

DELIBERAZIONE 29 NOVEMBRE 2022
632/2022/E/EEL

ADOZIONE DI UN PROVVEDIMENTO PRESCRITTIVO NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ FREE LUCE & GAS S.P.A. (EX SMALL ENERGY S.R.L.) IN OTTEMPERANZA ALLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO IN TEMA DI STRATEGIE DI PROGRAMMAZIONE NON DILIGENTI DI ENERGIA ELETTRICA

L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE

Nella 1229^a riunione del 29 novembre 2022

VISTI:

- 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 (di seguito: dPR 244/01);
- 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;
- il vigente Testo Integrato in ordine alla regolazione delle partite fisiche ed economiche del servizio di dispacciamento – *Settlement*;
- la deliberazione dell'Autorità 9 maggio 2013, 197/2013/E/EEL (di seguito: deliberazione 197/2013/E/EEL);
- 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 16 marzo 2017, 165/2017/E/EEL (di seguito: deliberazione 165/2017/E/EEL);

- la deliberazione dell’Autorità 11 aprile 2018, 259/2018/E/EEL (di seguito: deliberazione 259/2018/E/EEL);
- la deliberazione dell’Autorità 25 maggio 2021, 217/2021/E/EEL (di seguito: deliberazione 217/2021/E/EEL);
- la deliberazione dell’Autorità 6 luglio 2021, 289/2021/E/EEL;
- la deliberazione dell’Autorità 15 febbraio 2022, 55/2022/E/EEL;
- la deliberazione dell’Autorità 7 giugno 2022, 249/2022/E/EEL;
- la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (di seguito: Tar Lombardia) n. 1183/2019 (di seguito: sentenza 1183/2019);
- la sentenza del Consiglio di Stato n. 5835/2020 (di seguito: sentenza 5835/2020);
- la comunicazione dell’Autorità sulle risultanze istruttorie del 29 luglio 2021 (prot. Autorità 30142), (di seguito: comunicazione 29 luglio 2021).

CONSIDERATO CHE:

- con la deliberazione 342/2016/E/EEL, l’Autorità ha avviato nei confronti di una pluralità di utenti del dispacciamento di energia elettrica, tra cui anche la Società Free Luce & Gas S.p.A. (ex Small Energy S.r.l.) (di seguito: la Società), procedimenti, di natura individuale, finalizzati all’eventuale adozione di misure prescrittive ai sensi dell’articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 481/95, per aver posto in essere strategie di programmazione non coerenti con i principi di diligenza, perizia, prudenza e previdenza di cui all’articolo 14.6 della deliberazione 111/06, recepiti nei contratti di dispacciamento conclusi con la società Terna S.p.A. (di seguito: Terna);
- con la deliberazione 165/2017/R/EEL, l’Autorità, in esito a lunga e articolata istruttoria, ha verificato che:
 - (a) la Società aveva posto in essere strategie di programmazione non diligenti che avevano impattato sul *settlement* del servizio di dispacciamento con conseguente incremento del corrispettivo di cui all’articolo 44 della deliberazione 111/06 (c.d. corrispettivo *uplift*) a detrimento della generalità dell’utenza elettrica;
 - (b) tali condotte avevano consentito alla Società di trarre un beneficio economico ritenuto non dovuto, in quanto diretta conseguenza del suo inadempimento al richiamato obbligo di programmare con diligenza, perizia, prudenza e previdenza;
 - (c) la quota degli importi non dovuti continuava a essere indebitamente trattenuta dalla Società, ciò che determinava l’attualità della lesione del diritto dell’utenza;
- pertanto, con la citata deliberazione 165/2017/E/EEL, l’Autorità, ai sensi dell’articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 481/95, ha ordinato alla Società di restituire a Terna – al fine del ristoro della generalità dell’utenza elettrica – gli importi corrispondenti al beneficio indebito conseguito per effetto delle strategie di programmazione non diligenti messe in atto; a tal fine, sono stati identificati i

mesi e le zone rispetto alle quali la Società aveva adottato strategie di programmazione non diligenti e sono stati definiti appositi criteri per la quantificazione degli importi indebitamente conseguiti, rimettendo a Terna le conseguenti attività esecutive di regolazione delle partite economiche sottese;

- infine, sempre con la richiamata deliberazione 165/2017/E/EEL, l’Autorità ha altresì riconosciuto alla Società la facoltà di trasmettere ulteriori elementi utili a rivedere le valutazioni di diligenza e i criteri di quantificazione degli indebiti importi, facoltà di cui la Società si è avvalsa; in esito all’esame della documentazione trasmessa, con la deliberazione 259/2018/E/EEL, l’Autorità ha confermato il provvedimento prescrittivo di cui alla deliberazione 165/2017/E/EEL;
- la Società – unitamente a molti altri utenti destinatari di analoghi provvedimenti prescrittivi adottati in esito ai procedimenti avviati con la citata deliberazione 342/2016/E/EEL – ha proposto ricorso avverso il provvedimento prescrittivo innanzi al TAR Lombardia che, con la sentenza 1183/2019, lo ha rigettato; avverso tale sentenza la Società ha interposto appello al Consiglio di Stato che, con la sentenza 5835/2020, in coerenza con l’orientamento che si è affermato e consolidato nelle pronunce del Consiglio di Stato sugli altri analoghi provvedimenti, ha, invece, parzialmente accolto l’appello, limitatamente ai motivi relativi al difetto di istruttoria, nei termini di seguito meglio specificati;
- in estrema sintesi, il Consiglio di Stato, pur ribadendo il potere regolatorio di eterointegrazione contrattuale nelle relazioni di utenza del servizio di dispacciamento di energia, e pur sancendo il fondamento del potere prescrittivo, di cui all’articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 481/95, così come esercitato dall’Autorità con riferimento alle strategie di programmazione non diligenti (espressamente dichiarandone la natura illecita), tuttavia, ha ritenuto che, nella quantificazione dell’importo da restituire, oggetto della predetta misura prescrittiva, sia mancato l’accertamento del risparmio di spesa, per il sistema, derivante dagli eventuali effetti positivi degli sbilanciamenti in controfase, rispetto allo sbilanciamento del sistema stesso;
- in altre parole, i provvedimenti prescrittivi adottati dall’Autorità in esito ai procedimenti avviati con deliberazione 342/2016/E/EEL, tra i quali anche quello adottato nei confronti della Società, sono stati annullati dal giudice amministrativo per difetto di istruttoria circa l’effettiva lesione del diritto dell’utenza finale, ritenendo carente il metodo di quantificazione, laddove sia mancato l’accertamento del risparmio di spesa (ossia una lesione di grado minore del diritto dell’utente) derivante dagli eventuali effetti positivi per l’intero sistema degli sbilanciamenti in controfase;
- per tali ragioni, come ampiamente chiarito nella motivazione della deliberazione 217/2021/E/EEL, che deve intendersi qui integralmente richiamata anche a precisazione e completamento del contesto normativo e giurisprudenziale sopra tratteggiato, entro cui si inquadra il presente provvedimento, al fine di ottemperare anche alla sentenza 5835/2020, l’Autorità ha avviato, nei confronti della Società, un procedimento volto a:

- (i) verificare, mediante un apposito supplemento di istruttoria (rispetto a quella già compiuta e cristallizzata nella deliberazione 165/2017/E/EEL, come confermata dalla deliberazione 259/2018/E/EEL), l'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;
- (ii) per effetto dei possibili esiti di tale supplemento di istruttoria, confermare o modificare il provvedimento prescrittivo già adottato nei confronti della Società, ovvero non adottare alcun provvedimento prescrittivo;
- inoltre, con la suddetta deliberazione 217/2021/E/EEL, l'Autorità ha anche chiarito che, in ogni caso, dall'esito del supplemento istruttorio – essendo esso compiuto in ottemperanza a sentenza favorevole per la Società – non può derivare una rideterminazione del *quantum* della misura prescrittiva per un importo superiore a quello oggetto della precedente decisione.

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- con la comunicazione 29 luglio 2021, il responsabile del procedimento ha comunicato alla Società le risultanze dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del DPR 244/01, con le quali ha rivisto, innovandole, le modalità di valorizzazione degli sbilanciamenti effettivi di cui al punto 3) dell'Allegato B alla deliberazione 165/2017/E/EEL, come confermato con la deliberazione 259/2018/E/EEL (tutti gli altri criteri metodologici, ivi incluse le valutazioni sulla diligenza delle strategie di programmazione, e i relativi accertamenti compiuti, infatti, non essendo stati travolti dalla sentenza 5835/2020, restano invariati rispetto a quelli già assunti dall'Autorità e riportati nelle restanti parti del citato Allegato B);
- infatti, la metodologia utilizzata per quantificare l'originario importo, di cui alla Società era stata ordinata la restituzione, valorizzava al prezzo zonale gli sbilanciamenti oltre la soglia di diligenza, prescindendo dalla "direzione" dei medesimi (ossia a prescindere dal fatto se essi fossero in fase o in controfase); ciò in quanto, come più volte argomentato dall'Autorità, il calcolo del segno dello sbilanciamento aggregato zonale, in vigore nel 2016, non era sempre coerente con lo stato effettivo del sistema (eccedentario/deficitario);
- con la predetta metodologia, pertanto, rispetto agli sbilanciamenti risultati non diligenti, non si teneva conto né del potenziale maggiore "pregiudizio" arrecato al sistema (dagli sbilanciamenti in fase), né del potenziale "aiuto" fornito al sistema (dagli sbilanciamenti in controfase): la valorizzazione degli sbilanciamenti non diligenti, in altre parole, era definita esattamente pari a quanto l'utente del dispacciamento avrebbe potuto conseguire negoziando i volumi relativi nel mercato del giorno prima; ciò in coerenza con l'obbligo di programmazione diligente, espressamente previsto nella deliberazione 525/2014/R/EEL;
- pertanto, al fine di dare attuazione alla richiesta del giudice amministrativo, di considerare gli effetti positivi per l'intero sistema degli sbilanciamenti in

controfase, è risultato necessario orientare le attività istruttorie al fine di dare rilevanza agli eventuali risparmi di spesa (se esistenti) derivanti dagli sbilanciamenti *realmente* in controfase imputabili alla Società: infatti, gli eventuali risparmi di spesa per i consumatori finali possono derivare soltanto da sbilanciamenti in controfase rispetto alla posizione effettiva del sistema, ossia realmente eccedentaria/deficitaria dello stesso;

- conseguentemente, con la comunicazione 29 luglio 2021, il responsabile del procedimento ha distinto tra “segno convenzionale” e “segno reale” dello sbilanciamento aggregato zonale: il primo corrisponde a quello in vigore nel 2016 (non sempre coerente con l’effettivo stato del sistema), mentre il secondo è il segno risultante dalla somma algebrica degli sbilanciamenti individuali di tutti gli utenti del dispacciamento sulla base dei dati di misura (quindi, per definizione, coerente con l’effettivo stato del sistema); tale dato è stato pubblicato da Terna sul proprio sito, come previsto dal punto 3 della deliberazione 217/2021/E/EEL, in quanto informazione aggiuntiva ritenuta necessaria dal responsabile del procedimento per le verifiche in merito alla revisione dei provvedimenti prescrittivi;
- con la nuova metodologia, tutti gli sbilanciamenti sono, quindi, riferiti al “segno reale” del sistema, mentre il “segno convenzionale” non ha più alcuna valenza per l’individuazione degli sbilanciamenti effettivi in fase o in controfase.

CONSIDERATO, AL RIGUARDO, CHE:

- la nuova metodologia di calcolo, prospettata nella comunicazione 29 luglio 2021, risulta coerente con le esigenze di completamento dell’istruttoria evidenziate anche dalla sentenza 5835/2020, alla quale si ottempera con il presente provvedimento; infatti, la richiesta del giudice di valutare gli eventuali effetti indiretti positivi per il sistema associati a sbilanciamenti effettivi in (reale) controfase rispetto allo stato (reale) del sistema, deve essere inquadrata nell’ottica del dispacciamento centralizzato svolto da Terna, basato sul principio di ottimizzazione delle diverse risorse da approvvigionare ai fini del bilanciamento e dell’esercizio in sicurezza del sistema elettrico nel rispetto di tutti i suoi vincoli; in base a tale principio, in particolare, pur in presenza di sbilanciamenti effettivi in controfase rispetto allo stato effettivo del sistema, Terna potrebbe comunque ritrovarsi ad attivare ulteriori risorse di dispacciamento, qualora richieste per l’approvvigionamento di altri servizi ancillari diversi dal bilanciamento del sistema; ne consegue che dalla presenza di sbilanciamenti effettivi in (reale) controfase rispetto allo stato effettivo (reale) del sistema, non necessariamente deriva un risparmio per il sistema: in particolare, un tale risparmio è variabile fra un valore pari a zero (in caso di nessuna mancata attivazione di risorse di dispacciamento) e uno pari al controvalore economico degli sbilanciamenti effettivi in controfase (in caso di mancata attivazione di risorse di dispacciamento per un volume equivalente agli sbilanciamenti in controfase);

- l'individuazione puntuale del suddetto risparmio richiederebbe di ricostruire la sequenza degli esiti dei mercati (da quello del giorno prima a quello del bilanciamento) nelle condizioni storiche precise (come minimo a livello quartodorario) in cui si è trovato il sistema elettrico nel periodo interessato dalla deliberazione 342/2016/E/EEL; tuttavia, in luogo di procedere a una tale analisi puntuale, il responsabile del procedimento ha ritenuto di adottare una soluzione che tutelasse maggiormente la posizione della Società, attribuendo alla medesima il massimo beneficio teoricamente ottenibile dal sistema per effetto degli sbilanciamenti in controfase rispetto alla posizione reale del sistema, senza pertanto verificare, in caso di sbilanciamenti effettivi in reale controfase, l'effettivo risparmio conseguito dal sistema, tenendo conto delle risorse di dispacciamento realmente attivate da Terna (risultando peraltro tale soluzione di più agevole e meno onerosa implementazione);
- in particolare, la comunicazione 29 luglio 2021 ha (i) confermato, ai fini della quantificazione della prescrizione, la valorizzazione a prezzo zonale degli sbilanciamenti effettivi oltre la soglia di diligenza in fase rispetto al “segno reale”; mentre, (ii) per gli sbilanciamenti effettivi oltre la soglia di diligenza in controfase ha prospettato la valorizzazione in base al prezzo di sbilanciamento effettivo determinato secondo le regole in vigore nel 2016, ma assumendo come riferimento il “segno reale” del sistema e non il “segno convenzionale”;
- quanto rappresentato ai precedenti punti consente di riconoscere alla Società il massimo vantaggio teoricamente maturabile dagli sbilanciamenti effettivi oltre la soglia di diligenza in controfase rispetto al “segno reale”; ciò indipendentemente dal fatto che tale vantaggio sia stato effettivamente o meno conseguito dal sistema stesso (ossia che agli sbilanciamenti effettivi in controfase rispetto allo stato effettivo del sistema corrisponda una effettiva mancata attivazione di risorse di dispacciamento); inoltre, come già previsto nel provvedimento prescrittivo originario, gli sbilanciamenti effettivi oltre la soglia di diligenza, in fase rispetto al “segno reale”, sono valorizzati come se fossero stati negoziati nel mercato del giorno prima: in tal modo si è inteso sterilizzare ogni effetto (negativo per la Società) associato al segnale di prezzo proveniente dall'applicazione del prezzo di sbilanciamento effettivo; in conseguenza di quanto sopra, la comunicazione 29 luglio 2021 ha prospettato l'adozione di un provvedimento di conferma della misura prescrittiva adottata con la deliberazione 165/2017/E/EEL, come confermata con la deliberazione 259/2018/E/EEL, con revisione delle relative modalità di quantificazione degli importi indebitamente maturati e oggetto di restituzione.

CONSIDERATO, INFINE, CHE:

- la Società non ha prodotto memorie in replica alla comunicazione 29 luglio 2021, né ha fornito ulteriore documentazione, né altri elementi.

RITENUTO CHE:

- sia opportuno, in ottemperanza alla richiamata sentenza del Consiglio di Stato, confermare il provvedimento prescrittivo adottato nei confronti della Società con la deliberazione 165/2017/E/EEL, rivedendo le modalità di valorizzazione degli sbilanciamenti di cui al punto 3) del relativo Allegato B, confermato con la deliberazione 259/2018/E/EEL, al fine di tener conto del possibile risparmio di spesa derivante dagli eventuali effetti positivi per l'intero sistema degli sbilanciamenti in controfase;
- sia a tal fine opportuno utilizzare la metodologia e i criteri illustrati nella comunicazione 29 luglio 2021, introducendo, a parziale integrazione di quanto ivi previsto, e in continuità con quanto effettuato nella prescrizione originaria, una ulteriore quantificazione della prescrizione con applicazione della nuova modalità di valorizzazione degli sbilanciamenti effettivi in controfase rispetto al “segno reale” del sistema a tutti gli sbilanciamenti effettivi, e non solo a quelli oltre la soglia di diligenza, precisando che sarà scelto (a evidente beneficio della Società) il minor valore per ogni zona/mese/[tecnologia] sia rispetto alle due suddette valorizzazioni sia rispetto a quella della prescrizione originaria;
- sia necessario prevedere che, qualora dal ricalcolo effettuato da Terna dovesse derivare un importo pari a zero, nessuna prescrizione dovrà ritenersi adottata dall'Autorità nei confronti della Società, con la conseguente archiviazione del procedimento avviato nei confronti della medesima con la deliberazione 217/2021/E/EEL;
- sia necessario individuare le tempistiche con cui Terna procede alla regolazione delle partite economiche sottese al presente provvedimento

DELIBERA

1. di confermare, in ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato sopra richiamata, le prescrizioni adottate nei confronti della Società con la deliberazione 165/2017/E/EEL, rivedendo le modalità di valorizzazione degli sbilanciamenti di cui al punto 3) del relativo Allegato B, confermato dalla deliberazione 259/2018/E/EEL, limitatamente agli sbilanciamenti in controfase, come specificato in premessa;
2. di precisare che, qualora dal ricalcolo effettuato da Terna dovesse derivare un importo pari a zero, la conferma di cui al punto 1 dovrà ritenersi non adottata con la conseguente archiviazione del procedimento avviato nei confronti della Società con la deliberazione 217/2021/E/EEL;
3. di prevedere che Terna proceda alla determinazione delle partite economiche conseguenti ai criteri di calcolo definiti ai sensi del punto 1 entro l'ultimo giorno del mese di dicembre 2022 (con eventuale liquidazione delle partite economiche con valuta il sedicesimo giorno lavorativo del mese di gennaio 2023);

4. di notificare il presente provvedimento alla Società e a Terna S.p.A.;
5. di pubblicare il presente provvedimento sul sito internet dell'Autorità www.arera.it.

29 novembre 2022

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini