

**DELIBERAZIONE 26 OTTOBRE 2021**  
**441/2021/S/EEL**

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

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

Nella 1178<sup>a</sup> riunione del 26 ottobre 2021

### **VISTI:**

- il regolamento (UE) 1227/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso (di seguito: regolamento REMIT);
- la direttiva 2019/944/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE;
- la legge 24 novembre 1981, n. 689;
- la legge 14 novembre 1995, n. 481 e s.m.i. (di seguito: legge 481/95), ed in particolare l'articolo 2, comma 20, lett. c);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e s.m.i.;
- l'articolo 11 *bis*, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35 e s.m.i., introdotto dalla legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80;
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 e s.m.i. (di seguito: decreto legislativo 93/11);
- la legge 30 ottobre 2014, n. 161 e s.m.i., ed in particolare l'articolo 22;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244;
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 9 giugno 2006, 111/06, recante "Condizioni per l'erogazione del pubblico servizio del dispacciamento dell'energia elettrica sul territorio nazionale e per l'approvvigionamento delle relative risorse su base di merito economico, ai sensi degli articoli 3 e 5 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79" e s.m.i. (di seguito: deliberazione 111/06);
- la deliberazione dell'Autorità 5 agosto 2008, ARG/elt 115/08, recante il "Testo Integrato per il Monitoraggio del mercato elettrico all'ingrosso e del mercato per il servizio di dispacciamento" e s.m.i. (TIMM);
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità 14 giugno 2012, 243/2012/E/com, recante "Adozione del nuovo regolamento per la disciplina dei procedimenti

- sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni” e s.m.i. (di seguito: Regolamento Sanzioni);
- la deliberazione dell’Autorità 29 ottobre 2014, 525/2014/R/eel;
  - 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 8 giugno 2017, 415/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 415/2017/E/eel);
  - la deliberazione dell’Autorità 2 febbraio 2018, 57/2018/A e s.m.i.;
  - la deliberazione dell’Autorità 12 ottobre 2021, 419/2021/E/eel (di seguito: deliberazione 419/2021/E/eel);
  - la determinazione del Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni (di seguito: Direttore DSAI) 1 dicembre 2017, DSAI/86/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/86/2017/eel);
  - la sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sezione II, sul ricorso presentato per l’annullamento, tra l’altro, del provvedimento prescrittivo di cui alla deliberazione 415/2017/E/eel (di seguito: Sentenza);
  - le sentenze del Consiglio di Stato, Sezione VI, 6 ottobre 2020, n. 5886, 23 agosto 2021, n. 6017 e 27 settembre 2021, n. 6498, 6504 e 6505 (di seguito, rispettivamente: sentenze 5886/2020, 6017/2021, 6498/2021, 6504/2021 e 6505/2021).

**CONSIDERATO CHE:**

1. con note del 21 e 22 giugno 2016 (prot. Autorità, rispettivamente, 17692 del 22 giugno 2016 e 17834 del 23 giugno 2016) Terna - Rete elettrica nazionale S.p.A. (di seguito: Terna) ha comunicato all’Autorità un significativo incremento, rispetto ai mesi precedenti, dei corrispettivi di sbilanciamento dell’energia elettrica, dovuto a strategie di programmazione non diligente;
2. pertanto, con deliberazione 342/2016/E/eel, l’Autorità ha avviato procedimenti individuali nei confronti di diversi utenti del servizio di dispacciamento, tra cui quello indicato nell’Allegato A al presente provvedimento (di seguito: anche Società), per l’adozione di provvedimenti prescrittivi e/o di regolazione asimmetrica, ai sensi dell’articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 481/95 e dell’articolo 43, comma 5, del decreto legislativo 93/11, per contrastare condotte sui mercati all’ingrosso dell’energia e sul mercato per il servizio di dispacciamento (di seguito: MSD) suscettibili di compromettere la corretta interazione tra domanda e offerta;
3. le risultanze istruttorie inviate alla Società con nota prot. Autorità 28070 del 5 ottobre 2016, evidenziavano un’attività di programmazione della stessa non coerente con i principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza di cui all’articolo 14, comma 6,

della deliberazione 111/06, con conseguimento di vantaggi economici da parte della Società medesima. Pertanto, con deliberazione 415/2017/E/eel, l’Autorità ha:

- i) escluso la configurabilità di tali condotte come potenzialmente manipolative ai sensi dell’articolo 5 del Regolamento REMIT, in quanto ha dato atto che, a livello di singolo utente del dispacciamento, le stesse non risultano avere alterato i prezzi di mercato;
  - ii) ordinato alla Società la restituzione a Terna degli importi corrispondenti all’indebito beneficio conseguito per effetto delle predette condotte di programmazione non diligenti, determinati secondo i criteri e le modalità definite nell’Allegato B alla sopra citata deliberazione 415/2017/E/eel (come confermato ovvero modificato ai sensi del punto 4 della medesima deliberazione);
  - iii) conferito mandato al Direttore DSAI di valutare la sussistenza di presupposti per l’avvio di un procedimento sanzionatorio, nei confronti della Società, per violazione dell’articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06;
4. sulla base dei dati acquisiti nell’ambito del predetto procedimento, il Direttore DSAI, con la citata determinazione DSAI/86/2017/eel, ha avviato un procedimento sanzionatorio nei confronti della Società per accertare la violazione dell’articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06. L’illegittimità delle condotte contestate risultava:
- i) dalla dimensione dell’errore di sbilanciamento: era emersa un’incidenza degli sbilanciamenti effettivi rispetto ai prelievi effettivi delle unità di consumo nella titolarità della Società (oggetto di analisi nel menzionato procedimento) superiore alle soglie massime di tolleranza di cui al punto 2 della deliberazione 444/2016/R/eel;
  - ii) dalla sistematicità: tali condotte si erano protratte per un considerevole lasso temporale, cioè tra gennaio 2015 e luglio 2016;  
il tutto meglio precisato nell’Allegato A alla citata determinazione DSAI/86/2017/eel;
5. con nota del 23 luglio 2021 (prot. Autorità 29415) il Responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie;
6. nel corso del presente procedimento la Società ha trasmesso una memoria difensiva in fase istruttoria, acquisita con prot. Autorità 2293 del 25 gennaio 2018, e, in fase decisoria, la memoria di replica alle risultanze istruttorie acquisita con prot. Autorità 33383 del 3 settembre 2021.

**CONSIDERATO, ALTRESÌ, CHE:**

7. avverso la deliberazione dell’Autorità 415/2017/E/eel (provvedimento prescrittivo) la Società ha proposto ricorso avanti al TAR per la Lombardia, Milano, che con Sentenza, non appellata dall’Autorità, lo ha parzialmente accolto nella parte relativa all’obbligazione restitutoria, per difetto di istruttoria e di motivazione;
8. in particolare, in esito al giudizio amministrativo sul provvedimento prescrittivo adottato nei confronti della Società, il Giudice amministrativo ha ritenuto che: a) “*gli*

*sbilanciamenti effettivi imputati alla ricorrente [fossero] ... comunque violativi dell'art. 14.6 cit. 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 ex art. 14 all. A del. n. 111 cit.) e di profitti (conseguentemente) indebiti tratti dall'operatore economico non può ritenersi sufficiente 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”;*

9. con deliberazione 419/2021/E/eel l'Autorità ha avviato, con riferimento alle società elencate nella Tabella 1 allegata alla medesima (tra cui la Società), procedimenti per svolgere un supplemento di istruttoria in ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo in tema di strategie di programmazione non diligenti di energia elettrica.

**CONSIDERATO, QUINDI, CHE:**

10. alla luce delle statuizioni di cui al punto 8 l'accoglimento del ricorso della Società con la Sentenza sopraccitata, che ha accertato il difetto di istruttoria nell'ambito del procedimento prescrittivo, non produrrebbe effetti nell'ambito del presente procedimento sanzionatorio, né dovrebbero rilevare le argomentazioni difensive svolte nell'ambito di quest'ultimo fondate sull'assenza di evidenze di *“effetti diretti pregiudizievoli sotto il profilo economico della condotta della società nei confronti dei clienti finali posto che (...) l'indagine dell'Autorità si è concentrata sulla valutazione se i presunti benefici conseguiti (...) abbiano determinato, a livello complessivo, un onere a carico del sistema (mediante il corrispettivo uplift) e, quindi, della totalità dell'utenza finale”;*
11. al riguardo giova infatti rilevare la diversità dei presupposti per l'esercizio dei poteri prescrittivi e sanzionatori attribuiti all'Autorità da due distinte disposizioni di legge in base alla chiara tassonomia legislativa più volte richiamata dal Giudice amministrativo (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 6892/2021). Se per l'esercizio del primo (ex articolo 2, comma 20, lett. d) della legge 481/95 si richiede la violazione di un provvedimento dell'Autorità e la 'lesione del diritto dell'utente', per l'esercizio del secondo, oggetto del presente procedimento, il presupposto è la violazione della regola di condotta imposta da un provvedimento dell'Autorità, nella specie la violazione dell'obbligo di definire programmi di prelievo che utilizzino le migliori stime dei quantitativi di energia elettrica, in conformità ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza. Come sopra evidenziato, tale violazione risulta accertata, nella Sentenza, dallo stesso Consiglio di Stato che pur ravvisando un difetto di istruttoria idoneo ad incidere sul provvedimento prescrittivo, qualifica gli sbilanciamenti effettuati dalla Società come illeciti, in quanto violativi del programma vincolante ex art. 14 comma 6 della deliberazione 111/06 *“e, quindi, potenzialmente rilevanti per l'adozione di diverse misure amministrative o l'attivazione di distinti rimedi giuridici”*. Il presente

procedimento sanzionatorio, dunque, è volto ad assicurare la reazione dell'ordinamento alla violazione di una regola di condotta consistente nell'obbligo di programmazione diligente, indipendentemente dai riflessi della condotta stessa sull'*uplift*. Ne consegue che, ai fini della valutazione della gravità della violazione contestata per determinare l'importo della sanzione irrogabile, si è considerata rilevante la circostanza del conseguimento di indebiti vantaggi economici, mentre non si è tenuto conto degli effetti pregiudizievoli della condotta medesima sui clienti finali (mancandone la "rilevanza" di cui all'art. 26, comma 1, lett. c) del Regolamento Sanzioni, in considerazione del fatto che la condotta del singolo utente del dispacciamento non può che incidere in minima parte sugli oneri legati agli sbilanciamenti complessivi del sistema).

**CONSIDERATO, TUTTAVIA, CHE:**

12. nel giudizio di revocazione promosso dall'Autorità avverso la prima pronuncia del Consiglio di Stato (sentenza 5886/2020) in tema di sanzioni per strategie di programmazione non diligenti di energia elettrica, il Consiglio di Stato, 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 6017/2021), ha respinto 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*";
13. la posizione assunta dal Consiglio di Stato nel giudizio di revocazione avverso la prima sanzione in materia di strategie di programmazione non diligenti di energia elettrica risulta ora confermata dalle successive sentenze 6498/2021, 6504/2021 e 6505/2021, facendo peraltro espressamente salvo il "*riesercizio del potere [sanzionatorio], sulla scorta di un accertamento prescrittivo privo dei vizi rilevati*".

**RITENUTO, QUINDI, OPPORTUNO:**

14. prendere atto del pur controverso orientamento giurisprudenziale di cui ai punti precedenti e quindi, al fine di limitare l'insorgere di nuovo contenzioso, prorogare cautelativamente - in coerenza con quanto disposto dal comma 5 dell'articolo 4bis del Regolamento Sanzioni - il termine della fase decisoria del presente procedimento in modo tale che, nell'ambito del procedimento sanzionatorio, l'Autorità possa – nella denegata ipotesi di conferma di detto orientamento - tenere conto degli esiti del

procedimento avviato con deliberazione 419/2021/E/eel per l'esecuzione della Sentenza del TAR Lombardia sul provvedimento prescrittivo;

15. che, in ragione della proroga di cui al punto precedente, il termine della fase decisoria del presente procedimento sia fissato in 90 (novanta) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con deliberazione 419/2021/E/eel;
16. prevedere che la Società, fermi gli esiti del procedimento avviato con deliberazione 419/2021/E/eel, possa eventualmente precisare quanto argomentato con la memoria di replica alle risultanze istruttorie in merito ai riflessi della Sentenza sulla quantificazione della sanzione entro e non oltre 20 (venti) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con deliberazione 419/2021/E/eel

### **DELIBERA**

1. di prorogare, ai sensi dell'articolo 4bis, comma 5 del Regolamento Sanzioni, il termine della fase decisoria del procedimento avviato con determinazione DSAI/86/2017/eel e di fissare detto termine in 90 (novanta) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con deliberazione 419/2021/E/eel;
2. prevedere che l'utente del dispacciamento di cui all'Allegato A, fermi gli esiti del procedimento avviato con deliberazione 419/2021/E/eel, possa eventualmente precisare quanto argomentato con la memoria di replica alle risultanze istruttorie in merito ai riflessi della Sentenza sulla quantificazione della sanzione entro e non oltre 20 (venti) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con deliberazione 419/2021/E/eel;
3. di comunicare il presente provvedimento al soggetto di cui all'Allegato A mediante pec all'indirizzo ivi indicato, nonché di pubblicarlo sul sito internet dell'Autorità [www.arera.it](http://www.arera.it) ad eccezione dell'Allegato A

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

26 ottobre 2021

IL PRESIDENTE  
*Stefano Besseghini*