

DELIBERAZIONE 13 DICEMBRE 2022

678/2022/S/EEL

OTTEMPERANZA DELLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO, SEZ. II, 11 MAGGIO 2022, N. 3712. RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER LA REALIZZAZIONE DI STRATEGIE DI PROGRAMMAZIONE NON DILIGENTI NELL'AMBITO DEL SERVIZIO DI DISPACCIAMENTO DELL'ENERGIA ELETTRICA IRROGATA DALL'AUTORITÀ CON DELIBERAZIONE 160/2020/S/EEL

L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE

Nella 1231^a riunione del 13 dicembre 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;
- 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. e, 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.;

- 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.;
- 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;
- 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 16 marzo 2017, 155/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 155/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 24 marzo 2017, 177/2017/E/eel;
- la deliberazione dell’Autorità 11 aprile 2018, 257/2018/E/eel (di seguito: deliberazione 257/2018/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 12 maggio 2020, 160/2020/S/eel (di seguito: deliberazione 160/2020/S/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 25 maggio 2021, 217/2021/E/eel (di seguito: deliberazione 217/2021/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 27 settembre 2022, 447/2022/S/eel (di seguito: deliberazione 447/2022/S/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 18 ottobre 2022, 509/2022/E/eel (di seguito: deliberazione 509/2022/E/eel);
- la determinazione del Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni (di seguito: Direttore DSAI) 21 luglio 2017, DSAI/28/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/28/2017/E/eel);
- la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 12 ottobre 2020, n. 6064 resa sul ricorso in appello proposto dalla società di cui all’Allegato A alla presente deliberazione (di seguito: Società) per l’annullamento dei provvedimenti prescrittivi di cui alle deliberazioni 155/2017/E/eel e 257/2018/E/eel (di seguito: sentenza n. 6064/2020);
- la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. II, dell’11 maggio 2022, n. 3712, resa sul ricorso in appello proposto dalla Società di cui all’Allegato A alla presente deliberazione per l’annullamento del provvedimento sanzionatorio di cui alla deliberazione 160/2020/S/eel (di seguito: sentenza del Consiglio di Stato n. 3712/2022)

FATTO:

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 la 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 25154 del 13 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 medesima Società.
 4. Pertanto, con deliberazione 155/2017/E/eel, l’Autorità ha:
 - i) escluso la configurabilità delle condotte della 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 alla Società la restituzione a Terna degli importi corrispondenti all’indebito beneficio conseguito per effetto delle predette condotte di programmazione non diligenti, messe in atto dal medesimo utente, determinati secondo i criteri e le modalità definite nell’Allegato B alla 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 determinazione DSAI/28/2017/eel, ha avviato un procedimento sanzionatorio nei confronti della 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 nell’Allegato A del citato atto di avvio del procedimento sanzionatorio.
 6. Successivamente, con deliberazione 257/2018/E/eel, l’Autorità, in considerazione della irrilevanza degli elementi fattuali trasmessi dalla Società ai sensi del punto 3 della citata deliberazione 155/2017/E/eel, ha confermato il contenuto dell’Allegato B a quest’ultima deliberazione.
 7. Nel corso della fase istruttoria del relativo procedimento sanzionatorio, la Società non ha presentato memorie difensive.
 8. Avverso le deliberazioni 155/2017/E/eel e 257/2018/E/eel, la Società ha proposto ricorso giurisdizionale, accolto in appello dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza del 12 ottobre 2020, n. 6064.

9. Con nota del 3 febbraio 2020 (prot. Autorità 3652) il Responsabile del procedimento sanzionatorio ha comunicato le risultanze istruttorie alla Società.
10. Nel corso della fase decisoria del procedimento sanzionatorio, la Società, con nota del 17 marzo 2020 (prot. Autorità 9758) ha trasmesso la memoria di replica, con allegata documentazione.
11. Con deliberazione 160/2020/S/eel, l’Autorità ha irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria alla Società; tale provvedimento è stato impugnato da quest’ultima dinanzi al Giudice amministrativo che, in secondo grado, con sentenza dell’11 maggio 2022, n. 3712, lo ha annullato.
12. Come rilevato al punto 8, il provvedimento prescrittivo di cui alle deliberazioni 155/2017/E/eel e 257/2018/E/eel, è stato impugnato dalla Società dinanzi al Giudice amministrativo, il quale, in secondo grado, con sentenza n. 6064/2020, ha parzialmente accolto il ricorso nella parte relativa all’obbligazione restitutoria, per difetto di istruttoria e di motivazione, statuendo, in estrema sintesi e per quel che qui rileva, che: a) gli sbilanciamenti effettivi imputati alla Società erano illeciti in quanto violativi dell’articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/2006 e, tuttavia b) l’accertamento di profitti (conseguentemente) indebiti tratti dall’operatore economico non potevano ritenersi sufficienti per l’adozione di una misura prescrittiva, la quale avrebbe richiesto, ai fini della sua quantificazione, l’accertamento di un eventuale risparmio di spesa (ossia una lesione di grado minore del diritto dell’utente) derivanti dagli eventuali effetti positivi per l’intero sistema (ossia sull’incremento del cd. corrispettivo *uplift*) degli sbilanciamenti in cd. controfase.
13. Con la 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.
14. Come rilevato al punto 11, anche la deliberazione di irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria è stata impugnata dalla società autrice della violazione in separato giudizio, all’esito del quale il Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 3712/2022, ha annullato la sanzione irrogata, 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. Il Consiglio di Stato, in particolare, con la sentenza 3712/2022, ha affermato che *“va ribadito con la giurisprudenza già espressa dalla sezione (cfr. ad es. sentenza n. 6017 del 2021) che anche il percorso che ha condotto ARERA ad irrogare una sanzione pecuniaria nei confronti della impresa, parte originaria ricorrente, “soffra” delle appurate illegittimità istruttorie che hanno “macchiato” gli atti presupposti, rispetto al provvedimento di irrogazione della sanzione adottato nel 2018, di talché detto provvedimento sanzionatorio ne viene (inevitabilmente e inesorabilmente) travolto per illegittimità derivata”*.
15. Con la deliberazione 447/2022/S/eel, in ottemperanza alla citata sentenza del Giudice Amministrativo n. 3712/2022, e conformemente a quanto già disposto dalla

deliberazione 8/2022/E/eel del 18 gennaio 2022 ai fini dell'ottemperanza delle analoghe sentenze nei confronti di altre società cui era stata contestata la medesima violazione, l'Autorità ha avviato nei confronti della Società, un procedimento finalizzato alla rideterminazione della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata, “sulla scorta di un accertamento prescrittivo privo dei vizi rilevati” (in linea con quanto espressamente affermato dal Consiglio di Stato nella stessa sentenza n. 3712/2022 sulla possibilità del riesercizio del potere sanzionatorio).

16. Come evidenziato nella delibera di avvio del presente procedimento, i vizi di cui al punto precedente, lungi dall'inficiare l'accertamento di una programmazione non diligente nell'ambito del servizio di dispacciamento in violazione dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06, attengono alla sola quantificazione degli indebiti vantaggi che l'operatore è tenuto a restituire a Terna quale lesione dei diritti degli utenti *ex art. 2, comma 20, lett. d)* della legge 481/95 e quindi, nell'ambito del procedimento sanzionatorio, può incidere – nella prospettiva delineata dal sopra richiamato orientamento giurisprudenziale – solo sulla gravità dell'illecito, ossia su un criterio per la quantificazione della relativa sanzione.
17. In considerazione, da un lato, del rapporto di necessaria presupposizione del procedimento prescrittivo rispetto a quello sanzionatorio ravvisato dal Consiglio di Stato e, dall'altro, dell'esigenza di garantire il diritto al contraddittorio nell'ambito del procedimento per l'ottemperanza alla citata sentenza n. 3712/2022, l'Autorità con la deliberazione 447/2022/S/eel: i) ha fissato il termine di conclusione di detto procedimento in 90 giorni dall'acquisizione al procedimento degli esiti del procedimento avviato con la deliberazione 217/2021/E/eel (e quindi in 90 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 la deliberazione 217/2021/E/eel nei confronti della Società); ii) ha previsto che la Società, fermi gli esiti del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/eel, potesse formulare osservazioni sulle ricadute che detti esiti possono avere sulla quantificazione della sanzione entro e non oltre 20 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 la deliberazione 217/2021/E/eel nei confronti della Società.
18. Con deliberazione 509/2022/E/eel, l'Autorità ha concluso il procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/eel, volto appunto a (i) verificare, mediante un apposito supplemento di istruttoria con riguardo al provvedimento prescrittivo adottato nei confronti della Società (deliberazioni 155/2017/E/eel e 257/2018/E/eel), l'incidenza sul corrispettivo *uplift* del possibile risparmio di spesa derivante dagli eventuali effetti positivi, per l'intero sistema, degli sbilanciamenti in controfase compiuti dalla Società; (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. In particolare, al fine di dare attuazione alla richiesta del giudice amministrativo, considerati gli effetti positivi per l'intero sistema degli sbilanciamenti in controfase, l'Autorità ha orientato le attività istruttorie per la valorizzazione degli sbilanciamenti

effettivi di cui al punto 3) dell'Allegato B alla deliberazione 155/2017/E/eel, confermato con la deliberazione 257/2018/E/eel, dando rilevanza agli eventuali risparmi di spesa (se esistenti) derivanti dagli sbilanciamenti realmente in controfase imputabili alla Società.

19. In esito al suddetto supplemento di istruttoria, con la deliberazione 509/2022/E/eel l'Autorità ha confermato il provvedimento prescrittivo adottato nei confronti della Società di cui all'*Allegato A* con la deliberazione 155/2017/E/eel rivedendo però le modalità di valorizzazione degli sbilanciamenti di cui al punto 3) del relativo Allegato B, confermato con la deliberazione 257/2018/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 e dando termine a Terna per la determinazione delle partite economiche conseguenti ai criteri di calcolo definiti come suindicato entro l'ultimo giorno del mese di ottobre 2022 (con eventuale liquidazione delle partite economiche con valuta il sedicesimo giorno lavorativo del mese di novembre 2022).
20. Con nota dell'11 novembre 2022 (prot. Autorità 57578), Terna ha comunicato all'Autorità gli esiti della regolazione delle partite economiche sottese alla deliberazione 509/2022/E/eel, già comunicate alla Società.
21. Nel termine assegnato dalla deliberazione 447/2022/E/eel, la Società non ha formulato osservazioni sulle ricadute che detti esiti della regolazione delle partite economiche possono avere sulla quantificazione della sanzione.

RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE

22. In ottemperanza a quanto disposto dal Consiglio di Stato, Sez. II, nella sentenza n. 3712/2022, la sanzione irrogata con deliberazione 160/2020/S/eel è rideterminata in euro 385.000 (trecentottantacinquemila/00), sulla scorta dell'accertamento prescrittivo, privo dei vizi rilevati dal giudice amministrativo, risultante dalla deliberazione 509/2022/E/eel e dalla conseguente regolazione delle partite economiche operata da Terna, incidente, ai fini della quantificazione della sanzione, sugli elementi rilevanti sotto il criterio della *gravità della violazione*, di cui ai punti 28, 29, 33, 34 e 35 della deliberazione 160/2020/S/eel.
23. La contenuta variazione della sanzione dipende: a) dal fatto che, in aderenza a quanto previsto dal Regolamento Sanzioni, gli indebiti vantaggi costituiscono, fin dalla quantificazione della sanzione originaria, solo un indice della gravità della violazione (per cui la sanzione è solo in parte determinata tenendo conto di una percentuale degli indebiti vantaggi conseguiti), rilevando per la quantificazione della stessa – oltre che le condizioni economiche dell'agente, anche al fine di garantire l'efficacia deterrente della stessa – altresì gli altri indici di gravità di cui al Regolamento Sanzioni, secondo tutte le risultanze acquisite agli atti anche per il tramite delle difese svolte dall' esercente nella fase decisoria del presente procedimento con la nota del 17 marzo 2020 (prot. Autorità 9758), e in particolare, nel caso di specie, l'assai rilevante dimensione e sistematicità degli sbilanciamenti, come riportati ai punti 28 e 29 della deliberazione 160/2020/S/eel; b) dall'entità della variazione degli indebiti vantaggi

oggetto di restituzione. Si richiama, inoltre, la circostanza che la determinazione degli indebiti vantaggi conseguiti dalla Società, oggetto del provvedimento prescrittivo, è effettuata prendendo a riferimento un periodo di tempo significativamente inferiore (gennaio-luglio 2016) rispetto a quello considerato ai fini dell'accertamento della condotta contestata

DELIBERA

1. di rideterminare, in ottemperanza della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. II, 3712/2022, nei termini descritti in motivazione, la sanzione irrogata alla Società di cui all'Allegato A con deliberazione 160/2020/S/eel in euro 385.000 (trecentottantacinquemila/00), sulla scorta dell'accertamento prescrittivo, privo dei vizi rilevati dal giudice amministrativo, risultante dalla deliberazione 509/2022/E/eel e dalla conseguente regolazione delle partite economiche operata da Terna;
2. di ordinare alla Società di cui all'Allegato A di pagare la sanzione irrogata entro il termine di 30 giorni dalla data di notifica del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio di riscossione, oppure mediante delega ad una banca o alle Poste Italiane S.p.A. presentando il modello "F23" (recante codice ente QAE e codice tributo "787T"), come previsto dal decreto legislativo 237/1997;
3. di avvisare che, decorso il termine di cui al precedente punto 2, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento (codice tributo "788T"); in caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, saranno applicate le maggiorazioni di cui all'art. 27, comma 6, della legge 689/81 (codice tributo "789T");
4. di ordinare alla Società di cui all'Allegato A di comunicare all'Autorità l'avvenuto pagamento della sanzione amministrativa irrogata mediante l'invio di copia del documento attestante il versamento effettuato via mail all'indirizzo protocollo@pec.arera.it, entro 5 giorni dalla sua effettuazione;
5. di comunicare il presente provvedimento alla Società 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.

13 dicembre 2022

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini