

SEGNALAZIONE ALL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO AI SENSI DELL'ARTICOLO 2, COMMA 33, DELLA LEGGE 14 NOVEMBRE 1995, N. 481

1. Premessa

L'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito: l'Autorità) con la delibera 9 giugno 2004, n. 84/04 e la delibera 18 gennaio 2005, n. 3/05, ha avviato due istruttorie conoscitive sulle dinamiche di formazione dei prezzi nel sistema delle offerte di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (di seguito: sistema delle offerte) nelle sedute collocate tra il 7 ed il 10 giugno del 2004 e nei primi giorni del mese di gennaio 2005.

Entrambe le istruttorie sono state avviate a motivo della rilevazione, nelle sedute oggetto di analisi (di seguito: giorni critici), di significativi andamenti incrementali dei prezzi nel mercato del giorno prima (di seguito: MGP) e dei corrispettivi di utilizzo della capacità di trasporto, al fine di valutare l'eventuale esercizio di potere di mercato, da parte di un singolo operatore, ovvero collettivo, da parte di più operatori attivi nel sistema delle offerte.

Gli esiti di dette istruttorie, declinati nel documento *“Resoconto delle istruttorie conoscitive sulle dinamiche di formazione dei prezzi nel sistema delle offerte per i giorni 7, 8, 9 e 10 giugno 2004 e per i primi giorni del mese di gennaio 2005, avviate con deliberazioni n. 84/04 e n. 3/05”* allegato al presente atto, evidenziano che le condotte, tenute da alcuni esercenti l'attività di produzione di energia elettrica, potrebbero essere inquadrare in fattispecie astratte costituenti presupposto per gli interventi nella competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ciò che rende necessario l'esercizio del potere di segnalazione di cui alla rubricazione del presente atto.

2. Il fatto.

2.1 Andamento dei prezzi nel segmento MGP del sistema delle offerte nei giorni critici.

Nei giorni critici sono stati registrati livelli di prezzo significativamente elevati e non riconducibili a specifiche situazioni congiunturali quali, in primo luogo, un consistente incremento della domanda. Più in particolare, il PUN medio ponderato nella seconda settimana di giugno (ventiquattresima settimana dell'anno 2004) è stato infatti pari a circa 72 €/MWh, circa 15 €/MWh in più rispetto alla media ponderata del periodo aprile 2004 - gennaio 2005. L'anomalia è ancora più evidente se si analizzano i prezzi registrati nella seconda settimana di gennaio: il PUN medio ponderato in tale settimana, è stato pari a oltre 83 €/MWh, il valore più alto registrato dall'avvio del dispacciamento di merito economico.

Nel suddetto segmento temporale, un esercente, la società Enel Produzione Spa (di seguito: ENEL), risultava dominante nel mercato di riferimento. Tale valutazione è

frutto dell'applicazione delle metodiche basate sui c.d. indici di pivotalità, utilizzati anche nell'ambito dell'indagine congiunta con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sullo stato della liberalizzazione del settore elettrico, al fine di inquadrare le misure e gli interventi preventivi e repressivi degli abusi del potere di mercato, in relazione alle peculiari caratteristiche di detto settore. I criteri di delimitazione dei mercati di riferimento, di impostazione di dette metodiche, nonché gli esiti della loro applicazione ai giorni critici, sono ampiamente esposti nel Resoconto.

Basti qui evidenziare che, nei giorni critici, l'ENEL è stata assolutamente indispensabile ai fini del soddisfacimento della domanda nella zona Macrosud (formata dalle zone Centronord, Centrosud, Sud e dai poli di produzione limitata di Rossano e Brindisi) rispettivamente nel 100% e nel 96% delle ore. Nella macrozona Nord (formata dalla zona Nord e dai poli di produzione di Turbigo e Monfalcone), l'ENEL risultava assolutamente indispensabile in circa il 50% delle ore, mentre in un ulteriore 43% delle ore, rivestiva una posizione di potenzialità attiva o passiva nei giorni dal 7 al 10 di giugno 2004; nei giorni compresi tra il 10 e il 14 gennaio 2005, l'ENEL ha rivestito nella macrozona Nord un'assoluta indispensabilità nel 57% ore e potenzialità attiva e passiva nel quasi 42% delle ore. Nella zona Macrosicilia (formata dalle zone Sicilia e Calabria e dal polo di produzione limitata di Priolo), l'ENEL non era indispensabile per circa il 23% delle ore e quasi sempre in una posizione di potenzialità attiva nelle restanti ore in entrambi i gruppi di giorni critici oggetto delle istruttorie di cui alle citate delibere n. 84/04 e n. 3/05. Nella Macrozona Sardegna, nella settimana critica di giugno 2004, l'ENEL era assolutamente indispensabile in circa il 25% delle ore e non indispensabile nel 46%. Nelle restanti ore si trovava invece in posizione di potenzialità attiva o passiva. Nell'analoga settimana di gennaio 2005 e nella stessa macrozona l'ENEL risultava essere non indispensabile per il 18% delle ore e in potenzialità attiva e passiva per il restante complemento a cento delle ore.

I dati di cui sopra dimostrano che l'ENEL era in grado di fissare il prezzo nel MGP nella maggior parte delle ore. Le informazioni disponibili sulla condotta tenuta dall'ENEL, nei giorni critici, dimostrano che nel concreto tale condotta è stata la causa unica di determinazione del prezzo in essi fissatosi.

La condotta tenuta dall'ENEL ha provocato, nel mercato all'ingrosso, una divaricazione tra i prezzi zionali di vendita caratteristici di giugno, ciò che ha dispiegato, in capo agli altri operatori, un effetto diretto sui ricavi rivenienti dalle vendite in borsa ed un effetto indiretto sui ricavi netti generati dai contratti bilaterali. In particolare, aumenti inattesi e non prevedibili della varianza dei prezzi zionali possono aver arrecato un danno agli altri operatori di mercato, nella misura in cui hanno generato un onere da CCT non coperto dai contratti a termine (bilaterali), conclusi sulla base di aspettative di prezzo differenti. D'altro canto una riduzione della varianza dei prezzi può aver portato un vantaggio ad alcuni operatori.

Data la quantità di energia elettrica sottesa ai contratti sottoscritti dall'ENEL con la società Acquirente Unico Spa e altri operatori, il prezzo registrato nella Macrozona Nord è risultato superiore a quello che avrebbe consentito di massimizzare i profitti complessivi del gruppo. In particolare, si rileva che, nei giorni critici, l'ENEL avrebbe potuto conseguire maggiori ricavi in corrispondenza di prezzi di equilibrio nella

Macrozona Nord inferiori a quelli effettivamente rilevati nelle ore in cui il PUN è risultato superiore a 57 €/MWh, valore corrispondente allo strike price per il prodotto GAS 2 messo all'asta dalla società Acquirente Unico Spa nel dicembre 2004 e di cui l'ENEL si è aggiudicato 2525 MW.

Presumibilmente l'ENEL avrebbe potuto ridurre i prezzi di equilibrio della macrozona Nord di ben oltre 1 €/MWh aumentando i propri profitti. Ovviamente, avendo l'ENEL in portafoglio opzioni con differenti strike price, il calcolo esatto del massimo profitto conseguibile richiederebbe di tenere conto altresì delle variazioni delle quantità accettate in vendita nel segmento MGP in tale zona e delle opzioni esercitate ogniquale volta la riduzione abbia l'effetto di far scendere il PUN sotto lo strike di un'opzione, che risultava esercitata in base al valore del PUN effettivamente registrato in quell'ora.

2.2 Esiti della procedura di allocazione della quota della capacità di trasporto sulla frontiera elettrica con la Francia gestita autonomamente dal gestore di rete francese per l'anno 2005

Le evidenze sub 2.1 debbono essere poste in relazione con il risultato delle procedure concorsuali in oggetto, tenute a fine dicembre 2004, per l'assegnazione per il mese di gennaio 2005.

Volendo stimare, ai fini della impostazione della propria strategia di offerta nell'ambito delle suddette procedure, il prezzo atteso nella zona Nord italiana nel mese di gennaio 2005, un esercente avrebbe fatto riferimento a quello registrato nel mese di dicembre 2004, ciò in considerazione sia della contiguità di questi mesi, sia della loro analogia sul piano della struttura di domanda e di offerta. Operando in questo modo, il valore atteso dell'energia nella zona Nord con profilo coerente a quello della capacità di importazione sarebbe stato pari a 47,1 €/MWh, ciò che avrebbe dato un valore atteso della capacità di importazione pari a circa 11 €/MWh, ben inferiore ai 19,09 €/MWh mediamente pagati per detta capacità..

A ciò si deve aggiungere che gran parte della capacità messa a gara è stata assegnata ad un solo operatore di mercato, la società Endesa, ossia ad un operatore che non è in grado di determinare il prezzo nella zona Nord indipendentemente dal comportamento degli altri operatori. Altrettanto di interesse è il fatto che la parte non assegnata a detta società, è stata assegnata ad una società del gruppo Enel.

3. Il diritto. La possibile qualificazione giuridica delle condotte rilevate.

3.1 Violazione dell'articolo 3, lettera a), della legge 10 ottobre 1990 n. 287. Abuso di posizione dominante *sub specie* applicazione di prezzi eccessivi.

La condotta tenuta dall'ENEL nei giorni critici deve essere primariamente valutata sotto il profilo dedotto in rubricazione.

E' ben vero che l'applicazione di prezzi eccessivi come forma di sfruttamento di potere di mercato, fattispecie tipizzata dal diritto comunitario della concorrenza all'articolo 82, paragrafo 2, del Trattato CE, pone forti criticità di ordine istruttorio, segnatamente riconducibili alle difficoltà, segnalate dalla prassi, di applicare al caso concreto il c.d. "price cost test" in ragione della difficoltà di determinare l'ipotetico prezzo di mercato realmente competitivo in rapporto al quale valutare l'anomalia di quello in concreto analizzato.

I tratti della condotta esaminata sembrano, peraltro, tali da consentire l'estrazione di un criterio obiettivo.

Elemento qualificante della fattispecie concreta è, infatti, non solo, o non tanto, il livello anomalo dei prezzi determinatosi in conseguenza della condotta dell'esercente, bensì il fatto che l'incremento non è stato, in rapporto ad altri impegni assunti dallo stesso esercente, nemmeno contenuto entro la soglia che avrebbe consentito la massimizzazione del profitto. In altri termini, risulta accertata una condotta ridondata in una obiettiva manipolazione del mercato svincolata da qualsiasi criterio economico, incomprensibile persino nell'ottica della massimizzazione della funzione di profitto dell'impresa.

Ne consegue il delinearci di un caso in cui il prezzo è eccessivo, patologico in assoluto e non nel rapporto relativo con un ipotetico massimo livello ammissibile dato l'assetto del mercato di riferimento.

In questo senso le evidenze acquisite in ordine al possibile substrato teleologico di siffatta condotta, sulle quali ci si sofferma nel paragrafo seguente, se rafforzano l'ipotesi di patologia del comportamento tenuto dall'ENEL, sembrano essere elemento portante di una ipotesi comunque autonoma e autonomamente asseribile.

Rimane comunque fermo il fatto che vi sono maggiori probabilità che un "price cost test" possa essere effettuato con esito positivo rispetto ad una fattispecie di prezzi eccessivi inerente all'industria elettrica, a causa delle peculiarità di questa delineate nel Resoconto, il motivo principale risiedendo nell'ampia disponibilità di dati sull'andamento del mercato e sulle condotte dei singoli operatori oggetto di flussi informativi regolati.

3.2 Violazione dell'articolo 3, lettera b), della legge 10 ottobre 1990 n. 287, e dell'articolo 82, paragrafo 2, del Trattato CE. Abuso di posizione dominante *sub specie* abuso escludente.

Gli elementi descritti nella parte in fatto sono idonei a segnalare, nel comportamento tenuto da ENEL, un possibile abuso di posizione dominante di natura escludente ai sensi dell'articolo 3, lettera b), della legge n. 287/90, concretizzatosi nel mercato all'ingrosso in Italia ed avente come effetto quello di ostacolare i concorrenti, anche non nazionali, impedendone l'ingresso nel mercato all'ingrosso nazionale o impedendone la crescita.

Ne conseguirebbe la rilevanza di detti comportamenti anche ai sensi dell'articolo 82, paragrafo 2, del Trattato CE. Si precisa al riguardo che la Commissione Europea, nella Comunicazione sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri, ha specificato che “qualora un'impresa che detiene una posizione dominante sulla totalità di uno Stato membro, commette abusi escludenti, normalmente il commercio tra Stati membri è suscettibile di essere pregiudicato. Tale comportamento abusivo, generalmente renderà più difficile la penetrazione nel mercato da parte dei concorrenti di altri Stati membri, nel qual caso le correnti degli scambi sono suscettibili di essere pregiudicate”.

Al riguardo appare, più in generale, riscontrabile la violazione del principio di diritto comunitario riguardante la speciale responsabilità di un'impresa in posizione dominante. Giova infatti ricordare che detta condizione, per certo ricorrente nel caso dell'ENEL, vieta di porre in essere qualsiasi comportamento atto a ridurre la concorrenza o ad ostacolarne lo sviluppo nei mercati in cui, per effetto della stessa condizione, il grado di concorrenza è già di per sé compresso.

3.3 Violazione dell'articolo 2, comma 2, lettere a) e b), della legge 10 ottobre 1990 n. 287, e dell'articolo 81, paragrafo 1, lettere a) e b) del Trattato CE. Intesa *sub specie* concertazione sui prezzi, sulla limitazione della produzione o sulla compartimentazione dei mercati.

Gli elementi descritti nella parte in fatto sono idonei a segnalare che le condotte tenute dall'ENEL e dall'ENDESA potrebbero essere espressive della volontà di porre in essere una pratica concordata avente l'effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente la concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, nonché idonea a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri della Comunità europea, ciò che costituisce, pertanto, una fattispecie rilevante ai sensi dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90 nonché ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato CE.

Gli elementi a disposizione dell'Autorità evidenziano, in particolare, che oggetto della pratica concordata sarebbe stata la strategia commerciale quanto alla gestione delle offerte nel segmento MGP e alla gestione delle offerte nella procedura di allocazione della capacità di interconnessione.

Giova, al riguardo, richiamare un precedente di interesse. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito: Garante) nel recente Provvedimento 13268 “ENEL Produzione – Endesa Italia” ha statuito che l'intesa comunicata dalle predette società avente ad oggetto una “procedura temporanea per la programmazione della produzione delle centrali Endesa Italia Srl per il 2002”, meglio conosciuta come nuova procedura TEM, “ha avuto per oggetto e per effetto di restringere, falsare o impedire in maniera consistente la concorrenza, in violazione del divieto di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90” in quanto si era accertato che l'intesa comunicata, dalle società ENEL e Endesa, era idonea a determinare un coordinamento tra il principale operatore del settore e un suo diretto concorrente. Infatti rileva il Garante “L'attività di coordinamento della produzione (...) e gli scambi di informazioni commerciali tra i suoi partecipanti, relativo a dati commerciali di natura estremamente sensibile” relativi alla domanda, al mix di combustibili e ai costi di generazione, oltre la sostanziale

unidirezionalità del flusso informativo (da Endesa Italia Spa ad ENEL Produzione Spa)“appaiono dunque interessare una percentuale assai elevata dell'energia elettrica generata in Italia”. Inoltre, alla luce delle osservazioni sin qui esposte è particolarmente significativo il rilievo, formulato dal Garante nel medesimo procedimento a proposito del coordinamento tra le predette società, secondo cui “non si può escludere, tuttavia, il rischio che l’intesa in oggetto (TEM), consistente nell’attività di scambio di informazioni sensibili e di coordinamento della produzione tra i generatori, finalizzata al soddisfacimento del fabbisogno di energia del mercato vincolato, possa durare anche oltre la data del 1 gennaio 2004”.

4. Conclusioni.

Stante quanto sopra esposto è, pertanto, da ritenersi acclarata la possibile sussistenza di ipotesi di violazione della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ciò che viene segnalato all’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato ai sensi dell’articolo 2, comma 33, della legge 14 novembre 1995, n. 481, per gli interventi di competenza.