

DELIBERAZIONE 28 NOVEMBRE 2023

557/2023/E/EEL

ADOZIONE DI UN PROVVEDIMENTO PRESCRITTIVO NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ DXT COMMODITIES S.A. (EX DUFENERGY TRADING S.A.) IN OTTEMPERANZA ALLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO IN TEMA DI STRATEGIE DI PROGRAMMAZIONE NON DILIGENTI DI ENERGIA ELETTRICA (PROCEDIMENTO AVVIATO CON DELIBERAZIONE DELL'AUTORITÀ 389/2022/E/EEL)

L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE

Nella 1274^a riunione del 28 novembre 2023

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 27 luglio 2017, 556/2017/E/EEL (di seguito: deliberazione 556/2017/E/EEL);

- la deliberazione dell’Autorità 18 gennaio 2018, 17/2018/E/EEL (di seguito: deliberazione 17/2018/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 12 ottobre 2021, 419/2021/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 deliberazione dell’Autorità 2 agosto 2022, 389/2022/E/EEL (di seguito: deliberazione 389/2022/E/EEL);
- la deliberazione dell’Autorità 20 giugno 2023, 272/2023/E/EEL;
- la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (di seguito: TAR Lombardia) n. 1479/2019 (di seguito: sentenza 1479/2019);
- la sentenza del Consiglio di Stato n. 5311/2021 (di seguito: sentenza 5311/2021);
- la comunicazione dell’Autorità sulle risultanze istruttorie del 13 giugno 2023 (prot. Autorità 40620), (di seguito: comunicazione 13 giugno 2022).

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 DXT Commodities S.A. (ex Dufenergy Trading S.A.; 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 556/2017/E/EEL, l’Autorità 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 556/2017/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, le zone e le tecnologie 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 556/2017/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 17/2018/E/EEL, l’Autorità ha confermato il provvedimento prescrittivo di cui alla deliberazione 556/2017/E/EEL, modificando i criteri originariamente adottati;
- 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 1479/2019, lo ha rigettato; avverso tale sentenza la Società ha interposto appello al Consiglio di Stato che, con la sentenza 5311/2021, 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 389/2022/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 5311/2021, 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 556/2017/E/EEL, come modificata dalla deliberazione 17/2018/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 389/2022/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 13 giugno 2023, 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 556/2017/E/EEL, modificato con la deliberazione 17/2018/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 5311/2021, 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) per la risoluzione del vincolo di bilanciamento: 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 13 giugno 2023, 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 389/2022/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 citata comunicazione 13 giugno 2023 ha (i) confermato, ai fini della quantificazione della prescrizione, la valorizzazione al prezzo zonale degli sbilanciamenti effettivi oltre la soglia di diligenza (oppure la valorizzazione al prezzo macrozonale di tutti gli sbilanciamenti netti orari macrozonalmente sulla base della metodologia di calcolo macrozonale alternativa) in fase rispetto al “segno reale”; mentre, (ii) per gli sbilanciamenti effettivi 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”;
- nel primo caso (i), 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;
- nel secondo caso (ii), tutti i volumi sottesi agli sbilanciamenti in controfase rispetto al “segno reale” del sistema sono valorizzati: (ii.i) in caso di sistema deficitario, al valore massimo tra il suddetto prezzo zonale e il prezzo medio delle offerte di vendita accettate (nella stessa zona) nel mercato per il servizio di

dispacciamento ai fini del bilanciamento in tempo reale, ponderato per le relative quantità; e (ii.ii) in caso di sistema eccedentario, al valore minimo tra il suddetto prezzo zonale e il prezzo medio delle offerte di acquisto accettate (nella stessa zona) nel mercato per il servizio di dispacciamento ai fini del bilanciamento in tempo reale, ponderato per le relative quantità;

- in altri termini, si è ipotizzato che l'energia eccedentaria della Società venduta a Terna, (in caso di sistema deficitario) e l'energia deficitaria della Società acquistata da Terna (in caso di sistema eccedentario) si siano interamente tradotte in un'equivalente minore attivazione di offerte di energia di bilanciamento, rispettivamente, a salire e a scendere in MSD in tempo reale; pertanto, l'ipotesi prospettata dal responsabile del procedimento è sistematicamente a favore della Società, in quanto essa presume che la suddetta energia della Società (eccedentaria in caso di sistema deficitario o deficitaria in caso di sistema eccedentario) contribuisca integralmente a contenere lo sbilanciamento (di segno opposto) del sistema;
- in conseguenza di quanto sopra, la comunicazione 13 giugno 2023 ha prospettato l'adozione di un provvedimento di conferma della misura prescrittiva adottata con la deliberazione 556/2017/E/EEL e modificata con la deliberazione 17/2018/E/EEL, con revisione delle relative modalità di quantificazione degli importi indebitamente maturati e oggetto di restituzione;
- rispetto a tale comunicazione, la Società non ha prodotto memorie in replica, né ha fornito ulteriore documentazione, né altri elementi.

CONSIDERATO, INFINE, CHE:

- come chiarito sopra, dunque, la revisione della misura prescrittiva prospettata dal responsabile del procedimento nella comunicazione 13 giugno 2023, produce i seguenti esiti:
 - nei casi di coincidenza tra “segno convenzionale” e “segno reale” dello sbilanciamento aggregato zonale, per gli sbilanciamenti in controfase, ora come allora, la Società incassa/paga quanto dovuto in base alle norme allora vigenti mentre per gli sbilanciamenti in fase, ora diversamente da allora, la Società incassa/paga di regola di più/di meno (ma mai di meno/di più) rispetto a quanto dovuto;
 - nei casi di divergenza tra “segno convenzionale” e “segno reale” dello sbilanciamento aggregato zonale, per gli sbilanciamenti in controfase ora diversamente da allora, la Società incassa/paga quanto dovuto in base alle norme allora vigenti mentre per gli sbilanciamenti in fase, ora come allora, la Società incassa/paga di regola di più/di meno (ma mai di meno/di più) rispetto a quanto dovuto;
- la metodologia di calcolo a base della suddetta misura, nonché i relativi esiti, risultano coerenti con le esigenze di completamento dell'istruttoria evidenziate anche dalla sentenza 5311/2021, alla quale si ottempera con il presente provvedimento; ciò che, peraltro, è stato già ampiamente confermato dallo stesso

giudice amministrativo nel contenzioso formatosi su provvedimenti analoghi al presente, adottati in esito ad altri procedimenti avviati con la deliberazione 217/2021/E/EEL;

- così, ad esempio, il giudice amministrativo ha evidenziato, con giurisprudenza ormai consolidata, che *“è vero che la sentenza aveva fatto riferimento alla necessità di verificare gli effetti degli sbilanciamenti sulla determinazione dell’uplift secondo la regola condizionalistica, ma è altrettanto vero che l’aver agito, l’Autorità, con una modalità volta a garantire il massimo beneficio teoricamente ottenibile dal sistema per effetto degli sbilanciamenti ... si pone in modo coerente con la stessa logica condizionalistica (escludendo la rilevanza di alcune variabili) ed è idonea a soddisfare i criteri direttivi di rinnovazione dell’istruttoria fissati dal giudicato”*.

RITENUTO CHE:

- sia opportuno confermare il provvedimento prescrittivo adottato nei confronti della Società con la deliberazione 556/2017/E/EEL, come modificato con la deliberazione 17/2018/E/EEL, rivedendo, in ottemperanza alla richiamata sentenza del Consiglio di Stato e in linea con le pronunce adottate con riferimento ad altri provvedimenti analoghi al presente, le modalità di valorizzazione degli sbilanciamenti di cui al punto 3) del relativo Allegato B, 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 13 giugno 2023, 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 individuare le tempistiche con cui Terna procede alla regolazione delle partite economiche sottese al presente provvedimento;
- 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 389/2022/E/EEL.

DELIBERA

1. di confermare la prescrizione adottata nei confronti della Società con la deliberazione 556/2017/E/EEL, come modificata con la deliberazione 17/2018/E/EEL, rivedendo, in ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato sopra richiamata, le modalità di valorizzazione degli sbilanciamenti di cui al punto 3) del relativo Allegato B, limitatamente agli sbilanciamenti in controfase, come specificato in premessa;
2. 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 2023 (con eventuale liquidazione delle partite economiche con valuta il sedicesimo giorno lavorativo del mese di gennaio 2024);
3. 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 389/2022/E/EEL;
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.

28 novembre 2023

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini