

DELIBERAZIONE 10 GIUGNO 2016
308/2016/R/EEL

CHIUSURA DEL PROCEDIMENTO AVVIATO AI SENSI DELL'ARTICOLO 1, COMMA 511, DELLA LEGGE 208/2015, IN MERITO ALLA FORNITURA DI ENERGIA ELETTRICA, EROGATA DA GALA S.P.A. IN FORZA DELLA CONVENZIONE EE12 STIPULATA CON CONSIP S.P.A.

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

Nella riunione del 10 giugno 2016

VISTI:

- la direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009;
- la legge 14 novembre 1995, n. 481 e sue modifiche e integrazioni;
- 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) 6 febbraio 2016, 41/2016/R/EEL (di seguito: deliberazione 41/2016/R/EEL).

CONSIDERATO CHE:

- la legge 208/15, all'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 di revisione e adeguamento dei prezzi sia collegata o indicizzata al valore di beni indifferenziati, qualora si sia verificata una variazione nel 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 31 dicembre 2015 (prot. Autorità n. 308 del 2016), la società Gala S.p.a. (di seguito: Gala), aggiudicataria nel 2014 della convenzione Consip EE12, relativa alla fornitura di energia elettrica alle pubbliche amministrazioni e recante una clausola di indicizzazione del prezzo di fornitura all’andamento del Brent (e del BTZ), ha presentato istanza affinché l’Autorità proceda ad accertare se:
 - (a) vi sia stata una riduzione, dovuta al drastico calo delle quotazioni del Brent, del prezzo complessivo delle forniture prestate oltre la soglia del 10%;
 - (b) se tale riduzione del prezzo abbia alterato l’equilibrio contrattuale originario;
- con la medesima lettera, Gala ha, altresì, richiesto all’Autorità di (c) fornire indicazioni utili per il ripristino dell’equilibrio contrattuale;
- con lettera del 18 gennaio 2016 (prot. Autorità n. 697), la società Consip S.p.a. (di seguito: Consip), controparte contrattuale di Gala, ha replicato alle considerazioni di quest’ultima società e ha richiesto, a sua volta, all’Autorità di (d) fornire indicazioni utili all’attuazione dell’eventuale risoluzione contrattuale;
- pertanto, l’Autorità, con la deliberazione 41/2016/R/EEL, ha avviato un procedimento volto all’accertamento delle due condizioni della riduzione del prezzo complessivo e dell’alterazione dell’equilibrio contrattuale – cfr. lettere (a) e (b) – posticipando a una seconda fase, da avviare nell’ipotesi di esito positivo degli accertamenti, la trattazione delle ulteriori richieste delle società relative ai criteri per il riequilibrio contrattuale e alle modalità di attuazione della eventuale risoluzione – cfr. lettere (c) e (d);
- oltre alla documentazione sopra richiamata, nell’ambito del procedimento sono stati acquisiti i seguenti documenti:
 - memoria di Gala del 22 gennaio 2016 (prot. Autorità n. 0987);
 - lettera di Gala del 5 aprile 2016 (prot. Autorità n. 10195);
 - lettera di Consip del 8 giugno 2016 (prot. Autorità n. 16423);
- in seguito alle esigenze di urgenza prospettate dalle due società, con nota in data 9 giugno 2016, il responsabile del procedimento ha comunicato, a Gala e Consip, le risultanze istruttorie, che sono state riscontrate dalle medesime società rispettivamente con lettera del 9 giugno 2016 (prot. Autorità n. 16584/A) e con lettera del 10 giugno 2016 (prot. Autorità n. 16582/A).

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 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 una 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 ed ignorando pertanto le leve di controllo – seppure parziale – dei costi di approvvigionamento che Gala avrebbe potuto azionare attraverso la conclusione di contratti di copertura; infatti, prendere in considerazione queste ultime variabili (contratti di copertura), pur essendo conforme al principio generale della *par condicio* tra le imprese partecipanti affermatosi nella giurisprudenza in tema di gare pubbliche, e richiamato dalle stesse pronunce giudiziali (sia pure non definitive) rese nell'ambito dei contenziosi intercorsi tra Consip e Gala, frustrerebbe però 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 una riduzione significativa in valore assoluto del margine atteso (che diventa negativo), corrispondente a oltre un terzo del ricavo medio che poteva essere stimato sulla base delle quotazioni a termine del Brent e del tasso di cambio rilevabili alla data della gara per l'aggiudicazione della fornitura.

CONSIDERATO, INFINE, CHE:

- nell'ambito del procedimento, anche in seguito alle interazioni intervenute tra Gala, Consip e gli Uffici dell'Autorità, è emerso che le due società hanno prospettato l'ipotesi di addivenire a un accordo su nuove condizioni contrattuali che garantirebbero un ripristino dell'equilibrio originario; su alcuni aspetti di tale ipotesi di accordo, che nel suo complesso non presenta profili di criticità con l'articolo 1, comma 511, della legge 208/15, Consip ha dichiarato che l'Avvocatura dello Stato, su richiesta del Ministero dell'Economia e delle Finanze, ha espresso un favorevole parere; Consip, infine, ha comunque condizionato la sua volontà ad aderire a tale accordo alla positiva verifica da parte dell'Autorità circa la sussistenza dei due presupposti richiamati alle precedenti lettere (a) e (b);
- in seguito alla comunicazione delle risultanze istruttorie, le società non hanno espresso rilievi critici ma, anzi, hanno evidenziato il venir meno del rispettivo interesse all'adozione, da parte dell'Autorità, delle indicazioni utili per il ripristino dell'equilibrio contrattuale e per la gestione dell'eventuale risoluzione, per cui le società avevano presentato istanze – cfr. precedenti lettere (c) e (d);
- 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 dalle società;
- da ultimo, come già detto, ambedue le società hanno rappresentato l'esigenza di pervenire celermente alla conclusione del procedimento; tale esigenza, in particolare, è stata motivata da Consip con *“l'interesse delle pubbliche amministrazioni ad avere certezza giuridica in ordine alle tariffe applicabili”*.

RITENUTO CHE:

- sia necessario chiudere il presente procedimento con urgenza, anche al fine di garantire certezza alle pubbliche amministrazioni interessate dalla convenzione oggetto del presente procedimento;
- sia a tal fine necessario:
 - accertare la sussistenza dei presupposti della riduzione del prezzo complessivo e dell'alterazione dell'equilibrio contrattuale, richiamati alle precedenti lettere (a) e (b);
 - archiviare le ulteriori istanze presentate da Gala e Consip, richiamate alle precedenti lettere (c) e (d), volte a ottenere indicazioni utili per il ripristino dell'equilibrio contrattuale e per la gestione dell'eventuale risoluzione della convenzione

DELIBERA

1. di accertare, con riferimento alla convenzione EE12 conclusa tra Consip e Gala, che:
 - risulta positivamente verificata una diminuzione superiore al 10% del prezzo complessivo della fornitura oggetto della 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 le ulteriori istanze presentate originariamente da Gala e Consip circa le indicazioni utili per il ripristino dell'equilibrio contrattuale e per la gestione dell'eventuale risoluzione della convenzione;
3. di trasmettere il presente provvedimento a Gala e Consip;
4. di pubblicare il presente provvedimento sul sito internet dell'Autorità www.autorita.energia.it.

10 giugno 2016

IL PRESIDENTE
Guido Bortoni