

DELIBERAZIONE 2 NOVEMBRE 2017
737/2017/R/GAS

OTTEMPERANZA ALLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO 4825/2016 DI
ANNULLAMENTO DELLA DELIBERAZIONE ARG/GAS 89/10 - DETERMINAZIONE ORA PER
ALLORA DEL VALORE DELLA MATERIA PRIMA GAS PER IL PERIODO DA OTTOBRE 2010
FINO ALLA RIFORMA GAS DELL'AUTORITÀ

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

Nella riunione del 2 novembre 2017

VISTI:

- la legge 14 novembre 1995, n. 481 e sue modifiche ed integrazioni (di seguito: legge 481/95);
- il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164;
- la legge 23 agosto 2004, n. 239;
- la legge 3 agosto 2007, n. 125 di conversione del decreto legge 18 giugno 2007, n. 73, recante "Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia" (di seguito: legge 125/07);
- il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con legge 9 agosto 2013, n. 98;
- il Testo integrato delle attività di vendita al dettaglio di gas naturale e gas diversi da gas naturale distribuiti a mezzo di reti urbane (di seguito: TIVG);
- la deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (di seguito: Autorità) 18 giugno 2010, ARG/gas 89/10 (di seguito: deliberazione ARG/gas 89/10);
- la deliberazione dell'Autorità 14 dicembre 2010, ARG/gas 233/10 (di seguito: deliberazione 233/10);
- la deliberazione dell'Autorità 23 giugno 2011, ARG/gas 77/11 (di seguito: deliberazione 77/11);
- la deliberazione dell'Autorità 28 giugno 2011, ARG/gas 84/11 (di seguito: deliberazione 84/11);
- la deliberazione dell'Autorità 30 settembre 2011, ARG/gas 132/11 (di seguito: deliberazione 132/11);
- la deliberazione dell'Autorità 21 giugno 2012, 263/2012/R/GAS (di seguito: deliberazione 263/2012/R/GAS);
- la deliberazione dell'Autorità 9 maggio 2013, 196/2013/R/GAS (di seguito: deliberazione 196/2013/R/GAS);

- la deliberazione dell’Autorità 10 ottobre 2013, 447/2013/R/GAS (di seguito: deliberazione 447/2013/R/GAS);
- la deliberazione dell’Autorità 20 settembre 2017, 275/2017/R/GAS (di seguito: deliberazione 275/2017/R/GAS);
- le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sede di Milano (di seguito Tar Lombardia), Sez. III, 665/2013 e 265/2014 (di seguito: sentenze 665/13 e 265/14);
- la sentenza del Tar Lombardia, Sede di Milano, Sez. II 2833/2013 (di seguito: sentenza 2833/13);
- la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 18 novembre 2016, 4825/2016 (di seguito: sentenza 4825/16);
- il documento per la consultazione dell’Autorità 8 maggio 2012, 184/2012/R/GAS (di seguito DCO 184/2012/R/GAS);
- il documento per la consultazione dell’Autorità 22 giugno 2017, 463/2017/R/GAS (di seguito DCO 463/2017/R/GAS).

CONSIDERATO CHE:

- ai sensi della legge 481/95, l’Autorità è investita di una generale funzione di regolazione finalizzata alla promozione della concorrenza e dell’efficienza nell’offerta dei servizi di pubblica utilità nei settori dell’energia elettrica e del gas naturale;
- con la legge 125/07, il legislatore ha stabilito che l’Autorità definisca, *in base ai costi effettivi del servizio, i prezzi di riferimento per le forniture di [...] gas naturale* ai clienti domestici che le imprese di distribuzione o di vendita sono tenute ad inserire nelle proprie offerte commerciali; e che siano fatti “*salvi i poteri di vigilanza e di intervento dell’Autorità a tutela dei diritti degli utenti, anche nei casi di verificati e ingiustificati aumenti dei prezzi e alterazioni delle condizioni del servizio per i clienti che non hanno ancora esercitato il diritto di scelta*”;
- il TIVG definisce, in coerenza con le disposizioni di legge, le condizioni economiche del servizio di tutela del gas naturale per i clienti aventi diritto a tale servizio;
- con la deliberazione ARG/gas 89/10, l’Autorità ha rimodulato, con riferimento all’anno termico 1 ottobre 2010 - 30 settembre 2011, il corrispettivo QE, introducendo un coefficiente k (di seguito: coefficiente k) pari a 0,925 “*al fine di contemperare gli obiettivi di copertura dei costi di approvvigionamento del gas naturale, tenendo conto della situazione derivante dalla fase congiunturale e dei potenziali esiti delle attività di rinegoziazione dei contratti pluriennali di approvvigionamento, con l’esigenza di assicurare un’equa ripartizione dei benefici delle riduzioni dei medesimi costi tra clienti finali del servizio di tutela ed esercenti la vendita*”;
- con la deliberazione 77/11, l’Autorità ha avviato un procedimento finalizzato a definire un intervento di profonda riforma delle condizioni economiche di fornitura

del gas naturale per il servizio di tutela a partire dall'1 ottobre 2012 e ha previsto che, con riferimento al periodo 1 ottobre 2011 sino al 30 settembre 2012, continuasse ad applicarsi il coefficiente k, modificandone il valore a 0,935; e che tale modifica si è resa necessaria alla luce:

- *degli esiti attesi delle rinegoziazioni [allora] in corso, nonché del livello di prezzo definito nell'ambito delle rinegoziazioni [allora] concluse;*
- *dell'andamento dei prezzi [...] sui mercati a breve termine del gas naturale, in Italia ed all'estero [in crescita rispetto al periodo 2010 - 2011], e dell'influenza che tali prezzi possono avere [avuto] sugli esiti di cui all'alinea precedente;*
- con il DCO 184/2012/R/GAS, l'Autorità ha proposto i criteri di identificazione del campione di contratti di approvvigionamento a lungo termine successivamente richiamati dalla deliberazione 263/2012/R/GAS, formalizzati con la deliberazione 196/2013/R/GAS, quindi confermati con la deliberazione 447/2013/R/GAS;
- a partire dall'1 ottobre 2012, con detta deliberazione 263/2012/R/GAS, tenendo anche conto delle disposizioni nel frattempo introdotte dal decreto legge 1/12, l'Autorità ha ridefinito, rimuovendo finalmente il coefficiente k, i parametri per il calcolo del costo di approvvigionamento del gas con contratti di lungo termine; tale intervento è stato funzionale e propedeutico alla definizione del nuovo assetto della materia disciplinato con la cosiddetta Riforma Gas di questa Autorità (di seguito: Riforma Gas).

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- con le sentenze 665/13 e 265/14, il Tar Lombardia ha annullato *in parte qua* la deliberazione ARG/gas 89/10 oggetto capostipite delle richiamate sentenze di annullamento, nonché le deliberazioni da quest'ultima promanate (deliberazioni 233/10, 77/11, 84/11 e 132/11);
- con la sentenza 4825/16, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello proposto dall'Autorità, annullando in via definitiva le deliberazioni richiamate ed evidenziando come:
 - da un lato *“le conseguenze applicative delle deliberazioni assunte dall'Autorità hanno inciso negativamente, nei confronti dell'impresa che può essere ragionevolmente considerata il maggior operatore di settore (tra le parti private in causa), in misura praticamente doppia rispetto ai vantaggi che la stessa si è autonomamente procurata secondo logica di mercato ed in funzione della variabilità e variazione di alcuni suoi fattori (andamento dei prezzi e delle condizioni contrattuali rilevabili nei suoi mercati di approvvigionamento)”*;
 - dall'altro le censure dedotte mettano in luce la *“carenza e l'inadeguatezza di motivazione degli atti impugnati”*, in particolare della capostipite deliberazione ARG/gas 89/10, lasciando *“impregiudicati i poteri dell'Autorità di adottare ogni eventuale deliberazione che la stessa riterrà opportuna o necessaria in conseguenza dell'esito del presente giudizio”*;

- inoltre, dalla medesima sentenza si evince che sono stati prodotti in giudizio, da alcune delle controparti, documenti, indisponibili agli Uffici dell’Autorità, contenenti informazioni e dati ritenuti, dal giudice di secondo grado, dirimenti per la causa in decisione e relativi alla stima degli effetti economici generati dalle deliberazioni annullate e sostenuti dalle imprese ricorrenti;
- sebbene le deliberazioni annullate riguardino gli aggiornamenti trimestrali delle condizioni economiche del servizio di tutela gas, da ottobre 2010 a dicembre 2011, il coefficiente k, sebbene in forma attenuata, è presente nelle formule di calcolo della componente materia prima fino all’aggiornamento del terzo trimestre 2012, vale a dire per un periodo complessivo di 24 mesi, da ottobre 2010 a settembre 2012 (di seguito: periodo di ricalcolo).

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- con la deliberazione 275/2017/R/GAS, l’Autorità ha avviato un procedimento, anche in ottemperanza della sentenza 4825/16:
 - a. per l’adozione di provvedimenti in merito alla rideterminazione ora per allora della modalità di calcolo della quota materia prima delle condizioni economiche del servizio di tutela, per il periodo di ricalcolo;
 - b. per l’eventuale definizione, a tutela dei clienti finali laddove sia ritenuta opportuna alla luce dell’adozione delle misure di cui alla precedente lettera a, delle modalità di regolazione degli eventuali ammontari derivanti dalle differenze tra le condizioni economiche loro applicate nel periodo di ricalcolo e quelle risultanti dalla rideterminazione di cui alla precedente lettera a.
- con la medesima deliberazione, l’Autorità ha previsto che il procedimento, di cui al precedente punto, si concluda:
 - entro il mese di ottobre 2017, per quanto concerne la lettera a.;
 - entro il mese di luglio 2018, per quanto concerne la lettera b.;
- con la medesima deliberazione, l’Autorità ha, altresì, dato la possibilità alle parti intervenute in giudizio di trasmettere, eventuali documenti depositati e che non siano mai stati resi disponibili; e che nulla è pervenuto in proposito.

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- nell’ambito del procedimento sopra richiamato, con il DCO 463/2017/R/GAS, l’Autorità ha pubblicato i propri orientamenti per l’adozione di provvedimenti in merito alla rideterminazione ora per allora della modalità di calcolo della quota materia prima delle condizioni economiche del servizio di tutela, per il periodo di ricalcolo (lettera a. sopra richiamata);
- gli orientamenti presentati muovono dai seguenti fatti e considerazioni:
 - la deliberazione ARG/gas 89/10 qualifica la “*riduzione del corrispettivo QE* [in misura pari a 0,925 e] *corrispondente solo a parte della riduzione dei costi di approvvigionamento dei contratti di lungo periodo in seguito alle rinegoziazioni già concluse ed in atto*”;

- la traslazione ai clienti finali serviti in regime di tutela di solo una quota delle riduzioni del costo di approvvigionamento – al di là della sua quantificazione – è necessaria per garantire, da un lato, un prezzo congruo della materia prima gas a detti clienti, dall’altro, per non minare l’equilibrio economico e finanziario delle società di vendita che non sempre hanno il potere di rinegoziare i propri approvvigionamenti per la quota intera osservata dall’Autorità;
- le sentenze richiamate non pongono in discussione l’approccio convenzionalmente chiamato di *profit sharing* testé descritto (ovvero la sua qualificazione), quanto il suo risultato (ovvero la sua quantificazione), che, sulla base delle valutazioni del giudice, con la deliberazione ARG/gas 89/10 “*si è rivelato [...] quanto meno lesivo dei plausibili margini di ricavi*” dei ricorrenti;
- detti orientamenti prevedono il ricalcolo del fattore k secondo una metodologia così articolata:
 - la conferma dei criteri di selezione del campione di contratti di approvvigionamento;
 - il calcolo, ora per allora, sulla base delle realizzazioni di costo effettive e dei volumi ritirati reali comunicati dagli operatori, della riduzione percentuale effettivamente registrata dei costi di approvvigionamento di lungo periodo del campione, nel periodo di ricalcolo; tale riduzione è determinata come rapporto tra:
 - a. il costo effettivo medio ponderato del campione nel biennio 10/12, calcolato considerando tutte le rinegoziazioni che hanno prodotto effetto sui costi sostenuti nel medesimo biennio, indipendentemente dal momento in cui tali rinegoziazioni si siano concluse;
 - b. il costo medio ponderato del campione, calcolato nel biennio 10/12 a partire dalle condizioni contrattuali alla base dei criteri di calcolo del valore della materia prima gas in vigore fino al 30 settembre 2010, ovvero prima della deliberazione ARG/gas 89/10;
 - l’applicazione alla riduzione di cui al precedente alinea della medesima percentuale di *profit sharing* della misura adottata nel 2010 con la deliberazione ARG/gas 89/10;
- la riduzione percentuale effettivamente registrata dei costi di approvvigionamento di lungo periodo del campione nel periodo di ricalcolo è, sulla base dei dati a disposizione dell’Autorità, compresa tra l’8% e il 9%, ovvero pari ad un coefficiente demoltiplicativo ipotetico (prima dell’applicazione del *profit sharing*) compreso tra 0,910 e 0,920;
- in esito alla metodologia descritta, con il DCO 463/2017/R/GAS, l’Autorità ha proposto un valore del nuovo coefficiente k, calcolato a partire dalla riduzione di cui al precedente punto a cui è applicata la medesima percentuale di *profit sharing* della misura adottata nel 2010; e che tale valore risulta pari a 0,943;
- il nuovo valore proposto del coefficiente k risulta maggiore del valore rivisto al rialzo con la deliberazione 77/11 (0,935) e che gli argomenti spesi in quella sede

per la sua revisione risultano assorbiti da tale nuovo valore, in quanto il metodo di calcolo considera già i costi del biennio.

CONSIDERATO, INFINE, CHE:

- le risposte al DCO 463/2017/R/GAS evidenziano alcune questioni che possono essere di seguito sintetizzate:
 - metodologia: la metodologia proposta per il ricalcolo del coefficiente k è fonte di numerose riserve, sotto diversi profili:
 - a. il *profit sharing*: secondo alcuni soggetti tale criterio sarebbe incompatibile sia con la regolazione della materia prima gas, che con della sentenza 4825/16 del Consiglio di Stato; il *profit sharing* risulterebbe tuttavia sostenibile solo nella misura in cui la sua quantificazione sia equamente distribuita (al 50%) tra clienti finali ed imprese, come avviene in altre parti della regolazione di settore (per es: per quanto attiene il beneficio riconducibile ai recuperi di efficienza legati ai costi operativi sostenuti dalle imprese di trasporto, stoccaggio e rigassificazione);
 - b. l'identificazione del campione di contratti: taluni soggetti lamentano come i criteri della deliberazione 196/2013/R/GAS per la selezione del campione siano soddisfatti solo dai contratti delle maggiori imprese e non tengano conto degli operatori di più piccola dimensione che non hanno spesso potere negoziale; tali altri ritengono necessario integrare i criteri utilizzati considerando solo i contratti il cui gas sia destinato al mercato finale tutelato, ovvero secondo la loro quota di mercato finale tutelato servito;
 - richiesta dell'inclusione nel calcolo dei costi da riconoscere di altre voci di costo, oltre al prezzo della materia prima, in particolare quelle connesse a:
 - a. le penali dei contratti *take or pay*: alcuni soggetti chiedono che nel computo dei costi sostenuti nel periodo di ricalcolo siano considerati i costi legati al mancato ritiro dei gas;
 - b. i costi di trasporto: altri ritengono che sia necessario includere anche gli oneri legati alle disottimizzazione delle capacità di trasporto, legata al mancato ritiro di volumi di gas nel periodo di ricalcolo;
 - c. la rivalutazione monetaria: la quasi totalità dei soggetti intervenuti nella consultazione richiede che, a distanza di otto anni, siano riconosciuti i costi di natura finanziaria legati ai mancati ricavi delle società di vendita generati dall'introduzione del coefficiente k ;
 - tempistiche dell'intervento: tutti i soggetti valutano eccessiva la durata del procedimento di ottemperanza alla sentenza 4825/16 del Consiglio di Stato, così come definita nella deliberazione 275/2017/R/GAS di avvio del procedimento stesso;
 - altro: alcuni soggetti presentano già i propri orientamenti circa le modalità di regolazione degli ammontari derivanti dalle differenze tra le condizioni

- economiche loro applicate nel periodo di ricalcolo e quelle risultanti dalla rideterminazione del coefficiente k;
- in merito alle questioni sollevate, si rileva che, per quanto concerne:
 - la metodologia proposta per il ricalcolo del coefficiente k:
 - a. sul *profit sharing*: il criterio in parola, formalizzato nel DCO 463/2017/R/GAS solo per chiarezza espositiva, non rappresenta un elemento di discontinuità nella regolazione della materia prima gas previgente la Riforma Gas. Fin dall'origine infatti l'Autorità, in assenza di riferimenti di mercato maturi per la fissazione del prezzo della materia prima gas, non ha potuto che operare, anche talvolta rivedendone successivamente la quantificazione, scelte sul grado di compartecipazione ai costi delle misure regolatorie di volta in volta implementate, tra i vari attori coinvolti;
 - b. sul *profit sharing* (segue): la sentenza 4825/16 del Consiglio di Stato non censura il metodo di calcolo del fattore k utilizzato nel 2010 con la deliberazione ARG/gas 89/10; né diversamente potrebbe essere in quanto *“per consolidato orientamento giurisprudenziale, le valutazioni compiute dall'Autorità nell'ambito dell'attività di regolazione sono connotate da ampia discrezionalità e, per questa ragione, possono essere sindacate dal giudice amministrativo solo nel caso in cui la stessa Autorità abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con quello che può essere definito il principio di ragionevolezza tecnica”* (sentenza 2833/13);
 - c. sul *profit sharing* (segue): il fatto che meccanismi di *profit sharing* previsti in altri settori della regolazione prevedano una ripartizione al 50% dei costi (o dei benefici) è un argomento inconferente alla materia oggetto del presente provvedimento;
 - d. sull'identificazione del campione di contratti: i criteri di selezione dei contratti per la definizione degli algoritmi di calcolo del prezzo della materia prima gas ante Riforma Gas sono stati più volte oggetto del sindacato della giustizia amministrativa la quale non ne ha mai obiettato la valenza, sia in termini di rappresentatività, che in funzione del calcolo di un indice di costo medio efficiente del gas di lungo periodo;
 - e. sull'identificazione del campione di contratti (segue): il fatto che l'acquirente abbia servito o meno mercato tutelato può assumere rilevanza, in una valutazione ora per allora, in presenza di revisioni contrattuali con effetti retroattivi; infatti, mentre il mercato che verrà servito dall'acquirente non rileva ai fini di una valutazione prospettica delle condizioni efficienti di approvvigionamento, le dinamiche del mercato precedentemente servito possono avere inciso sugli effetti retroattivi delle revisioni contrattuali;
 - l'inclusione nel calcolo dei costi da riconoscere di altre voci di costo oltre al prezzo della materia prima:

- a. sulle penali dei contratti *take or pay*: gli obblighi di ritiro del gas e le relative penali rappresentano, nell'architettura contrattuale di approvvigionamento del gas di lungo periodo, uno degli elementi del sinallagma contrattuale, con cui sono ripartiti tra le controparti i rischi di prezzo e di volume – il primo in capo al produttore, che ne fissa il livello secondo criteri cosiddetti *net back* e ne indicizza l'andamento a specifici indicatori economici correlati al gas, il secondo in capo all'acquirente importatore che controlla la propria quota di domanda servita;
 - b. sulle penali dei contratti *take or pay* (segue): il rischio volume è quindi già disciplinato tra le controparti e gli oneri che ne derivano hanno natura contingente legata alle modalità con cui i singoli contratti sono utilizzati nella gestione del portafoglio complessivo dell'approvvigionamenti dell'acquirente; e che pertanto tali oneri non sono direttamente correlati ai volumi forniti al mercato tutelato, che peraltro, rappresenta una quota della domanda (civile) tipicamente invariante rispetto alla congiuntura macroeconomica (a differenza della domanda industriale e termoelettrica);
 - c. sui costi di trasporto: il costo medio di trasporto del campione, nel periodo di ricalcolo, è in linea con quanto riconosciuto a tale fine con la componente QCI delle condizioni economiche di fornitura, di cui all'articolo 6, comma 6.1 del TIVG, nella versione allora vigente;
 - d. sulla rivalutazione monetaria: il rilevante periodo di tempo intercorrente tra il momento in cui si è verificato il mancato ricavo dovuto all'introduzione del fattore k e la sua rideterminazione, evidenzia un onere finanziario valorizzabile secondo la normale prassi di rivalutazione monetaria;
- tempistiche dell'intervento: le tempistiche dell'intervento fissate dalla deliberazione 275/2017/R/GAS sono funzionali a garantire che l'ottemperanza alla sentenza 4825/16 del Consiglio di Stato avvenga su basi consolidate e rispettando i requisiti procedurali, peraltro oggetto di censura nella medesima sentenza;
 - modalità di regolazione degli ammontari derivanti dalle disposizioni del presente provvedimento: tale materia esula dalle finalità del presente provvedimento e sarà oggetto di un apposito documento per la consultazione, nei tempi congrui per la fine del procedimento nella seconda metà del 2018.

RITENUTO OPPORTUNO:

- rivalutare, ora per allora, ai fini dell'ottemperanza alla sentenza 4825/16 del Consiglio di Stato, il coefficiente k, confermando gli orientamenti espressi nel DCO 463/2017/R/GAS, qui richiamati ed in questa sede ulteriormente argomentati alla luce delle risposte alla consultazione, integrati prevedendo di escludere dal campione dei contratti per il periodo precedente alla loro revisione, quelli:

- la cui revisione ha avuto effetto nel periodo di ricalcolo e;
- il cui acquirente non abbia servito nel medesimo periodo quote significative di mercato tutelato rispetto al mercato complessivamente servito dal medesimo;
- tenere, pertanto, in considerazione, nell'ambito della rivalutazione ora per allora:
 - degli altri esiti delle attività di rinegoziazione che hanno prodotto effetti nel periodo di ricalcolo;
 - della medesima percentuale di *profit sharing* considerata della misura adottata nel 2010 con la deliberazione ARG/gas 89/10;
- sulla base delle informazioni a disposizione il coefficiente k così rideterminato per il periodo di ricalcolo risulterebbe pari a 0,950;
- aumentare il valore di cui al precedente punto al fine di tenere conto degli extra oneri derivanti dalla rivalutazione monetaria degli importi spettanti ai soggetti beneficiari del ricalcolo del fattore k, stimabile nella misura di 0,002, anche in considerazione dell'andamento del saggio di interesse legale dal 2010 al 2018 compreso, ovvero fino al momento in cui potranno essere regolate le partite economiche derivanti dalle disposizioni del presente provvedimento

DELIBERA

1. di determinare, in ottemperanza della sentenza 4825/16 e con riferimento alle condizioni economiche di fornitura del gas naturale applicabili nel periodo 1 ottobre 2010 – 30 settembre 2012, il valore del coefficiente k di cui all'articolo 6, comma 6.2, dell'Allegato A alla deliberazione ARG/gas 64/09 allora vigente, in misura pari a 0,952;
2. di pubblicare la presente deliberazione sul sito internet dell'Autorità www.autorita.energia.it.

2 novembre 2017

IL PRESIDENTE
Guido Bortoni