

SP119B – AGSM VERONA

Provvedimento n. 24082

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 novembre 2012;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTO il proprio provvedimento del 27 giugno 2012, con cui è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti della società AGSM Verona S.p.A., per l'accertamento della violazione dell'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, della legge n. 287/90;

VISTA la comunicazione delle risultanze istruttorie, inviata ad AGSM Verona S.p.A. in data 15 ottobre 2012;

VISTA la memoria conclusiva di AGSM Verona S.p.A. pervenuta l'8 novembre 2012;

VISTA la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria e gli altri atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LA PARTE

1. AGSM Verona S.p.A. (di seguito, AGSM Verona) è una società attiva nella produzione di energia elettrica, nella produzione di calore, nel teleriscaldamento, nella gestione calore, nella gestione di impianti di telecomunicazione e servizi di allacciamento e nel trattamento dei rifiuti. AGSM Verona gestisce, inoltre, il servizio di illuminazione pubblica nel Comune di Verona.

AGSM Verona S.p.A. è nata dalla trasformazione di azienda speciale effettuata ai sensi dell'articolo 17, comma 51 ss., della legge n. 127/97, con decorrenza dal 1° gennaio 2000, ed è interamente partecipata dal Comune di Verona.

AGSM Verona controlla le società AGSM Energia S.p.A., AGSM Trasmissione S.r.l., AGSM Distribuzione S.r.l., Consorzio Industriale G. Camuzzoni S.c. a r.l., Parco Eolico Carpinaccio S.r.l. e Parco eolico Riparbella S.r.l..

Il fatturato consolidato di AGSM Verona, nel 2011, è stato di circa 655,5 milioni di euro.

II. IL PROCEDIMENTO

2. In 22 febbraio 2012 è pervenuta una segnalazione dal Comitato Monte dei Cucchi nella quale si denunciava che la società AGSM Verona continuava a svolgere, direttamente, sia l'attività di generazione di energia elettrica sia il servizio di illuminazione pubblica nel Comune di Verona, nonostante la pronuncia dell'Autorità del 13 gennaio 2010 con cui si accertava che AGSM Verona, in quanto affidataria in esclusiva del servizio di illuminazione pubblica, era tenuta, ai sensi dell'articolo 8, comma 2-*bis* della legge n. 287/90, ad operare tramite società separata nello svolgimento di attività in regime di libero mercato.

3. Il 23 marzo 2012 è stata inviata ad AGSM Verona una richiesta di informazioni in merito alle attività svolte dalla società in regime di monopolio e in regime di concorrenza, chiedendo di indicare esattamente a quali società del gruppo dette attività fossero riconducibili. Dalle informazioni pervenute il 7 maggio e l'11 giugno 2012 è emerso che AGSM Verona gestisce il servizio di illuminazione pubblica nel Comune di Verona ed è altresì attiva nella produzione di energia elettrica, nella produzione di calore, nel teleriscaldamento, nella gestione calore, nella gestione di impianti di telecomunicazione e servizi di allacciamento e nel trattamento dei rifiuti.

4. Sulla base di tali informazioni l'Autorità, il 27 giugno 2012, ha deliberato l'avvio di un procedimento nei confronti di AGSM Verona in cui si contestava l'omissione della comunicazione preventiva quale conseguenza diretta della violazione dell'obbligo di operare mediante società separata, imposto dall'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, della legge n. 287/90.

5. Il 3 settembre 2012 è pervenuta da parte di AGSM Verona una richiesta di accesso agli atti e di audizione. In data 27 settembre 2012, la società ha esercitato il diritto di accesso agli atti del procedimento ed è stata sentita in audizione. Il 2 ottobre 2012 la società ha depositato una memoria difensiva.

6. Il 15 ottobre 2012 è stata trasmessa ad AGSM Verona la comunicazione delle risultanze istruttorie. L'8 novembre 2012 è pervenuta la memoria conclusiva della società.

III. LE CONDOTTE OGGETTO DI CONTESTAZIONE

7. AGSM Verona continua a svolgere direttamente, in regime di concorrenza e, dunque, in assenza di separazione societaria, attività di produzione di energia elettrica, di produzione di calore, di teleriscaldamento, di gestione calore, di gestione di impianti di telecomunicazione e servizi di allacciamento ed di trattamento dei rifiuti. E ciò nonostante la pronuncia contenuta nel provvedimento dell'Autorità del 13 gennaio 2010, n. 20670, in cui si accertava che AGSM Verona, in quanto affidataria in esclusiva della gestione del servizio di illuminazione pubblica nel Comune di Verona,

ove intendesse svolgere attività in mercati diversi rispetto a quelli in cui era titolare dell'esclusiva, era tenuta, ai sensi dell'articolo 8, commi 2-*bis* e 2 -*ter*, della legge n. 287/90, ad operare mediante società separata ed a darne comunicazione preventiva all'Autorità e si procedeva, pertanto, a comminare la relativa sanzione pecuniaria.

8. Data questa premessa, a AGSM Verona, in quanto gestore in esclusiva del servizio di illuminazione pubblica nel Comune di Verona, è stata contestata in primo luogo la violazione dell'articolo 8, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90, per non aver operato mediante una società separata nello svolgimento delle attività di produzione di energia elettrica, di produzione di calore, di teleriscaldamento, di gestione calore, di gestione di impianti di telecomunicazione e servizi di allacciamento e di trattamento dei rifiuti.

9. In secondo luogo, è stata contestata a AGSM Verona la violazione dell'articolo 8, comma 2-*ter*, della legge n. 287/90, per non aver adempiuto agli obblighi di comunicazione ivi stabiliti, precisando che, nel caso di specie, l'omissione della citata comunicazione preventiva è stata conseguenza diretta della violazione dell'obbligo di operare mediante società separata, imposto dall'articolo 8, comma 2-*bis*.

IV. LE ARGOMENTAZIONI DI AGSM VERONA

10. Nel corso dell'audizione tenutasi in data 27 settembre 2012 e nelle memorie depositate il 2 ottobre 2012 e l'8 novembre 2012 AGSM Verona ha sostenuto che il comportamento della società non può ritenersi in violazione della normativa di cui all'articolo 8 della legge n. 287/90 in quanto AGSM Verona ha dovuto obbligatoriamente proseguire l'erogazione del servizio di gestione dell'illuminazione pubblica a seguito della scadenza del relativo contratto originario di servizio, intervenuta il 31 dicembre 2011.

11. In particolare la società ha evidenziato che il Comune di Verona, il 22 giugno 2011, con deliberazione della Giunta n. 1452, ha dato incarico all'ufficio preposto di predisporre gli atti in vista dell'indizione di una procedura di gara per il riaffidamento del servizio di illuminazione pubblica. Nelle more della predisposizione del bando di gara, tuttavia, l'articolo 23-*bis* del D.L. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, è stato abrogato in ragione dell'esito della consultazione referendaria, per essere poi sostituito dall'articolo 4 del D.L. n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011. L'articolo 4 del D.L. n. 138/2011 è stato quindi integrato dalla legge n. 183/2011 e recentemente abrogato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 199 del 17 luglio 2012. La società ha argomentato che tale complessa evoluzione normativa ha determinato l'impossibilità per il Comune di Verona di dare corso alla procedura di gara, stante in particolare la mancata adozione del decreto interministeriale che avrebbe dovuto individuare i criteri per la verifica della eventuale impossibilità di garantire il servizio in regime di libera iniziativa economica.

12. In tale contesto, ed al fine di non pregiudicare la necessaria continuità del servizio pubblico - come anche richiamata dal citato articolo 4 al comma 34-*ter* - AGSM Verona ha dovuto necessariamente proseguire la gestione del servizio di illuminazione pubblica, non interrompibile.

13. Nell'ambito della memoria pervenuta l'8 novembre 2012 la società ha, infine, reso noto che il 5 ottobre 2012 il Consiglio di Amministrazione di AGSM Verona, in spirito di collaborazione con l'Autorità ed al fine di adeguarsi a quanto indicato nella comunicazione delle risultanze istruttorie, ha deliberato la costituzione di una società separata per lo svolgimento delle attività nel settore della pubblica illuminazione. La società ha indicato che procederà alla relativa comunicazione ai sensi e per gli effetti dell'articolo 8, comma 2-*ter* della legge n. 287/90 all'atto di costituzione della società.

14. In considerazione di quanto sopra, circa il contesto in cui si deve inquadrare il comportamento, nonché del ravvedimento operoso della società, AGSM Verona ha chiesto la chiusura del procedimento senza l'irrogazione di alcuna sanzione.

V. VALUTAZIONI

A) Le attività svolte da AGSM Verona

15. L'attività istruttoria ha confermato che AGSM Verona svolge direttamente le seguenti attività: i) gestione del servizio di illuminazione pubblica, ii) produzione di energia elettrica e produzione di calore, iii) gestione di reti di teleriscaldamento, iv) servizi di gestione calore, v) servizi di gestione di impianti di telecomunicazione in fibra ottica e relativi servizi di allacciamento e vi) trattamento dei rifiuti.

16. In particolare, AGSM Verona svolge il servizio di illuminazione pubblica nel Comune di Verona a seguito di affidamento diretto da parte del Comune di Verona. La prestazione del servizio è disciplinata da un contratto di servizio stipulato con l'ente locale il 22 maggio 2002 il quale prevede espressamente, all'articolo 1, l'affidamento del servizio in esclusiva ad AGSM Verona, sull'intero territorio comunale. Il contratto di servizio, avente decorrenza iniziale dal 31 dicembre 2001, aveva durata decennale e scadenza al 31 dicembre 2011.

17. Tuttavia, nelle more della eventuale individuazione tramite procedura concorsuale del nuovo affidatario del servizio da parte del Comune di Verona o della conferma della gestione in capo ad AGSM Verona - ove ne ricorrano i requisiti di legge - la società ha proseguito la gestione del servizio. In particolare il Comune di Verona, con determinazione dirigenziale del 21 dicembre 2011, ha disposto la proroga del contratto di servizio in essere con AGSM Verona fino al 31 marzo 2012, alle medesime condizioni del contratto originale. Il contratto di servizio è stato poi ulteriormente

prorogato fino al 31 dicembre 2012. In entrambi i casi il Comune di Verona ha anche ottenuto espressa dichiarazione di disponibilità alla proroga da parte di AGSM Verona.

18. AGSM Verona svolge, inoltre, direttamente:

- attività di generazione di energia elettrica tramite impianti termoelettrici, idroelettrici, eolici, fotovoltaici e di cogenerazione con una potenza installata complessiva pari a 348 MW;
- attività di gestione di reti di teleriscaldamento in alcune aree del territorio del Comune di Verona;
- attività di gestione calore, sia nei confronti di soggetti pubblici che di soggetti privati;
- erogazione di servizi di telecomunicazioni correlati alla rete in fibra ottica di oltre 250 chilometri posata nel territorio del Comune di Verona.
- attività di selezione dei rifiuti; AGSM Verona dispone di un impianto di termovalorizzazione dei rifiuti localizzato nel Comune di Verona, presso il quale, allo stato, viene svolta esclusivamente la selezione dei rifiuti, in quanto la combustione non è ancora stata attivata.

B) Le caratteristiche dei mercati in cui opera AGSM Verona

19. Nel seguito sono illustrate le principali caratteristiche delle attività sopra individuate, e svolte in via diretta da AGSM Verona, con particolare riguardo alla presenza di condizioni di monopolio legale, piuttosto che di libera concorrenza, nell'accesso e nello svolgimento delle medesime.

i) La gestione del servizio di illuminazione pubblica

20. Il servizio di gestione degli impianti di illuminazione pubblica, che comprendono anche gli impianti semaforici, prevede la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti esistenti e la progettazione e realizzazione di nuovi impianti.

21. Alla luce delle modalità con cui il servizio di illuminazione pubblica è stato affidato ad AGSM, è possibile concludere che esso debba ritenersi come rientrante nei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui al Titolo V del Decreto Legislativo. n. 267/2000, *"Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali"*¹.

22. Nel caso di specie, il servizio di gestione degli impianti di illuminazione pubblica è pertanto qualificabile come un servizio pubblico a rilevanza economica e di interesse generale. Il servizio è stato affidato dal comune di Verona, che ne ha la titolarità esclusiva, mediante un affidamento diretto (*in house*).

23. Per il servizio in questione, la concorrenza è del tutto assente nel caso il gestore venga individuato tramite affidamento diretto ed è limitata alla c.d. concorrenza *"per il mercato"* in caso di selezione dell'affidatario in esclusiva del servizio tramite procedura di gara. Non si realizza, in ogni caso, alcuna forma di competizione nella gestione e prestazione del servizio, il quale è svolto in condizioni di monopolio legale su base locale.

24. Mentre il mercato degli affidamenti tramite procedure competitive del servizio di gestione degli impianti di illuminazione pubblica è considerato di dimensione nazionale il mercato della fornitura del servizio di gestione degli impianti di illuminazione pubblica è locale.

ii) La produzione di energia elettrica e la produzione di calore

25. L'attività di generazione di energia elettrica (sia da fonti tradizionali che rinnovabili) e la cogenerazione di energia elettrica e calore rientrano nell'ambito del più ampio mercato della generazione e vendita all'ingrosso di energia elettrica. L'energia elettrica generata in Italia e quella importata definiscono, dal lato merceologico, l'offerta all'ingrosso di energia destinata alla copertura del fabbisogno nazionale e, quindi, il mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso. Tale mercato include sia le transazioni a termine e a pronti concluse attraverso le piattaforme organizzate dal GME, sia i contratti OTC.

26. Le attività di generazione e vendita di energia elettrica sul territorio nazionale, come disciplinate dal Decreto Legislativo. n. 79/99, sono libere attività d'impresa soggetta a regime di concorrenza. Sono infatti attivi sul territorio nazionale numerosi operatori in competizione tra loro.

27. Dal punto di vista geografico tale mercato ha dimensione sub-nazionale, a causa dei vincoli di rete che portano alla separazione delle zone in cui è stata divisa la rete di trasmissione nazionale ai fini dell'individuazione dei prezzi di equilibrio su MGP. Tali vincoli permettono di identificare quattro "macro-zone" costituenti altrettanti mercati geografici distinti: la macrozona Nord, la macrozona Sud, la macrozona Sicilia e la Sardegna.

iii) Il teleriscaldamento

28. In un sistema di teleriscaldamento il calore (acqua calda, acqua surriscaldata, vapore) viene prodotto da una centrale termica, da un impianto di cogenerazione (entrambi alimentati da vari possibili combustibili) o da una sorgente geotermica e poi distribuito agli edifici tramite una rete di tubazioni. La necessità di assicurare che i fluidi prodotti arrivino all'utente con la temperatura desiderata limita l'estensione geografica della rete di teleriscaldamento collegata ad un dato impianto di produzione.

29. La costruzione di una rete di teleriscaldamento richiede un significativo investimento infrastrutturale. Tale ingente investimento rende la rete di teleriscaldamento che serve una area circoscritta (un quartiere di una grande città, una cittadina) economicamente non replicabile e quindi un monopolio naturale. Ciò non esclude tuttavia che reti contigue

¹ [Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 1173 del 29 febbraio 2012, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 8231 del 25 novembre 2010, Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 7369 del 13-12-2006 e T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 8 settembre 2009, n. 1430.]

risultino in concorrenza per l'allacciamento dei clienti potenziali siti in aree tecnicamente ed economicamente servibili da due o più reti di teleriscaldamento né la possibilità, sotto il profilo normativo, di costruire più reti di teleriscaldamento o porzioni di reti di teleriscaldamento nel medesimo territorio. L'attività di teleriscaldamento non è infatti coperta da un regime di privativa tale da determinare condizioni di monopolio legale.

30. L'estensione geografica del mercato dei servizi di teleriscaldamento è locale e coincidente con il bacino d'utenza tecnicamente ed economicamente servibile dagli impianti di produzione del calore connessi ad una data rete di teleriscaldamento – includendo quindi sia le utenze già allacciate, sia quelle allacciabili.

iv) I servizi di gestione calore

31. L'attività di gestione calore consiste nella fornitura di un'ampia gamma di prestazioni, dalla gestione degli impianti termici - compresa la fornitura di prodotti combustibili per riscaldamento - all'esercizio delle tradizionali attività di conduzione, manutenzione e riqualificazione degli impianti (c.d. attività complementari), fino alla loro costruzione, ristrutturazione e riqualificazione (servizi di ingegneria).

32. La domanda dei servizi di gestione calore proviene in prevalenza dal settore industriale e dalle Amministrazioni Pubbliche. L'attività di gestione calore non è soggetta a un regime di privativa ed è svolta in libera concorrenza. L'offerta dei servizi di gestione calore è caratterizzata dalla presenza di numerosi operatori attivi su tutto il territorio nazionale, ai quali si affiancano piccole imprese a livello locale.

33. In ragione delle caratteristiche della domanda e dell'offerta, nonché dell'assenza di vincoli amministrativi che limitino l'esercizio dell'attività ad un ambito locale, la dimensione geografica del mercato può essere individuata a livello nazionale.

v) La gestione di impianti di telecomunicazione in fibra ottica e servizi di allacciamento

34. La fornitura di capacità di trasmissione in fibra ottica rientra nel mercato dell'accesso all'ingrosso (fisico) alle infrastrutture di rete in postazione fissa, che comprende i servizi di accesso (ivi compreso l'accesso condiviso o pienamente disaggregato), forniti mediante l'utilizzo delle tecnologie su rame, su fibra ottica e WLL².

35. L'attività di posa e gestione di reti di telecomunicazione, così come quella di fornitura di capacità di trasmissione e servizi di allacciamento è subordinata al mero rilascio di una licenza ed soggetta a regime di libera concorrenza. Il mercato dell'accesso all'ingrosso alle infrastrutture di rete in postazione fissa è nazionale.

vi) Il trattamento dei rifiuti

36. Per "gestione" dei rifiuti si intende *"la raccolta, il trasporto, il recupero³ e lo smaltimento⁴ dei rifiuti, compresi il controllo di tali operazioni e gli interventi successivi alla chiusura dei siti di smaltimento, nonché le operazioni effettuate in qualità di commerciante o intermediario"* (articolo 183, lettera n), del Decreto Legislativo. n. 152/06).

37. Il Decreto Legislativo n. 152/06 distingue i rifiuti in base al soggetto produttore - individuando le categorie dei rifiuti "urbani" e dei rifiuti "speciali" - ed alla pericolosità e detta regimi regolatori diversi per i rifiuti urbani e per i rifiuti speciali.

Per quanto riguarda i rifiuti urbani (e gli assimilati), il Decreto Legislativo. n. 152/06 dispone che *"[f]ino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica [per l'aggiudicazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani], i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa"* (articolo 198).

38. Da tali norme si evince che la raccolta e il trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati avviati allo smaltimento è svolta in regime di privativa. Sono invece escluse dalla privativa le attività di recupero dei rifiuti solidi urbani e assimilati (nonché dei rifiuti speciali non pericolosi), e quelle di selezione e trattamento, ad esso connesse⁵, soggette a libera concorrenza.

39. Dal punto di vista merceologico è in particolare possibile individuare dei mercati distinti per la (i) selezione e trattamento dei rifiuti indifferenziati non pericolosi, (ii) selezione e trattamento degli altri rifiuti non pericolosi, eventualmente distinti per materiale (carta, vetro, ecc.)⁶, (iii) incenerimento.

40. I mercati della selezione e trattamento, di qualsiasi tipo di rifiuti, nonché il mercato dell'incenerimento sono da ritenersi di dimensione locale.

² [Cfr. provv. n. 23830 dell'8 agosto 2012, C11708 - FONDO STRATEGICO ITALIANO-F2I S.G.R./F2I RETI TLC.]

³ [L'art. 183, lettera t), del D.Lgs. n. 152/06 definisce "recupero" "qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia in generale".]

⁴ [L'art. 183, lettera z), definisce "smaltimento" "qualsiasi operazione diversa dal recupero anche quando l'operazione ha come conseguenza secondaria il recupero di sostanze o di energia". Esso quindi comprende sia lo smaltimento in discarica che l'incenerimento in termovalorizzatori.]

⁵ [Cfr. all. C alla parte IV del D.Lgs. n. 152/06, secondo cui le operazioni di recupero comprendono le operazioni preliminari precedenti al recupero, incluso il pretrattamento.]

⁶ [Cfr. il caso COMP/M.4576 – AVR/Van Gansewinkel, deciso il 3/4/2007.]

C) I comportamenti contestati

41. L'articolo 8, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90 dispone che devono agire mediante società separate le imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli relativi a tali servizi o al monopolio.

In base al successivo comma 2-*ter*, la costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi di cui al comma 2-*bis* sono soggette a preventiva comunicazione all'Autorità.

42. AGSM Verona, in quanto gestisce il servizio di illuminazione pubblica nel Comune di Verona, va considerata impresa che, per disposizione di legge, esercita la gestione di un servizio di interesse economico generale ovvero opera in regime di monopolio legale sul mercato.

Secondo la nozione di massima che è stata definita in ambito comunitario⁷, infatti, sono servizi di interesse economico generale i servizi che, in virtù di un criterio di interesse generale, vengono assoggettati a specifici obblighi di servizio pubblico, come nel caso di specie avviene relativamente ai servizi di illuminazione pubblica svolti nell'ambito territoriale del Comune di Verona.

43. AGSM svolge altresì le attività di generazione di energia elettrica e di cogenerazione di energia elettrica e calore, nella gestione calore, nella gestione di impianti di telecomunicazione e servizi di allacciamento e nel trattamento dei rifiuti che, diversamente dal servizio di gestione del servizio di illuminazione pubblica, non costituiscono servizi di interesse economico generale e sono svolte in regime di concorrenza con altri soggetti.

44. La circostanza che la gestione del servizio di illuminazione pubblica, a seguito della scadenza dell'originario contratto di servizio intervenuta il 31 dicembre 2011, sia intervenuta in regime di proroga, al fine di assicurare la continuità del servizio, è irrilevante. Infatti, sia sotto un profilo sostanziale che sotto un profilo di diritto l'erogazione del servizio di illuminazione pubblica in regime di esclusiva è proseguita, senza soluzione di continuità, anche a seguito della scadenza del contratto. Peraltro, il Comune di Verona ha anche ottenuto espressa dichiarazione di disponibilità alla proroga da parte di AGSM Verona.

45. Sulla base di quanto precede, si osserva che, per svolgere le attività di produzione di energia elettrica, produzione di calore, teleriscaldamento, gestione calore, gestione di impianti di telecomunicazione e servizi di allacciamento e trattamento dei rifiuti, che insistono in mercati distinti da quello relativo alla gestione del servizio di illuminazione pubblica, AGSM Verona avrebbe dovuto fare ricorso a società separata, dandone preventiva comunicazione all'Autorità, come previsto dall'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, della legge n. 287/90.

46. In conclusione, AGSM Verona ha posto in essere le seguenti condotte in violazione della normativa a tutela della concorrenza:

a) una condotta in violazione dell'articolo 8, comma 2-*bis* della legge n. 287/90, in quanto ha svolto attività di produzione di energia elettrica, produzione di calore, teleriscaldamento, gestione calore, gestione di impianti di telecomunicazione e servizi di allacciamento e trattamento dei rifiuti, senza fare ricorso a società separata, a far data dalla decorrenza dell'affidamento del servizio di gestione degli impianti di illuminazione pubblica (31 dicembre 2001). Tali attività risultano a tutt'oggi in corso.

b) una condotta in violazione dell'articolo 8, comma 2-*ter* della legge n. 287/90, in quanto AGSM, non avendo proceduto ad alcuna separazione societaria, ha violato gli obblighi di comunicazione preventiva previsti dalla norma.

D) Il soggetto responsabile delle infrazioni

47. Gli obblighi di separazione societaria per lo svolgimento di attività in mercati diversi, di cui all'articolo 8, comma 2-*bis* della legge n. 287/90 e di comunicazione preventiva, di cui all'articolo 8, comma 2-*ter* della medesima legge, incombono in capo alle imprese che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato. Pertanto, la responsabilità della mancata separazione societaria e della mancata comunicazione di tale separazione va attribuita alla società AGSM Verona.

E) L'elemento soggettivo delle infrazioni

48. Per quel che attiene all'elemento soggettivo delle infrazioni, indipendentemente dal dettato della norma di cui all'articolo 3 della legge n. 689/81, secondo la quale la responsabilità consegue ad ogni azione od omissione, cosciente e volontaria, "*sia essa dolosa o colposa*", le circostanze accertate nel corso del procedimento non consentono di escludere l'esistenza di una precipua volontà di AGSM Verona diretta ad eludere gli obblighi di cui agli articoli 8, comma 2-*bis* e 8, comma 2-*ter* della legge n. 287/90.

49. Nel caso di specie rileva, infatti, la circostanza per cui AGSM Verona sia stata destinataria del provvedimento dell'Autorità del 13 gennaio 2010, n. 20670, con il quale è stata contestata alla stessa la violazione dell'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, della legge n. 287/90, ed è stata comminata una sanzione pecuniaria pari a 2.500 euro, nel quantificare la quale si era inoltre tenuto conto della disponibilità manifestata nel corso del procedimento da parte di AGSM a individuare rapidamente una soluzione che rendesse le attività svolte conformi alla disciplina in materia di separazione societaria. AGSM si era, in particolare, dichiarata pienamente disponibile, tenuto conto dell'imminente scadenza dell'affidamento del servizio di illuminazione pubblica, a sottoporre all'esame ed approvazione del Consiglio di

⁷ [Cfr. *il Libro bianco sui servizi di interesse generale, Comunicazione della Commissione europea del 12 maggio 2004, pag. 23.*]

Amministrazione e poi dell'azionista pubblico (Comune di Verona) di valutare la soluzione per ottemperare agli obblighi di separazione societaria, che sarebbero potuti consistere *"a titolo esemplificativo"* nel rimettere nella disponibilità del Comune il servizio di illuminazione pubblica o, in subordine, nella separazione societaria.

50. Il comportamento tenuto da AGSM Verona appare dunque costituire una persistenza dell'inadempimento, suscettibile di configurare una nuova violazione del medesimo precetto di cui all'articolo 8, comma 2 della legge n. 287/90, della quale AGSM Verona non poteva non essere pienamente consapevole.

51. In merito alla circostanza per cui sia stata recentemente deliberata la costituzione di una nuova società che consentirà, per il futuro, lo svolgimento in via separata dell'attività di illuminazione pubblica, si precisa che essa non può, rilevare ai fini dell'applicabilità dell'articolo 8, comma 2-*sexies*. Inoltre, tale delibera non ha ancora dato luogo né alla effettiva costituzione di una impresa separata né alla relativa comunicazione preventiva all'Autorità di cui all'articolo 8, comma 2-*ter*. L'attività in monopolio legale di gestione calore continua pertanto ad essere svolta dalla AGSM Verona congiuntamente alle altre attività soggette a concorrenza.

F) Irrogazione della sanzione e criteri di determinazione

52. Accertate, in base a quanto sopra considerato, le violazioni dell'articolo 8, comma 2-*bis* e comma 2-*ter*, della legge n. 287/90 e la loro imputabilità ad AGSM Verona, occorre procedere all'irrogazione della sanzione, come disposto dall'articolo 8, comma 2-*sexies*, della legge n. 287/90.

53. L'articolo 11 della legge n. 689/91 prescrive di fare riferimento, ai fini della determinazione della sanzione, *"alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche"*.

54. In relazione alla mancata separazione societaria, rileva, quanto alla gravità della violazione, la persistenza dell'infrazione anche a seguito del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità del 13 gennaio 2010. La circostanza che, nel corso del procedimento istruttorio, AGSM Verona abbia deliberato la costituzione di una società separata attraverso la quale esplicitare le attività di illuminazione pubblica operate in regime di esclusiva non si ritiene possa essere presa in considerazione ai fini della determinazione della sanzione in quanto la stessa non si è ancora concretizzata in un ravvedimento operoso della società, ovvero nella effettiva comunicazione preventiva e costituzione di una società separata per la gestione del servizio di illuminazione pubblica.

55. In relazione alla omessa comunicazione, rileva, quanto alla gravità, la circostanza che l'omissione della comunicazione preventiva di cui all'articolo 8, comma 2-*ter*, è, nel caso di specie, conseguenza diretta della violazione da parte di AGSM Verona dell'obbligo di operare mediante società separata imposto dall'articolo 8, comma 2-*bis*, nonché la consapevolezza della illegittimità del proprio comportamento a seguito della pronuncia dell'Autorità del 13 gennaio 2010.

56. Con riguardo alle condizioni economiche di AGSM Verona occorre considerare che la società ha realizzato, nel 2011, un fatturato consolidato di circa 655,5 milioni di euro e che, negli ultimi tre esercizi, il bilancio ha evidenziato un utile.

57. In riferimento alla durata delle condotte il violazione dell'articolo 8, comma 2-*bis* e comma 2-*ter* si precisa che le stesse hanno avuto inizio alla data di decorrenza dell'affidamento del servizio di gestione degli impianti di illuminazione pubblica (31 dicembre 2001) e che sono ancora in corso. Le violazioni in esame interessano pertanto un arco temporale complessivo pari a più di 10 anni. Tuttavia, posto che per un primo arco temporale AGSM Verona è già stata destinataria di un provvedimento sanzionatorio, ai fini dell'attuale determinazione della sanzione si terrà conto del solo lasso temporale di persistenza delle violazioni, decorrente dalla data di comunicazione della precedente decisione (29 gennaio 2010) ad oggi.

58. Sulla base delle precedenti considerazioni, si ritiene che sussistano i presupposti per l'irrogazione a carico della società AGSM Verona della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'articolo 8, comma 2-*sexies*, della legge n. 287/90.

Pertanto, in ragione delle condotte di cui ai punti a) e b) si applica una sanzione complessiva pari a 50.000 € (cinquantamila euro).

DELIBERA

a) che la società AGSM Verona S.p.A. ha posto in essere una condotta in violazione dell'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter* della legge n. 287/90;

b) di irrogare alla società AGSM Verona S.p.A., in ragione della gravità e durata delle infrazioni di cui al punto a), la sanzione amministrativa pecuniaria di 50.000 € (cinquantamila euro).

La sanzione amministrativa pecuniaria di cui alla precedente lettera b) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI

messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle entrate, disponibili sul sito internet www.agenzia_entrates.gov.it.

Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per le sanzioni irrogate è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento la società AGSM Verona S.p.A. è tenuta a dare immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella