

DELIBERAZIONE 16 GIUGNO 2020
214/2020/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 1115^a riunione del 16 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. (di seguito: decreto legislativo 79/1999);
- 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;
- 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, 161/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 161/2017/E/eel);
- la deliberazione dell'Autorità 24 marzo 2017, 177/2017/E/eel;
- la deliberazione dell'Autorità 24 marzo 2017, 193/2017/E/eel;
- la deliberazione dell'Autorità 5 dicembre 2017, 818/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 818/2017/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/30/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/30/2017/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 n. 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 25161 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 161/2017/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 161/2017/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/30/2017/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 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 maggio 2015 e giugno 2016;
- il tutto meglio precisato nell'Allegato A alla citata determinazione DSAI/30/2017/eel.
5. Con deliberazione 818/2017/E/eel l'Autorità, in considerazione della rilevanza degli elementi fattuali trasmessi dalla società ai sensi del punto 3 della citata deliberazione 161/2017/E/eel, ha revisionato il contenuto dell'Allegato B a quest'ultima deliberazione, con particolare riferimento alle soglie di tolleranza ivi contenute.
 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 ed il giudizio è attualmente pendente al Consiglio di Stato.
 7. Nel corso dell'istruttoria la società non ha depositato documentazione difensiva.
 8. Con nota 4 febbraio 2020 (prot. Autorità 3872), il Responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie.
 9. Con comunicazione 12 marzo 2020 (prot. Autorità 9206) la società ha trasmesso la memoria di replica, con allegata documentazione.

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 trasmessa il 12 marzo 2020 (prot. Autorità 9206) sopra citata, la società svolge – anche richiamando le memorie e la documentazione prodotta nell’ambito del procedimento prescrittivo - le proprie difese volte, in via principale, a dimostrare la mancanza dei presupposti per l’applicazione di una sanzione (con conseguente archiviazione del procedimento) o, in subordine, a far sì che l’Autorità, qualora ritenga sussistente la violazione contestata, tenga conto delle argomentazioni specifiche riferite al portafoglio clienti della società medesima e di ulteriori circostanze, idonee, a suo dire, a giustificare una sanzione meramente simbolica o comunque corrispondente al minimo edittale.
15. La società dopo aver illustrato il contesto in cui svolgeva la propria attività nel periodo di riferimento ed evidenziato la correttezza della propria condotta commerciale (tanto da non essere mai stata oggetto in precedenza di provvedimenti prescrittivi o sanzionatori da parte dell’Autorità), eccepisce l’improvviso avvio del procedimento prescrittivo, dal momento che fino a quel momento nessuna contestazione relativa ad alcun inadempimento contrattuale le era stata mossa dall’Autorità e/o da Terna (circostanze già documentate nell’ambito del procedimento prescrittivo ex delibera 342/2016/E/eel). Pertanto, proprio l’assenza di precedenti segnalazioni da parte di Terna ai sensi dell’art. 14, comma 7 della deliberazione 111/06, di sue contestazioni per inadempimento contrattuale come previsto dal Codice di Rete per “*ogni altro comportamento che possa compromettere la sicurezza e continuità del servizio elettrico*”, ai sensi del combinato disposto dei par. 14.4.1.2 lett. d) e 14.4.2.1.2., e di rilievi da parte dell’Autorità (destataria dei rapporti settimanali di Terna sull’andamento del mercato ai sensi dell’art. 6 del TIMM), avrebbe ingenerato nella società la convinzione della correttezza della propria condotta.
16. La società sostiene che la condotta contestata non possa essere qualificata come “volontaria”, stante l’assenza di norme che ne sancivano l’illegittimità all’epoca dei fatti in questione (le soglie di tolleranza, il superamento delle quali avrebbe causato l’errore di programmazione, mai introdotte con uno specifico atto regolatorio, sarebbero state oggetto di ricognizione normativa con la deliberazione 444/2016/R/eel, successiva a detta condotta), di eccezioni da parte di Terna e in considerazione della fisiologicità di errori nell’attività di programmazione, tenuto conto della struttura del MGP e dalle modalità di intervento sul mercato.
17. Nel ribadire quanto già rappresentato nell’ambito del procedimento prescrittivo, la società evidenzia come, in relazione alle caratteristiche dei propri impianti, non avrebbe in alcun modo potuto incidere sui costi e prezzi di sbilanciamento se

rapportato all'intera platea degli utenti di dispacciamento, e contesta la modalità di calcolo degli sbilanciamenti utilizzata per attuare il meccanismo di restituzione. Detta modalità, infatti, come si evincerebbe anche da uno studio tecnico allegato alla documentazione difensiva, risulterebbe particolarmente penalizzante nei confronti degli operatori con portafogli di piccole dimensioni e sarebbe lesiva del principio di libera concorrenza "ostacolando di fatto il diritto di accesso al mercato ai nuovi operatori, attraverso l'imposizione di costi e l'adempimento di prestazioni per quest'ultimi particolarmente gravosi", rispetto al trattamento riservato ad operatori di notevoli dimensioni e con presenza consolidata sul territorio. Ciò anche in considerazione degli "inevitabili errori previsionali che in tema di sbilanciamenti riferibili ad un numero esiguo di soggetti scontano inevitabilmente una maggiore incidenza percentuale sui complessivi consumi effettivi". Dunque, l'applicazione della soglia di tolleranza del 30% non potrebbe costituire, secondo la società, un parametro uniforme applicato a portafogli di diverse grandezze. La società evidenzia, altresì, di non aver conseguito margini rilevanti e di non aver contribuito, per quanto sopra evidenziato, all'incremento dell'*uplift* ed anzi sostiene che la propria condotta avrebbe consentito un risparmio dei costi sostenuti da Terna su MSD che si traduce in una riduzione della componente dispacciamento che a sua volta va a ridurre l'*uplift* generando un risparmio per i consumatori finali. Inoltre, la condotta contestata riguarderebbe solo partite economiche e non la sicurezza del sistema elettrico, in quanto i programmi di immissione e prelievo degli utenti del dispacciamento non vengono utilizzati da Terna ai fini dell'attività di bilanciamento.

18. La società rileva, inoltre, l'incongruenza nella determinazione del periodo di riferimento (settembre 2015 / luglio 2016) e segnatamente lamenta 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, proprio il comportamento omissivo di Terna e dell'Autorità durante il periodo di riferimento avrebbe ingenerato, come già evidenziato, un legittimo affidamento nella stessa circa la correttezza della propria attività di programmazione e relativa aderenza alle disposizioni di cui alla deliberazione 111/06. La società, infatti, sarebbe stata resa edotta della condotta contestata solo con la notificazione della summenzionata deliberazione 342/2016/E/eel (circostanza questa considerata dirimente dalla società).
19. La società eccepisce, altresì, l'indeterminatezza dei principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza di cui all'art. 14, comma 6 della deliberazione 111/06. 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 conforme a detti principi; 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, ad avviso della società, vaghi e indeterminati. Solamente con successiva deliberazione 444/2016/R/eel sarebbero state introdotte soglie puntuali per il calcolo dei corrispettivi di sbilanciamento.

20. Viene inoltre eccepito lo sviamento dei poteri istituzionali dell'Autorità che apparirebbero utilizzati per un intervento a difesa di Terna nell'ambito di un rapporto di natura negoziale. L'eventuale inadempimento contrattuale (che ad avviso della società nel caso di specie non si sarebbe verificato) che non comporti la risoluzione ai sensi dell'art. 13 del contratto di dispacciamento, avrebbe dovuto essere oggetto di tempestiva e specifica contestazione da parte di Terna. Viceversa, si evidenzerebbe un grave inadempimento di Terna dei propri obblighi istituzionali in materia di dispacciamento e di monitoraggio del mercato. L'inerzia di Terna, invece, confermerebbe l'assenza delle violazioni contestate.
21. Viene anche contestata l'impostazione seguita dall'Autorità nell'esercizio del proprio ruolo nel presente procedimento, che contrasterebbe con quello specifico di 'conciliatore' ed 'arbitro' richiamato nell'ambito della disciplina del dispacciamento dall'art. 5.3 della delibera 111/2006.
22. La società sostiene, inoltre, che il procedimento sanzionatorio assumerebbe una connotazione persecutoria volta ad aggravare la situazione della società - già pregiudicata dai continui mutamenti normativi che hanno interessato il settore, dal lungo e oneroso procedimento prescrittivo e dal connesso contenzioso amministrativo - e che vi sarebbe un'evidente sproporzione tra il presunto margine conseguito dalla società e l'entità della sanzione calcolata sulla base di una valutazione della condotta basata sui parametri della deliberazione 444/2016, non vigenti all'epoca dei fatti e attualmente *sub iudice*.
23. Da ultimo, la società svolge le proprie osservazioni relative alla quantificazione della eventuale sanzione.
24. In particolare, viene chiesto di considerare la piena collaborazione offerta dalla società nel corso del procedimento prescrittivo (fornendo riscontri puntuali e tempestivi) e del presente, e le ulteriori circostanze di seguito riportate. La condotta contestata sarebbe stata posta in essere in buona fede e determinata dal quadro normativo lacunoso e in continua evoluzione e non avrebbe provocato alcun danno diretto ai clienti finali sotto il profilo economico. Inoltre, se anche vi fosse stato inadempimento da parte della società, l'art. 1225 c.c. limita il danno risarcibile a quello prevedibile (nella fattispecie invece la società avrebbe agito secondo le disposizioni regolamentari vigenti, in assenza di contestazioni da parte di Terna e sussisterebbe l'impossibilità di stabilire in che misura la società ha determinato un aumento dell'*uplift*). La società ha provveduto al pagamento tempestivo (con riserva) della fattura di Terna a seguito del provvedimento prescrittivo come confermato dalla deliberazione 818/2017/E/eel.

Valutazione delle argomentazioni della società

25. Risulta infondata la censura relativa al presunto ritardo di Terna nel segnalare, e dell'Autorità nel contestare, l'attività non diligente nella programmazione dei

prelievi da parte della società, con conseguente violazione del legittimo affidamento. Al riguardo si rileva che i rapporti di cui all'articolo 6 del TIMM citati dal destinatario del presente provvedimento riguardano, da un lato, l'andamento del mercato per il servizio di dispacciamento con riferimento ai comportamenti degli utenti abilitati alla partecipazione attiva allo stesso (invio con cadenza settimanale) e, dall'altro, il monitoraggio dello sbilanciamento aggregato zonale e dei relativi prezzi di sbilanciamento (invio con cadenza mensile). Le condotte di programmazione non diligenti, oggetto di contestazione nel presente provvedimento, sono segnalate esclusivamente nei rapporti di cui all'articolo 14, comma 7, della delibera 111/06. Terna ha provveduto ad inviare tali rapporti per la prima volta unitamente ai rapporti mensili dello sbilanciamento di cui al TIMM nel giugno 2016. In tale sede è stata, in particolare, fornita la sintesi mensile degli sbilanciamenti da gennaio ad aprile 2016 con un focus specifico sul comportamento degli utenti del dispacciamento, non specificatamente richiesto dal TIMM, ma fornito proprio ai sensi del citato articolo 14, comma 7, della deliberazione 111/06. Questa scelta si giustificava 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 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. Si osserva inoltre, con riguardo al riferimento al combinato disposto dei paragrafi 14.4.1.2 lett. d) e 14.4.2.1.2.) del Codice di Rete, in base al quale l'inadempimento contrattuale della società (e da questa negato) avrebbe dovuto comportare una diffida da parte di Terna (che non c'è stata), che in base al primo dei suddetti richiami costituisce violazione del Codice di Rete, oltre ai casi specificati, *“ogni altro comportamento che possa compromettere la sicurezza e la continuità del servizio elettrico”*. Le violazioni sulla diligenza non rientrano in questa fattispecie, in quanto una programmazione fortemente sbilanciata sui mercati dell'energia può essere corretta da Terna attivando risorse sul mercato per il servizio di dispacciamento, soprattutto con riferimento alla fase di programmazione ex-ante. Non era quindi necessario per il gestore provvedere ad alcuna diffida nei confronti del destinatario del presente provvedimento ai sensi del Codice di Rete. Era invece compito del gestore, come esplicitamente fatto, segnalare le condotte non diligenti all'Autorità per l'emanazione dei provvedimenti di competenza. Le violazioni contestate, infatti, ledono il diritto degli utenti del sistema elettrico ad una corretta valorizzazione delle risorse per il servizio di dispacciamento, con incremento del corrispettivo *uplift*: era quindi l'Autorità, in qualità di responsabile per la definizione delle regole di *settlement* del sistema elettrico e dei criteri per la valorizzazione degli sbilanciamenti, l'ente preposto ad attivarsi con misure di contrasto ed eventualmente sanzione di tali condotte. E su questo aspetto 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 che ha modificato l'art. 14, comma 6, della deliberazione 111/06) 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.

26. Con riguardo alle argomentazioni della società volte a supportare l'asserita mancanza del carattere di "volontarietà" della condotta contestata, si rileva come l'obiezione relativa alla violazione del divieto di retroattività sia infondata dal momento che, come evidenziato nel punto precedente, la norma violata preesisteva a detta condotta. Infatti, l'obbligo di definire programmi di immissione e prelievo secondo principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza era già stabilito dal comma 6 dell'articolo 14 della deliberazione 111/2006, certamente in vigore al momento del verificarsi dei fatti oggetto di contestazione. Detta disposizione 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. Di conseguenza, la circostanza che la soglia di tolleranza del 30% sia stata determinata successivamente alla condotta contestata (con deliberazione 444/2016 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. Giova al riguardo ricordare che la suddetta argomentazione è stata più volte valutata positivamente dal giudice amministrativo e nello stesso senso si è pronunciato il Tar Lombardia, Milano, nel rigettare il ricorso presentato dalla società stessa avverso il provvedimento prescrittivo. Parimenti infondata deve ritenersi l'affermazione per cui l'errore di programmazione sarebbe involontario stante l'alea di ogni forma di previsione e la fisiologicità di errori nell'attività di programmazione. Si osserva al riguardo che la soglia di tolleranza 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. Detta soglia, stabilita dall'Autorità in misura peraltro assai più elevata di quelle fissate in linea di principio con precedente provvedimento (deliberazione n. 197/2013) - non risulta peraltro 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% adottata 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. Pertanto, il fatto che nel caso di specie la società sia incorsa in errori di programmazione di gran lunga superiori alle soglie, peraltro rettificata in sede di conferma del provvedimento prescrittivo, dimostra la sussistenza di una programmazione non diligente e la circostanza che tali errori si siano verificati in una sola zona e con riferimento a tre mesi consecutivi (cfr. successivo punto 33), risultando invece diligente la condotta della società nelle altre zone e periodi, avvalorata la volontarietà dell'errore di programmazione.

27. Circa la lamentata incongruenza della modalità di calcolo degli sbilanciamenti utilizzata per attuare il meccanismo di restituzione, attuata con un criterio percentuale, e non in termini assoluti, e considerando solo gli sbilanciamenti a livello zonale e non anche macrozonale, si rileva che l'utilizzo di un criterio di stima degli sbilanciamenti in termini assoluti non fornisce risultati attendibili e può risultare discriminatorio. Una programmazione diligente, infatti, dovrebbe portare a errori di programmazione in valore assoluto correlati con la taglia delle unità di produzione e consumo inserite nel portafoglio di ciascun utente del dispacciamento, ovvero, in altre parole, con la dimensione del portafoglio stesso. Fissare un errore di riferimento in valore assoluto porta a discriminazioni fra utenti del dispacciamento con portafogli di dimensione ridotta (che ne sarebbero beneficiati) e utenti del dispacciamento con portafogli di dimensione più ampia (che potrebbero venirne penalizzati). Viceversa, l'utilizzo di soglie in valore percentuale, evita discriminazioni tra operatori di ridotte e grandi dimensioni in quanto "adimensionale". Si osserva, altresì che la programmazione degli utenti ha carattere zonale nell'ottica di definire programmi vincolanti di immissione e prelievo il più possibile coerenti con l'effettivo stato della produzione e del consumo in ciascuna zona di mercato: solo in questo modo, infatti, si può pervenire, in esito ai mercati dell'energia, ad un dispacciamento delle unità di produzione abilitate che consenta di minimizzare le attivazioni delle risorse sul mercato per il servizio di dispacciamento, con contenimento dei costi a carico del sistema elettrico. Laddove si valorizzassero gli sbilanciamenti effettivi su base macrozonale, non si apprezzerebbero gli squilibri di programmazione fra una zona e l'altra, e ciò

- comporterebbe, in sostanza, la creazione di indebiti spazi di non considerazione di condotte parimenti non improntate alla diligenza richiesta all'operatore.
28. 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.
29. 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”.

30. Con riguardo al lamentato sviamento dei poteri istituzionali dell’Autorità con indebita ingerenza nell’ambito di un rapporto di natura negoziale, deve rilevarsi che, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, l’Autorità risulta legittimata all’esercizio di tale potere dallo stesso contratto di dispacciamento che, al punto 4.1, consente a Terna di segnalare l’inosservanza da parte dell’utente del dispacciamento dei propri obblighi, consistente nel dovere di *“definire i programmi di immissione utilizzando le migliori stime dei quantitativi di energia elettrica effettivamente prodotti dalle medesime unità, in conformità ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza”*, imposto dall’articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06. Deve, quindi, escludersi la rilevanza meramente civilistica dell’inadempimento che sottrarrebbe il contratto ad una possibilità di intervento di regolazione da parte dell’Autorità tenuto conto che il servizio di dispacciamento erogato da Terna è volto ad *“assicurare che la quantità di energia elettrica immessa in rete istante per istante sia corrispondente alle quantità prelevate”* e che, come riconosciuto dal Consiglio di Stato, *“la gestione del sistema elettrico a un costo giustificato e ragionevole costituisca l’essenza stessa del servizio di dispacciamento”*, ragione per cui le misure prescrittive volte a conseguire tale finalità mirano al soddisfacimento di un interesse pubblico generale consistente nell’equilibrio del sistema. Si tratta, infatti, di un servizio indispensabile per garantire il coordinamento dei vari soggetti che partecipano al mercato, consustanziale al mercato regolamentato che l’Autorità crea in applicazione dell’articolo 3, comma 3, del decreto legislativo 79/1999, secondo il quale: *“L’Autorità (...) fissa le condizioni atte a garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni, l’imparzialità e la neutralità del servizio di trasmissione e dispacciamento. Nell’esercizio di tale competenza l’Autorità persegue l’obiettivo della più efficiente utilizzazione dell’energia elettrica prodotta o comunque immessa nel sistema elettrico nazionale, compatibilmente con i vincoli tecnici della rete. L’Autorità prevede, inoltre, l’obbligo di utilizzazione prioritaria dell’energia elettrica prodotta a mezzo di fonti energetiche rinnovabili e di quella prodotta mediante cogenerazione”*. Le regole del servizio di dispacciamento definiscono, quindi, il contenuto dei contratti o accordi in senso conforme alle esigenze del mercato di cui il provvedimento del regolatore si fa interprete e garante anche attraverso gli interventi di riequilibrio in fase di esecuzione di tali contratti (in questi termini, tra le altre, la sentenza che ha respinto il ricorso della società sopra citato).
31. La doglianza della società relativa all’asserito contrasto dell’impostazione seguita dall’Autorità nell’esercizio del proprio ruolo nel presente procedimento rispetto a quello richiamato nell’ambito della disciplina del dispacciamento dall’art. 5.3 della delibera 111/06, appare del tutto inconferente, trattandosi di fattispecie nettamente distinte, quanto a presupposti e finalità. Con il presente procedimento l’Autorità

esercita d'ufficio il potere sanzionatorio alla stessa riconosciuto dall'art. 2, comma 20, lett. c) della legge 481/95 "*salvo che il fatto costituisca reato*", tra l'altro, "*in caso di inosservanza dei propri provvedimenti*"; la fattispecie di cui al summenzionato art. 5.3 attiene, invece, alla possibilità degli interessati di richiedere concordemente l'intervento dell'Autorità – che in tal caso svolge funzioni di conciliazione ed arbitrato - in caso di controversie nell'applicazione della disciplina relativa alle condizioni tecnico-economiche per l'erogazione del servizio di dispacciamento di cui alla deliberazione 111/06 e al Codice di Rete.

32. Del tutto apodittica è l'affermazione per cui il presente procedimento assumerebbe una connotazione persecutoria nei confronti della società. Detto procedimento, come ogni altro avviato dall'Autorità, è diretta conseguenza dell'esercizio del potere sanzionatorio riconosciuto dalla legge all'Autorità medesima e da quest'ultima esercitato, conformemente alla normativa vigente in materia, in modo da assicurare ai partecipanti un ampio esercizio dei relativi diritti di difesa e contraddittorio.
33. Ciò premesso, la società risulta aver riportato sbilanciamenti medi mensili superiori alle soglie di tolleranza seppure rettificati con deliberazione 818/2017/E/eel a seguito degli elementi fattuali trasmessi dalla medesima ai sensi del punto 3 del provvedimento prescrittivo (deliberazione 161/2017/E/eel). Segnatamente, a seguito delle precisazioni di cui all'Allegato B alla deliberazione 818/2017/E/eel, le contestazioni vanno riferite alla sola zona di mercato Centro Nord e ai mesi da aprile a giugno 2016.
34. La società risulta quindi aver violato il richiamato art. 14, comma 6, della deliberazione 111/06.
35. Le ulteriori argomentazioni di parte attinenti alla quantificazione della sanzione sono trattate di seguito.

QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE:

36. 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.
37. 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.
38. Più specificamente, ai fini della valutazione della gravità della violazione, si tiene conto di quanto evidenziato al punto 33.
 39. 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). Risulta pertanto inconferente il richiamo fatto dalla società all'art. 1225 c.c.. 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 così come quantificati da Terna, per il periodo 1° gennaio 2016 – 31 luglio 2016 (comunicazione di Terna del 19 gennaio 2018, acquisita con prot. Autorità 1765). Si precisa, comunque, che la sanzione viene determinata tenendo conto che la restituzione degli indebiti vantaggi costituisce già oggetto dei provvedimenti prescrittivi (deliberazioni 161/2017/E/eel e 818/2017/E/eel) e che la somma relativa risulta essere stata corrisposta dalla società (cfr. nota di Terna 23 novembre 2019, acquisita con prot. Autorità 190/2020).
 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 tiene conto del fatturato conseguito dalla società al 31 marzo 2016.
 43. Gli elementi sopra evidenziati consentono, pertanto, di determinare la sanzione nella misura di euro 130.500 (centotrentamilaquattrocento)

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 130.500 (centotrentamilacinquecento);
 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.

16 giugno 2020

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini