

DELIBERAZIONE 3 AGOSTO 2021
337/2021/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 1169^a riunione del 3 agosto 2021

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 (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 di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: 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 7 settembre 2017, 615/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 615/2017/E/eel);
 - la deliberazione dell’Autorità 11 aprile 2018, 251/2018/E/eel (di seguito: deliberazione 251/2018/E/eel);
 - la deliberazione dell’Autorità 2 febbraio 2018, 57/2018/A e s.m.i.;
 - la determinazione del Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni (di seguito: Direttore DSAI) 5 marzo 2018, DSAI/15/2018/eel (di seguito: determinazione DSAI/15/2018/eel).

FATTO:

1. Con comunicazioni 21 e 22 giugno 2016 (prot. Autorità 17692 del 22 giugno 2016 e 17834 del 23 giugno 2016) Terna - Rete elettrica nazionale S.p.A. (di seguito: Terna) ha segnalato 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 24791 del 9 settembre 2016 e prot. Autorità 28574 del 10 ottobre 2016) evidenziavano un’attività di programmazione 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 medesima Società. Pertanto, con deliberazione 615/2017/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 del singolo utente del dispacciamento, non risultano avere alterato i prezzi di mercato;
- ii) ordinato all'utente del dispacciamento in esame la restituzione a Terna degli importi corrispondenti all'indebito beneficio conseguito per effetto delle predette condotte di programmazione non diligenti messe in atto dal medesimo utente, determinati secondo i criteri e le modalità definite nell'Allegato B alla predetta deliberazione 615/2017/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 del suddetto utente, 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 determinazione DSAI/15/2018/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 risulterebbe:
- i) dalla dimensione dell'errore di sbilanciamento: è emersa un'incidenza degli sbilanciamenti effettivi rispetto ai prelievi effettivi delle unità di consumo (che sono state oggetto di analisi nel menzionato procedimento) nella titolarità della Società, superiore alle soglie massime di tolleranza di cui alla Tabella 2 dell'Allegato B della deliberazione 615/2017/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 sono protratte per un considerevole lasso temporale, essendo state poste in essere nel periodo intercorrente tra gennaio 2015 e maggio 2016;
- il tutto meglio precisato nell'Allegato A alla citata determinazione DSAI/15/2018/eel.
5. Pur confermando il provvedimento prescrittivo, con deliberazione 251/2018/E/eel l'Autorità – in considerazione della rilevanza degli elementi fattuali trasmessi dalla Società ai sensi del punto 3 della predetta deliberazione 615/2017/E/eel – ha revisionato il contenuto dell'Allegato B a quest'ultima deliberazione. Segnatamente, gli elementi puntuali adottati dalla Società con riferimento agli errori di *switching* e alle attivazioni inerenti a pratiche di connessione evase in ritardo, hanno consentito un'ulteriore personalizzazione della soglia di tolleranza per tutto l'anno 2015; conseguentemente, la condotta di programmazione nella zona Nord, Centro Nord, Sardegna e Sicilia è stata qualificata diligente. Con riferimento all'anno 2016 sono state altresì ulteriormente personalizzate le soglie di tolleranza della zona Centro Sud.
6. Nel corso dell'istruttoria del presente procedimento la Società non ha depositato documentazione difensiva.
7. In data 27 maggio 2021 (prot. Autorità 22728), il Responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie.

8. Con nota del 9 luglio 2021 (acquisita con prot. Autorità 27619 del 12 luglio 2021), la Società ha trasmesso una memoria di replica alle risultanze istruttorie e allegato documentazione difensiva.

VALUTAZIONE GIURIDICA:

9. Per la sicurezza del sistema elettrico nazionale, è essenziale l'equilibrio tra l'energia immessa e quella prelevata (cosiddetto "bilanciamento"). Terna deve garantire tale equilibrio, compensando immissioni e prelievi effettivi e poiché non dispone – in ragione della separazione tra attività di rete e di produzione e vendita – di impianti di produzione per variare in tempo reale i flussi di energia, necessita della cooperazione degli utenti del dispacciamento. Per minimizzare i volumi di bilanciamento tutti gli utenti del dispacciamento, inclusi i titolari delle unità non abilitate a presentare offerte sul MSD, assumono l'impegno vincolante di immettere/prelevare in/dalla rete in ciascun punto di dispacciamento per unità di produzione/consumo nella 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). Il comma 6 del medesimo articolo precisa che gli utenti del dispacciamento sono tenuti a definire programmi utilizzando "*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).
10. 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, in ultima istanza 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.
11. 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).

12. 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).
13. Come esposto in fatto, tale soglia *standard* è stata personalizzata per la Società dapprima con la deliberazione 615/2017/E/eel e relativo Allegato B e successivamente – a seguito di ulteriori elementi fattuali trasmessi dalla Società – con la deliberazione 251/2018/E/eel e relativo Allegato B, posteriore alla determinazione di avvio del presente procedimento. A fronte di ciò la Società risulta avere riportato sbilanciamenti medi mensili superiori alle suindicate soglie nelle seguenti zone di mercato e periodi:
 - Zona Centro Sud da marzo 2016 a giugno 2016;
 - Zona Sud da febbraio 2016 a luglio 2016.

Risultano significativi gli sbilanciamenti nella zona Centro Sud con picchi superiori al 200% (come dettagliatamente indicato nell’Allegato B alla deliberazione 251/2018/E/eel).

Argomentazioni difensive della società nella fase decisoria del procedimento.

14. Nella fase decisoria del presente procedimento, la Società ha svolto le proprie difese mediante il deposito di una memoria in replica alle risultanze istruttorie e dell’allegata documentazione difensiva, chiedendo l’archiviazione del procedimento “*onde evitare l’adozione di un provvedimento sanzionatorio illegittimo e come tale destinato ad essere annullato*”, ovvero, in via subordinata denegata, “*l’adozione di una sanzione simbolica non superiore al minimo edittale*”.
15. In primo luogo, la Società ha contestato il mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento, rilevando che la sua durata non sarebbe giustificata da esigenze procedurali o istruttorie.
16. Fermo il predetto rilievo, ad avviso della Società difetterebbero i presupposti per l’adozione di un provvedimento sanzionatorio nei confronti della medesima.
17. Prendendo le mosse dalla recente deliberazione 217/2021/E/eel, con la quale l’Autorità – in ottemperanza alle sentenze che hanno disposto l’annullamento dei provvedimenti prescrittivi adottati nei confronti di taluni utenti del dispacciamento – ha avviato nuovi procedimenti finalizzati a rivedere o, eventualmente, a confermare i suddetti provvedimenti prescrittivi, la Società ha affermato che:
 - l’Autorità dovrebbe rideterminarsi in autotutela rispetto al provvedimento prescrittivo assunto nei confronti della Società con la deliberazione 615/2017/E/eel e la successiva deliberazione 251/2018/E/eel;
 - il mancato accertamento del danno in termini di aumento dell’*uplift* per il sistema del dispacciamento e per gli utenti finali derivante dalle condotte di programmazione messe in atto dalla Società esclude che tali condotte possano ritenersi, di per sé, non diligenti con conseguente mancato accertamento della

- violazione dell'art. 14, comma 6, della deliberazione, 111/06 quale presupposto costitutivo dell'illecito;
- gli sbilanciamenti in controfase operati dalla Società nel periodo e nelle zone del provvedimento prescrittivo avrebbero generato un beneficio indiretto per il sistema del dispacciamento in termini di risparmio di spesa ben superiore al costo diretto sostenuto da Terna per effetto dell'applicazione dei corrispettivi di sbilanciamento effettivo.
18. La carenza dei presupposti per l'adozione di un provvedimento sanzionatorio, secondo la società, dovrebbe affermarsi anche in ragione della non configurabilità di una condotta illecita per assenza della sistematicità delle violazioni che è stata contestata nell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio. Al riguardo, la Società ha sottolineato come, a distanza di un mese dal predetto avvio, con deliberazione 251/2018/E/eel l'Autorità ha circoscritto il periodo in cui le condotte illegittime si sono verificate (primi mesi del 2016) e le zone interessate (zone Centro Sud e Sud).
19. La difesa della Società si è articolata, inoltre, attraverso l'indicazione di ulteriori vizi che inficerebbero il prospettato provvedimento sanzionatorio:
- la violazione del principio di tassatività e determinatezza, per l'assenza di un parametro normativo e regolamentare chiaro e preciso all'epoca delle condotte contestate ai fini della determinazione di soglie di tolleranza della diligenza che l'Autorità avrebbe definito solo *ex post*;
 - la violazione del principio del *ne bis in idem*, in ragione dell'adozione di un provvedimento prescrittivo fondato sui medesimi presupposti del prospettato provvedimento sanzionatorio;
 - il difetto di un'adeguata istruttoria preventiva in ragione del mero rinvio agli elementi accertati nel corso del procedimento volto all'emanazione del presupposto provvedimento prescrittivo.
20. La Società ha svolto, infine, le proprie difese in ordine alla quantificazione della sanzione che, nella denegata ipotesi di sua irrogazione, dovrebbe essere quantificata in via del tutto simbolica nei limiti del minimo edittale.
- In particolare, la Società ha dedotto che:
- sarebbero, nel caso di specie, del tutto carenti gli indici dai quali possa desumersi la *gravità della violazione*. In particolare, *a)* difetterebbero l'offensività della condotta e l'attitudine della medesima a ledere più interessi, anche tenuto conto dei modesti e sporadici scostamenti rilevati; *b)* sarebbero alquanto circoscritte la durata della violazione e la sua estensione territoriale. Gli sbilanciamenti più elevati registrati, secondo la difesa della società, si sarebbero verificati solo nei mesi di aprile e maggio 2016; *c)* mancherebbero effetti pregiudizievoli sul mercato e sugli utenti e clienti finali, anzi lo sbilanciamento in controfase operato dalla Società nei periodi e nelle zone oggetto del provvedimento prescrittivo avrebbe contribuito a ridurre l'*uplift*; *d)* mancherebbe in capo alla Società il conseguimento di indebiti vantaggi a fronte sia delle perdite derivanti dallo sbilanciamento subite dalla Società nel più ampio periodo 2010-2016 sia del versamento a Terna degli importi oggetto del provvedimento prescrittivo; *e)* nei primi anni del 2016 la Società ha ripreso la propria attività di vendita di energia

(rimasta sospesa negli anni precedenti) “scontando una fisiologica fase di apprendimento e ricollocazione sul mercato che non confligge in alcun modo con l'immediata efficacia dei doveri di diligenza ma che deve necessariamente essere tenuta conto proprio ai fini della valutazione del grado di diligenza e quindi di eventuale colpevolezza dell'agente”;

- dovrebbero valorizzarsi sotto il profilo dell'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione le seguenti attività poste in essere dalla Società per l'eliminazione di qualsivoglia profilo di danno conseguente alla propria condotta: la comunicazione di validi elementi istruttori nel corso del procedimento prescrittivo mediante la comunicazione del 13 ottobre 2017, la rinuncia ad impugnare il provvedimento prescrittivo, il tempestivo versamento a Terna degli importi contestati dall'Autorità e l'impiego di ulteriori risorse per la redazione della difesa nel presente procedimento per scongiurare l'adozione di un provvedimento illegittimo da parte dell'Autorità;
- sotto il criterio della *personalità dell'agente*, dovrebbe essere valorizzata la circostanza che la Società non è stata destinataria di altri provvedimenti sanzionatori da parte dell'Autorità nello svolgimento del suo ruolo di utente del dispacciamento in prelievo e in immissione, anche richiamando il comportamento della medesima lato UC come dimostrato dal contenuto della citata comunicazione del 13 ottobre 2017;
- dovrebbe tenersi conto, con riguardo al criterio delle *condizioni economiche dell'agente*, della circostanza che, pur considerando il fatturato conseguito dalla Società nel corso dell'anno 2017 pari ad Euro 386.214.300,00, il corrispettivo “costo del venduto” sostenuto dalla Società è pari a euro 354.685.527, quindi pari a circa il 92% del fatturato aziendale, con l'ulteriore notazione che tale primo margine (pari solo al 8% del fatturato) non tiene ancora conto degli oneri finanziari e delle imposte di esercizio.

Valutazione delle argomentazioni della società.

21. La richiesta di archiviazione formulata dalla Società non può essere accolta dal momento che non appaiono fondate le argomentazioni difensive né con riguardo al dedotto decorso dei termini per la conclusione del procedimento né con riferimento alla carenza dei presupposti necessari per l'applicazione di una misura sanzionatoria.
22. In merito al lamentato mancato rispetto dei termini procedurali, si rileva che, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione ai procedimenti sanzionatori dell'Autorità, i termini relativi ai procedimenti sanzionatori hanno natura ordinatoria per cui il mancato rispetto degli stessi non può determinare effetti invalidanti degli atti adottati; né l'asserita perentorietà viene sorretta da alcun reale richiamo normativo applicabile alla fattispecie. Parimenti, la perentorietà non potrebbe desumersi anche ove il termine sia fissato dalla stessa Autorità, in quanto potrebbe inferirsi solo da un'esplicita previsione legislativa che correli espressamente un effetto decadenziale al superamento di un dato termine

(Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6431; Sezione VI, 8 luglio 2015, n. 3401).

23. La natura ordinatoria del predetto termine – pure messa in discussione dalla richiamata sentenza del Consiglio di Stato, n. 584/2021 – è stata ribadita con le recenti pronunce del Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2021, n. 1391 e n. 1392, nelle quali il Giudice amministrativo ha affermato, ancorché *incidenter tantum*, che *“la perentorietà dei termini procedurali può aversi, quale eccezione alla regola della loro natura meramente ordinatoria o acceleratoria, soltanto laddove la stessa perentorietà sia espressamente prevista dalle norme che disciplinano in modo specifico i procedimenti di volta in volta considerati, o queste sanzionino espressamente con la decadenza il mancato esercizio del potere dell’amministrazione entro i termini stabiliti”* per concludere che *“l’ordinamento non ha inteso prefigurare alcun termine, tantomeno perentorio, per la conclusione del procedimento sanzionatorio”*. Da ultimo, quanto alla natura ordinatoria del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, rileva quanto recentemente statuito dal Tar Lombardia proprio con riferimento a due procedimenti sanzionatori nei confronti di utenti del dispacciamento per strategie di programmazione non diligenti (Sezione I, 1299/2021 e 1744/2021).
24. D’altra parte, nel caso di specie, la durata del procedimento sanzionatorio deve ritenersi ragionevole e non ingiustificata, in quanto la complessità dello stesso ha determinato la necessità del protrarsi dell’attività istruttoria e, quindi, di garantire il diritto di difesa dell’interessato. Rilevano sotto questo profilo:
- la circostanza che, successivamente all’avvio del procedimento, l’Autorità, con deliberazione 251/2018/E/eel, pur confermando il provvedimento prescrittivo adottato nei confronti della Società con deliberazione 615/2017/E/eel, abbia revisionato l’Allegato B al provvedimento *in melius* per la Società, poiché, sulla scorta delle osservazioni di quest’ultima, è stata disposta un’ulteriore personalizzazione della soglia di tolleranza per tutto l’anno 2015 e, conseguentemente, la condotta di programmazione nella zona Nord, Centro Nord, Sardegna e Sicilia è stata qualificata diligente. Con riferimento all’anno 2016 sono state altresì ulteriormente personalizzate le soglie di tolleranza della zona Centro Sud;
 - la circostanza che, nella fase decisoria del procedimento, la Società abbia svolto le proprie difese, con il deposito di uno scritto difensivo e di documentazione, per controdedurre alle risultanze istruttorie.
- É pertanto evidente, da un lato, la ragione del protrarsi della durata del procedimento e, dall’altro, che, in pendenza della stessa, la Società abbia colto l’occasione di esercitare il proprio diritto di difesa in contraddittorio alle risultanze istruttorie alle quali l’Autorità è pervenuta.
25. Contrariamente a quanto affermato dalla Società, dunque, la durata del presente procedimento non può ritenersi causa di illegittimità del provvedimento conclusivo del procedimento.

26. Con riferimento alle altre argomentazioni volte a negare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità nei confronti della Società si osserva quanto segue.
27. In primo luogo, quanto alla richiesta avanzata dalla Società ad ARERA di agire in autotutela sui provvedimenti prescrittivi, trattasi di una questione non rilevante ai fini del procedimento sanzionatorio, il quale ha ad oggetto l'illiceità della condotta che consiste in uno sbilanciamento non diligente.
28. La circostanza, affermata dalla Società nella memoria dello scorso 9 luglio 2021, che gli sbilanciamenti in controfase operati dalla stessa nel periodo e nelle zone del provvedimento prescrittivo avrebbero generato un beneficio indiretto per il sistema del dispacciamento in termini di risparmio di spesa ben superiore al costo diretto sostenuto da Terna per effetto dell'applicazione dei corrispettivi di sbilanciamento effettivo, rileva, peraltro, come affermazione di parte, non debitamente riscontrabile senza una puntuale istruttoria che tenga conto di quanto di seguito si esporrà e che, in ogni caso, non elide la responsabilità della Società per l'illecito commesso e contestato nel presente procedimento. A tal riguardo, sotto il profilo tecnico si osserva che le fatture di Terna depositate dalla Società, così come tutte le informazioni pubbliche, partono da un calcolo del segno di sbilanciamento aggregato zonale che non tiene conto delle movimentazioni fra le macrozone e, di conseguenza, forniscono una rappresentazione distorta della realtà, non necessariamente coerente con l'andamento effettivo dello sbilanciamento.
29. Risultano errate e fuorvianti, in questa sede, le argomentazioni della Società finalizzate ad asserire che il mancato accertamento del danno in termini di aumento dell'*uplift* per il sistema del dispacciamento e per gli utenti finali derivante dalle condotte di programmazione messe in atto dalla Società preclude che tali condotte possano ritenersi, di per sé, non diligenti con conseguente mancato accertamento della violazione dell'art. 14, comma 6, della deliberazione, 111/06 quale presupposto costitutivo dell'illecito.
30. Al riguardo giova 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 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. Orbene, come sopra evidenziato, tale violazione risulta accertata dallo stesso Consiglio di Stato nelle numerose pronunce sui provvedimenti prescrittivi in tema di dispacciamento che, pur ravvisando un difetto di istruttoria idoneo ad incidere sul provvedimento prescrittivo, qualifica gli sbilanciamenti (analoghi a quelli effettuati dalla Società) come illeciti, in quanto violativi del programma vincolante ex art. 14 comma 6 della deliberazione 111/06 e, quindi, potenzialmente rilevanti ai fini dell'adozione di diverse misure

amministrative. Il presente procedimento, 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* e a prescindere dal verificarsi di un evento lesivo, nel caso di specie configurabile in termini aumento del predetto corrispettivo.

31. Prive di fondamento risultano altresì le asserzioni della Società in ordine alla non configurabilità di una condotta illecita per assenza della sistematicità delle violazioni; a dire della Società, in particolare, la circostanza che, in occasione della revisione dell'Allegato B alla delibera 615/2027/E/eel, l'Autorità abbia ridotto i periodi e zone interessate dalle condotte illegittime, priverebbe queste ultime del carattere della sistematicità. Anche a voler prescindere dalla circostanza che l'Autorità ha circoscritto temporalmente l'oggetto dei provvedimenti prescrittivi al periodo compreso tra il 1 gennaio e il 31 luglio 2016, le violazioni contestate alla Società risultano comunque integrate per la durata di 4 mesi consecutivi del 2016 quanto alla zona Centro Sud e per 6 mesi consecutivi del 2016 quanto alla zona Sud. In ogni caso, si precisa come la gravità della violazione sarà valutata in considerazione della revisione delle valutazioni di diligenza operata, con riguardo al provvedimento prescrittivo, dalla deliberazione 251/2018/E/eel recante la revisione dell'Allegato B della deliberazione 615/2017/E/eel. La condotta, pertanto, sarà valutata tenendo conto di tutte le circostanze già considerate in sede di revisione del provvedimento prescrittivo e la sanzione sarà commisurata alle sole condotte già accertate come non diligenti, escludendo tutte quelle per cui è già stata operata una valutazione diversa.
32. Devono respingersi, siccome infondate, le ulteriori censure mosse dalla Società riguardo al prospettato provvedimento sanzionatorio, come sopra riepilogate, tenendo conto:
 - a) quanto alla presunta la violazione del principio di tassatività e determinatezza, per l'assenza di un parametro normativo e regolamentare chiaro e preciso all'epoca delle condotte contestate ai fini della determinazione di soglie di tolleranza della diligenza che l'Autorità avrebbe definito solo *ex post*, che, come più volte evidenziato dal Giudice amministrativo con riferimento alla contestazione in esame, si tratta *“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”*. Né 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) integra una violazione del divieto di retroattività della normativa sanzionatoria, dal momento che con la stessa si è

- inteso solo individuare – a garanzia della parità di trattamento degli utenti del dispacciamento destinatari della delibera 342/2016/E/eel – 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;
- b) quanto alla violazione del principio del *ne bis in idem*, in ragione dell’adozione di un provvedimento prescrittivo fondato sui medesimi presupposti del prospettato provvedimento sanzionatorio, che il presente procedimento, come ogni altro avviato dall’Autorità, è diretta conseguenza dell’esplicazione 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. Poiché i procedimenti prescrittivi e sanzionatori sono caratterizzati, come già evidenziato, da funzioni nettamente distinte e si fondano su presupposti diversi, nell’esercizio dei due poteri non può ravvisarsi una duplicazione di misure afflittive, né l’Autorità era tenuta ad esercitare nel medesimo procedimento il potere prescrittivo e quello sanzionatorio;
- c) quanto al difetto di un’adeguata istruttoria preventiva in ragione del mero rinvio agli elementi accertati nel corso del procedimento volto all’emanazione del presupposto provvedimento prescrittivo, che, come evidenziato dalla pronunce del Consiglio di Stato riguardo ai provvedimenti prescrittivi adottati dall’Autorità in materia di dispacciamento, la violazione contestata nel procedimento sanzionatorio risulta accertata in quanto gli sbilanciamenti effettuati dagli utenti del dispacciamento (analogamente a quelli realizzati dalla Società) sono da ritenersi illeciti, in quanto violativi del programma vincolante *ex art.* 14 comma 6 della deliberazione 111/06 e, quindi, potenzialmente rilevanti ai fini dell’adozione di diverse misure amministrative.
33. Alla luce di tutto quanto sopra, la Società risulta aver violato l’art. 14, comma 6, della deliberazione 111/06, avendo riportato sbilanciamenti medi mensili superiori alle suindicate soglie di tolleranza. Segnatamente, come riportato nella comunicazione delle risultanze istruttorie del presente procedimento e fermo restando quanto rappresentato nel precedente punto 13, la violazione risulta riguardare le seguenti zone di mercato e periodi:
- Zona Centro Sud da marzo 2016 a giugno 2016;
 - Zona Sud da febbraio 2016 a luglio 2016.
- Risultano significativi gli sbilanciamenti nella zona Centro Sud con picchi superiori al 200% (come dettagliatamente indicato nell’Allegato B alla deliberazione 251/2018/E/eel).

QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE:

34. L’articolo 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 articolo 11, alla luce di quanto previsto dagli articoli 24 e ss. del Regolamento Sanzioni.

35. Sotto il profilo della *gravità della violazione*, la Società non ha rispettato disposizioni funzionali a mantenere l'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. Il bene giuridico tutelato dalla disposizione violata dimostra *ex se* l'infondatezza dell'affermazione della Società secondo la quale difetterebbe l'offensività della condotta e l'attitudine a ledere più interessi.

Quanto alla durata della violazione e alla sua estensione territoriale, si ribadisce che la violazione risulta integrata per la durata di 4 mesi consecutivi del 2016 quanto alla zona Centro Sud e per 6 mesi consecutivi del 2016 quanto alla zona Sud.

Più specificamente, ai fini della valutazione della gravità della violazione, si tiene conto di quanto evidenziato al punto 33.

Ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. d) del Regolamento Sanzioni rileva la circostanza che la Società abbia conseguito indebiti vantaggi economici per il valore indicato nella comunicazione delle risultanze istruttorie (risultando inconferente che nel periodo 2010-2016 la stessa abbia invece conseguito delle perdite derivanti dallo sbilanciamento) e che, come sottolineato dalla Società, abbia provveduto alla prescritta restituzione (cfr. nota di Terna acquisita con prot. Autorità 19611 del 23 giugno 2020).

Ai fini della quantificazione non si tiene conto, invece, degli effetti pregiudizievoli della condotta sui clienti finali. La sanzione viene infatti 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 gli effetti pregiudizievoli determinati sul mercato dalla condotta del singolo utente del dispacciamento (mancandone 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 in minima parte sugli oneri legati agli sbilanciamenti complessivi del sistema). Per quanto sopra, come richiesto dalla Società e anche in mancanza di prova di quanto asserito (per quanto detto al punto 28) la sanzione viene comunque calcolata non considerando gli effetti pregiudizievoli della condotta sui clienti finali.

Infine, contrariamente a quanto dedotto dalla Società, non può valorizzarsi la circostanza che quest'ultima avrebbe ripreso, nei primi mesi del 2016, la propria attività di vendita di energia ai fini della valutazione del grado di diligenza e, quindi, di colpevolezza dell'agente: la Società, infatti, sebbene avesse all'epoca appena

ripreso la predetta attività, la esercitava prima di allora e, pertanto, non possono ravvisarsi fondate ragioni per ritenere che il grado di diligenza al quale la medesima era tenuta, quale operatore professionale del settore, non fosse quello della diligenza specifica o qualificata, ai sensi dell'art. 1176, comma 2, del codice civile.

36. In merito al criterio dell'*opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze*, non risultano circostanze rilevanti. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Società, non risulta che la stessa abbia in alcun modo cooperato in modo efficace all'attività istruttoria del presente procedimento, essendosi limitata – peraltro nella sola fase decisoria – a svolgere attività difensiva, come consentito dal Regolamento Sanzioni. La mancata impugnazione del provvedimento prescrittivo non risulta circostanza da valorizzare, tenuto conto del rilievo costituzionale del diritto di difesa giurisdizionale delle proprie ragioni e dei propri interessi. In relazione al versamento degli indebiti vantaggi conseguiti, si rimanda a quanto già precisato sotto il profilo della gravità della violazione. Si sottolinea, infine, che la presentazione di osservazioni, nella fase decisoria del procedimento, non rappresenta altro che una forma di esercizio del diritto di difesa del soggetto sottoposto a procedimento.
37. In relazione al criterio della *personalità dell'agente*, non risultano circostanze rilevanti, a conferma di quanto rilevato dalla Società con riguardo all'assenza di precedenti violazioni sanzionate dall'Autorità. Le ulteriori asserzioni della Società in merito al proprio diligente comportamento risultano contraddette da tutto quanto sopra ampiamente esposto in ordine alla illiceità della condotta contestata.
38. In merito al criterio delle *condizioni economiche* dell'agente, si rileva che il fatturato conseguito nell'anno 2017 dalla società è pari a euro 386.214.300. Non risultano, invece rilevanti le circostanze dedotte dalla Società per le quali il corrispettivo “costo del venduto” sostenuto dalla stessa è pari a euro 354.685.527, quindi corrispondente a circa il 92% del fatturato aziendale, e che tale primo margine (pari solo al 8% del fatturato) non tiene ancora conto degli oneri finanziari e delle imposte di esercizio, ciò in considerazione del fatto che l'esercizio 2017 si è chiuso positivamente con un utile pari a 40.258.746. Come affermato dalla giurisprudenza, infatti, ai fini della quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie il parametro da tenere in considerazione è il fatturato. D'altra parte, la sostenibilità economico-finanziaria della sanzione da parte della società non risulta in alcun modo in discussione.
39. Gli elementi sopra evidenziati consentono, pertanto, di determinare la sanzione nella misura di euro 41.000 (quarantunomila/00)

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'articolo 2 comma 20, lettera c) della legge 481/95, una sanzione amministrativa pecuniaria pari a euro 41.000 (quarantunomila/00).
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, 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'articolo 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, nonché 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.

3 agosto 2021

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini