

Pubblicato il 21/07/2021

N. 05490/2021REG.PROV.COLL.

N. 01890/2020 REG.RIC.

N. 01888/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1890 del 2020, proposto da
ERG POWER GENERATION S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Comandè, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Carlo Comandè in Roma, via
Pompeo Magno, n. 23 A;

contro

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i
cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, TERNA S.P.A., ERG HYDRO S.R.L., non
costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 1888 del 2020, proposto da
ERG HYDRO S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'avvocato Carlo Comandè, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso lo studio Carlo Comandè in Roma, via Pompeo Magno, n. 23 A;

contro

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, TERNA S.P.A., ERG POWER GENERATION S.P.A., non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 1890 del 2020, della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sezione Seconda) n. 2432 del 2019;

quanto al ricorso n. 1888 del 2020, della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sezione Seconda) n. 2432 del 2019;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2021 il Cons. Dario Simeoli;

L'udienza si svolge ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e dell'art. 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa 13 marzo 2020, n. 6305;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.– La ERG Hydro s.r.l. – società del gruppo ERG che, fino al 30 giugno 2016, si era occupata del dispacciamento delle unità di produzione (UP) idroelettriche di titolarità del gruppo, di potenza complessiva di circa 530 MW – e la Erg Power Generation s.p.a. – società del medesimo gruppo che si occupa di dispacciare l'energia elettrica generata dalle unità produttive del gruppo ERG e che, dall'1 luglio 2016, dispaccia anche l'energia prodotta dagli impianti di produzione del nucleo idroelettrico di Terni, precedentemente dispacciati da Erg Hydro S.r.l. – hanno impugnato con plurimi ricorsi e motivi aggiunti:

i) la deliberazione ARERA n. 342/2016, con la quale l'Autorità ha avviato un procedimento per l'adozione di provvedimenti prescrittivi e di misure di regolazione asimmetrica, assumendo che

alcuni operatori del mercato energetico, tra cui la stessa ERG Hydro, avrebbero adottato delle condotte non coerenti con i principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza di cui all'art. 14, comma 6 della deliberazione 111/06;

ii) la successiva delibera n. 459/2016, recante l'avvio di un ulteriore e analogo procedimento di irrogazione di misure prescrittive a carico di ulteriori operatori e la proroga del termine di conclusione di siffatto procedimento fino al 2 novembre 2016, l'articolo 14, comma 6 dell'Allegato A alla delibera 111/06 ove inteso nel senso che la sua violazione potesse costituire presupposto per l'applicazione di sanzioni agli operatori da parte dell'ARERA nel senso indicato nella delibera 342/2016, nonché il DCO n. 316/2016/R/EEL in quanto richiamato nella delibera n. 342/2016;

iii) le note prot. n. 0026652 e prot. n. 0026299 del 22 settembre 2016, con la quale l'ARERA ha comunicato le risultanze istruttorie del procedimento avviato con delibera n. 342/2016, stabilendo altresì gli interventi prescrittivi da applicare in esecuzione della predetta delibera, la delibera n. 575/2016 e la nota prot. n. 003301 dell'11 novembre 2016, con la quale l'Autorità ha differito il termine di conclusione del procedimento avviato con delibera 342/2016;

iv) la delibera 247/2017 con la quale è stata disposta l'adozione di un provvedimento prescrittivo nei suoi confronti di Erg Hydro s.r.l.;

v) la delibera 268/2017 con la quale è stata disposta l'adozione di un provvedimento prescrittivo nei confronti di Erg Power Generation s.p.a.;

vi) le delibere n. 34/2018 e n. 75/2018 con la quale l'ARERA ha confermato l'adozione dei predetti provvedimenti prescrittivi.

A fondamento dell'impugnativa, le Società hanno sollevato i seguenti motivi di censura:

- a) l'insussistenza della norma attributiva del potere di intervento esercitato dall'Autorità;
- b) la mancata preventiva determinazione di un modello di condotta e di regole certe e specifiche che definiscano il contenuto dei principi generali di diligenza, prudenza, perizia e previdenza;
- b) l'applicazione retroattiva delle regole successivamente determinate per definire i concetti generali di diligenza, prudenza, perizia e previdenza;
- c) la violazione dell'articolo 41 della Costituzione;
- d) la carenza di istruttoria e di motivazione in ordine alle contestazioni formulate dall'Autorità, ed in particolare l'insussistenza del nesso causale tra l'attività di programmazione non diligente delle società e un incremento dell'uplift a carico della collettività;
- e) la carenza dei presupposti per sanzionare le ricorrenti per condotte non puntualmente accertate e prive di un preventivo quadro regolatorio che le definisca analiticamente.

2.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, con sentenza n. 2432 del 2019, a definizione dei giudizi riuniti n. 2208/2016, n. 1470/2017 e n. 1620/2017, ha respinto tutti i ricorsi ed i motivi aggiunti.

3.– Le Società in epigrafe indicate hanno quindi proposto appello avverso la predetta sentenza, riproponendo i vizi sollevati in primo grado, sia pure adattati all'impianto motivazione del sentenza gravata.

4.– Resistono in giudizio l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente e la società Terna s.p.a., insistendo per il rigetto del gravame.

5.– Con ordinanze n. 2266 e 2267 del 16 marzo 2021, la Sezione – «*Rilevato che: la parte appellante ha chiesto al Collegio, in via istruttoria, di acquisire formalmente nel presente giudizio copia delle relazioni di verifica redatte dall'Università degli Studi di Milano Bicocca e depositate in altri giudizi di appello vertenti sulle medesime questioni oggetto della presente controversia; in particolare, nell'ambito di altri giudizi di appello aventi ad oggetto questioni giuridiche analoghe a quelle oggi in discussione, la Sezione, con le ordinanze nn. 5361, 5362, 7123 e 7126 del 2019, ha incaricato il Direttore del Dipartimento di Scienze economico aziendali e Diritto per l'economia dell'Università di Milano Bicocca di rispondere, in qualità di verificatore, ai seguenti quesiti: "a) quale sia in dettaglio il funzionamento del MGP dell'energia elettrica di cui in motivazione nel caso in cui venga applicato il disposto dell'art. 14 commi 2 e 4 della delibera 111/06 dell'Autorità di cui in motivazione e quale sia la ragione economica precisa di questo disposto; b) quali siano i flussi finanziari che ne conseguono; c) chi sopporti il relativo costo, ovvero se esso rimanga a carico di chi fa il pagamento o venga traslato, e in quale misura, sugli altri soggetti del mercato ovvero sui consumatori finali, ovvero sul corrispettivo uplift, previa esatta definizione economica di quest'ultimo; e) alla luce di quanto spiegato, quali flussi finanziari e quale ripartizione di costi conseguente si siano determinati negli episodi di asserita programmazione non diligente che hanno portato ad emanare il provvedimento per cui è causa; f) ove la risposta a qualcuno dei quesiti non sia possibile, ne spieghi le ragioni; il tutto aggiungendo quanto ritenga utile a fini di giustizia"*; Ritenuto che: le risultanze della predetta istruttoria sono rilevanti anche per la soluzione della presente controversia, e che se ne può disporre la rituale acquisizione nel presente giudizio quale prova atipica, impregiudicata ogni valutazione nel merito con riguardo alle conclusioni raggiunte dal verificatore; è quindi necessario, al fine di potere avere formale contezza del predetto mezzo di prova (non essendo sufficiente al riguardo il suo mero richiamo nella memoria dell'appellante), rinviare all'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2021, acquisendola anche in copia entro trenta giorni prima della udienza pubblica e concedendo termine alle parti fino a venti giorni prima per eventuali deduzioni in merito» – ha disposto l'acquisizione del mezzo istruttorio predetto nell'ambito del presente fascicolo, mediante inserzione della relazione del verificatore nel PAT.

6.– All'udienza pubblica dell'8 luglio 2021, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. – I due appelli vanno riuniti, avendo ad oggetto la medesima sentenza di primo grado.

Le Società impugnano i provvedimenti con cui l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (di seguito: l'Autorità) le ha ordinato di restituire al gestore della rete elettrica gli importi corrispondenti al vantaggio indebito da lei conseguito per effetto di una strategia di programmazione non diligente nell'utilizzo del servizio di dispacciamento, rendendosi responsabile di sbilanciamenti effettivi particolarmente elevati rispetto al prelievo delle unità di consumo.

1.1.– Questa Sezione ha in diverse occasioni esaminato (da ultimo, con le sentenze n. 2045 del 2019 e n. 1586 del 2019) la struttura e la funzione del servizio pubblico di dispacciamento, disciplinato dall'Autorità – nell'esercizio delle funzioni attribuitele dall'art. 2, comma 12, lettera h), della legge

14 novembre 1995, n. 481, ed ora anche dall'art. 42, comma 1, lettera b), del d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93 – con la deliberazione 9 luglio 2006 n. 111/06, attuativa delle previsioni degli artt. 3 e 5 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79.

La ragione d'essere di tale servizio risiede nel dato fisico per cui l'energia elettrica non può essere, in linea di principio, immagazzinata al pari di altri beni di valore economico, ma deve essere necessariamente prodotta e consumata nel momento in cui l'utente finale la richiede. L'attività di dispacciamento – esercitata su tutto il territorio nazionale in regime di concessione dal gestore della rete di trasmissione nazionale (Terna s.p.a.) – ha quindi la funzione di assicurare, in ogni momento, l'equilibrio fra produzione e consumo di energia elettrica, garantendo la sicurezza e continuità di fornitura di elettricità, ovvero evitando gli sprechi, che conseguirebbero ad una superproduzione rispetto al consumo, e i distacchi, ovvero i blackout che conseguirebbero ad un sovra-consumo rispetto alla produzione.

1.2.– L'equilibrio costante fra la domanda e l'offerta si realizza attraverso i seguenti dispositivi.

Il gestore amministra il mercato del giorno prima (MGP): fino alle ore 12 della mattina precedente il giorno di consegna dell'energia, ovvero del giorno in cui i consumatori ne avranno bisogno, ogni operatore ammesso al mercato propone l'acquisto o la vendita di partite di energia per ciascuna ora del giorno successivo. In termini astratti, il lavoro del gestore di rete potrebbe concludersi qui, nel momento in cui fra l'offerta, ovvero l'energia che si prevede di produrre e vendere immettendola in rete il giorno dopo, e la domanda, ovvero l'energia che il giorno dopo si prevede di comperare e consumare prelevandola dalla rete, vi fosse equilibrio. In termini concreti però ciò non avviene, perché fra i dati del MGP, basati su stime, e la produzione e il consumo reale, vi è fisiologicamente uno scarto (dovuto, ad esempio, ad avarie negli impianti, maggiori consumi imprevisti ovvero, fattore particolarmente rilevante, all'impossibilità di prevedere esattamente la produzione delle fonti rinnovabili non programmabili, come le centrali solari ed eoliche, la cui efficienza dipende da fattori naturali).

Un primo meccanismo di correzione è rappresentato dal mercato infragiornaliero (MI), che si svolge dalla chiusura del MGP fino a tutto il giorno di consegna dell'energia, consentendo di scambiare ulteriori partite di energia per rimediare agli squilibri creatisi dopo le negoziazioni del MGP.

A fronte invece degli squilibri ulteriori, il servizio di dispacciamento opera come stabilizzatore del sistema di ultima istanza, il cui funzionamento può sintetizzarsi nel modo che segue.

In primo luogo, tutti gli operatori di mercato, ovvero i soggetti che producono e vendono, ovvero acquistano, energia sono utenti del servizio dispacciamento come tale, come previsto dall'art. 4, comma 1, della citata delibera 111/06, e quindi sono tenuti a concludere con il gestore il relativo contratto di servizio, condizione necessaria per operare sul mercato elettrico. Si tratta, all'evidenza, di una norma volta a vincolare tutti gli operatori a fare quanto necessario per la stabilità del sistema, e quindi per la buona gestione del servizio elettrico in generale. L'utente del servizio dispacciamento così definito ha poi, ai sensi dell'art. 14 della stessa delibera, l'obbligo di presentare programmi vincolanti di immissione o di prelievo di energia nella rete, ovvero assume il diritto e insieme l'obbligo di prelevare o consegnare le corrispondenti quantità di energia elettrica: se tale obbligo è rispettato, ne risulta in via automatica la stabilità del sistema, perché domanda e offerta si equilibrano (il comma 6 dell'art. 14 prescrive: «[g]li 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»).

Ciò tuttavia può non accadere: per ciascun punto di dispacciamento, lo scostamento dal programma vincolante dà luogo al c.d. sbilanciamento effettivo: quello positivo indica una maggiore immissione o un minor prelievo rispetto al programma vincolante; quello negativo indica una minore immissione o un maggior prelievo rispetto al programma. In tali casi operano i seguenti meccanismi di salvaguardia.

Il primo è previsto dall'art. 14, commi 2 e 4: l'energia immessa in eccesso o prelevata in difetto rispetto al programma vincolante si considera, ai fini economici, ceduta al gestore, che la deve pagare; l'energia immessa in difetto o prelevata in eccesso rispetto al programma vincolante si considera invece, sempre ai fini economici, ceduta dal gestore, che ne riceve il pagamento. Tali operazioni hanno tuttavia valenza economica, ma non fisica, perché il gestore di rete, in quanto tale, non dispone di impianti propri che producano o consumino energia: il problema è costituito dall'energia prodotta in difetto o consumata in eccesso, che se non resa fisicamente disponibile può causare il blocco del servizio, e quindi il blackout del sistema.

Per evitare ciò, è stato creato il mercato del servizio di dispacciamento (MSD), a cui sono ammessi solo gli operatori a ciò 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 dal gestore della rete. In tal mercato, diversamente dal mercato dell'energia elettrica all'ingrosso, la domanda è espressa dal solo gestore della rete (e non dagli utenti del dispacciamento) ed è una domanda rigida (rispetto al prezzo) per ciascuna delle risorse necessarie a garantire la sicurezza del sistema ossia delle risorse necessarie ad assicurare il continuo equilibrio di prelievi ed immissioni sulla rete nel rispetto dei vincoli fisici del sistema. Per le unità non abilitate al MSD (che quindi non possono offrire risorse su questo mercato), il programma vincolante è basato sulle sole offerte di acquisto (per le unità di consumo) e di vendita (per le unità di produzione) accettate su MGP e MI.

Nell'ambito del MSD, si distinguono poi una fase ex ante, in cui il gestore acquista l'energia necessaria all'equilibrio del sistema basandosi su una previsione a breve termine, e una fase di bilanciamento (MB), in cui il gestore agisce in tempo reale.

1.3.– La valorizzazione dell'energia elettrica che si forma nel mercato dei servizi di dispacciamento è spesso sensibilmente più elevata dei prezzi ordinari. La differenza fra i prezzi dell'energia nel MSD e i prezzi dell'energia nelle contrattazioni precedenti effettuate nel MGP può quindi incentivare i comportamenti opportunistici dei titolari di unità di consumo, utenti del dispacciamento non abilitati al MSD, che, sovradimensionando sistematicamente la propria previsione di prelievo, intendano appropriarsi in tal modo del sopraprezzo. Quest'ultimo costituisce peraltro un costo addizionale che confluisce nei costi delle attività di approvvigionamento d'energia – denominato “uplift” – sostenuti in prima battuta dal gestore e poi addossati sugli utenti come una componente della bolletta elettrica.

Con i provvedimenti impugnati, per l'appunto, l'Autorità, ritenuto che le società appellanti abbiano posto in essere un comportamento di questo tipo, lo sanziona disponendo il recupero a favore del gestore di rete dei corrispettivi da questo indebitamente versati.

1.4.– Per fronteggiare il diffuso inadempimento dell'obbligo di programmazione diligente, l'Autorità ha adottato una riforma generale della disciplina degli sbilanciamenti (in esito documenti di consultazione 368/2013/R/eel, 163/2015/R/eel e 316/2016/R/eel), e poi ha adottato una serie di provvedimenti prescrittivi nei confronti dei soggetti responsabili delle condotte abusive.

È utile ricordare che tali iniziative regolatorie hanno preso le mosse quando, nel corso del 2012, era stata registrata una sistematica e consistente differenza positiva (sbilanciamento) tra l'energia programmata in prelievo in esito al mercato del giorno prima (MGP) dagli utenti di dispacciamento in prelievo (titolari di unità di consumo come la società appellante) e l'energia misurata in prelievo imputabile agli stessi utenti. In particolare, tale fenomeno aveva interessato la zona della Sardegna, dove risultava negativo il segno dello sbilanciamento aggregato zonale e positivo lo sbilanciamento effettivo degli utenti in prelievo (che programmavano più energia di quanto prelevato e consumato), con la conseguenza di applicare agli utenti i (più favorevoli) corrispettivi di sbilanciamento, di cui all'art. 40.3, lettera b, delibera n. 111/06. Secondo l'Autorità, l'entità, la costanza e la sistematicità dello sbilanciamento effettivo positivo dell'insieme delle unità di consumo, imputabili a tali utenti, non poteva essere riconducibile ad errori di programmazione da parte di tali utenti, ma ad una specifica strategia speculativa. Con la deliberazione del 29 ottobre 2014, n. 525/2014/R/erl, recante «Modifiche e integrazioni alla disciplina degli sbilanciamenti effettivi di energia elettrica», è stato 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. In particolare, tale delibera ha disposto 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, sia così sostituito: «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». Ai sensi dell'art. 14, comma 7, della delibera 111/06, il gestore di rete segnala alla Autorità «significativi e reiterati scostamenti dall'applicazione dei principi enunciati al comma precedente», ovvero dai principi della programmazione vincolante prudentemente calcolata, «per l'adozione dei relativi provvedimenti di competenza».

1.5.– Su queste basi, è possibile scrutinare le ragioni addotte dalle Società appellanti.

2.– Vanno affrontati congiuntamente i motivi di appello che censurano in sostanza la nullità dei provvedimenti impugnati, sia in quanto emanati dall'Autorità in carenza assoluta di potere (stante la palese inconferenza dell'art. 2, comma 20, lettera d, della legge n. 481 del 1995, richiamato dall'Autorità quale presupposto normativo per l'emanazione del provvedimento prescrittivo) sia in ragione dell'interferenza del potere esercitato nell'ambito del contratto di diritto privato stipulato dall'utente del dispacciamento con la società Terna s.p.a., nonostante l'assenza di una disposizione normativa o contrattuale che consenta un simile intervento.

Le censure sono infondate alla luce del precedente di questa Sezione n. 4422 del 2019.

La novità e particolarità della questione impone una riflessione preliminare su di un fenomeno normativo che ha ampliato il quadro già composito delle fonti contrattuali.

2.1.– La produzione pubblica di regole di governo dei mercati investe da tempo anche il diritto dei contratti, il cui contenuto risulta sempre più spesso dettato da decisioni pubbliche assoggettate al regime del diritto amministrativo.

L'impiego del contratto per la realizzazione, in forme e con graduazioni diverse, di finalità di “regolazione” del mercato ha dato vita ad una fenomenologia assai articolata: in un ampio novero di ipotesi le norme regolamentari conformative dell'autonomia privata sono volte a fronteggiare “inefficienze” corrispondenti alle varie forme di fallimenti del mercato (razionalità individuale, asimmetrie informative, esternalità, monopoli); altre volte il tratto funzionale dell'intervento regolatorio è quello di simulare, in un dato settore di attività, le dinamiche del mercato

concorrenziale nei contesti connotati da vincoli naturali impeditivi del pieno confronto concorrenziale; in altri casi ancora, la regolazione del contratto non opera in chiave correttiva dei fallimenti del mercato (e, quindi, dell'efficienza allocativa), bensì in funzione redistributiva.

Le principali questioni giuridiche che il caso di specie pone all'attenzione del Collegio riguardano: da un lato, le condizioni necessarie perché il contratto possa essere eterointegrato da una fonte amministrativa; dall'altro, la possibile concorrenza, in caso di violazioni degli obblighi contrattuali, di rimedi pubblici accanto a quelli tradizionali civilistici.

2.2.– Gli atti di fonte secondaria adottati nell'esercizio della funzione regolatoria condizionano in vario modo lo svolgimento dell'autonomia privata, giungendo finanche a limitarne il campo elettivo di esplicazione, nella misura in cui: dettano il procedimento di formazione del contratto e le modalità di informazione precontrattuale; prescrivono forme ad substantiam e requisiti di forma-contenuto; integrano il contenuto del regolamento (spesso con riguardo anche alle variabili economiche dello scambio); impongono il compimento di negozi giuridici o ne vietano la stipulazione; disciplinano il comportamento da tenersi nella fase esecutiva.

La circostanza che regole restrittive della libertà contrattuale scaturiscano da atti di autorità amministrative pone il problema delle condizioni in presenza delle quali tali fonti subprimarie siano abilitate a disciplinare un campo costituzionalmente riservato alla competenza delle leggi o degli atti aventi forza di legge.

Senza dubbio la fonte amministrativa secondaria deve necessariamente operare su espressa delega del legislatore. La necessaria intermediazione della legge si desume, non solo dalla natura relativa della riserva di cui agli artt. 41 e 42 della Costituzione (la libertà di fare contratti strumentali all'esercizio dell'iniziativa economica è infatti costituzionalmente protetta nella stessa misura in cui riceve protezione l'iniziativa economica, ovvero nella stessa misura in cui è tutelata la proprietà dei beni negoziati), ma anche dalle pertinenti disposizioni del codice civile. L'art. 1372 c.c., nell'attribuire "forza di legge" alla manifestazione di volontà sorretta da comune intenzione, esclude la possibilità di modificare "in via amministrativa" l'assetto di interessi stabilito dalle parti, salvo che tale potere non sia previsto dalla legge (art. 1374 c.c.) ovvero prefigurato nell'accordo stesso. In definitiva, essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attribuito dalla legge, la "conformazione amministrativa" del contratto richiede un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti. L'art. 1339 c.c., secondo il consolidato orientamento interpretativo, si riferisce non soltanto al caso nel quale la legge individui essa stessa direttamente la clausola da inserirsi nel contratto, ma anche all'ipotesi in cui la legge preveda che l'individuazione della clausola sia fatta da una fonte normativa da essa autorizzata.

Ciò posto, la delega normativa non può compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa, ma deve accompagnarsi a che da un corredo "minimo" di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all'oggetto ed ai presupposti, in coerenza con il principio di legalità sostanziale posto a base dello Stato di diritto, in virtù del quale «non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa» (Corte costituzionale, sentenza n. 115 del 2011). Per le stesse ragioni, deve escludersi la possibilità di desumere poteri impliciti di incisione ab externo sul contratto da disposizioni che individuano soltanto le finalità dell'azione amministrativa.

2.3.– Quando il contratto rappresenta una componente del processo regolatorio, l'inadempimento delle relative obbligazioni non assume rilievo soltanto sul piano delle relazioni intersoggettive,

bensì è idoneo a ripercuotersi sul funzionamento dell'intero mercato. L'inadeguatezza dei tradizionali rimedi civilistici "interni" alle ragioni del contratto, rende necessario l'esercizio di poteri correttivi pubblicistici idonei ad estendere il proprio raggio d'azione al di là dello stretto perimetro definito dall'interesse delle parti.

Ciò non deve sorprendere: l'interazione della disciplina codicistica con le regole del mercato, pur non essendo in grado di "estirpare" il contratto dalle sue radici volontaristiche (in ciò la differenza con la figura delineata dall'art. 11 della l. n. 241 del 1990, la quale costituisce una specifica modalità di esercizio della funzione amministrativa connotata dal consenso), ha indubbiamente determinato un appannamento della figura paradigmatica del contratto civilistico inteso come sistema articolato di libere transazioni.

2.4.– Alla luce delle descritte coordinate ricostruttive, i motivi di appello vanno respinti.

L'assetto negoziale dei singoli rapporti di utenza del servizio pubblico di dispacciamento è definito dall'Autorità in forza di una puntuale base legale: l'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 79 del 1999 (secondo cui: «L'Autorità per l'energia elettrica e il gas fissa le condizioni atte a garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni, l'imparzialità e la neutralità del servizio di trasmissione e dispacciamento [...]») e l'art. 2, comma 12, della legge istitutiva n. 481 del 1995.

Il rimedio prescriptivo esercitato dall'Autorità trova poi espressa copertura legislativa nella disposizione di cui all'art. 2, comma 20, lettera d), della legge n. 481 del 1995, il quale consente a quest'ultima di ordinare al «soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lettera g), l'obbligo di corrispondere un indennizzo».

I requisiti di tale fattispecie normativa ricorrono tutti nel caso in esame: la violazione delle regole di condotta diligente in materia di programmazione dei prelievi ha infatti come conseguenza diretta la «lesione del diritto degli utenti» alla formazione del prezzo dell'energia elettrica corrispondente al suo valore reale o comunque il più vicino possibile a tale valore reale; il «soggetto esercente il servizio» è locuzione che, nello specifico contesto dell'attività di dispacciamento, va riferita non solo al concessionario, ma anche agli utenti del servizio stesso, la cui cooperazione (con il gestore) è imprescindibile per il suo funzionamento; l'«obbligo di corrispondere l'indennizzo» ha portata esemplificativa e non tipizzante le misure prescrittive adottabili, riferendosi ai casi (diversi da quelli qui in esame, perché relativi alla regolazione sulla qualità) in cui si registrino violazioni dei livelli generali o specifici del servizio.

A fondamento del potere, va richiamata anche la clausola di cui all'art. 19 del modello di contratto approvato dall'Autorità, dove viene precisato che il rapporto tra Terna e gli utenti del dispacciamento è disciplinato «[d]alle disposizioni della delibera n. 111/06». L'art. 4, comma 1, del contratto di dispacciamento stipulato da Terna con la società appellante, conferisce al gestore, «nei casi di inosservanza da parte dell'Utente del dispacciamento dei propri obblighi», il potere di «segnalare i relativi comportamenti all'Autorità», affinché quest'ultima li valuti in generale «ai sensi della legge n. 481/95», e quindi anche ai fini dell'adozione dei provvedimenti prescrittivi disciplinati dal citato art. 2, comma 20, lettera d).

2.5.– L'ordine dato alla società appellante di pagare a Terna s.p.a. gli importi indebitamente trattenuti per effetto degli sbilanciamenti volontari – affinché siano (con le modalità che spetta allo stesso regolatore definire) riassegnati all'utenza finale – non costituisce una sanzione in senso stretto, avendo tale misura la finalità preminente di "restituire" al sistema delle contrattazioni le

condizioni di funzionamento che il mercato avrebbe espresso ove non fosse stato perturbato dal comportamento opportunistico dell'utente.

Tale impostazione risponde del resto anche alla chiara tassonomia legislativa che distingue, all'art. 2, comma 20, della legge n. 481 del 1995, il potere sanzionatorio, di cui alla lettera c), cui è estranea qualunque finalità ripristinatoria o risarcitoria, da quello prescrittivo, di cui alla lettera d).

Dalle considerazioni appena svolte discende l'inapplicabilità alla presente fattispecie dei principi regolatori del diritto sanzionatorio, e il rigetto dei mezzi di impugnazione articolati sulla base degli stessi.

2.6.– Neppure è invocabile una violazione del legittimo affidamento. Come è già emerso sopra, il regolatore sin dal 2012 ha intrapreso svariate iniziative per porre rimedio all'attività speculativa derivante dagli sbilanciamenti, mostrando così di non avallare condotte simili. Gli affidamenti invocati erano evidentemente mal riposti, dal momento che le norme vigenti obbligavano gli operatori ad attenersi ai programmi di immissione e prelievo comunicati a Terna.

3.– Con altro mezzo di gravame, la società contesta la deliberazione impugnata nella parte in cui pretende di individuare le condotte non diligenti degli operatori mediante l'applicazione di soglie di tolleranza standard individuate ex post e senza valutare le caratteristiche specifiche del portafoglio gestito dalla ricorrente. Si ci duole, in particolare, della soglia di riferimento del 30% per i prelievi, laddove anche la delibera 197/2013/E/eel prevedeva una soglia espressa in 10 MW, e non in percentuale.

Anche tale censura è destituita di fondamento, come pure ritenuto nel citato precedente di questa Sezione n. 4422 del 2019.

3.1.– L'Autorità ha correttamente preso in considerazione non tutti gli sbilanciamenti, ma soltanto quelli "importanti" e cioè caratterizzati da livelli quantitativi e di reiterazione nel tempo che risultassero incompatibili con la diligenza richiesta all'operatore professionale, nell'utilizzo di un pubblico servizio. I criteri di valutazione della diligenza nella programmazione di prelievi e delle immissioni sono esemplificati sin dalla relazione alla delibera 197/2013/E/eel, ove si dimostra come, alla luce dei dati raccolti, gli operatori che rappresentano una quota di mercato dell'85% hanno uno sbilanciamento complessivo molto al di sotto del 15% (calcolato con riferimento al prelievo complessivo), mentre solo la restante quota di mercato del 15% ha uno sbilanciamento complessivo che arriva anche a valori superiori al 100% (con ciò intendendosi programmi vincolanti con valori oltre il doppio del prelievo effettivo).

Nel caso di specie, la soglia di tolleranza applicata alle società appellanti – in linea con la delibera 444/2016 che ha fissato una banda di tolleranza del 30% per gli sbilanciamenti delle unità di consumo – ha tenuto conto della specificità del portafoglio clienti della società per i prelievi in media e alta tensione. Come osservato dalla difesa erariale, la soglia di tolleranza del 30% è adeguatamente rappresentativa del margine tollerabile di errori nella programmazione anche per gli operatori con piccoli portafogli (cfr. il documento di consultazione 316/2016/R/eel, p. 24).

Peraltro, il mero superamento della soglia del 30% non è stato nella specie ritenuto sufficiente per l'integrazione della contestata violazione dell'art. 14.6 allegato A delibera 111/06, avendo avuto la sola funzione di delimitare l'ambito di accertamento dell'Autorità, ferma rimanendo la necessità di individuare elementi propri del caso concreto, idonei a qualificare come diligente anche una programmazione eccedente la soglia presa in esame.

L'Autorità, difatti:

- ha valutato, nell'ambito dei sbilanciamenti superiori a tale soglia, soltanto sbilanciamenti non episodici, essendo probabile che uno sbilanciamento isolato, anche se di rilevante dimensioni, non sia da imputare ad una strategia di programmazione negligente;
- ha qualificato i parametri della deliberazione n. 444/2016 quali elementi idonei a quantificare una sovra-remunerazione dell'utente non dovuta da parte di Terna "in linea di massima" e, pertanto, quale indice presuntivo suscettibile di deroga nel caso concreto;
- ha comunque permesso all'odierno appellante di fornire elementi peculiari, riferiti alla propria posizione, per modificare i criteri di calcolo di cui all'Allegato B, richiamanti, altresì, la "soglia standard del 30%, coincidente con l'errore medio mensile per le segnalazioni da parte di Terna all'Autorità previste dal punto 2 della deliberazione 444/2016/R7eel".

Il riferimento alla soglia di tolleranza del 30% non si traduce in un'applicazione retroattiva di delibere sopravvenute, regolanti, peraltro, una materia diversa, rappresentata dalla valorizzazione dei corrispettivi di sbilanciamento.

Difatti, mentre con la delibera n. 444/16 cit. è stato introdotto un nuovo meccanismo di calcolo del corrispettivo di sbilanciamento, incentrato su una banda di tolleranza del 30%, nell'ambito del procedimento prescrittivo, invece, il superamento della soglia del 30% deve intendersi un mero indice presuntivo di uno sbilanciamento violativo dell'art. 14.6 cit., ferma rimanendo la necessità di limitare l'esame ai soli sbilanciamenti non episodici ed esaminare i concreti elementi fattuali forniti dal singolo operatore; si è, dunque, in presenza di un parametro di diligenza già desumibile dall'osservanza dei comportamenti di mercato che, coerentemente, l'Autorità ha preso in esame sia ai fini della modifica della disciplina sui corrispettivi da sbilanciamento, sia per valutare le condotte negligenti degli operatori del settore.

L'entità e la sistematicità degli scostamenti dei prelievi effettivi realizzati dalle società appellanti è spiegabile solo con il perseguimento di una strategia commerciale speculativa. La società sono incorsa in sbilanciamenti significativi, con riferimento alle unità di produzione, anche superiori al 100% rispetto al programma vincolante modificato di immissione risultante dai mercati dell'energia (punto 39 della delibera 247/2017/E/eel, e punto della delibera 268/2017/E/eel);

4.— Vanno ora affrontati i motivi dell'appello con i quali la Società contesta l'incidenza causale delle condotte non diligenti contestate sull'incremento del corrispettivo uplift suscettibile di essere caricato sull'utente finale.

Nell'ambito di altri giudizi di appello aventi ad oggetto questioni giuridiche analoghe a quelle oggi in discussione, la Sezione, con le ordinanze nn. 5361, 5362, 7123 e 7126 del 2019, ha incaricato il Direttore del Dipartimento di Scienze economico aziendali e Diritto per l'economia dell'Università di Milano Bicocca di rispondere, in qualità di verificatore, ai seguenti quesiti: «a) quale sia in dettaglio il funzionamento del MGP dell'energia elettrica di cui in motivazione nel caso in cui venga applicato il disposto dell'art. 14 commi 2 e 4 della delibera 111/06 dell'Autorità di cui in motivazione e quale sia la ragione economica precisa di questo disposto; b) quali siano i flussi finanziari che ne conseguono; c) chi sopporti il relativo costo, ovvero se esso rimanga a carico di chi fa il pagamento o venga traslato, e in quale misura, sugli altri soggetti del mercato ovvero sui consumatori finali, ovvero sul corrispettivo uplift, previa esatta definizione economica di quest'ultimo; e) alla luce di quanto spiegato, quali flussi finanziari e quale ripartizione di costi conseguente si siano determinati negli episodi di asserita programmazione non diligente che hanno

portato ad emanare il provvedimento per cui è causa; f) ove la risposta a qualcuno dei quesiti non sia possibile, ne spieghi le ragioni; il tutto aggiungendo quanto ritenga utile a fini di giustizia»

Occorre quindi, preliminarmente, ricostruire le risultanze della predetta istruttoria acquisite nel presente giudizio (su iniziativa della società appellante) quale prova atipica. I relativi approfondimenti costituiscono bagaglio istruttorio e conoscitivo della Sezione, in ordine alle regole di funzionamento del sistema in questione e del complesso e delicato potere esercitato dall'Autorità di regolazione.

Irrilevanti appaiono le critiche sollevate dalle parti appellate alla qualificazione del verificatore e dei relativi assistenti, trattandosi di soggetti individuati dalla sezione nell'ambito della propria discrezionalità con riferimento a docenti universitari, il cui curriculum prodotto agli atti conferma, in ogni caso, la sussistenza dei necessari requisiti di professionalità. Peraltro la compiutezza degli esiti della verifica e delle difese svolte sul punto confermano ulteriormente a valle, nella sostanza, gli elementi formalmente ricavabili dai curricula stessa nonché l'utilizzabilità dei relativi approfondimenti.

4.1.– Va fatta una considerazione preliminare, sull'imputabilità in capo agli utenti del dispacciamento, titolari di unità non abilitate, degli sbilanciamenti effettivi in concreto occorsi.

Non può sostenersi che, risultando il prezzo di sbilanciamento condizionato dai prezzi formatisi sul MSD – cui partecipano esclusivamente le unità abilitate –, il maggior esborso dovuto da Terna per effetto dell'acquisto o della vendita di energia a sbilanciamento debba essere imputato in capo alle sole unità abilitate o comunque non sia ascrivibile anche agli utenti titolari di unità non abilitate.

Difatti, il fattore prezzo deve essere applicato ai quantitativi di energia immessa o prelevata in eccesso o difetto dai singoli utenti rispetto ai propri programmi vincolanti negoziati sui mercati dell'energia; sicché, dipendendo le quantità di energia sbilanciate dalla condotta di ciascun utente del dispacciamento, questi deve ritenersi responsabile degli sbilanciamenti in concreto procurati.

Pertanto, le conseguenze derivanti da una strategia di programmazione non diligente e comunque non rispettosa dei principi di cui all'art. 14, allegato A, delibera n. 111/06, non possono ascrivere ai soli operatori titolari di unità abilitate, ma devono imputarsi in capo ai singoli utenti del dispacciamento responsabili dalla violazione dei rispettivi programmi di prelievo e di immissione.

4.2.– La verifica, dopo aver descritto al punto 3 il funzionamento del mercato, in aderenza al quesito 1 ed in termini che peraltro non incidono sulla ricostruzione e qualificazione del potere in questione nei termini già espressi dalla sezione, ha fornito risposta ai successivi quesiti nei termini seguenti.

§ In relazione al quesito 2 ("Quali siano i flussi finanziari che ne conseguono"), la verifica ha accertato che la valorizzazione degli sbilanciamenti, ovvero la determinazione del corrispettivo a cui vengono valorizzate le cessioni tra il dispacciatore e gli operatori del mercato dell'energia (utenti del dispacciamento in immissione e/o prelievo) ovvero le differenze tra programmi di immissione/prelievo e comportamento effettivo, è descritta con chiarezza nelle osservazioni prodotte da Terna e allegate alla relazione (cfr. Allegato 2 – Osservazioni di parte).

In proposito, conformemente a quanto ribadito dall'Autorità (cfr. in particolare DCO n. 316/2016), la regolazione degli sbilanciamenti è ispirata a due principi: (a) attribuire a ciascuna unità i costi che il sistema ha dovuto sostenere per compensare lo sbilanciamento da essa causato, dando un "corretto" segnale di prezzo sul valore dell'energia scambiata in tempo reale; (b) incentivare una

programmazione da parte degli utenti del dispacciamento coerente con i principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza, disincentivando comportamenti che potrebbero rivelarsi nocivi per la sicurezza del sistema.

Il verificatore ha, inoltre, confermato che il quadro della regolazione vigente nel periodo 2015-2016, rilevante ai fini della soluzione della presente controversia, prevedeva una valorizzazione degli sbilanciamenti per le unità non abilitate, diverse dalle unità di produzione da fonti rinnovabili non programmabili, attraverso il meccanismo cd. single pricing, incentrato sull'erogazione "di un premio – rispetto al prezzo del mercato dell'energia (MGP) – agli sbilanciamenti con segno opposto a quello prevalente di sistema"; nonché, "all'opposto, l'erogazione di una penale – sempre rispetto al prezzo del mercato dell'energia (MGP) – agli sbilanciamenti con segno uguale a quello di sistema"; con la precisazione che "la dimensione del premio/penale fosse parametrata a quanto speso mediamente da Terna per movimentare le risorse abilitate (nel segmento di MSD relativo al mercato di bilanciamento) nella direzione opposta a quella dello sbilanciamento prevalente del sistema".

Ne deriva che, alla stregua della regolazione *ratione temporis* applicabile nella specie, gli sbilanciamenti in volume venivano valorizzati sulla base di prezzi che si formavano in un mercato al quale le unità non abilitate non partecipavano: tale meccanismo di valorizzazione degli sbilanciamenti esponeva le unità non abilitate ad un rischio asimmetrico con un guadagno potenziale senza un cap (limite massimo) e un valore minimo di guadagno pari a zero nel caso di posizione lunga, a fronte di una perdita potenziale senza floor (limite minimo percentuale al di sotto del quale gli interessi dovuti al creditore non possono scendere) e un valore minimo pari al prezzo pagato su MGP nel caso di posizione corta.

In fasi di mercato caratterizzate da aspettative di forti turbolenze dei prezzi su MSD, secondo quanto ritenuto dal verificatore, l'operatore razionale tenderebbe a porsi in posizione lunga al fine di minimizzare l'esposizione al rischio di perdite potenzialmente destabilizzanti per il proprio equilibrio economico-finanziario, in particolare per gli operatori di minori dimensioni.

§ In ordine al quesito n. 3 ("Chi sopporti il relativo costo, ovvero se esso rimanga a carico di chi fa il pagamento o venga traslato, e in quale misura, sugli altri soggetti del mercato ovvero sui consumatori finali, ovvero sul corrispettivo uplift, previa esatta definizione economica di quest'ultimo"), la verifica ha preso in esame le varie componenti del corrispettivo uplift definito dall'art. 44, all. A, delibera n. 111/2006, posto a copertura dei costi che Terna sostiene per l'attività di dispacciamento, comprendente, oltre agli sbilanciamenti, altre partite connesse al funzionamento del mercato elettrico, come le rendite di congestione e il costo del servizio di importazione virtuale.

Per quanto più di interesse ai fini del presente giudizio, è emerso che le componenti più significative del corrispettivo uplift sono quelle relative agli sbilanciamenti (art.44.1 lett. a), ai servizi di dispacciamento (art.44.1 lett. b) e ai servizi di interconnessione (art. 44.2, lett.g).

In sede di verifica, in particolare, è stato accertato che il corrispettivo uplift nel corso degli anni ha mostrato una forte correlazione con il saldo tra oneri e proventi relativi ai servizi di dispacciamento - con un contributo positivo anche se tendenzialmente stabile dei costi per il servizio di interconnessione virtuale - mentre è apparsa incerta la relazione tra corrispettivo uplift e sbilanciamenti.

In alcuni periodi il saldo tra oneri e proventi di sbilanciamento è risultato negativo, contribuendo alla riduzione del corrispettivo uplift, in altri, invece, registrando un valore positivo, ne ha

determinato un incremento. Peraltro, l'incidenza del saldo netto da sbilanciamento è condizionata dal meccanismo di determinazione dei corrispettivi di sbilanciamento, a sua volta influenzato dalla combinazione tra il fattore prezzo (avente un ruolo ritenuto dal verificatore preponderante e determinato dalla dinamica dei prezzi su MSD, che è funzione delle chiamate di Terna e delle offerte delle unità abilitate nonché del meccanismo di valorizzazione degli sbilanciamenti definito dalla regolamentazione) e dal fattore quantità (integrato dal volume degli sbilanciamenti eseguiti dagli utenti del dispacciamento).

All'esito degli accertamenti, è emerso come il fenomeno di elevati saldi netti da sbilanciamento si sia verificato con una frequenza considerevole non solo nel biennio interessato dai procedimenti prescrittivi, ma anche negli anni precedenti, e si sia ripresentato nel primo semestre 2017. Nel 2015, nonostante siano stati rilevati dall'Autorità comportamenti anomali da parte degli operatori nei confronti dei quali sono stati attuati provvedimenti prescrittivi - comportamenti che avrebbero determinato un incremento degli oneri di sbilanciamento-, non si evidenzia un impatto significativo del saldo netto di sbilanciamento sul corrispettivo uplift; anzi, nel mese di luglio 2015 il saldo netto di sbilanciamento ha contribuito significativamente a contenere l'aumento dell'uplift dovuto all'incremento degli oneri di dispacciamento. Dopo un nuovo picco positivo nel primo semestre 2017, il saldo netto di sbilanciamento si è mantenuto su livelli modesti e sistematicamente negativi; nel medesimo periodo il corrispettivo uplift ha evidenziato un andamento sostanzialmente decorrelato rispetto al saldo netto di sbilanciamento, raggiungendo livelli elevati e mostrando alta variabilità.

Dagli accertamenti svolti è emerso, inoltre, che il corrispettivo uplift rappresenta un costo che viene posto a carico degli utenti del dispacciamento in prelievo. L'uplift viene quindi traslato direttamente sull'utente finale, per quanto concerne i clienti del mercato tutelato, attraverso la tariffa regolata (uplift incluso nella componente denominata "costo dell'elettricità e del dispacciamento"); per quanto concerne i clienti del mercato libero tale onere può essere trasferito ai clienti finali, dipendendo dalle condizioni contrattuali pattuite nell'accordo di fornitura. Sulla base dei dati a sua disposizione il verificatore ha ritenuto che per i clienti del mercato libero la traslazione dell'uplift sull'utente finale non sia sempre avvenuta nel periodo esaminato.

D'altro canto, alla stregua di quanto reputato dal verificatore, il meccanismo ripristinatorio previsto dalla Delibera AEEGSI n. 575/2016/R/EEL, se venisse applicato, non consentirebbe di evitare disparità di trattamento: dato lo iato temporale tra il momento in cui si sarebbero verificate le condotte non diligenti che avrebbero portato a un aumento indebito del corrispettivo uplift e dunque all'addebito agli utenti finali di un onere "improprio" e il momento del riaccredito degli importi eventualmente recuperati in ragione dei provvedimenti prescrittivi mediante inclusione degli stessi nel calcolo del corrispettivo uplift, gli utenti sui quali hanno gravato gli oneri "impropri" soltanto casualmente potrebbero coincidere con quelli ai quali verrà fatta la restituzione sia sotto il profilo nominale sia in termini di consumi di energia.

§ Con riferimento al quesito 5 ("Ove la risposta a qualcuno dei quesiti non sia possibile ne spieghi le ragioni; il tutto aggiungendo quanto ritenga utile a fini di giustizia"), la verifica ha ripreso alcuni aspetti che attengono al rispetto del principio di diligenza come base per l'efficienza e il buon funzionamento dei meccanismi di mercato.

In tale ottica la verifica ha evidenziato come il perseguimento di tale obiettivo (condotte e quindi programmazioni diligenti) possa essere ricercato in primo luogo circoscrivendo le condizioni di insufficiente disseminazione delle informazioni, specie quando le condotte e i meccanismi di formazione dei prezzi si realizzino in mercati fisiologicamente segmentati. È stata quindi richiamata l'attenzione sulla circostanza che, in un mercato ancora in fase di maturazione, condotte virtuose

degli operatori possono ottenersi affiancando alla definizione di regole oggettive preventivamente e razionalmente determinate, un dialogo continuo con finalità “educative” soprattutto nei confronti di soggetti con una storia di operatività ancora circoscritta; in molti casi le autorità di regolazione in mercati o settori maturi ricorrono a interventi di soft regulation (o di c.d. moral suasion) idonei a indirizzare i comportamenti dei soggetti regolati e a migliorarne la conformità alle regole.

Tale ipotesi si accompagna in altri contesti a una strenua salvaguardia dell’accountability (o credibilità) del regolatore che normalmente viene realizzata sia condividendo con il mercato la fase di costruzione dell’impianto di norme, sia promuovendo la formulazione e l’applicazione delle regole secondo una logica di proporzionalità, in base alla quale l’onerosità, la ratio e spesso la forza cogente delle regole sono “graduate” anche in rapporto alla dimensione, alla complessità operativa e, in definitiva, all’effettivo impatto che condotte non adeguate possono generare sul funzionamento dei mercati.

Infine, la verifica ha considerato che il funzionamento di un mercato concorrenziale (anche a fronte della negoziazione di un bene cruciale per il benessere pubblico quale l’energia) richiede regole oggettive in grado di salvaguardare la fruizione del pubblico e al tempo stesso la fairness nei rapporti tra operatori e tra questi e gli utenti del bene oggetto di scambio, essendo anche il risultato del consolidarsi di best practices che in qualche misura sono formate dalla disciplina di mercato, che sono inevitabilmente generate dallo sviluppo e dalla crescita del mercato e degli operatori, ma al tempo stesso sono edificate promuovendo un dialogo continuo tra operatori e tra questi e il regolatore.

4.3.– Alla luce degli esiti della verifica – le cui risultanze per il loro carattere sistemico sono estensibili anche al presente giudizio –, appaiono fondate le censure dedotte in appello nei termini di sussistenza del difetto di istruttoria e conseguente motivazione in ordine alla determinazione delle somme oggetto dei provvedimenti prescrittivi impugnati.

4.4.– L’Autorità ha congruamente motivato la ricorrenza di sbilanciamenti volontari, violativi dell’art. 14, allegato A, delibera n. 111/06, avendo correttamente preso in considerazione non tutti gli sbilanciamenti, ma soltanto quelli caratterizzati da livelli quantitativi e reiterazione nel tempo risultati incompatibili con la diligenza richiesta all’operatore professionale; sono stati, invece, esclusi sbilanciamenti aventi una natura episodica e di non sistematica reiterazione, in relazione ai quali, ragionevolmente, è stato ritenuto che il mancato rispetto del programma non fosse imputabile ad una programmazione non diligente.

Senonché, l’eventuale integrazione di una condotta violativa dell’art. 14, allegato A, delibera n. 111/2016, non può ritenersi sufficiente per giustificare l’adozione di misure prescrittive, rientranti – secondo quanto sopra precisato – nella competenza provvedimentale dell’Autorità appellata; richiedendo l’art. 2, comma 20, lettera d), legge n. 481 del 1995, altresì, la concretizzazione di una lesione dei diritti degli utenti finali in conseguenza del comportamento ascritto all’esercente il servizio.

In particolare, essendosi in presenza di un potere prescrittivo e non sanzionatorio - il cui fine è rappresentato dalla restituzione al sistema delle condizioni di funzionamento che il mercato avrebbe espresso, ove non fosse stato perturbato dal comportamento opportunistico dell’utente del dispacciamento – per ritenere legittimamente assunto il relativo provvedimento amministrativo (di carattere individuale e avente, peraltro, rilevante impatto economico sulla sfera giuridica degli operatori del settore), occorre che siano dimostrati l’effettivo incremento del corrispettivo uplift in conseguenza degli sbilanciamenti non diligenti rilevati dall’Autorità e la sua traslazione a carico dell’utenza finale; presupposti indispensabili per riscontrare comportamenti lesivi dei diritti degli

utenti ex art. 2, comma 20, lettera d), legge n. 481 del 1995 e, quindi, per qualificare l'obbligazione restitutoria come misura prescrittiva assunta a tutela dell'utenza lesa.

Del resto, la stessa Autorità, nell'ambito del provvedimento prescrittivo, nell'individuare le questioni oggetto di valutazione, non ha ritenuto sufficiente verificare "se le strategie di programmazione [dalla società] compiute siano contrarie all'obbligo di programmare con diligenza, prudenza, perizia e previdenza di cui all'articolo 14, comma 6, della deliberazione 111, comportandone la violazione" (par. 34, lett. a), avendo manifestato l'esigenza di accertare, altresì, sia "se da tali (eventuali) programmazioni non diligenti l'impresa abbia conseguito benefici economici (in termini di maggiori ricavi o minori costi nell'ambito della regolazione economica delle partite di bilanciamento)" (par. 34, lett. b), sia "se tali benefici conseguiti abbiano determinato, a livello complessivo, un onere a carico del sistema (mediante il corrispettivo uplift) e, quindi, della totalità dell'utenza finale" (par. 34, lett. c).

Pertanto, al fine di legittimare l'intervento prescrittivo, non può ritenersi sufficiente la prova del profitto tratto dall'operatore economico in conseguenza dello sbilanciamento illecito (in quanto violativo dell'obbligo di diligente programmazione ex art. 14 allegato A, delibera n. 111 cit.), ove non risulti chiaramente dimostrato, altresì, il correlato incremento dei costi a carico dell'utenza finale; altrimenti, l'imposizione dell'obbligazione pecuniaria si atterrebbe quale misura sanzionatoria, parametrata alla condotta dell'agente e all'utile dallo stesso conseguito, come tale funzionale alla repressione dell'illecito in concreto rilevato; a prescindere, quindi, dalla configurazione di un'effettiva lesione dei diritti dell'utenza, circostanza che, in tale maniera, in concreto non verrebbe provata.

In sostanza, sotto il profilo del danno, inteso come differenza sul patrimonio, quale esso era prima del comportamento scorretto e quale esso è dopo tale condotta, deve aversi riguardo non solo all'arricchimento dell'operatore, ma anche allo svantaggio per la platea degli utenti, che sono il c.d. contraente debole, tutelato dal sistema, comprensivo dell'attività regolatoria.

4.5.– Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche, occorre verificare se l'Autorità abbia nel caso di specie non soltanto accertato la sussistenza di sbilanciamenti non diligenti, violativi dell'art. 14, all. A, del. n. 111/06 cit., ma abbia provveduto, altresì, a riscontrare un conseguente incremento del corrispettivo uplift traslato sull'utenza finale, quantificando, per l'effetto, l'importo oggetto di ripetizione, avuto riguardo (anziché al profitto indebito conseguito dall'operatore) al maggior costo sostenuto dagli utenti finali per effetto degli sbilanciamenti volontari ascritti all'odierno appellante.

Nello svolgimento di tale verifica deve tenersi conto che, alla stregua del quadro regolatorio di riferimento sopra ricostruito, gli sbilanciamenti effettivi sono idonei a determinare sia un effetto diretto nei rapporti negoziali tra le parti del contratto di dispacciamento, che uno indiretto sul mercato del dispacciamento, influenzando in tale modo sulla determinazione del corrispettivo uplift ex art. 44, all. A, del. n. 111/06.

In particolare, quanto all'effetto diretto, lo sbilanciamento effettivo incide in via immediata sulla componente del corrispettivo uplift di cui all'art. 44, comma 1, lett. a), all. A, del. n. 111/06, rappresentata dal saldo fra i proventi e gli oneri per l'applicazione dei corrispettivi di sbilanciamento effettivo.

Il meccanismo del single pricing - operante fino al 31 luglio 2016 (e, quindi, *ratione temporis* rilevante nel presente giudizio) - come sopra osservato, consentiva di associare agli sbilanciamenti effettivi discordi o "in controfase" (in direzione opposta rispetto allo sbilanciamento aggregato zonale) il conseguimento di un beneficio economico per l'utente del dispacciamento, idoneo a

determinare un diretto incremento della componente del corrispettivo uplift di cui all'art. 44, comma 1, lett. a), cit.

Nella regolazione economica dei rapporti intercorrenti fra i singoli utenti del dispacciamento e Terna, l'art. 14, all. A, delibera n. 111 del 2006 prevede, infatti, a meri fini economici (come supra osservato) in caso di sbilanciamenti positivi, la rivendita dell'energia a Terna; in caso di sbilanciamenti negativi, l'acquisto di energia da Terna.

In applicazione del meccanismo del single pricing:

- a fronte di uno sbilanciamento effettivo positivo in controfase, l'utente del servizio del dispacciamento vende a Terna l'energia immessa in eccesso o prelevata in difetto rispetto alle quantità programmate "a un prezzo pari al maggiore tra il prezzo su MGP e la media dei prezzi a salire su MB, cioè riceve un "corrispettivo" (un "premio") di sbilanciamento che non ha limite superiore" (cfr. pag. 17 verifica);

- a fronte di uno sbilanciamento effettivo negativo in controfase, l'utente del servizio del dispacciamento acquista da Terna l'energia immessa in difetto o prelevata in eccesso rispetto alle quantità programmate "al minore tra il prezzo su MGP e la media dei prezzi a scendere su MB, cioè paga un "corrispettivo" (una "penalità") di sbilanciamento che al massimo è pari al prezzo su MGP" (pag. 17 verifica).

In entrambe le ipotesi, dunque, la regolazione prevedeva "l'erogazione di un premio – rispetto al prezzo del mercato dell'energia (MGP) – agli sbilanciamenti con segno opposto a quello prevalente di sistema" (pag. 16 verifica); con conseguente valorizzazione di un maggiore onere economico a carico di Terna, suscettibile di incrementare la componente del corrispettivo uplift ex art. 44, comma 1, lett. a), cit.

Lo sbilanciamento effettivo, tuttavia, potrebbe determinare anche un effetto indiretto (attraverso la condotta attiva di Terna sul MSD) sulla determinazione del corrispettivo uplift, condizionando la distinta componente di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), relativa ai servizi del dispacciamento.

Gli sbilanciamenti effettivi, comportando uno squilibrio del sistema, potrebbero imporre l'intervento di Terna sul mercato del dispacciamento, al fine di attivare le unità abilitate e ottenere, in tale modo, la variazione dei quantitativi di energia di cui il sistema necessita per il ripristino delle condizioni di equilibrio.

Tanto emerge, peraltro, dalla stessa delibera n. 343/16 prodotta in primo grado, recante la comunicazione di avvio del procedimento prescrittivo, in cui si dà atto che le strategie di programmazione non coerenti, fra l'altro, potrebbero alterare "l'andamento del mercato per il servizio di dispacciamento (di seguito: MSD), inducendo il gestore della rete ad attivare risorse nella fase di programmazione di detto mercato che non sarebbero state utilizzate in presenza di una programmazione coerente con i principi di diligenza, perizia, prudenza e previdenza, nonché a condurre il sistema virtualmente verso stati di sicurezza critici con grave dispendio di risorse da approvvigionare che poi non si rivelano nei fatti utilizzate".

Difatti, come osservato sopra nella descrizione del MSD e come precisato da questa sezione in altri precedenti, "Successivamente alla chiusura del mercato dell'energia elettrica all'ingrosso, si apre il mercato per il servizio di dispacciamento (MSD), nel quale i gestori di impianti, che hanno ottenuto l'abilitazione alla fornitura di risorse di dispacciamento, offrono al gestore della rete la propria disponibilità a variare le immissioni o i prelievi di elettricità rispetto ai quantitativi risultanti

all'esito di MGP e di MI, presentando offerte a salire (aumentare l'immissione o diminuire il prelievo) o offerte a scendere (diminuire l'immissione o aumentare il prelievo)" (Consiglio di Stato, sez. VI, 4 giugno 2020, n. 03535).

Pertanto, al fine di bilanciare il sistema:

- a fronte di uno stato eccedentario del sistema elettrico, implicante una maggiore immissione o un minore prelievo, Terna si attiva per ottenere una riduzione delle quantità di energia elettrica mediante l'accettazione delle offerte a scendere presentate dalle unità abilitate sul MSD a prezzi di regola inferiori rispetto a quelli zonali;
- a fronte di uno stato deficitario del sistema, derivante da minori immissioni o maggiori prelievi rispetto alle quantità programmate, Terna si attiva per ottenere un incremento delle quantità di energia elettrica, mediante l'accettazione delle offerte a salire presentate sul MSD a prezzi di regola superiori a quelli zonali.

I maggiori oneri sostenuti da Terna sul mercato del dispacciamento determinano, in tale caso, un incremento della componente del corrispettivo uplift di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), cit.

L'esistenza di effetti diretti e indiretti riconducibili agli sbilanciamenti effettivi è, peraltro, riconosciuta anche dall'Autorità.

L'incidenza degli sbilanciamenti sul mercato del dispacciamento, in ogni caso, è ricavabile anche dal provvedimento prescrittivo impugnato in prime cure, dove si dà atto che, Terna "... al fine di porre rimedio agli sbilanci causati dalle deviazioni rispetto ai programmi (in immissione e/o prelievo) che si formano in esito ai mercati dell'energia, essa si serve del contributo degli utenti che dispongono di particolari unità di produzione (c.d. unità abilitate); tali elementi partecipano con le proprie unità abilitate al mercato per il servizio di dispacciamento (...) dove Terna può concludere contratti in forza dei quali ordinare la variazione dell'energia immessa (e prelevata per le unità di produzione e pompaggio) sia in fase di programmazione, sia in tempo reale".

Al fine di quantificare gli oneri a carico del sistema derivanti da uno sbilanciamento effettivo – suscettibili di tradursi nella liquidazione del corrispettivo uplift –, occorre, dunque, analizzare non solo l'effetto diretto, ma anche quello indiretto prodotto dalla violazione dei programmi (vincolanti) di prelievo e immissione presentati dagli utenti del dispacciamento.

Difatti, l'Autorità ha inteso esercitare un potere prescrittivo, fondato sull'esistenza di un comportamento ascrivibile al «soggetto esercente il servizio», causa di una lesione dei diritti dell'utenza a una corretta formazione del prezzo sui mercati e a una corretta determinazione del valore delle risorse per dispacciamento, concretizzatasi nell'aumento del corrispettivo uplift.

Nel valutare la sussistenza dei presupposti fondanti l'esercizio del potere prescrittivo, dunque, è imprescindibile un accertamento del nesso eziologico tra la condotta (di sbilanciamento effettivo) e l'evento (l'incremento del corrispettivo uplift, successivamente traslato sull'utenza finale), da svolgere in applicazione della teoria condizionalistica, secondo cui un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 26 febbraio 2019, n. 1363).

Ne deriva che, per ritenere lo sbilanciamento effettivo associato al singolo punto di dispacciamento causa di un definito incremento del corrispettivo uplift, occorre verificare se, in assenza dello sbilanciamento, il valore complessivo del corrispettivo uplift sarebbe stato effettivamente inferiore

(per la misura corrispondente a quella imputata all'operatore) a quella concretamente registrata, tenendo, tuttavia, conto di tutte le sue componenti, comunque condizionate dagli sbilanciamenti.

Nell'ambito di una tale verifica anche un eventuale risparmio di spesa procurato dalla condotta dell'utente del dispacciamento potrebbe assumere rilevanza.

Difatti, ove si accertasse che, in assenza dello sbilanciamento, Terna necessariamente o con ragionevole probabilità avrebbe dovuto sostenere una maggiore spesa sul MSD per l'acquisto/vendita delle quantità di energia occorrenti per riequilibrare il sistema (nella misura corrispondente a quella sbilanciata in concreto dall'appellante), dovrebbe ritenersi, in applicazione della teoria condizionalistica, che lo sbilanciamento effettivo realmente occorso sia stato causa di un risparmio di spesa giuridicamente rilevante, da computare al fine di valutare la lesione dei diritti dell'utenza ascrivibile all'utente del dispacciamento (sulla possibilità di valorizzare quale forma di arricchimento, rilevante per l'ordinamento, non soltanto incrementi patrimoniali, ma anche risparmi di spesa correlati all'altrui condotta, cfr. Cass. civ. Sez. III Ord., 21 giugno 2018, n. 16305 e Consiglio di Stato, sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 244).

In ogni caso, si osserva che nella specie, essendo rappresentato l'evento lesivo dalla violazione dei diritti dell'utenza finale, ai fini del relativo accertamento, non rilevano le variazioni di valore delle singole componenti dell'uplift – che, pertanto, non assumono valenza autonoma –, bensì occorre esaminare l'incremento complessivo del costo generato a carico del sistema elettrico, tenendo conto della somma algebrica di tutte le sue componenti.

Nella specie l'oggetto di esame non è, infatti, rappresentato dalla correlazione tra lo sbilanciamento effettivo e l'onere gravante su Terna a titolo di premio di sbilanciamento -componente dell'uplift idonea a valorizzare il beneficio conseguito dall'utente del dispacciamento, ma non la lesione dei diritti dell'utenza finale, presupposto essenziale per giustificare l'esercizio del potere prescrittivo-; bensì è integrato dalla verifica del nesso eziologico tra sbilanciamento effettivo e danno all'utenza, sub specie di incremento complessivo dell'uplift, posta unitaria, da computare operando la somma algebrica di tutte le sue componenti ex art. 44, comma 1, all. A cit., comunque condizionate dallo sbilanciamento, anche sotto forma di risparmio di spesa altrimenti da sostenere in assenza della condotta ascritta all'utente del dispacciamento.

La necessità di una tale analisi si pone, in particolare, per gli sbilanciamenti “contro fase”, i quali:

- ove positivi e verificatisi nell'ambito di uno stato deficitario del sistema, si concretizzano in un minor prelievo o in una maggiore immissione (rispetto al quantitativo programmato dal singolo utente) nell'ambito di un contesto aggregato in cui l'energia presente sul sistema è inferiore a quella occorrente per il raggiungimento della posizione di equilibrio;
- ove negativi e verificatisi nell'ambito di uno stato eccedentario del sistema, si traducono in un maggior prelievo o in una minore immissione (rispetto al quantitativo programmato dal singolo utente) nell'ambito di un contesto aggregato in cui l'energia presente sul sistema è superiore a quella occorrente per il raggiungimento della posizione di equilibrio.

In siffatte ipotesi, non può in astratto escludersi che lo sbilanciamento effettivo produca, contestualmente, sia un maggiore onere sostenuto da Terna per il pagamento del premio di sbilanciamento (così influenzando sulla componente di cui all'art. 44, comma 1, lett. a), cit.), sia una riduzione degli oneri che Terna deve sostenere per l'attivazione delle unità abilitate sul distinto MSD (condizionando, in tale caso, la componente di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), cit.).

In tali circostanze, in particolare, tenuto conto dello stato effettivo del sistema e dell'idoneità degli sbilanciamenti ad influire anche sul mercato del dispacciamento (attraverso le modalità supra tracciate), lo sbilanciamento effettivo potrebbe anche determinare un risparmio di spesa, corrispondente al mancato incremento degli oneri per il servizio del dispacciamento ex art. 44, comma 1, lett. b), che altrimenti Terna avrebbe dovuto sostenere sul MSD, per acquistare/vendere le quantità di energia (corrispondenti a quelle sbilanciate dal singolo utente) occorrenti per ripristinare lo stato di equilibrio del sistema.

In siffatte ipotesi, posto che, in assenza dello sbilanciamento effettivo, la spesa avrebbe dovuto essere sostenuta dal gestore della rete, lo sbilanciamento effettivo si atteggia quale causa giustificatrice del risparmio di spesa, con conseguente integrazione del relativo nesso eziologico.

4.6.– In definitiva, l'Autorità, nell'accertare la correlazione tra sbilanciamento e incremento dell'uplift, nonostante le richiamate premesse, incentrate sulla sussistenza di effetti diretti e indiretti suscettibili di essere prodotti dagli sbilanciamenti sul mercato elettrico, si è limitata a verificare i benefici conseguiti dall'operatore economico in conseguenza degli sbilanciamenti effettivi realizzati – e, quindi, il solo costo direttamente generato sulla componente di cui all'art. 44, comma 1, lett. a), cit. –, omettendo di verificare, altresì, l'eventuale beneficio prodotto dal medesimo antecedente causale (sbilanciamento) sul valore complessivo dell'uplift, sub specie di riduzione degli oneri che Terna necessariamente o con ragionevole probabilità, in assenza dello sbilanciamento contro fase, avrebbe dovuto sostenere sul MSD per l'acquisto/vendita delle quantità di energia occorrenti per riequilibrare il sistema, nella misura corrispondente a quella sbilanciata in concreto dall'appellante.

Ne deriva che l'Autorità, sebbene, nel giustificare i presupposti del provvedere, non avesse ritenuto sufficiente l'accertamento del solo profitto indebito tratto dall'appellante dalla violazione dei programmi vincolanti – attesa la necessità di verificare anche l'incremento del corrispettivo uplift in concreto generato dagli sbilanciamenti effettivi all'uopo registrati – nel valutare l'an e il quantum dell'obbligazione restitutoria, si è limitata ad accertare e quantificare il profitto indebito (al netto delle penali di sbilanciamento) tratto dall'operatore economico dai propri sbilanciamenti, assumendo che lo stesso, indipendentemente dal segno dello sbilanciamento aggregato zonale e dall'effettivo stato del sistema, fosse idoneo a produrre un corrispondente incremento del corrispettivo uplift a carico dell'utenza.

L'accertamento di sbilanciamenti illeciti (violativi dell'obbligo di diligente programmazione ex art. 14 all. A del. n. 111 cit.) e di profitti (conseguentemente) indebiti tratti dall'operatore economico non può ritenersi sufficiente per l'adozione di una misura prescrittiva, la quale – come sopra osservato – richiede, altresì, una correlazione tra il comportamento ascritto all'esercente il servizio e la lesione dei diritti dell'utenza conseguentemente procurata.

Non esaminando lo stato effettivo del sistema, l'Autorità non ha verificato se lo sbilanciamento “contro fase” contestato all'appellante, oltre a violare il disposto di cui all'art. 14, all. A, del. n. 111/06 e a determinare -nella misura rilevata- un incremento della componente dell'uplift ex art. 44, comma 1, lett. a), cit., al contempo, abbia causato un risparmio di spesa (in tale modo influenzando sulla distinta componente ex art. 44, comma 1, lett. b), cit.), che altrimenti Terna avrebbe dovuto certamente o con ragionevole probabilità sostenere sul MSD per ricondurre il sistema in equilibrio, acquistando/vendendo nei rapporti con le unità abilitate (e, quindi, a prezzi più onerosi rispetto a quelli di mercato) le quantità di energia occorrenti per riequilibrare il sistema, nel caso concreto invece regolate economicamente in sbilanciamento con la parte appellante.

Tale verifica avrebbe richiesto un'indagine riferita allo stato (eccedentario o deficitario) in cui il sistema si trovava al momento dello sbilanciamento controfase, al fine di accertare se tale

sbilanciamento avesse prodotto comunque un effetto benefico -da valutare per stabilire la sua correlazione con il corrispettivo uplift-, aumentando le quantità di energia disponibili (attraverso maggiori immissioni o minori prelievi rispetto ai programmi modificati) a fronte di uno stato deficitario del sistema ovvero riducendo le quantità di energia disponibili (attraverso un maggiore prelievo o una minore immissione rispetto ai programmi modificati) in uno stato eccedentario del sistema.

Un tale accertamento avrebbe potuto influire sia sull'an dell'obbligazione restitutoria, da negare ove il risparmio di spesa (riferito alla componente di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), all. A, del. n. 111 cit.) fosse stato interamente idoneo a controbilanciare il costo (correlato alla componente di cui all'art. 44, comma 1, lett. a), all. A, del. n. 111 cit.), sia sul quantum, da ridurre rispetto alla misura liquidata con il provvedimento impugnato in prime cure, qualora il risparmio di spesa (comunque esistente) avesse solo in parte controbilanciato il costo diretto.

Il mancato svolgimento di tale essenziale attività di verifica non consente di ritenere certa la correlazione tra gli sbilanciamenti effettivi imputati all'odierno appellante (comunque violativi dell'art. 14.6 cit. e, quindi, potenzialmente rilevanti per l'adozione di diverse misure amministrative o l'attivazione di distinti rimedi giuridici, al ricorrere dei relativi presupposti giustificativi) e l'incremento dell'uplift contestato con il provvedimento impugnato in prime cure; con conseguente illegittimità della misura prescrittiva assunta a carico dell'odierno appellante.

5.– Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello va accolto ai sensi e nei limiti di quanto sopra precisato e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va accolto in parte qua il ricorso di primo grado.

5.1.– Possono quindi assorbirsi le ulteriori censure sollevate dalla società appellante, dal cui accoglimento quest'ultima non potrebbe ritrarre alcuna utilità sostanziale aggiuntiva rispetto a quelle conseguite per effetto dell'illegittimità accertata.

6.– Sussistono giusti motivi, a fronte della complessità, peculiarità e novità della questione, per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li accoglie ai sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie parzialmente, nei suddetti limiti, i ricorsi promossi in primo grado.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Dario Simeoli

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO