

DELIBERAZIONE 1 GIUGNO 2021

224/2021/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 1160^a riunione del 1 giugno 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 13 aprile 2017, 245/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 245/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 2 febbraio 2018, 57/2018/A e s.m.i.;
- la determinazione del Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni (di seguito: Direttore DSAI) 6 ottobre 2017, DSAI/46/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/46/2017/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 25145 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 Società medesima. Pertanto, con deliberazione 245/2017/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 247/2017/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. La Società non risulta essersi avvalsa della facoltà - di cui al punto 3 del dispositivo della citata deliberazione 245/2017/E/eel - di trasmettere all'Autorità, nel termine decadenziale di 30 giorni dalla notifica della citata deliberazione, elementi utili a rivedere quanto definito nell'Allegato B alla predetta deliberazione in ordine alle condotte di programmazione non diligenti alla medesima ascritte.
5. Sulla base dei dati acquisiti nell'ambito del predetto procedimento, il Direttore DSAI, con la citata determinazione DSAI/46/2017/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 (oggetto di analisi nel menzionato procedimento) nella titolarità della Società superiore alla *performance* di settore (pari al 30%) di cui al punto 2 della deliberazione 444/2016/R/eel;
- ii) dalla sistematicità: tali condotte si erano protratte per un considerevole lasso temporale, essendo state poste in essere nel periodo intercorrente tra giugno 2015 e luglio 2016;
- il tutto meglio precisato nell'Allegato A alla citata determinazione DSAI/46/2017/eel.
6. Avverso la deliberazione 245/2017/E/eel, la Società ha proposto ricorso avanti al TAR per la Lombardia che è stato respinto con sentenza impugnata avanti al Consiglio di Stato. Il Consiglio di Stato con sentenza (di seguito: Sentenza) ha parzialmente accolto l'appello nella parte relativa all'obbligazione restitutoria ma, per quello che rileva ai fini del presente procedimento, ha accertato l'illegittimità degli sbilanciamenti posti in essere dalla Società e, quindi, la violazione dell'obbligo di diligente programmazione di cui all'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06.
7. Con nota del 2 febbraio 2021 (prot. Autorità 4689) il Responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie.
8. Con nota del 5 febbraio 2021 (acquisita con prot. Autorità 5231) la Società ha chiesto di essere sentita in audizione finale innanzi al Collegio.
9. Con nota del 19 marzo 2021 (acquisita con prot. Autorità 13139 del 22 marzo 2021) la Società ha trasmesso la memoria di replica alle risultanze istruttorie (di seguito memoria di replica).
10. In data 11 maggio 2021 si è svolta l'audizione finale innanzi al Collegio richiesta dalla Società.

VALUTAZIONE GIURIDICA:

Contesto normativo

11. 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).
12. 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).
13. 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).

14. 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).

Argomentazioni della società

15. Nella memoria di replica, la Società svolge le proprie difese opponendosi alle risultanze istruttorie, a suo dire ‘tardive, insufficienti, erronee e contraddittorie’, volte ad evidenziare gli elementi giuridico-fattuali a sostegno della richiesta di archiviazione del presente procedimento ovvero, in estremo subordine, di quantificazione dell’eventuale sanzione nella misura del minimo edittale.
16. In via preliminare la Società eccepisce, sotto il profilo procedurale, la violazione dei termini del procedimento di cui all’art. 4 bis del Regolamento Sanzioni nella versione novellata dalla deliberazione 388/2017/E/com, con riguardo al termine complessivo di conclusione del procedimento e a quello di trasmissione della comunicazione delle risultanze istruttorie. Da tale violazione discenderebbe l’illegittimità di un eventuale provvedimento sanzionatorio in quanto il termine di conclusione del procedimento - pari a 250 giorni nel caso di specie per effetto della proroga di 30 giorni a seguito della richiesta di audizione finale dinanzi al Collegio e già spirato al momento della trasmissione delle risultanze istruttorie - non può che ritenersi perentorio secondo la Società che, sul punto, richiama l’orientamento giurisprudenziale favorevole a questa tesi, ed in particolare la recente sentenza 584/2021 del Consiglio di Stato relativa specificamente ai procedimenti sanzionatori dell’Autorità.
17. In via subordinata, le contestazioni dell’Autorità sarebbero infondate anche nel merito, per mancata considerazione dei presupposti che legittimano l’irrogazione di una sanzione ex legge 689/81. Secondo la Società, infatti, nella conduzione dell’istruttoria l’Autorità non avrebbe adeguatamente considerato l’elemento soggettivo (quantomeno nella dimensione della colpa) dell’illecito alla stessa contestato, in considerazione dell’ambito di operatività e delle specifiche caratteristiche della stessa. Tale argomentazione troverebbe conferma nella Sentenza, per cui il superamento della soglia del 30% deve intendersi un mero indice presuntivo di uno sbilanciamento in violazione dell’articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06 ferma restando la necessità di limitare l’esame ai soli sbilanciamenti non episodici ed esaminare i concreti elementi fattuali forniti dal singolo operatore. Nel caso di specie, a detta della Società, l’Autorità non avrebbe effettuato alcuna analisi concreta degli elementi fattuali specifici, ma si sarebbe limitata ad addurre come prova della violazione lo sbilanciamento oltre la soglia del 30%.
18. La Società eccepisce, altresì, la violazione del principio di legalità nelle sue due declinazioni del principio tassatività (o sufficiente determinatezza) e di irretroattività della fattispecie sanzionatoria. Infatti, sotto il primo profilo, la disposizione di cui all’art. 14, comma 6 della deliberazione 111/06, in considerazione della sua genericità e indeterminatezza, non potrebbe costituire una valida base normativa che

consenta una chiara e inequivoca individuazione del comportamento anti giuridico previsto dalla norma; né, con riguardo al secondo profilo, tale lacuna potrebbe essere legittimamente colmata attraverso il richiamo alla soglia massima di tolleranza del 30% introdotta successivamente alla commissione delle condotte contestate dalla deliberazione 444/2016/R/eel, che anzi si configurerebbe come una ammissione di 'deficit di tipicità' che inficia la fattispecie di cui all'articolo 14, comma 6 sopra citato.

19. Inoltre, secondo la Società, in considerazione dell'unicità dell'istruttoria compiuta per i procedimenti prescrittivo e sanzionatorio, il difetto della prima - rilevato dal Consiglio di Stato con la Sentenza con riguardo alla sussistenza del nesso eziologico tra le condotte contestate (sbilanciamenti effettivi) e il danno all'utenza in termini di incremento dell'*uplift* - si riverserebbe anche sulla seconda, che sarebbe pertanto viziata da illegittimità (derivata), per i medesimi motivi. Al riguardo la Società lamenta, altresì, la carenza di elementi probatori concreti e specifici idonei a dimostrare l'illegittimità delle condotte contestate sotto i profili della mancanza di prudenza, diligenza, perizia e previdenza e dell'incidenza sul corretto funzionamento del mercato, dal momento che l'Autorità, in fase istruttoria del procedimento, si sarebbe limitata a fare riferimento ad oneri di sbilanciamento per macro zone e a contestare presunti comportamenti contrari ai predetti principi, per loro natura indeterminati e rimessi ad interpretazioni ampiamente discrezionali.
20. La Società deduce anche - quale ulteriore profilo di tardività idoneo ad inficiare l'intero procedimento sanzionatorio - la violazione dell'art. 4, comma 4 del Regolamento Sanzioni; ciò in quanto la comunicazione della determinazione DSAI/46/2017/eel di avvio del presente procedimento, sarebbe avvenuta oltre il termine perentorio di 180 giorni previsto dalla predetta disposizione, rispetto al 'completo accertamento' da individuarsi, nel caso di specie (in considerazione dell'unicità dell'istruttoria dei procedimenti prescrittivo e sanzionatorio sostenuta dalla Società), nella nota prot. Autorità 25145 del 13 settembre 2016 con cui sono state comunicate le risultanze istruttorie del procedimento prescrittivo.
21. Con riferimento alla quantificazione della sanzione, sotto il profilo della gravità della condotta, la Società - richiamando quanto statuito dal Consiglio di Stato nella Sentenza - eccepisce in primo luogo il riferimento ai costi sostenuti dagli utenti finali nonché l'omessa valutazione della rilevanza degli eventuali effetti pregiudizievoli sul mercato, sugli utenti e sui clienti finali, ex art. 26, lett. a) del Regolamento Sanzioni, che nel caso di specie avrebbe potuto, al contrario, evidenziare un effetto benefico sul sistema complessivamente considerato (risparmio di spesa).
22. Inoltre, relativamente al profilo della personalità dell'agente, la Società lamenta la mancata considerazione da parte dell'Autorità delle proprie specificità con riguardo sia al ridotto periodo di attività nel mercato della vendita dell'energia elettrica, che all'aspetto dimensionale ed alle caratteristiche del proprio portafoglio clienti, limitato e costituito per lo più da privati e famiglie.
23. Le suddette circostanze, inoltre, inciderebbero anche sulle condizioni economiche della Società che sta ancora sopportando gli oneri di avviamento dell'attività nonché su altri criteri quali l'offensività della condotta e il grado di colpevolezza dell'agente.

24. Da ultimo la Società rileva l'assenza di precedenti violazioni con conseguente esclusione della recidiva e dell'idoneità a ricommettere la violazione.
25. Nel corso dell'audizione la Società, nel richiamare alcune delle argomentazioni già esposte dettagliatamente nella memoria di replica, ha evidenziato in particolare la mancanza di sistematicità degli sbilanciamenti contestati, riconducibili alle maggiori difficoltà proprie della fase di start up in cui la stessa si trovava, e la particolarità di detti sbilanciamenti, di cui invita a verificare i valori assoluti e non solo percentuali, riportando come esempio quelli della Zona Sicilia che afferma essere riconducibili ad un unico POD, relativo ad una utenza (garage) caratterizzata da un prelievo fortemente saltuario e difficilmente programmabile.

Valutazione delle argomentazioni della società

26. La richiesta di archiviazione formulata dalla Società non può essere accolta, dal momento che non appaiono fondate le tesi secondo cui all'Autorità sarebbe precluso l'esercizio del potere sanzionatorio, a causa del decorso dei termini procedurali e comunque per carenza dei presupposti necessari per l'applicazione di una misura sanzionatoria.
27. In merito al lamentato mancato rispetto dei termini procedurali, infatti, secondo il costante orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione ai procedimenti sanzionatori dell'Autorità, i termini endoprocedimentali hanno natura ordinatoria e assolvono ad una funzione di organizzazione dell'attività istruttoria e non di garanzia dell'incolpato, sicché sono sostanzialmente irrilevanti per il destinatario del procedimento. Ne deriva che il ritardo lamentato in ordine alla chiusura della fase istruttoria del procedimento non può ritenersi possa produrre l'illegittimità della comunicazione delle risultanze istruttorie.
Inoltre, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario ha affermato che 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 la perentorietà viene sorretta da alcun reale richiamo normativo applicabile alla specie; parimenti, la perentorietà non potrebbe desumersi anche ove il termine sia fissato dalla stessa Autorità, in quanto potrebbe inferirsi solo da una esplicita previsione legislativa che correli espressamente un effetto decadenziale al superamento di un dato termine (Consiglio di Stato, Sezione VI, 30 dicembre 2014, n. 6431; Sezione VI, 8 luglio 2015, n. 3401).
La durata del procedimento sanzionatorio, inoltre, deve ritenersi ragionevole e non ingiustificata ove la complessità dello stesso determini la necessità del protrarsi dell'attività istruttoria e, quindi, di garantire altresì il diritto di difesa dell'interessato: nel caso di specie rileva il lungo contenzioso instauratosi sul provvedimento prescrittivo che ha necessariamente condizionato i tempi di svolgimento dell'istruttoria del presente procedimento.
Contrariamente a quanto affermato dalla Società, dunque, l'eccessiva durata del procedimento non consuma il potere dell'Autorità; né può essere considerata causa di invalidità del provvedimento conclusivo del procedimento, soprattutto nel caso di

atti preceduti da una fase istruttoria (Consiglio di Stato, Sezione VI, 19 febbraio 2018, n. 1053; 16 giugno 2018, n. 3559).

Infine, si rileva che la natura ordinatoria del predetto termine è stata ribadita anche successivamente alla sentenza 584/2021, con le recenti pronunce del Consiglio di Stato, Sezione VI, 15 febbraio 2021, n. 1391 e n. 1392, nelle quali il Consiglio di Stato ha affermato, ancorchè *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”*.

28. Infondata e da respingere l’ulteriore doglianza di carattere procedurale relativa al presunto profilo di tardività per violazione dell’articolo 4, comma 4 del Regolamento Sanzioni. Infatti, come rilevato dal giudice amministrativo, *“la comunicazione delle risultanze istruttorie del procedimento prescrittivo, non presupponendo l’avvenuto accertamento di alcuna infrazione, non può in alcun modo valere come momento di accertamento e di piena consapevolezza del fatto, perché solo il provvedimento conclusivo del procedimento prescrittivo è in grado di costituire il fondamento accertativo per la contestazione del fatto e di determinare il momento dal quale calcolare il termine per l’avvio del procedimento sanzionatorio. Ciò appare in linea con l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale le modalità di computo dell’arco temporale entro il quale l’Autorità deve provvedere alla notifica della contestazione vanno ricollegate non già alla data di commissione della violazione, ma al momento in cui viene accertata l’infrazione, da intendersi in una prospettiva teleologicamente orientata e, quindi, correlata all’acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il riscontro della esistenza e della consistenza della infrazione e dei suoi effetti”*. Pertanto, poiché la determinazione di avvio del presente procedimento è stata adottata e comunicata alla Società entro 180 giorni dal provvedimento prescrittivo (deliberazione 245/2017/E/eel), il termine di cui all’articolo 4, comma 4 del Regolamento Sanzioni risulta indubbiamente rispettato.
29. Parimenti infondate e confutabili, anche alla luce di quanto affermato dal Consiglio di Stato nella Sentenza, le ulteriori doglianze di merito della Società.
30. Con riguardo al lamentato difetto di istruttoria del procedimento sanzionatorio, si osserva preliminarmente che in tema di sanzioni amministrative è necessaria e al tempo stesso sufficiente la coscienza e la volontà della condotta attiva o omissiva da parte di chi ha commesso la violazione sanzionata, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa in capo all’agente, sul quale pertanto grava l’onere di dimostrare di aver agito senza colpa. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato nella Sentenza ha affermato che l’Autorità ha congruamente motivato la ricorrenza di sbilanciamenti volontari, violativi dell’art. 11, comma 6 della deliberazione 111/06, dando atto che l’Autorità ha correttamente preso in

considerazione solo gli sbilanciamenti caratterizzati da livelli quantitativi e reiterazione nel tempo risultati incompatibili con la diligenza richiesta all'operatore professionale ed escludendo gli sbilanciamenti aventi una natura episodica e di non sistematica reiterazione; lo stesso giudice amministrativo ha, inoltre, affermato che la soglia di tolleranza del 30% (in linea con quanto previsto dalla deliberazione 444/2016/R/eel) applicata alla Società, risulta adeguatamente rappresentativa del margine tollerabile di errori nella programmazione anche per operatori con piccoli portafogli e che l'entità e la sistematicità degli sbilanciamenti posti in essere dalla Società è spiegabile solo con il perseguimento di una strategia commerciale speculativa, posto che risultano documentati sbilanciamenti superiori al 100% rispetto all'energia effettivamente prelevata a consuntivo, nelle diverse zone e per più mesi consecutivi. Al riguardo, non può non rilevarsi che la Società ha avuto la possibilità, di cui non si è avvalsa, di fornire elementi quantitativi peculiari (segnatamente le curve orarie di prelievo dei propri clienti), riferiti alla propria posizione, per modificare i dati di calcolo di cui all'Allegato B del provvedimento prescrittivo sopra citato: tali elementi sarebbero stati oggetto degli opportuni approfondimenti ai fini di una eventuale revisione del provvedimento prescrittivo medesimo. Analogamente, l'assenza di elementi puntuali quantitativi non consente di tener conto, ai fini del presente procedimento, di quanto sostenuto dalla Società nel corso dell'audizione finale relativamente alle ragioni sottese ad alcuni specifici sbilanciamenti contestati (con riguardo, in particolare, alla zona Sicilia). Si ricorda, infine, che i per i clienti non trattati su base oraria l'attribuzione del prelievo a ciascun utente del dispacciamento avviene per via convenzionale nell'ambito della disciplina del *load profiling* con attribuzione di una quota (nota a priori) del prelievo residuo di area: in tale caso l'utente del dispacciamento è chiamato, quindi, a prevedere non il prelievo complessivo effettivo dei propri clienti, ma esclusivamente il prelievo residuo di area (di volume più elevato e, quindi, più facilmente prevedibile).

31. Merita, peraltro, di essere considerata la circostanza, evidenziata dalla Società, che la stessa ha iniziato ad operare quale utente del dispacciamento durante il periodo di osservazione; nei primi mesi di operatività di un utente del dispacciamento, infatti, acquisisce particolare rilevanza il fenomeno relativo allo 'scoperto' di due mesi tra la programmazione del prelievo e la messa a disposizione dei dati di misura da parte del sistema elettrico. Ciò non consente all'operatore di acquisire informazioni sufficienti per una efficace programmazione dei prelievi dei propri clienti. Per tale motivo, in sede di quantificazione della sanzione, sono considerati diligenti i primi due mesi in cui la Società si è affacciata nel settore della compravendita di energia elettrica all'ingrosso nelle diverse zone di operatività della stessa.
32. Destituite di fondamento, altresì, le ulteriori argomentazioni di merito della Società relative alla asserita violazione del principio di legalità nei suoi corollari. Si osserva, infatti, che la previsione dell'obbligo di definire programmi di immissione e prelievo secondo principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza stabilito dal comma 6 dell'articolo 14 della deliberazione 111/06, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, non ha portata innovativa né un'illegittima efficacia retroattiva, perché esprime un principio immanente nel sistema, che si deve ritenere già vigente

nell'ordinamento, nella previsione dell'impegno vincolante a rispettare i programmi vincolanti dell'art. 14, commi 1 e 3, della medesima deliberazione, e stabilisce una regola di comportamento che integra e definisce l'oggetto dell'esatto adempimento delle obbligazioni che gli utenti del servizio assumono nei confronti di Terna con la conclusione del contratto di dispacciamento. Di conseguenza, 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) non integra una violazione del divieto di retroattività della normativa sanzionatoria, dal momento che con la stessa si è inteso solo individuare 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. Come più volte affermato dalla giudice amministrativo e rilevato dal Consiglio di Stato nella Sentenza, già prima della deliberazione 444/2016/R/eel, l'Autorità si era dotata di parametri per definire la diligenza nella programmazione degli sbilanciamenti. In altre parole, la deliberazione 444/2016/R/eel ha solo fornito una rappresentazione conclusiva di un processo di codificazione dei criteri di valutazione della diligenza degli sbilanciamenti che si è consolidato nel tempo e che già con la delibera 197/2013/E/eel aveva raggiunto un primo stato di maturazione. Inoltre, detta soglia del 30% risulta adeguatamente rappresentativa del margine tollerabile di errori nella programmazione anche per gli operatori con piccoli portafogli (cfr. il documento di consultazione 316/2016/R/eel, p. 24).

33. La doglianza sulla asserita indeterminatezza e genericità dei principi di cui all'art. 14, comma 6 della deliberazione 111/06, non può accogliersi anche 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”*.
34. Priva di pregio, altresì, l'argomentazione difensiva per cui il difetto di istruttoria del procedimento prescrittivo rilevato dal Consiglio di Stato nella Sentenza si rifletterebbe, invalidandola, sull'istruttoria del presente procedimento sanzionatorio. Al riguardo giova in questa sede rilevare la diversità dei presupposti previsti 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 rilevando il difetto di istruttoria che produce effetti sul provvedimento prescrittivo, qualifica gli sbilanciamenti effettuati dalla Società come comunque violativi dell'art. 14 comma 6 della deliberazione 111/06 e, quindi, potenzialmente rilevanti ai fini dell'adozione di diverse misure amministrative o dell'attivazione di distinti rimedi giuridici, ove ricorrano i relativi presupposti giustificativi. Il presente procedimento, infatti, 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. Né, per le ragioni già rappresentate e contrariamente a quanto sostenuto dalla Società, può ravvisarsi la carenza di elementi probatori specifici volti a dimostrare l'illegittimità delle condotte contestate.

35. Sussiste, dunque, il potere dell'Autorità di sanzionare le condotte come quella posta in essere dalla Società in 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.
36. Ciò premesso, la Società risulta aver riportato sbilanciamenti medi mensili superiori alla predetta *performance* di settore. Segnatamente, come evidenziato nella comunicazione delle risultanze istruttorie del presente procedimento, considerato quanto rappresentato nel precedente punto 31, le contestazioni vanno riferite alle seguenti zone di mercato e periodi:
Zona Centro Nord da settembre 2015 a luglio 2016;
Zona Centro Sud da agosto 2015 a ottobre 2015 e da marzo 2016 a giugno 2016;
Zona Sardegna da gennaio 2016 a maggio 2016;
Zona Sicilia da marzo 2016 a luglio 2016;
Zona Sud da marzo 2016 a luglio 2016.
37. Le ulteriori argomentazioni di parte attinenti alla quantificazione della sanzione sono trattate di seguito.

QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE:

38. 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.

39. 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, avendo adottato condotte violative dell'obbligo di programmazione diligente. 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.
40. Più specificamente, ai fini della valutazione della gravità della violazione, si tiene conto di quanto evidenziato al punto 36.
41. Il riferimento ai costi sostenuti dagli utenti finali, contrariamente a quanto sostenuto dalla Società non è erraneo in quanto volto a chiarire la natura dell'interesse tutelato dalla norma violata, la potenziale offensività della condotta e sua attitudine a ledere più interessi. Si ribadisce, infatti, che la sanzione viene irrogata per la violazione di un provvedimento dell'Autorità - nella fattispecie, per violazione dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06 – dunque per un illecito di condotta, non rilevando ai fini della configurazione dell'illecito né, comunque, della quantificazione dell'eventuale sanzione - gli effetti pregiudizievoli determinati sul mercato dalla condotta del singolo utente del dispacciamento (mancandone peraltro 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 *pro quota* sugli oneri legati agli sbilanciamenti complessivi del sistema. Risultano, pertanto, inconferenti in questa sede, come già evidenziato, le argomentazioni difensive svolte dalla Società basate sull'annullamento parziale del provvedimento prescrittivo con la Sentenza del Consiglio di Stato.
42. Ai sensi dell'articolo 26, comma 1, lett. d) del Regolamento Sanzioni, rileva la circostanza che la Società abbia conseguito, per effetto delle condotte contestate, indebiti vantaggi economici, come peraltro risulta dalla lettura della Sentenza, a nulla rilevando ai fini del presente procedimento sanzionatorio e per le ragioni sopra esposte, il difetto di istruttoria del procedimento prescrittivo accertato dal giudice amministrativo, che impatta unicamente sul relativo provvedimento, in quanto non consente di ritenere certa la lesione dei diritti dell'utenza finale, ipotizzati dall'Autorità nei provvedimenti prescrittivi per il tramite della correlazione tra sbilanciamenti effettivi e incremento dell'*uplift*.
43. In merito ai criteri dell'*opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze* e della *personalità dell'agente*, si conferma quanto rappresentato nelle risultanze istruttorie circa l'insussistenza di circostanze rilevanti. Con specifico riferimento alla personalità dell'agente, ciò implica conferma di quanto rilevato dalla Società con riguardo all'assenza di precedenti violazioni ai fini della recidiva, mentre non può che rilevarsi l'infondatezza della doglianza relativa all'asserita mancata considerazione da parte dell'Autorità delle specificità della Società relativamente alle caratteristiche del relativo portafoglio clienti ed alla sua limitata esperienza nel

mercato dell'energia elettrica, per le ragioni esposte in precedenza. Si rileva, inoltre che - contrariamente a quanto sostenuto dalla Società e fatto salvo quanto riportato nel punto 31 - la limitata esperienza della Società non può in alcun modo rappresentare causa di giustificazione della condotta contestata, posto che, come più volte affermato dal giudice amministrativo, risulta onere precipuo dell'operatore che intende fare ingresso nel mercato dell'energia elettrica adottare misure che consentano di adeguarsi alle regole del mercato stesso.

44. Per quanto attiene alle *condizioni economiche* dell'agente, si rileva che il fatturato conseguito dalla Società nell'anno 2016 è pari ad euro 3.542.256,00. Sotto questo profilo devono considerarsi parimenti prive di pregio le circostanze dedotte dalla Società di cui al precedente punto per le medesime ragioni. Né, d'altro canto, potrebbe in alcun modo essere valorizzata, ai sensi di quanto previsto dall'art. 31 del Regolamento Sanzioni, la circostanza che la Società sta ancora sopportando gli oneri di avviamento dell'attività.
45. Gli elementi sopra evidenziati consentono, pertanto, di determinare la sanzione nella misura di euro 24.000,00 (ventiquattromila/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 ad euro 24.000,00 (ventiquattromila/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, nonché 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.

1 giugno 2021

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini