

**DELIBERAZIONE 23 NOVEMBRE 2017
781/2017/R/COM**

**CHIUSURA DEL PROCEDIMENTO AVVIATO AI SENSI DELL'ARTICOLO 1, COMMA 511,
DELLA LEGGE 208/2015, IN MERITO ALLA FORNITURA DI ENERGIA ELETTRICA
EROGATA DALLA SOCIETÀ EDISON S.P.A. IN FORZA DELLA CONVENZIONE ENERGIA
ELETTRICA ED. 3, STIPULATA CON LA CENTRALE DI COMMITTENZA REGIONALE PER LA
LOMBARDIA ARCA S.P.A.**

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

Nella riunione del 23 novembre 2017

VISTI:

- la Direttiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009;
- la legge 14 novembre 1995, n. 481;
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79;
- la legge 28 dicembre 2015, n. 208 (di seguito: legge 208/15);
- la deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (di seguito: Autorità) 18 febbraio 2016, 62/2016/E/EEL (di seguito: deliberazione 62/2016/E/EEL).

CONSIDERATO CHE:

- la legge 208/15, articolo 1, comma 511, stabilisce che *“a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, anche con riferimento ai contratti in corso a tale data, nei contratti pubblici relativi a servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica stipulati da un soggetto aggregatore di cui all'articolo 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito con modificazioni dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, per l'adesione dei singoli soggetti contraenti, in cui la clausola dei revisione e adeguamento dei prezzi sia collegata o indicizzata al valore dei predetti beni, che abbia determinato un aumento o una diminuzione del prezzo complessivo in misura non inferiore al 10 per cento e tale da alterare significativamente l'originario equilibrio contrattuale, come accertato dall'autorità indipendente preposta alla regolazione del settore relativo allo specifico contratto ovvero, in mancanza, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'appaltatore o il soggetto aggregatore hanno facoltà di richiedere, con decorrenza*

dalla data dell'istanza presentata ai sensi del presente comma, una riconduzione ad equità o una revisione del prezzo medesimo”;

- la predetta disposizione prevede, altresì, che *“in caso di raggiungimento dell'accordo, i soggetti contraenti possono, nei trenta giorni successivi a tale accordo, esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'articolo 1373 del codice civile. Nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo le parti possono consensualmente risolvere il contratto senza che sia dovuto alcun indennizzo come conseguenza della risoluzione del contratto fermo restando quanto previsto dall'articolo 1467 del codice civile;*
- infine, il citato comma 511 dispone che *“le parti possono chiedere all'autorità che provvede all'accertamento di cui al presente comma di fornire, entro trenta giorni dalla richiesta, le indicazioni utili per il ripristino dell'equilibrio contrattuale ovvero, in caso di mancato accordo, per la definizione di modalità attuative della risoluzione contrattuale finalizzate a evitare disservizi”;*
- con lettera del 28 gennaio 2016 (prot. Autorità 2592) la società Edison S.p.a. (di seguito: Edison), risultata assegnataria, in data 1 ottobre 2013, di una gara per la fornitura di energia elettrica indetta dalla centrale di committenza regionale per la Lombardia ARCA S.p.a. (di seguito: ARCA), ha presentato istanza affinché l'Autorità proceda ad accertare se vi sia stata una riduzione del prezzo complessivo delle forniture *retail* prestate superiore al 10%, dovuta al calo delle quotazioni dei due combustibili Brent e Btz, cui la convenzione stipulata con ARCA (convenzione Energia Elettrica Ed.3) indicizza il prezzo stesso;
- benché Edison non chieda espressamente all'Autorità di accertare se la riduzione del prezzo abbia prodotto un'alterazione dell'equilibrio contrattuale, un tale, ulteriore, accertamento è necessario, né può ritenersi assorbito dal primo, atteso che una variazione, anche considerevole, del prezzo, non è di per sé condizione sufficiente a perturbare l'equilibrio contrattuale, potendo ben darsi che la variazione del prezzo sia compensata da altri fattori;
- di conseguenza, l'istanza presentata si deve intendere relativa all'accertamento della sussistenza di entrambi i requisiti menzionati: (a) la riduzione del prezzo in misura non inferiore al 10% e (b) l'alterazione dell'equilibrio contrattuale;
- con la lettera sopra citata, Edison ha altresì richiesto all'Autorità (c) di fornire, ove lo ritenga opportuno, indicazioni utili per il ripristino dell'equilibrio contrattuale;
- pertanto l'Autorità, con la deliberazione 62/2016/E/EEL ha avviato un procedimento volto all'accertamento della sussistenza dei due requisiti predetti;
- oltre alla documentazione sopra richiamata, nell'ambito del procedimento sono stati acquisiti i seguenti documenti:
 - comunicazione del 6 giugno 2016 (prot. Autorità 16364) in risposta agli approfondimenti richiesti dall'Autorità in data 3 maggio 2016 (prot. Autorità 12856);
 - integrazione del 6 luglio 2016 (prot. Autorità 19312) in risposta agli approfondimenti richiesti dall'Autorità in data 5 luglio 2016 (prot. Autorità 19067);

- con nota in data 27 dicembre 2016 il responsabile del procedimento ha comunicato a Edison e ARCA le risultanze istruttorie, che sono state riscontrate da quest'ultima società con nota in data 5 maggio 2017 (prot. Autorità 16205).

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- il presente procedimento ha ad oggetto l'accertamento, da parte dell'Autorità, dei due presupposti, richiamati alle precedenti lettere (a) e (b), della riduzione del prezzo complessivo e dell'alterazione dell'equilibrio contrattuale, al cui verificarsi l'articolo 1, comma 511, della legge 208/15 attribuisce a una parte del contratto quadro di chiedere una riduzione a equità dello stesso;
- con riferimento al primo presupposto, dall'esame della documentazione prodotta e dei dati in possesso dell'Autorità, risulta positivamente verificata una diminuzione superiore al 10% del prezzo complessivo della fornitura;
- tale condizione è stata verificata considerando il prezzo medio della fornitura inclusivo di oneri di dispacciamento, di rete, oneri generali di sistema e imposte;
- con riferimento al secondo presupposto, occorre, in via preliminare, chiarire come debba essere intesa la nozione di "*alterazione significativa dell'originario equilibrio contrattuale*";
- al riguardo, tra le diverse interpretazioni possibili dovrebbe essere preferita quella che valorizzi l'attitudine della norma in esame a innovare l'ordinamento, in una logica di specialità rispetto ai vigenti principi generali in materia di gare pubbliche; ciò in coerenza col generale criterio ermeneutico che impone di interpretare le norme in modo da garantirne la produzione di effetti;
- in tale prospettiva, pertanto, si dovrebbe concludere che un'alterazione significativa dell'originario equilibrio contrattuale, ai sensi dell'articolo 1, comma 511, della legge 208/15, si verifica allorché si riscontri una variazione del prezzo complessivo della fornitura tale da determinare un'alterazione significativa del margine atteso, definito come differenza tra ricavo medio di fornitura (al netto di tutti gli oneri passanti: dispacciamento, rete, oneri generali e imposte) e costo medio di approvvigionamento dell'energia nel mercato all'ingrosso;
- in tale calcolo, i costi attesi dovrebbero essere calcolati facendo riferimento al prezzo dell'energia nei mercati all'ingrosso e tenendo conto esclusivamente delle leve di controllo dei rischi connessi all'oscillazione dei prezzi e del c.d. rischio volume che Edison ha effettivamente azionato attraverso la conclusione di contratti di copertura, e non anche degli ulteriori contratti di copertura che la società avrebbe potuto concludere per garantirsi in modo più efficace rispetto all'oscillazione dei prezzi; infatti, prendere in considerazione anche quest'ultimo aspetto, pur essendo conforme al principio generale della *par condicio* tra le imprese partecipanti affermatosi nella giurisprudenza in tema di gare pubbliche, frustrerebbe il carattere innovativo e la natura di *lex specialis* della norma introdotta con la legge 208/15, favorendo una conclusione che si sarebbe potuta argomentare anche in sua assenza;

- a fronte di quanto sopra, risulta quindi integrato anche il secondo presupposto dell'alterazione significativa dell'originario, intesa, appunto, come differenza tra ricavo medio di fornitura e costo medio di approvvigionamento dell'energia nel mercato all'ingrosso;
- infatti, dalle risultanze istruttorie risulta che, a fronte del margine atteso, Edison ha conseguito, laddove si tenga conto delle leve di controllo effettivamente azionate da Edison, un margine quasi nullo, margine che diverrebbe addirittura negativo laddove si escludano le suddette leve attivate.

CONSIDERATO, INFINE, CHE:

- in seguito alla comunicazione delle risultanze istruttorie ARCA ha comunicato all'Autorità di aver raggiunto con Edison un accordo su nuove condizioni contrattuali in grado di ripristinare l'equilibrio originario, mediante la stipula di un apposito *addendum* alla originaria convenzione Energia Elettrica ed. 3;
- quest'ultima circostanza, anche alla luce degli accertamenti richiamati nel precedente gruppo di considerati, fa venir meno i presupposti per la continuazione della trattazione delle predette istanze originariamente avanzate da Edison.

RITENUTO CHE:

- sia necessario, al fine di chiudere il presente procedimento:
 - accertare la sussistenza dei presupposti della riduzione del prezzo complessivo e dell'alterazione dell'equilibrio contrattuale, richiamati alle precedenti lettere (a) e (b);
 - archiviare, a fronte del sopravvenuto accordo tra le parti, conseguente alla comunicazione delle risultanze istruttorie e comunicato all'Autorità da ARCA in data 5 maggio 2017, l'ulteriore istanza di Edison richiamata alla precedente lettera (c) volta a ottenere indicazioni utili per il ripristino dell'equilibrio contrattuale

DELIBERA

1. di accertare, con riferimento alla convenzione Energia Elettrica ed. 3 conclusa tra Edison e ARCA, che:
 - risulta positivamente verificata una variazione superiore al 10% del prezzo complessivo della fornitura oggetto di convenzione;
 - risulta positivamente verificatasi un'alterazione significativa dell'originario equilibrio contrattuale, intesa come alterazione significativa dell'originario margine atteso nei termini meglio chiariti in motivazione;

2. di archiviare l'ulteriore istanza presentata originariamente da Edison circa le indicazioni utili per il ripristino dell'equilibrio contrattuale;
3. di trasmettere il presente provvedimento a Edison e ARCA;
4. di pubblicare il presente provvedimento sul sito internet dell'Autorità www.autorita.energia.it

23 novembre 2017

IL PRESIDENTE
Guido Bortoni