

DELIBERAZIONE 11 MAGGIO 2021

184/2021/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 1157^a riunione del 11 maggio 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, 247/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 247/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 25 gennaio 2018, 34/2018/E/eel (di seguito: deliberazione 34/2018/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/45/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/45/2017/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 26299 del 22 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 247/2017/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. Sulla base dei dati acquisiti nell'ambito del predetto procedimento, il Direttore DSAI, con la citata determinazione DSAI/45/2017/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 alle immissioni effettive delle unità di produzione non abilitate (oggetto di analisi nel menzionato procedimento) nella titolarità della Società superiore:
- a) per le unità di produzione rilevanti alimentate da fonte idrica ad acqua fluente, alla *performance* di settore (pari al 30%);
- b) per le unità di produzione non rilevanti alimentate da fonti rinnovabili non programmabili, superiore alla *performance standard* del 30%, presa a riferimento in mancanza di informazioni – come nel caso di specie – sulla composizione delle fonti che costituiscono il parco delle predette unità di produzione;
- ii) dalla sistematicità: tali condotte si erano protratte per tre mesi, da aprile 2016 a giugno 2016;
- il tutto meglio precisato nell'Allegato A alla citata determinazione DSAI/45/2017/eel.
5. Con deliberazione 34/2018/E/eel l'Autorità, in considerazione della rilevanza degli elementi fattuali trasmessi dalla Società ai sensi del punto 3 della citata deliberazione 247/2017/E/eel, pur confermando il provvedimento prescrittivo adottato con quest'ultima deliberazione, ha revisionato il contenuto del relativo Allegato B con particolare riferimento alle soglie di tolleranza ivi contenute. Segnatamente, avendo la Società evidenziato che le unità di produzione non rilevanti alimentate da fonti rinnovabili non programmabili presenti nel proprio portafoglio sono esclusivamente impianti idroelettrici ad acqua fluente, l'Autorità ha, per tali unità, confermato la soglia di tolleranza del 30% indicata nell'Allegato B alla deliberazione 247/2017/E/eel, non già tuttavia quale *performance standard* per assenza di informazioni circa la composizione del portafoglio commerciale, bensì quale specifica *performance* di programmazione per detta tipologia di unità di produzione (fonte idroelettrica ad acqua fluente).
6. Avverso le predette deliberazioni la Società ha proposto ricorso giurisdizionale respinto con sentenza del Tar Lombardia. Detta sentenza è stata appellata dalla Società ed il giudizio è attualmente pendente dinanzi al Consiglio di Stato.

7. Avverso la determinazione DSAI/45/2017/eel la Società ha proposto ricorso al Tar Lombardia.
8. Nel corso della fase istruttoria del presente procedimento la Società non ha presentato documentazione difensiva.
9. Con nota del 2 febbraio 2021 (acquisita con prot. Autorità 4686) il Responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie.
10. Con nota del 26 febbraio 2021 (acquisita con prot. Autorità 8848) la Società ha trasmesso la memoria di replica alle risultanze istruttorie.
11. La Società ha, infine, impugnato dinanzi al Tar Lombardia anche la comunicazione delle risultanze istruttorie.

VALUTAZIONE GIURIDICA:

Contesto normativo

12. 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).
13. 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).

14. 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).
15. Da un'analisi della *performance* di programmazione degli utenti del dispacciamento in immissione nel periodo gennaio 2015 – novembre 2016, è emerso come la maggioranza dell'energia elettrica immessa sia stata programmata con errori medi mensili inferiori ai seguenti valori:
 - a) unità di produzione rilevanti alimentate da fonte eolica: 80%;
 - b) unità di produzione rilevanti alimentate da fonte solare fotovoltaica: 50%;
 - c) unità di produzione rilevanti alimentate da fonte idrica ad acqua fluente: 30%;
 - d) unità di produzione non rilevanti alimentate da fonti programmabili: 30%.Pertanto, la citata determinazione DSAI/45/2017/eel, di avvio del presente procedimento, ha assunto tali errori quale discriminare tra condotte diligenti e non diligenti.
16. Per quanto riguarda le unità di produzione non rilevanti alimentate da fonti rinnovabili non programmabili, ai fini dell'individuazione del discriminare tra condotte diligenti e non diligenti si è tenuto conto della *performance* del 30% prevista per le unità di consumo dalla deliberazione 444/2016/R/eel, salva autocertificazione della Società della effettiva composizione del proprio portafoglio.
17. Come esposto in fatto, in considerazione degli elementi trasmessi dalla Società ai sensi del punto 3 della deliberazione 247/2017/E/eel - dai quali è emerso che le unità di produzione non rilevanti alimentate da fonti rinnovabili non programmabili presenti nel portafoglio della Società sono esclusivamente impianti idroelettrici ad acqua fluente - l'Autorità ha rettificato, per detta tipologia di unità di produzione, la *performance standard* del 30%, indicando la *performance* 'personalizzata' per detta tipologia di impianti, comunque pari al 30%, come meglio precisato nell'Allegato B alla citata deliberazione 34/2018/E/eel.

Argomentazioni della società

18. Nella memoria del 26 febbraio 2021, la Società ha svolto le proprie difese richiamando le contestazioni mosse nell'ambito del giudizio dinanzi al Tar Lombardia avverso la determina di avvio del presente procedimento sanzionatorio (che la stessa intende integralmente riportate, trascritte nonché formulate anche in relazione agli esiti delle risultanze istruttorie), e ha formulato richiesta di

archiviazione del procedimento medesimo, sollevando, altresì, talune doglianze di carattere procedurale.

19. Con riguardo a quest'ultime doglianze, la Società ha rappresentato che il decorso infruttuoso del termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio, previsto dal Regolamento Sanzioni e dalla determinazione DSAI/45/2017/eel, avrebbe determinato lo spirare del potere sanzionatorio dell'Autorità, con conseguente illegittimità dei provvedimenti adottati o adottandi, a definizione del procedimento in parola nell'esercizio di tale potere.

Afferma la Società, infatti, che tale effetto decadenziale si produrrebbe a seguito del superamento dei termini di conclusione della fase di istruttoria e della conclusione del procedimento, che avrebbero natura perentoria e non ordinatoria. Siffatta tesi troverebbe conferma, a dire della stessa, nella sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, 19 gennaio 2021, n. 584 (di seguito: sentenza n. 584/2021).

Né, ad avviso della Società, alla circostanza per cui la deliberazione 243/2012/E/com qualifica i termini come ordinatori potrebbe riconoscersi alcuna valenza derogatoria della natura perentoria dei termini di conclusione del procedimento: la stessa sentenza n. 584/2021 avrebbe sul punto ritenuto non decisivo tale argomento.

20. Nel merito la Società - tramite il menzionato rinvio e richiamo alle censure mosse nell'ambito del giudizio dinanzi al Tar Lombardia avverso la determina di avvio del presente procedimento - lamenta, in via generale, la violazione dei principi di legalità, irretroattività e tipicità e l'insussistenza dei presupposti per l'avvio di un procedimento sanzionatorio, dal momento che le condotte contestate non avrebbero integrato alcuna ipotesi dell'articolo 2, comma 20, lettera c) della legge 481/95, in quanto nessuna condotta illecita potrebbe imputarsi alla Società. Ad avviso della stessa, infatti, l'eventuale misura sanzionatoria conseguirebbe non dalla violazione di specifiche condotte puntualmente determinate, ma dalla presunta violazione di meri principi genericamente enunciati, carenti del grado di certezza e definizione necessari per adeguarvisi, poiché al tempo delle condotte contestate mancava, a dire della Società, una specifica definizione normativa dei principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza. Le soglie differenziate per fonte, utilizzate quale discrimine tra le condotte diligenti e non diligenti, sarebbero state introdotte solo *ex post* dall'Autorità; solamente con la deliberazione 444/2016 e i successivi provvedimenti integrativi/correttivi, sarebbero stati introdotti *ex novo* ed *ex post* criteri di definizione del concetto di condotta diligente con riferimento alla pratica degli sbilanciamenti. Si configurerebbe, dunque, anche una violazione dei principi di cui all'articolo 41 della Costituzione.

Valutazione delle argomentazioni della società

21. 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 per la conclusione del procedimento e comunque per carenza dei presupposti necessari per l'applicazione di una misura sanzionatoria.

22. 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 fosse fissato dalla stessa Autorità, in quanto potrebbe inferirsi solo da una esplicita previsione legislativa (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, come nel caso di specie, la complessità dello stesso determini la necessità del protrarsi dell’attività istruttoria e, quindi, di garantire altresì il diritto di difesa dell’interessato: l’istruttoria, infatti, è stata caratterizzata da una particolare complessità sia in ragione della necessità di valutare gli elementi informativi comunque emersi nel contesto del diverso procedimento da cui è scaturito il provvedimento prescrittivo, sia in ragione del lungo e complesso contenzioso instaurato sui provvedimenti prescrittivi – atti presupposti di accertamento rispetto a quello sanzionatorio – che ha necessariamente condizionato i tempi di svolgimento dell’istruttoria relativa ai procedimenti sanzionatori.

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).

La giurisprudenza amministrativa sul punto ha ritenuto che “[i]l protrarsi dell’attività istruttoria, che ha comportato una dilatazione anche del tempo per la conclusione del procedimento, si configura, del resto, in termini di maggiore garanzia per l’interessata, che ha potuto partecipare pienamente al procedimento. Ne deriva che il decorso dei termini, comunque ordinatori, stabiliti dalla delibera ... non si è tradotta in una violazione di garanzie partecipative, né nella lesione di una consolidata posizione di affidamento” (Consiglio di Stato, Sezione Sesta, 22 luglio 2014, n. 3893).

Infine, si rileva che la natura ordinatoria del predetto termine è stata ribadita anche successivamente alla sentenza n. 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, ancorché *incidenter tantum*, che “la perentorietà dei termini procedurali può aversi, quale eccezione alla regola della loro natura meramente

ordinatoria o acceleratoria, soltanto laddove la stessa perentorietà sia espressamente prevista dalle norme che disciplinano in modo specifico i procedimenti di volta in volta considerati, o queste sanzionino espressamente con la decadenza il mancato esercizio del potere dell'amministrazione entro i termini stabiliti", per concludere che "l'ordinamento non ha inteso prefigurare alcun termine, tantomeno perentorio, per la conclusione del procedimento sanzionatorio".

23. Quanto alle contestazioni mosse nell'ambito del giudizio dinanzi al Tar Lombardia avverso la determinazione DSAI/45/2017/eel, che la Società intende formulate anche in relazione alle risultanze istruttorie, in disparte le difese che saranno spiegate in quella sede, se ne rileva l'infondatezza e l'erroneità e si rappresenta quanto segue.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla Società, sussistono i presupposti per l'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità nel pieno rispetto del principio di legalità in quanto la previsione dell'obbligo di diligenza e perizia nel programmare i prelievi e/o le immissioni per le unità di consumo e/o produzione è contenuta nel comma 6 dell'articolo 14 dell'Allegato A della deliberazione 111/06; come confermato dalla giurisprudenza amministrativa, tale disposizione 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'articolo 14, commi 1 e 3, della medesima deliberazione, che eterointegra il contratto di dispacciamento. Lo stesso utilizzo della parola 'vincolante' come in diverse occasioni evidenziato dal giudice amministrativo, lascia chiaramente intendere come, diversamente da quanto sostenuto dalla Società, sussista un preciso obbligo per gli utenti della rete a rispettare i programmi di immissione e prelievo comunicati a Terna e gli stessi siano, quindi, tutt'altro che liberi di sbilanciare. In altre parole, sussiste già nel sistema l'obbligo di definire programmi di immissione e prelievo secondo i principi in argomento, che è 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. Pertanto, il richiamo ad un dovere di diligenza, prudenza, perizia e previdenza nel definire le stime relative ai programmi di immissione appare coerente con le descritte peculiarità del settore energetico, rispondendo all'esigenza che gli utenti del dispacciamento esercitino il loro diritto di definire il programma di immissione e prelievo con modalità tali da non arrecare uno sproporzionato e ingiustificato aggravio del servizio di dispacciamento. La libertà di impresa, dunque, non autorizza l'operatore a porre in essere ogni tipo di programmazione.

Gli sbilanciamenti sono illeciti, per orientamento costante della giurisprudenza amministrativa, secondo cui lo sbilanciamento effettivo risulta pregiudizievole per la stabilità del sistema, alterando le condizioni di equilibrio del mercato: gli utenti del dispacciamento, operando correttamente, sono, dunque, chiamati ad evitare lo scostamento dai rispettivi programmi di immissione o prelievo, definendo con ogni cautela le proprie strategie di programmazione.

Come più volte affermato dal giudice amministrativo, le soglie di tolleranza costituiscono i confini estremi della condotta diligente, ovvero di un comportamento

che fisiologicamente non può che determinarsi in ragione del livello medio delle pratiche consolidate nel tempo tra gli operatori professionali del settore. In altre parole, rappresentano il margine di tollerabilità di possibili difetti fisiologici della programmazione. L’Autorità, infatti, ha correttamente preso in considerazione non tutti gli sbilanciamenti, ma soltanto quelli reiterati e rilevanti e cioè caratterizzati da livelli quantitativi e di reiterazione nel tempo che risultassero incompatibili con la diligenza richiesta all’operatore professionale, nell’utilizzo di un pubblico servizio. Inoltre, come rilevato dalla giurisprudenza in materia, la delibera 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.

Da ultimo, occorre ad ogni modo rilevare che, come ribadito dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale, il principio di tipicità degli illeciti amministrativi è compatibile con una certa *“elasticità della puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili”*, purché esse *“siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scala dei doveri della funzione esercitata”* (cfr. Consiglio di Stato 2507/2010 e Corte Costituzionale 356/1995).

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.

24. Ciò premesso, la Società risulta aver riportato sbilanciamenti medi mensili superiori alle *performance* di settore sopra richiamate. Segnatamente, come evidenziato nella comunicazione delle risultanze istruttorie del presente procedimento, le contestazioni riguardano le seguenti tipologie di unità di produzione, zone di mercato e periodi:
- *unità di produzione rilevanti alimentate da fonte idrica ad acqua fluente*: Zona Centro Nord da aprile 2016 a giugno 2016;
 - *unità di produzione non rilevanti alimentate da fonti rinnovabili non programmabili*: Zona Centro Nord da aprile 2016 a giugno 2016 e Zona Centro Sud da aprile 2016 a giugno 2016.

La Società risulta quindi aver violato il richiamato articolo 14, comma 6, della deliberazione 111/06.

QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE:

25. 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.

26. Sotto il profilo della *gravità della violazione* la Società non ha rispettato disposizioni funzionali al mantenimento dell'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. Più specificamente, ai fini della valutazione della gravità della violazione, si tiene conto di quanto evidenziato al punto 24.
27. 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. Si precisa, comunque, che la sanzione viene determinata tenendo conto che la restituzione degli indebiti vantaggi costituisce già oggetto dei provvedimenti prescrittivi (deliberazioni 247/2017/E/eel e 34/2018/E/eel) e che la Società ha versato gli importi oggetto dei richiamati provvedimenti (cfr. nota di Terna del 23 dicembre 2019, acquisita con prot. Autorità 190/2020).
28. Sotto i profili dell'*opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze* e della *personalità dell'agente*, non risultano circostanze rilevanti.
29. Per quanto attiene alle *condizioni economiche* dell'agente, si rileva che il fatturato conseguito dalla Società nell'anno 2016 è pari ad euro 152.057.532,00.
30. Gli elementi sopra evidenziati consentono, pertanto, di determinare la sanzione nella misura di euro 15.000,00 (quindicimila/00)

DELIBERA

1. di accertare la violazione da parte dell'utente del dispacciamento dell'energia elettrica titolare di unità di produzione 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 15.000,00 (quindicimila/00);
3. di ordinare all'utente del dispacciamento di cui all'Allegato A di pagare la sanzione irrogata entro il termine di 30 giorni dalla data di notifica del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio di riscossione, oppure mediante delega ad una banca o alle Poste Italiane S.p.A. presentando il modello "F23" (recante codice ente QAE e codice tributo "787T"), come previsto dal decreto legislativo 237/1997;

4. di avvisare che, decorso il termine di cui al precedente punto 3, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento (codice tributo “788T”); in caso di ulteriore ritardo nell’adempimento, saranno applicate le maggiorazioni di cui all’articolo 27, comma 6, della legge 689/81 (codice tributo “789T”);
5. di ordinare all’utente del dispacciamento di cui all’Allegato A di comunicare all’Autorità l’avvenuto pagamento della sanzione amministrativa irrogata mediante l’invio di copia del documento attestante il versamento effettuato via mail all’indirizzo protocollo@pec.arera.it, entro 5 giorni dalla sua effettuazione;
6. di notificare il presente provvedimento al soggetto di cui all’Allegato A mediante pec all’indirizzo ivi indicato, nonchè di pubblicarlo sul sito internet dell’Autorità www.arera.it ad eccezione dell’Allegato A.

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

11 maggio 2021

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini