

DELIBERAZIONE 1 GIUGNO 2021

233/2021/R/EEL

DETERMINAZIONE DEL VALORE DI CONGUAGLIO, PER L'ANNO 2008, DEL COSTO EVITATO DI COMBUSTIBILE (CEC), PER L'ENERGIA ELETTRICA RITIRATA DAL GESTORE DEI SERVIZI ENERGETICI – GSE S.P.A. AI SENSI DEL PROVVEDIMENTO CIP 6/92, IN OTTEMPERANZA ALLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO 4778/20

**L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA
RETI E AMBIENTE**

Nella 1060^a riunione del 1 giugno 2021

VISTI:

- la legge 14 novembre 1995, n. 481;
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e i suoi provvedimenti applicativi (di seguito: decreto legislativo 79/99);
- la legge 24 dicembre 2007, n. 244 (di seguito: legge 244/07);
- la legge 23 luglio 2009, n. 99 (di seguito: legge 99/09);
- il decreto del Ministro dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato 4 agosto 1994 (di seguito: decreto ministeriale 4 agosto 1994);
- il decreto del Ministro dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato 24 gennaio 1997;
- il provvedimento del Cip 29 aprile 1992, n. 6/92, come modificato e integrato dal decreto ministeriale 4 agosto 1994 (di seguito: provvedimento Cip 6/92);
- la deliberazione dell'Autorità di Regolazione per energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 8 giugno 1999, n. 81/99 (di seguito: deliberazione 81/99);
- la deliberazione dell'Autorità 29 novembre 2002, n. 195/02 (di seguito: deliberazione 195/02);
- la deliberazione dell'Autorità 4 dicembre 2003, n. 138/03 (di seguito: deliberazione 138/03);
- la deliberazione dell'Autorità 29 dicembre 2004, n. 248/04 (di seguito: deliberazione 248/04), e, in particolare, la relativa relazione tecnica pubblicata (di seguito: relazione tecnica alla deliberazione 248/04);
- la deliberazione dell'Autorità 15 novembre 2006, n. 249/06 (di seguito: deliberazione 249/06);
- la deliberazione dell'Autorità 21 ottobre 2008, ARG/elt 154/08 (di seguito: deliberazione ARG/elt 154/08);
- la deliberazione dell'Autorità 10 dicembre 2008, ARG/elt 175/08;
- la deliberazione dell'Autorità 22 novembre 2012, 494/2012/R/eel;

- la deliberazione dell’Autorità 31 gennaio 2013, 29/2013/R/eel (di seguito: deliberazione 29/2013/R/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 31 gennaio 2013, 30/2013/R/eel (di seguito: deliberazione 30/2013/R/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 31 gennaio 2013, 31/2013/R/eel (di seguito: deliberazione 31/2013/R/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 29 novembre 2013, 553/2013/R/eel (di seguito: deliberazione 553/2013/R/eel);
- la deliberazione dell’Autorità 29 settembre 2020, 354/2020/R/eel (di seguito: deliberazione 354/2020/R/eel);
- il documento per la consultazione dell’Autorità 2 marzo 2021, 80/2021/R/eel (di seguito: documento per la consultazione 80/2021/R/eel) e le risposte pervenute;
- la decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352/2006 (di seguito: sentenza 3352/2006);
- le decisioni della Sezione Sesta del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale nn. 1275/08 e seguenti;
- le sentenze del Tar Lombardia nn. 3356/09 e seguenti;
- le sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, 15 novembre 2011, nn. 6024/11, 6025/11 e 6026/11;
- la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 25 ottobre 2012, n. 5469/12;
- le sentenze del Tar Lombardia nn. 214/16 e 215/16;
- la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 27 luglio 2020, n. 4778/20 (di seguito: sentenza 4778/20);
- la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 17 maggio 2021, n. 3839/2021 (di seguito: sentenza 3839/2021).

CONSIDERATO CHE:

- il Costo Evitato di Combustibile (di seguito: CEC) è una delle componenti del prezzo di ritiro dell’energia elettrica ammessa a beneficiare del provvedimento Cip 6/92; congiuntamente al Costo Evitato di Impianto e al Costo Evitato d’Esercizio, il CEC compone il Costo che la nuova realizzazione, a partire dal 1992, di impianti alimentati da fonti rinnovabili e assimilate, ha permesso di evitare all’allora esistente Enel;
- il Costo Evitato è stato definito nel provvedimento Cip 6/92 in relazione alla *best available technology* dell’epoca, cioè la centrale a ciclo combinato di Trino Vercellese alimentata da gas naturale; per come è stato definito, il Costo Evitato, con le componenti da cui è costituito, è unico e non dipende dalla tipologia né dalla fonte di alimentazione dell’impianto che ne beneficia;
- il provvedimento Cip 6/92 ha anche definito i criteri per l’aggiornamento delle diverse componenti del prezzo di ritiro dell’energia elettrica;
- per quanto riguarda il CEC, l’aggiornamento veniva effettuato sulla base della variazione percentuale registrata tra il valore medio del prezzo del gas naturale dell’anno a cui l’aggiornamento afferisce, riferito a forniture continue per centrali termoelettriche a ciclo combinato con consumo superiore a 50 milioni di metri cubi,

- e quello dell'anno precedente, facendo riferimento all'accordo tra Snam e Confindustria; tale accordo è scaduto il 31 dicembre 2006;
- l'Autorità (che ha ereditato i poteri del Cip), ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge 481/95, ha pertanto dato corso ad un aggiornamento del CEC con effetti a decorrere dall'1 gennaio 2007;
 - in particolare, l'Autorità, con la deliberazione 249/06, ha aggiornato il CEC per l'anno 2007 utilizzando il prezzo medio del combustibile convenzionale coerente con la struttura dei costi del mercato del gas naturale, tenendo conto delle riforme dell'assetto del settore del gas naturale e degli interventi dell'Autorità nel frattempo intercorsi; tale deliberazione, a seguito di un articolato contenzioso, è stata confermata nella sua piena legittimità dal Consiglio di Stato con sentenze nn. 1275/08 e seguenti;
 - nel frattempo è intervenuta la legge 244/07, il cui articolo 2, comma 141, ha stabilito che *“ai sensi dell'articolo 3, comma 7, della legge 14 novembre 1995, n. 481, a far data dal 1° gennaio 2007, il valore medio del prezzo del metano ai fini dell'aggiornamento del costo evitato di combustibile di cui al titolo II, punto 7, lettera b), del provvedimento del Comitato interministeriale dei prezzi 29 aprile 1992, n. 6, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 109 del 12 maggio 1992, e successive modificazioni, è determinato dall'Autorità, tenendo conto dell'effettiva struttura dei costi nel mercato del gas naturale”*;
 - al riguardo, il Consiglio di Stato, nelle citate sentenze nn. 1275/08 e seguenti, ha chiarito che *“la disposizione di cui all'articolo 2, comma 141, della legge n. 244/07 può, quindi, essere intesa come norma meramente ricognitiva del citato potere già esistente, con cui il legislatore ha inteso da un lato confermare la possibilità di aggiornare il prezzo del gas ai fini della determinazione del CEC e, sotto altro profilo, ha espressamente legato la determinazione del prezzo del gas all'effettiva struttura dei costi nel mercato del gas naturale, dando un ulteriore parametro di riferimento all'Autorità”*. Il Consiglio di Stato ha altresì precisato che *“il riferimento all'effettiva struttura dei costi nel mercato ... è ... compatibile con la deliberazione n. 249/06, con cui l'Autorità ha richiamato l'assenza di un valido riferimento di mercato con riguardo al prezzo del gas, e non all'effettiva struttura del costo, tenuta in considerazione nel sistema di computo elaborato, espressamente diretto ad individuare un prezzo medio del combustibile coerente con l'attuale struttura dei costi del mercato del gas naturale”*;
 - successivamente, con la deliberazione ARG/elt 154/08, l'Autorità, per quanto qui rileva, ha previsto di determinare il CEC, con effetti dal 2008, confermando la metodologia di cui alla deliberazione 249/06 con alcune modificazioni anche indotte dalla legge 244/07 e finalizzate a meglio rappresentare l'effettiva e più recente struttura dei costi nel mercato del gas naturale; tali modificazioni non hanno riguardato le c.d. clausole di salvaguardia, già presenti nella medesima deliberazione 249/06 fatta salva dal Consiglio di Stato (con riferimento al regime applicabile ai produttori Cip 6 in relazione alle condizioni del mercato precedenti all'anno 2007);
 - più in dettaglio, l'Autorità, con la deliberazione ARG/elt 154/08, ha previsto che il prezzo del gas naturale ai fini del calcolo a conguaglio del CEC sia pari alla somma delle seguenti tre componenti:

- a) componente relativa al trasporto, calcolata per l'impianto di Trino Vercellese (adottato come impianto di riferimento dal provvedimento Cip 6/92) e assumendo per convenzione il fattore di utilizzo di 6.000 ore/anno indicato nella relazione di accompagnamento al medesimo provvedimento;
 - b) componente relativa al margine di commercializzazione all'ingrosso, calcolata su base annuale come media aritmetica dei valori di cui all'articolo 7 della deliberazione 138/03;
 - c) componente convenzionale relativa al valore del gas naturale, calcolata secondo le stesse modalità previste con la deliberazione 249/06 come media annuale di 12 valori mensili determinati applicando i criteri di cui al punto 2 dell'Allegato A alla deliberazione 195/02:
 - aumentando la frequenza di aggiornamento da trimestrale a mensile;
 - utilizzando, ai fini del calcolo dell'indice I_t di cui alla deliberazione 249/06, le medie mensili delle quotazioni dei prodotti del paniere di riferimento riferite al periodo intercorrente tra il nono e l'ultimo mese precedente la data di aggiornamento;
 - eliminando la soglia di invarianza di cui all'articolo 1, comma 3 della deliberazione 52/99;
 - aggiornando, con le modalità di cui ai precedenti tre alinea, nonché con i criteri di cui al punto 2 dell'Allegato A alla deliberazione 195/02, il valore di 12,76 c€/mc fissato dalla deliberazione 249/06, con riferimento al mese di ottobre 2004 (ciò significa che il calcolo, con le nuove modalità, della componente convenzionale relativa al valore del gas naturale non è stato effettuato a partire dal valore per l'anno 2007 ma a partire dal valore di ottobre 2004 assunto come dato di partenza anche nella deliberazione 249/06);
 - utilizzando, per ciascun anno, la media dei dodici valori mensili risultanti;
- l'Autorità, con la deliberazione ARG/elt 154/08, ha infine previsto che il CEC sia pari al prodotto tra il prezzo del gas naturale ai fini del calcolo a conguaglio del CEC e i consumi specifici definiti dal provvedimento Cip 6/92 e dalla deliberazione 81/99 (questi ultimi non oggetto di contenzioso);
 - la deliberazione ARG/elt 154/08 è stata parzialmente annullata dal Tar Lombardia con le sentenze 3356/09 e seguenti. L'Autorità ha quindi deciso di proporre ricorso dinanzi al Consiglio di Stato. Infine, con le sentenze 6024/11 e seguenti, il Consiglio di Stato ha in parte accolto e in parte respinto i ricorsi proposti dall'Autorità e dalle altre imprese che hanno presentato ricorso incidentale;
 - ai sensi dell'articolo 30, comma 15, della legge 99/09, la decisione finale, in relazione alla definizione del CEC per gli anni successivi al 2008 spetta al Ministro dello Sviluppo Economico su proposta dell'Autorità. Pertanto, la deliberazione ARG/elt 154/08 ha avuto effetti solo per l'anno 2008;
 - l'Autorità, con le deliberazioni 29/2013/R/eel e 30/2013/R/eel, ha avviato i procedimenti per l'ottemperanza alle sentenze sopra richiamate nei confronti delle società ricorrenti e, al tempo stesso, poiché il CEC trova applicazione per tutti gli impianti la cui produzione di energia elettrica viene ritirata dal Gestore dei Servizi

Energetici – GSE Spa (di seguito: GSE) ai sensi del provvedimento Cip 6/92 e poiché fino a quel momento non era ancora stato determinato il valore di conguaglio definitivo del CEC per l'anno 2008, l'Autorità, con la deliberazione 31/2013/R/eel, ha avviato anche il procedimento per definire, in relazione alle società rimaste estranee ai contenziosi sopra citati, le modalità con cui intervenire con una regolazione organica relativa al valore di conguaglio definitivo del CEC per l'anno 2008.

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- allo scopo di ridefinire il valore del CEC per l'anno 2008, l'Autorità prima di tutto, ha analizzato i prezzi di fornitura del gas naturale destinato alle centrali termoelettriche con consumi superiori a 50 milioni di metri cubi annui, al fine di ottemperare alla sentenza n. 6026/11, secondo cui *“essendo il mercato rilevante quello del gas naturale fornito alle centrali termoelettriche, l'AEEG doveva individuare il costo medio del gas naturale su tale mercato e tanto poteva e doveva fare prendendo in considerazione anzitutto tutti i contratti di fornitura del gas naturale alle centrali termoelettriche. [...] Non necessariamente il prezzo medio desunto da tali contratti costituisce per l'AEEG l'unico criterio. Infatti ove l'esame dei contratti porti a ritenere che il prezzo appare iniquo, irrealistico, sbilanciato, l'AEEG dovrebbe valutare l'introduzione di correttivi volti ad incidere sui fornitori del gas naturale in termini di imposizione di prezzi massimi praticabili. Si tratta, comunque, di valutazioni rimesse alla sfera discrezionale dell'AEEG e che non competono al giudice amministrativo. In questa sede va solo stigmatizzata la mancata utilizzazione di elementi di fatto essenziali per la determinazione del prezzo di mercato, vale a dire i contratti che tale mercato concorrono a costituire”*. Nella medesima sentenza, il Consiglio di Stato aveva inoltre specificato che *“occorre tener conto della struttura effettiva dei costi di approvvigionamento per un operatore economico virtuoso”* e che *“il criterio dell'operatore virtuoso risponde ad elementari esigenze di evitare manovre speculative e di incoraggiare l'efficienza economica, evitando che il rimborso del CEC si traduca in una rendita speculativa o in un finanziamento a perdere in favore di operatori inefficienti”*;
- a seguito dell'analisi dei contratti di approvvigionamento del gas per valutarne l'utilizzabilità ai fini della definizione del valore di conguaglio del CEC, l'Autorità ha:
 - ritenuto che la forte incoerenza e variabilità dei prezzi di approvvigionamento del gas per le centrali termoelettriche è dovuta al fatto che tali prezzi riflettono non già un reale e fisiologico andamento del mercato, quanto piuttosto l'esito di singole e contingenti vicende commerciali, caratterizzate da elementi peculiari dei singoli casi (quali, ad esempio, il peso di ciascun operatore; i rapporti tra i contratti in parola e le altre vicende commerciali che legano i soggetti contraenti, ecc.);
 - evidenziato che i dati desunti dai contratti appaiono quindi irragionevoli in quanto inidonei a rappresentare un riferimento di prezzo coerente e corretto, in un

mercato (quale quello del 2008) non ancora realmente concorrenziale e quindi incapace di fornire trasparenti e corretti segnali;

- ritenuto, pertanto, non possibile utilizzare i prezzi derivanti dai contratti di fornitura del gas naturale per le centrali termoelettriche poiché i valori emersi dai dati acquisiti, essendo fortemente variabili e non coerenti, porterebbero alla determinazione di un conseguente prezzo medio iniquo, sbilanciato e irrealistico;
- pertanto, dovendo introdurre correttivi e criteri di quantificazione differenti, come richiesto dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 6026/11, l’Autorità ha ritenuto opportuno dar seguito ai principi espressi dalle sentenze del Tar Lombardia nn. 3359/09 e 3358/09. Più in dettaglio, queste ultime avevano evidenziato che la previsione, tra i criteri ricavabili dalla deliberazione ARG/elt 154/08, di una c.d. “clausola di salvaguardia” per gli anni 2007 e 2008 ha comportato la determinazione di un valore del gas naturale *“avulso dalla struttura dei costi del mercato, sicché la variazione, in aumento e in diminuzione, del prezzo del gas, conseguente all’applicazione delle indicate percentuali convenzionali, si collega ad una struttura di costo del tutto astratta, che non trova corrispondenza nel mercato del gas naturale”* e che *“non emergono elementi per ritenere che le clausole di salvaguardia siano strutturalmente presenti nei costi che connotano il mercato di riferimento”*. Le successive sentenze del Consiglio di Stato nn. 6024/11 e 6025/11, confermando le pronunce del Tar Lombardia, hanno ribadito che *“non essendo dimostrato che tali clausole [di salvaguardia] siano inserite nei contratti di fornitura del gas alle imprese, il loro utilizzo per determinare il costo medio del metano ai fini dell’aggiornamento del CEC non risponde al parametro normativo che impone di far riferimento all’effettiva struttura dei costi di mercato”*;
- l’applicazione di quanto riportato nel punto precedente comporta che la formula per la determinazione del CEC prevista dalla deliberazione ARG/elt 154/08 possa essere mantenuta privandola però delle citate clausole di salvaguardia. In particolare, l’eliminazione delle clausole di salvaguardia ha riguardato solo l’aggiornamento dal 2007 al 2008 e non l’intero il periodo dal 2004 al 2008: ciò in quanto, per il periodo 2004-2007, le clausole di salvaguardia in parola sono state introdotte con la deliberazione 249/06, la cui legittimità era stata sancita dal Consiglio di Stato e non era stata messa in discussione da nessuna delle pronunce successive;
- l’Autorità, con la deliberazione 553/2013/R/eel, ha quindi definito un unico valore del CEC da applicare a tutta l’energia elettrica ritirata dal GSE nel 2008 ai sensi del provvedimento Cip 6/92, tenendo conto delle pronunce del giudice amministrativo come sopra esplicitato;
- più in dettaglio, la componente convenzionale relativa al valore del gas naturale per la determinazione del CEC 2008 è risultata pari a 28,28 c€/mc; sommando ad essa le componenti relative al trasporto (calcolata per l’impianto di Trino Vercellese) e al margine di commercializzazione all’ingrosso del gas naturale, pari rispettivamente a 1,78 c€/mc e 3,84 c€/mc, il prezzo del gas naturale ai fini del calcolo del CEC 2008 è risultato pari a 33,90 c€/mc;
- infine, il valore di congruaggio del CEC per l’anno 2008, pari al prodotto tra il prezzo del gas naturale ai fini del calcolo a congruaggio del CEC e i valori dei consumi

specifici definiti dal provvedimento Cip 6/92 e dalla deliberazione 81/99 (non oggetto del contenzioso), è risultato pari a:

- a) 7,70 c€/kWh per le iniziative prescelte di cui all'articolo 3, comma 7, della legge 481/95;
 - b) 7,29 c€/kWh per gli impianti di cui all'articolo 1, lettera a), della deliberazione 81/99, entrati in esercizio nel biennio 1997-1998;
 - c) 7,02 c€/kWh per gli impianti di cui all'articolo 1, lettera a), della deliberazione 81/99, entrati in esercizio nel biennio 1999-2000;
 - d) 6,75 c€/kWh per gli impianti di cui all'articolo 1, lettera a), della deliberazione 81/99, entrati in esercizio nel biennio 2001-2002 e negli anni successivi;
- la deliberazione 553/2013/R/eel è stata oggetto di nuovo contenzioso e, infine, parzialmente annullata dal Consiglio di Stato, con la sentenza 4778/20, che ha accolto in parte l'appello proposto dalle società Edison Spa (di seguito: Edison), Termica Cologno Srl, Termica Milazzo Srl, Jesi Energia Spa e dalla società Termica Celano Spa avverso, rispettivamente, le sentenze del Tar Lombardia 215/16 e 214/16 con le quali il giudice di primo grado aveva respinto i ricorsi dei predetti operatori avverso la medesima deliberazione 553/2013/R/eel;
 - in particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto *“invalida la scelta dell’Autorità di applicare una clausola di salvaguardia per il calcolo del costo evitato per gli anni pregressi il 2008, senza accertare la ricorrenza di essa nelle prassi contrattuali prevalenti sul mercato. Infatti, alla luce del meccanismo di aggiornamento annuale del CEC, il “trascinamento” della suddetta clausola per le annualità precedenti (comprese tra il 2004 e il 2007) ha costituito un criterio regolatorio del tutto esogeno rispetto alla struttura dei costi di mercato”*;
 - pertanto, ai fini dell’ottemperanza, il Consiglio di Stato ha prescritto all’Autorità *“[n]ella riedizione del potere [di] tener conto di tale principio e svolgere gli accertamenti del caso sulle prassi contrattuali, in assenza dei quali non potrà farsi applicazione di alcuna clausola di salvaguardia per gli anni pregressi (2004-2007)”*;
 - in sostanza, il Consiglio di Stato non ha messo in discussione l’intera formula per la determinazione del CEC (la cui struttura è quindi da intendersi consolidata in via definitiva) ma solo la presenza al suo interno della clausola di salvaguardia per gli anni 2004-2007 senza aver prima accertato la ricorrenza di essa nelle prassi contrattuali prevalenti sul mercato;
 - il giudice ha, in altre parole, censurato il provvedimento dell’Autorità per un difetto di istruttoria relativa alla presenza o meno, nelle prassi contrattuali prevalenti sul mercato del gas naturale, di una clausola di salvaguardia. Ciò comporta che all’Autorità non è precluso, in via di principio, il potere di introdurre, nella disciplina della determinazione del CEC, una clausola di salvaguardia per il periodo considerato (nei termini previsti dalla deliberazione 553/2013/R/eel);
 - con la deliberazione 354/2020/R/eel, pertanto, l’Autorità, in ottemperanza alla suddetta sentenza 4778/20, ha avviato il procedimento ai fini della determinazione del valore di conguaglio, per l’anno 2008, del CEC, per l’energia elettrica ritirata dal GSE ai sensi del provvedimento Cip 6/92.

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- nell'ambito del procedimento avviato con la deliberazione 354/2020/R/eel, l'Autorità ha, innanzitutto, effettuato valutazioni in merito all'eventuale ricorrenza delle clausole di salvaguardia per gli anni 2004-2007 nelle prassi contrattuali prevalenti sul mercato, al fine di dare attuazione alle prescrizioni del Consiglio di Stato sopra richiamate;
- le clausole contrattuali di c.d. "salvaguardia" sono tipicamente formulazioni matematiche predefinite, presenti nelle clausole di definizione del prezzo di cessione del gas, che alterano, amplificandola o smorzandola, la correlazione tra detto prezzo e le variabili – tipicamente le quotazioni di uno o più prodotti petroliferi – a cui quest'ultimo è indicizzato. Tali alterazioni producono effetti nel momento in cui le quotazioni dei prodotti petroliferi (o più precisamente le medie mobili di questi ultimi calcolate sui mesi precedenti rispetto a quello di "regolazione del prezzo") superano, in riduzione o in aumento, soglie predefinite;
- la *ratio* di tali clausole consiste nel contenimento del rischio prezzo tra le controparti nei casi di variazioni dell'indice al di fuori di un intervallo predefinito nel quale la formula è ritenuta dalle parti approssimare correttamente le reali dinamiche di mercato. Si tratta, in altre parole, di meccanismi – che possono operare secondo forme diverse (con formule esplicite o mediante indici o previsioni di effetti impliciti in altri parametri) – che sono accomunati dalla finalità di determinare una discontinuità nell'andamento del prezzo di vendita a fronte di oscillazioni delle quotazioni dei prodotti petroliferi oltre certi valori. Non si tratta, quindi, di clausole volte a regolare fenomeni esogeni eccezionali o comunque tali da alterare l'equilibrio contrattuale (non preventivabile in sede di conclusione del contratto), ma si tratta di clausole che catturano in via preventiva (e importano quindi all'interno del sinallagma) possibili variazioni di parametri che incidono sulla determinazione del prezzo;
- da quanto finora riportato emerge un primo elemento fondamentale ai fini dell'accertamento della ricorrenza delle clausole di salvaguardia nelle prassi contrattuali prevalenti sul mercato. È evidente, infatti, che dette clausole di salvaguardia siano funzionali a determinare il prezzo di cessione del gas in un periodo temporale prolungato e sicuramente superiore alla durata annuale tipica dei contratti di fornitura all'ingrosso. Se infatti le controparti possono negoziare annualmente il prezzo di cessione, la previsione di clausole di salvaguardia sarebbe ridondante dal momento che il rischio prezzo risulta comunque limitato dalla durata annuale del contratto;
- pertanto, la verifica sulla presenza o meno, nelle prassi contrattuali prevalenti, di clausole di salvaguardia non può essere condotta sui contratti di fornitura di gas naturale alle centrali elettriche, ma sui contratti di approvvigionamento, con particolare riferimento a quelli di importazione di durata pluriennale. Peraltro, l'eventuale presenza di clausole di salvaguardia nei contratti di approvvigionamento influisce sui prezzi del mercato all'ingrosso e, quindi, sui prezzi dei contratti di fornitura del gas naturale stipulati su orizzonti temporali più brevi. Del resto, è noto che, anche nel settore del gas naturale, le clausole di salvaguardia sono nate e si sono

sviluppate nell'ambito della negoziazione dei contratti di importazione di durata pluriennale;

- con riferimento al periodo considerato (2004-2007), l'assetto del mercato del gas naturale era caratterizzato da una forte concentrazione, in cui non v'erano riferimenti trasparenti di prezzo all'ingrosso e in cui la presenza di operatori terzi rispetto all'*incumbent*, quasi monopolista, era riconducibile al cosiddetto modello di "entrata senza concorrenza", ossia un modello in cui, una volta definite le quote di mercato in relazione alla disponibilità a monte di materia prima, ciascun operatore serve la propria quota di mercato senza alcuna spinta concorrenziale per la conquista di quote maggiori. Questo è il motivo, in estrema sintesi, per cui – come riconosciuto anche dal giudice amministrativo nelle decisioni sopra richiamate – i contratti (annuali) di fornitura del segmento *retail* relativo alla produzione elettrica non potevano costituire un riferimento attendibile per l'individuazione del valore del CEC e hanno giustificato – e legittimato – la scelta dell'Autorità di introdurre correttivi adeguati;
- in quel contesto economico, pertanto, come in più documenti l'Autorità ha già evidenziato, le dinamiche di "mercato" rilevanti per il nostro Paese si realizzavano (principalmente) nell'ambito dei contratti di importazione di lungo termine. È principalmente con riferimento a tali prassi contrattuali, quindi, che si deve fare riferimento per individuare (per i periodi qui considerati) quella "effettiva struttura del mercato" alla quale si richiama espressamente anche la sentenza 4478/2020 (e dalla quale dipende l'effettiva struttura dei costi del mercato del gas naturale, di cui l'Autorità deve tener conto ai sensi dell'articolo 2, comma 141, della legge 244/07): è quindi nell'ambito di tali prassi contrattuali (in essere negli anni 2004-2007) che l'Autorità deve accertare la sussistenza o meno di clausole di salvaguardia;
- per questa ragione, gli Uffici dell'Autorità hanno richiesto ai principali soggetti grossisti e importatori di gas nel periodo 2004-2007 alcuni dati e informazioni circa le loro attività di approvvigionamento di gas naturale nel periodo citato. Tali dati riguardano essenzialmente le clausole di prezzo e i valori mensili di prezzo calcolati tenendo conto di esse;
- in risposta alle suddette richieste sono pervenuti dati e informazioni riferiti a 28 contratti di approvvigionamento, per volumi di gas complessivamente superiori a quelli indicati dal Ministero dello Sviluppo Economico, nel periodo 2004-2007, come gas importato (ciò in ragione delle transazioni in frontiera tra i soggetti coinvolti nella richiesta dati);
- con il documento per la consultazione 80/2021/R/eel, l'Autorità ha dato evidenza dei risultati ottenuti dall'analisi delle richieste sopra richiamate. È in particolare emerso che i contratti di approvvigionamento del gas naturale includono – con forme eterogenee – effetti "di salvaguardia" derivanti da:
 - a) clausole di salvaguardia esplicitamente formalizzate secondo quanto precedentemente descritto;
 - b) clausole di prezzo, anche piuttosto articolate, che introducono molteplici punti di discontinuità (e il relativo effetto "di salvaguardia") nell'indicizzazione del prezzo del gas naturale al prezzo dei prodotti petroliferi;

- c) variazioni mensili dei prezzi contrattuali sensibilmente differenti rispetto all'analogica contemporanea variazione dei prezzi dei sottostanti prodotti petroliferi, variazioni che, pertanto, denotano l'operatività – sebbene non mediante un'esplicita clausola/formula – di un insieme di effetti di salvaguardia;
- quanto *sub a)* corrisponde formalmente alla definizione di clausola di salvaguardia. A quanto *sub b)* e *sub c)*, pur evidenziando solo in parte o non evidenziando del tutto la presenza esplicita di formule direttamente riconducibili a clausole di salvaguardia, sono comunque associati effetti analoghi a quelli di clausole di salvaguardia, come evidenziato nel documento per la consultazione 80/2021/R/eel; è bene al riguardo subito evidenziare che una tale eterogeneità delle forme, più o meno esplicite, con cui le clausole di salvaguardia si presentano non costituisce un dato che deve sorprendere in quanto esse costituiscono, nella contrattazione internazionale, un prezioso patrimonio per le imprese importatrici più efficienti e più abili a negoziare e, quindi, un *know how* che le imprese stesse tendono a mantenere riservato: in altre parole, sebbene sia diffusa tra le *best practice* della contrattualistica internazionale l'introduzione di dispositivi contrattuali finalizzati a realizzare “effetti di salvaguardia”, tali dispositivi assumono forme variegate in ragione della singola esperienza maturata dal singolo *player* sul mercato internazionale;
 - sulla base di quanto sopra sintetizzato, con il documento per la consultazione 80/2021/R/eel, l'Autorità, preso atto che le verifiche svolte sugli elementi resi disponibili dagli operatori per il periodo 2004-2007 evidenziano l'effettiva ricorrenza delle clausole di salvaguardia nelle prassi contrattuali prevalenti sul mercato del gas naturale nel periodo considerato, ha proposto di confermare la scelta, operata con la deliberazione 553/2013/R/eel, di introdurre analoghe forme di mitigazione nell'ambito della disciplina di calcolo del prezzo della materia prima gas naturale per gli anni precedenti al 2008 ai fini della quantificazione del CEC per l'anno 2008.

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- rispetto alle valutazioni e agli orientamenti espressi nel documento per la consultazione 80/2021/R/eel, sono pervenute osservazioni da parte di tre soggetti interessati, tra cui due associazioni rappresentative degli interessi di *traders* e un operatore, Edison; in particolare, tutti tali soggetti hanno svolto considerazioni critiche che possono essere sintetizzate nei termini seguenti:
 - d) innanzi tutto è stata criticata la stessa nozione di clausola di salvaguardia assunta dall'Autorità, affermando che l'analisi svolta nel documento per la consultazione 80/2021/R/eel finirebbe per assimilare le clausole di salvaguardia a qualsivoglia formula “*contrattuale di aggiustamento dei prezzi, presente nei contratti di approvvigionamento*” e funzionale a preservarne “*l'economicità per entrambe le parti su un orizzonte temporale di lungo/lunghissimo periodo*”; invece, “*le clausole di salvaguardia richiamate dal Consiglio di Stato*”, della cui esistenza l'Autorità dovrebbe dare dimostrazione, sarebbero solo “*quelle che hanno l'effetto di abbattere gli incrementi dei prezzi della materia prima maturati in applicazione di tali formule*”, come peraltro sarebbe stato chiarito dalla stessa

Autorità in occasione dell'introduzione di una analoga clausola di salvaguardia nell'ambito della regolazione delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale ai clienti finali. Al riguardo, è stata richiamata la relazione tecnica alla deliberazione 248/04, in cui l'Autorità ha appunto caratterizzato le clausole di salvaguardia come quelle clausole – presenti nelle prassi internazionali – volte a ridurre l'impatto inflazionistico derivante dall'aumento anomalo dei prezzi del petrolio sui mercati, al cui andamento sarebbe agganciato l'aggiornamento dei prezzi del gas naturale; in tale prospettiva, Edison, nelle sue osservazioni, ritiene che *“ai fini di quanto disposto dalla sentenza del Consiglio di Stato 4778/20, ARERA debba dimostrare la presenza nei contratti di clausole aventi le finalità e i connotati economici come da essa stessa definite nelle deliberazioni citate [ossia la deliberazione 248/04];*

- e) inoltre, è stato criticato l'utilizzo, nel documento per la consultazione 80/2021/R/eel, dell'indicatore “di salvaguardia” ai fini di individuare la presenza di clausole di salvaguardia, in quanto tale indicatore – a detta dei soggetti intervenienti nella consultazione – non consentirebbe *“di rappresentare la realtà delle condizioni contrattuali e conduce ad esiti del tutto approssimativi”*, in ragione dell'utilizzo di una formulazione non aderente alle specificità dei singoli contratti (periodo di riferimento per il calcolo delle medie mobili, paniere di prodotti petroliferi di riferimento, pesi degli stessi, formule contrattuali, “conguagli” *una tantum*);
- f) una critica specifica è stata anche avanzata alla costruzione dell'indicatore “di salvaguardia”, nella misura in cui l'Autorità avrebbe utilizzato valori assoluti della variazione percentuale mensile, rispetto al mese precedente, del rapporto tra il prezzo contrattuale del gas comunicato nell'ambito della richiesta dati e la media del Brent Dated (media delle quotazioni mensili dei 9 mesi precedenti a partire dall'ultimo mese): tale modo di procedere, a detta di un operatore, sarebbe fuorviante perché non consentirebbe di verificarne la coerenza con l'andamento dello scenario energetico corrispondente. In altre parole, sempre secondo il medesimo operatore, l'indicatore di salvaguardia considererebbe come clausola di salvaguardia anche le clausole contrattuali che non hanno valenza di salvaguardia ma derivano da altre finalità;
- g) infine, e in termini più generali, i presupposti alla base delle argomentazioni svolte nel documento per la consultazione 80/2021/R/eel sarebbero discutibili e non fondate su *“criteri oggettivi e trasparenti”*;
- le considerazioni critiche sopra richiamate non paiono condivisibili per le ragioni nel seguito esposte;
 - in merito a quanto indicato *sub d)*, in via preliminare, occorre ricordare che, proprio come chiarito nella relazione tecnica alla deliberazione 248/04 cui Edison si appella, le clausole di salvaguardia si sono sviluppate nella contrattualistica di settore, come una evoluzione raffinata delle c.d. *hardship clause* (che si limitano a permettere la rinegoziazione delle condizioni contrattuali quando la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di eventi imprevedibili ed eccezionali, soprattutto di natura economica e tecnologica); le clausole di

salvaguardia, in particolare, sono volte a fornire tutele “*in relazione agli eventi più tipicamente legati al settore del gas, quali aumenti a livelli inattesi dei prezzi del petrolio ai quali i prezzi del gas risultano agganciati*” (cfr. par. 3.2 della relazione tecnica alla deliberazione 248/04). Inoltre, sempre come anche la richiamata relazione tecnica pone in evidenza e come già anticipato sopra, le clausole di salvaguardia (essendo il risultato di un *know how* specifico maturato dalle imprese più efficienti, oggetto di segreto aziendale) assumono formulazioni varie e diversificate come tali non standardizzabili, tanto che, in alcuni contratti, le medesime finalità di tutela riposte in tali clausole possono trovare anche altre modalità di copertura, ad esempio mediante strumenti finanziari derivati, con la conseguenza, quindi, che l’assenza di una esplicita clausola di salvaguardia non esclude che il medesimo effetto non sia conseguito mediante strumenti differenti;

- pertanto, anche alla luce di quanto sopra – e di quanto quindi rappresentato nella stessa relazione tecnica alla deliberazione 248/04 cui l’operatore si appella – le critiche richiamate *sub d)* appaiono destituite di fondamento. Pertanto, da un punto di vista metodologico, la verifica della presenza di eventuali clausole di salvaguardia (come caratterizzate sopra e nella citata relazione tecnica) non può che considerare, come punto di partenza, tutte le formule contrattuali che definiscono il prezzo della materia prima, per i contratti oggetto di indagine (come detto, infatti, è rispetto all’operatività di tali formule che le finalità di tutela delle clausole di salvaguardia si orientano); occorre, poi, costruire un indicatore che identifichi quali tra tali formule hanno, esplicitamente o implicitamente, una valenza di salvaguardia, ossia realizzino le finalità di salvaguardia, nel senso già sopra esposto;
- in merito a quanto *sub e)*, ossia alle critiche rispetto alla costruzione di un indicatore “di salvaguardia” quale strumento adeguato a individuare la presenza di dette clausole nei contratti esaminati, occorre, invece, evidenziare che:
 - la costruzione dell’indicatore “di salvaguardia” segue la prassi tipica degli indicatori di monitoraggio del mercato; in particolare, occorre testare una particolare ipotesi (la presenza di una clausola di salvaguardia, nel caso in specie) attraverso una formulazione matematica unica per tutto il campione a disposizione (un indicatore) che produce degli esiti la cui significatività è tipicamente limitata ad un intervallo, i cui estremi inferiore e superiore sono a loro volta oggetto di valutazione; la formulazione matematica unica, e non specifica per ogni contratto analizzato, è il presupposto per l’implementazione di uno strumento regolatorio, a sua volta generale e non individuale, per il riconoscimento del costo evitato di combustibile; tale modo di procedere appare coerente con la metodologia sopra esposta, coerente con l’estrema varietà e frammentazione con cui le finalità di salvaguardia sono perseguite nelle prassi contrattuali efficienti delle importazioni *long term* di gas naturale;
 - l’indicatore è convenzionalmente rappresentativo dei criteri contrattuali di indicizzazione del prezzo della materia prima gas ai prodotti petroliferi, rinvenuti nei dati a disposizione dell’Autorità (nel caso specifico, ai fini della formulazione matematica dell’indicatore si è scelto di fare riferimento alle quotazioni del Brent, essendo il sottostante prevalente nei contratti analizzati);

- l'indicatore è stato posto pari al valore assoluto della variazione percentuale mensile, rispetto al mese precedente, del rapporto tra il prezzo contrattuale del gas comunicato nell'ambito della richiesta dati e la media del Brent Dated (media delle quotazioni mensili dei 9 mesi precedenti a partire dall'ultimo mese), depurata dell'effetto cambio;
- l'intervallo di significatività dei valori assunti dall'indicatore è stato fissato tra il 10% e il 30%, al fine di escludere, con ragionevole certezza, le clausole contrattuali che comportano uno scostamento del prezzo del gas rispetto al sottostante prevalente (il Brent) derivante da finalità esogene rispetto alle esigenze di salvaguardia. Non sono incluse variazioni inferiori al 10% in quanto potenzialmente fisiologiche, stante la natura semplificata dell'analisi (i prodotti petroliferi a cui il prezzo del gas è indicizzato sono vari, le medie mobili riportate non sono tutte a 9 mesi). Sono escluse altresì variazioni maggiori del 30% perché ritenute riconducibili a eventi di natura diversa dall'operatività di clausole di salvaguardia;
- in merito a quanto *sub f*), sulla presunta erroneità dell'utilizzo di valori assoluti per la costruzione dell'indicatore di salvaguardia, in realtà è del tutto irrilevante l'utilizzo, nell'indicatore, dei valori assoluti in luogo dei valori dotati di segno, perché la discordanza di segno tra numeratore e denominatore dell'indicatore (da cui derivano valori negativi), per un singolo mese, non è di per sé significativa della *“coerenza con l'andamento dello scenario energetico”* che invece è valutata e confermata su periodi di durata più estesi; in altre parole, non è necessariamente la costruzione dell'indicatore a escludere clausole contrattuali non aventi effetti di salvaguardia ma è la presenza dell'intervallo di significatività dei suoi valori a perseguire tale obiettivo;
- in merito a quanto *sub g*), sulla presunta opacità e poca trasparenza seguita dall'Autorità nelle verifiche svolte, può essere utile evidenziare che sulla base delle informazioni a disposizione dell'Autorità per il periodo 2004-2007, dei 28 contratti analizzati, 7 non sono stati considerati perché riconducibili all'ex monopolista (c.d. vendite innovative, come tali quindi del tutto inattendibili). Tra i restanti 21 contratti di approvvigionamento:
 - un contratto, corrispondente a circa il 7% dei volumi di gas approvvigionati nel periodo richiamato, presenta clausole di salvaguardia esplicite come definite *sub a*);
 - 10 contratti, corrispondenti a circa il 50% dei volumi di gas approvvigionati nel periodo richiamato, presentano “effetti di salvaguardia” riconducibili all'operatività di una clausola tesa ad alterare, *“amplificandola o smorzandola, la correlazione tra [il] prezzo e le variabili – tipicamente le quotazioni di uno o più prodotti petroliferi – a cui quest'ultimo è indicizzato”*; si tratta, in altre parole, di contratti che presentano clausole contrattuali che (in coerenza con la frammentarietà e varietà delle prassi contrattuali) realizzano una finalità di tutela di salvaguardia secondo le modalità indicate *sub b*) e *c*);
- inoltre, come richiamato nel documento per la consultazione 80/2021/R/eel, non si può escludere che i contratti che non esibiscono evidenze significative sulla base

dell'analisi svolta possano comunque presentare clausole di salvaguardia operative, ad esempio, a partire da periodi antecedenti a quello di indagine e, pertanto, non segnalate dall'indicatore; del resto, come chiarito nella più volte richiamata relazione tecnica alla deliberazione 248/04, l'Autorità aveva già compiuto una valutazione e una verifica delle prassi contrattuali prevalenti in quel periodo con riferimento ai contratti di importazione di lungo termine all'epoca pendenti, ritenendo operanti, in quei contratti, clausole di salvaguardia o comunque forme contrattuali realizzanti una tale finalità; una tale valutazione, inoltre, è stata ritenuta corretta da parte dello stesso Consiglio di Stato, Sezione VI, che, con la decisione 5 giugno 2006, n. 3352/2006, aveva ritenuto *“ragionevole la determinazione dell'Autorità, di carattere tecnico, di ravvisare la prassi inerenti alla clausola [di salvaguardia], sulla base delle complessive risultanze istruttorie”*;

- a quest'ultimo riguardo, è il caso di rilevare che l'accertamento tecnico compiuto in tal modo dall'Autorità rispetto ai contratti validi nell'anno 2004, non può che assumere rilievo rispetto alla richiesta formulata da Edison nell'ambito della consultazione, secondo cui l'Autorità dovrebbe dimostrare la presenza delle clausole aventi i connotati precisati della deliberazione 248/04: un tale accertamento tecnico, infatti, è già stato effettuato rispetto a contratti – validi per il 2004 – di durata pluriennale i quali, come tali, hanno trovato applicazione anche negli anni successivi e ai quali si riferiscono quindi i dati acquisiti dall'Autorità nell'ambito del presente procedimento;
- dai dati analizzati, pertanto, e in disparte comunque quanto considerato al punto precedente, emerge che nelle prassi contrattuali prevalenti, sono presenti clausole aventi effetti di salvaguardia. Inoltre, è stata riscontrata anche la presenza di clausole di salvaguardia esplicite.

CONSIDERATO, INFINE, CHE:

- nelle more del presente procedimento, è stata pubblicata – su ricorso per ottemperanza promosso da Edison – la sentenza 3839/2021, con la quale il Consiglio di Stato ha assegnato all'Autorità un *“termine di 45 giorni, decorrenti dalla comunicazione e notifica della [...] sentenza, per dare integrale esecuzione a quanto statuito dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 4778 del 2020”*, nominando sin d'ora un commissario *ad acta*;
- in particolare, il Consiglio di Stato, pur prendendo atto della pubblicazione del documento per la consultazione 80/2021/R/eel, ha altresì rilevato che il procedimento di riesame avviato dall'Autorità con la deliberazione 354/2020/R/eel, aveva fissato un termine per la conclusione che *“è inutilmente decorso”*, con la conseguente necessità di fissare il suddetto termine di 45 giorni per l'ottemperanza;
- a quest'ultimo riguardo, si evidenzia che il tempo impiegato per l'adozione del presente provvedimento è dipeso dalla complessità delle valutazioni necessarie per lo svolgimento delle verifiche che, come sopra motivato, hanno a oggetto una fenomenologia di elementi contrattuali alquanto diversificata e particolarmente articolata, tali da richiedere attenzione e prudenza nelle analisi; ciò anche in ragione

del fatto che, l'eventuale omessa applicazione della clausola di salvaguardia nella regolazione dei conguagli del CEC per l'anno 2008 (richiesta dalla ricorrente), comporterebbe un esborso per il sistema, con corrispondente onere posto quindi a carico della generalità dell'utenza finale, pari a circa 250 milioni di euro.

RITENUTO CHE:

- l'analisi svolta, come posta in consultazione e sopra descritta, sia sufficiente per dimostrare che, nelle prassi contrattuali prevalenti (afferenti cioè a più del 50% dei volumi di gas approvvigionati nel periodo richiamato), sono presenti clausole aventi effetti di salvaguardia;
- quanto detto, in piena ottemperanza alla sentenza 4778/20 del Consiglio di Stato (che non ha messo in discussione l'intera formula per la determinazione del CEC ma solo la presenza al suo interno della clausola di salvaguardia per gli anni 2004-2007 senza aver prima accertato la ricorrenza di essa nelle prassi contrattuali prevalenti sul mercato del gas naturale), consenta di concludere il procedimento avviato con la deliberazione 354/2020/R/eel, confermando il contenuto della deliberazione 553/2013/R/eel

DELIBERA

1. di concludere il procedimento avviato con la deliberazione 354/2020/R/eel confermando il contenuto della deliberazione 553/2013/R/eel. Il valore di conguaglio del CEC per l'anno 2008 è, pertanto, confermato nei termini seguenti:
 - a) 7,70 c€/kWh per le iniziative prescelte di cui all'articolo 3, comma 7, della legge 481/95;
 - b) 7,29 c€/kWh per gli impianti di cui all'articolo 1, lettera a), della deliberazione 81/99, entrati in esercizio nel biennio 1997-1998;
 - c) 7,02 c€/kWh per gli impianti di cui all'articolo 1, lettera a), della deliberazione 81/99, entrati in esercizio nel biennio 1999-2000;
 - d) 6,75 c€/kWh per gli impianti di cui all'articolo 1, lettera a), della deliberazione 81/99, entrati in esercizio nel biennio 2001-2002 e negli anni successivi;
2. di pubblicare il presente provvedimento sul sito internet dell'Autorità www.arera.it.

1 giugno 2021

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini