

DELIBERAZIONE 18 GENNAIO 2022

8/2022/E/EEL

AVVIO DI PROCEDIMENTI PER L'OTTEMPERANZA ALLE SENTENZE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN TEMA 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 1188^a riunione del 18 gennaio 2022

VISTI:

- il regolamento (UE) 1227/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso (di seguito: regolamento REMIT);
- la direttiva 2019/944/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE;
- la legge 24 novembre 1981, n. 689 (di seguito: legge 689/81);
- la legge 14 novembre 1995, n. 481 e s.m.i. (di seguito: legge 481/95) e, in particolare, l'articolo 2, comma 20, lett. c);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e s.m.i. (di seguito: decreto legislativo 79/99);
- l'articolo 11 *bis*, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35 e s.m.i., introdotto dalla legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80 (di seguito: decreto-legge 35/05);
- il decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93 e s.m.i. (di seguito: decreto legislativo 93/11);
- la legge 30 ottobre 2014, n. 161 e s.m.i. (di seguito: legge 161/14) e, in particolare, l'articolo 22;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244 (di seguito: d.P.R. 244/01);
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 9 giugno 2006, 111/06, recante "Condizioni per l'erogazione del pubblico servizio del dispacciamento dell'energia elettrica sul territorio nazionale e per l'approvvigionamento delle relative risorse su base di merito economico, ai sensi degli articoli 3 e 5 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79" e s.m.i. (di seguito: deliberazione 111/06);
- la deliberazione dell'Autorità 5 agosto 2008, ARG/elt 115/08, recante il "Testo Integrato per il Monitoraggio del mercato elettrico all'ingrosso e del mercato per il servizio di dispacciamento" e s.m.i. (di seguito: TIMM);

- la deliberazione dell’Autorità 4 agosto 2009, ARG/elt 107/09, recante il “Testo Integrato in ordine alla regolazione delle partite fisiche ed economiche del servizio di dispacciamento” – *Settlement* e s.m.i. (di seguito: TIS);
- 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 (di seguito: deliberazione 459/2016/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 28 dicembre 2016, 800/2016/R/eel (di seguito: deliberazione 800/2016/R/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 3 marzo 2017, 103/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 103/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 16 marzo 2017, 152/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 152/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 16 marzo 2017, 159/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 159/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 16 marzo 2017, 160/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 160/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 24 marzo 2017, 177/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 177/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 29 marzo 2018, 162/2018/S/eel (di seguito: deliberazione 162/2018/S/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 29 marzo 2018, 163/2018/S/eel (di seguito: deliberazione 163/2018/S/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 29 marzo 2018, 164/2018/S/eel (di seguito: deliberazione 164/2018/S/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 29 marzo 2018, 165/2018/S/eel (di seguito: deliberazione 165/2018/S/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 25 maggio 2021, 217/2021/E/eel (di seguito: deliberazione 217/2021/E/eel);
- 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) 26 giugno 2017, DSAI/4/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/4/2017/E/eel);
- la determinazione del Direttore DSAI 26 giugno 2017, DSAI/7/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/7/2017/eel);

- la determinazione del Direttore DSAI 26 giugno 2017, DSAI/10/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/10/2017/eel);
- la determinazione del Direttore DSAI 20 luglio 2017, DSAI/18/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/18/2017/eel);
- le sentenze del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 28 settembre 2020, n. 5679, 5 ottobre 2020, n. 5828, 30 novembre 2020, n. 7592, 15 febbraio 2021, n. 1391, sui ricorsi proposti dalle Società di cui agli Allegati A-B-C-D della presente deliberazione per l'annullamento dei provvedimenti prescrittivi (di seguito: Sentenze del Consiglio di Stato nn. 5679/2020, 5828/2020, 7592/2020, 1391/2021);
- le sentenze del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 23 agosto 2021, n. 6017 sul giudizio di revocazione proposto dall'Autorità avverso la sentenza 6 ottobre 2020, n. 5886 e del 27 settembre 2021 nn. 6504, 6498, 6505, sui ricorsi proposti dalle Società di cui agli Allegati A-B-C-D alla presente deliberazione per l'annullamento dei provvedimenti sanzionatori (di seguito: Sentenze del Consiglio di Stato nn. 5886/2020; 6498/2021; 6504/2021; 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 quelli indicati negli Allegati A-B-C-D al presente provvedimento, per l'adozione di provvedimenti prescrittivi e/o di regolazione asimmetrica, ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 481/95 e dell'articolo 43, comma 5, del decreto legislativo 93/11, per contrastare condotte sui mercati all'ingrosso dell'energia e sul mercato per il servizio di dispacciamento (di seguito: MSD) suscettibili di compromettere la corretta interazione tra domanda e offerta;
3. le risultanze istruttorie inviate alle Società - rispettivamente con note prott. Autorità 24794 del 9 settembre 2016 (successivamente integrata con nota prot. 28653 dell'11 ottobre 2016), 25079 del 12 settembre 2016, 25217 e 25233 del 13 settembre 2016 - evidenziavano un'attività di programmazione delle stesse non coerente con i principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza di cui all'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06, con conseguimento di vantaggi economici da parte delle medesime Società;
4. pertanto, con deliberazioni 103/2017/E/eel, 152/2017/E/eel, 159/2017/E/eel e 160/2017/E/eel, l'Autorità ha:
 - i) escluso la configurabilità delle condotte delle Società come potenzialmente manipolative ai sensi dell'articolo 5 del regolamento REMIT, in quanto ha

- dato atto che, a livello del singolo utente del dispacciamento, non risultavano aver alterato i prezzi di mercato;
- ii) ordinato alle Società la restituzione a Terna degli importi corrispondenti all'indebito beneficio conseguito per effetto delle predette condotte di programmazione non diligenti, messe in atto dai medesimi utenti, determinati secondo i criteri e le modalità definite negli Allegati B alla sopra citate deliberazione;
 - iii) conferito mandato al Direttore DSAI di valutare la sussistenza di presupposti per l'avvio di procedimenti sanzionatori nei confronti delle Società, per violazione dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06;
5. sulla base dei dati acquisiti nell'ambito dei predetti procedimenti, il Direttore DSAI, con le determinazioni DSAI/4/2017/eel, DSAI/7/2017/eel, DSAI/10/2017/eel e DSAI/18/2017/eel, ha avviato procedimenti sanzionatori nei confronti delle Società per accertare la violazione dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06, risultando l'illegittimità delle condotte contestate dalla dimensione dell'errore di sbilanciamento e dalla sistematicità delle stesse, secondo quanto specificato negli allegati A dei citati atti di avvio dei procedimenti sanzionatori;
 6. nel corso della fase istruttoria dei relativi procedimenti sanzionatori, le società non hanno presentato memorie difensive;
 7. con note del 21 (prott. Autorità 41578, 41580 e 41584) e 22 dicembre 2017 (prott. Autorità 41696) il Responsabile dei procedimenti sanzionatori ha comunicato le risultanze istruttorie alle quattro Società;
 8. nel corso della fase decisoria dei procedimenti sanzionatori, le Società non hanno depositato documentazione difensiva.
 9. con deliberazioni 162/2018/S/eel, 163/2018/S/eel, 164/2018/S/eel e 165/2018/S/eel l'Autorità ha irrogato sanzioni amministrative pecuniarie rispettivamente alle Società di cui agli Allegati A- B-C- D al presente provvedimento;
 10. le predette sanzioni sono state pagate dalle società – ad eccezione della società di cui all'Allegato A che aveva prestatato, coerentemente a quanto disposto dal Consiglio di Stato nel giudizio promosso avverso il provvedimento sanzionatorio, idonea garanzia – rispettivamente in data 22 ottobre 2018, 1 luglio 2019 e 18 settembre 2018.

CONSIDERATO CHE:

11. i provvedimenti prescrittivi di cui al punto 4 sono stati impugnati dalle società dinanzi al Giudice amministrativo, il quale con le sentenze nn. 5679/2020, 5828/2020, 7592/2020, 1391/2021 ha parzialmente accolto i ricorsi nella parte relativa all'obbligazione restitutoria, per difetto di istruttoria e di motivazione, statuendo, in particolare, che: a) gli sbilanciamenti effettivi imputati alle società erano comunque violativi dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/2006 e, quindi, potenzialmente rilevanti per l'adozione di diverse misure amministrative o l'attivazione di distinti rimedi giuridici e, tuttavia, b) l'accertamento di sbilanciamenti illeciti (violativi dell'obbligo di diligente programmazione) e di

profitti (conseguentemente) indebiti tratti dall'operatore economico non potevano ritenersi sufficienti per l'adozione di una misura prescrittiva, la quale richiede, altresì, una correlazione tra il comportamento ascritto all' esercente il servizio e la lesione dei diritti dell'utenza conseguentemente procurata, con particolare riferimento agli sbilanciamenti c.d. in controfase, i quali avrebbero potuto, almeno in linea teorica, mitigare gli incrementi del c.d. corrispettivo *uplift* a carico dell'utenza finale;

12. con le deliberazioni 217/2021/E/eel e 419/2021/E/eel, l'Autorità ha quindi avviato, con riferimento alle società elencate nelle Tabelle allegate alle medesime (tra cui le Società in questione), 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, ALTRESÌ, CHE:

13. anche gli atti di avvio dei procedimenti sanzionatori e le successive deliberazioni di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie sono stati impugnati dalle società in separati giudizi, all'esito dei quali il Consiglio di Stato, con le pronunce nn. 6017/2021 (resa nel giudizio di revocazione proposto dall'Autorità avverso la sentenza n. 5886/2020), 6498/2021, 6504/2021 e 6505/2021, ha annullato le sanzioni irrogate, fornendo una lettura molto più "collegata" tra procedimento prescrittivo e procedimento sanzionatorio, obliterando le differenze tra presupposti normativi alla base del primo e del secondo procedimento.
14. Il Consiglio di Stato, in particolare, con la sentenza 6017/2021, nel respingere il ricorso per revocazione promosso dall'Autorità avverso la pronuncia n. 5886/2020, pur riconoscendo l'errore di fatto revocatorio in cui era incorso, ha ritenuto che *"il percorso che ha condotto ARERA ad irrogare una sanzione pecuniaria nei confronti [della società] "soffre" delle appurate illegittimità istruttorie che hanno "macchiato" gli atti presupposti, rispetto al provvedimento di irrogazione della sanzione adottato nel 2018"*; ciò comporta, pertanto, che la rideterminazione del provvedimento prescrittivo, in esito alle verifiche istruttorie che l'Autorità condurrà nell'ambito dei procedimenti avviati con le deliberazioni 217/2021/E/eel e 419/2021/E/eel, assume rilievo ai fini della quantificazione della sanzione da irrogare a fronte della violazione da parte delle società dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06;
15. con le successive pronunce (6498/2021, 6504/2021 e 6505/2021), il Consiglio di Stato ha ribadito tale orientamento, affermando che *"[non] è ipotizzabile, come evocato dalla difesa erariale, che l'illegittimità del provvedimento prescrittivo sia priva di effetti rispetto al conseguente provvedimento sanzionatorio; l'esercizio di quest'ultimo potere, fondandosi su di una prescrizione violata, non può che essere inciso dal venir meno della prescrizione stessa per annullamento giurisdizionale. (...) di talché detto provvedimento sanzionatorio ne viene (inevitabilmente e inesorabilmente) travolto per illegittimità derivata"*;

16. a seguito di tali pronunce, le società di cui agli *Allegati B-C-D* hanno presentato in data 19 ottobre 2021 (prot. 38714) e 30 novembre 2021 (prott. 44763 e 44764), istanza di restituzione delle sanzioni pecuniarie pagate e l’Autorità ha rilasciato il relativo nulla osta alle restituzioni con note prot. 39756 del 26 ottobre 2021, prot. 45680 del 6 dicembre 2021 e prot. 46355 del 10 dicembre 2021, facendo salvo il riesercizio del potere sanzionatorio;
17. giova infine precisare che, da ultimo, il Tar Lombardia non ha aderito all’orientamento del Consiglio di Stato, ritenendo che *“l’annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento prescrittivo non spiega effetti (caducanti o invalidanti) sul provvedimento sanzionatorio oggetto del presente giudizio”* (così, Tar Lombardia, Sezione Prima, 22 novembre 2021, n. 2589), rimarcando ancora l’autonomia ontologica tra i due procedimenti.

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

18. le predette sentenze del Consiglio di Stato fanno espressamente salva *“(…) la possibilità del riesercizio del potere [sanzionatorio], sulla scorta di un accertamento prescrittivo privo dei vizi rilevati”*, consentendo, dunque, all’Autorità di rideterminare le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate con le deliberazioni 162/2018/S/eel, 163/2018/S/eel, 164/2018/S/eel e 165/2018/S/eel, all’esito dei procedimenti avviati con le deliberazioni 217/2021/E/eel e 419/2021/E/eel per lo svolgimento di un supplemento di istruttoria con riguardo ai provvedimenti prescrittivi.

RITENUTO, QUINDI, NECESSARIO:

19. in ottemperanza alle sentenze del Giudice Amministrativo, avviare, con riferimento a ciascuno dei soggetti indicati negli *Allegati A-B-C-D*, un procedimento finalizzato alla rideterminazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate;
20. i procedimenti di rideterminazione delle sanzioni terranno conto degli esiti dei procedimenti avviati con le deliberazioni 217/2021/E/eel e 419/2021/E/eel e aventi ad oggetto lo svolgimento di un supplemento di istruttoria con riguardo ai provvedimenti prescrittivi (deliberazioni 103/2017/E/eel; 152/2017/E/eel; 159/2017/E/eel; 160/2017/E/eel);
21. fissare il termine di conclusione di detti procedimenti in 90 (novanta) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nei provvedimenti finali dei procedimenti avviati con le deliberazioni 217/2021/E/eel e 419/2021/E/eel;
22. prevedere che le società, fermi gli esiti dei predetti procedimenti, possano formulare osservazioni sulle ricadute che detti esiti possono avere sulla quantificazione delle sanzioni, entro e non oltre 20 (venti) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nei provvedimenti finali dei procedimenti avviati con le deliberazioni 217/2021/E/eel e 419/2021/E/eel

DELIBERA

1. di avviare, con riferimento a ciascuno dei soggetti indicati negli *Allegati A-B-C-D*, un procedimento finalizzato alla rideterminazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate con le deliberazioni 162/2018/S/eel, 163/2018/S/eel, 164/2018/S/eel e 165/2018/S/eel;
2. di fissare in 90 (novanta giorni) giorni il termine di conclusione di detti procedimenti a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nei provvedimenti finali dei procedimenti avviati con le deliberazioni 217/2021/E/eel e 419/2021/E/eel;
3. prevedere che gli utenti del dispacciamento di cui agli *Allegati A-B-C-D*, fermi gli esiti dei procedimenti avviati con deliberazioni 217/2021/E/eel e 419/2021/E/eel, possano formulare osservazioni sulle ricadute che detti esiti possono avere sulla quantificazione delle sanzioni entro e non oltre 20 (venti) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nei provvedimenti finali dei procedimenti avviati con le deliberazioni 217/2021/E/eel e 419/2021/E/eel;
4. di nominare, quale Responsabile del procedimento, il Direttore della Direzione Legale e Atti del Collegio;
5. di comunicare il presente provvedimento agli utenti del dispacciamento di cui agli *Allegati A-B-C-D*, nonché di pubblicarlo sul sito internet dell'Autorità www.arera.it ad eccezione degli *Allegati A-B-C-D*.

18 gennaio 2022

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini