

DELIBERAZIONE 31 MAGGIO 2022
230/2022/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 1206^a riunione del 31 maggio 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;
- la legge 14 novembre 1995, n. 481 e s.m.i. (di seguito: legge 481/95) e, in particolare, l'articolo 2, comma 20, lett. c);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e s.m.i. (di seguito: decreto legislativo 79/99);
- l'articolo 11 *bis*, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35 e s.m.i., introdotto dalla legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80 (di seguito: decreto-legge 35/05);
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 e s.m.i. (di seguito: decreto legislativo 93/11);
- la legge 30 ottobre 2014, n. 161 e s.m.i. (di seguito: legge 161/14) e, in particolare, l'articolo 22;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244 (di seguito: d.P.R. 244/01);
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 9 giugno 2006, 111/06, recante "Condizioni per l'erogazione del pubblico servizio del dispacciamento dell'energia elettrica sul territorio nazionale e per l'approvvigionamento delle relative risorse su base di merito economico, ai sensi degli articoli 3 e 5 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79" e s.m.i. (di seguito: deliberazione 111/06);

- la deliberazione dell’Autorità 5 agosto 2008, ARG/elt 115/08, recante il “Testo Integrato per il Monitoraggio del mercato elettrico all’ingrosso e del mercato per il servizio di dispacciamento” e s.m.i. (di seguito: TIMM);
- l’Allegato A alla deliberazione dell’Autorità 14 giugno 2012, 243/2012/E/com, recante “Adozione del nuovo regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni” e s.m.i. (di seguito: Regolamento Sanzioni);
- la deliberazione dell’Autorità 29 ottobre 2014, 525/2014/R/eel (di seguito: deliberazione 525/2014/R/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 24 giugno 2016, 342/2016/E/eel (di seguito: deliberazione 342/2016/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 28 luglio 2016, 444/2016/R/eel (di seguito: deliberazione 444/2016/R/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 28 dicembre 2016, 800/2016/R/eel (di seguito: deliberazione 800/2016/R/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 24 marzo 2017, 177/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 177/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 20 aprile 2017, 269/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 269/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 11 aprile 2018, 258/2018/E/eel (di seguito: deliberazione 258/2018/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 25 maggio 2021, 217/2021/E/eel (di seguito: deliberazione 217/2021/E/eel);
- la determinazione del Direttore DSAI 12 ottobre 2017, DSAI/48/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/48/2017/eel);
- la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, sul ricorso presentato per la riforma della sentenza del Tar Lombardia, Milano, Sezione II, per l’annullamento, tra l’altro, del provvedimento prescrittivo di cui alle deliberazioni 269/2017/E/eel e 258/2018/E/eel (di seguito: Sentenza);
- le sentenze del Consiglio di Stato, Sezione VI, 6 ottobre 2020, n. 5886, 23 agosto 2021, n. 6017, 27 settembre 2021, n. 6498, 6504 e 6505 e Sezione II, 11 maggio 2022, n. 3712 (di seguito, rispettivamente: sentenze 5886/2020, 6017/2021, 6498/2021, 6504/2021, 6505/2021 e 3712/2022);
- la sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sezione I, 22 novembre 2021, n. 2589 (di seguito: sentenza 2589/2021).

CONSIDERATO CHE:

1. Con note del 21 e 22 giugno 2016 (prot. Autorità, rispettivamente, 17692 del 22 giugno 2016 e 17834 del 23 giugno 2016) Terna - Rete elettrica nazionale S.p.A. (di seguito: Terna) ha comunicato all’Autorità un significativo incremento, rispetto ai mesi precedenti, dei corrispettivi di sbilanciamento dell’energia elettrica, dovuto a strategie di programmazione non diligente.

2. Pertanto, con deliberazione 342/2016/E/eel, l’Autorità ha avviato procedimenti individuali nei confronti di diversi utenti del servizio di dispacciamento, tra cui 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 26623 del 26 settembre 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 269/2017/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 risultavano aver 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;
 - 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.
5. Sulla base dei dati acquisiti nell’ambito del predetto procedimento, il Direttore DSAI, con la citata determinazione DSAI/48/2017/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 delle unità di consumo e delle unità di produzione non abilitate nella titolarità della Società (oggetto di analisi nel menzionato procedimento); era emersa, infatti, un’incidenza degli sbilanciamenti effettivi rispetto:
 - a) ai prelievi effettivi delle unità di consumo, superiore alla soglia di tolleranza *standard* del 30% di cui al punto 2 della deliberazione 444/2016/R/eel;
 - b) alle immissioni effettive delle unità di produzione non rilevanti programmabili e di quelle non rilevanti alimentate da fonti rinnovabili non programmabili, superiore alla *performance* di settore del 30% utilizzabile anche per quest’ultima tipologia di unità di produzione in mancanza di informazioni – come nel caso di specie – sulla composizione delle fonti che costituiscono il parco delle predette unità di produzione;

- 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/48/2017/eel.
6. Nel corso dell'istruttoria la Società, avvalendosi della facoltà di cui al punto 5 della citata determinazione DSAI/48/2017/eel, ha comprovato l'effettiva composizione delle fonti che costituiscono il proprio parco delle unità di produzione non rilevanti alimentate da fonti rinnovabili non programmabili mediante invio di dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà (acquisita con prot. Autorità 36238 del 6 novembre 2017).
 7. Successivamente, la Società ha depositato una memoria difensiva con contestuale istanza di accesso agli atti (acquisita con prot. Autorità 39048 del 29 novembre 2017), evasa dal Responsabile del procedimento con nota 20 dicembre 2017 (prot. Autorità 41321).
 8. Con deliberazione 258/2018/E/eel, l'Autorità ha confermato il provvedimento prescrittivo adottato nei confronti della Società, in considerazione dell'irrelevanza degli elementi fattuali trasmessi dalla stessa ai sensi del punto 3 della suindicata deliberazione 269/2017/E/eel.
 9. Con nota del 24 febbraio 2022 (prot. Autorità 8233) il Responsabile del procedimento sanzionatorio ha comunicato le risultanze istruttorie alla Società.
 10. Nel corso della fase decisoria, la Società, con nota del 1 aprile 2022 (prot. Autorità 14342) ha presentato la memoria di replica alle risultanze istruttorie.

CONSIDERATO, ALTRESÌ, CHE:

11. il provvedimento prescrittivo di cui alle citate deliberazioni è stato impugnato dalla Società dinanzi al Giudice Amministrativo il quale, in secondo grado, ha parzialmente accolto il ricorso nella parte relativa all'obbligazione restitutoria, per difetto di istruttoria e di motivazione, statuendo, in particolare, che: a) gli sbilanciamenti effettivi imputati alle Società fossero comunque violativi dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/2006 e, quindi, potenzialmente rilevanti per l'adozione di diverse misure amministrative o l'attivazione di distinti rimedi giuridici e tuttavia b) l'accertamento di sbilanciamenti illeciti (violativi dell'obbligo di diligente programmazione) e di profitti (conseguentemente) indebiti tratti dall'operatore economico non potessero ritenersi sufficienti per l'adozione di una misura prescrittiva, la quale richiede, altresì, una correlazione tra il comportamento ascritto all'esercente il servizio e la lesione dei diritti dell'utenza conseguentemente procurata;
12. con deliberazione 217/2021/E/eel, l'Autorità ha quindi avviato, con riferimento alle società elencate nella Tabella 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:

13. alla luce delle statuizioni contenute nella Sentenza del Giudice Amministrativo emessa nei confronti della Società, l'accoglimento della censura relativa al difetto di istruttoria e di motivazione, nell'ambito del procedimento prescrittivo, non produrrebbe effetti nell'ambito del procedimento sanzionatorio; al riguardo giova infatti rilevare la diversità dei presupposti per l'esercizio dei poteri prescrittivo e sanzionatorio attribuiti all'Autorità da due distinte disposizioni di legge in base alla chiara tassonomia legislativa più volte richiamata dal Giudice Amministrativo (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 6971/2021). 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 e di immissione che utilizzino le migliori stime dei quantitativi di energia elettrica, in conformità ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza. Come sopra evidenziato, tale violazione risulta accertata nella Sentenza del Giudice Amministrativo 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* articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06 e, quindi, potenzialmente rilevanti per l'adozione di diverse misure amministrative o l'attivazione di distinti rimedi giuridici. In altre parole, il procedimento sanzionatorio è volto ad assicurare la reazione dell'ordinamento alla violazione di una regola di condotta consistente nell'obbligo di programmazione diligente, indipendentemente dai riflessi della condotta stessa sull'*uplift*.

CONSIDERATO, TUTTAVIA, CHE:

14. nel giudizio di revocazione promosso dall'Autorità avverso la 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 nel merito il ricorso dell'Autorità. Il Consiglio di Stato – in contrasto con il proprio stesso orientamento che aveva espressamente distinto il provvedimento prescrittivo da quello sanzionatorio – ha ritenuto infatti che "*il percorso che ha condotto ARERA ad irrogare una sanzione pecuniaria nei confronti di Bluenergy "soffre" delle appurate illegittimità istruttorie che hanno "macchiato" gli atti presupposti, rispetto al provvedimento di irrogazione della sanzione adottato nel 2018*";

15. la posizione assunta dal Consiglio di Stato nel giudizio di revocazione avverso la prima sanzione in materia di strategie di programmazione non diligenti di energia elettrica risulta confermata dalle successive sentenze 6498/2021, 6504/2021, 6505/2021 e 3712/2022 che hanno fatto peraltro espressamente salvo il “*riesercizio del potere [sanzionatorio], sulla scorta di un accertamento prescrittivo privo dei vizi rilevati*”;
16. detto orientamento non risulta condiviso dalla Prima Sezione del Tar Lombardia, Milano, che con sentenza del 22 novembre 2021, n. 2589 ha rilevato che “*l’annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento prescrittivo non spiega effetti (caducanti o invalidanti) sul provvedimento sanzionatorio oggetto del presente giudizio*”.

RITENUTO, QUINDI, OPPORTUNO:

17. prendere atto del pur controverso orientamento giurisprudenziale di cui ai punti precedenti e quindi, al fine di limitare l’insorgere di nuovo contenzioso, prorogare cautelativamente - in coerenza con quanto disposto dal comma 5 dell’articolo 4*bis* del Regolamento Sanzioni - il termine della fase decisoria del procedimento in oggetto, in modo tale che, nell’ambito dello stesso, l’Autorità possa - nella denegata ipotesi di conferma di detto orientamento - tenere conto degli esiti del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/eel per l’esecuzione della Sentenza del Giudice Amministrativo sul provvedimento prescrittivo;
18. che, in ragione della proroga di cui al punto precedente, il termine della fase decisoria del procedimento in oggetto sia fissato in 90 (novanta) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/eel;
19. prevedere che la Società, ferme le acquisizioni del predetto procedimento, possa eventualmente replicare in merito ai riflessi della Sentenza del Giudice Amministrativo 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 217/2021/E/eel

DELIBERA

1. di prorogare, ai sensi dell’articolo 4*bis*, comma 5, del Regolamento Sanzioni, il termine della fase decisoria del procedimento avviato con determinazione DSAI/48/2017/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 217/2021/E/eel;

2. prevedere che l'utente del dispacciamento di cui all'Allegato A, ferme le acquisizioni del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/eel₂, possa eventualmente replicare in merito ai riflessi della sentenza del Giudice Amministrativo 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 217/2021/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, 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.

31 maggio 2022

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini