

DELIBERAZIONE 3 AGOSTO 2021
338/2021/S/EEL

IRROGAZIONE DI UNA SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER LA REALIZZAZIONE 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 1169^a riunione del 3 agosto 2021

VISTI:

- la direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica;
- 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 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), ed in particolare l'articolo 2, comma 20, lett. c);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e s.m.i.;
- l'articolo 11 *bis*, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35 e s.m.i., introdotto dalla legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80;
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 e s.m.i. (di seguito: decreto legislativo 93/11);
- la legge 30 ottobre 2014, n. 161 e s.m.i., ed in particolare l'articolo 22;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244;
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 9 giugno 2006, 111/06, recante "Condizioni per l'erogazione del pubblico servizio del dispacciamento dell'energia elettrica sul territorio nazionale e per l'approvvigionamento delle relative risorse su base di merito economico, ai sensi degli articoli 3 e 5 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79" e s.m.i. (di seguito: deliberazione 111/06);
- la deliberazione dell'Autorità 5 agosto 2008, ARG/elt 115/08, recante il "Testo Integrato per il Monitoraggio del mercato elettrico all'ingrosso e del mercato per il servizio di dispacciamento" e s.m.i. (TIMM);
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità 14 giugno 2012, 243/2012/E/com, recante "Adozione del nuovo regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni" e s.m.i. (di seguito: Regolamento Sanzioni);

- la deliberazione dell’Autorità 29 ottobre 2014, 525/2014/R/eel (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;
- la deliberazione dell’Autorità 28 dicembre 2016, 800/2016/R/eel;
- la deliberazione dell’Autorità 24 marzo 2017, 177/2017/E/eel;
- la deliberazione dell’Autorità 28 giugno 2017, 488/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 488/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 5 dicembre 2017, 825/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 825/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 2 febbraio 2018, 57/2018/A e s.m.i.;
- la deliberazione dell’Autorità 25 maggio 2021, 217/2021/E/eel (di seguito: deliberazione 217/2021/E/eel);
- la determinazione del Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni (di seguito: Direttore DSAI) 1 dicembre 2017, DSAI/91/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/91/2017/eel).

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 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 (prot. Autorità 24932 del 9 settembre 2016 e prot. Autorità 28528 del 10 ottobre 2016), evidenziavano un’attività di programmazione della stessa non coerente con i principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza di cui all’articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06, con conseguimento di vantaggi economici da parte della Società medesima. Pertanto, con deliberazione 431/2017/E/eel, l’Autorità ha:
 - i) escluso la configurabilità di tali condotte come potenzialmente manipolative ai sensi dell’articolo 5 del Regolamento REMIT, in quanto ha dato atto che, a

- livello di singolo utente del dispacciamento, le stesse non risultano avere alterato i prezzi di mercato;
- ii) ordinato alla Società la restituzione a Terna degli importi corrispondenti all'indebito beneficio conseguito per effetto delle predette condotte di programmazione non diligenti, determinati secondo i criteri e le modalità definite nell'Allegato B alla sopra citata deliberazione 488/2017/E/eel (come confermato ovvero modificato ai sensi del punto 4 della medesima deliberazione);
 - iii) conferito mandato al Direttore DSAI di valutare la sussistenza di presupposti per l'avvio di un procedimento sanzionatorio, nei confronti della Società, per violazione dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06.
4. Sulla base dei dati acquisiti nell'ambito del predetto procedimento, il Direttore DSAI, con la citata determinazione DSAI/91/2017/eel, ha avviato un procedimento sanzionatorio nei confronti della Società per accertare la violazione dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06. L'illegittimità delle condotte contestate risultava:
- i) dalla dimensione dell'errore di sbilanciamento: era emersa un'incidenza degli sbilanciamenti effettivi rispetto ai prelievi effettivi delle unità di consumo nella titolarità della Società (oggetto di analisi nel menzionato procedimento) superiore alle soglie massime di tolleranza di cui alla Tabella 2 dell'Allegato B alla deliberazione 488/2017/E/eel, determinate in funzione del peso nel portafoglio della Società, come da questa documentato nel corso del procedimento prescrittivo, dei prelievi in alta tensione riferiti ai singoli punti di prelievo (POD) e della soglia di tolleranza ad essi riconosciuta;
 - ii) dalla sistematicità: tali condotte si erano protratte per un considerevole lasso temporale, cioè tra gennaio 2015 e giugno 2016;
- il tutto meglio precisato nell'Allegato A alla citata determinazione DSAI/84/2017/eel.
5. Con deliberazione 825/2017/E/eel l'Autorità, in considerazione della irrilevanza degli elementi fattuali trasmessi dalla Società ai sensi del punto 3 della predetta deliberazione 488/2017/E/eel, ha confermato il contenuto dell'Allegato B a quest'ultima deliberazione.
 6. Avverso le predette deliberazioni 488/2017/E/eel e 825/2017/E/eel, la Società ha proposto ricorso avanti al TAR per la Lombardia, Milano, Sez. II, che è stato respinto con sentenza impugnata avanti al Consiglio di Stato, Sez. VI. Il ricorso in appello è stato parzialmente accolto, nella parte relativa all'obbligazione restitutoria. Per quello che qui rileva, tuttavia, ovvero in merito agli sbilanciamenti posti in essere dalla Società, il Consiglio di Stato ha accertato la loro illegittimità e, dunque, la violazione dell'obbligo di diligente programmazione di cui all'art. 14 dell'Allegato A alla deliberazione 111/06.
 7. Con nota del 20 maggio 2021 (prot. Autorità 21985) il Responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie.
 8. Con nota del 29 giugno 2021 (prot. Autorità 26284) la Società ha trasmesso la memoria di replica alle risultanze istruttorie (di seguito: memoria di replica).

VALUTAZIONE GIURIDICA:

Contesto normativo

9. Essenziale per la sicurezza del sistema elettrico nazionale è l'equilibrio tra l'energia immessa e quella prelevata (cosiddetto "bilanciamento"). Segnatamente, è compito di Terna, nella sua qualità di gestore della rete di trasmissione nazionale, garantire tale equilibrio, compensando immissioni e prelievi effettivi. Non disponendo però – in ragione della separazione tra attività di gestione della rete e attività di produzione e vendita – di impianti di produzione per variare in tempo reale i flussi di energia, in entrata e in uscita, Terna necessita, al predetto fine, della cooperazione degli utenti del dispacciamento. Questi ultimi, inclusi i titolari delle unità non abilitate a presentare offerte sul MSD, proprio per minimizzare lo sbilanciamento della rete assumono l'impegno vincolante di immettere/prelevare in/dalla rete, in ciascun punto di dispacciamento per unità di produzione/consumo nella loro responsabilità, la quantità di energia elettrica corrispondente al programma vincolante modificato e corretto di immissione/prelievo relativo al medesimo punto (articolo 14, commi 1 e 3, della deliberazione 111/06). Il comma 6 del medesimo articolo precisa che gli utenti del dispacciamento sono tenuti a definire programmi che utilizzino *“le migliori stime dei quantitativi di energia elettrica (...), in conformità ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza”*. La *“definizione di programmi di immissione e prelievo secondo i suddetti principi costituisce una norma di comportamento di rilevante importanza per ciascun utente”* del dispacciamento (deliberazione 525/2014/R/eel).
10. A livello di *settlement*, nell'ambito del singolo contratto di dispacciamento, l'energia elettrica che l'utente immette/preleva in eccesso rispetto al programma vincolante è considerata (rispettivamente) acquistata/venduta da Terna (articolo 14, commi 2 e 4, della deliberazione 111/06) e valorizzata a un prezzo che dovrebbe essere idoneo a ribaltare, sull'utente che ha sbilanciato, i costi sostenuti da Terna per mantenere in equilibrio il sistema. Lo stesso vale per l'energia elettrica immessa/prelevata in difetto. I proventi e gli oneri maturati dal sistema per effetto dell'applicazione dei corrispettivi di sbilanciamento effettivo (e dei corrispettivi di non arbitraggio) concorrono alla determinazione del corrispettivo per l'approvvigionamento delle risorse per il servizio di dispacciamento di cui all'articolo 44 della deliberazione 111/06; un corrispettivo che, in ultima analisi, viene posto a carico della totalità dei clienti finali (di seguito: corrispettivo *uplift*). Lo sbilanciamento, infatti, non incide solo sulla posizione economica dell'utente del dispacciamento che ha messo in atto tale strategia, ma può comportare oneri, anche ingenti, a carico del sistema elettrico e quindi della totalità della clientela finale.
11. Del resto, l'obbligo di diligenza degli utenti del dispacciamento costituisce una declinazione dei canoni di correttezza e buona fede oggettiva nel rispetto dei quali l'utente deve cooperare con Terna nella richiamata programmazione che lo stesso gestore della rete monitora segnalandone all'Autorità *“significativi e reiterati scostamenti”* (articolo 14, comma 7, della deliberazione 111/06).

12. Con deliberazione 444/2016/R/eel l’Autorità, ad esito del richiamato monitoraggio e per agevolare la rilevazione di eventuali violazioni del predetto obbligo di programmazione diligente, ha stabilito che Terna segnali all’Autorità gli utenti del dispacciamento in prelievo che siano incorsi in almeno un mese e in una zona di mercato in sbilanciamenti effettivi superiori al 30% (punto 2 del deliberato).
13. Come esposto in fatto, tale soglia standard è stata, nella deliberazione 488/2017/E/eel, personalizzata in funzione del peso nel portafoglio della Società dei prelievi in alta tensione riferiti ai singoli POD e della soglia di tolleranza ad essi riconosciuta, individuando le soglie massime di tolleranza di cui alla tabella 2 dell’Allegato B della medesima deliberazione 488/2017/E/eel. La successiva deliberazione 825/2017/E/eel ha confermato le predette soglie.

Argomentazioni della società

14. Nella memoria di replica la Società svolge – richiamando ampiamente le memorie e la documentazione prodotta nell’ambito del procedimento prescrittivo – le proprie considerazioni difensive volte, in via principale, a dimostrare l’assenza dei presupposti necessari per l’applicazione di una sanzione, a sostegno della richiesta di archiviazione del presente procedimento, o, in subordine, a far sì che l’Autorità ne tenga conto ai fini della valutazione delle condotte oggetto di contestazione e, conseguentemente, dell’individuazione dell’eventuale sanzione (nel caso da determinarsi in misura simbolica o comunque corrispondente al minimo edittale).
15. In particolare la Società – sottolineata la propria forma giuridica consortile, richiamati i fatti oggetto del procedimento e il contesto in cui svolgeva la propria attività nel periodo di riferimento ed affermata la correttezza della propria condotta commerciale (tanto da non essere mai stata oggetto in precedenza di provvedimenti sanzionatori da parte dell’Autorità) - sostiene che la condotta contestata non possa essere qualificata come “volontaria”, stante l’assenza di norme che ne sancivano l’illegittimità all’epoca dei fatti in questione (le soglie di tolleranza, il superamento delle quali avrebbe causato l’errore di programmazione, sarebbero state oggetto di ricognizione normativa con la deliberazione 444/2016/R/eel, successiva a detta condotta), di eccezioni da parte di Terna e in considerazione della fisiologicità di errori nell’attività di programmazione.
16. Inoltre la Società, nel ribadire quanto già rappresentato nell’ambito del procedimento prescrittivo, evidenzia come in relazione alle caratteristiche dei propri impianti non avrebbe potuto incidere sui segni e prezzi di sbilanciamento e contesta la modalità di calcolo per attuare il meccanismo di restituzione. Detta modalità risulterebbe particolarmente penalizzante nei confronti degli operatori con portafogli di piccole dimensioni – come la Società – e sarebbe lesiva del principio di libera concorrenza “ostacolando di fatto il diritto di accesso al mercato ai nuovi operatori, attraverso l’imposizione di costi e l’adempimento di prestazioni per quest’ultimi particolarmente gravosi”, rispetto al trattamento riservato ad operatori di notevoli dimensioni e con presenza consolidata sul territorio. Ciò anche in considerazione degli inevitabili errori previsionali che in tema di sbilanciamenti riferibili ad un

numero esiguo di soggetti scontano inevitabilmente una maggiore incidenza percentuale sui complessivi consumi effettivi. Dunque, l'applicazione della soglia di tolleranza del 30% non potrebbe costituire, secondo la Società, un parametro uniforme applicato a portafogli di diverse grandezze.

17. La Società sostiene, altresì, non solo di non aver contribuito all'incremento dell'*uplift* ma, al contrario, che la propria condotta avrebbe consentito un risparmio considerevole dei costi sostenuti da Terna su MSD che si traduce in una riduzione della componente dispacciamento che, a sua volta, va a ridurre l'*uplift* generando un risparmio per i consumatori finali. Inoltre, la violazione contestata riguarderebbe solo partite economiche e non anche la sicurezza del sistema elettrico.
18. La Società rileva, inoltre, l'incongruenza nella determinazione del periodo di riferimento e segnatamente lamenta l'estensione temporale operata dall'Autorità rispetto al periodo immediatamente precedente cui fanno riferimento le comunicazioni di Terna del 21 e 22 giugno 2016 sopra citate. Detta estensione, d'altro canto, evidenzerebbe, a parere della Società, il grave e l'inescusabile ritardo delle segnalazioni di Terna e dell'intervento dell'Autorità, in considerazione della facilità di rilevazione delle condotte contestate, ritardo che avrebbe ingenerato nella Società un legittimo affidamento circa la correttezza della propria attività di programmazione e relativa aderenza alle disposizioni di cui alla deliberazione 111/06. La Società, infatti, sarebbe stata resa edotta della condotta contestata solo a seguito della pubblicazione della summenzionata deliberazione 342/2016/E/eel.
19. Con la memoria di replica la Società contesta altresì la tardività dell'avvio del procedimento sanzionatorio – la determinazione DSAI/91/2017/eel è stata notificata in data 12 dicembre 2017, ossia 459 giorni dopo la comunicazione delle risultanze istruttorie del procedimento prescrittivo (prot. 24932 del 9 settembre 2016), quindi, a dire della Società, ben oltre il termine di 180 giorni dall'accertamento previsto dall'art. 45, comma 5, del d.lgs. 93/11 – e il mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio.
20. La Società prosegue indicando gli ulteriori motivi che a suo dire dimostrerebbero, in subordine, la mancanza dei presupposti per l'avvio del presente procedimento, richiamando anzitutto la mancanza del nesso causalità tra sbilanciamenti e danno all'utenza finale per effetto dell'incremento dell'*uplift*, che non sarebbe mai stato dimostrato ed anzi risulterebbe contraddetto da dati pubblici e dalle risultanze della verifica disposta dal Consiglio di Stato in diversi procedimenti, tra cui il proprio, in fase di contenzioso.
21. La Società eccepisce, altresì, l'indeterminatezza dei principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza di cui all'art. 14, comma 6 della deliberazione 111/06 e la violazione del divieto di retroattività. Solamente con successiva deliberazione 444/2016/R/eel sarebbero state introdotte soglie puntuali per il calcolo dei corrispettivi di sbilanciamento. Dunque, secondo la Società, le condotte contestate non presenterebbero profili lesivi della regolazione applicabile nel periodo di riferimento.
22. Viene, inoltre, rilevato un presunto sviamento dei poteri istituzionali dell'Autorità che, a parere della Società, sarebbero utilizzati per un intervento a difesa di Terna

nell'ambito di un rapporto di natura negoziale, laddove l'eventuale inadempimento contrattuale avrebbe dovuto essere oggetto di tempestiva e specifica contestazione da parte di Terna. L'Autorità si sarebbe quindi illegittimamente sostituita a Terna invece di svolgere il ruolo di 'conciliatore' ed 'arbitro' richiamato nell'ambito della disciplina del dispacciamento dall'art. 5.3 della deliberazione 111/2006.

23. Il procedimento sanzionatorio assumerebbe una connotazione persecutoria volta ad aggravare la situazione della Società, già pregiudicata dai continui mutamenti normativi che hanno interessato il settore, dal lungo e oneroso procedimento prescrittivo e dal connesso contenzioso amministrativo.
24. Da ultimo, la Società svolge le proprie osservazioni relative alla quantificazione della eventuale sanzione. In particolare, viene chiesto di considerare un'asserita piena collaborazione offerta dalla Società nel corso del procedimento prescrittivo e del presente, e le ulteriori circostanze di seguito riportate. La condotta contestata sarebbe stata posta in essere in buona fede e determinata dal quadro normativo lacunoso e in continua evoluzione e non solo non avrebbe provocato alcun danno diretto ai clienti finali sotto il profilo economico, ma, al contrario, avrebbe determinato, come già evidenziato, un risparmio significativo dei costi sostenuti da Terna su MSD e quindi, in ultima analisi, una riduzione dell'*uplift* con conseguente risparmio per l'utenza finale; detta circostanza, a dire della Società, dimostrerebbe che la stessa ha posto in essere una condotta meritevole di apprezzamento o che comunque di fatto ha eliminato o attenuato le conseguenze della violazione contestata ai sensi, rispettivamente, degli articoli 27 e 29 del Regolamento Sanzioni. Inoltre, secondo la Società, se anche vi fosse stato inadempimento da parte della stessa, l'art. 1225 c.c. limita il danno risarcibile a quello prevedibile mentre nel caso di specie la Società avrebbe agito secondo le disposizioni regolamentari vigenti, in assenza di contestazioni da parte di Terna, con ciò essendosi ingenerato l'affidamento di aver sempre adempiuto correttamente. La Società, infine, ricorda di aver provveduto tempestivamente a rilasciare una onerosa garanzia a prima richiesta a favore di Terna per l'importo oggetto dei provvedimenti prescrittivi. Infine, la Società ricorda di aver provveduto in data 5 marzo 2018 al rilascio di una onerosa garanzia assicurativa a favore di Terna per l'importo oggetto dei provvedimenti prescrittivi.

Valutazione delle argomentazioni della Società

25. La richiesta di archiviazione formulata dalla Società non può essere accolta, dal momento che, anche alla luce di quanto affermato dal Consiglio di Stato nella Sentenza, risulta priva di pregio la tesi secondo la quale non sussisterebbero i presupposti per l'esercizio del potere sanzionatorio; non si ritiene, inoltre, per quanto nel seguito esposto, che le argomentazioni addotte dalla Società siano idonee a giustificare l'irrogazione di una sanzione determinata in misura simbolica o comunque corrispondente al minimo edittale.
26. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Società, la determina di avvio del presente procedimento è stata adottata nel rispetto del termine di 180 giorni di cui all'art. 45 del d. lgs. 93/11, in quanto – come risulta dalla consolidata giurisprudenza – il

predetto termine perentorio decorre, per questo tipo di illeciti, dall'adozione del provvedimento prescrittivo e non, come sostenuto dalla Società, dalla comunicazione delle risultanze istruttorie dello stesso procedimento, in quanto solo all'esito dello svolgimento del contraddittorio procedimentale può esservi un pieno accertamento della violazione. In merito al lamentato mancato rispetto dei termini procedurali, si rileva che, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione ai procedimenti sanzionatori dell'Autorità, i termini relativi ai procedimenti sanzionatori hanno natura ordinatoria per cui il mancato rispetto degli stessi non può determinare effetti invalidanti degli atti adottati; né l'asserita perentorietà viene sorretta da alcun reale richiamo normativo applicabile alla fattispecie; parimenti la perentorietà non potrebbe desumersi anche ove il termine sia fissato dalla stessa Autorità, in quanto potrebbe inferirsi solo da un'esplicita previsione legislativa che correli espressamente un effetto decadenziale al superamento di un dato termine (Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6431; Sezione VI, 8 luglio 2015, n. 3401). La natura ordinatoria del predetto termine è stata ribadita con le recenti pronunce del Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2021, n. 1391 e n. 1392, nelle quali il Giudice amministrativo ha affermato, ancorché *incidenter tantum*, che *“la perentorietà dei termini procedurali può aversi, quale eccezione alla regola della loro natura meramente ordinatoria o acceleratoria, soltanto laddove la stessa perentorietà sia espressamente prevista dalle norme che disciplinano in modo specifico i procedimenti di volta in volta considerati, o queste sanzionino espressamente con la decadenza il mancato esercizio del potere dell'amministrazione entro i termini stabiliti”* per concludere che *“l'ordinamento non ha inteso prefigurare alcun termine, tantomeno perentorio, per la conclusione del procedimento sanzionatorio”*. Da ultimo, quanto alla natura ordinatoria del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, rileva quanto statuito dal Tar Lombardia, nella sentenza richiamata dalla Società nella propria memoria di replica, proprio con riferimento ad un procedimento sanzionatorio nei confronti di un utente del dispacciamento per strategie di programmazione non diligenti (Sezione I, 1299/2021, 1744/2021). D'altra parte, nel caso di specie, la durata del procedimento non ha inciso negativamente sul diritto di difesa della Società che ha potuto svolgere le proprie difese nella fase decisoria del presente procedimento, in replica alla comunicazione delle risultanze istruttorie.

27. Risulta priva di fondamento l'affermazione della Società in merito alla conformità della propria condotta alla diligenza richiesta dalla regolazione e all'asserita mancata volontarietà della condotta contestata, circostanze che risultano, peraltro, smentite dallo stesso Consiglio di Stato nella Sentenza. Al riguardo si evidenzia, infatti, come lo stesso Giudice amministrativo – dopo aver respinto la doglianza della Società relativa all'asserita applicazione retroattiva della soglia di riferimento del 30% per i prelievi (soglia peraltro riconosciuta come adeguatamente rappresentativa del margine tollerabile di errori nella programmazione anche per gli operatori con piccoli portafogli) e valutato positivamente l'operato dell'Autorità con riguardo alla motivazione della ricorrenza di sbilanciamenti volontari, violativi dell'art. 14 della deliberazione 111/06 (avendo l'Autorità correttamente considerato non tutti gli

- sbilanciamenti effettuati, ma solo quelli caratterizzati da livelli quantitativi e reiterazione nel tempo risultati incompatibili con la diligenza richiesta all'operatore professionale) – ha affermato che l'entità e la sistematicità degli scostamenti dei prelievi effettivi realizzati dalla Società può essere spiegata solo con il perseguimento di una strategia commerciale speculativa.
28. L'obbligo di definire programmi di immissione e prelievo secondo principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza – che peraltro esprime un principio immanente nel sistema – è posto in modo espresso dal comma 6 dell'articolo 14 della deliberazione 111/06, efficace a far data dal 1 novembre 2014, di tal ché ogni rilievo circa l'asserita violazione del principio di irretroattività in un procedimento volto ad accertare e sanzionare una condotta illecita posta in essere in un periodo successivo (1 gennaio 2015 / 31 luglio 2016) risulta privo di fondamento. Né può accogliersi la doglianza sulla asserita indeterminatezza e genericità dei principi di cui all'art. 14, comma 6 della deliberazione 111/06, avuto riguardo alla natura dell'attività regolata ed alle caratteristiche proprie della stessa. Al riguardo, come più volte evidenziato dal Giudice amministrativo con riferimento alla medesima contestazione, *“trattandosi della valutazione di comportamenti non riconducibili a parametri rigidamente prefissati e soprattutto non individuabili ex ante in maniera puntuale, ma identificabili volta per volta esclusivamente sulla base delle effettive condizioni del mercato dell'energia e della concreta attività posta in essere da operatori qualificati, non può assumersi come affetta da indeterminatezza, e quindi carente del requisito della tassatività, l'applicazione di clausole generali al fine di configurare delle condotte sanzionabili. (...) il divieto di sbilanciamento è certamente evincibile dal sistema (art. 14, commi 1 e 3, della delibera n. 111 del 2006; (...) e quindi la sanzione è, dapprima, contestata e, successivamente, irrogata in presenza di una specifica previsione normativa”*. Né la circostanza che la soglia di tolleranza del 30% sia stata determinata successivamente alla condotta contestata (con deliberazione 444/2016/R/eel ed efficacia dal 1° agosto 2016) integra una violazione del divieto di retroattività della normativa sanzionatoria, dal momento che con la stessa si è inteso solo individuare – a garanzia della parità di trattamento degli utenti del dispacciamento destinatari della deliberazione 342/2016/E/eel – il limite al di sopra del quale l'attività posta in essere dagli operatori è ritenuta non rispettosa del livello di diligenza media richiesta ad un operatore del settore.
29. Parimenti infondata risulta la censura relativa al presunto ritardo di Terna nel segnalare, e dell'Autorità nel contestare, l'attività non diligente nella programmazione dei prelievi da parte della Società, che avrebbe ingenerato nella Società un legittimo affidamento circa la correttezza della propria condotta. Al riguardo si rileva che i rapporti di cui all'articolo 6 del TIMM citati dalla Società riguardano, da un lato, l'andamento del mercato per il servizio di dispacciamento con riferimento ai comportamenti degli utenti abilitati alla partecipazione attiva allo stesso (invio con cadenza settimanale) e, dall'altro, il monitoraggio dello sbilanciamento aggregato zonale e dei relativi prezzi di sbilanciamento (invio con cadenza mensile). Le condotte di programmazione non diligenti, oggetto di contestazione nel presente procedimento, sono segnalate esclusivamente nei rapporti

di cui all'articolo 14, comma 7, della deliberazione 111/06. Terna ha provveduto ad inviare tali rapporti per la prima volta unitamente ai rapporti mensili dello sbilanciamento di cui al TIMM nel giugno 2016. In tale sede è stata, in particolare, fornita la sintesi mensile degli sbilanciamenti da gennaio ad aprile 2016 con un focus specifico sul comportamento degli utenti del dispacciamento, non specificatamente richiesto dal TIMM, ma fornito proprio ai sensi del citato articolo 14, comma 7, della deliberazione 111/06. Questa scelta si giustificava in ragione della rilevanza acquisita nel corso dei mesi dalla reiterazione del fenomeno speculativo. Infatti, solo la reiterazione prolungata di detto fenomeno registrato nell'attività di monitoraggio, insieme alla significatività degli scostamenti, rendeva il gestore della rete obbligato a segnalare all'Autorità la violazione dell'obbligo di diligenza negli sbilanciamenti. Pertanto, nessun ritardo può imputarsi a Terna nella comunicazione del fenomeno in argomento. D'altro canto, l'Autorità si è subito attivata a seguito delle comunicazioni di Terna di giugno 2016, adottando la citata deliberazione 342/2016/E/eel con cui ha avviato procedimenti individuali nei confronti di diversi utenti del servizio di dispacciamento, tra cui quello indicato nell'Allegato A al presente provvedimento. Il richiamo all'affidamento circa la liceità della condotta e alla buona fede è quindi destituito di qualsiasi fondamento.

30. Priva di pregio, altresì, è la doglianza relativa alla asserita incongruenza nella determinazione del periodo di riferimento, rilevandosi al riguardo che l'Autorità, coerentemente con la vigente normativa in materia, esercita il proprio potere sanzionatorio d'ufficio, acquisendo ogni elemento necessario ai fini dell'eventuale avvio del relativo procedimento, anche attraverso – tra l'altro – *“segnalazioni come disciplinate dalle disposizioni vigenti”*. Pertanto, le sopra citate comunicazioni di Terna di giugno 2016, lungi dal costituire un limite all'esercizio del suddetto potere dell'Autorità con riferimento all'asserito limite temporale che si evincerebbe dal tenore delle stesse, rappresentano solo uno dei mezzi di acquisizione di elementi utili ai fini dell'avvio del procedimento in argomento. Ciò premesso, si precisa che a seguito di dette comunicazioni, l'Autorità ha ritenuto opportuno osservare il periodo da gennaio 2015 a luglio 2016 in quanto, da un lato, la deliberazione 525/2014/R/eel ha apportato modifiche alla disciplina degli sbilanciamenti effettivi di cui alla deliberazione 111/06 - rendendo tra l'altro esplicita l'applicazione dei principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza di cui ai commi 6 e 7 dell'art. 14 a tutte le unità fisiche di produzione e consumo - a decorrere dal 1 novembre 2014; dall'altro, ad agosto 2016, è entrata in vigore la deliberazione 444/2016/R/eel, con un intervento mitigativo di carattere generale sul tema degli sbilanciamenti.
31. Risultano inconferenti, in questa sede, le argomentazioni della Società relative al difetto di istruttoria del procedimento prescrittivo rilevato dal Consiglio di Stato nella Sentenza, per cui non può ritenersi accertato il nesso di causalità tra la condotta contestata alla Società e l'incremento dell'*uplift* e all'asserito risparmio dei costi sostenuti da Terna per effetto delle condotte contestate che si risolve in ultima analisi in un beneficio per l'utenza finale. Al riguardo giova in questa sede 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. Se per l'esercizio del primo (ex articolo 2, comma 20, lett. d) della legge 481/95) si richiede la violazione di un provvedimento dell'Autorità e la 'lesione del diritto dell'utente', per l'esercizio del secondo, oggetto del presente procedimento, il presupposto è la violazione della regola di condotta imposta da un provvedimento dell'Autorità, nella specie la violazione dell'obbligo di definire programmi di prelievo che utilizzino le migliori stime dei quantitativi di energia elettrica, in conformità ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza. Orbene, come sopra evidenziato, tale violazione risulta accertata, nella Sentenza sopracitata, dallo stesso Consiglio di Stato che pur ravvisando un difetto di istruttoria idoneo ad incidere sul provvedimento prescrittivo, qualifica gli sbilanciamenti effettuati dalla Società come illeciti, in quanto violativi del programma vincolante ex art. 14 comma 6 della deliberazione 111/06 e, quindi, potenzialmente rilevanti ai fini dell'adozione di diverse misure amministrative. Il presente procedimento, dunque, è volto ad assicurare la reazione dell'ordinamento alla violazione di una regola di condotta consistente nell'obbligo di programmazione diligente, indipendentemente dai riflessi della condotta stessa sull'*uplift* e a prescindere dal verificarsi di un evento lesivo, nel caso di specie configurabile in termini aumento del predetto corrispettivo.

32. Con riguardo al lamentato sviamento dei poteri istituzionali dell'Autorità con indebita ingerenza nell'ambito di un rapporto di natura negoziale (in modo asseritamente non coerente rispetto a quanto previsto dall'art. 5.3 della deliberazione 111/06), è sufficiente rammentare che il Consiglio di Stato ha già avuto modo di rilevare che *“l'inosservanza delle obbligazioni fondate nel contratto di dispacciamento (...), incidendo sul corretto funzionamento del mercato, non assume una rilevanza meramente civilistica, bensì si traduce, altresì, nella violazione di norma amministrative, dettate a tutela del pubblico interesse alla sicurezza e continuità della fornitura di energia elettrica”*. D'altra parte, osserva il Consiglio di Stato, è lo stesso art. 4, comma 1, del contratto di dispacciamento stipulato da Terna con la società appellante, a conferire al gestore nei casi di inosservanza da parte dell'Utente del dispacciamento dei propri obblighi, il potere di segnalare i relativi comportamenti all'Autorità, affinché quest'ultima li valuti in generale ai sensi della legge 481/95.
33. Del tutto priva di fondamento è l'affermazione per cui il presente procedimento assumerebbe una connotazione persecutoria nei confronti della società. Detto procedimento, come ogni altro avviato dall'Autorità, è diretta conseguenza dell'esplicazione del potere sanzionatorio riconosciuto dalla legge all'Autorità medesima e da quest'ultima esercitato, conformemente alla normativa vigente in materia, in modo da assicurare ai partecipanti un ampio esercizio dei relativi diritti di difesa e contraddittorio. Poiché i procedimenti prescrittivi e sanzionatori sono caratterizzati, come già evidenziato, da funzioni nettamente distinte e si fondano su presupposti diversi, nell'esercizio dei due poteri non può ravvisarsi una duplicazione di misure afflittive, né l'Autorità era tenuta ad esercitare nel medesimo procedimento il potere prescrittivo e quello sanzionatorio.

34. Alla luce di tutto quanto sopra la Società risulta aver violato l'art. 14, comma 6, della deliberazione 111/06, avendo riportato sbilanciamenti medi mensili superiori alle suindicate soglie di tolleranza. Segnatamente, come riportato nella comunicazione delle risultanze istruttorie del presente procedimento e fermo restando quanto rappresentato nel precedente punto 13, la violazione riguarda le seguenti zone di mercato e periodi:

- Zona Centro Sud, da marzo 2016 a giugno 2016;
- Zona Sardegna, da gennaio 2015 a giugno 2016;
- Zona Sicilia, da gennaio 2015 a giugno 2016;
- Zona Sud, da febbraio 2015 a maggio 2015 e da ottobre 2015 a giugno 2016.

La violazione risulta particolarmente grave in considerazione degli assai significativi sbilanciamenti nella Zona Sardegna e nella Zona Sicilia, riportanti rispettivamente uno sbilanciamento medio totale di oltre il 3000% e di oltre il 220% rispetto alla soglia (come dettagliatamente indicato nell'Allegato B alla deliberazione 488/2017/E/eel).

QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE:

35. L'articolo 11 della legge 689/81 prevede che la quantificazione della sanzione sia compiuta in applicazione dei seguenti criteri:

- a) gravità della violazione;
- b) opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione;
- c) personalità dell'agente;
- d) condizioni economiche dell'agente.

L'Autorità applica i criteri di cui al sopra citato articolo 11, alla luce di quanto previsto dagli articoli 24 e ss. del Regolamento Sanzioni.

36. Sotto il profilo della *gravità della violazione* la Società non ha rispettato disposizioni funzionali a mantenere l'equilibrio e della sicurezza del sistema elettrico nazionale, come riconosciuto dal Consiglio di Stato all'esito del giudizio promosso dalla Società sui provvedimenti prescrittivi. Ed infatti, come specificato nelle risultanze istruttorie, per ridurre eventuali squilibri del sistema – i cui costi sono sostenuti dalla totalità dei clienti finali attraverso il c.d. corrispettivo *uplift* – gli utenti del dispacciamento devono effettuare programmi, nella stima dei quantitativi di energia elettrica in immissione e prelievo, conformi ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza.

Più specificamente, ai fini della valutazione della gravità della violazione, si tiene conto di quanto evidenziato al punto 34, nonché degli indebiti vantaggi conseguiti dall'agente.

Ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. d) del Regolamento Sanzioni rileva la circostanza che la Società abbia conseguito indebiti vantaggi economici per il valore indicato nella comunicazione delle risultanze istruttorie. Ai fini della quantificazione non si tiene conto, invece, degli effetti pregiudizievoli della condotta sui clienti finali. In disparte l'assoluta inconferenza del richiamo fatto dalla Società all'art. 1225 c.c.

nell'ambito di un procedimento volto all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, la sanzione viene infatti irrogata per la violazione di un provvedimento dell'Autorità – nella fattispecie, per violazione dell'art. 14, comma 6, della deliberazione 111/06 – dunque per un illecito di condotta, non rilevando gli effetti pregiudizievoli determinati sul mercato dalla condotta del singolo utente del dispacciamento (mancandone la “rilevanza” di cui all'art. 26, comma 1, lett. c) del Regolamento Sanzioni, in considerazione del fatto che la condotta di ciascun utente non può che incidere in minima parte sugli oneri legati agli sbilanciamenti complessivi del sistema).

37. In merito ai criteri dell'*opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze* e della *personalità dell'agente* non risultano circostanze rilevanti. Con specifico riferimento alla personalità dell'agente, ciò implica conferma di quanto rilevato dalla Società con riguardo all'assenza di precedenti violazioni sanzionate dall'Autorità. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Società, non risulta che la stessa abbia in alcun modo cooperato in modo efficace all'attività istruttoria del presente procedimento, essendosi limitata – peraltro nella sola fase decisoria – a svolgere attività difensiva, come consentito dal Regolamento Sanzioni. Né può assumere alcun rilievo l'invocata circostanza del rilascio della garanzia assicurativa per l'importo oggetto dei provvedimenti prescrittivi, trattandosi di una misura disposta dal Giudice amministrativo a fronte dell'accoglimento dell'istanza della Società di sospensione cautelare dei provvedimenti stessi. Risultano altresì prive di pregio, sotto detti profili, le argomentazioni relative all'asserito beneficio all'utenza finale che la condotta della Società avrebbe comportato. Detta circostanza, quand'anche fosse stata dimostrata dalla Società (come espressamente richiesto dall'art. 27 del Regolamento Sanzioni ai fini della riduzione della sanzione) - al riguardo si rileva che l'Autorità, in ottemperanza alla Sentenza, con deliberazione 217/2021/E/eel citata in premesse ha avviato nei confronti del destinatario del presente provvedimento, un procedimento per svolgere un supplemento di istruttoria - è *effetto* di “sbilanciamenti controfase” posti in essere dalla Società e non invece, come richiesto dall'art. 27 del Regolamento Sanzioni, una *condotta* volontariamente posta in essere dalla stessa al fine di migliorare le condizioni di mercato. A ciò aggiungasi che detti effetti positivi risultano già valorizzati attraverso il meccanismo del c.d. *single pricing* – operante fino al 31 luglio 2016 e dunque all'epoca delle condotte contestate – in applicazione del quale la precedente regolazione prevedeva l'erogazione di un premio rispetto al prezzo del mercato dell'energia (MPG) agli sbilanciamenti con segno opposto a quello prevalente di sistema (con conseguente maggiore onere economico a carico di Terna) e che quindi un'ulteriore valorizzazione in termini di riduzione della sanzione configurerebbe una irragionevole duplicazione di un vantaggio per la Società. La richiamata circostanza, d'altra parte, non può nemmeno configurare una fattispecie di ravvedimento operoso ex art. 29 di detto Regolamento; quest'ultimo istituto, infatti, presuppone una specifica azione distinta dalla violazione volta all'eliminazione o attuazione delle conseguenze della violazione stessa, mentre nel caso di specie – se fosse come

affermato dalla Società - la condotta violativa contestata e l'azione ripristinatoria coinciderebbero, il che evidentemente non è possibile.

38. Per quanto attiene alle *condizioni economiche* dell'agente, si tiene conto del fatturato conseguito dalla Società nell'anno 2016.
39. Per quanto attiene alle *condizioni economiche* dell'agente, rileva che il fatturato conseguito dalla Società nell'anno 2016 è pari ad euro 3.296.986.997,00.
40. Gli elementi sopra evidenziati consentono, pertanto, di determinare la sanzione nella misura di euro 1.253.500,00 (unmilione duecentocinquantatremilacinquecento/00)

DELIBERA

1. di accertare la violazione da parte dell'utente del dispacciamento dell'energia elettrica titolare di unità di consumo indicato nell'Allegato A al presente provvedimento di cui forma parte integrante e sostanziale, nei termini di cui in motivazione, dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06;
2. di irrogare all'utente del dispacciamento di cui all'Allegato A, ai sensi dell'articolo 2 comma 20, lettera c) della legge 481/95, una sanzione amministrativa pecuniaria pari a euro 1.253.500,00 (unmilione duecentocinquantatremilacinquecento/00);
3. di ordinare all'utente del dispacciamento 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;
4. di avvisare che, decorso il termine di cui al precedente punto 3, 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'articolo 27, comma 6, della legge 689/81 (codice tributo "789T");
5. di ordinare all'utente del dispacciamento 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;
6. di notificare il presente provvedimento al soggetto di cui all'Allegato A mediante pec all'indirizzo ivi indicato, nonchè di pubblicarlo sul sito internet dell'Autorità www.arera.it ad eccezione dell'Allegato A.

Avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso innanzi 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.

3 agosto 2021

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini