

DELIBERAZIONE 12 OTTOBRE 2021

418/2021/S/EEL

PROROGA DEL TERMINE PER L'ADOZIONE DEL PROVVEDIMENTO DI CHIUSURA DI UN PROCEDIMENTO SANZIONATORIO PER STRATEGIE DI PROGRAMMAZIONE NON DILIGENTI NELL'AMBITO DEL SERVIZIO DI DISPACCIAMENTO DELL'ENERGIA ELETTRICA

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

Nella 1176^a riunione del 12 ottobre 2021

VISTI:

- 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 direttiva 2019/944/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE;
- la legge 24 novembre 1981, n. 689 (di seguito: legge 689/81);
- 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 e s.m.i., 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;
- 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. (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 24 marzo 2017, 177/2017/E/eel;
 - la deliberazione dell’Autorità 28 giugno 2017, 490/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 490/2017/E/eel);
 - la deliberazione dell’Autorità 2 febbraio 2018, 57/2018/A e s.m.i.;
 - la deliberazione dell’Autorità 8 marzo 2018, 133/2018/E/eel (di seguito: deliberazione 133/2018/E/eel);
 - la deliberazione dell’Autorità 25 maggio 2021, 217/2021/E/eel (di seguito: deliberazione 217/2021/E/eel);
 - la determinazione del Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni (di seguito: Direttore DSAI) 12 dicembre 2017, DSAI/93/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/93/2017/eel);
 - la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, sul ricorso presentato per la riforma della sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sezione II, per l’annullamento, tra l’altro, dei provvedimenti prescrittivi di cui alle deliberazioni 490/2017/E/eel e 133/2018/E/eel (di seguito: Sentenza);
 - le sentenze del Consiglio di Stato, Sezione VI, 6 ottobre 2020, n. 5886, 23 agosto 2021, n. 6017 e 27 settembre 2021, n. 6498, 6504 e 6505 (di seguito, rispettivamente, sentenze 5886/2020, 6017/2021, 6498/2021, 6504/2021 e 6505/2021).

CONSIDERATO CHE:

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 anche: 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 con nota prot. Autorità 27036 del 28 settembre 2016, evidenziavano un'attività di programmazione della stessa 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 490/2017/E/eel, l'Autorità ha:
 - i) escluso la configurabilità di tali condotte come potenzialmente manipolative ai sensi dell'articolo 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 490/2017/E/eel (come confermato ovvero modificato ai sensi del punto 4 della medesima deliberazione);
 - iii) conferito mandato al Direttore 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/93/2017/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 nella titolarità della Società (oggetto di analisi nel menzionato procedimento) superiore alle soglie massime di tolleranza di cui alla Tabella 2 dell'Allegato B alla deliberazione 490/2017/E/eel, determinate in funzione del peso nel portafoglio della Società, come da questa documentato nel corso del procedimento prescrittivo, dei prelievi in alta tensione riferiti ai singoli punti di prelievo (POD) e della soglia di tolleranza ad essi riconosciuta;
 - ii) dalla sistematicità: tali condotte si erano protratte per un considerevole lasso temporale, cioè tra gennaio 2015 e luglio 2016;
il tutto meglio precisato nell'Allegato A alla citata determinazione DSAI/93/2017/eel;
 5. con deliberazione 133/2018/E/eel l'Autorità, in considerazione della irrilevanza degli elementi fattuali trasmessi dalla Società ai sensi del punto 3 della predetta deliberazione 490/2017/E/eel, ha confermato il contenuto dell'Allegato B a quest'ultima deliberazione;
 6. con nota del 12 febbraio 2020 (prot. Autorità 4917) il Responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie;

7. con nota acquisita con prot. Autorità 10323 del 24 marzo 2020 la Società ha trasmesso una memoria difensiva con la quale ha, tra l'altro, segnalato che non era stata presa in considerazione dagli Uffici la precedente memoria difensiva inviata dalla stessa in data 2 febbraio 2018 (acquisita con prot. Autorità 3222);
8. pertanto, con nota dell'8 luglio 2021 (prot. Autorità 27437) il Responsabile del procedimento ha comunicato le nuove risultanze istruttorie precisando che tale comunicazione sostituisce ad ogni effetto la precedente del 12 febbraio 2020, dando atto delle argomentazioni svolte dalla Società in entrambe le sopracitate memorie;
9. con nota del 16 agosto 2021 (acquisita con prot. Autorità 31914 del 17 agosto 2021) la Società ha trasmesso una ulteriore memoria difensiva, di replica alle risultanze istruttorie.

CONSIDERATO, ALTRESÌ, CHE:

10. avverso le deliberazioni dell'Autorità 133/2018/E/eel e 490/2017/E/eel (c.d. provvedimenti prescrittivi) la Società ha proposto ricorso giurisdizionale che è stato dapprima respinto dal Giudice di primo grado e poi parzialmente accolto, per difetto di istruttoria e di motivazione, con Sentenza del Consiglio di Stato su ricorso in appello promosso dall'operatore;
11. in particolare, in esito al giudizio amministrativo sui provvedimenti prescrittivi adottati nei confronti della Società il Consiglio di Stato ha ritenuto che: a) *“gli sbilanciamenti effettivi imputati all'odierno appellante [fossero] ... illeciti e, quindi, potenzialmente rilevanti per l'adozione di diverse misure amministrative o l'attivazione di distinti rimedi giuridici”* e tuttavia b) *“l'accertamento di sbilanciamenti illeciti e di profitti indebiti tratti dall'operatore economico non può ritenersi sufficiente per l'adozione di una misura prescrittiva, la quale (...) richiede, altresì, una lesione dei diritti dell'utenza per effetto della condotta ascritta all' esercente il servizio”*;
12. con deliberazione 217/2021/E/eel l'Autorità ha avviato, con riferimento alle società elencate nella Tabella 1 allegata alla medesima (tra cui la Società), procedimenti per svolgere un supplemento di istruttoria in ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo in tema di strategie di programmazione non diligenti di energia elettrica e, tra queste, proprio alla Sentenza che ha definito il giudizio promosso dalla Società avverso i provvedimenti prescrittivi.

CONSIDERATO, QUINDI, CHE:

13. alla luce delle statuizioni di cui al punto 11 non dovrebbero trovare accoglimento le argomentazioni svolte nell'ambito del presente procedimento sanzionatorio dalla Società con la sopracitata memoria 16 agosto 2021 relativamente al difetto di istruttoria del connesso procedimento prescrittivo e, in particolare, al mancato accertamento del nesso di causalità tra la condotta contestata alla Società e l'incremento dell'*uplift* e all'asserito risparmio dei costi sostenuti da Terna per effetto

delle condotte contestate che si risolverebbe, in ultima analisi, in un beneficio per l'utenza finale;

14. al riguardo giova infatti rilevare la diversità dei presupposti per l'esercizio dei poteri prescrittivi e sanzionatori attribuiti all'Autorità da due distinte disposizioni di legge in base alla chiara tassonomia legislativa più volte richiamata dal Giudice amministrativo. Se per l'esercizio del primo (ex articolo 2, comma 20, lett. d) della legge 481/95) si richiede la violazione di un provvedimento dell'Autorità e la 'lesione del diritto dell'utente', per l'esercizio del secondo, oggetto del presente procedimento, il presupposto è la violazione della regola di condotta imposta da un provvedimento dell'Autorità, nella specie la violazione dell'obbligo di definire programmi di prelievo che utilizzino le migliori stime dei quantitativi di energia elettrica, in conformità ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza. Come sopra evidenziato, tale violazione risulta accertata, nella Sentenza, dallo stesso Consiglio di Stato che pur ravvisando un difetto di istruttoria idoneo ad incidere sul provvedimento prescrittivo, qualifica gli sbilanciamenti effettuati dalla Società come illeciti, in quanto violativi del programma vincolante ex art. 14 comma 6 della deliberazione 111/06 "e, quindi, potenzialmente rilevanti per l'adozione di diverse misure amministrative o l'attivazione di distinti rimedi giuridici". Il presente procedimento sanzionatorio, dunque, è volto ad assicurare la reazione dell'ordinamento alla violazione di una regola di condotta consistente nell'obbligo di programmazione diligente, indipendentemente dai riflessi della condotta stessa sull'*uplift*.

CONSIDERATO, TUTTAVIA, CHE:

15. nel giudizio di revocazione promosso dall'Autorità avverso la prima pronuncia del Consiglio di Stato (sentenza 5886/2020) in tema di sanzioni per strategie di programmazione non diligenti di energia elettrica, il Consiglio di Stato ha riconosciuto l'errore di fatto revocatorio in cui era incorso il Giudice – in quanto "*il provvedimento principalmente impugnato (con ricorso recante motivi aggiunti in primo grado) non è stato qualificato, per come era evidente la sua natura giuridica e cioè quale atto sanzionatorio, oltre a non essere stato indicato correttamente, bensì è stato confuso con altro atto [...]ma diverso e dal contenuto prescrittivo*" (sentenza 6017/2021). In particolare, il Consiglio di Stato – in contrasto con il proprio stesso orientamento che aveva espressamente distinto il provvedimento prescrittivo da quello sanzionatorio – ha concluso che "*il percorso che ha condotto ARERA ad irrogare una sanzione pecuniaria nei confronti di Bluenergy "soffre" delle appurate illegittimità istruttorie che hanno "macchiato" gli atti presupposti, rispetto al provvedimento di irrogazione della sanzione adottato nel 2018*";
16. la posizione assunta dal Consiglio di Stato nel giudizio di revocazione avverso la prima sanzione in materia di strategie di programmazione non diligenti di energia elettrica risulta ora confermata dalle successive sentenze 6498/2021, 6504/2021 e 6505/2021, facendo peraltro espressamente salvo il "*riesercizio del potere [sanzionatorio], sulla scorta di un accertamento prescrittivo privo dei vizi rilevati*".

RITENUTO, QUINDI, OPPORTUNO:

17. prendere atto del pur controverso orientamento giurisprudenziale di cui ai punti precedenti e quindi, al fine di limitare l'insorgere di nuovo contenzioso, prorogare cautelativamente - in coerenza con quanto disposto dal comma 5 dell'articolo 4bis del Regolamento Sanzioni - il termine della fase decisoria del presente procedimento in modo tale che, nell'ambito del procedimento sanzionatorio, l'Autorità possa tenere conto degli esiti del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/eel per l'esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato sul provvedimento prescrittivo;
18. che, in ragione della proroga di cui al punto precedente, il termine della fase decisoria del presente procedimento sia fissato in 90 (novanta) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/com;
19. prevedere che la Società, fermi gli esiti del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/com, possa eventualmente precisare quanto argomentato con la memoria di replica alle risultanze istruttorie in merito ai riflessi della Sentenza sulla quantificazione della sanzione entro e non oltre 20 (venti) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/com

DELIBERA

1. di prorogare, ai sensi dell'articolo 4bis, comma 5 del Regolamento Sanzioni, il termine della fase decisoria del procedimento avviato con determinazione DSAI/93/2017/eel e di fissare detto termine in 90 (novanta) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/com;
2. prevedere che l'utente del dispacciamento di cui all'Allegato A, fermi gli esiti del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/com, possa eventualmente precisare quanto argomentato con la memoria di replica alle risultanze istruttorie in merito ai riflessi della sentenza sulla quantificazione della sanzione entro e non oltre 20 (venti) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/com;
3. di comunicare il presente provvedimento al soggetto di cui all'Allegato A mediante pec all'indirizzo ivi indicato, nonché di pubblicarlo sul sito internet dell'Autorità www.arera.it ad eccezione dell'Allegato A

Avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso dinanzi 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.

12 ottobre 2021

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini