

DELIBERAZIONE 25 OTTOBRE 2022

521/2022/S/EEL

CHIUSURA, CON ARCHIVIAZIONE, DI UN PROCEDIMENTO SANZIONATORIO AVVIATO NEI CONFRONTI DI UN UTENTE DEL DISPACCIAMENTO 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 1224^a riunione del 25 ottobre 2022

VISTI:

- l'art. 97 della Costituzione;
- 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;
- 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.;
- 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;
- 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;
- 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 25 maggio 2017, 368/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 368/2017/E/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 25 gennaio 2018, 36/2018/E/eel (di seguito: deliberazione 36/2018/E/eel);
- la determinazione del Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni (di seguito: Direttore DSAI) 15 novembre 2017, DSAI/74/2017/eel (di seguito: determinazione DSAI/74/2017/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, n. 1932 (di seguito: sentenze 2455/2018, 2456/2018 e 2458/2018, 1299/2021, 2589/2021, 363/2022, 1145/2022, 1914/2022, 1926/2022, 1930/2022 e 1932/2022);
- le sentenze del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 19 gennaio 2021, n. 584 e 17 marzo 2021, n. 2307 e del Consiglio di Stato, Sez. II, del 7 marzo 2022, n. 1649; 17 marzo 2022, n. 1723; 12 maggio 2022, n. 3737; 24 maggio 2022, n. 4117; 28 giugno 2022, n. 5365; 4 luglio 2022, n. 5578; 26 luglio 2022, n. 6588 (di seguito: sentenze 584/2021, 2307/2021, 1649/2022, 1723/2022, 3737/2022, 4117/2022, 5365/2022, 5578/2022, 6588/2022).

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: 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 con nota prot. Autorità 27681 del 3 ottobre 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, altresì, di vantaggi economici da parte della medesima Società;
 4. pertanto, con deliberazione 368/2017/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, tali condotte non risultavano aver alterato i prezzi di mercato;
 - ii) ordinato alla Società in questione 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 predetta deliberazione 368/2017/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/74/2017/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/74/2017/eel;
 6. nel corso della fase istruttoria del presente procedimento sanzionatorio, la Società ha presentato una nota (acquisita con prot. Autorità 39941 dell'11 dicembre 2017) recante istanza di partecipazione al procedimento e di accesso agli atti, evasa dal Responsabile del procedimento in data 20 dicembre 2017 (prot. Autorità 41322). Successivamente la Società ha depositato una memoria (acquisita con prot. Autorità 1122 del 15 gennaio 2018);
 7. successivamente, con deliberazione 36/2018/E/eel l'Autorità - in considerazione della rilevanza di alcuni degli elementi fattuali trasmessi dalla Società ai sensi del punto 3 della citata deliberazione 368/2017/E/eel - pur confermando quest'ultimo provvedimento, ha revisionato il contenuto del relativo Allegato B, personalizzando ulteriormente le soglie di tolleranza ivi indicate;
 8. avverso le sopracitate deliberazioni 368/2017/E/eel e 36/2018/E/eel la Società ha proposto ricorso dinanzi al Tar per la Lombardia, Milano, tuttora pendente;

9. con nota del 25 luglio 2022 (prot. Autorità 32483), il Responsabile del procedimento sanzionatorio ha comunicato le risultanze istruttorie alla Società;
10. nel corso della fase decisoria, la Società non ha svolto attività difensiva.

CONSIDERATO CHE:

11. in seguito all'avvio dei procedimenti di cui al precedente punto 2, sono stati adottati numerosi *provvedimenti prescrittivi* - tra i quali quelli di cui alle citate deliberazioni 368/2017/E/eel e 36/2018/E/eel relativi alla Società - recanti l'ordine di restituzione a Terna degli indebiti vantaggi economici conseguiti dagli utenti del dispacciamento interessati per effetto delle predette condotte illecite in quanto violative dell'art. 14, comma 6, della deliberazione 111/06;
12. su detti provvedimenti prescrittivi si è innescato un consistente contenzioso amministrativo - non ancora concluso per il procedimento in questione - in cui, nella quasi totalità dei casi, il Consiglio di Stato, in considerazione dell'esito delle verificazioni dallo stesso disposte, ha ritenuto di annullarli per difetto di istruttoria e motivazione, limitatamente all'effettivo ed eventuale impatto, in riduzione, rispetto all'incremento del corrispettivo *uplift*, degli sbilanciamenti c.d. in controfase, facendo peraltro salvo il riesercizio del potere da parte della medesima Autorità.

CONSIDERATO, ALTRESÌ, CHE:

13. il contenzioso amministrativo ha riguardato anche i provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità nei confronti dei medesimi utenti per la violazione del predetto art. 14, comma 6, della deliberazione 111/06; nell'ambito di detti giudizi gli esercenti hanno, tra le altre, sollevato la questione relativa al mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, sostenendo l'illegittimità del provvedimento tardivo;
14. a tal riguardo, come noto, fino a tutto il 2020 era pacifica la natura ordinatoria del termine (tra le molte, Cons. Stato, Sezione Sesta, nn. 6891/2020, 6888/2020, 6887/2020, 1053/2018, 911/2018, 468/2015, 3401/2015, 1084/2012);
15. nel 2021, il Giudice amministrativo – avuto riguardo a provvedimenti sanzionatori diversi da quelli avviati per strategie di programmazione non diligente nell'ambito del servizio di dispacciamento – ha cominciato a ripensare il proprio tradizionale orientamento sulla natura ordinatoria del termine di conclusione (e sulla non invalidità della sanzione in caso di superamento dello stesso) dei procedimenti sanzionatori dell'Autorità, 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);
16. 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;

17. in particolare, l’Autorità ha insistito sulla circostanza che nessuna disposizione di legge stabilisce la perentorietà del termine, di tal ch  non potrebbe sostenersi che lo spirare del termine regolamentare determini l’illegittimit  del provvedimento tardivamente adottato, tanto pi  che il Regolamento Sanzioni, come modificato nel 2017, ha qualificato espressamente il termine di conclusione del procedimento come “ordinatorio” (ci  proprio in aderenza all’orientamento tradizionale in materia di ordinatoriet  del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio dell’Autorit );
18. a fronte delle difese svolte dall’Autorit  in sede contenziosa, il Consiglio di Stato – e in particolare la Seconda Sezione alla quale nel frattempo   stata assegnata la competenza sui contenziosi relativi ai provvedimenti dell’Autorit  – ha ripetutamente ritenuto, proprio nell’ambito di giudizi promossi avverso provvedimenti sanzionatori in materia di strategie di programmazione non diligenti nell’ambito del servizio di dispacciamento, di confermare il nuovo orientamento sulla natura perentoria del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio dell’Autorit  (di cui si   dato conto al precedente punto 15); a parere del Consiglio di Stato, infatti, sebbene in linea generale solo una espressa disposizione di legge possa riconoscere il carattere della perentoriet  a una scadenza temporale, tuttavia la particolarit  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’effettivit  del diritto di difesa, avente protezione costituzionale; per l’effetto, le sanzioni irrogate per strategie di programmazione non diligenti nell’ambito del servizio di dispacciamento sottoposte al vaglio del Consiglio di Stato sotto il profilo del rispetto del termine di conclusione del procedimento risultano definitivamente annullate (Cons. Stato, Seconda Sezione, nn. 1649/2022, 3737/2022, 4117/2022, 5365/2022, 5578/2022, 6588/2022).

CONSIDERATO, ANCHE, CHE:

19. 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 pu  che qualificarsi come ordinatorio; in particolare, il Giudice di prime cure, da un lato, condivide l’argomento svolto dalla difesa erariale relativamente alla prorogabilit  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   sotteso, il quale potrebbe essere vanificato dalla necessit  di attuare un contraddittorio rafforzato, imposto dalla direttiva 2009/72/CE sulle norme comuni al mercato dell’energia elettrica, attuata dal decreto legislativo n. 93 del 2011, oltre che dall’intrinseca complessit  dell’istruttoria”* (in questo senso, da ultimo Tar

- Lombardia, Sezione Prima, 13 agosto 2022, n. 1930, proprio in materia di sanzioni per strategie di programmazione non diligenti);
20. 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 (la tesi, emersa già nel 2018, con sentenze TAR Lombardia, Sezione Seconda, nn. 2455/2018, 2456/2018 e 2458/2018, è stata successivamente ribadita nel 2021);
 21. in particolare, con specifico riferimento ai procedimenti sanzionatori avviati dall’Autorità per strategie di programmazione non diligente nell’ambito del servizio di dispacciamento, il Tar Lombardia ha ritenuto che il superamento del termine di conclusione del procedimento, a differenza dagli altri casi esaminati in passato, non ha trovato giustificazione nella necessità di approfondire l’attività istruttoria, come risulterebbe dal fatto che nella fase istruttoria non sono state disposte proroghe del relativo termine; per l’effetto, il Tar Lombardia, pur considerando ordinatorio il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, ha comunque ritenuto di annullare le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in materia di strategie di programmazione non diligenti nell’ambito del servizio di dispacciamento e sottoposte al suo vaglio sotto il profilo della violazione del termine di conclusione del procedimento (Tar Lombardia, I, nn.1299/2021 e 2589/2021, 1145/2022 e 1930/2022; con riferimento a violazioni di tipo diverso 363/2022, 1914/2022, 1926/2022 e 1932/2022);
 22. 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. 2307/21, 2308/21 e 2309/21; Cons. Stato, Sezione Seconda, n. 4216/22).

CONSIDERATO, QUINDI, CHE:

23. l’orientamento giurisprudenziale ormai consolidato dà un rilievo pregnante al “fattore tempo” ai fini dell’esercizio del potere;
24. l’Autorità, nel verificare la sussistenza dei presupposti per l’esercizio del potere, debba, alla luce della giurisprudenza sopra richiamata, verificare altresì, caso per caso, la durata del procedimento;
25. 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 riguardanti i procedimenti in materia di dispacciamento: 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;

26. 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:

27. il procedimento avviato con determinazione DSAI/74/2017/eel risulti, in base all’avviso espresso dall’Avvocatura dello Stato, omogeneo a quelli del medesimo filone chiusi con provvedimenti sanzionatori annullati dal Consiglio di Stato per tardività; la durata di detto procedimento, e in particolare 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 – risulta superiore a quella già oggetto dalla recente giurisprudenza del Giudice amministrativo, sia di primo che di secondo grado, e detta durata non è stata condizionata dall’intervento di proroghe;
28. 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;
29. si debba, pertanto, procedere all’archiviazione del procedimento sanzionatorio avviato con determinazione DSAI/74/2017/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’art. 26, comma 2 del codice del processo amministrativo e, comunque, un ulteriore dispendio di attività amministrativa

DELIBERA

1. di archiviare il procedimento sanzionatorio avviato con determinazione DSAI/74/2017/eel;
2. di comunicare 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 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.

25 ottobre 2022

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini