

DELIBERAZIONE 2 APRILE 2015
143/2015/S/EFR

IRROGAZIONE DI UNA SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER VIOLAZIONE IN
MATERIA DI OBBLIGO DI ACQUISTO DI CERTIFICATI VERDI PER L'ANNO DI
PRODUZIONE 2009

**L'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA IL GAS
E IL SISTEMA IDRICO**

Nella riunione del 2 aprile 2015

VISTI

- la legge 24 novembre 1981, n. 689 (di seguito: legge 689/81);
- l'articolo 2, comma 20, lettera c) della legge 14 novembre 1995, n. 481, e s.m.i., (di seguito: legge 481/95);
- l'articolo 11 *bis*, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, introdotto dalla legge 14 maggio 2005, n. 80;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244 (di seguito: d.P.R. 244/01);
- l'art. 45, del decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 (di seguito: decreto legislativo 93/11);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (di seguito: decreto legislativo 79/99);
- la direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2001;
- il decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 (di seguito: decreto legislativo 387/03);
- la direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009;
- il decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 recante "Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE";
- il decreto del Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, 18 dicembre 2008 (di seguito: decreto ministeriale 18 dicembre 2008);
- la deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (di seguito: Autorità) 18 maggio 2012, 189/2012/S/efr (di seguito: deliberazione 189/2012/S/efr).

FATTO

1. Con nota 29 novembre 2011 (prot. Autorità 31150), il Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.A., ai sensi dell'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo 387/03, ha segnalato all'Autorità il mancato adempimento da parte di Enel Produzione S.p.A. dell'obbligo di acquisto di 80.688 certificati verdi (di seguito anche CV) insorto nell'anno 2010 e relativo all'energia prodotta nel corso dell'anno 2009.
2. Con deliberazione 189/2012/S/efr, l'Autorità ha avviato, nei confronti di Enel Produzione S.p.A., un procedimento per l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria per il mancato adempimento dell'obbligo di acquisto dei certificati verdi di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 79/99.
3. Con nota 11 giugno 2012 (prot. Autorità 17479), la società ha chiesto di essere sentita in audizione finale e di poter accedere agli atti del procedimento, accesso consentito con nota 12 luglio 2012 (prot. Autorità 21425). Con nota 19 novembre 2012 (prot. Autorità 37100) la società ha depositato una memoria difensiva.
4. Con nota 9 maggio 2014 (prot. Autorità 12954), il responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie a Enel Produzione S.p.A..
5. Con nota 26 giugno 2014 (prot. Autorità 17824), la società ha inviato un'ulteriore memoria difensiva.
6. Con nota 11 agosto 2014 (prot. Autorità 22703), Enel Produzione S.p.A. ha informato l'Autorità – con riferimento all'obbligo di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 79/99 – di aver, tra l'altro, disposto l'annullamento di 80.688 CV per l'anno di produzione 2009. Tale adempimento è stato verificato dal GSE il quale, con nota 8 ottobre 2014 (prot. Autorità 27517), ha comunicato che Enel Produzione ha provveduto all'acquisto dei CV relativo alla produzione da fonte non rinnovabile per l'anno 2009 in data 30 settembre 2014.
7. In data 22 dicembre 2014, Enel Produzione S.p.A. ha inviato una memoria difensiva (acquisita con prot. Autorità 37334) e nella medesima data si è celebrata l'audizione finale innanzi al Collegio.
8. Infine, in data 15 gennaio 2015 (prot. Autorità 1394) la società ha inviato una nota con allegata documentazione.

VALUTAZIONE GIURIDICA

A. *Il contesto normativo*

9. L'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 79/99, a decorrere dall'anno 2001, impone agli importatori e ai soggetti responsabili degli impianti che, in ciascun anno, importano o producono energia elettrica da fonti non rinnovabili, di immettere nel sistema nazionale, nell'anno successivo, una quota prodotta

da impianti da fonti rinnovabili. Il medesimo articolo, al comma 3, prevede che gli stessi soggetti possano adempiere al suddetto obbligo anche acquistando, in tutto o in parte, l'equivalente quota o i relativi diritti da altri produttori, purché immettano l'energia da fonti rinnovabili nel sistema elettrico nazionale o dal gestore della rete di trasmissione nazionale (c.d. certificati verdi, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera o), del decreto legislativo 387/03).

10. Per effetto dell'articolo 4, comma 2, del medesimo decreto legislativo, il GSE – una volta verificato l'adempimento, relativo all'anno precedente, dell'obbligo dell'articolo 11 suddetto – deve comunicare all'Autorità i nominativi dei soggetti inadempienti. A tali soggetti l'Autorità applica sanzioni, ai sensi della legge 481/95.

B. Le argomentazioni di Enel Produzione S.p.A.

11. La società ritiene che la nota del 29 novembre 2011, con la quale il GSE ha comunicato all'Autorità il suo nominativo tra i soggetti inadempienti all'obbligo in materia di certificati verdi, con riferimento all'anno di produzione 2009, sia del tutto priva di fondamento. Secondo Enel Produzione S.p.A., infatti, il GSE avrebbe dovuto conformarsi al criterio stabilito dalla sentenza del Tar Lombardia n. 1437/06, passata in giudicato, procedendo alla determinazione del numero di CV sulla base dell'autocertificazione prodotta dalla stessa società. In particolare, Enel Produzione in occasione dell'autocertificazione relativa all'anno di produzione 2009, trasmessa al GSE in data 30 marzo 2010, avrebbe dato applicazione alla citata sentenza decurtando dalla produzione oggetto dell'obbligo di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 79/99 (produzione di energia non rinnovabile) la quantità di energia corrispondente alla differenza tra l'energia destinata ad alimentare gli impianti di pompaggio e l'energia prodotta da tali impianti. Infine, ha precisato la società, il principio sancito dalla citata sentenza del Tar Lombardia sarebbe stato confermato in sede di ottemperanza dal Tar Lombardia e dal Consiglio di Stato rispettivamente con le sentenze n. 565/12 e n. 312/13.
12. Sulla base di tali argomentazioni, pertanto, la società ritiene che l'Autorità avrebbe dovuto, nell'ambito dell'attività istruttoria (successiva alla comunicazione del GSE), rilevare l'insussistenza dell'illecito da un punto di vista oggettivo posto che la condotta della stessa risulterebbe “*conforme al dettato normativo e alla relativa pronuncia giurisprudenziale passata in giudicato*”. Tale giudicato, infatti, avrebbe ad oggetto un criterio interpretativo di quantificazione dei CV di carattere generale destinato a trovare applicazione al di là del periodo di vigenza di cui alla deliberazione 101/05; pertanto, qualora non applicato anche ai periodi successivi al 2002, comporterebbe un'applicazione difforme delle modalità di adempimento dell'obbligo di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 79/99, nonostante il quadro normativo e regolatorio di riferimento fosse rimasto immutato.

13. Enel Produzione sostiene che *“l’eventuale provvedimento con cui l’Autorità dovesse ritenere configurabile la violazione in questione arrivando ad irrogare una sanzione amministrativa non potrebbe, infatti, che risultare nullo (ai sensi dell’articolo 21 septies della l. 241/90) per violazione del giudicato o quantomeno illegittimo per contraddittorietà con la linea sostenuta in precedenti atti della stessa Autorità (delibera n. 101/05) e pertanto impugnabile presso le competenti sedi giurisdizionali”*.
14. In via subordinata, la società sostiene che, anche dal punto di vista soggettivo, la stessa non potrebbe essere considerata responsabile, in base all’esimente di cui all’articolo 3, comma 2, della legge 689/81, in quanto la violazione contestata sarebbe stata commessa per errore sul fatto non determinato da sua colpa. Nel caso di specie, secondo la società, la condotta contestata sarebbe stata determinata dalla convinzione di non potersi sottrarre al rispetto della citata sentenza del Tar Lombardia n. 1437/06, ed in particolare del criterio interpretativo in essa contenuto (confermato, tra l’altro, dalle successive sentenze in sede di ottemperanza). Inoltre, tale convinzione sarebbe stata determinata dalla restituzione del GSE delle somme indebitamente percepite con riferimento agli anni di produzione 2001-2002.
15. Infine, la società, con le note del 22 dicembre 2014 e del 15 gennaio 2015, ha documentato come l’annullamento tardivo dei CV in relazione alle quote oggetto di contestazione avrebbe comportato un maggior esborso rispetto a quanto la stessa avrebbe dovuto sostenere ove avesse adempiuto in maniera tempestiva, per effetto della variazione (in aumento) del prezzo dei CV. In particolare tale maggior costo è stato quantificato in circa euro 182.000 per l’anno di produzione 2009. La società sostiene che non solo tale condotta avrebbe eliminato del tutto l’offensività del comportamento contestato ma che avrebbe prodotto, altresì, un vantaggio per la collettività in termini di riduzione della componente A3 della bolletta elettrica. Il maggior costo sostenuto dalla società, infatti, avrebbe ridotto l’onere gravante sui clienti finali derivante dalla componente tariffaria A3 (presente nella bolletta elettrica), il cui gettito, in parte, alimenta anche il “Conto per nuovi impianti da fonti rinnovabili e assimilate”, con il quale vengono rimborsati al GSE i costi sostenuti per il ritiro annuale dei CV eccedenti quelli necessari per il rispetto della quota d’obbligo (artt. 38, comma 2, lettera b) e 49, comma 2, lettera j) dell’allegato A alla deliberazione ARG/elt 199/11 - Testo Integrato Trasporto – TIT).

C. Valutazione delle argomentazioni di Enel Produzione S.p.A.

16. Il mancato tempestivo adempimento, da parte di Enel Produzione – così come comunicato dal GSE con la citata nota del 29 novembre 2011 – dell’obbligo di acquisto di 80.688 CV, insorto nell’anno 2010 e relativo all’energia prodotta nel corso dell’anno 2009, costituisce un illecito sanzionabile dall’Autorità ai sensi dell’art. 4, del decreto legislativo 387/03.

17. Priva di pregio risulta l'argomentazione difensiva, sostenuta dalla società, secondo la quale la legittimità della propria condotta deriverebbe dalla portata interpretativa della citata sentenza del Tar Lombardia nonché delle successive sentenze emesse dai giudici amministrativi in sede di ottemperanza. Il giudicato, di cui alla sentenza del Tar Lombardia n. 1437/06, così come ribadito nelle successive sentenze di ottemperanza (TAR Lombardia n. 565/12 e Consiglio di Stato n. 312/13), si è formato, infatti, su un giudizio impugnatorio che verteva solo sulla deliberazione dell'Autorità 101/05, deliberazione che a sua volta riguardava solo il riconoscimento degli oneri sostenuti dai produttori di energia elettrica che hanno adempiuto all'obbligo di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 79/99, limitatamente all'energia elettrica prodotta da fonti non rinnovabili e destinata ai clienti del mercato vincolato nell'anno 2002 che ha generato un obbligo nel 2003.
18. La deliberazione dell'Autorità 101/05, però, si riferisce ad un periodo in cui gli oneri di cui all'art. 11 del decreto legislativo 79/99 (per l'acquisto di certificati verdi) venivano in parte rimborsati ai soggetti che li avevano sostenuti. *“A partire dal 1 aprile 2004, mutato il quadro regolatorio, tale rimborso non è più stato previsto. Continua invero ad applicarsi l'art. 11, d.lgs. 79/99 nel senso che perdura l'onere di produrre un certo quantitativo di energia da fonti rinnovabili o, in alternativa, di acquisto di certificati verdi a compensazione dell'energia da fonti rinnovabili non prodotta, ma non vi è più un sistema di rimborso dei relativi oneri”* (CdS n. 312/13). Sicchè, continua il giudice, *“per gli anni successivi al 2002 da un lato la delibera n. 101 del 2005 non è più applicabile, dall'altro lato il criterio di quantificazione dei certificati verdi dovuti da ENEL non si fonda sulla delibera dell'AEEG n. 101/2005, che ha esaurito i suoi effetti in relazione all'anno 2002, perché essa prevede un sistema di rimborsi non più applicabile nel diverso quadro regolatorio”* (CdS n. 312/13).
19. Con riferimento all'obbligo di cui all'articolo 11., del decreto legislativo 79/99, il Consiglio di Stato, in sede di ottemperanza, con la sentenza n. 312/13, ha pertanto precisato che *“non si può sostenere che si è in presenza di un unico rapporto obbligatorio durevole nel tempo, perché il rapporto dedotto nel giudizio sfociato nel giudicato si riferiva solo agli obblighi-diritti per gli anni 2001 e 2002, e per gli anni successivi vengono in considerazione distinti rapporti di diritto-obbligo. Pertanto, come correttamente affermato dal Tar (Tar Lombardia n. 565/2012), l'ENEL può attivare autonomi giudizi di cognizione contro gli atti di determinazione dei certificati verdi dovuti per gli anni dal 2003 al 2008 e in quella sede, se del caso, invocare la c.d. vis expansiva del giudicato”*.
20. Ciò posto, gli esiti del contenzioso riportato a sostegno della propria tesi da parte della società, si riferiscono, in realtà, ai soli anni di produzione dal 2001 al 2002 e l'eventuale estensione, peraltro ottenibile solo tramite autonomi giudizi di cognizione, riguarderebbe gli anni dal 2003 al 2008. Pertanto, la

- citata nota del GSE del 29 novembre 2011 (relativa all'anno di produzione 2009) non può, quindi, essere qualificata come nulla, perché riguarda un periodo successivo al giudicato, e da esso non regolato.
21. Risulta, altresì, preclusa da parte dell'Autorità, una estensione del giudicato della sentenza del Tar Lombardia n. 1437/06, al presente procedimento sanzionatorio, in quanto, per ottenere tale effetto era necessario – come ribadito dal Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 312/13 – attivare un autonomo giudizio di cognizione e quindi rivolgersi al giudice amministrativo. Al riguardo, occorre rilevare che, nonostante la società abbia attivato tale autonomo giudizio innanzi al Tar Lazio (con ricorso n. 5163/13), quest'ultimo (Sezione Terza Ter), con sentenza 24 febbraio 2015, n. 3252, ha dichiarato il ricorso inammissibile, precludendo così, di fatto, qualsiasi possibile effetto estensivo del giudicato della sentenza del 2006 ai rapporti obbligatori successivi al 2002 e segnatamente a quelli riferiti al periodo 2003-2008 (periodo peraltro precedente il 2009, anno di produzione oggetto del presente procedimento).
22. Per le medesime ragioni non merita, altresì, accoglimento l'argomentazione della società circa la sussistenza, per tale violazione, di un errore scusabile idoneo ad eliminare ogni profilo di colpevolezza. Al riguardo, poiché l'art. 3 della legge 689/81 prevede che per integrare l'elemento soggettivo delle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa è sufficiente la semplice colpa, l'errore scusabile può rilevare come causa di esclusione della responsabilità amministrativa solo quando esso risulti inevitabile, e a tal fine occorre un elemento positivo idoneo ad indurre un errore siffatto, non ovviabile con l'ordinaria diligenza. Ciò posto, è da escludere la scusabilità dell'errore nel quale sarebbe incorsa la società per aver ritenuto di dover applicare la sentenza del Tar Lombardia n. 1437/06 anche con riferimento all'anno d'obbligo oggetto del presente procedimento sanzionatorio. Come infatti precisato in precedenza, tale giudicato si riferisce ad un contesto regolatorio e soprattutto ad anni di produzione (2001-2002) diversi da quelli oggetto del presente procedimento sanzionatorio (2009); inoltre, proprio le successive sentenze di ottemperanza (Tar Lombardia n. 565/12 e Consiglio di Stato n. 312/13) hanno chiarito la portata interpretativa della citata sentenza stabilendo che il criterio in essa descritto, non involgente un unico rapporto obbligatorio durevole nel tempo, non può essere automaticamente applicato con riferimento agli anni d'obbligo successivi al 2002, in questo modo escludendo qualsiasi dubbio in ordine alla condotta che Enel Produzione avrebbe dovuto tenere con riferimento, tra gli altri, all'obbligo di acquisto dei CV relativo all'energia prodotta nel 2009.
23. Infine, Enel Produzione S.p.A. non può essere stata indotta in errore dalla restituzione da parte del GSE delle somme percepite per l'acquisto dei CV relativi all'energia destinata ad alimentare gli impianti di pompaggio per il citato biennio 2001-2002. Ciò perché tale restituzione è stata posta in essere,

oltre che in esecuzione della sentenza d'ottemperanza del Tar Lombardia n. 565/12, poi confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 312/13, per anni di produzione, non solo molto più risalenti di quello oggetto del presente procedimento (2009), ma in cui vigeva “*un sistema di rimborsi non più applicabile nel diverso quadro regolatorio*” (CdS n. 312/13).

24. Peraltro, come esposto nella parte in fatto, Enel Produzione ha provveduto al completamento dell'adempimento dell'obbligo di acquisto di 80.688 CV relativo alle produzioni da fonti non rinnovabili per l'anno 2009 in data 30 settembre 2014. Tale acquisto, seppur tardivo, rileva in merito all'offensività del fatto nei confronti del bene tutelato e pertanto verrà valutato ai fini della quantificazione della sanzione.
25. Per le suesposte ragioni permane l'esigenza di adottare il provvedimento sanzionatorio.

QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

26. L'articolo 11, della legge 689/81 prevede che la quantificazione della sanzione sia compiuta in applicazione dei seguenti criteri:
 - gravità della violazione;
 - opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione;
 - personalità dell'agente;
 - condizioni economiche dell'agente.
27. Sotto il profilo della *gravità della violazione*, Enel Produzione S.p.A. ha violato l'articolo 11, del decreto legislativo 79/99, non avendo proceduto al tempestivo acquisto di 80.688 CV relativi all'obbligo dell'anno 2010 per l'energia prodotta nell'anno 2009. Tuttavia, il successivo acquisto dei CV per l'intera elettricità prodotta nell'anno 2009 è idoneo a ripristinare considerevolmente la normativa violata, posta a tutela di un interesse pubblico rilevante come la protezione dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile, attraverso la promozione dello sfruttamento dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili; tale condotta, pertanto, concorre a limitare notevolmente l'offensività dell'inadempimento contestato, pur non escludendola del tutto, essendo l'adempimento tempestivo imposto dall'articolo 13 del citato decreto ministeriale 18 dicembre 2008. Per tale motivo occorre ridurre l'effetto affittivo e deterrente della sanzione che risulterebbe sproporzionata ove fosse quantificata in relazione al numero dei CV valorizzati sulla base del prezzo relativo a quelli emessi dal GSE per l'anno d'obbligo di riferimento.
28. Infine, si dà atto – tenuti in considerazione i vantaggi prodotti alla collettività (in termini di riduzione dell'onere gravante sui clienti finali per il pagamento della componente tariffaria A3 presente nelle bollette elettriche) – del maggior costo (documentato) che Enel Produzione S.p.A. ha dovuto affrontare per aver acquistato il 30 settembre 2014 dal GSE gli 80.688 CV dovuti.

29. Sotto il profilo *dell'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione*, non risulta altra circostanza rilevante.
30. Quanto al criterio della *personalità dell'agente*, la società non si è resa responsabile di altre violazioni di competenza dell'Autorità.
31. Per quanto attiene alle *condizioni economiche dell'agente*, si rileva che la società ha per l'anno 2011 ricavi pari a circa euro 7.285.000.000.
32. Gli elementi sopra evidenziati consentono pertanto di determinare la sanzione nella misura di euro 293.000 (duecentonovantatremila)

DELIBERA

1. di accertare la violazione da parte della società Enel Produzione S.p.A., dell'articolo 11, del decreto legislativo 79/99, nei termini descritti in motivazione;
2. di irrogare, nei confronti di Enel Produzione S.p.A., una sanzione amministrativa pecuniaria, ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettera c) della legge n. 481/95 e dell'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo 387/03, pari a euro 293.000 (duecentonovantatremila);
3. di ordinare, a Enel Produzione S.p.A., di pagare la sanzione, di cui al precedente punto 2, entro il termine di 30 (trenta) 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 237/97;
4. di avvisare che, decorso il termine, di cui al precedente punto 3, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, dovranno 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, a Enel Produzione S.p.A., di comunicare l'avvenuto pagamento della sanzione amministrativa di cui sopra all'Autorità, mediante l'invio di copia del documento attestante il versamento effettuato;
6. di notificare il presente provvedimento, mediante plico raccomandato con avviso di ricevimento, a Enel Produzione S.p.A., Viale Regina Margherita 125, 00198 Roma, enelproduzione@pec.enel.it, al GSE S.p.A., Viale Maresciallo Pilsudski, 92 00197 Roma nonché al Ministero dello Sviluppo Economico, via Molise, 2 00187 Roma, gabinetto@pec.sviluppoeconomico.gov.it e al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, via Cristoforo Colombo, 44, 00147 Roma, MATTM@pec.miniambiente.it e di pubblicarlo sul sito internet dell'Autorità www.autorita.energia.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.

2 aprile 2015

IL PRESIDENTE
Guido Bortoni