

DELIBERAZIONE 15 MARZO 2022

100/2022/S/EEL

PROROGA DEL TERMINE PER L'ADOZIONE DEI PROVVEDIMENTI DI CHIUSURA DI DUE PROCEDIMENTI SANZIONATORI 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 1196^a riunione del 15 marzo 2022

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) e, in particolare, l'articolo 2, comma 20, lett. c);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e s.m.i. (di seguito: decreto legislativo 79/99);
- 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 (di seguito: decreto-legge 35/05);
- 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. (di seguito: legge 161/14) e, in particolare, l'articolo 22;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244 (di seguito: d.P.R. 244/01);
- 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 28 dicembre 2016, 800/2016/R/eel (di seguito: deliberazione 800/2016/R/eel);
- la deliberazione dell'Autorità 16 marzo 2017, 165/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 165/2017/E/eel);
- la deliberazione dell'Autorità 16 marzo 2017, 166/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 166/2017/E/eel);
- la deliberazione dell'Autorità 24 marzo 2017, 177/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 177/2017/E/eel);
- la deliberazione 21 dicembre 2017, 887/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 887/2017/E/eel);
- la deliberazione dell'Autorità 2 febbraio 2018, 57/2018/A e s.m.i.;
- la deliberazione dell'Autorità 11 aprile 2018, 259/2018/E/eel (di seguito: deliberazione 259/2018/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) 21 luglio 2017, DSAI/32/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/32/2017/eel);
- la determinazione del Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni (di seguito: Direttore DSAI) 21 luglio 2017, DSAI/33/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/33/2017/eel);
- le sentenze del TAR Lombardia, Milano, Sezione II, e del Consiglio di Stato, Sezione VI, sui ricorsi proposti dalle Società di cui agli Allegati A e B alla presente deliberazione per l'annullamento dei relativi provvedimenti prescrittivi (di seguito, rispettivamente: Sentenze del Giudice Amministrativo e Società 1 e 2);
- 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 (nel seguito, rispettivamente: sentenze 5886/2020, 6017/2021, 6498/2021, 6504/2021 e 6505/2021);
- la sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sezione I, 22 novembre 2021, n. 2589 (di seguito: sentenza 2589/2021).

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: 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 quelli indicati negli *Allegati A e B* (e qui richiamati, rispettivamente, come Società 1 e 2) al presente provvedimento, 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 alle due Società - rispettivamente con note prot. Autorità 27029 del 28 settembre 2016 e 25418 del 15 settembre 2016 - evidenziavano un'attività di programmazione delle stesse 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 delle medesime Società;
4. pertanto, con deliberazioni 165/2017/E/eel e 166/2017/E/eel, l'Autorità ha:
 - i) escluso la configurabilità delle condotte delle Società come potenzialmente manipolative ai sensi dell'articolo 5 del regolamento REMIT, in quanto ha dato atto che, a livello del singolo utente del dispacciamento, non risultavano aver alterato i prezzi di mercato;
 - ii) ordinato alle Società in questione la restituzione a Terna degli importi corrispondenti all'indebito beneficio conseguito per effetto delle predette condotte di programmazione non diligenti, messe in atto dai medesimi utenti, determinati secondo i criteri e le modalità definite negli Allegati B alle sopra citate deliberazioni;
 - iii) conferito mandato al Direttore DSAI di valutare la sussistenza di presupposti per l'avvio di procedimenti sanzionatori nei confronti delle Società, per violazione dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06;
5. sulla base dei dati acquisiti nell'ambito dei predetti procedimenti, il Direttore DSAI, con determinazioni DSAI/32/2017/eel e DSAI/33/2017/eel ha avviato procedimenti sanzionatori nei confronti delle Società per accertare la violazione dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06, risultando l'illegittimità delle condotte contestate dalla dimensione dell'errore di sbilanciamento e dalla sistematicità delle stesse, secondo quanto specificato negli allegati A dei citati atti di avvio dei procedimenti sanzionatori;
6. con successivi provvedimenti, l'Autorità ha confermato (deliberazione 259/2018/E/eel) il provvedimento prescrittivo adottato nei confronti della Società 1, in considerazione dell'irrilevanza degli elementi fattuali trasmessi dalla Società,

- mentre ha revisionato (con deliberazione 887/2017/E/eel) il contenuto dell'Allegato B al provvedimento adottato nei confronti della Società 2 (deliberazione 166/2017/E/eel), personalizzando le soglie di tolleranza ivi indicate, in considerazione della rilevanza degli elementi fattuali trasmessi dalla Società;
7. nel corso della fase istruttoria dei relativi procedimenti sanzionatori, le Società 1 e 2 hanno presentato memorie difensive acquisite, rispettivamente, con prot. Autorità 30252 del 19 settembre 2017 e 30389 del 20 settembre 2017;
 8. con note del 28 dicembre 2021 (prot. Autorità 49130 e 49131) il Responsabile dei procedimenti sanzionatori ha comunicato le risultanze istruttorie alle due Società;
 9. nel corso della fase decisoria, le Società 1 e 2 hanno presentato memorie di replica alle risultanze istruttorie, con note acquisite, rispettivamente, con prot. Autorità 5943 e 5939 dell'11 febbraio 2022.

CONSIDERATO, ALTRESÌ, CHE:

10. i provvedimenti prescrittivi di cui alle citate deliberazioni sono stati impugnati dalle Società dinanzi al Giudice Amministrativo, il quale ha parzialmente accolto i ricorsi nella parte relativa all'obbligazione restitutiva, per difetto di istruttoria e di motivazione, statuendo, in particolare, che: a) gli sbilanciamenti effettivi imputati alle Società fossero comunque violativi dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/2006 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 (violativi dell'obbligo di diligente programmazione) e di profitti (conseguentemente) indebiti tratti dall'operatore economico non potessero ritenersi sufficienti per l'adozione di una misura prescrittiva, la quale richiede, altresì, una correlazione tra il comportamento ascritto all'esercente il servizio e la lesione dei diritti dell'utenza conseguentemente procurata;
11. con deliberazione 217/2021/E/eel l'Autorità ha quindi avviato, con riferimento alle società elencate nella Tabella alla medesima allegata (tra cui le due 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.

CONSIDERATO, QUINDI, CHE:

12. alla luce delle statuizioni contenute nelle Sentenze del Giudice Amministrativo emesse nei confronti delle due Società, l'accoglimento della censura relativa al difetto di istruttoria e di motivazione, nell'ambito dei procedimenti prescrittivi, non produrrebbe effetti nell'ambito dei procedimenti sanzionatori; al riguardo giova infatti rilevare la diversità dei presupposti per l'esercizio dei poteri prescrittivo e sanzionatorio 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 dei presenti procedimenti, 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 e di immissione 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 nelle sentenze del Giudice Amministrativo che, pur ravvisando un difetto di istruttoria idoneo ad incidere sul provvedimento prescrittivo, qualificano gli sbilanciamenti effettuati dalle Società come illeciti, in quanto violativi del programma vincolante ex articolo 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. In altre parole, il procedimento sanzionatorio 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:

13. nel giudizio di revocazione promosso dall'Autorità avverso la pronuncia del Consiglio di Stato (sentenza n. 5886/2020) in tema di sanzioni per strategie di programmazione non diligenti di energia elettrica, il Consiglio di Stato, pur riconoscendo 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 n. 6017/2021), ha respinto nel merito il ricorso dell'Autorità. Il Consiglio di Stato – in contrasto con il proprio stesso orientamento che aveva espressamente distinto il provvedimento prescrittivo da quello sanzionatorio – ha ritenuto infatti 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”*;
14. 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 confermata dalle successive sentenze nn. 6498/2021, 6504/2021 e 6505/2021 che hanno fatto peraltro espressamente salvo il *“riesercizio del potere [sanzionatorio], sulla scorta di un accertamento prescrittivo privo dei vizi rilevati”*;
15. detto orientamento non risulta condiviso dalla Prima Sezione del Tar Lombardia che con sentenza del 22 novembre 2021, n. 2589 ha rilevato che *“l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento prescrittivo non spiega effetti (caducanti o invalidanti) sul provvedimento sanzionatorio oggetto del presente giudizio”*.

RITENUTO, QUINDI, OPPORTUNO:

16. 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 4*bis* del Regolamento Sanzioni - il termine della fase decisoria dei procedimenti in oggetto, in modo tale che, nell'ambito degli stessi, l'Autorità possa - nella denegata ipotesi di conferma di detto orientamento - tenere conto degli esiti dei procedimenti avviati con la deliberazione 217/2021/E/eel per l'esecuzione delle sentenze del Giudice Amministrativo sui provvedimenti prescrittivi;
17. che, in ragione della proroga di cui al punto precedente, il termine della fase decisoria dei procedimenti in oggetto 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 nei provvedimenti finali dei procedimenti avviati con la deliberazione 217/2021/E/eel;
18. prevedere che le Società, fermi gli esiti dei predetti procedimenti, possano eventualmente replicare in merito ai riflessi delle Sentenze del Giudice Amministrativo sulla quantificazione delle sanzioni 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 nei provvedimenti finali dei procedimenti avviati con la deliberazione 217/2021/E/eel

DELIBERA

1. di prorogare, ai sensi dell'articolo 4*bis*, comma 5, del Regolamento Sanzioni, il termine della fase decisoria dei procedimenti avviati con determinazioni DSAI/32/2017/eel e DSAI/33/2017/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 nei provvedimenti finali dei procedimenti avviati con deliberazione 217/2021/E/eel;
2. prevedere che gli utenti del dispacciamento di cui agli Allegati A e B, fermi gli esiti dei procedimenti avviati con deliberazione 217/2021/E/eel, possano eventualmente replicare in merito ai riflessi delle sentenze del Giudice Amministrativo sulla quantificazione delle sanzioni 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 nei provvedimenti finali dei procedimenti avviati con deliberazione 217/2021/E/eel;
3. di comunicare il presente provvedimento ai soggetti di cui agli Allegati A e B mediante pec all'indirizzo ivi indicato, nonché di pubblicarlo sul sito internet dell'Autorità www.arera.it ad eccezione degli Allegati A e B.

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.

15 marzo 2022

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini