguito: TIMM);
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità 14 giugno 2012, 243/2012/E/com, recante "Adozione del nuovo regolamento per la disciplina dei procedimenti

sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni” e s.m.i. (di seguito: Regolamento Sanzioni);

- la deliberazione dell’Autorità 29 ottobre 2014, 525/2014/R/eel (di seguito: deliberazione 525/2014/R/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 24 giugno 2016, 342/2016/E/eel (di seguito: deliberazione 342/2016/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 28 luglio 2016, 444/2016/R/eel (di seguito: deliberazione 444/2016/R/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 4 agosto 2016, 459/2016/E/eel;
- la deliberazione dell’Autorità 28 dicembre 2016, 800/2016/R/eel;
- la deliberazione dell’Autorità 16 marzo 2017, 154/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 154/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 24 marzo 2017, 177/2017/E/eel;
- la deliberazione dell’Autorità 5 dicembre 2017, 828/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 828/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 2 febbraio 2018, 57/2018/A e s.m.i.;
- la deliberazione dell’Autorità 17 marzo 2020, 74/2020/S/COM;
- la determinazione del Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni 21 luglio 2017, DSAI/27/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/27/2017/eel).

FATTO:

1. Con note del 21 e 22 giugno 2016 (prot. Autorità, rispettivamente, 17692 del 22 giugno 2016 e 17834 del 23 giugno 2016) Terna - Rete elettrica nazionale S.p.A. (di seguito: Terna) ha comunicato all’Autorità un significativo incremento, rispetto ai mesi precedenti, dei corrispettivi di sbilanciamento dell’energia elettrica, dovuto a strategie di programmazione non diligente.
2. Pertanto, con deliberazione 342/2016/E/eel, l’Autorità ha avviato procedimenti individuali nei confronti di diversi utenti del servizio di dispacciamento, tra cui quello indicato nell’Allegato A al presente provvedimento (di seguito: anche società), per l’adozione di provvedimenti prescrittivi e/o di regolazione asimmetrica, ai sensi dell’articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 481/95 e dell’articolo 43, comma 5, del decreto legislativo 93/11, per contrastare condotte sui mercati all’ingrosso dell’energia e sul mercato per il servizio di dispacciamento (di seguito: MSD) suscettibili di compromettere la corretta interazione tra domanda e offerta.
3. Le risultanze istruttorie inviate alla società (prot. Autorità 25136 del 13 settembre 2016) evidenziavano un’attività di programmazione della società non coerente con i principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza di cui all’articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06, con conseguimento di vantaggi economici da parte della società medesima. Pertanto, con deliberazione 154/2017/E/eel, l’Autorità ha:
 - i) escluso la configurabilità di tali condotte come potenzialmente manipolative ai sensi dell’art. 5 del Regolamento REMIT, in quanto ha dato atto che, a livello di singolo utente del dispacciamento, le stesse non risultano avere alterato i prezzi di mercato;

- ii) ordinato alla società la restituzione a Terna degli importi corrispondenti all'indebito beneficio conseguito per effetto delle predette condotte di programmazione non diligenti, determinati secondo i criteri e le modalità definite nell'Allegato B alla sopra citata deliberazione 154/2017/E/eel (come confermato ovvero modificato ai sensi del punto 4 della medesima deliberazione);
 - iii) conferito mandato al Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni (di seguito: DSAI) di valutare la sussistenza di presupposti per l'avvio di un procedimento sanzionatorio, nei confronti della società, per violazione dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06.
4. Sulla base dei dati acquisiti nell'ambito del predetto procedimento, il Direttore DSAI, con la citata determinazione DSAI/27/2017/eel, ha avviato un procedimento sanzionatorio nei confronti della società per accertare la violazione dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06. L'illegittimità delle condotte contestate risultava:
- i) dalla dimensione dell'errore di sbilanciamento: era emersa un'incidenza degli sbilanciamenti effettivi rispetto ai prelievi effettivi delle unità di consumo (che erano state oggetto di analisi nel menzionato procedimento) nella titolarità della società di gran lunga superiore alla *performance* del settore (pari al 30%) di cui al punto 2 della deliberazione 444/2016/R/eel;
 - ii) dalla sistematicità: tali condotte si erano protratte per un considerevole lasso temporale, cioè tra settembre 2015 e luglio 2016;
- il tutto meglio precisato nell'Allegato A alla citata determinazione DSAI/27/2017/eel.
- 5. Con deliberazione 828/2017/E/eel l'Autorità, in considerazione della irrilevanza degli elementi fattuali trasmessi dalla società ai sensi del punto 3 della citata deliberazione 154/2017/E/eel, ha confermato il contenuto dell'Allegato B a quest'ultima deliberazione.
 - 6. Avverso le predette deliberazioni dell'Autorità, la società ha proposto ricorso giurisdizionale, respinto con sentenza del Tar Lombardia. Detta sentenza è stata appellata dalla società e il Consiglio di Stato, con ordinanza, ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata, subordinandola alla prestazione di una garanzia nelle forme di una fideiussione a prima richiesta rilasciata a favore di Terna. Con successiva ordinanza, il Consiglio di Stato ha disposto una verifica e rinviato la causa ad una successiva udienza di merito.
 - 7. Nel corso dell'istruttoria la società non ha depositato documentazione difensiva.
 - 8. Con nota 29 gennaio 2020 (prot. Autorità 2967), il Responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie.
 - 9. Con nota 14 marzo 2020 (prot. Autorità 9536) la società ha trasmesso la memoria di replica.

VALUTAZIONE GIURIDICA:

Contesto normativo

10. Essenziale per la sicurezza del sistema elettrico nazionale è l'equilibrio tra l'energia immessa e quella prelevata (cosiddetto "bilanciamento"). Segnatamente, è compito di Terna, nella sua qualità di gestore della rete di trasmissione nazionale, garantire tale equilibrio, compensando immissioni e prelievi effettivi. Non disponendo però – in ragione della separazione tra attività di gestione della rete e attività di produzione e vendita – di impianti di produzione per variare in tempo reale i flussi di energia, in entrata e in uscita, Terna necessita, al predetto fine, della cooperazione degli utenti del dispacciamento. Questi ultimi, inclusi i titolari delle unità non abilitate a presentare offerte sul MSD, proprio per minimizzare lo sbilanciamento della rete assumono l'impegno vincolante di immettere/prelevare in/dalla rete, in ciascun punto di dispacciamento per unità di produzione/consumo nelle loro responsabilità, la quantità di energia elettrica corrispondente al programma vincolante modificato e corretto di immissione/prelievo relativo al medesimo punto (articolo 14, commi 1 e 3, della deliberazione 111/06). Il comma 6 del medesimo articolo dispone in aggiunta che gli utenti del dispacciamento sono tenuti a definire programmi che utilizzino "*le migliori stime dei quantitativi di energia elettrica (...), in conformità ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza*". La "*definizione di programmi di immissione e prelievo secondo i suddetti principi costituisce una norma di comportamento di rilevante importanza per ciascun utente*" del dispacciamento (deliberazione 525/2014/R/eel).
11. A livello di *settlement*, nell'ambito del singolo contratto di dispacciamento, l'energia elettrica che l'utente immette/preleva in eccesso rispetto al programma vincolante è considerata (rispettivamente) acquistata/venduta da Terna (articolo 14, commi 2 e 4, della deliberazione 111/06) e valorizzata a un prezzo che dovrebbe essere idoneo a ribaltare, sull'utente che ha sbilanciato, i costi sostenuti da Terna per mantenere in equilibrio il sistema. Lo stesso vale per l'energia elettrica immessa/prelevata in difetto. I proventi e gli oneri maturati dal sistema per effetto dell'applicazione dei corrispettivi di sbilanciamento effettivo (e dei corrispettivi di non arbitraggio) concorrono alla determinazione del corrispettivo per l'approvvigionamento delle risorse per il servizio di dispacciamento di cui all'articolo 44 della deliberazione 111/06; un corrispettivo che, in ultima analisi, viene posto a carico della totalità dei clienti finali (di seguito: corrispettivo *uplift*). Lo sbilanciamento, infatti, non incide solo sulla posizione economica dell'utente del dispacciamento che ha messo in atto tale strategia, ma può comportare oneri, anche ingenti, a carico del sistema elettrico (e quindi della totalità della clientela finale).
12. Del resto, l'obbligo di diligenza degli utenti del dispacciamento costituisce una declinazione dei canoni di correttezza e buona fede oggettiva nel rispetto dei quali l'utente deve cooperare con Terna nella richiamata programmazione che lo stesso gestore della rete monitora segnalandone all'Autorità "*significativi e reiterati scostamenti*" (articolo 14, comma 7, della deliberazione 111/06).

13. Con deliberazione 444/2016/R/eel l’Autorità, ad esito del richiamato monitoraggio e per agevolare la rilevazione di eventuali violazioni del predetto obbligo di programmazione diligente, ha stabilito che Terna segnali all’Autorità gli utenti del dispacciamento in prelievo che siano incorsi in almeno un mese e in una zona di mercato in sbilanciamenti effettivi superiori al 30% (punto 2 del deliberato).

Argomentazioni della società

14. Nella memoria difensiva 14 marzo 2020 (prot. Autorità 9536) sopra citata, la società svolge le proprie difese volte a dimostrare la carenza dei presupposti per l’applicazione di una sanzione - che ove irrogata sarebbe illegittima - o, in subordine, ad incidere, mitigandola, sull’eventuale sanzione.
15. A sostegno della propria tesi, la società rileva preliminarmente l’incongruenza nella determinazione del periodo di riferimento (settembre 2015 / luglio 2016) e la lesione del principio del legittimo affidamento. Sotto il primo profilo viene lamentata la decisione dell’Autorità di estendere il periodo di riferimento ad un orizzonte temporale assai maggiore di quello richiamato nelle comunicazioni di Terna del 21 e 22 giugno 2016 sopra citate, cui invece dovrebbe essere limitata l’istruttoria dell’Autorità ai fini del presente procedimento. Detta estensione, d’altro canto, evidenzerebbe, a parere della società, l’inescusabile ritardo delle segnalazioni di Terna e del successivo intervento dell’Autorità, in considerazione della facilità di rilevazione delle condotte contestate e delle relative conseguenze. Pertanto, sotto il secondo profilo, la società sostiene che proprio il comportamento omissivo di Terna e dell’Autorità durante il periodo di riferimento – la società, infatti, sarebbe stata resa edotta della condotta contestata solo con la notificazione della summenzionata deliberazione 342/2016/E/eel - avrebbe ingenerato un legittimo affidamento nella stessa circa la correttezza della propria attività di programmazione e relativa aderenza alle disposizioni di cui alla deliberazione 111/06.
16. La società eccepisce, inoltre, l’indeterminatezza dei principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza di cui all’art. 14, comma 6 della deliberazione 111/06 e l’inapplicabilità della soglia di tolleranza del 30%. Al riguardo, viene rilevata la mancanza, durante il periodo di riferimento, di parametri concreti cui attenersi al fine di fare ritenere la propria attività di programmazione come diligente; i riferimenti ai criteri di definizione dei programmi di immissione e prelievo “secondo le migliori stime” e “in conformità ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza” di cui alla deliberazione 111/06 sarebbero infatti, secondo quanto sostenuto dalla società, vaghi e indeterminati e inadeguati a consentire una chiara e inequivoca individuazione del comportamento giuridico oggetto di sanzione. Solamente con successiva deliberazione 444/2016/R/eel sarebbero state introdotte soglie puntuali per il calcolo dei corrispettivi di sbilanciamento ed individuata una soglia di tolleranza degli sbilanciamenti medi mensili del 30%, superata la quale l’utente del dispacciamento in prelievo viene segnalato da Terna all’Autorità. Peraltro, sostiene la società, detta soglia sarebbe inadeguata a codificare il livello di diligenza dell’operatore modello, ed anzi non sarebbe possibile individuare alcuna soglia di

tolleranza unica, dal momento che l'errore previsionale medio varia, anche significativamente, in ragione delle caratteristiche e dimensioni del portafoglio di ciascun utente del dispacciamento.

17. Nel prosieguo della propria difesa, la società rileva come le ridotte dimensioni del proprio portafoglio clienti avrebbero precluso alla stessa, operativa da settembre 2015, la possibilità di rispettare le soglie di tolleranza anche successivamente all'emanazione delle deliberazioni 342/2016/E/eel e 444/2016/R/eel, tanto da essere stata costretta a cessare di operare come utente del dispacciamento in prelievo dal mese di dicembre 2016.
18. Da ultimo, la società svolge le proprie osservazioni relative alla quantificazione della eventuale sanzione, lamentando preliminarmente la lacunosità/erroneità delle considerazioni e indicazioni riportate nella comunicazione delle risultanze istruttorie rilevanti a tal fine, in quanto non terrebbero conto della specificità dell'operatore e del caso di specie.
19. Segnatamente, sotto il profilo della *gravità della violazione*, vengono richiamate le considerazioni già svolte al precedente punto 17 e viene fatto rinvio al contenuto della Relazione di verifica predisposta su richiesta del Consiglio di Stato nell'ambito del procedimento di appello riguardante il provvedimento prescrittivo adottato dall'Autorità nei confronti della società. Detta relazione evidenzerebbe come, in considerazione delle particolari caratteristiche della società, quest'ultima avrebbe potuto causare un impatto sulle dinamiche di mercato del tutto marginale, e inoltre che i corrispettivi di sbilanciamento in prelievo riconosciuti da Terna alla società durante il periodo di riferimento avrebbero avuto un impatto modesto, se rapportati all'entità dei corrispettivi mensili di sbilanciamento riguardanti la totalità degli operatori soggetti a provvedimenti prescrittivi (meno dell'1% del totale).
20. La relazione di verifica evidenzerebbe anche come l'operatore razionale tenda a sbilanciare in posizione "lunga" al fine di minimizzare l'esposizione al rischio di perdite potenzialmente destabilizzanti per proprio equilibrio economico-finanziario (specie per gli operatori di dimensioni ridotte), nonché l'astattezza del principio di diligenza quale riferimento primario per valutare la condotta degli operatori.
21. La società rileva, inoltre, come la violazione contestata riguarderebbe unicamente partite economiche e non la sicurezza del sistema elettrico, in quanto i programmi di immissione e prelievo degli utenti del dispacciamento non vengono utilizzati per definire le previsioni di cui Terna si avvale ai fini dell'attività di bilanciamento.
22. Con riguardo al profilo della *personalità dell'agente*, la società evidenzia di non essere mai stata destinataria in passato di procedimenti sanzionatori dell'Autorità (pur essendo attiva nel settore del gas naturale dal 2006) e che - a ulteriore dimostrazione della correttezza della propria condotta e dell'impossibilità, per i motivi in precedenza riportati, di formulare i propri programmi di prelievo entro i limiti della soglia di tolleranza applicata dall'Autorità - avrebbe sempre operato anche come utente del dispacciamento in immissione formulando programmazioni in conformità alla normativa vigente.
23. Sotto il profilo delle *condizioni economiche* dell'agente, la società lamenta il riferimento al proprio fatturato complessivo, in considerazione del fatto che la

maggioranza dello stesso sarebbe riferibile al settore del gas naturale e, in particolare, a operazioni di trading a bassa marginalità.

24. La società conclude evidenziando come l’Autorità, nel determinare l’entità dell’eventuale sanzione, dovrà necessariamente tener conto del fatto che con i provvedimenti prescrittivi (deliberazioni 154/2017/E/eel e 828/2017/E/eel), ha richiesto l’integrale restituzione dei benefici derivanti dalla condotta contestata.

Valutazione delle argomentazioni della società

25. Risulta priva di fondamento la lamentata incongruenza nella determinazione del periodo di riferimento (settembre 2015 / luglio 2016), rilevandosi al riguardo che l’Autorità, coerentemente con la vigente normativa in materia, esercita il proprio potere sanzionatorio d’ufficio, acquisendo ogni elemento necessario ai fini dell’eventuale avvio del relativo procedimento, anche attraverso – tra l’altro – “segnalazioni come disciplinate dalle disposizioni vigenti”. Pertanto, le sopra citate comunicazioni di Terna di giugno 2016, lungi dal costituire un limite all’esercizio del suddetto potere dell’Autorità con riferimento all’asserito limite temporale che si evincerebbe dal tenore delle stesse, rappresentano solo uno dei mezzi di acquisizione di elementi utili ai fini dell’avvio del procedimento in argomento. Ciò premesso, si precisa che a seguito di dette comunicazioni, l’Autorità ha ritenuto opportuno osservare il periodo da gennaio 2015 a luglio 2016 in quanto, da un lato, la deliberazione 525/2014/R/eel ha apportato modifiche alla disciplina degli sbilanciamenti effettivi di cui alla deliberazione 111/06 - rendendo tra l’altro esplicita l’applicazione dei principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza di cui ai commi 6 e 7 dell’art. 14 a tutte le unità fisiche di produzione e consumo - a decorrere dal 1 novembre 2014, e non sono stati considerati nel periodo di osservazione i primi due mesi dall’entrata in vigore di detto provvedimento (novembre e dicembre 2014) per consentire agli operatori del dispacciamento di adeguarsi; dall’altro, ad agosto 2016, è entrata in vigore la deliberazione 444/2016/R/eel, con un intervento mitigativo di carattere generale sul tema degli sbilanciamenti.
26. Parimenti infondata è la censura relativa al presunto ritardo di Terna nel segnalare, e dell’Autorità nel contestare, l’attività speculativa derivante dagli sbilanciamenti, con conseguente violazione del legittimo affidamento. Al riguardo si rileva che le citate note di Terna di giugno contengono la sintesi dei report mensili degli sbilanciamenti da gennaio ad aprile 2016, in ragione della rilevanza acquisita nel corso dei mesi dalla reiterazione del fenomeno speculativo. Infatti, solo la reiterazione prolungata di detto fenomeno registrato nell’attività di monitoraggio, insieme alla significatività degli scostamenti, rendeva il gestore della rete obbligato, ai sensi dell’art. 14 comma 7 della delibera 111/06, a segnalare all’Autorità la violazione dell’obbligo di diligenza negli sbilanciamenti. Pertanto, nessun ritardo può imputarsi a Terna nella comunicazione del fenomeno in argomento. D’altro canto l’Autorità, come peraltro riconosciuto dal giudice amministrativo (Tar Lombardia e Consiglio di Stato) relativamente a contestazioni analoghe, sin dal 2012, quando il fenomeno degli sbilanciamenti riconducibili a programmazioni incoerenti si è manifestato in

pienezza, ha intrapreso tempestivamente svariate iniziative volte a porvi rimedio, mostrando così di non avallare simili condotte, e ha nel contempo ribadito (vedasi deliberazione 525/2014/R/eel) il principio di diligenza, perizia, prudenza e previdenza già immanente nella regolazione. Nel caso oggetto del presente provvedimento, in particolare, l'Autorità si è subito attivata a seguito delle comunicazioni di Terna di giugno 2016, adottando la citata delibera 342/2016/E/eel con cui ha avviato procedimenti individuali nei confronti di diversi utenti del servizio di dispacciamento, tra cui quello indicato nell'*Allegato A* al presente provvedimento. Pertanto, l'affidamento invocato era mal riposto, dal momento che le norme vigenti all'epoca delle condotte contestate prevedevano l'impegno vincolante degli operatori ad attenersi ai programmi vincolanti di immissione e prelievo comunicati a Terna (art. 14, commi 1 e 3 della deliberazione 111/06). Lo stesso utilizzo della parola "vincolante", come evidenziato dal giudice amministrativo, "*lascia chiaramente intendere come, contrariamente a quanto sostenuto (...), gli utenti della rete siano obbligati a rispettare i programmi di immissione e prelievo comunicati a Terna e siano, quindi, tutt'altro che liberi di sbilanciare*". In quest'ottica la modifica dell'art. 14, comma 6, della deliberazione 111/06, sopra citata, va intesa come rafforzativo di un principio già immanente nella regolazione stessa del servizio di dispacciamento.

27. Né può accogliersi la doglianza sulla asserita indeterminatezza e genericità dei principi di cui all'art. 14, comma 6 della deliberazione 111/06, avuto riguardo alla natura dell'attività regolata ed alle caratteristiche proprie della stessa. Al riguardo, come più volte evidenziato dal Tar Lombardia con riferimento alla medesima contestazione, "*trattandosi della valutazione di comportamenti non riconducibili a parametri rigidamente prefissati e soprattutto non individuabili ex ante in maniera puntuale, ma identificabili volta per volta esclusivamente sulla base delle effettive condizioni del mercato dell'energia e della concreta attività posta in essere da operatori qualificati, non può assumersi come affetta da indeterminatezza, e quindi carente del requisito della tassatività, l'applicazione di clausole generali al fine di configurare delle condotte sanzionabili. (...) il divieto di sbilanciamento è certamente evincibile dal sistema (art. 14, commi 1 e 3, della delibera n. 111 del 2006; (...)) e quindi la sanzione è, dapprima, contestata e, successivamente, irrogata in presenza di una specifica previsione normativa. Non appare, infatti, sussistente l'eccezione genericità della previsione – in ragione del riferimento ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza – al fine di farne discendere una indeterminatezza della fattispecie tipica, atteso che le attività di acquisto e cessione di energia elettrica sui mercati regolamentati (mercato del giorno prima e mercato infragiornaliero) non possono essere rigidamente predefinite nelle modalità di svolgimento e in relazione alle strategie di programmazione, essendo per loro natura presidiate da regole discendenti da clausole elastiche e da concetti giuridici indeterminati, che possono essere meglio dettagliati e concretamente enucleati unicamente all'atto del compimento delle singole operazioni; risulta, dunque, evidente che soltanto esaminando e analizzando la specifica fattispecie si possa stabilire se i principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza, necessariamente astratti e indeterminati, sono stati rispettati o meno*". Ciò detto, giova precisare che

la circostanza che la soglia di tolleranza del 30% sia stata determinata successivamente alla condotta contestata (con deliberazione 444/2016/R/eel ed efficacia dal 1 agosto 2016) non integra una violazione del divieto di retroattività della normativa sanzionatoria, dal momento che con la stessa si è inteso solo individuare il limite al di sopra del quale l'attività posta in essere dagli operatori è ritenuta non rispettosa del livello di diligenza media richiesta ad un operatore del settore. La norma violata, infatti, preesisteva alla condotta contestata e stabilisce una regola di comportamento che integra e definisce l'oggetto dell'esatto adempimento delle obbligazioni che gli utenti del servizio assumono nei confronti di Terna con la conclusione del contratto di dispacciamento.

28. Risulta, altresì, priva di fondamento la censura relativa all'inapplicabilità della soglia di tolleranza del 30%, in particolare se riferita ad operatori con portafoglio clienti ridotto. Detta soglia, come più volte affermato dal giudice amministrativo, costituisce i confini estremi della condotta diligente, ovvero di un comportamento che fisiologicamente non può che determinarsi in ragione del livello medio delle pratiche consolidate nel tempo tra gli operatori professionali del settore. In altre parole, rappresenta il margine di tollerabilità di possibili difetti fisiologici della programmazione, oltre la quale la condotta non può giustificarsi in considerazione delle dimensioni della società o della scarsa esperienza della stessa. Contrariamente a quanto sostenuto dalla società, deve quindi rilevarsi che la soglia di tolleranza del 30% alla stessa applicata per la valutazione della diligenza nella programmazione dei prelievi – soglia coerente con il parametro indicato nella deliberazione 444/2016/R/eel e stabilita dall'Autorità in misura peraltro assai più elevata di quelle fissate in linea di principio con precedente provvedimento (deliberazione 197/2013/E/eel) - non risulta affatto penalizzante per gli operatori di dimensioni ridotte. L'Autorità, infatti, ha codificato il livello di diligenza, perizia, prudenza e previdenza sulla base delle prestazioni medie da parte degli utenti del dispacciamento. Dai grafici riportati ai punti 4.15 e 4.16 del documento per la consultazione 316/2016/R/eel, emerge chiaramente che per circa il 90% dei prelievi la programmazione è svolta con una soglia di tolleranza inferiore al 30% adottato come parametro rilevante per le verifiche di diligenza. Questo aspetto tutela in particolare gli utenti del dispacciamento con portafogli di dimensione ridotta. In aggiunta l'Autorità ha altresì previsto forme di tutela specifica per tutti quegli utenti aventi clienti con profili di consumo particolarmente volatili (di cui peraltro la società non si è avvalsa, non avendo mai inviato i dati necessari per tale valutazione). Ad autorevole conferma della validità di quanto appena esposto, il Consiglio di Stato, relativamente ad una fattispecie analoga, ha affermato che la soglia in parola “è adeguatamente rappresentativa del margine tollerabile di errori nella programmazione anche per gli operatori con piccoli portafogli (cfr. il documento di consultazione 316/2016/R/eel, p. 24)”.
29. Merita, peraltro, di essere considerata la circostanza che la società abbia iniziato ad operare nel settore dell'energia elettrica durante il periodo di osservazione e in particolare dal mese di settembre 2015, in considerazione del fenomeno relativo allo “scoperto” di due mesi tra la programmazione del prelievo e la messa a disposizione

dei dati di misura da parte del sistema elettrico. Tale fenomeno rileva, in particolare, per quanto attiene i primi mesi di operatività degli utenti del dispacciamento. Per tale motivo, in sede di quantificazione della sanzione, sono considerati diligenti i mesi di settembre e ottobre 2015, in quanto sono i primi due in cui la società si è affacciata nel settore della compravendita di energia elettrica all'ingrosso.

30. Ciò premesso, la società risulta aver riportato sbilanciamenti medi mensili e totali di gran lunga superiori alla già menzionata *performance* di settore del 30% in tutte le zone in cui la stessa ha operato. Segnatamente, come evidenziato nella comunicazione delle risultanze istruttorie del presente procedimento, considerato quanto rappresentato nel precedente punto 29, le contestazioni vanno riferite alle seguenti zone di mercato e periodi:
- Zona Nord da novembre 2015 a marzo 2016 e da maggio 2016 a luglio 2016;
 - Zona Centro Nord da novembre 2015 a luglio 2016;
 - Zona Centro Sud da novembre 2015 a luglio 2016;
 - Zona Sicilia da novembre 2015 a luglio 2016;
 - Zona Sud da novembre 2015 a luglio 2016.
31. In dettaglio, lo sbilanciamento medio totale è stato maggiore del 10.000,00% in tutte le zone in cui la società ha operato e lo sbilanciamento medio mensile è stato maggiore del 10.000,00% in oltre l'85% dei mesi esaminati.
32. La società risulta quindi aver violato il richiamato art. 14, comma 6, della deliberazione 111/06.
33. Le ulteriori argomentazioni di parte relative alla quantificazione della sanzione sono trattate di seguito.

QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE:

34. L'art. 11 della legge 689/81 prevede che la quantificazione della sanzione sia compiuta in applicazione dei seguenti criteri:
- a) gravità della violazione;
 - b) opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione;
 - c) personalità dell'agente;
 - d) condizioni economiche dell'agente.
- L'Autorità applica i criteri di cui al sopra citato art. 11, alla luce di quanto previsto dagli artt. 24 e ss. del Regolamento Sanzioni.
35. Sotto il profilo della *gravità della violazione* la società non ha rispettato disposizioni funzionali al mantenimento – a costi adeguati – dell'equilibrio e della sicurezza del sistema elettrico nazionale. Ed infatti, come specificato nelle risultanze istruttorie, per ridurre eventuali squilibri del sistema – i cui costi sono sostenuti dalla totalità dei clienti finali attraverso il c.d. corrispettivo *uplift* – gli utenti del dispacciamento devono effettuare programmi, nella stima dei quantitativi di energia elettrica in immissione e prelievo, conformi ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza.

36. Più specificamente, ai fini della valutazione della gravità della violazione, si tiene conto di quanto evidenziato ai punti da 29 a 31.
37. Con riguardo alle argomentazioni della società volte a dimostrare l'impossibilità della stessa di incidere sulle dinamiche di formazione dei corrispettivi di sbilanciamento, in considerazione delle proprie dimensioni ridotte nel mercato elettrico, si osserva preliminarmente che la sanzione viene irrogata per la violazione di un provvedimento dell'Autorità – nella fattispecie, per violazione dell'art. 14, comma 6, della deliberazione 111/06 – dunque per un illecito di condotta, non rilevando ai fini della configurazione dell'illecito né, comunque, della quantificazione dell'eventuale sanzione - gli effetti pregiudizievoli determinati sul mercato dalla condotta del singolo utente del dispacciamento (mancandone peraltro la "rilevanza" di cui all'art. 26, comma 1, lett. c) del Regolamento Sanzioni, in considerazione del fatto che la condotta di ciascun utente non può che incidere *pro quota*, e quindi per una piccola parte, sugli oneri legati agli sbilanciamenti complessivi del sistema). Ai fini della quantificazione della sanzione da irrogarsi e per garantire un adeguato effetto deterrente della sanzione stessa, rileva invece, ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. d) del Regolamento Sanzioni, la circostanza che la società abbia conseguito indebiti vantaggi economici che sono stati quantificati da Terna, per il periodo 1° gennaio 2016 – 31 luglio 2016, in euro 1.509.785 (comunicazione di Terna del 10 luglio 2019, acquisita con prot. Autorità 18484). Si precisa, inoltre, che la sanzione viene determinata tenendo conto che la restituzione degli indebiti vantaggi costituisce già oggetto del provvedimento prescrittivo (deliberazione 154/2017/E/eel), i cui contenuti sono stati confermati con deliberazione 828/2017/E/eel.
38. Relativamente agli ulteriori rilievi formulati dalla società in relazione al profilo in argomento, si osserva che se anche un operatore che opera da price taker come la società possa razionalmente porsi in una posizione lunga per mitigare il rischio di vedersi esposto ad acquisti di energia a sbilanciamento a prezzi sensibilmente elevati, tuttavia la tutela del rischio non può prescindere dal rispetto dei summenzionati principi di diligenza, perizia, prudenza e previdenza. In altre parole, assumere una posizione lunga è ammesso dalla regolazione purché sempre nei limiti di un comportamento diligente in linea con le prestazioni medie del settore.
39. Non possono, altresì, essere accolte le osservazioni della Società in merito all'uso da parte di Terna delle proprie previsioni di carico e produzione rinnovabili ai fini della risoluzione del MSD. Come unico operatore di sistemi di trasmissione (TSO), Terna è tenuto ad assicurare la sicurezza del sistema elettrico e per questo deve attivare su MSD tutte le risorse per garantire il bilanciamento del sistema rispetto alle previsioni di carico e produzione più accurate in quel momento a disposizione. Non sono quindi usati i programmi degli utenti del dispacciamento per le unità non abilitate perché, se fortemente sbilanciati, potrebbero poi dare adito a complesse azioni di bilanciamento in tempo reale con volumi che non potrebbero essere effettivamente disponibili con conseguenti rischi a carico della stabilità del sistema. Occorre però ricordare come in MSD Terna attivi risorse sulle unità abilitate partendo dai relativi programmi in esito ai mercati dell'energia: questi programmi dipendono a loro volta

dalla dinamica di domanda e offerta e quindi sono impattati anche dalle offerte (e dalla associata programmazione) presentate con riferimento alle unità non abilitate. Ne consegue che una programmazione non diligente di queste ultime sui mercati dell'energia porta ad un programma delle unità abilitate non coerente con quello che sarà il dispacciamento effettivo in tempo reale, comportando l'attivazione di un ingente volume di risorse con oneri potenzialmente elevati.

40. Sotto il profilo dell'*opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze* non risultano circostanze rilevanti.
41. Sotto il profilo della *personalità dell'agente*, si conferma quanto evidenziato dalla società relativamente all'assenza di precedenti provvedimenti sanzionatori nei confronti della stessa.
42. Per quanto attiene alle *condizioni economiche* dell'agente, si rileva che il fatturato conseguito dalla società nell'anno 2016 è pari a circa euro 270.860.000. Sotto questo profilo si rileva, altresì, che il lamentato riferimento al fatturato complessivo risulta pienamente conforme alla vigente normativa di riferimento (art. 45, comma 4, del decreto legislativo 93/2011, come novellato dall'art. 26, comma 1, lett. f) della legge 29 luglio 2015, n. 115, laddove la modifica ha specificamente riguardato l'eliminazione del riferimento al fatturato realizzato "*nello svolgimento delle attività afferenti la violazione*" nell'ultimo esercizio chiuso prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio).
43. Gli elementi sopra evidenziati consentono, pertanto, di determinare la sanzione nella misura di euro 441.000 (quattrocentoquarantunomila)

DELIBERA

1. di accertare la violazione da parte dell'utente del dispacciamento dell'energia elettrica titolare di unità di consumo indicato nell'*Allegato A* al presente provvedimento di cui forma parte integrante e sostanziale, nei termini di cui in motivazione, dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06;
2. di irrogare all'utente del dispacciamento di cui all'*Allegato A*, ai sensi dell'art. 2 comma 20, lettera c) della legge 481/95, una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad euro 441.000 (quattrocentoquarantunomila);
3. di ordinare all'utente del dispacciamento di cui all'*Allegato A* di pagare la sanzione irrogata entro il termine di 30 giorni dalla data di notifica del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio di riscossione, oppure mediante delega ad una banca o alle Poste Italiane S.p.A. presentando il modello "F23" (recante codice ente QAE e codice tributo "787T"), come previsto dal decreto legislativo 237/1997;
4. di avvisare che, decorso il termine di cui al precedente punto 3, fatto salvo quanto eventualmente previsto da disposizioni di rango primario in materia di sospensione dei termini di versamento dei carichi affidati all'agente della riscossione, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella

- misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento (codice tributo “788T”); in caso di ulteriore ritardo nell’adempimento, saranno applicate le maggiorazioni di cui all’art. 27, comma 6, della legge 689/81 (codice tributo “789T”);
5. di ordinare all’utente del dispacciamento di cui all’Allegato A di comunicare all’Autorità l’avvenuto pagamento della sanzione amministrativa irrogata mediante l’invio di copia del documento attestante il versamento effettuato via mail all’indirizzo protocollo@pec.arera.it, entro 5 giorni dalla sua effettuazione;
 6. di notificare il presente provvedimento al soggetto di cui all’Allegato A mediante pec all’indirizzo ivi indicato, nonchè di pubblicarlo sul sito internet dell’Autorità www.arera.it ad eccezione dell’Allegato A.

Avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso innanzi al competente Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sede di Milano, entro il termine di 60 giorni dalla data di notifica dello stesso, oppure ricorso straordinario al Capo dello Stato, entro il termine di 120 giorni.

23 giugno 2020

IL PRESIDENTE

Stefano Besseghini