

DELIBERAZIONE 12 OTTOBRE 2021

419/2021/E/EEL

AVVIO DI ULTERIORI PROCEDIMENTI PER L'OTTEMPERANZA ALLE SENTENZE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN TEMA DI STRATEGIE DI PROGRAMMAZIONE NON DILIGENTI DI ENERGIA ELETTRICA

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

Nella 1176^a riunione del 12 ottobre 2021

VISTI:

- la direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009;
- la direttiva 2019/944/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019;
- la legge 14 novembre 1995, n. 481 (di seguito: legge 481/95), in particolare, l'articolo 2, comma 20, lettera d);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79/99;
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 (di seguito: decreto legislativo 93/11);
- il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, come convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 116;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244;
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 9 giugno 2006, 111/06, come successivamente integrato e modificato (di seguito: deliberazione 111/06);
- il vigente Testo Integrato per il Monitoraggio del mercato elettrico all'ingrosso e del mercato per il servizio di dispacciamento (di seguito: TIMM);
- il vigente Testo Integrato in ordine alla regolazione delle partite fisiche ed economiche del servizio di dispacciamento - *Settlement* (di seguito: TIS);
- la deliberazione dell'Autorità 24 giugno 2016, 342/2016/E/EEL (di seguito: deliberazione 342/2016/E/EEL);
- le deliberazioni dell'Autorità 12 maggio 2017, 325/2017/E/EEL, 326/2017/E/EEL; 18 maggio 2017, 346/2017/E/EEL; 25 maggio 2017, 367/2017/E/EEL; 1 giugno 2017, 393/2017/E/EEL, 394/2017/E/EEL; 8 giugno 2017, 415/2017/E/EEL, 416/2017/E/EEL; 15 giugno 2017, 432/2017/E/EEL; 22 giugno 2017, 458/2017/E/EEL, 459/2017/E/EEL; 13 luglio 2017, 530/2017/E/EEL; 27 luglio 2017, 557/2017/E/EEL; 3 agosto 2017, 587/2017/E/EEL; 7 SETTEMBRE 2017, 620/2017/E/EEL, 621/2017/E/EEL;

- le deliberazioni dell’Autorità 5 dicembre 2017, 819/2017/E/EEL; 11 gennaio 2018, 5/2018/E/EEL; 25 gennaio 2018, 37/2018/E/EEL; 1 febbraio 2018, 46/2018/E/EEL, 47/2018/E/EEL; 1 marzo 2018, 107/2018/E/EEL, 108/2018/E/EEL; 8 marzo 2018, 132/2018/E/EEL, 135/2018/E/EEL; 15 marzo 2018, 152/2018/E/EEL, 153/2018/E/EEL; 29 marzo 2018, 184/2018/E/EEL; 11 aprile 2018, 250/2018/E/EEL, 252/2018/E/EEL, 254/2018/E/EEL;
- le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (di seguito: Tar Lombardia), nn. 980/2019, 1416/2019, 1481/2019, 1564/2019, 1721/2019, 1723/2019, 1904/2019; 1528/2021, 1607/2021, 1608/2021, 1609/2021, 1611/2021, 1657/2021, 1658/2021, 1659/2021, 1660/2021;
- le sentenze del Consiglio di Stato nn. 4031/2021, 4032/2021, 4068/2021, 4070/2021, 4080/2021, 4081/2021, 6093/2021.

CONSIDERATO CHE:

- con la deliberazione 342/2016/E/EEL, l’Autorità ha avviato una serie di procedimenti, di natura individuale, per l’adozione di provvedimenti prescrittivi e/o di misure di regolazione asimmetrica, rispettivamente ai sensi dell’articolo 2, comma 20, lettera d) della legge 481/95 e dell’articolo 43, comma 5, del decreto legislativo 93/11, volti a promuovere la concorrenza e garantire il buon funzionamento dei mercati mediante un efficace e proporzionato contrasto di condotte sui mercati all’ingrosso dell’energia e del servizio di dispacciamento, suscettibili di compromettere la corretta interazione tra domanda e offerta, con effetti negativi sull’andamento di tali mercati;
- i procedimenti traevano avvio dall’analisi dei dati e delle informazioni messe a disposizione dalla società Terna S.p.A. (di seguito: Terna) ai sensi del TIMM; sulla base di tale analisi, l’Autorità aveva rilevato tra l’altro che alcuni utenti del dispacciamento, titolari di unità di consumo e/o di unità di produzione, stavano ponendo in essere strategie di programmazione non coerente coi principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza nei riguardi del sistema, che dovrebbero invece caratterizzare il comportamento di un operatore nell’ambito del servizio di dispacciamento, ai sensi di quanto previsto dall’articolo 14, commi 14.1, 14.3 e 14.6, della deliberazione 111/06, come recepiti dal comma 4.3 del contratto di dispacciamento in prelievo e dal comma 4.4 del contratto di dispacciamento in immissione, predisposti da Terna in base alla medesima deliberazione (di seguito: strategie di programmazione non diligenti);
- le predette condotte, in particolare, hanno consentito a diversi utenti del dispacciamento di trarre un beneficio economico (in termini di maggiori ricavi o minori costi nell’ambito della regolazione delle partite economiche del servizio di dispacciamento) che, in realtà, non risulta riconoscibile in quanto conseguente alla violazione del citato articolo 14, comma 14.6, della deliberazione 111/06 e, quindi, delle corrispondenti clausole dei contratti di dispacciamento;
- il conseguimento, da parte dei medesimi utenti del dispacciamento, di tale beneficio (non dovuto) avrebbe pertanto comportato un significativo incremento

- degli oneri di dispacciamento a carico del sistema elettrico (mediante il c.d. corrispettivo *uplift*), e quindi per la generalità dell'utenza finale elettrica, determinando una lesione dei diritti di detta utenza;
- i richiamati procedimenti sono stati avviati anche nei confronti delle società riportate nella Colonna 1 della Tabella 1 allegata alla presente deliberazione (di seguito: Tabella 1);
 - con riferimento ai predetti operatori, in esito a lunga e articolata istruttoria, l'Autorità, ha quindi verificato che:
 - (a) gli stessi avevano posto in essere strategie di programmazione non diligenti con conseguente incremento del corrispettivo *uplift*;
 - (b) il beneficio economico conseguito dalle società non era dovuto in quanto l'ammontare era diretta conseguenza del loro inadempimento all'obbligo di programmare con diligenza, perizia, prudenza e previdenza (di cui al citato articolo 14, comma 14.6, della deliberazione 111/06 e recepito nei contratti di dispacciamento conclusi tra Terna e le medesime società);
 - (c) la quota degli importi non dovuti continuava a essere indebitamente trattenuta dalle medesime imprese, ciò che determinava l'attualità della lesione del diritto dell'utenza;
 - pertanto, ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 481/95, l'Autorità, rispettivamente con le deliberazioni riportate nella Colonna 2 della Tabella 1, ha ordinato alle suddette imprese, di restituire a Terna – al fine del ristoro alla generalità dell'utenza elettrica – gli importi corrispondenti al beneficio indebito conseguito per effetto delle strategie di programmazione non diligenti messe in atto;
 - al tal fine, l'Autorità ha anche definito appositi criteri per la quantificazione dei suddetti importi, rimettendo a Terna le conseguenti attività esecutive di regolazione delle partite economiche sottese;
 - infine, sempre con i citati provvedimenti, l'Autorità ha riconosciuto alle società interessate la facoltà di trasmettere (entro termine perentorio) ulteriori elementi utili a rivedere i criteri di quantificazione richiamati al precedente punto; la maggior parte delle società interessate si sono avvalse di tale facoltà e l'Autorità, in esito al relativo supplemento di istruttoria, ha, rispettivamente con le deliberazioni elencate nella Colonna 3 della Tabella 1, in tutti i casi confermato il provvedimento prescrittivo originario ma rivisto, in alcuni di essi, i criteri di quantificazione, tenendo quindi conto di alcuni nuovi elementi fattuali acquisiti.

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- tutti i sopra richiamati provvedimenti prescrittivi sono stati impugnati dalle società destinatarie avanti al Tar Lombardia, il quale, con le sentenze rispettivamente indicate nella Colonna 4 della Tabella 1, ha respinto i ricorsi (ad eccezione delle sentenze indicate nelle ultime nove righe della medesima Tabella);

- avverso tali sentenze, gli operatori hanno interposto appello al Consiglio di Stato che, invece, con le sentenze rispettivamente richiamate nella Colonna 5 della Tabella 1, ha parzialmente accolto gli appelli, limitatamente ai motivi relativi al difetto di istruttoria, nei termini di seguito meglio specificati (nel caso delle società richiamate nelle ultime nove righe di tale Tabella, il Tar Lombardia, essendosi pronunciato dopo le sentenze del Consiglio di Stato, si è uniformato a quanto da quest'ultimo deciso: tali sentenze del Tar Lombardia non sono state appellate dall'Autorità);
- in termini generali, il Consiglio di Stato, confermando le precedenti pronunce favorevoli all'Autorità, e facendo rinvio ad altre sentenze rese con riferimento ai provvedimenti prescrittivi relativi ad altri utenti del dispacciamento (cfr. ad esempio le sentenze 4322/2020, 4385/2020, 5023/2020, 5024/2020, 5842/2020, 5838/2020, 5888/2020, 5889/2020, 6064/2020, ecc.), che possono essere quindi qui richiamate, ha ribadito la sussistenza del potere regolatorio di eterointegrazione contrattuale nelle relazioni di utenza del servizio di dispacciamento di energia elettrica, affermando ad esempio che “[q]uando il contratto rappresenta una componente del processo regolatorio, l'inadempimento delle relative obbligazioni non assume rilievo soltanto sul piano delle relazioni intersoggettive, bensì è idoneo a ripercuotersi sul funzionamento dell'intero mercato. L'inadeguatezza dei tradizionali rimedi civilistici “interni” alle ragioni del contratto rende necessario l'esercizio di poteri correttivi pubblicistici idonei ad estendere il proprio raggio d'azione al di là dello stretto perimetro definito dall'interesse delle parti”;
- con riferimento poi al caso di specie, il medesimo Consiglio di Stato ha sancito il fondamento del potere prescrittivo di cui all'articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 481/95, esercitato dall'Autorità; in particolare, è stato affermato che:
 - *“i requisiti di tale fattispecie normativa ricorrono tutti nel caso in esame: la rilevata violazione delle regole di condotta diligente in materia di programmazione dei prelievi può avere come conseguenza diretta la «lesione del diritto degli utenti» alla formazione del prezzo dell'energia elettrica corrispondente al suo valore reale; il «soggetto esercente il servizio» è locuzione che, nello specifico contesto dell'attività di dispacciamento, va riferita non solo al concessionario, ma anche agli utenti del servizio stesso, la cui cooperazione (con il gestore) è imprescindibile per il suo funzionamento”;* inoltre, in tale prospettiva, è stato riconosciuto che
 - *“posto che i prezzi di sbilanciamento concorrono, ai sensi dell'art. 44 del n. 111/06, a determinare il corrispettivo per l'approvvigionamento delle risorse nel mercato per il servizio di dispacciamento (c.d. corrispettivo uplift), traslabile sull'utenza finale, un incremento degli oneri sostenuti da Terna per il pagamento dei prezzi di sbilanciamento, in conseguenza di condotte non diligenti tenute dagli utenti del dispacciamento, è, in ipotesi, idoneo a determinare un incremento dei costi sostenuti dall'utenza finale, recuperabile attraverso provvedimenti prescrittivi rientranti nella competenza dell'Autorità appellata”;*

- conseguentemente, il Consiglio di Stato ha espressamente sottolineato la natura illecita delle accertate strategie di programmazione non diligenti; infatti, *“lo sbilanciamento violativo di siffatte regole di cautela professionale si traduce, pertanto, nell’inosservanza di un programma vincolante e, quindi, nell’inottemperanza di obblighi giuridici gravanti sull’operatore nell’espletamento della propria attività. Trattasi, peraltro, di obblighi imposti dalla normativa amministrativa dettata a tutela dell’utenza finale, per propria natura trascendente il singolo rapporto contrattuale, la cui violazione, pertanto, non si esaurisce in un mero inadempimento negoziale contestabile attraverso gli ordinari rimedi civilistici; bensì configura un illecito amministrativo idoneo a fondare misure pubblicistiche assumibili dall’Autorità di settore”*; in altre parole, è stato al riguardo chiarito che *“[l’]inosservanza delle obbligazioni fondate nel contratto di dispacciamento, dunque, incidendo sul corretto funzionamento del mercato, non assume una rilevanza meramente civilistica, bensì si traduce, altresì, nella violazione di norme amministrative, dettate a tutela del pubblico interesse alla sicurezza e continuità della fornitura di energia elettrica”*;
- inoltre, il Consiglio di Stato ha confermato anche la correttezza di quanto affermato dall’Autorità nei provvedimenti prescrittivi sull’irrelevanza del comportamento delle unità di produzione c.d. abilitate sul mercato dei servizi di dispacciamento (MSD) nel cagionare gli sbilanciamenti delle unità c.d. non abilitate; infatti, nelle sentenze sopra citate, si conviene che *“il presupposto del provvedere non è dato dalla commissione di abusi di mercato, ma dall’integrazione di una condotta lesiva dei diritti degli utenti, suscettibile di essere realizzata anche dai titolari di unità non abilitate. Il fattore di prezzo deve infatti essere applicato ai quantitativi di energia immessa o prelevata in eccesso o difetto dai singoli utenti rispetto ai propri programmi vincolanti negoziati sui mercati dell’energia; sicché, dipendendo le quantità di energia sbilanciate dalla condotta di ciascun utente del dispacciamento, questi deve ritenersi responsabili degli sbilanciamenti in concreto procurati”*; pertanto, si conclude che *“le conseguenze derivanti da una strategia di programmazione non diligente e comunque non rispettosa dei principi di cui all’art. 14, all.A. del. N. 111/06, non possono ascriversi ai soli operatori titolari di unità abilitate, ma devono imputarsi in capo ai singoli utenti del dispacciamento responsabili della violazione dei rispettivi programmi di prelievo e di immissione”*;
- posto quanto sopra, tuttavia, il Consiglio di Stato ha rilevato che, poiché le deliberazioni dell’Autorità contestate sono provvedimenti prescrittivi, *“occorre che siano dimostrati l’effettivo incremento del corrispettivo uplift in conseguenza degli sbilanciamenti non diligenti rilevati dall’Autorità e la sua traslazione a carico dell’utenza finale”*; al riguardo, è stato evidenziato che non è sufficiente la prova del profitto conseguito dall’operatore, dovendo l’Autorità tenere conto anche degli effetti indiretti degli sbilanciamenti sul corrispettivo uplift, e non solo di quelli diretti;
- quanto sopra, in particolare, vale, secondo il giudice amministrativo, per i c.d. sbilanciamenti in controfase che potrebbero aver indotto un risparmio di spesa per

Terna, mentre nulla si rileva circa i possibili effetti degli sbilanciamenti in fase che potrebbero, al contrario, aver indotto un aggravio di spesa per Terna; in particolare – ha infatti osservato il Consiglio di Stato – *“nell’accertare la correlazione tra sbilanciamento e incremento dell’uplift, nonostante le richiamate premesse, incentrate sulla sussistenza di effetti diretti e indiretti riconducibili agli sbilanciamenti, l’Autorità si è limitata a verificare i benefici conseguiti dall’operatore economico in conseguenza degli sbilanciamenti effettivi realizzati – e, quindi il solo costo diretto generato sulla componente di cui all’art. 44, comma 1, lett. a), cit. – omettendo di verificare, altresì, l’eventuale risparmio di spesa prodotto dal medesimo sbilanciamento, sub specie di riduzione degli oneri che Terna necessariamente o con ragionevole probabilità, in assenza dello sbilanciamento contro fase, avrebbe dovuto sostenere sul MSD per l’acquisto/vendita delle quantità di energia occorrenti per riequilibrare il sistema, nella misura corrispondente a quella sbilanciata in concreto dall’appellante”*;

- più in dettaglio, secondo il giudice, *“l’Autorità non ha verificato se lo sbilanciamento “contro fase” contestato all’appellante, oltre a violare il disposto di cui all’art. 14, all. A, del. n. 111/06 e a determinare – nella misura rilevata – un incremento della componente dell’uplift ex art. 44, comma 1, lett. a), cit., al contempo, abbia causato un risparmio di spesa (in tal modo influenzando sulla distinta componente ex art. 44, comma 1, lett b), cit.), che altrimenti Terna avrebbe dovuto certamente o con ragionevole probabilità sostenere sul MSD per ricondurre il sistema in equilibrio [...]”*; una tale verifica, prosegue il Consiglio di Stato, *“avrebbe richiesto un’indagine riferita allo stato (eccedentario o deficitario) in cui il sistema si trovava al momento dello sbilanciamento controfase, al fine di accertare se tale sbilanciamento avesse prodotto comunque un effetto benefico – da valutare per stabilire la sua correlazione con il corrispettivo uplift –, aumentando le quantità di energia disponibili (attraverso maggiori immissioni o minori prelievi rispetto ai programmi modificati) a fronte di uno stato deficitario del sistema ovvero riducendo le quantità di energia disponibili (attraverso un maggiore prelievo o una minore immissione rispetto ai programmi modificati) in uno stato eccedentario del sistema”*;
- conseguentemente, i provvedimenti prescrittivi dell’Autorità sopra richiamati sono stati annullati per difetto di istruttoria circa l’effettiva lesione del diritto dell’utenza finale, ritenendo insufficiente l’accertamento sulla quantificazione, laddove sia mancato l’accertamento di un risparmio di spesa (ossia una lesione di grado minore del diritto dell’utente) derivanti dagli eventuali effetti positivi per l’intero sistema degli sbilanciamenti in controfase.

CONSIDERATO, INFINE, CHE:

- le pronunce del Consiglio di Stato, rilevando una carenza di istruttoria, non hanno consumato il potere dell’Autorità di intervenire con un provvedimento prescrittivo rispetto alle accertate strategie di programmazione non diligenti; anzi, come visto

dai passaggi delle sentenze riportati nel precedente gruppo di considerato, è stato confermato, dal giudice amministrativo, che:

- è configurabile il potere prescrittivo dell’Autorità nei confronti di condotte lesive del diritto dell’utente a un prezzo dell’energia coerente col valore reale dell’energia movimentata;
- la responsabilità degli sbilanciamenti effettivi è imputabile alle unità non abilitate su MSD che li hanno generati;
- le imperfezioni della regolazione non sono una scusante, né un’esimente per i comportamenti speculativi degli operatori;
- la posizione marginale di un operatore nel mercato non giustifica strategie opportunistiche e speculative per la sua sopravvivenza nel mercato, a discapito dell’ingiustificato incremento dei costi del servizio di dispacciamento;
- esiste, ed è accertata, la correlazione tra incremento del corrispettivo *uplift* e gli sbilanciamenti delle unità non abilitate;
- in conseguenza delle predette decisioni del giudice amministrativo, quindi, l’Autorità è tenuta a svolgere un supplemento di istruttoria al fine di colmare la carente verifica indicata dal giudice sul possibile risparmio di spesa derivante dagli eventuali effetti positivi per l’intero sistema degli sbilanciamenti in controfase, al fine di confermare o modificare la misura prescrittiva già adottata, ovvero di non adottare alcuna misura di tale natura;
- infatti, l’esito di tale supplemento istruttorio, come chiarito in alcune delle predette pronunce, potrebbe influire sia sull’*an* della pretesa restitutoria del sistema nei confronti dell’utente del dispacciamento che ha posto in essere la strategia accertata, pretesa “*da negare ove il risparmio di spesa [...] fosse stato interamente idoneo a controbilanciare il costo [...], sia sul quantum [della medesima pretesa], da ridurre rispetto alla misura liquidata con il provvedimento impugnato in prime cure, qualora il risparmio di spesa (comunque esistente) avesse solo in parte controbilanciato il costo diretto*”;
- in ogni caso, dall’esito del supplemento istruttorio – essendo esso compiuto in ottemperanza a una sentenza favorevole alle società ricorrenti – non può derivare una rideterminazione del *quantum* della misura prescrittiva per un importo superiore a quello oggetto della precedente decisione.

RITENUTO CHE:

- sia necessario, in ottemperanza alle richiamate sentenze del giudice amministrativo, avviare, con riferimento a ciascuno dei soggetti indicati nella Colonna 1 della Tabella allegata al presente provvedimento, un supplemento di istruttoria volto a:
verificare l’effettiva incidenza sui costi diretti del corrispettivo *uplift* del possibile risparmio di spesa derivante dagli eventuali effetti positivi per l’intero sistema degli sbilanciamenti in controfase, e, per l’effetto dei relativi, possibili esiti, a eventualmente confermare o modificare il provvedimento prescrittivo già adottato, ovvero a non adottare alcun provvedimento prescrittivo

DELIBERA

1. di disporre, con riferimento alle società elencate nella Colonna 1 della Tabella allegata al presente provvedimento, e in ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo sopra richiamate, un supplemento di istruttoria con le finalità e nei limiti precisate in motivazione;
2. di notificare il presente provvedimento alle predette società e a Terna;
3. di prevedere che Terna pubblichi sul proprio sito internet le eventuali informazioni aggiuntive che dovessero emergere nel corso dell'istruttoria di cui al punto 1, qualora ritenute necessarie dal responsabile del procedimento per le verifiche di cui in motivazione;
4. di nominare, quale responsabile del procedimento, il Direttore della Direzione Mercati all'ingrosso e sostenibilità ambientale;
5. di prevedere che i procedimenti si concludano entro il 30 giugno 2022;
6. di pubblicare il presente provvedimento sul sito internet dell'Autorità www.arera.it.

12 ottobre 2021

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini