

N. 01895/2015 REG.PROV.COLL.

N. 03553/2014 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3553 del 2014, proposto da:

Illumia s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Travi, con domicilio *ex lege* in Milano, presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo Regionale, in Via Filippo Corridoni, 39;

contro

Autorità per l'energia elettrica e il gas e il sistema idrico, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, con domicilio in Milano, Via Freguglia, 1;

nei confronti di

Terna s.p.a., non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

*ad adiuvandum:*

AIGET - Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader, rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Travi, con domicilio *ex lege* in Milano, presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo Regionale, in Via Filippo Corridoni, 39;

per l'annullamento

della deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il sistema idrico 29 ottobre 2014, n. 525/2014/R/EEL, avente ad oggetto "*Modifiche e integrazioni alla disciplina degli sbilanciamenti effettivi di energia elettrica*", nella parte in cui (cfr. punto 1, lett. *c*, del dispositivo) ha imposto agli utenti del dispacciamento di definire i loro programmi di immissione e prelievo evitando qualsiasi sbilanciamento volontario e attenendosi alle "*migliori stime*" dei quantitativi di energia elettrica effettivamente a disposizione e necessari, disponendo conseguentemente che, a partire dal 1°

novembre 2014, l'art. 14.6 dell'Allegato A della deliberazione n. 111/06, sulle condizioni per l'erogazione del servizio di dispacciamento dell'energia elettrica sul territorio nazionale, fosse così sostituito: *“14.6 Gli utenti del dispacciamento delle unità fisiche di produzione e consumo sono tenuti a definire programmi di immissione e prelievo utilizzando le migliori stime dei quantitativi di energia elettrica effettivamente prodotti dalle medesime unità, in conformità ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza.”*,

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il sistema idrico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2015 la dott.ssa Floriana Venera Di Mauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La ricorrente Illumia s.p.a. (di seguito anche Illumia o la Società) è una società operante, secondo quanto da essa stessa allegato, nel settore della fornitura di energia elettrica ai clienti finali. Per le sue forniture la Società si approvvigiona sul mercato ed è utente del servizio di dispacciamento in prelievo.

Illumia afferma di effettuare anche operazioni di *trading*, consistenti nell'acquisto nel *“mercato del giorno prima”* (MPG) di energia in eccesso o in difetto rispetto alle proprie previsioni di consumo. L'eccesso o il difetto di energia acquistata rispetto a quella effettivamente consumata viene poi regolato mediante rivendita a Terna o acquisto da Terna a titolo di sbilanciamento.

2. Con il presente ricorso, notificato il 19 dicembre 2014 e depositato il 23 dicembre 2014, Illumia ha impugnato la deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il sistema idrico del 29 ottobre 2014, n. 525/2014/R/EEL, recante *“Modifiche e integrazioni alla disciplina degli sbilanciamenti effettivi di energia elettrica”*.

La suddetta deliberazione viene specificamente censurata nella parte in cui ha riformulato l'articolo 14.6 dell'Allegato A alla deliberazione del 9 giugno 2006, n. 111/06 (*“Condizioni per l'erogazione del pubblico servizio di 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”*), estendendo a tutti gli utenti del servizio di dispacciamento l'obbligo – in precedenza esplicitamente previsto solo per le unità di produzione alimentate da fonti rinnovabili non programmabili – di definire i programmi di immissione e prelievo in conformità ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza.

3. Secondo quanto prospettato dalla ricorrente, tale previsione, impedendo lo sbilanciamento volontario (ossia quello derivante da una volontaria sovrastima/sottostima, da parte dell'utente, del consumo programmato rispetto a quello effettivo), avrebbe avuto l'effetto di impedire radicalmente lo svolgimento delle attività di *trading*, che sarebbero state invece pienamente lecite fino all'intervento della stessa deliberazione.

4. Sulla scorta di tali considerazioni, la ricorrente affida il proprio ricorso ai seguenti motivi:

I) violazione di legge, travisamento dei fatti ed eccesso di potere; ciò in quanto illegittimamente la deliberazione impugnata avrebbe dichiarato di voler rendere esplicito il divieto di sbilanciamento volontario, affermando che tale divieto fosse già presente implicitamente nella deliberazione n. 111/06; a giudizio della Società, in realtà non era in precedenza previsto alcun divieto al riguardo, ma sussistevano anzi evidenze del carattere del tutto lecito delle attività di *trading*;

II) violazione di legge ed eccesso di potere, in quanto la deliberazione n. 525/2014/R/EEL sarebbe stata adottata in assenza di una effettiva procedura di consultazione, poiché la fase partecipativa avviata con il documento per la consultazione del 7 agosto 2013, n. 368/2013/R/EEL (richiamato nella deliberazione impugnata), sarebbe stata sostanzialmente inidonea, sotto più profili, ad assicurare le garanzie partecipative richieste nel procedimento regolatorio;

III) travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e violazione di legge, con riferimento all'affermazione, contenuta nel provvedimento impugnato, secondo la quale le attività di sbilanciamento dei *traders* avrebbero potuto pregiudicare la sicurezza del sistema elettrico.

5. Con atto notificato il 5 gennaio 2015 e depositato il 9 gennaio 2015, ha dispiegato intervento *ad adiuvandum* AIGET – Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader.

6. Si è costituita in giudizio, per l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il sistema idrico, l'Avvocatura dello Stato, insistendo per il rigetto del ricorso.

7. In esito alla camera di consiglio del 21 gennaio 2015, la Sezione ha emesso l'ordinanza n. 99 del 22 gennaio 2015, con la quale ha fissato l'udienza pubblica per la trattazione nel merito del ricorso, ai sensi dell'articolo 55, comma 10 cod. proc. amm.

8. In prossimità dell'udienza pubblica le parti hanno depositato memorie.

9. All'udienza pubblica del 5 giugno 2015 la causa è stata chiamata e discussa, ed è quindi passata in decisione.

## DIRITTO

1. Giova premettere una sintetica illustrazione del quadro fattuale e giuridico sul quale si innesta la presente controversia.

1.1 Il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (*“Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica”*) ha disposto la liberalizzazione delle *“attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica”* (articolo 1, comma 1, primo periodo), stabilendo, al contempo che *“Le attività di trasmissione e dispacciamento sono riservate allo Stato ed attribuite in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale di cui all'articolo 3”*.

Spetta, dunque, al gestore della rete, ossia alla società Terna s.p.a. (di seguito anche Terna), l'attività di dispacciamento, ossia *“l'attività diretta ad impartire disposizioni per l'utilizzazione e l'esercizio coordinati degli impianti di produzione, della rete di trasmissione e dei servizi ausiliari”* (articolo 2, comma 10).

In qualità di gestore della rete, Terna è chiamata – tra l'altro – a gestire *“(…) i flussi di energia, i relativi dispositivi di interconnessione ed i servizi ausiliari necessari”* e a garantire *“(…) l'adempimento di ogni altro obbligo volto ad assicurare la sicurezza, l'affidabilità, l'efficienza e il minor costo del servizio e degli approvvigionamenti”* (articolo 3, comma 2).

1.2 Al riguardo, va rilevato che costituisce elemento essenziale ai fini della sicurezza della rete il costante mantenimento dell'equilibrio fra energia immessa ed energia prelevata.

In altre parole, ai fini della sicurezza del sistema, è necessario garantire che, istante per istante, la quantità di energia che viene immessa nella rete dai produttori, dagli importatori e dai grossisti sia pari alla quantità di energia che viene via via prelevata dai consumatori.

La quantità di energia elettrica immessa giorno per giorno nella rete dipende dall'entità della domanda e dell'offerta, come risultanti dalle contrattazioni che si svolgono nel mercato elettrico e, principalmente, nel mercato del giorno prima (MGP). In tale mercato, che si svolge quotidianamente, i produttori e gli acquirenti si accordano per la vendita e l'acquisto della quantità di energia necessaria al soddisfacimento della domanda relativa al giorno successivo.

Una volta definiti, per ogni singolo operatore, i programmi di immissione e di prelievo, questi vengono registrati, ai sensi degli articoli 16 e seguenti della deliberazione n. 111/06.

1.3 Poiché tuttavia, nonostante la programmazione, è di fatto impossibile che la quantità di energia immessa in rete, istante per istante, coincida perfettamente con la quantità prelevata, è necessario un intervento da parte del gestore della rete atto a riequilibrare il sistema. E a ciò è, appunto, diretto il servizio di dispacciamento affidato a Terna.

Per svolgere questo servizio, Terna stipula contratti con soggetti specificamente abilitati, titolari di impianti denominati *“unità di produzione o di consumo”*, i quali si obbligano a immettere e/o a prelevare energia elettrica secondo le disposizioni impartite dalla stessa Terna.

I contratti vengono stipulati in un apposito mercato dell'energia elettrica, denominato mercato per i servizi di dispacciamento (MSD), che si differenzia dal sopra citato mercato del giorno prima, per i seguenti elementi:

- a) non tutti gli operatori del mercato possono parteciparvi, ma solo taluni di essi specificamente abilitati;
- b) parte necessaria di tali contratti è Terna;
- c) le offerte accettate sono valorizzate al prezzo proposto da ogni singolo operatore (c.d. *“pay as bid”*), a differenza di quanto avviene nel MGP, ove si forma un prezzo di equilibrio fra domanda e offerta.

Attraverso la conclusione di questi contratti, Terna può impartire agli operatori, anche mediante la formulazione di specifici programmi, le disposizioni necessarie affinché questi ultimi immettano nel (o prelevino dal) sistema energia elettrica, in modo da assicurare l'equilibrio del sistema stesso.

1.4 L'Autorità ha regolato il servizio di dispacciamento con la già richiamata deliberazione n. 111/06.

In particolare, l'articolo 14 della predetta deliberazione stabilisce che la quantità di energia *immessa* in eccesso o in difetto rispetto a quanto comunicato nel programma di immissione si considera – rispettivamente – ceduta dall'utente a Terna o ceduta da Terna all'utente (comma 2), mentre la quantità di energia *prelevata* in eccesso o in difetto rispetto a quanto comunicato nel programma, si considera – rispettivamente – ceduta da Terna all'utente o ceduta dall'utente a Terna (comma 4). Tali cessioni sono regolate mediante un apposito prezzo di sbilanciamento, determinato ai sensi del successivo articolo 40, che dovrebbe essere *cost reflective*, ossia idoneo a “ribaltare” sull'operatore l'eventuale svantaggio arrecato al sistema.

1.5 Ciò posto, deve pure ricordarsi, al fine del corretto inquadramento della presente controversia, che l'articolo 14, comma 6 della deliberazione n. 111/06 prevedeva – anteriormente alle modifiche introdotte dalla deliberazione impugnata nel presente giudizio – che “*Gli utenti del dispacciamento delle unità di produzione alimentate da fonti rinnovabili non programmabili sono tenuti a definire i programmi di immissione utilizzando le migliori stime dei quantitativi di energia elettrica effettivamente prodotti dalle medesime unità, in conformità ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza*”.

L'impugnata deliberazione n. 525/2014/R/EEL ha invece riformulato la disposizione nel seguente tenore: “*Gli utenti del dispacciamento delle unità fisiche di produzione e consumo sono tenuti a definire programmi di immissione e prelievo utilizzando le migliori stime dei quantitativi di energia elettrica effettivamente prodotti dalle medesime unità, in conformità ai principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza*”.

Come sopra detto, l'effetto della nuova deliberazione è stato quello di estendere espressamente a tutti gli utenti del dispacciamento l'obbligo di definire programmi di immissione e di prelievo corrispondenti alle migliori stime, così escludendo la possibilità di praticare sbilanciamenti volontari.

2. Ciò posto, può quindi passarsi a esaminare il primo motivo di ricorso, con il quale Illumia lamenta che la scelta assunta dall'Autorità con la deliberazione impugnata sarebbe basata su un presupposto errato, ossia che gli sbilanciamenti volontari fossero già vietati prima del nuovo intervento regolatorio, il quale avrebbe reso esplicito un divieto già presente e operante nel sistema.

Al contrario, secondo la ricorrente, la liceità, per il passato, dello sbilanciamento volontario si desumerebbe da una pluralità di circostanze:

a) sotto un primo profilo, un esplicito divieto di sbilanciamento volontario era previsto (dal richiamato articolo 14, comma 6 della deliberazione n. 111/06, prima della riformulazione) unicamente a carico dei produttori di energia da fonti rinnovabili non programmabili, mentre non era espressamente imposto agli altri operatori; scelta, questa, giustificata dal fatto che i primi non possono prevedere con esattezza la quantità di energia prodotta e, proprio per tale ragione, non corrispondono un prezzo di sbilanciamento (ma versano o incassano, in caso di sbilanciamento, il prezzo registrato sul MGP); al contrario, gli altri utenti sono tenuti a corrispondere un apposito prezzo di sbilanciamento, il cui scopo dovrebbe essere proprio quello di neutralizzare gli eventuali maggiori costi causati al sistema;

b) la liceità delle attività di *trading* si desumerebbe anche dalla relazione AIR allegata alla deliberazione n. 111/06, poiché – ad avviso della ricorrente – tali attività sarebbero state qualificate come un diritto dell'operatore;

c) infine, che le attività di *trading* non fossero in precedenza vietate risulterebbe anche dalla sentenza n. 1648 del 24 giugno 2014 della Terza Sezione di questo Tribunale Amministrativo, con la quale – accogliendo i ricorsi proposti da Illumia contro le deliberazioni adottate in via d'urgenza dall'Autorità in materia di bilanciamento (n. 342/2012/R/EEL del 2 agosto 2012; n. 239/2013/R/EEL del 30 maggio 2013; n. 285/2013/R/EEL del 28 giugno 2013) – si è affermato che gli interventi di *trading* non costituiscono attività illecita o indebita.

2.1 Osserva, al riguardo, il Collegio che – come sopra detto – il servizio dispacciamento è diretto ad assicurare l'equilibrio dei flussi di energia immessa nella rete elettrica e, conseguentemente, la sicurezza del sistema. Attraverso di esso si ovvia all'inevitabile disallineamento fra quantità di energia immessa e quantità prelevata; disallineamento che inevitabilmente si crea, essendo materialmente impossibile che le due grandezze coincidano in ogni singolo istante.

Va tuttavia osservato che, come la Sezione ha già avuto modo di chiarire con riferimento al trasporto del gas (cfr. TAR Lombardia Milano, Sez. II, 3 luglio 2014, n. 1728), gli sbilanciamenti – proprio perché potenzialmente idonei a minare la sicurezza del sistema – costituiscono una sorta di anomalia che gli utenti della rete dovrebbero tendenzialmente evitare.

Espliciti in questo sono i commi 1 e 3 dell'articolo 14 della deliberazione n. 111/06.

Stabilisce in particolare il comma 1 che “*l'utente del dispacciamento (...) assume l'impegno vincolante di immettere in rete (...) la quantità di energia elettrica corrispondente al programma vincolante (...) di immissione (...)*”. Allo stesso modo, il comma 3 dispone che “*l'utente del dispacciamento (...) assume l'impegno vincolante di prelevare dalla rete (...) la quantità di energia elettrica corrispondente al programma vincolante (...) di prelievo (...)*”.

Ora, sono queste disposizioni, e non il novellato articolo 14 comma 6, a impedire agli operatori di discostarsi dai programmi di immissione/prelievo.

Il nuovo comma 6 dell'articolo 14 non fa altro che introdurre una norma di buon senso, imponendo agli operatori stessi uno sforzo diligente affinché vengano formulati programmi attendibili che, proprio perché tali, possono essere più facilmente rispettati.

2.2 Le ragioni che hanno indotto l'Autorità a introdurre questa disposizione sono ben illustrate sia nella deliberazione impugnata che nel documento per la consultazione di cui alla già richiamata deliberazione della stessa Autorità n. 368/2013/R/EEL.

In sostanza, ciò che si evince da tali atti è che l'Autorità intende porre rimedio al fenomeno degli sbilanciamenti volontari effettuati per ragioni opportunistiche da alcuni operatori.

In proposito si deve richiamare quanto sopra illustrato con riferimento al trattamento giuridico ed economico riservato agli sbilanciamenti. Si è detto che l'energia da sbilanciamento si considera acquistata o venduta da Terna, la quale applica agli operatori interessati un prezzo normalmente penalizzate, a fronte dei maggiori costi sostenuti dal sistema.

Ciò tuttavia non è sempre vero, per le ragioni che sono state esposte dall'Autorità sia nelle premesse del provvedimento impugnato (v., in particolare, il penultimo “*considerato*” a p. 4 della

deliberazione n. 525/2014/R/EEL), sia – più diffusamente – nel richiamato documento per la consultazione, laddove (ai paragrafi 2.7/2.10) sono state esaminate le “*principali criticità della disciplina vigente*”.

L’Autorità ha, infatti, evidenziato che il meccanismo di calcolo dei prezzi di sbilanciamento “*può determinare un significativo e sistematico disallineamento tra il valore dell’energia acquistata e venduta da Terna nel tempo reale e il valore dell’energia acquistata e venduta dagli operatori a sbilanciamento*” (così la deliberazione n. 368/2013/R/EEL – doc. 2 dell’Autorità, p. 8). Da ciò deriva la conseguenza che “*il prezzo di sbilanciamento potrebbe non riflettere correttamente i costi o i benefici effettivamente causati al sistema dallo sbilanciamento degli operatori*” e che, inoltre, le unità soggette a *single pricing* (ossia le unità non abilitate a partecipare al MSD, come la ricorrente) “*potrebbero essere incentivate a sbilanciare intenzionalmente al fine di sfruttare il predetto disallineamento sistematico tra il “vero” prezzo dell’energia nel tempo reale e il prezzo di sbilanciamento, influenzando il processo di formazione dei prezzi nel mercato dell’energia (MGP e MI) e arrecando un danno al sistema, sia in termini economici che, potenzialmente, in termini di sicurezza*” (così ancora la deliberazione n. 368/2013/R/EEL – doc. 2 dell’Autorità, p. 8).

Una ipotesi di situazione nella quale può determinarsi tale disallineamento è stata illustrata dall’Autorità nell’ “*Esempio I*”, riportato anch’esso nel documento per la consultazione (doc. 2 dell’Autorità, p. 9).

Sulla scorta di tali considerazioni l’Autorità ha dovuto, quindi, prendere atto che i prezzi correlati agli sbilanciamenti non costituiscono uno strumento che può dirsi da solo adeguato ad assicurare le esigenze di economicità e di sicurezza del sistema elettrico.

Ed è per tale ragione che l’Autorità ha inteso richiamare gli operatori al dovere di non effettuare sbilanciamenti volontari (dannosi, nel complesso, all’economicità e alla sicurezza del sistema), introducendo l’obbligo – a ciò strumentale – di formulare, mediante la profusione di uno sforzo diligente, programmi di immissione e consumo attendibili.

2.3 Tali conclusioni non sono infirmate dalle contrapposte allegazioni della ricorrente.

2.3.1 Nella replica del 22 maggio 2015 (a p. 3) Illumia ha affermato che le previsioni di cui ai commi 1 e 3 dell’articolo 14 non possono essere intese nel senso di richiedere, da parte degli operatori, di evitare gli sbilanciamenti volontari. Secondo l’avviso della ricorrente, tali disposizioni stabiliscono soltanto l’obbligo, per l’utente, di *rispettare il vincolo* derivante dal programma di immissione/prelievo: ma è proprio da tale vincolo che derivano – per l’appunto – le eventuali conseguenze (soltanto) economiche previste per il caso di sbilanciamento.

La prospettazione della parte non può, tuttavia, essere condivisa.

Deve, anzitutto, rilevarsi che già il tenore letterale dei richiamati commi 1 e 3 si riferisce all’assunzione di precisi obblighi di *immettere nella rete* o di *prelevare dalla rete* l’energia elettrica programmata, ossia a impegni attinenti all’effettiva immissione o all’effettivo consumo di energia.

D’altro canto, la necessità di intendere tali obblighi come comportanti anche l’impegno di non operare sbilanciamenti volontari è da ritenere rispondente al fondamentale canone di buona fede in senso oggettivo, cui deve conformarsi tanto l’interpretazione degli obblighi contrattualmente assunti, quanto l’individuazione del comportamento idoneo a darvi attuazione (articoli 1366 e 1375 cc).

Infine, che tali fossero gli obblighi assunti dall'utente è reso evidente dal fatto stesso che sia previsto un apposito prezzo di sbilanciamento, volto proprio a introdurre una penalizzazione per il danno eventualmente arrecato al sistema dal mancato adempimento degli impegni di cui all'articolo 14, commi 1 e 3.

2.3.2 In altri termini, la circostanza che il sistema precedente avesse espressamente previsto solo questo tipo di "penalità" economica non confligge con l'affermazione che il divieto di sbilanciamento volontario fosse implicitamente già operante. Al contrario, la previsione di un meccanismo volto a disincentivare dal punto di vista economico gli sbilanciamenti causati dagli operatori (meccanismo – come detto – rivelatosi poi in parte inadeguato allo scopo) si giustifica proprio in ragione dell'esistenza di un sottostante generale divieto di sbilanciamento volontario.

Il sistema ha, quindi, sempre contenuto tale divieto, ad esso immanente, ma ha regolato diversamente le modalità per assicurarne l'adempimento.

In particolare – venendo alla censura sopra riportata al punto 2.a – per i produttori da fonte rinnovabile non programmabile, la disciplina del previgente articolo 14, comma 6 si era limitata a esplicitare il divieto di sbilanciamento volontario, assistito dalla previsione di cui al successivo comma 7, concernente la segnalazione all'Autorità di significativi e reiterati scostamenti dall'applicazione dei principi di cui allo stesso comma 6. E ciò in considerazione della circostanza che tali operatori non hanno il pieno controllo sulla corrispondenza dell'energia immessa rispetto a quella programmata, per cui si è ritenuto irragionevole imporre loro (anche) un prezzo potenzialmente penalizzante.

Per gli altri utenti, la disciplina previgente alla novella mirava invece a disincentivare e penalizzare lo sbilanciamento volontario proprio mediante la previsione di un prezzo di sbilanciamento, che avrebbe dovuto essere *cost reflective*.

La circostanza che tale meccanismo di disincentivazione economica non abbia funzionato, ma abbia anzi incoraggiato comportamenti opportunistici degli utenti, ha indotto l'Autorità a esplicitare il divieto.

E', quindi, sostanzialmente corretto quanto affermato nelle premesse dell'impugnata deliberazione 525/2014/R/EEL, laddove l'Autorità – dopo aver evidenziato che il principio che impone di definire programmi di immissione/prelievo attendibili è già insito nella previsione del comma 1 dell'articolo 14 dell'Allegato A alla deliberazione n. 111/06 – ha affermato che "*pertanto l'estensione dei commi 14.6 e 14.7 a tutte le unità di produzione e consumo della deliberazione 111/06 ha una limitata efficacia innovativa*".

E invero, l'efficacia innovativa consiste non già nell'aver introdotto il divieto di sbilanciamento volontario – già precedentemente operante – ma nell'aver previsto espressamente che la sua violazione possa comportare conseguenze ulteriori rispetto alla sola applicazione dei meccanismi di disincentivo/penalizzazione economica.

2.3.3 Sotto altro profilo – venendo a quanto indicato al precedente punto 2.b – deve pure evidenziarsi che, a giudizio del Collegio, la liceità – per il passato – dello sbilanciamento volontario non risulta evincibile dai punti della relazione AIR alla deliberazione n. 111/06 richiamati dalla ricorrente.

E invero, la relazione afferma (al punto F.2.2, pag. 26, richiamato dalla ricorrente) che l'utente del dispacciamento responsabile di un programma vincolante di prelievo abbia il "*diritto di prelevare o*



*di rivendere a Terna a titolo di sbilanciamento effettivo l'energia elettrica corrispondente al programma"* (v. doc. 8 della ricorrente, p. 26).

Ora, la circostanza che l'operatore abbia il *diritto* di rivendere l'energia a Terna a titolo di sbilanciamento effettivo evidenzia bensì la liceità in sé della cessione dell'energia eventualmente acquistata in eccesso, secondo un meccanismo che corrisponde anzi a un'esigenza di funzionalità del sistema. Ciò, però – contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente – non equivale ad affermare, né implica l'affermazione, che sia pure consentito all'operatore stimare volontariamente in eccesso il proprio fabbisogno di energia.

2.3.4 Illumia afferma, infine – e si viene quindi al punto 2.c – che la liceità delle attività di *trading* risulterebbe affermata anche dalla richiamata sentenza di questo Tribunale Amministrativo n. 1648 del 2014, confermata dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato con sentenza n. 1532 del 20 marzo 2015.

Al riguardo, deve rilevarsi che, come sopra detto, non è certamente illecita l'attività di *trading* nei confronti di Terna, in relazione all'energia acquistata in eccesso o in difetto rispetto al programma, poiché – come detto – ciò corrisponde a un diritto dell'operatore e a un'esigenza del sistema. A non essere consentito è, invece, alla luce delle considerazioni sopra svolte, lo sbilanciamento volontario. Come detto, tale ultimo comportamento era, in precedenza, contrastato confidando nella capacità dissuasiva (*ex ante*) e penalizzante (*ex post*) derivante dall'applicazione del prezzo di sbilanciamento. Ma le criticità sopra evidenziate, rilevate sin dal documento per la consultazione, hanno rivelato l'inidoneità del sistema a garantire che tale prezzo sia sempre effettivamente *cost reflective*, inducendo quindi l'Autorità a introdurre una norma di comportamento idonea ad assicurare l'osservanza del divieto già precedentemente immanente al sistema stesso.

Tali considerazioni sono ulteriormente suffragate da quanto affermato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 1532 del 2015, che ha confermato la pronuncia di questo Tribunale Amministrativo n. 1648 del 2014, sopra richiamata.

E' ben vero, infatti, che il Giudice d'appello si è pronunciato unicamente sul vizio – di carattere assorbente, con riferimento alle deliberazioni dell'Autorità oggetto di quel giudizio – concernente la violazione del c.d. principio di legalità in senso procedimentale, per l'omissione della fase di consultazione. Tuttavia, la sentenza ha espressamente affermato la possibilità, per l'Autorità, di adottare, a seguito di un ordinario procedimento regolatorio, un atto generale in materia di sbilanciamenti "*in specie laddove – come nel caso in esame – sussistano indizi i quali inducono a ritenere che la regolamentazione attuale consenta l'adozione di condotte opportunistiche da parte degli utenti del dispacciamento in prelievo in sede di rivendita dell'eccedenza energetica a sbilanciamento*" (v. punto 3.7 in diritto).

2.4 In definitiva, alla luce di tutte le suesposte considerazioni, il primo motivo di ricorso deve essere respinto.

3. Con il secondo motivo Illumia lamenta la sostanziale violazione delle particolari garanzie di partecipazione procedimentale richieste nei procedimenti di regolazione dell'Autorità. A suo avviso, infatti, la fase partecipativa avviata con la pubblicazione del documento per la consultazione n. 368/2013/R/EEL del 7 agosto 2013 sarebbe risultata inidonea allo scopo. Ciò in quanto tale consultazione risale a un anno prima rispetto all'adozione dell'atto regolatorio impugnato. Si tratterebbe, inoltre, secondo la ricorrente, della "consultazione postuma" preannunciata nella deliberazione n. 285/2013/R/EEL, ossia di una fase partecipativa propriamente riferibile agli atti regolatori urgenti già emessi dall'Autorità in materia di sbilanciamento (e impugnati nel giudizio

definito con le sentenze di questo Tribunale Amministrativo e del Consiglio di Stato sopra richiamate). Inoltre, ad avviso di Illumia, il documento per la consultazione avrebbe prospettato l'introduzione del novellato comma 6 dell'articolo 14 insieme alla previsione di un sistema di offerte "virtuali"; sistema che avrebbe bilanciato in parte gli effetti del divieto di sbilanciamento volontario e che, però, non è stato poi previsto dalla deliberazione impugnata.

3.1 Giova, al riguardo, premettere che il principio di c.d. legalità in senso procedimentale costituisce, secondo consolidata giurisprudenza, un canone fondamentale cui deve attenersi l'attività regolatoria svolta dall'Autorità.

Da ultimo, anche la richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 1532 del 2015 ha evidenziato che *"la dequotazione del tipico principio di legalità in senso sostanziale – giustificata (...) dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori quali quelli demandati alle Autorità amministrative indipendenti – impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari"* (così la sentenza sopra richiamata; nello stesso senso: Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521; Id., 27 dicembre 2006, n. 7972).

Il rispetto di tale principio deve, quindi, essere verificato dal giudice tenendo conto dell'attinenza della legalità procedimentale alle *"stringenti condizioni di legittimità dell'esercizio di un potere regolatorio del tutto peculiare nell'ambito dell'ordinamento giuridico vigente e la cui mancata osservanza non può essere riguardata attraverso l'angolo visuale della mera strumentalità delle forme"* (così ancora la sentenza n. 1532 del 2015).

3.2 Ciò posto, osserva anzitutto il Collegio che, con riferimento all'atto regolatorio impugnato nel presente giudizio, l'avvio della fase di partecipazione è stato disposto con il documento per la consultazione approvato con la deliberazione n. 368/2013/R/EEL, a seguito del quale gli operatori interessati hanno depositato osservazioni, che sono state puntualmente vagliate dall'Autorità nelle motivazioni della deliberazione n. 525/2014/R/EEL.

D'altro canto, le sopra esposte considerazioni della ricorrente, volte ad affermare la sostanziale inidoneità di tale fase partecipativa, non risultano convincenti.

3.3 Sotto un primo profilo, si osserva che la circostanza che il documento per la consultazione risalga a oltre un anno prima rispetto alla deliberazione impugnata non vale, di per sé, ad infirmare gli esiti della fase di partecipazione procedimentale. E ciò anche in ragione del tipo di misura introdotta dall'Autorità e dei termini (incondizionati rispetto alle altre misure proposte) in cui è stato prospettato l'intendimento di introdurla.

Quanto al primo profilo, deve tenersi presente che la previsione regolatoria introdotta consiste – come detto – in una norma di comportamento di carattere generale, riconducibile a un principio immanente al sistema, e volta ad assicurare l'esatto adempimento degli impegni assunti dagli utenti del dispacciamento.

Per ciò che attiene al secondo profilo, occorre evidenziare che il documento per la consultazione presenta una portata più ampia rispetto alla sola riformulazione dell'articolo 14, comma 6 della deliberazione n. 111/06, poiché prospetta anche la ridefinizione dei prezzi di sbilanciamento. Ora, su questo diverso aspetto l'Autorità ha individuato due possibili soluzioni alternative. La modifica dell'articolo 14, comma 6 è stata invece prospettata nell'apposito paragrafo dedicato alle *"Ulteriori*

*misure*”, indicate quali determinazioni da introdurre *a prescindere* dalla soluzione individuata come preferibile in relazione alla ridefinizione dei prezzi di sbilanciamento (v. doc. 2 dell’Autorità).

In conclusione, la portata stessa della novella, unitamente alla circostanza che sia stato chiaramente esplicitato l’intendimento di introdurla indipendentemente rispetto alle altre misure, inducono a ritenere che la mera circostanza che la fase di consultazione, su questo punto, risalga a circa un anno prima dell’adozione della deliberazione impugnata non comporta, di per sé, l’inidoneità dell’attività svolta dall’Autorità a soddisfare il fondamentale canone di legalità in senso procedimentale.

3.4 Per le stesse ragioni, non coglie nel segno neppure l’affermazione della ricorrente, secondo la quale la deliberazione n. 368/2013/R/EEL sarebbe inidonea ad assicurare le garanzie di partecipazione procedimentale, in quanto diretta a realizzare una “consultazione postuma”, in relazione alle precedenti deliberazioni adottate dall’Autorità in via d’urgenza. E invero – a prescindere dalla circostanza che le deliberazioni in esame risultano avere un diverso oggetto (calcolo dei prezzi di sbilanciamento) – deve richiamarsi quanto sopra detto in relazione alla portata della novella e alla chiara manifestazione dell’intento di introdurla in futuro, incondizionatamente rispetto alla disciplina dei prezzi di sbilanciamento.

3.5 Deve, infine, ritenersi non condivisibile l’affermazione della ricorrente, secondo la quale la modifica dell’articolo 14, comma 6 della deliberazione n. 111/06 sarebbe stata prospettata, in sede di consultazione, come strettamente correlata con l’introduzione del sistema di offerte “virtuali”, per cui l’Autorità non si sarebbe poi potuta limitare a introdurre la prima misura senza disporre anche la seconda.

Anche questa affermazione è contraddetta dalla già vista portata della novella e dalla sua “*limitata efficacia innovativa*”.

D’altra parte, dalla lettura del documento per la consultazione non si evince la prospettazione, da parte dell’Autorità, di una correlazione tra le due ipotesi di intervento regolatorio indicate quali “*Ulteriori misure*”. E invero il paragrafo ad esse dedicato si riferisce separatamente a ciascuna delle due misure, senza che possa evincersi che l’introduzione dell’una dovesse intendersi come condizionata o comunque messa in relazione alla previsione dell’altra.

3.6 In conclusione, anche il secondo motivo di ricorso deve essere respinto.

4. Può quindi passarsi all’esame del terzo motivo di ricorso, con il quale Illumia afferma che la deliberazione impugnata sarebbe illegittima anche in quanto assunta sull’erroneo presupposto della sussistenza di rischi per la sicurezza del sistema. Secondo quanto affermato dalla ricorrente, l’esistenza di siffatti rischi sarebbe indimostrata, come si evincerebbe anche dalle richiamate sentenze n. 1648 del 2014 di questo Tribunale Amministrativo e n. 1532 del 2015 del Consiglio di Stato.

Il Collegio non condivide tali allegazioni.

4.1 Deve, anzitutto, rilevarsi che le sentenze sopra richiamate si sono pronunciate, come detto, sul ricorso proposto da Illumia avverso le deliberazioni con cui erano state assunte determinazioni urgenti in materia di sbilanciamento. Tali deliberazioni erano state adottate omettendo la fase di consultazione, proprio per l’affermata sussistenza di ragioni di sicurezza che avrebbero reso urgente l’intervento dell’Autorità.

I Giudici di primo grado e d'appello hanno ritenuto indimostrato il presupposto allegato dall'Autorità e, quindi, hanno ritenuto illegittima l'assunzione di tali determinazioni urgenti, con la pretermissione della fase di consultazione.

Più in dettaglio, la sentenza di primo grado ha affermato che *“uno dei presupposti posti a base della deliberazione impugnata con il ricorso introduttivo, ovvero i rischi per la sicurezza del sistema, risulta assolutamente carente e indimostrato, sia in fase di adozione dell'atto, sia in sede di verifica successiva, come è emerso dai risultati dell'indagine conoscitiva”* (v. punto 2.2). La sentenza d'appello reca, a sua volta, l'affermazione che *“Già in sede di deliberazione cautelare sull'istanza di sospensione degli effetti della sentenza in epigrafe, la Sezione ha rilevato che il pregiudizio lamentato dall'Autorità attraverso l'atto di appello presenti un carattere essenzialmente patrimoniale ed inerisca ai soli costi gravanti sul gestore della RTN al fine di riportare e mantenere in condizioni di sicurezza ed equilibrio la rete. Al contrario, non sembra dimostrata la sussistenza anche di effettivi pericoli per la stabilità e la sicurezza in senso strutturale del sistema elettrico isolano (...)”* (v. punto 2 in diritto).

Le due pronunce impugnate hanno, quindi, affermato la carenza di uno dei presupposti allegati dall'Autorità al fine di giustificare un intervento in via d'urgenza, ossia la sussistenza di rischi *effettivi* per la sicurezza *strutturale* del sistema. Solo la prova di un rischio *attuale e concreto* avrebbe, infatti, potuto legittimare un intervento quale quello assunto omettendo le garanzie di partecipazione procedimentale.

4.2 Nel caso oggetto del presente giudizio devono, però, tenersi presenti due rilevanti circostanze.

Sotto un primo profilo, il provvedimento impugnato non costituisce esercizio in via d'urgenza dei poteri dell'Autorità, ma segue a un ordinario procedimento di regolazione, nel quale, come sopra visto, risulta rispettato il principio di legalità in senso procedimentale.

Sotto altro profilo, il provvedimento impugnato non è stato affatto adottato sul presupposto della sussistenza di un rischio *effettivo e attuale* per la sicurezza strutturale del sistema, bensì in relazione *“agli effetti potenzialmente negativi sui livelli di sicurezza dell'intero sistema elettrico”*, derivanti dallo sbilanciamento su unità fisiche di produzione e consumo (v. il terzultimo *“considerato”*, a p. 4 della deliberazione impugnata). Tali rischi *potenziali* sono messi in relazione, nelle premesse del provvedimento impugnato, con la circostanza che *“le approssimazioni sui cui poggia la disciplina degli sbilanciamenti (e.g. il calcolo dei prezzi di sbilanciamento sulla base di macrozone statiche) si sono progressivamente rivelate inadeguate in relazione all'esigenza di garantire la sicurezza del sistema elettrico per il solo tramite dei vigenti segnali di prezzo per la valorizzazione degli sbilanciamenti”* (v. il penultimo *“considerato”*, a p. 4 della deliberazione impugnata).

Ora, se un intervento in via d'urgenza, comportante la pretermissione delle garanzie di partecipazione, avrebbe richiesto la prova della sussistenza di rischi *effettivi e concreti* per il sistema – *“al fine di evitare che la mera affermazione relativa all'esistenza di generiche ragioni di “straordinaria urgenza” possa legittimare l'Autorità di settore a svincolare sé medesima dal necessario (e tendenzialmente indefettibile) presidio di legalità in senso procedimentale rappresentato dal previo esperimento della consultazione pubblica”* (v. Cons. Stato n. 1532 del 2015, *cit.*) – lo stesso non può dirsi per un intervento regolatorio di tipo ordinario, assunto a seguito di consultazione.

In relazione a un ordinario atto di regolazione, infatti, anche la sussistenza di rischi per la sicurezza meramente *potenziali*, ovvero di esigenze di garantire l'economicità del sistema, costituiscono una motivazione adeguata dell'intervento dell'Autorità. E ciò in quanto rientra proprio tra i compiti di

quest'ultima quello di evitare anche l'insorgere di *potenziali* situazioni di rischio, nonché di assicurare la gestione del sistema elettrico a un costo ragionevole.

4.3 Le conclusioni ora esposte sono avvalorate dalla sentenza n. 1532 del 2015 del Consiglio di Stato, ove – a più riprese – si afferma che una situazione quale quella prospettata, in quel giudizio, dalla stessa Autorità avrebbe potuto legittimare non già un intervento in via d'urgenza, bensì l'esercizio degli ordinari poteri di regolazione.

Tale impostazione, complessivamente sottesa all'intera sentenza, trova il suo punto d'emersione – tra l'altro – laddove i Giudici d'appello affermano che *“non può contraddirsi l'affermazione dell'Autorità appellante secondo cui la gestione del sistema elettrico a un costo giustificato e ragionevole costituisca “l'essenza stessa del servizio di dispacciamento” (ragione per cui le misure regolatorie volte a conseguire tale finalità mirerebbero al soddisfacimento di un interesse pubblico generale). Il punto è che il perseguimento di finalità di interesse generale (quali quelle cui mira in via generale l'attività istituzionale dell'AEEG) deve avvenire utilizzando gli strumenti che l'ordinamento appronta in via ordinaria, non essendo predicabile il sostanziale parallelismo invocato dall'appellante fra il perseguimento di siffatte finalità e il generalizzato ricorso a strumenti regolatori di carattere eccezionale (e in parte extra ordinem)”* (v. punto 3.7.1 in diritto).

4.4 Anche il terzo motivo di ricorso non può quindi trovare accoglimento.

5. In conclusione, l'intero ricorso deve essere rigettato.

6. In considerazione della complessità delle questioni affrontate, il Collegio ritiene di disporre l'integrale compensazione fra tutte le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Mosconi, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Floriana Venera Di Mauro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/08/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)