

Publicato il 13/01/2020

N. 00310/2020REG.PROV.COLL.
N. 08691/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8691 del 2017, proposto dalla società E.S.TR.A. S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Giuri e Federico Sorrentino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Sorrentino in Roma, lungotevere delle Navi n.30;

contro

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato - AGCM, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n.12;

nei confronti

il Comune di Prato, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio, sede di Roma, sez. I, 1 agosto 2019 n. 9140, che ha pronunciato sul ricorso n.2423/2012 R.G. proposto per l'annullamento:

del provvedimento 25 gennaio 2012 n.23233 pronunciato nel procedimento A435, notificato il giorno 7 agosto 2017, con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato – AGCM ha che le società Estra S.p.a. ed Estra Reti Gas S.r.l. hanno posto in essere un abuso di posizione dominante contrario all'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea - TFUE, consistente nel rifiuto e ritardo a fornire informazioni necessarie a indire una procedura di gara competitiva per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel comune di Prato; le ha diffidate dal porre in essere analoghi comportamenti per il futuro ed ha irrogato loro una sanzione pecuniaria pari a € 276.132/00.

In particolare, il TAR ha accolto in parte il ricorso, limitatamente alla determinazione della sanzione, e l'ha ridotta ai sensi di cui in motivazione, rinviando all'Autorità per il relativo calcolo.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio dell'AGCM;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2019 il Cons. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti l'avvocato Luigi Giuri e l'avvocato dello Stato Angelo Venturini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte del provvedimento 25 gennaio 2012 n.23233 indicato in epigrafe, con il quale l'Autorità garante della concorrenza

e del mercato -AGCM, così come indicato nel dispositivo di esso, ha deliberato che la società ricorrente appellante e la sua controllata Estra Reti Gas S.r.l. hanno posto in essere un abuso di posizione dominante contrario all'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – TFUE, abuso consistente nel rifiuto e ritardo di fornire informazioni necessarie per indire una procedura di gara competitiva per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel comune di Prato; ha di conseguenza deliberato che tali soggetti “si astengano per il futuro dal porre in essere comportamenti analoghi” ed ha applicato loro in solido la sanzione pecuniaria prevista per tali infrazioni, consistente nel pagamento di una somma pari a € 276.132 (doc. 1 in I grado ricorrente appellante, provvedimento impugnato citato).

2. Per comprendere la vicenda per cui è causa, occorre anzitutto dar conto della posizione di mercato della ricorrente appellante, e quindi spiegare come fosse gestito all'epoca dei fatti il servizio di cui sopra nel comune di Prato stesso.

2.1 Il servizio in questione era infatti materialmente gestito dalla citata Estra Reti, controllata al 100% dalla ricorrente appellante, la quale lo svolgeva per complessivi 84 comuni della regione Toscana. A sua volta, la ricorrente appellante è una società pubblica, il cui capitale era al tempo detenuto da altre società pure pubbliche, precisamente per il 61,1% dalla Consiag S.p.a., a sua volta controllata da 24 comuni, fra cui proprio quello di Prato; per il 38,89% dalla Intesa S.p.a., a sua volta controllata da altri 50 comuni, e per il resto da un'altra società, sempre pubblica.

2.2 A tale assetto si era arrivati, per quanto interessa, a partire dal 1974, data in cui il servizio relativo al comune di Prato era stato

affidato direttamente alla Consiag, all'epoca costituita in forma di consorzio e in seguito trasformata, appunto, in società per azioni; successivamente, la Consiag lo aveva trasferito alla ricorrente appellante e alla sua controllata nei termini di cui si è detto. Di conseguenza, queste due società sono venute a trovarsi in una situazione di monopolio, e quindi in una posizione dominante, apprezzata come tale dall'Autorità (doc. 1 in I grado ricorrente appellante, cit. §§ 1-3 e 185).

3. La vicenda per cui è processo si origina poi in dipendenza dall'entrata in vigore del d. lgs. 23 maggio 2000 n.164, cd decreto Letta.

3.1 Il decreto Letta, come è noto, ha disposto, come da art. 1, la liberalizzazione del mercato interno del gas naturale, e per conseguenza ha stabilito la regola dell'affidamento mediante gara, e quindi in regime di concorrenza per aggiudicarsi il relativo mercato, del servizio di distribuzione ai consumatori finali del gas stesso, fino a quel momento di norma gestito da aziende municipalizzate o società pubbliche sulla base di affidamenti diretti senza gara disposti dai vari comuni spesso in tempi molto remoti, e ciò sul presupposto che in tal modo si sarebbero potuti migliorare la qualità e la convenienza del servizio a vantaggio dei consumatori stessi.

3.2 Di conseguenza, all'art. 15 del previsto un periodo transitorio, al termine del quale gli affidamenti già in corso sarebbero scaduti per volontà di legge, e quindi si sarebbero dovute indire le gare. La determinazione di questo periodo transitorio è stata oggetto di molteplici successivi interventi legislativi, e di oscillazioni giurisprudenziali, che hanno creato una notevole incertezza; nel caso di specie, peraltro, non è necessario darne conto, perché tutti gli

interessati hanno dato per pacifico che la data di scadenza dell'affidamento per il comune di Prato fosse quella del 31 dicembre 2010 (doc. 1 in I grado ricorrente appellante, cit. § 15).

3.3 Sulla base delle disposizioni del decreto Letta, pertanto, molti comuni, fra i quali appunto quello di Prato, hanno ritenuto possibile indire una gara limitatamente al proprio territorio, ed hanno proceduto in tal senso, spinti dal desiderio di assicurarsi i corrispettivi che in base alla nuova normativa il concessionario deve corrispondere al comune concedente. Peraltro, questo tipo di iniziative si è scontrato con un dato di carattere tecnico, ovvero con il rilievo per cui gestire il servizio in questione separando la gestione di ciascun comune non rappresenta, o non rappresenta sempre, la soluzione più razionale ed efficiente. In tal senso, il legislatore ha quindi deciso, con l'art. 46 *bis* del d. l. 1 ottobre 2007 n.159 convertito dalla l. 29 novembre 2007 n.222 e con l'art. 15 comma 1 lettera a *bis* del d.l. 25 settembre 2009 n.135 convertito dalla l. 20 novembre 2009 n.166, che il servizio dovesse essere affidato per ambiti territoriali minimi – ATEM, ovvero per porzioni di rete comprendenti anche più comuni, che sarebbero stati identificati con un successivo decreto ministeriale.

3.4 Il decreto in questione, D. M. Ministero dello sviluppo economico – MISE 19 gennaio 2011, cd decreto ambiti, è entrato in vigore il giorno 1 aprile 2011, e quindi nel corso di svolgimento della vicenda per cui è causa, e per quanto qui interessa ha accorpato la rete del comune di Prato in un unico ATEM che comprende quindici comuni, tra cui tutti quelli già serviti dalla ricorrente appellante.

3.5 Sulla sorte delle gare che, nel precedente periodo di incertezza sul da farsi erano state indette dai singoli comuni per la rete di loro pertinenza, si è infine pronunciato l'art. 24 comma 4 del d. lgs. 1 giugno 2011 n.93, nel senso di farle salve ove alla data di entrata in vigore del decreto stesso, ossia al 29 giugno 2011, fossero stati pubblicati i bandi o inviate le lettere di invito.

4. Ciò posto, i fatti storici specifici di causa sono non controversi, e si possono ricostruire in sintesi facendo riferimento a quanto esposto nel provvedimento impugnato in questione (doc. 1 in I grado ricorrente appellante, cit. §§ da 13 a 49).

4.1 Il giorno 26 aprile 2010 il comune di Prato, intenzionato a indire una gara per affidare il servizio di distribuzione del gas, ha inviato una prima comunicazione a Estra Reti, controllata della ricorrente appellante la quale materialmente gestiva l'impianto, con cui le ha chiesto di trasmettere con urgenza una serie di informazioni ritenute rilevanti in tal senso.

4.2 Il giorno 30 aprile 2010 Estra Reti ha risposto al comune ed ha rilevato preliminarmente l'asserita illegittimità della scelta compiuta dall'ente di indire un'autonoma gara, anticipando la possibilità di adire le vie legali per opporvisi; ha poi contestato la richiesta affermando che il servizio gestito sarebbe stato unico per il comune di Prato e per gli altri comuni limitrofi da esso serviti, e che per tale ragione sarebbe stato difficile fornire "dati disaggregati che richiederebbero una specifica elaborazione con evidente impiego di tempi e risorse"; ha chiesto infine chiarimenti e precisazioni in assenza dei quali a suo dire non era possibile capire quali dati fossero richiesti.

4.3 Con delibera 27 aprile 2010 n.35, parallelamente, il Consiglio comunale di Prato ha dato mandato alla Giunta di indire la gara di cui si tratta con decorrenza dal 1 gennaio 2011, considerato che la concessione della società Estra Reti, sarebbe scaduta per volontà di legge, ovvero in base alla normativa di cui si è sopra dato conto, al 31 dicembre 2010. La Giunta comunale, come da delibera 4 maggio 2010 n. 194, ha quindi attivato la procedura.

4.4 Di conseguenza, il giorno 10 maggio 2010 il comune di Prato ha richiesto alla Estra Reti di inviargli entro un termine le informazioni necessarie a bandire la gara, e quindi per fornire ai partecipanti ogni elemento utile per formulare le offerte; in particolare ha richiesto lo stato di consistenza dell'impianto, la sua valutazione, la planimetria della rete e le schede tariffarie, ovvero la documentazione tariffaria inviata come per legge dal distributore all'Autorità del settore energetico, e tutto ciò sottolineando come l'obbligo di mettere a disposizione tali informazioni conseguisse sia dal rapporto di concessione in corso, sia dalle prerogative dell'Ente concedente, sia dalla disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi, ritenuta applicabile alla concessionaria in qualità di gestore di pubblico servizio, ai sensi dell'articolo 23 della l. 7 agosto 1990 n.241.

4.5 Tuttavia, il giorno 7 giugno 2010 la ricorrente appellante ha trasmesso alla propria controllata un parere contrario alla trasmissione dei dati richiesti, al quale Estra Reti si è conformata con nota 9 giugno 2010 al comune di Prato, in cui l'ha appunto negata, dichiaratamente conformandosi al volere della controllante. Nella risposta 9 giugno 2010, Estra Reti in particolare ha fatto presente che l'impianto di distribuzione del comune di Prato coprirebbe anche

altri tredici comuni, che la trasmissione dei dati avrebbe a suo avviso pregiudicato il corretto svolgimento della futura gara di ambito complessivo, che gli altri comuni serviti dall'impianto avrebbero manifestato esigenze di riservatezza, e che diffondere i dati prima della gara d'ambito avrebbe pregiudicato la sua possibilità di parteciparvi.

4.6 Dopo un ulteriore e infruttuoso scambio di note, la ricorrente appellante ed Estra Reti, rispettivamente i giorni 8 giugno e 15 giugno 2010, hanno proposto ricorso al TAR Toscana avverso la decisione del comune di Prato di indire la gara in via autonoma. Nei ricorsi, hanno sostenuto che indire la procedura sarebbe stato illegittimo anzitutto per un asserito blocco delle gare fino all'emanazione del "decreto ambiti" di cui si è detto, interpretato come preclusivo di ogni gara non relativa all'ATEM di riferimento. Hanno ancora sostenuto che indire la procedura sarebbe stato illegittimo anche per l'unicità dell'impianto -posto al servizio sia di Prato sia dei comuni limitrofi- unicità che avrebbe impedito di riaffidare il servizio solo per una porzione dello stesso.

4.7 Il TAR Toscana ha respinto tali ricorsi con sentenza 27 ottobre 2011 n. 1596, che le interessate hanno impugnato avanti questo Consiglio di Stato. Si aggiunge per completezza che i relativi giudizi di appello, rubricati ai nn. 8361/2011 e 9591/2011 R.G., sono stati definiti con sentenza sez. V 27 dicembre 2013 n.6256, e dichiarati improcedibili per due circostanze, in primo luogo per essere intervenuta una transazione fra le società interessate ed il comune, e in secondo luogo per essere stato emesso il provvedimento dell'AGCM qui impugnato, che ad avviso del Collegio avrebbe privato le società stesse dell'interesse alla decisione.

4.8 Per parte sua, il comune di Prato, il giorno 16 luglio 2010, ha proposto a sua volta ricorso al TAR Toscana avverso il diniego delle informazioni richieste e a suo dire necessarie per bandire la gara opposto da Estra Reti, diniego qualificato come diniego di accesso.

4.9 Il TAR Toscana, con sentenza 2 dicembre 2010 n.6714, ha respinto il ricorso, sostenendo che la richiesta non avrebbe riguardato documentazione specifica e per essere soddisfatta avrebbe richiesto un'attività di elaborazione da parte della destinataria, in contrasto con le norme in materia di accesso.

4.10 Il comune di Prato ha quindi appellato tale sentenza avanti questo Consiglio di Stato, il quale, con la sentenza 27 maggio 2011 n. 3190 di cui si dirà oltre, ha accolto il ricorso e ordinato l'accesso agli atti.

4.11 Con deliberazione della Giunta n. 96 del 23 marzo 2011 il comune di Prato ha poi ribadito la propria decisione di chiudere il rapporto concessorio in essere e di avviare il procedimento per riaffidare il servizio di distribuzione del gas; di conseguenza, il giorno 29 marzo 2011 ha fatto pubblicare sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea - GUUE il relativo bando di gara, pur in assenza di tutte le informazioni richieste al gestore uscente, e per tal ragione ha dovuto prorogare più volte il termine per presentare le domande, in origine fissato al 6 maggio 2011 e da ultimo differito al 16 febbraio 2012 con nota 15 dicembre 2011. Nelle lettere di invito, il comune di Prato aveva in particolare precisato che la piena disponibilità della documentazione di cui si è detto era allo stato ed alla data della presente lettera d'invito, sospesa, e che l'indennizzo dovuto al gestore uscente dal gestore subentrante era calcolato in via provvisoria, salva rideterminazione nel momento in cui i dati

necessari fossero stati resi disponibili; ha poi puntualizzato che tale clausola si era resa necessaria proprio a causa del comportamento del gestore uscente e della sua controllante, nei termini già descritti.

4.12 Dopo ulteriori dinieghi della documentazione da parte della ricorrente appellante e di Estra Reti, il giorno 27 maggio 2011 questo Consiglio di Stato ha come si è detto accolto il ricorso del comune di Prato avverso la sentenza del TAR Toscana n. 6714/2010, e ordinato ad Estra Reti di esibire entro trenta giorni dalla notifica della decisione i documenti richiestile con la citata lettera del 10 maggio 2010, che fossero esistenti e di contenuto scorporabile, e ciò anche laddove fosse stata necessaria una ragionevole attività di elaborazione, ritenuta dovuta in base al principio di leale cooperazione istituzionale, considerato applicabile anche ai gestori di pubblici servizi. Di conseguenza, i giorni 23 giugno e 27 giugno 2011 Estra Reti, in ottemperanza alla citata sentenza di appello, ha trasmesso al comune di Prato una serie di informazioni, tra cui anche la planimetria della rete e le schede tariffarie, precisando che la documentazione trasmessa, corrispondeva a quella richiesta con la nota 10 maggio 2010 esclusi gli atti e documenti non indicati nella sentenza di appello ed esclusi gli atti e documenti indicati nella sentenza stessa, ma “scorporabili” quanto alla parte relativa al territorio del comune di Prato.

4.13 Con note successive, il comune ha quindi insistito nel richiedere la documentazione mancante, e in particolare lo stato di consistenza dell'impianto e la relativa valutazione; Estra Reti e la ricorrente appellante rispondevano che la relativa elaborazione era ancora in corso; provvedevano quindi a trasmettere tali elaborati con nota del

24 novembre 2011 unitamente ai dati sul personale impiegato nella gestione del servizio al solo comune di Prato.

4.14 Il Comune stesso, di conseguenza, con nota 12 dicembre 2011 ha comunicato all'Autorità di aver ricevuto a partire dal 23 giugno 2011 tutte le informazioni a suo tempo richieste, di aver ricevuto puntuale, piena e fattiva collaborazione e di non avere pertanto più interesse alla prosecuzione del procedimento avviato contro la ricorrente appellante e contro Estra Reti; sempre il comune il giorno 20 dicembre 2011 ha scritto ai soggetti invitati a partecipare alla procedura di gara e reso loro disponibile tutta la documentazione mancante.

5. Come è noto, i procedimenti di competenza dell'AGCM si svolgono per impulso d'ufficio, e non sono nella disponibilità della parte che ne abbia sollecitato l'apertura; di conseguenza, l'AGCM stessa ha proseguito la propria istruttoria a prescindere da quanto sopra dichiarato dal comune; all'esito, ha ritenuto che la ricorrente appellante e la sua controllata Estra Reti, data la loro posizione di monopoliste, fossero titolari di una posizione dominante nel mercato di riferimento, indicato come il mercato della distribuzione del gas naturale nell'area comunale per la quale si svolge la gara per riaffidare il servizio (doc.1 in I grado ricorrente appellante, cit. §§ 178-183); ha di conseguenza ritenuto che tali società, con i comportamenti descritti, della loro posizione dominante avessero abusato, e le ha sanzionate nei termini di cui si è detto.

6. Con la sentenza meglio indicata in epigrafe, il TAR ha accolto in parte il ricorso proposto dall'interessata contro tale provvedimento di sanzione. Nella motivazione, lo ha ritenuto corretto e congruo nella parte in cui afferma la sussistenza dell'illecito, ed ha respinto i

motivi proposti sul punto; ha ritenuto invece che il calcolo della sanzione fosse errato quanto a due punti specifici.

6.1 Sotto un primo profilo, il TAR ha ritenuto che l'Autorità avrebbe dovuto tener conto a titolo di circostanze attenuanti sia dell'incertezza normativa in materia sia della sentenza TAR Toscana n. 6714/2010, che aveva considerato legittimo come diniego di accesso il mancato invio delle informazioni, e per tal motivo ha riconosciuto una riduzione di un quinto sull'importo della sanzione inflitta.

6.2 Sotto un secondo profilo, il TAR ha riconosciuto un'ulteriore riduzione di un quinto dell'importo della sanzione stessa, ritenendo di dovere considerare non sussistente l'illecito per un periodo di tre mesi, decorrente dal 1 aprile 2011, data di emanazione del decreto ambiti di cui si è detto, al 29 giugno 2011, data in cui era intervenuta la sanatoria delle procedure di gara autonoma nel frattempo indette; ad avviso del TAR infatti in questo periodo la possibilità di percepire l'illegittimità della mancata consegna dei dati richiesti sarebbe stata per lo meno dubbia.

6.3 Di conseguenza, il TAR ha annullato il provvedimento nella sola parte relativa alla sanzione, rinviando all'Autorità per la relativa rideterminazione in base ai criteri esposti.

7. Contro tale sentenza, la ricorrente ha proposto impugnazione, con appello che contiene cinque motivi, di sostanziale riproposizione delle identiche censure proposte in I grado e di critica alla sentenza impugnata per non averle accolte o per non averle accolte per intero:
- con il primo di essi, sostiene l'assenza dei presupposti dell'abuso di posizione dominante. In proposito, sostiene in primo luogo che ai sensi dell'art. 102 TFUE l'abuso di posizione dominante

richiederebbe un pregiudizio per i consumatori, pregiudizio che nella specie non sussisterebbe, perché dal ritardo nell'indizione della gara da parte del comune non sarebbe derivato ai consumatori danno alcuno. Fa presente anzi che, a suo avviso, il pregiudizio ai consumatori sarebbe derivato proprio dal comportamento del comune di Prato, che ha indetto la gara solo per il proprio territorio sulla base di un bando che massimizzava il proprio vantaggio economico, e non appunto quello per i consumatori; in proposito, sempre ad avviso della ricorrente appellante, la gara d'ambito rappresenterebbe una soluzione più vantaggiosa, perché prevede che la più parte del punteggio sia assegnata per elementi dell'offerta a vantaggio dell'utenza. La ricorrente appellante sostiene anche che non vi sarebbe stato pregiudizio alcuno per le imprese concorrenti, dato che alla gara indetta dal comune di Prato hanno partecipato cinque imprese del settore, e quindi concorrenza c'è stata, e aggiudicataria è stata altra impresa. La ricorrente appellante, ciò posto, critica la sentenza di I grado, la quale ha respinto i suddetti argomenti sostenendo che l'abuso di posizione dominante sussiste sol che la condotta considerata sia potenzialmente in grado di turbare il funzionamento del mercato. Afferma infatti che la condotta contestatale non avrebbe creato una turbativa nemmeno potenziale: essa stessa e la propria controllata, a fronte di un'incertezza normativa sulla legittimità delle gare limitate al territorio di un solo comune, avrebbero reagito in modo legittimo, rifiutando la consegna dei documenti e contestualmente impugnando, nei termini visti, le relative delibere dell'ente;

- con il secondo motivo, contesta il mancato riconoscimento da parte dell'Autorità di presunte giustificazioni oggettive alla propria

condotta. Tali giustificazioni, ad avviso della ricorrente appellante, sarebbero rappresentate per tutta la propria condotta dal quadro normativo e giurisprudenziale fortemente incerto, che rendeva dubbia la legittimità di gare diverse da quella di ambito, e dalla sentenza del TAR Toscana 6714/2010 di cui si è detto, che aveva respinto la domanda di accesso del comune alle informazioni da esso domandate. Sarebbero poi rappresentate, rispetto alla consegna non immediata dello stato di consistenza della rete e della stima di valore di essa, dalla necessità di redigerli, il che avrebbe richiesto tempo, e dal fatto che essi non erano compresi nell'elenco di documenti da consegnare in base alla citata sentenza di appello 3190/2011, peraltro di carattere innovativo perché ha applicato, a dire della ricorrente appellante per la prima volta, il principio di leale collaborazione ai rapporti con i gestori di servizi pubblici ed ha ritenuto quindi legittimo imporre una certa attività di elaborazione dei dati;

- con il terzo motivo, contesta il mancato riconoscimento della propria asserita buona fede, fondata sull'incertezza normativa e sulla sentenza del TAR di cui si è detto;

- con il quarto motivo, chiede poi in via subordinata che l'importo della sanzione venga ridotto, rispetto a quanto già riconosciuto dal TAR, sostenendo che l'atteggiamento collaborativo proprio e della controllata comportasse una riduzione maggiore del quinto riconosciuto a tal titolo;

- con il quinto motivo, chiede infine che l'importo della sanzione venga ulteriormente ridotto, sostenendo che l'illecito avrebbe avuto una durata ancora inferiore sia rispetto a quanto sostenuto dall'amministrazione nel provvedimento impugnato, sia rispetto a quanto ammesso dal TAR in I grado.

8. L'AGCM ha resistito, con atto 30 gennaio 2018, in cui ha chiesto che il ricorso sia respinto.

9. Con memorie 4 novembre 2019 per l'AGCM e la ricorrente appellante, e con replica 7 novembre 2019 per quest'ultima, le parti hanno infine ribadito le rispettive difese.

10. All'udienza del 21 novembre 2019, la Sezione ha trattenuto il ricorso in decisione.

11. L'appello è fondato e va accolto quanto al primo ed al secondo motivo, che riguardano l'oggettiva sussistenza dell'illecito, sono all'evidenza connessi e vanno esaminati congiuntamente, così come segue.

12. Per chiarezza, vanno sintetizzate le norme applicabili alla fattispecie.

12.1 Gli artt. 101 e 102 del TFUE stabiliscono nell'ordinamento europeo le "regole di concorrenza" fondamentali applicabili alle imprese e in generale proibiscono, quanto all'art.101, che nella fattispecie però non rileva, *"tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno"*, e quanto all'art. 102, applicato in questo caso, *"lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato"*. Per dare concreta attuazione nel nostro ordinamento a tali norme, è stata emanata com'è noto la l. 10 ottobre 1990 n.287, istitutiva dell'AGCM.

12.2 L'art. 102 TFUE, qui rilevante, stabilisce che *"È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più"*

imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo” (comma 1) e precisa che “Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi” (comma 2). L'elenco delle pratiche vietate, lo si osserva sin da ora, è indicativo e non tassativo, come risulta dall'uso della locuzione “in particolare”.

12.3 Nel caso di specie, è processo per un asserito abuso di posizione dominante, vietato dalla norma dell'art. 102 del TFUE appena esaminata, e dal conforme art. 3 della l. 287/1990, che riproduce la norma europea estendendola all'abuso che si eserciti “all'interno del mercato nazionale” e non soltanto europeo, “o in una sua parte rilevante”. In proposito, l'Autorità ha esercitato i poteri che le spettano in base agli artt. 12-15 della l. 287/1990, ovvero ha proceduto ad istruttoria ai sensi dell'art. 12 per verificare l'esistenza dell'abuso e all'esito, ritenuto che esso effettivamente esistesse, ha irrogato la sanzione e disposto la diffida previste dall'art. 15.

12.4 In materia, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, del Tribunale dell'Unione e di questo Giudice ha elaborato una serie di principi, cui è necessario fare in sintesi riferimento, tenendo presente che ovviamente le affermazioni di carattere generale contenute nelle

sentenze europee sono applicabili anche agli abusi riconosciuti esistenti sul mercato italiano.

12.5 Per quanto interessa, allora, la posizione dominante, come tale non definita dalle norme, è intesa in giurisprudenza come la posizione di supremazia detenuta dall'impresa la quale, per qualsiasi ragione, può ostacolare l'effettiva concorrenza in un dato mercato rilevante, potendo tenere comportamenti significativamente indipendenti da quelli dei concorrenti stessi, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori, con pregiudizio, almeno potenziale, di questi ultimi: così per tutte C.d.S. sez. VI 15 maggio 2015 n.2479 e 29 gennaio 2013 n.548, nonché, nella giurisprudenza europea, Corte di Giustizia UE sez. I 6 dicembre 2012 C 457/10 AstraZeneca e 14 febbraio 1978 C 27/76 United Brands, ove ampie ulteriori citazioni.

12.6 Identificare l'effettiva sussistenza di una posizione dominante così definita e il mercato rilevante cui essa si riferisce può in concreto essere non immediato, e la giurisprudenza, come si ricorda per completezza, ha pure elaborato una serie di criteri in merito; nel caso di specie, però, la problematica non rileva, perché si ammette unanimemente – per tutte, C.d.S. 2479/2015 cit.- che l'impresa monopolista sia per definizione in posizione dominante sul mercato per il quale ha il monopolio. Nel caso di specie, allora, non è controverso che la ricorrente appellante, tramite la sua controllata totalitaria, e quindi sostanzialmente attraverso un suo strumento economico, sia monopolista del mercato della distribuzione del gas nel comune di Prato, mercato che, come il provvedimento evidenzia, costituisce un monopolio naturale, in cui la concorrenza può svolgersi solo come concorrenza “per il mercato” stesso, ovvero in

termini di competizione per aggiudicarselo per un dato tempo (doc. 1 in I grado ricorrente appellante, cit. §§ 179-183).

12.7 Ciò premesso, nel silenzio delle norme anche su questo punto, la giurisprudenza si è pure fatta carico di definire il concetto di abuso della posizione dominante stessa, nel che costituisce l'illecito. Infatti, come è il caso di notare in modo espresso, l'ordinamento non proibisce che un'impresa raggiunga, beninteso con mezzi leciti, una posizione dominante, né che se ne avvantaggi nei limiti dell'uso; ciò che esso sanziona è invece l'abuso. L'abuso in questione evidentemente sussiste se l'impresa pone in essere comportamenti già di per sé vietati da altre normative dell'ordinamento, ad esempio – per fare un esempio estremo- se minacci i concorrenti o chi lavori per loro, dato che ciò è vietato prima di tutto dalla legge penale; l'abuso però sussiste, e ciò si verifica nella maggioranza dei casi in cui esso è riconosciuto, anche quando l'impresa stessa ponga in essere condotte che per altri settori dell'ordinamento sarebbero del tutto lecite; si afferma infatti che l'impresa in posizione dominante è soggetta ad una “speciale responsabilità”, per cui non può comportarsi con modalità che ad imprese attive sul mercato in parità con le altre sarebbero consentite: così la già citata C.d.S. 2479/2015, nonché per tutte sez. VI 12 febbraio 2014 n.693, nonché, per il concetto di “speciale responsabilità”, sez. VI 20 dicembre 2010 n.9306 e 19 luglio 2002 n.4001.

12.8 Più in dettaglio, la giurisprudenza ha sostenuto che l'abuso di posizione dominante costituisce un caso particolare della più generale categoria dell'abuso di diritto, ovvero della situazione in cui titolare di una data situazione giuridica soggettiva la può in astratto esercitare secondo più modalità, non rigidamente predeterminate, e

nel caso concreto ciò fa in modo formalmente rispettoso delle singole norme, ma secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione ulteriore, nel senso di creare una sproporzione ingiustificata tra il proprio beneficio ed il sacrificio imposto controparte; di conseguenza l'abuso del diritto; ciò costituisce un uso distorto dello schema formale del diritto, finalizzato ad obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore, che quindi interviene a contrastarlo: così la citata C.d.S. 693/2014, ove ulteriori ampie citazioni.

12.9 In tal senso, il concetto di abuso della posizione dominante è stato criticato già in tempi non recenti, sostenendo che esso violerebbe un principio fondamentale del diritto sanzionatorio, ovvero il principio di determinatezza, perché il destinatario della norma non potrebbe individuare a priori le condotte che gli sono vietate e comportarsi di conseguenza: ha risposto la stessa Corte di Giustizia nella sentenza 13 febbraio 1979 C 85/76 Hoffman La Roche, in particolare ai §§ 132-133, ove essa osserva che il concetto in primo luogo si richiama a nozioni non nuove, ma per l'essenziale già state precisate dalla prassi delle autorità di settore, e soprattutto che “qualsiasi operatore economico accorto deve sapere che la detenzione di cospicue quote di mercato, pur se non costituisce necessariamente ed in ogni caso il solo indizio determinante dell'esistenza di una posizione dominante, ha tuttavia a questo proposito un'importanza notevole che deve inevitabilmente venir presa in considerazione da parte sua per quel che riguarda il suo eventuale comportamento sul mercato”, sostenendo quindi in estrema sintesi che si tratterebbe di un concetto determinato nella comune esperienza.

12.10 Com'è ovvio, un simile ordine di idee sta e cade con la possibilità da parte del Giudice di verificarlo, ovvero di verificare se il provvedimento di sanzione per l'abuso in parola abbia effettivamente apprezzato in modo corretto la sua sussistenza. In proposito, sempre secondo la giurisprudenza, si seguono le regole generali del sindacato sulla discrezionalità, che spetta in proposito all'autorità di settore: in sede di giurisdizione di legittimità, il Giudice non può sostituire una valutazione propria a quella dell'autorità amministrativa, può però sindacarne esiti illogici "avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità": l'espressione è di C.d.S. 2479/2015, ma nello stesso senso la costante giurisprudenza, per tutte sez. VI 13 settembre 2012 n.4873 e 19 luglio 2002 n.4001.

12.11 Analogamente, nella giurisprudenza europea si è sostenuto che il Giudice ha il potere di controllare l'interpretazione, operata dall'autorità di settore, dei dati che dimostrerebbero l'abuso, e in particolare deve non solo verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati e la loro affidabilità e coerenza, ma anche controllare se tali elementi siano tali da suffragare le conclusioni che ne vengono tratte; qualora poi il giudice nutra un dubbio in proposito, deve decidere a favore dell'impresa destinataria del provvedimento soprattutto ove esso infligga un'ammenda, perché in tal caso vale la presunzione d'innocenza di cui all'articolo 6 § 2, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali- CEDU: così da ultimo Tribunale UE sez. VIII 29 marzo 2012 T 336/07, ove pure ampie ulteriori citazioni.

12.12 Nel caso di specie, vertendosi in un caso di presunto abuso del diritto nella dinamica del mercato, le “conoscenze tecniche” cui il Giudice deve far riferimento sono quelle della scienza economica, e in particolare quelle relative ai noti teoremi del costo sociale, che valutano le scelte del legislatore nei termini della loro capacità di promuovere l'uso efficiente delle risorse. In proposito, nei limiti di quanto qui interessa, occorre partire dal teorema fondamentale in materia – dovuto com'è noto a Ronald Coase- per cui ove i costi transattivi siano pari a zero, o comunque di entità trascurabile- la negoziazione privata conduce ad un uso efficiente delle risorse – intese in modo ampio, e tale da comprendere nel concetto tutte le situazioni giuridiche soggettive- indipendentemente dalle scelte compiute dall'ordinamento circa l'allocazione iniziale di esse. L'esempio di scuola in proposito è quello della disciplina giuridica delle recinzioni in una pianura agricola in cui coesistano allevatori di bestiame e coltivatori: il legislatore può a sua scelta imporre all'allevatore di recintare le proprie bestie per impedire che esse danneggino le colture, ovvero imporre ai coltivatori di proteggersi realizzando le recinzioni in proprio, ma ove le parti possano negoziare ciò è indifferente ai fini dell'efficienza, perché la negoziazione conduce comunque alla soluzione più razionale, in cui realizza il recinto chi lo può realizzare al minor prezzo, eventualmente facendosi compensare dalla controparte cui il legislatore abbia imposto il relativo onere senza tener conto della realtà economica.

12.13 La situazione si capovolge ove i costi transattivi siano sensibili, ovvero per qualsiasi ragione le parti non possano negoziare - e ciò, lo si osserva da subito, avviene per definizione in presenza di una

posizione dominante di mercato: in tal caso, in base alla regola che si denomina teorema normativo di Hobbes, l'intervento del legislatore è essenziale, e raggiunge l'obiettivo dell'efficienza economica se attribuisce il diritto alla parte per la quale esso rappresenta un valore maggiore, ovvero che lo può realizzare al minor costo. Riprendendo l'esempio classico, ove allevatori ed agricoltori non potessero negoziare, l'unica soluzione efficiente sarebbe imporre per legge di realizzare i recinti a chi possa farlo al costo più basso.

12.14 In tali termini, la teoria dell'abuso di diritto rappresenta un'applicazione del teorema di Hobbes limitata al caso concreto: posto che le parti non possano negoziare, e che il legislatore abbia attribuito ad una di esse una data situazione giuridica sul presupposto che ciò rappresenti di regola la soluzione efficiente, si constata che nel caso concreto ciò non avviene, e si interviene, come in questo caso in via amministrativa oppure in via giudiziale per capovolgere l'attribuzione fatta dal legislatore. Nel caso che interessa, posto che di norma l'impresa dominante può usare della sua posizione, si constata che nella specifica ipotesi ciò non corrisponde all'efficienza del sistema, e si interviene impedendole di usarla in un dato modo a vantaggio della controparte, identificata per legge con la collettività dei consumatori. È allora del tutto evidente che tale operazione è legittima e giustificata solo ove sia certa la realtà economica che essa sottende: deve essere dimostrato che ciò realmente conduce ad una maggiore efficienza del sistema.

13. Applicando i principi appena delineati al caso di specie, si deve concludere che, in base alla motivazione del provvedimento impugnato, non vi sono i presupposti per affermare con tranquillante certezza l'abuso di posizione dominante, e quindi si

deve concludere a favore dell'impresa, in base alla presunzione di innocenza di cui si è detto.

13.1 In primo luogo, va puntualizzato che, come risulta anche dal provvedimento, la condotta posta in essere dalla ricorrente appellante e dalla sua controllata, se valutata in base ai criteri degli altri settori dell'ordinamento, non costituisce di per sé illecito, ed anzi rientra in astratto nella lecita difesa del proprio patrimonio. In sintesi estrema, le società interessate dubitavano della legittimità della decisione del comune di indire la gara limitatamente al territorio di esso, ed hanno reagito impugnando al TAR gli atti in cui tale decisione si era espressa, non consegnando le informazioni richieste – dato che all'evidenza se la decisione di indire la gara fosse stata ritenuta illegittima, consegnare le informazioni stesse avrebbe per loro rappresentato un danno antiggiuridico- e resistendo sempre avanti al TAR alla domanda del Comune, volta a farsele consegnare, domanda che, come si è visto, è stata respinta in I grado. Nel momento in cui poi la sentenza di appello 3191/2011 di cui si è detto ha accolto la domanda stessa, le società come si è visto vi hanno ottemperato; hanno poi provveduto a consegnare la documentazione non contemplata dalla sentenza stessa, ovvero come si è detto lo stato di consistenza dell'impianto e la relativa valutazione, entro tempi non pretestuosi, considerata la complessità tecnica dei relativi elaborati. A ulteriore riprova l'azione di responsabilità proposta dal comune contro l'ex concessionaria avanti la Corte dei conti è stata respinta con sentenza C.d.C. Toscana 26 settembre 2019 n.361.

13.2 Ciò posto, per qualificare la condotta in esame come abuso di posizione dominante sarebbe necessario, in base ai principi delineati,

ritenere provato che far ciò corrisponda al risultato di maggior efficienza economica di cui si è detto, ovvero che attribuendo senz'altro al comune, controparte del rapporto, il diritto a ricevere le informazioni controverse, le quali sono in generale di proprietà della società gestore del servizio, a prescindere dal dubbio sulla legittimità della gara e dai relativi ricorsi proposti, si sarebbe raggiunto un risultato di maggiore efficienza a beneficio del mercato e quindi dei consumatori, a vantaggio dei quali la norma dell'art. 102 TFUE è stabilita.

13.3 Il Collegio ritiene che tale dimostrazione nel caso presente non sia stata raggiunta con la tranquillante certezza di cui si è detto, in base agli elementi che seguono. Non è affatto dimostrato che la scelta di indire la gara per il territorio del singolo comune di Prato corrispondesse ad una soluzione più efficiente rispetto alla gara di ambito, ed anzi i dati acquisiti agli atti sono piuttosto in senso contrario. In primo luogo, la gara di ambito è stata considerata dal legislatore come la soluzione normale per affidare il servizio in parola, con il decreto ambiti di cui si è detto, e la sua legittimità all'epoca dei fatti era controversa: è di per sé evidente che una soluzione contraria all'ordinamento non è nemmeno una soluzione efficiente, perché il relativo risultato può essere contestato e generare responsabilità, ovvero in termini economici perdite. Dell'incertezza in materia è espressione anche il comportamento delle parti nei ricorsi contro la decisione di indire la gara, dato che, come si è detto sopra, il relativo contenzioso è stato definito con una transazione, il che all'evidenza non si sarebbe fatto a fronte di ricorsi pretestuosi. In secondo luogo, scorporare la rete relativa al singolo comune, se si legge bene quanto afferma il provvedimento impugnato, non era

affatto un'operazione facile e scontata. Il provvedimento (doc. 1 in I grado ricorrente appellante, §§ 239 e 240) dà conto di un parere dell'Autorità dell'energia, secondo la quale la separazione gestionale di una rete appartenente, come nel caso, ad un impianto interconnesso, avrebbe richiesto "la definizione di accordi ad hoc tra le società che gestiscono le porzioni di impianto, almeno in merito agli aspetti relativi alla odorizzazione del gas distribuito, alla regolazione della pressione di distribuzione e alla protezione catodica", tutti dati che comportano costi aggiuntivi sono in senso contrario alla presunta maggiore efficienza economica della gara limitata al singolo comune. Infine, le motivazioni che hanno spinto il comune di Prato alla gara limitata al proprio territorio si identificano, sia oggettivamente che soggettivamente, con la volontà di massimizzare i propri introiti, intento in sé del tutto lecito, ma all'evidenza diverso da quello di assicurare ai propri cittadini un servizio a prezzi più convenienti. Sotto il profilo oggettivo, è vero quanto afferma la ricorrente appellante (appello, pp. 11-12), ovvero che il regolamento tipo delle gare di ambito, D.M. 12 novembre 2011 n.226, valorizza all'art. 15 come criteri di aggiudicazione gli elementi a favore dell'utenza, mentre la lettera di invito per cui è causa prevedeva di assegnare la maggioranza del punteggio in base appunto al vantaggio economico del comune (doc. 29 in I grado ricorrente appellante). Sotto il profilo soggettivo, infine, lo stesso provvedimento impugnato dà atto delle dichiarazioni del comune, che aveva deciso di mettere il servizio a gara per maggior convenienza economica rispetto alla gara di ambito, allo scopo di rimediare alla propria non favorevole situazione finanziaria, dato che la gara autonoma gli avrebbe consentito di fissare autonomamente i

criteri di aggiudicazione, soprattutto quanto ai corrispettivi da incassare (doc. 1 in I grado ricorrente appellante, cit. §§ 158 e 159). Il Giudice di I grado (motivazione, p. 14) ha ritenuto di superare il punto sostenendo che l'illecito nella materia che interessa non richiederebbe concreti effetti pregiudizievoli, là dove la relativa condotta fosse potenzialmente idonea a turbare il mercato, ma in tal senso dà per dimostrato ciò che non lo è, ovvero che la turbativa sia effettivamente da qualificare come tale.

14. L'accoglimento dei primi due motivi, che come si è detto riguardano la sussistenza oggettiva dell'illecito, comporta che siano assorbiti i restanti, che riguardano il terzo la presunta mancanza dell'elemento soggettivo dell'illecito stesso, e i restanti due la misura della sanzione, ovvero in ogni caso presuppongono che l'illecito oggettivamente sussista.

15. Pertanto, nei termini di cui al dispositivo, il ricorso di I grado va accolto, e il provvedimento di sanzione impugnato in quella sede va annullato.

16. La complessità e particolarità delle questioni trattate, sulle quali non constano precedenti editi negli esatti termini, è giusto motivo per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n.8691/2017), lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di I grado (n.2423/2012 R.G. TAR Lazio Roma) ed annulla il provvedimento 25 gennaio 2012 n.23233 pronunciato nel procedimento A435 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato- AGCM.

Spese dell'intero giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Gambato Spisani

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO