

DELIBERAZIONE 27 SETTEMBRE 2022
447/2022/S/EEL

AVVIO DI UN PROCEDIMENTO PER L'OTTEMPERANZA ALLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE SECONDA, N. 3712/2022 IN TEMA 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 1220^a riunione del 27 settembre 2022

VISTI:

- il regolamento (UE) 1227/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso (di seguito: regolamento REMIT);
- la direttiva 2019/944/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE;
- la legge 24 novembre 1981, n. 689 (di seguito: legge 689/81);
- la legge 14 novembre 1995, n. 481 e s.m.i. (di seguito: legge 481/95) e, in particolare, l'articolo 2, comma 20, lett. c);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e s.m.i. (di seguito: decreto legislativo 79/99);
- l'articolo 11 *bis*, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35 e s.m.i., introdotto dalla legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80 (di seguito: decreto-legge 35/05);
- 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. (di seguito: legge 161/14) e, in particolare, l'articolo 22;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244 (di seguito: d.P.R. 244/01);
- 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. (di seguito: TIMM);
- la deliberazione dell’Autorità 4 agosto 2009, ARG/elt 107/09, recante il “Testo Integrato in ordine alla regolazione delle partite fisiche ed economiche del servizio di dispacciamento” – *Settlement* e s.m.i. (di seguito: TIS);
- 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 (di seguito: deliberazione 459/2016/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 28 dicembre 2016, 800/2016/R/eel (di seguito: deliberazione 800/2016/R/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 16 marzo 2017, 155/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 155/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 24 marzo 2017, 177/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 177/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 11 aprile 2018, 257/2018/E/eel (di seguito: deliberazione 257/2018/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 12 maggio 2020, 160/2020/S/eel (di seguito: deliberazione 160/2020/S/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 25 maggio 2021, 217/2021/E/eel (di seguito: deliberazione 217/2021/E/eel);
- la determinazione del Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni (di seguito: Direttore DSAI) 21 luglio 2017, DSAI/28/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/28/2017/eel);
- la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 12 ottobre 2020, n. 6064 resa sul ricorso in appello proposto dalla Società di cui all’Allegato A alla presente deliberazione per l’annullamento dei provvedimenti prescrittivi di cui alle deliberazioni 155/2017/E/eel e 257/2018/E/eel (di seguito: sentenza n. 6064/2020);
- la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. II, dell’11 maggio 2022, n. 3712, resa sul ricorso in appello proposto dalla Società di cui all’Allegato A alla presente deliberazione per l’annullamento del provvedimento sanzionatorio di cui alla deliberazione 160/2020/S/eel (di seguito: sentenza del Consiglio di Stato n. 3712/2022).

CONSIDERATO CHE:

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: 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 25154 del 13 settembre 2016 - evidenziavano un'attività di programmazione della stessa non coerente con i principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza di cui all'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06, con conseguimento di vantaggi economici da parte della medesima Società;
4. pertanto, con deliberazione 155/2017/E/eel, l'Autorità ha:
 - i) escluso la configurabilità delle condotte della Società come potenzialmente manipolative ai sensi dell'articolo 5 del regolamento REMIT, in quanto ha dato atto che, a livello del singolo utente del dispacciamento, non risultavano aver alterato i prezzi di mercato;
 - ii) ordinato alla Società la restituzione a Terna degli importi corrispondenti all'indebito beneficio conseguito per effetto delle predette condotte di programmazione non diligenti, messe in atto dal medesimo utente, determinati secondo i criteri e le modalità definite nell'Allegato B alle sopra citata deliberazione 155/2017/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;
5. sulla base dei dati acquisiti nell'ambito del predetto procedimento, il Direttore DSAI, con la determinazione DSAI/28/2017/eel, ha avviato un procedimento sanzionatorio nei confronti della Società per accertare la violazione dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06, risultando l'illegittimità delle condotte contestate dalla dimensione dell'errore di sbilanciamento e dalla sistematicità delle stesse, secondo quanto specificato nell'Allegato A alla citata determinazione DSAI/28/2017/eel;
6. nel corso della fase istruttoria del relativo procedimento sanzionatorio, la Società non ha depositato documentazione difensiva;

7. successivamente, con deliberazione 257/2018/E/eel, l’Autorità, in considerazione della irrilevanza degli elementi fattuali trasmessi dalla Società ai sensi del punto 3 della citata deliberazione 155/2017/E/eel, ha confermato il contenuto dell’Allegato B a quest’ultima deliberazione;
8. avverso le predette deliberazioni, la Società ha proposto ricorso giurisdizionale, accolto in appello dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza del 12 ottobre 2020, n. 6064;
9. con nota del 3 febbraio 2020 (prot. Autorità 3652) il Responsabile del procedimento sanzionatorio ha comunicato le risultanze istruttorie alla Società;
10. nel corso della fase decisoria del procedimento sanzionatorio, la Società, con nota del 17 marzo 2020 (prot. Autorità 9758) ha trasmesso la memoria di replica, con allegata documentazione;
11. con deliberazione 160/2020/S/eel del 12 maggio 2020, l’Autorità ha irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria alla Società; tale provvedimento è stato impugnato da quest’ultima dinanzi al Giudice amministrativo che, in secondo grado, con sentenza dell’11 maggio 2022, n. 3712, lo ha annullato.

CONSIDERATO CHE:

12. come rilevato al punto 8, i provvedimenti prescrittivi di cui alle citate deliberazioni 155/2017/E/eel e 257/2018/E/eel, sono stati impugnati dalla Società dinanzi al Giudice amministrativo, il quale, in secondo grado, con sentenza n. 6064/2020, ha parzialmente accolto il ricorso nella parte relativa all’obbligazione restitutoria, per difetto di istruttoria e di motivazione, statuendo, in particolare, che: a) gli sbilanciamenti effettivi imputati alla Società erano comunque violativi dell’articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/2006 e, quindi, potenzialmente rilevanti per l’adozione di diverse misure amministrative o l’attivazione di distinti rimedi giuridici e, tuttavia, b) l’accertamento di profitti (conseguentemente) indebiti tratti dall’operatore economico non potevano ritenersi sufficienti per l’adozione di una misura prescrittiva, la quale richiede, altresì, una correlazione tra il comportamento ascritto all’esercente il servizio e la lesione dei diritti dell’utenza conseguentemente procurata, con particolare riferimento agli sbilanciamenti c.d. in controfase, i quali avrebbero potuto, almeno in linea teorica, mitigare gli incrementi del c.d. corrispettivo *uplift* a carico dell’utenza finale;
13. con la deliberazione 217/2021/E/eel, l’Autorità ha quindi avviato, con riferimento alle società elencate nella Tabella allegata alla medesima (tra cui la Società in questione), procedimenti per svolgere un supplemento di istruttoria in ottemperanza alle sentenze del Giudice Amministrativo in tema di strategie di programmazione non diligenti di energia elettrica.

CONSIDERATO, ALTRESÌ, CHE:

14. come rilevato al punto 11, anche il ricorso avverso la deliberazione di irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria del 12 maggio 2020, 160/2020/S/eel, è

stato accolto, in secondo grado, dal Consiglio di Stato, il quale, con la pronuncia dell'11 maggio 2022, n. 3712, ha riformato la sentenza del Giudice di prime cure che aveva ritenuto, quanto alla questione degli effetti del giudicato discendente dalla decisione 6064/20 (di annullamento, per difetto di istruttoria e di motivazione, del provvedimento prescrittivo adottato nei confronti della società), che l'annullamento in sede giurisdizionale di tale provvedimento non spiegasse effetti (caducanti o invalidanti) sul provvedimento sanzionatorio; la Seconda Sezione del Consiglio di Stato ha quindi aderito all'orientamento inaugurato dalla Sesta Sezione con la sentenza n. 6017/2021 - poi confermato con le successive sentenze nn. 6498/2021, 6504/2021 e 6505/2021 - secondo il quale *“non è ipotizzabile, come evocato dalla difesa erariale, che l'illegittimità del provvedimento prescrittivo sia priva di effetti rispetto al conseguente provvedimento sanzionatorio; l'esercizio di quest'ultimo potere, fondandosi su di una prescrizione violata, non può che essere inciso dal venir meno della prescrizione stessa per annullamento giurisdizionale. (...)*
In proposito, va ribadito con la giurisprudenza già espressa dalla sezione (cfr. ad es. sentenza n. 6017 del 2021) che anche il percorso che ha condotto ARERA ad irrogare una sanzione pecuniaria nei confronti della impresa, parte originaria ricorrente, “soffra” delle appurate illegittimità istruttorie che hanno “macchiato” gli atti presupposti, rispetto al provvedimento di irrogazione della sanzione adottato nel 2018, di talché detto provvedimento sanzionatorio ne viene (inevitabilmente e inesorabilmente) travolto per illegittimità derivata”;

CONSIDERATO CHE:

15. il Consiglio di Stato, con le pronunce sopra richiamate, fa espressamente salva la *“possibilità del riesercizio del potere [sanzionatorio], sulla scorta di un accertamento prescrittivo privo dei vizi rilevati”*; detti vizi, lungi dall'inficiare l'accertamento di una programmazione non diligente nell'ambito del servizio di dispacciamento in violazione dell'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06, attengono alla sola quantificazione degli indebiti vantaggi che l'operatore è tenuto a restituire a Terna quale lesione dei diritti degli utenti ex art. 2, comma 20, lett. d) della legge 481/95 e quindi, nell'ambito del procedimento sanzionatorio, può incidere – nella prospettiva delineata dal sopra richiamato orientamento giurisprudenziale – solo sulla gravità dell'illecito, ossia su un criterio per la quantificazione della relativa sanzione;

RITENUTO, QUINDI, NECESSARIO:

16. in ottemperanza alla citata sentenza del Giudice Amministrativo n. 3712/2022 e analogamente a quanto già disposto dalla deliberazione 8/2022/E/eel del 18 gennaio 2022 ai fini dell'ottemperanza delle sentenze citate al punto 14, avviare anche con riferimento alla Società di cui all'Allegato A, un procedimento finalizzato alla rideterminazione della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata, *“sulla scorta di un accertamento prescrittivo privo dei vizi rilevati”*;

17. in considerazione del rapporto di necessaria presupposizione del procedimento prescrittivo rispetto a quello sanzionatorio ravvisato dal Consiglio di Stato, che il procedimento per l'ottemperanza alla citata sentenza acquisisca gli esiti del procedimento già avviato con la deliberazione 217/2021/E/eel avente ad oggetto lo svolgimento di un supplemento di istruttoria con riguardo ai provvedimenti prescrittivi adottati nei confronti della Società (deliberazioni 155/2017/E/eel e 257/2018/E/eel);
18. fissare, dunque, il termine di conclusione del presente procedimento in 90 (novanta) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con la deliberazione 217/2021/E/eel nei confronti della Società;
19. prevedere che la Società, fermi gli esiti del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/eel, possa formulare osservazioni sulle ricadute che detti esiti possono avere sulla quantificazione della sanzione, entro e non oltre 20 (venti) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con la deliberazione 217/2021/E/eel nei confronti della Società

DELIBERA

1. di avviare, con riferimento alla Società di cui all'Allegati A, un procedimento finalizzato alla rideterminazione della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata con la deliberazione 160/2020/S/eel;
2. di fissare in 90 (novanta giorni) giorni il termine di conclusione di detto procedimento a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con la deliberazione 217/2021/E/eel nei confronti della Società;
3. prevedere che l'utente del dispacciamento di cui all'Allegato A, fermi gli esiti del procedimento avviato con deliberazione 217/2021/E/eel, possa formulare osservazioni sulle ricadute che detti esiti possono avere sulla quantificazione della sanzione entro e non oltre 20 (venti) giorni a decorrere dalla scadenza del termine per la quantificazione delle partite economiche da parte di Terna S.p.A. come indicato nel provvedimento finale del procedimento avviato con la deliberazione 217/2021/E/eel nei confronti della Società;
4. di nominare, quale Responsabile del procedimento, il Direttore della Direzione Legale e Atti del Collegio;

5. di comunicare il presente provvedimento all'utente del dispacciamento di cui all'Allegato A, nonché di pubblicarlo sul sito internet dell'Autorità www.arera.it, ad eccezione dell'Allegato A.

27 settembre 2022

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini