

DELIBERAZIONE 15 NOVEMBRE 2022

577/2022/E/EEL

ADOZIONE DI UN PROVVEDIMENTO PRESCRITTIVO NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ FENIX S.R.L. IN OTTEMPERANZA ALLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO IN TEMA DI STRATEGIE DI PROGRAMMAZIONE NON DILIGENTI DI ENERGIA ELETTRICA

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

Nella 1227^a riunione del 15 novembre 2022

VISTI:

- la direttiva 2019/944/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019;
- la legge 14 novembre 1995, n. 481 (di seguito: legge 481/95), in particolare, l'articolo 2, comma 20, lettera d);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79/99;
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 (di seguito: decreto legislativo 93/11);
- il decretollegge 24 giugno 2014, n. 91, come convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 116;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244 (di seguito: DPR 244/01);
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 9 giugno 2006, 111/06, come successivamente integrato e modificato (di seguito: deliberazione 111/06);
- il vigente Testo Integrato per il Monitoraggio del mercato elettrico all'ingrosso e del mercato per il servizio di dispacciamento;
- il vigente Testo Integrato in ordine alla regolazione delle partite fisiche ed economiche del servizio di dispacciamento – *Settlement*;
- la deliberazione dell'Autorità 9 maggio 2013, 197/2013/E/EEL (di seguito: deliberazione 197/2013/E/EEL);
- 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 1 giugno 2017, 396/2017/E/EEL (di seguito: deliberazione 396/2017/E/EEL);
- la deliberazione dell'Autorità 8 febbraio 2018, 76/2018/E/EEL (di seguito: deliberazione 76/2018/E/EEL);

- la deliberazione dell’Autorità 25 maggio 2021, 217/2021/E/EEL (di seguito: deliberazione 217/2021/E/EEL);
- la deliberazione dell’Autorità 6 luglio 2021, 289/2021/E/EEL;
- la deliberazione dell’Autorità 15 febbraio 2022, 55/2022/E/EEL;
- la deliberazione dell’Autorità 7 giugno 2022, 249/2022/E/EEL;
- la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (di seguito: Tar Lombardia) n. 387/2019 (di seguito: sentenza 387/2019);
- la sentenza del Consiglio di Stato n. 6966/2020 (di seguito: sentenza 6966/2020);
- la comunicazione dell’Autorità sulle risultanze istruttorie del 29 luglio 2021 (prot. Autorità 30139), (di seguito: comunicazione 29 luglio 2021);
- la memoria della società Fenix S.r.l. del 15 ottobre 2021 (prot. Autorità 38230), (di seguito: memoria 15 ottobre 2021).

CONSIDERATO CHE:

- con la deliberazione 342/2016/E/EEL, l’Autorità ha avviato nei confronti di una pluralità di utenti del dispacciamento di energia elettrica, tra cui anche la Società Fenix S.r.l. (di seguito: la Società), procedimenti, di natura individuale, finalizzati all’eventuale adozione di misure prescrittive ai sensi dell’articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 481/95, per aver posto in essere strategie di programmazione non coerenti con i principi di diligenza, perizia, prudenza e previdenza di cui all’articolo 14.6 della deliberazione 111/06, recepiti nei contratti di dispacciamento conclusi con la società Terna S.p.A. (di seguito: Terna);
- con la deliberazione 396/2017/R/EEL, l’Autorità, in esito a lunga e articolata istruttoria, ha verificato che:
 - (a) la Società aveva posto in essere strategie di programmazione non diligenti che avevano impattato sul *settlement* del servizio di dispacciamento con conseguente incremento del corrispettivo di cui all’articolo 44 della deliberazione 111/06 (c.d. corrispettivo *uplift*) a detrimento della generalità dell’utenza elettrica;
 - (b) tali condotte avevano consentito alla Società di trarre un beneficio economico ritenuto non dovuto, in quanto diretta conseguenza del suo inadempimento al richiamato obbligo di programmare con diligenza, perizia, prudenza e previdenza;
 - (c) la quota degli importi non dovuti continuava a essere indebitamente trattenuta dalla Società, ciò che determinava l’attualità della lesione del diritto dell’utenza;
- pertanto, con la citata deliberazione 396/2017/E/EEL, l’Autorità, ai sensi dell’articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 481/95, ha ordinato alla Società di restituire a Terna – al fine del ristoro della generalità dell’utenza elettrica – gli importi corrispondenti al beneficio indebito conseguito per effetto delle strategie di programmazione non diligenti messe in atto; a tal fine, sono stati identificati i mesi, le zone e le tecnologie rispetto alle quali la Società aveva adottato strategie

di programmazione non diligenti e sono stati definiti appositi criteri per la quantificazione degli importi indebitamente conseguiti, rimettendo a Terna le conseguenti attività esecutive di regolazione delle partite economiche sottese;

- infine, sempre con la richiamata deliberazione 396/2017/E/EEL, l’Autorità ha altresì riconosciuto alla Società la facoltà di trasmettere ulteriori elementi utili a rivedere le valutazioni di diligenza e i criteri di quantificazione degli indebiti importi, facoltà di cui la Società si è avvalsa; in esito all’esame della documentazione trasmessa, con la deliberazione 76/2018/E/EEL, l’Autorità ha confermato il provvedimento prescrittivo di cui alla deliberazione 396/2017/E/EEL, rivedendo le determinazioni di cui all’Allegato B alla medesima deliberazione;
- la Società – unitamente a molti altri utenti destinatari di analoghi provvedimenti prescrittivi adottati in esito ai procedimenti avviati con la citata deliberazione 342/2016/E/EEL – ha proposto ricorso avverso il provvedimento prescrittivo innanzi al TAR Lombardia che, con la sentenza 387/2019, lo ha rigettato; avverso tale sentenza la Società ha interposto appello al Consiglio di Stato che, con la sentenza 6966/2020, in coerenza con l’orientamento che si è affermato e consolidato nelle pronunce del Consiglio di Stato sugli altri analoghi provvedimenti, ha, invece, parzialmente accolto l’appello, limitatamente ai motivi relativi al difetto di istruttoria, nei termini di seguito meglio specificati;
- in estrema sintesi, il Consiglio di Stato, pur ribadendo il potere regolatorio di eterointegrazione contrattuale nelle relazioni di utenza del servizio di dispacciamento di energia, e pur sancendo il fondamento del potere prescrittivo, di cui all’articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 481/95, così come esercitato dall’Autorità con riferimento alle strategie di programmazione non diligenti (espressamente dichiarandone la natura illecita), tuttavia, ha ritenuto che, nella quantificazione dell’importo da restituire, oggetto della predetta misura prescrittiva, sia mancato l’accertamento del risparmio di spesa, per il sistema, derivante dagli eventuali effetti positivi degli sbilanciamenti in controfase, rispetto allo sbilanciamento del sistema stesso;
- in altre parole, i provvedimenti prescrittivi adottati dall’Autorità in esito ai procedimenti avviati con deliberazione 342/2016/E/EEL, tra i quali anche quello adottato nei confronti della Società, sono stati annullati dal giudice amministrativo per difetto di istruttoria circa l’effettiva lesione del diritto dell’utenza finale, ritenendo carente il metodo di quantificazione, laddove sia mancato l’accertamento del risparmio di spesa (ossia una lesione di grado minore del diritto dell’utente) derivante dagli eventuali effetti positivi per l’intero sistema degli sbilanciamenti in controfase;
- per tali ragioni, come ampiamente chiarito nella motivazione della deliberazione 217/2021/E/EEL, che deve intendersi qui integralmente richiamata anche a precisazione e completamento del contesto normativo e giurisprudenziale sopra tratteggiato, entro cui si inquadra il presente provvedimento, al fine di ottemperare anche alla sentenza 6966/2020, l’Autorità ha avviato, nei confronti della Società, un procedimento volto a:

- (i) verificare, mediante un apposito supplemento di istruttoria (rispetto a quella già compiuta e cristallizzata nella deliberazione 396/2017/E/EEL, come modificata dalla deliberazione 76/2018/E/EEL), l'incidenza sui costi diretti del corrispettivo *uplift* del possibile risparmio di spesa derivante dagli eventuali effetti positivi, per l'intero sistema, degli sbilanciamenti in controfase;
- (ii) per effetto dei possibili esiti di tale supplemento di istruttoria, confermare o modificare il provvedimento prescrittivo già adottato nei confronti della Società, ovvero non adottare alcun provvedimento prescrittivo;
- inoltre, con la suddetta deliberazione 217/2021/E/EEL, l'Autorità ha anche chiarito che, in ogni caso, dall'esito del supplemento istruttorio – essendo esso compiuto in ottemperanza a sentenza favorevole per la Società – non può derivare una rideterminazione del *quantum* della misura prescrittiva per un importo superiore a quello oggetto della precedente decisione.

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- con la comunicazione 29 luglio 2021, il responsabile del procedimento ha comunicato alla Società le risultanze dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del DPR 244/01, con le quali ha rivisto, innovandole, le modalità di valorizzazione degli sbilanciamenti effettivi di cui al punto 3) dell'Allegato B alla deliberazione 396/2017/E/EEL, come modificato con la deliberazione 76/2018/E/EEL (tutti gli altri criteri metodologici, ivi incluse le valutazioni sulla diligenza delle strategie di programmazione, e i relativi accertamenti compiuti, infatti, non essendo stati travolti dalla sentenza 6966/2020, restano invariati rispetto a quelli già assunti dall'Autorità e riportati nelle restanti parti del citato Allegato B);
- infatti, la metodologia utilizzata per quantificare l'originario importo, di cui alla Società era stata ordinata la restituzione, valorizzava al prezzo zonale gli sbilanciamenti oltre la soglia di diligenza, prescindendo dalla "direzione" dei medesimi (ossia a prescindere dal fatto se essi fossero in fase o in controfase); ciò in quanto, come più volte argomentato dall'Autorità, il calcolo del segno dello sbilanciamento aggregato zonale, in vigore nel 2016, non era sempre coerente con lo stato effettivo del sistema (eccedentario/deficitario);
- con la predetta metodologia, pertanto, rispetto agli sbilanciamenti risultati non diligenti, non si teneva conto né del potenziale maggiore "pregiudizio" arrecato al sistema (dagli sbilanciamenti in fase), né del potenziale "aiuto" fornito al sistema (dagli sbilanciamenti in controfase): la valorizzazione degli sbilanciamenti non diligenti, in altre parole, era definita esattamente pari a quanto l'utente del dispacciamento avrebbe potuto conseguire negoziando i volumi relativi nel mercato del giorno prima; ciò in coerenza con l'obbligo di programmazione diligente, espressamente previsto nella deliberazione 525/2014/R/EEL;
- pertanto, al fine di dare attuazione alla richiesta del giudice amministrativo, di considerare gli effetti positivi per l'intero sistema degli sbilanciamenti in controfase, è risultato necessario orientare le attività istruttorie al fine di dare

rilevanza agli eventuali risparmi di spesa (se esistenti) derivanti dagli sbilanciamenti *realmente* in controfase imputabili alla Società: infatti, gli eventuali risparmi di spesa per i consumatori finali possono derivare soltanto da sbilanciamenti in controfase rispetto alla posizione effettiva del sistema, ossia realmente eccedentaria/deficitaria dello stesso;

- conseguentemente, con la comunicazione 29 luglio 2021, il responsabile del procedimento ha distinto tra “segno convenzionale” e “segno reale” dello sbilanciamento aggregato zonale: il primo corrisponde a quello in vigore nel 2016 (non sempre coerente con l’effettivo stato del sistema), mentre il secondo è il segno risultante dalla somma algebrica degli sbilanciamenti individuali di tutti gli utenti del dispacciamento sulla base dei dati di misura (quindi, per definizione, coerente con l’effettivo stato del sistema); tale dato è stato pubblicato da Terna sul proprio sito, come previsto dal punto 3 della deliberazione 217/2021/E/EEL, in quanto informazione aggiuntiva ritenuta necessaria dal responsabile del procedimento per le verifiche in merito alla revisione dei provvedimenti prescrittivi;
- con la nuova metodologia, tutti gli sbilanciamenti sono, quindi, riferiti al “segno reale” del sistema, mentre il “segno convenzionale” non ha più alcuna valenza per l’individuazione degli sbilanciamenti effettivi in fase o in controfase.

CONSIDERATO, AL RIGUARDO, CHE:

- la nuova metodologia di calcolo, prospettata nella comunicazione 29 luglio 2021, risulta coerente con le esigenze di completamento dell’istruttoria evidenziate anche dalla sentenza 6966/2020, alla quale si ottempera con il presente provvedimento; infatti, la richiesta del giudice di valutare gli eventuali effetti indiretti positivi per il sistema associati a sbilanciamenti effettivi in (reale) controfase rispetto allo stato (reale) del sistema, deve essere inquadrata nell’ottica del dispacciamento centralizzato svolto da Terna, basato sul principio di co-ottimizzazione delle diverse risorse da approvvigionare ai fini del bilanciamento e dell’esercizio in sicurezza del sistema elettrico nel rispetto di tutti i suoi vincoli; in base a tale principio, in particolare, pur in presenza di sbilanciamenti effettivi in controfase rispetto allo stato effettivo del sistema, Terna potrebbe comunque ritrovarsi ad attivare ulteriori risorse di dispacciamento, qualora richieste per l’approvvigionamento di altri servizi ancillari diversi dal bilanciamento del sistema; ne consegue che dalla presenza di sbilanciamenti effettivi in (reale) controfase rispetto allo stato effettivo (reale) del sistema, non necessariamente deriva un risparmio per il sistema: in particolare, un tale risparmio è variabile fra un valore pari a zero (in caso di nessuna mancata attivazione di risorse di dispacciamento) e uno pari al controvalore economico degli sbilanciamenti effettivi in controfase (in caso di mancata attivazione di risorse di dispacciamento per un volume equivalente agli sbilanciamenti in controfase);
- l’individuazione puntuale del suddetto risparmio richiederebbe di ricostruire la sequenza degli esiti dei mercati (da quello del giorno prima a quello del

bilanciamento) nelle condizioni storiche precise (come minimo a livello quartodotario) in cui si è trovato il sistema elettrico nel periodo interessato dalla deliberazione 342/2016/E/EEL; tuttavia, in luogo di procedere a una tale analisi puntuale, il responsabile del procedimento ha ritenuto di adottare una soluzione che tutelasse maggiormente la posizione della Società, attribuendo alla medesima il massimo beneficio teoricamente ottenibile dal sistema per effetto degli sbilanciamenti in controfase rispetto alla posizione reale del sistema, senza pertanto verificare, in caso di sbilanciamenti effettivi in reale controfase, l'effettivo risparmio conseguito dal sistema, tenendo conto delle risorse di dispacciamento realmente attivate da Terna (risultando peraltro tale soluzione di più agevole e meno onerosa implementazione);

- in particolare, la comunicazione 29 luglio 2021 ha (i) confermato, ai fini della quantificazione della prescrizione, la valorizzazione a prezzo zonale degli sbilanciamenti effettivi oltre la soglia di diligenza in fase rispetto al “segno reale”; mentre, (ii) per gli sbilanciamenti effettivi oltre la soglia di diligenza in controfase ha prospettato la valorizzazione in base al prezzo di sbilanciamento effettivo determinato secondo le regole in vigore nel 2016, ma assumendo come riferimento il “segno reale” del sistema e non il “segno convenzionale”;
- quanto rappresentato ai precedenti punti consente di riconoscere alla Società il massimo vantaggio teoricamente maturabile dagli sbilanciamenti effettivi oltre la soglia di diligenza in controfase rispetto al “segno reale”; ciò indipendentemente dal fatto che tale vantaggio sia stato effettivamente o meno conseguito dal sistema stesso (ossia che agli sbilanciamenti effettivi in controfase rispetto allo stato effettivo del sistema corrisponda una effettiva mancata attivazione di risorse di dispacciamento); inoltre, come già previsto nel provvedimento prescrittivo originario, gli sbilanciamenti effettivi oltre la soglia di diligenza, in fase rispetto al “segno reale”, sono valorizzati come se fossero stati negoziati nel mercato del giorno prima: in tal modo si è inteso sterilizzare ogni effetto (negativo per la Società) associato al segnale di prezzo proveniente dall'applicazione del prezzo di sbilanciamento effettivo; in conseguenza di quanto sopra, la comunicazione 29 luglio 2021 ha prospettato l'adozione di un provvedimento di conferma della misura prescrittiva, adottata con la deliberazione 396/2017/E/EEL, come modificata con la deliberazione 76/2018/E/EEL, con revisione delle relative modalità di quantificazione degli importi indebitamente maturati e oggetto di restituzione.

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- con la memoria 15 ottobre 2021, la Società ha esposto le seguenti osservazioni critiche;
- in primo luogo, la Società critica alcuni dei presupposti della deliberazione 217/2021/E/EEL di avvio del procedimento di ottemperanza, in particolare:
 - (a) contesta innanzitutto la tesi, che l'Autorità avrebbe asserito in un punto della deliberazione 217/2021/E/EEL, secondo cui *“esiste ed è accertata, la*

correlazione tra incremento del corrispettivo uplift e gli sbilanciamenti delle unità non abilitate"; secondo la Società, invece, la sentenza ottemperanda affermerebbe l'esatto contrario, accettando sul punto quanto affermato dal verificatore secondo il quale sarebbe *"apparsa incerta la relazione tra corrispettivo uplift e sbilanciamenti"*;

- (b) contesta altresì l'affermazione dell'Autorità secondo cui *"la responsabilità degli sbilanciamenti effettivi è imputabile alle sole unità non abilitate e non alle unità abilitate su MSD"*; al riguardo, secondo la Società tale affermazione sarebbe smentita, ad esempio, da un passaggio di un'altra pronuncia adottata dal Consiglio di Stato in un caso del tutto analogo a quello della Società: la Società si riferisce, in particolare alla sentenza 5023/2020, in cui il Consiglio di Stato osserva che *"[n]on può infatti sostenersi che [...] il maggior esborso dovuto da Terna [...] comunque non sia ascrivibile anche agli utenti titolari di unità non abilitate"*; in tal modo, secondo la Società, il giudice individuerebbe una *"corresponsabilità di unità abilitate e non abilitate, di cui occorre evidentemente tener conto per un'istruttoria completa e corretta"*;
- in secondo luogo, la Società contesta il contenuto e gli esiti del supplemento istruttorio, sostenendo che il responsabile del procedimento avrebbe omesso di svolgere quelle verifiche richieste dal Consiglio di Stato; in particolare, la comunicazione del 29 luglio 2022 avrebbe compiuto assunzioni semplicistiche presumendo *"(i) un risparmio di spesa per il servizio di dispacciamento in caso di sbilanciamento in contro fase (ii) e un aggravio di spesa in ogni caso di sbilanciamento in fase, confermando la metodologia già utilizzata nel provvedimento prescrittivo (oggetto di annullamento giurisdizionale)"*;
 - al riguardo, secondo la Società, un tale modo di procedere sarebbe errato (e quindi illegittimo), in quanto contrario a quanto stabilito dalla sentenza 6966/2020; infatti, a dire della Società, tale sentenza:
 - (c) inviterebbe a ricomprendere nell'analisi anche i possibili risparmi per il sistema derivanti non solo dagli sbilanciamenti in controfase, ma anche da quelli in fase (in quanto *"anche da questi ultimi potrebbero derivare impatti positivi sulla componente B dell'uplift"*);
 - (d) non consentirebbe di *"utilizzare assunzioni o ipotesi, ma di accertare esattamente il nesso di causalità tra una condotta (asseritamente) non diligente e il danno (o il risparmio) provocato, essendo solo l'esistenza del danno (da provare nelle sue componenti: condotta-nesso di causalità-evento) l'elemento fondante il potere prescrittivo [dell'Autorità]"*;
 - (e) imporrebbe anche di considerare *"il ruolo e le programmazioni effettuate dagli operatori abilitati a partecipare a MSD, che, in un mercato molto concentrato, possono influenzare segno e prezzo di sbilanciamento, impattando in modo significativo sulla valorizzazione complessiva degli sbilanciamenti e sull'uplift"*, dovendo al riguardo ricordarsi che, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale;

- (f) a quest'ultimo riguardo, inoltre, la Società ricorda anche che, in sede di verifica disposta dal Consiglio di Stato, e richiamata nella sentenza in esame, era emerso altresì che la medesima società fosse “*un operatore marginale il cui impatto sulle dinamiche del mercato [sarebbe] a tutti gli effetti trascurabile*”, che in ragioni di tali dimensioni la stessa “*non [sarebbe] in grado di influire sui processi di formazione dei prezzi [...]*”, e che “*in quanto operatore marginale è ragionevole attendersi che i comportamenti [della Società] siano guidati da segnali di prezzo forniti dal mercato, anche qualora tali segnali risultassero per qualche ragione distorti*”;
- infine, la Società lamenta l'assenza di un contraddittorio reale con l'Autorità, in quanto il procedimento sarebbe stato “*caratterizzato dalla mancata condivisione di dati in possesso di Terna con la Società destinataria del provvedimento*”; a tal fine, la Società richiama una sua precedente comunicazione di cui però omette di riportare gli estremi e che (è bene subito chiarirlo) non risulta mai pervenuta all'Autorità.

CONSIDERATO, AL RIGUARDO, CHE:

- le osservazioni critiche della Società, contenute nella memoria 15 ottobre 2021, sono del tutto infondate per le ragioni di seguito esposte;
- in primo luogo, sono destituite di fondamento le critiche mosse all'impostazione adottata dall'Autorità con la deliberazione 217/2021/E/EEL d'avvio del procedimento; si tratta, in particolare, di due affermazioni compiute dall'Autorità in una parte della motivazione con cui è stato precisato il perimetro dell'annullamento dei provvedimenti prescrittivi disposto dal giudice, dando atto, al contempo, dei profili dell'impianto di tali provvedimenti che, invece, sono stati positivamente valutati dal giudice; tra tali profili, diversamente da quanto affermato dalla Società – cfr. precedenti lettere (a) e (b), vi sono anche quelli secondo i quali: (i) v'è una correlazione tra incremento del corrispettivo *uplift* e gli sbilanciamenti delle unità non abilitate; (ii) la responsabilità degli sbilanciamenti effettivi è imputabile alle sole unità non abilitate e non a quelle abilitate su MSD;
- sono infondate le critiche avanzate dalla Società – sintetizzate nella precedente lettera (a) – nei confronti della deliberazione d'avvio nella parte in cui essa mette in evidenza la sussistenza di una correlazione tra incremento del corrispettivo *uplift* e gli sbilanciamenti delle unità non abilitate;
- a dire della Società, in particolare, tale correlazione sarebbe stata posta in dubbio dagli esiti della verifica, esiti che, però, diversamente da quanto sostiene la Società, non sono stati sul punto confermati dal Consiglio di Stato che, anzi, da un lato, come si dirà meglio sotto, ha riconosciuto la piena responsabilità delle unità non abilitate per gli sbilanciamenti effettivi non diligentemente posti in essere e, dall'altro lato, in altre pronunce su casi analoghi a quello in esame – quale la sentenza 5023/2020 invocata dalla stessa Società – ha chiarito che “*concorrendo i prezzi di sbilanciamento, ai sensi dell'art. 44, all.A., delibera n. 111/06, a*

determinare il corrispettivo per l'approvvigionamento delle risorse nel mercato per il servizio di dispacciamento (cd. Corrispettivo uplift) traslabile sull'utenza finale, un incremento degli oneri sostenuti da Terna per il pagamento dei prezzi di sbilanciamento, in conseguenza di condotte non diligenti tenute dagli utenti del dispacciamento, è, in ipotesi, idoneo a determinare un incremento dei costi sostenuti dall'utenza finale, recuperabile attraverso provvedimenti prescrittivi rientranti nella competenza dell'Autorità";

- ciò che il giudice ha, invece, censurato sono le modalità con cui l'Autorità ha accertato l'effettivo incremento del corrispettivo *uplift* conseguente agli sbilanciamenti effettivi imputabili alla Società, limitandosi a verificare i benefici conseguiti dall'operatore in conseguenza degli sbilanciamento effettivi realizzati, e *“omettendo di verificare, altresì, l'eventuale beneficio prodotto dal medesimo antecedente causale (sbilanciamento) sul valore complessivo dell'uplift, sub specie di riduzione degli oneri che Terna necessariamente o con ragionevole probabilità, in assenza dello sbilanciamento contro fase, avrebbe dovuto sostenere sul MSD per l'acquisto/vendita delle quantità di energia occorrenti per riequilibrare il sistema, nella misura corrispondente a quella sbilanciata in concreto [dalla Società]”*; una tale verifica, infatti, costituisce oggetto del supplemento istruttorio avviato con la deliberazione 217/2021/E/EE, che si conclude col presente provvedimento;
- parimenti infondate sono le critiche sintetizzate nella precedente lettera (b); infatti, che la responsabilità degli sbilanciamenti effettivi sia imputabile alle unità non abilitate, e non a quelle abilitate, diversamente da quanto sostenuto dalla Società, è stato proprio chiarito dal giudice amministrativo che ha sul punto respinto la censura da questa formulata, secondo la quale gli sbilanciamenti sarebbero imputabili alle unità non abilitate, ma dipendenti da quelle abilitate; anche nella sentenza 6966/2020 (i cui passi salienti al riguardo sono pure riportati nella deliberazione 217/2021/E/EEL), il Consiglio di Stato evidenzia l'irrelevanza delle condotte delle unità abilitate, al fine dell'accertamento delle responsabilità delle unità non abilitate;
- al riguardo, la Società estrapola un inciso contenuto nella sentenza 5023/2020, in cui si legge che il maggior esborso da parte di Terna non può essere *“imputato in capo alle sole unità abilitate”*, al fine di ascrivere surrettiziamente al giudice amministrativo un'affermazione che, in realtà, non compie, ossia che vi sarebbe un concorso, tra unità abilitate e unità non abilitate, nel determinare gli sbilanciamenti effettivi oggetto del provvedimento prescrittivo; in realtà, quell'inciso si colloca in un contesto volto, appunto, come detto, a sancire l'irrelevanza delle condotte delle unità abilitate sulla responsabilità degli sbilanciamenti determinati da quelle non abilitate;
- infatti, nel periodo successivo a quello citato dalla Società, il giudice prosegue affermando che *“[d]ifatti, il fattore prezzo deve essere applicato ai quantitativi di energia immessa o prelevata in eccesso o in difetto dai singolo utenti rispetto ai propri programmi vincolanti negoziati sui mercati dell'energia; sicché, dipendendo le quantità di energia sbilanciate dalla condotta di ciascun utente del*

dispacciamento, questi deve ritenersi responsabile degli sbilanciamenti in concreto procurati"; ciò significa, in altre parole, che gli sbilanciamenti causati dal singolo utente, in conseguenza della sua programmazione, sono imputabili solo a se stesso, e non a un concorso con le condotte degli utenti titolari di unità abilitate;

- pertanto, le unità abilitate non possono causalmente né determinare direttamente sbilanciamenti delle altre unità, né costringere agli sbilanciamenti le unità non abilitate; al riguardo, peraltro, come è noto, le unità abilitate non possono trarre profitto dagli sbilanciamenti, in quanto i prezzi di sbilanciamento applicati alle unità abilitate sono penalizzanti per gli operatori e non consentono mai un guadagno superiore a quello che sarebbe loro derivato dal pieno rispetto del programma; sono, invece, gli sbilanciamenti causati in ragione di offerte relative alle unità di consumo o di produzione non abilitate non conformi a una programmazione diligente a determinare l'attivazione di ingenti risorse su MSD da parte di Terna, con costi significativi per riportare in equilibrio il sistema;
- quanto sopra considerato, oltre a rendere del tutto infondata la critica alla deliberazione 217/2021/E/EEL, richiamata alla precedente lettera (b), rende priva di pregio anche la censura, avanzata dalla Società, e riportata alla precedente lettera (e), secondo la quale, nel suo supplemento istruttorio, il responsabile del procedimento avrebbe dovuto considerare anche il ruolo e le condotte tenute dagli utenti titolari di unità abilitate; come visto, infatti, tale ruolo è stato ritenuto irrilevante dal giudice amministrativo, con la conseguenza che non rientra nella portata conformativa del giudicato formatosi sulla sentenza 6966/2020 l'accertamento in merito a una presunta responsabilità delle unità abilitate nell'incremento dell'*uplift* causato dagli sbilanciamenti delle unità non abilitate;
- con riferimento quindi, agli esiti del supplemento istruttorio, rappresentato dal responsabile del procedimento con la comunicazione del 29 luglio 2022 (sopra sintetizzati), tutte le critiche formulate dalla Società – richiamate in dettaglio nelle precedenti lettere (c), (d), (e), (f) – sono infondate;
- innanzi tutto è manifestamente destituita di fondamento la tesi della Società – richiamata alla lettera (c) – secondo cui la sentenza ottemperanda non limiterebbe l'onere istruttorio dell'Autorità ai soli casi degli sbilanciamenti in controfase, ma le imporrebbe di verificare eventuali risparmi di spesa da parte di Terna anche nel caso di sbilanciamenti in fase (con la conseguente illegittimità della scelta dell'Autorità di confermare la metodologia del provvedimento annullato nel caso di uno sbilanciamento reale in fase);
- in realtà, in disparte l'impossibilità materiale che vi sia un risparmio di spesa per Terna in caso di sbilanciamenti in fase (in tali casi, infatti, ci si trova di fronte a uno stato eccedentario e deficitario del sistema elettrico, che è acuito dalle condotte dell'operatore, con la conseguenza che lo sbilanciamento in fase non può che imporre a Terna di reperire maggiori risorse per ripristinare l'equilibrio) è proprio il giudice amministrativo ad aver chiarito espressamente che l'Autorità avrebbe dovuto compiere *“un'indagine riferita allo stato (eccedentario o deficitario) in cui il sistema si trovava al momento dello stesso sbilanciamento*

‘contro fase’, al fine di accertare se tale sbilanciamento avesse prodotto comunque un effetto benefico – da valutare per stabilire la sua correlazione con il corrispettivo uplift – aumentando le quantità disponibili [...] a fronte di uno stato deficitario del sistema ovvero riducendo le quantità di energia disponibili [...] in uno stato eccedentario del sistema”.

- posto, quindi, che il supplemento dell’istruttoria richiesto per ottemperare anche alla sentenza 6966/2020 è circoscritto alla verifica dell’effettiva incidenza, sui costi diretti del corrispettivo *uplift*, del possibile risparmio di spesa derivanti dagli eventuali effetti positivi degli sbilanciamenti in controfase, appare pure priva di pregio, se non pretestuosa, la critica che la Società muove alle semplificazioni previste dal metodo prospettato nella comunicazione del 29 luglio 2022 – critica richiamata alla precedente lettera (d);
- in realtà, la scelta di presumere che tutti gli sbilanciamenti in controfase della Società abbiano determinato un risparmio di spesa per Terna, costituisce una scelta compiuta a tutela e a beneficio della medesima Società; infatti, come sopra chiarito, per un’applicazione rigorosa dei principi della *condicio sine qua non* (invocati dal giudice amministrativo), al fine di verificare se dagli sbilanciamenti in controfase della Società siano *effettivamente* derivati effetti positivi per il sistema (in termini di risparmio di spesa da parte di Terna), occorre considerare che, in base al c.d. principio di co-ottimizzazione che governa il dispacciamento centralizzato di Terna, pure in presenza di reali sbilanciamenti in controfase rispetto allo stato del sistema, il responsabile del dispacciamento potrebbe comunque dover attivare ulteriori risorse, qualora richieste per l’approvvigionamento di altri servizi ancillari diversi dal bilanciamento; in tali casi, in altre parole, lo sbilanciamento in controfase della Società non comporterebbe una riduzione dei costi sostenuti da Terna e, conseguentemente, una mitigazione del corrispettivo *uplift*;
- la scelta del responsabile del procedimento, compiuta nella comunicazione del 29 luglio 2022, è stata invece di non verificare se vi fossero sbilanciamenti in controfase della Società che non abbiano portato risparmi di spesa per il sistema (avendo richiesto a Terna di approvvigionarsi di altre risorse del dispacciamento); si tratta, come detto e come è evidente, di una scelta a tutto beneficio della Società, rispetto ai cui sbilanciamenti in controfase si presume un vantaggio per il sistema, indipendentemente dal fatto che un tale vantaggio sia stato effettivamente o meno conseguito; in tal modo, alla Società è garantito il massimo beneficio teoricamente ottenibile dal sistema per effetto degli sbilanciamenti in controfase;
- con riferimento, invece, alla tesi della Società, richiamata alla precedente lettera (e), secondo la quale nel suo supplemento di istruttoria l’Autorità avrebbe dovuto tenere conto anche del ruolo e delle programmazioni compiute dagli utenti titolari di unità abilitate, l’infondatezza di una tale critica è stata già dimostrata sopra;
- parimenti insostenibile appare l’argomento della Società, richiamato alla precedente lettera (f), secondo cui la sua dimensione marginale rispetto alle dinamiche di mercato, renderebbero trascurabili gli sbilanciamenti alla stessa contestati dall’Autorità; la correttezza di tale argomento è stata smentita dallo

stesso Consiglio di Stato, che, in una pluralità di sentenze, ha chiarito che anche i piccoli operatori sono egualmente capaci di strategie di programmazione speculative ai danni del sistema; infatti, in più occasioni, il giudice amministrativo ha avuto modo di precisare che *“gli stessi operatori di minori dimensioni sono in condizione di adottare efficienti strategie di programmazione idonee a contenere i relativi scostamenti, avendo una conoscenza diretta dei profili di immissione e prelievo dei propri punti di dispacciamento, connotati da ridotti volumi di immissione e prelievo; né sono emersi, comunque, in giudizio elementi di prova tesi a dimostrare l’inattendibilità del parametro impiegato dall’Autorità, avuto riguardo alla dimostrata performance media di mercato degli operatori caratterizzati anche da un ridotto portafoglio di clienti”* (cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, sentenze n. 1391/2021 e n. 6970/2021);

- infine, infondate, sono anche le critiche mosse dalla Società a una presunta assenza di reale contraddittorio nell’ambito del procedimento, lamentando – oltre alla mancata indicazione della data di sua conclusione – l’assenza di condivisione dei dati da parte di Terna, pure richiesti; al riguardo, in disparte il fatto che la Società fa riferimento a una non meglio precisata sua precedente comunicazione di cui non si ha traccia, e in disparte il fatto che la data di conclusione del procedimento era stata omessa per un mero errore materiale (che è stato poi sanato dall’Autorità), ciò che assume rilievo decisivo consiste nel fatto che, già in sede di avvio del procedimento, ai sensi del punto 3 della deliberazione 217/2021/E/EEL, l’Autorità aveva prescritto a Terna di pubblicare sul proprio sito internet tutte le *“eventuali informazioni aggiuntive che dovessero emergere nel corso dell’istruttoria [...], qualora ritenute necessarie dal responsabile del procedimento per le verifiche di cui in motivazione”*;
- in tal modo, quindi, l’Autorità ha introdotto un meccanismo di *disclosure* delle informazioni rilevanti ai fini del supplemento istruttorio, improntato alla massima trasparenza, a beneficio di tutti gli operatori coinvolti, ivi inclusa la Società; in attuazione a tale meccanismo, Terna ha poi pubblicato nel suo sito internet le informazioni relative al segno zonale reale nel 2016, che costituiscono, pertanto, le sole informazioni ulteriori, rispetto a quelle che erano già in possesso della Società prima dell’avvio dell’istruttoria, e che le sono state così messe a disposizione.

RITENUTO CHE:

- sia opportuno, in ottemperanza alla richiamata sentenza del Consiglio di Stato, confermare il provvedimento prescrittivo adottato nei confronti della Società con la deliberazione 396/2017/E/EEL, rivedendo le modalità di valorizzazione degli sbilanciamenti di cui al punto 3) del relativo Allegato B, come modificato con la deliberazione 76/2018/E/EEL, al fine di tener conto del possibile risparmio di spesa derivante dagli eventuali effetti positivi per l’intero sistema degli sbilanciamenti in controfase;

- sia a tal fine opportuno utilizzare la metodologia e i criteri illustrati nella comunicazione 29 luglio 2021, introducendo, a parziale integrazione di quanto ivi previsto, e in continuità con quanto effettuato nella prescrizione originaria, una ulteriore quantificazione della prescrizione con applicazione della nuova modalità di valorizzazione degli sbilanciamenti effettivi in controfase rispetto al “segno reale” del sistema a tutti gli sbilanciamenti effettivi, e non solo a quelli oltre la soglia di diligenza, precisando che sarà scelto (a evidente beneficio della Società) il minor valore per ogni zona/mese/[tecnologia] sia rispetto alle due suddette valorizzazioni sia rispetto a quella della prescrizione originaria;
- sia necessario prevedere che, qualora dal ricalcolo effettuato da Terna dovesse derivare un importo pari a zero, nessuna prescrizione dovrà ritenersi adottata dall’Autorità nei confronti della Società, con la conseguente archiviazione del procedimento avviato nei confronti della medesima con la deliberazione 217/2021/E/EEL;
- sia necessario individuare le tempistiche con cui Terna procede alla regolazione delle partite economiche sottese al presente provvedimento

DELIBERA

1. di confermare, in ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato sopra richiamata, le prescrizioni adottate nei confronti della Società con la deliberazione 396/2017/E/EEL, rivedendo le modalità di valorizzazione degli sbilanciamenti di cui al punto 3) del relativo Allegato B, come modificato dalla deliberazione 76/2018/E/EEL, limitatamente agli sbilanciamenti in controfase, come specificato in premessa;
2. di precisare che, qualora dal ricalcolo effettuato da Terna dovesse derivare un importo pari a zero, la conferma di cui al punto 1 dovrà ritenersi non adottata con la conseguente archiviazione del procedimento avviato nei confronti della Società con la deliberazione 217/2021/E/EEL;
3. di prevedere che Terna proceda alla determinazione delle partite economiche conseguenti ai criteri di calcolo definiti ai sensi del punto 1 entro l’ultimo giorno del mese di novembre 2022 (con eventuale liquidazione delle partite economiche con valuta il sedicesimo giorno lavorativo del mese di dicembre 2022);
4. di notificare il presente provvedimento alla Società e a Terna S.p.A.;
5. di pubblicare il presente provvedimento sul sito internet dell’Autorità www.arera.it.

15 novembre 2022

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini