

DELIBERAZIONE 17 GENNAIO 2023

8/2023/S/EEL

**CHIUSURA, CON ARCHIVIAZIONE, DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO AVVIATO NEI
CONFRONTI DELLA SOCIETÀ ASM VOGHERA S.P.A. IN MATERIA DI CONDIZIONI
ECONOMICHE PER L'EROGAZIONE DEL SERVIZIO DI CONNESSIONE**

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

Nella riunione 1234^a del 17 gennaio 2023

VISTI:

- L'articolo 97 della Costituzione;
- la legge 24 novembre 1981, n. 689;
- 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) e d);
- l'articolo 11 *bis*, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, introdotto dalla legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80;
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 e s.m.i.;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244 (di seguito d.P.R. 244/01);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e s.m.i.;
- la deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 29 dicembre 2007, n. 348/07, di approvazione delle "Condizioni economiche per l'erogazione del servizio di connessione" e s.m.i. (di seguito: TIC 08/11);
- la deliberazione dell'Autorità 29 dicembre 2011, ARG/elt 199/11, di approvazione del "*Testo integrato delle condizioni economiche per l'erogazione del servizio di connessione – Periodo di regolazione 2012-2015*" (di seguito: TIC 12/15);
- la deliberazione dell'Autorità 23 dicembre 2015, 654/2015/R/eel, di approvazione del "*Testo integrato delle condizioni economiche per l'erogazione del servizio di connessione (TIC) (2016-2019)*" (di seguito: TIC 16/19);
- la deliberazione dell'Autorità 18 maggio 2017, 339/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 339/2017/E/eel);
- il chiarimento dell'Autorità del 3 luglio 2008;
- 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: deliberazione 243/2012/E/com oppure Regolamento Sanzioni);

- la determinazione del Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni (di seguito: Direttore DSAI) 8 marzo 2018, DSAI/20/2018/eel (di seguito: determinazione DSAI/20/2018/eel);
- le sentenze del TAR Lombardia, Sez. II, del 31 ottobre 2018, nn. 2455, 2456 e 2458 e del TAR Lombardia, Sez. I, del 27 maggio 2021, n. 1299; del 21 novembre 2021 n. 2589; del 16 febbraio 2022, n. 363; del 17 maggio 2022, n. 1145; del 9 agosto 2022, n. 1914; del 12 agosto 2022, n. 1926; del 13 agosto 2022, n. 1930; del 20 agosto 2022, nn. 1931 e 1932; del 26 agosto 2022, n. 1946; del 7 settembre 2022, nn. 1966 e 1967; dell'8 settembre 2022, n. 1973; del 7 novembre 2022, n. 2474; del 19 dicembre 2022, n. 2791; del 2 gennaio 2023, nn. 3 e 4 (di seguito: sentenze 2455/2018, 2456/2018 e 2458/2018, 1299/2021, 2589/2021, 363/2022, 1145/2022, 1914/2022, 1926/2022, 1930/2022, 1931/2022, 1932/2022, 1946/2022, 1966/2022, 1967/2022, 1973/2022, 2474/2022, 2791/2022, 3/2023 e 4/2023);
- le sentenze del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 19 gennaio 2021, n. 584 e 17 marzo 2021, n. 2307, 2308 e 2309 e del Consiglio di Stato, Sez. II, del 7 marzo 2022, n. 1649; 17 marzo 2022, n. 1723; 19 aprile 2022, 2927; 9 maggio 2022, n. 3584; 12 maggio 2022, n. 3737; 24 maggio 2022, n. 4117; 26 maggio 2022, n. 4216; 28 giugno 2022, n. 5365; 4 luglio 2022, n. 5578; 26 luglio 2022, n. 6588; 27 dicembre 2022, n. 11340 (di seguito: sentenze 584/2021, 2307/2021, 2308/2021, 2309/2021, 1649/2022, 1723/2022, 2927/2022, 3584/2022, 3737/2022, 4117/2022, 5365/2022, 5578/2022, 6588/2022, 11340/2022).

FATTO:

1. Con deliberazione 339/2017/E/eel l'Autorità ha approvato un programma di cinque verifiche ispettive, nei confronti di altrettante imprese distributrici di energia elettrica, tra cui A.S.M. Voghera S.p.a. (di seguito: A.S.M. Voghera o società) sui dati di continuità del servizio comunicati all'Autorità nell'anno 2017;
2. in attuazione di tale programma, l'Autorità, in collaborazione con il Nucleo Speciale per l'Energia e il Sistema Idrico (ora Nucleo Speciale Beni e Servizi) della Guardia di Finanza, ha effettuato, nei giorni 12, 13 e 14 settembre 2017, una verifica ispettiva presso la sede legale della predetta società;
3. dagli elementi acquisiti in sede di verifica ispettiva è emerso che la società, in violazione dell'articolo 6, comma 8, del TIC 08/11, dell'articolo 6, comma 8, del TIC 12/15 e dell'articolo 6, comma 8, del TIC 16/19, applicherebbe ai clienti finali che segnalano un'anomalia nel servizio di distribuzione di energia elettrica un corrispettivo nel caso in cui, a seguito di un intervento tecnico, venga accertato che il disservizio lamentato sia imputabile all'impianto del cliente finale. In particolare, dall'ascolto delle registrazioni vocali delle chiamate telefoniche (identificate con codici 5CARBT, 6CARBT, 9CARBT, 15CARBT, 24CARBT e 25CARBT), estratte a campione fra quelle pervenute nell'anno 2016 al numero di pronto intervento 800.413.330 e relative alle interruzioni del servizio senza preavviso originate sulla rete BT nonché dall'analisi dei relativi verbali, è emerso che la società – *“nel rispetto*

di quanto previsto dalla Delibera del Consiglio di Amministrazione della scrivente (A.S.M. Voghera) n. 5 del 24 gennaio 2001” – avrebbe richiesto un corrispettivo, pari a 50 euro (più iva al 10%), nel caso in cui l’intervento tecnico avesse riscontrato un guasto a valle del gruppo di misura dell’utente finale (punto 7.6 e doc. 13 allegato alla check list, nonché tabella delle chiamate/interruzioni BT senza preavviso);

4. pertanto, con determinazione del Direttore DSAI/20/2018/eel, l’Autorità ha avviato, nei confronti di A.S.M. Voghera, il presente procedimento per accertare la violazione delle predette disposizioni in materia di condizioni economiche per l’erogazione del servizio di connessione e per l’adozione dei relativi provvedimenti sanzionatori e prescrittivi ai sensi dell’articolo 2, comma 20, lettere c) e d), della legge n. 481/95;
5. con la medesima determinazione DSAI/20/2018/eel sono state richieste ulteriori informazioni in merito alla contestazione e, in particolare, di comunicare, con dichiarazione sostitutiva, il numero di interventi tecnici per segnalazioni errate di guasto o per disservizi dipendenti dall’impianto del cliente finale, a seguito dei quali A.S.M. Voghera ha applicato, in base alla propria Delibera del Consiglio di Amministrazione n. 5 del 24 gennaio 2001, il corrispettivo di 50 euro (più iva 10%) agli utenti finali;
6. nel corso dell’istruttoria la società, in data 20 aprile 2018, ha presentato istanza di accesso agli atti (acquisita con prot. Autorità 13529), accolta dal Responsabile del procedimento con nota 16 maggio 2018 (prot. Autorità 15799);
7. con nota del 7 maggio 2018 A.S.M. Voghera ha depositato una memoria (acquisita con prot. Autorità 14748) comprensiva di risposta alla richiesta di informazioni di cui al punto 3 della Determinazione DSAI/20/2018/eel;
8. con nota del 2 agosto 2022 (prot. Autorità 33666) il Responsabile del procedimento, tenuto conto delle eccezioni difensive rilevate dalla società, ha ritenuto necessario, ai sensi dell’articolo 10 dell’Allegato A alla deliberazione 243/2012/E/com, richiedere a A.S.M. Voghera, di precisare e documentare quanti dei 272 interventi tecnici indicati nella dichiarazione sostitutiva allegata alla citata nota del 7 maggio 2018 hanno riguardato il periodo 2001 – 8 marzo 2013 e quanti dei residui interventi, relativi al citato periodo 8 marzo 2013 – 8 marzo 2018, erano dovuti ad esplicite richieste di “*verifica del corretto funzionamento del gruppo di misura*” e di “*verifica della tensione di alimentazione*” di cui al TIC in vigore al momento della commissione delle condotte contestate;
9. la società ha dato riscontro alla citata richiesta di informazioni con nota del 1 settembre 2022 (acquisita con prot. Autorità 37057);
10. con nota del 11 ottobre 2022 (prot. 49262), il Responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie dalle quali - alla luce della documentazione acquisita nel corso del procedimento – emergeva: a) che la sanzionabilità della condotta era da circoscriversi a 17 dei 272 casi contestati, ossia a quelli precedenti all’8 marzo 2013; b) che non sussistevano i presupposti per l’adozione di un provvedimento prescrittivo, in considerazione della sospensione dell’applicazione della procedura oggetto di contestazione a far data dal 12 marzo 2018;
11. con nota del 23 novembre 2022 (acquisita con prot. Autorità 60879), la società ha trasmesso una memoria di replica alle risultanze istruttorie, con cui ha chiesto, in via

assorbente, l'archiviazione del procedimento per violazione del termine di conclusione del procedimento (oltre che di quello fissato per la fase istruttoria), dando prova peraltro di aver provveduto in data 21 novembre 2022 alla restituzione degli importi indebitamente applicati ai 17 clienti di cui al punto precedente.

CONSIDERATO CHE:

12. la recente evoluzione giurisprudenziale sulla natura del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio e sulle conseguenze connesse al suo superamento, impone all'Autorità di valutare, in via preliminare, la fondatezza della relativa eccezione sollevata dalla società nei propri scritti difensivi;
13. a tal riguardo, giova, infatti, rilevare che, se fino a tutto il 2020, era pacifica la natura ordinatoria del termine in questione (tra le molte, Cons. Stato, Sezione Sesta, nn. 6891/2020, 6888/2020, 6887/2020, 1053/2018, 911/2018, 468/2015, 3401/2015, 1084/2012), successivamente, il Giudice amministrativo – avuto riguardo a provvedimenti sanzionatori adottati in diversi settori di competenza dell'Autorità - ha cominciato a ripensare il proprio tradizionale orientamento sulla natura ordinatoria dello stesso (e sulla non invalidità della sanzione in caso di suo superamento), giungendo ad affermarne la natura perentoria, con la conseguente invalidità del provvedimento tardivamente adottato (Cons. Stato, Sezione Sesta, nn. 584/2021, 2307/2021, 2308/2021 e 2309/2021 e Cons. Stato, Sezione Seconda n. 3584/2022);
14. l'Autorità ha resistito, per il tramite dell'Avvocatura dello Stato, all'affermarsi di detto nuovo orientamento, anche richiamando le ragioni di diritto poste a fondamento della precedente posizione e, da ultimo, ancora richiamate dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato con le sentenze 6888/2020, 6887/2020, 6891/2020;
15. in particolare, l'Autorità ha insistito sulla circostanza che nessuna disposizione di legge stabilisce la perentorietà del termine, di tal che non potrebbe sostenersi che lo spirare del termine regolamentare determini l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato, tanto più che il Regolamento Sanzioni, come modificato nel 2017, ha qualificato espressamente il termine di conclusione del procedimento come "ordinatorio" (cioè proprio in aderenza all'orientamento tradizionale in materia di ordinarietà del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio dell'Autorità);
16. a fronte delle difese svolte dall'Autorità in sede contenziosa, il Consiglio di Stato – e in particolare la Seconda Sezione alla quale nel frattempo è stata assegnata la competenza sui contenziosi relativi ai provvedimenti dell'Autorità – ha ripetutamente ritenuto di confermare il nuovo orientamento sulla natura perentoria del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio dell'Autorità (di cui si è dato conto al precedente punto 13); a parere del Consiglio di Stato, infatti, sebbene in linea generale solo una espressa disposizione di legge possa riconoscere il carattere della perentorietà a una scadenza temporale, tuttavia la particolarità del procedimento sanzionatorio rispetto al paradigma del procedimento amministrativo condurrebbe a diverse conseguenze, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l'effettività del diritto di difesa, avente protezione costituzionale (cfr. Cons.

Stato, Seconda Sezione, nn. 1649/2022, 3584/2022; 3737/2022, 4117/2022, 5365/2022, 5578/2022, 6588/2022).

CONSIDERATO, ANCHE, CHE:

17. il Tar Lombardia non ha aderito al nuovo orientamento del Consiglio di Stato e continua, quindi, ad affermare - discostandosi consapevolmente dal Giudice di secondo grado - che, in assenza di una disposizione di rango sia primario che secondario che qualifichi il termine di conclusione del procedimento come perentorio, lo stesso non può che qualificarsi come ordinatorio; in particolare, il Giudice di prime cure, da un lato, condivide l'argomento svolto dalla difesa erariale relativamente alla prorogabilità del termine (espressamente prevista dal Regolamento Sanzioni) quale indice della sua natura ordinatoria e, dall'altro lato, aderisce alle preoccupazioni sollevate dalla difesa erariale in ordine al fatto che la *“decadenza dal potere sanzionatorio per mero decorso del termine non garantirebbe l'effetto deterrente che vi è sotteso”*;
18. tuttavia, lo stesso Giudice di prime cure, pur affermando la natura ordinatoria del termine del procedimento sanzionatorio, ha verificato in concreto se il superamento di detto termine – il quale di per sé non può mai determinare la decadenza dal potere sanzionatorio – possa aver trovato o meno giustificazione nella necessità di approfondire l'attività istruttoria (sentenze Tar Lombardia, sentenze nn. 2455/2018, 2456/2018 e 2458/2018, 1299/2021, 2589/2021, 363/2022, 1145/2022, 1914/2022, 1926/2022, 1930/2022, 1931/2022, 1932/2022, 1946/2022, 1966/2022, 1967/2022, 1973/2022, 2474/2022, 2791/2022, 3/2023 e 4/2023);
19. in verità anche lo stesso Consiglio di Stato, dopo il “leading case” del marzo 2021 sulla “perentorietà” ha adottato una serie di pronunce che hanno comunque assegnato rilevanza alle valutazioni sulla “ragionevolezza” della durata dei procedimenti (Cons. Stato, Sezione Sesta, nn. 2307/2021, 2308/2021 e 2309/2021; Cons. Stato, Sezione Seconda, n. 4216/2022, 11340/2022).

CONSIDERATO, QUINDI, CHE:

20. l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato dà un rilievo pregnante al “fattore tempo” ai fini dell'esercizio del potere;
21. l'Autorità, nel verificare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere, debba, alla luce della giurisprudenza sopra richiamata, verificare, caso per caso, la durata del procedimento;
22. la verifica di cui al punto precedente debba essere condotta sulla base delle specifiche circostanze del caso concreto, considerando l'omogeneità del procedimento in argomento con quanto riscontrato nei giudizi di annullamento di altri provvedimenti sanzionatori dell'Autorità: più precisamente l'Autorità valuta se i tempi e i modi del procedimento in esame si presentino in stretta analogia con quelli già vagliati nelle sfavorevoli sentenze sopra citate e quindi tali da fondare un giudizio prognostico sul

presumibile esito sfavorevole per l’Autorità dell’eventuale contenzioso promosso dalla Società;

23. laddove detto giudizio di omogeneità tra i provvedimenti sanzionatori oggetto di annullamento e le circostanze del caso concreto dimostrino che non vi siano i presupposti per un esito sanzionatorio, l’Autorità è tenuta ad adottare un provvedimento di archiviazione.

RITENUTO CHE:

24. il procedimento avviato con determinazione DSAI/20/2018/eel presenti, sotto il profilo temporale, elementi di piena omogeneità rispetto ai procedimenti chiusi con i provvedimenti sanzionatori annullati dal Giudice amministrativo per tardività; in particolare la durata di detto procedimento, e in specie della fase istruttoria, per quanto in larga parte iniziata e consumata in costanza di una giurisprudenza, anche del Consiglio di Stato, che pacificamente affermava l’ordinatorietà dei termini del procedimento e sulla quale l’Autorità aveva riposto un legittimo e ragionevole affidamento: (i) risulta superiore a quella già oggetto della recente giurisprudenza del Giudice amministrativo, sia di primo che di secondo grado, (ii) non è stata condizionata dall’intervento di proroghe, (iii) né è da ricondursi alla durata di procedimenti connessi nell’ambito dei quali possano acquisirsi elementi necessari al corretto esercizio del potere sanzionatorio. D’altra parte, la richiesta di informazioni inviata dal Responsabile del procedimento il 2 agosto 2022 - e quindi quando il termine della fase istruttoria era già scaduto - non ha determinato, a seguito della risposta della società, l’esigenza di ulteriori indagini o sviluppi istruttori, essendo rivolta detta richiesta ad un riscontro di fatti già acquisiti al procedimento con la memoria dell’esercente del 7 maggio 2018 (prot. 14748);
25. sentita l’Avvocatura dello Stato, alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale sopra richiamata, non sussistano i presupposti per l’adozione di un provvedimento sanzionatorio, nella specie in termini di durata del procedimento sanzionatorio;
26. si debba, pertanto, procedere all’archiviazione del procedimento sanzionatorio avviato con determinazione DSAI/20/2018/eel, ciò anche al fine di evitare una condanna alle spese nell’eventuale giudizio promosso dalla Società o una condanna per lite temeraria secondo quanto previsto dall’articolo 26, comma 2 del codice del processo amministrativo e, comunque, un ulteriore dispendio di attività amministrativa.

RITENUTO, INFINE, CHE:

27. come rilevato dal Responsabile del procedimento nella comunicazione delle risultanze istruttorie, non sussistano i presupposti per l’adozione di un provvedimento prescrittivo come prospettato al punto 1 della determinazione DSAI/20/2017/eel, fermo che, in coerenza con la regolazione vigente, la procedura contestata non dovrà essere applicata in futuro in quanto illegittima

DELIBERA

1. di archiviare il procedimento sanzionatorio avviato con determinazione DSAI/20/2018/eel;
2. di non adottare il provvedimento prescrittivo di cui al punto 1 della determinazione DSAI/20/2018/eel, fermo il divieto di adottare per il futuro la procedura contestata in coerenza con la regolazione vigente;
3. di comunicare il presente provvedimento alla società ASM Voghera S.p.A. (p.iva 01429910183) mediante pec agli indirizzi asmvoghera@pec.asmvoghera.it, marco.massimino@milano.pecavvocati.it, luigi.giuri@milano.pecavvocati.it, nonché di pubblicarlo sul sito internet dell'Autorità www.arera.it.

Avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso dinanzi al competente Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sede di Milano, entro il termine di 60 giorni dalla data di notifica dello stesso oppure ricorso straordinario al Capo dello Stato, entro il termine di 120 giorni.

17 gennaio 2023

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini