

I 740 - COMUNE DI CASALMAGGIORE-GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS

Provvedimento n. 23794

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 2 agosto 2012;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTO l'articolo 2 della legge n. 287/90;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998 n. 217;

VISTA la segnalazione del Comune di Casalmaggiore del 20 luglio 2010, successivamente integrata con ulteriori comunicazioni;

VISTA la propria delibera del 2 marzo 2011, con la quale è stato avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 14, comma 1 della legge n. 287/90, nei confronti delle società E.On Rete S.r.l. e Linea Distribuzione S.r.l. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 TFUE o dell'articolo 2 della legge n. 287/90;

VISTA la propria delibera dell'11 maggio 2011 con cui il procedimento istruttorio è stato esteso alle società E.On Italia S.p.A. e Linea Group Holding S.r.l.;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie trasmessa alle parti l'11 maggio 2012;

VISTE le memorie conclusive di Linea Group Holding S.r.l. e Linea Distribuzione S.r.l., pervenute il 2 luglio 2012 e le memorie di E.ON Italia S.p.A. e 2iGas S.r.l. pervenute il 28 giugno 2012;

SENTITI in audizione finale i rappresentanti delle società Linea Group Holding S.r.l., Linea Distribuzione S.r.l., E.ON Italia S.p.A. e 2iGas S.r.l. il 4 luglio 2012;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. E.On Rete S.r.l. (di seguito, E.On Rete), dal 7 aprile 2011 2iGas Infrastruttura Italiana Gas S.r.l. (di seguito, 2iGas) è una società attiva nella distribuzione di gas naturale in circa 300 Comuni italiani. 2iGas è controllata congiuntamente da F2i Fondi Italiani per le Infrastrutture S.G.R. S.p.A. e Finavias S.à.r.l.¹. Si ricorda che F2i e Finavias controllano altresì Enel Rete Gas S.p.A., la quale a sua volta detiene l'intero capitale sociale di G6Rete Gas S.p.A (società in cui è confluita anche Arcalgas Progetti S.p.A.)². Antecedentemente all'aprile 2011 2iGas (allora E.On Rete) era soggetta al controllo di E.On Italia.

Nel 2010 2iGas ha realizzato, interamente in Italia, un fatturato pari a 97,6 milioni di euro circa.

2. Linea Distribuzione S.r.l. (di seguito, LD) svolge il servizio di distribuzione del gas in 74 comuni delle Province di Bergamo, Brescia, Cremona, Lodi, Padova, Parma, Pavia e Vicenza. LD è controllata da Linea Group Holding S.r.l. Il fatturato di LD nel 2010 è stato pari a circa 37,7 milioni di euro.

3. E.On Italia S.p.A. (di seguito, E.On Italia), è una società attiva nella vendita del gas e nella generazione, distribuzione e vendita di energia elettrica. Fino all'aprile 2011 l'intero capitale sociale di E.On Rete era detenuto da E.On Italia. E.On Italia è controllata in via esclusiva da E.On AG, società *holding* posta a capo del medesimo gruppo attivo nei settori del gas e dell'elettricità in tutti i segmenti delle relative filiere produttive, il cui capitale sociale è detenuto per il 75,2% da investitori istituzionali.

Nel 2010 ad E.On Italia è attribuibile un fatturato complessivo di circa 3,6 miliardi di euro.

4. Linea Group Holding S.r.l. (di seguito, LGH) è tra l'altro attiva, attraverso le sue controllate, nella distribuzione e vendita di gas naturale, nella produzione, distribuzione e vendita di energia elettrica, nella gestione del servizio idrico integrato, nel teleriscaldamento e gestione calore e nella gestione dei rifiuti. LGH è controllata congiuntamente da CO.GE.ME S.p.A. e da Azienda Energetica Municipale S.p.A., che ne detengono ciascuna una quota del 33,01% del capitale sociale. Le restanti quote di capitale sono detenute da A.S.M. Pavia S.p.A. per il 10,21%, da A.S.TE.M S.p.A per il 14,12%, e da S.C.S. S.p.A. per il 9,66%.

Il fatturato consolidato di LGH nel 2010 è stato pari a circa 516,1 milioni di euro.

¹ [Cfr. provv. n. 22026 del 12 gennaio 2011 C10900 - F2i FONDI ITALIANI PER LE INFRASTRUTTURE S.G.R.-FINAVIAS./E.ON RETE, in Boll. n. 2/11.]

² [Cfr. il caso comunitario COMP/M.5551 – F2i/Finavias/ERG, del 22 luglio 2009; COMP/M/6302 F2i/AXA FUNDS/G6 RETE GAS del 24 agosto 2011.]

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

5. Il 2 marzo 2011 l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti delle società 2iGas (al tempo, E.On Rete) e LD per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 TFUE o dell'articolo 2 della legge n. 287/90.
6. Il procedimento ha tratto origine da una segnalazione inviata il 20 luglio 2010 dal Comune di Casalmaggiore (CR), nella quale si evidenziavano le problematiche riscontrate dall'ente locale con il gestore uscente, 2iGas (al tempo, E.On Rete), nel riaffidamento della concessione del servizio di distribuzione del gas, scaduta il 31 dicembre 2009.
7. In particolare, il Comune lamentava il comportamento di 2iGas (al tempo, E.On Rete) che, il 15 luglio 2010, aveva negato l'accesso al proprio impianto ai soggetti invitati a partecipare alla procedura di gara per il riaffidamento della concessione per il servizio di distribuzione del gas in ragione di un preteso diritto di ritenzione dello stesso sino alla definizione dell'indennizzo da riconoscere al gestore uscente ed alla sua liquidazione³.
8. A seguito di una serie di accertamenti preistruttori, il procedimento è stato avviato per una presunta intesa restrittiva della concorrenza tra 2iGas (al tempo, E.On Rete) e LD in quanto, dagli elementi a disposizione, la scelta operata dalle due società di partecipare in ATI alla gara bandita dal Comune di Casalmaggiore, invece di rappresentare l'espressione di autonome strategie competitive, sembrava essere stata l'esito di un coordinamento per la ripartizione del mercato volto a limitare la concorrenza. In particolare, ciò derivava dal fatto che le due società erano i gestori uscenti nei territori comunali il cui servizio di distribuzione era oggetto di gara, risultavano soddisfare autonomamente i requisiti di capacità tecnica, gestionale e finanziaria richiesti dal disciplinare di gara e la gara non sembrava presentare alcuna caratteristica di rarità e novità che potesse giustificare il raggruppamento in ATI. Sulla base di quanto riportato nel provvedimento di avvio, il rifiuto opposto da E.On Rete all'accesso all'impianto poteva rientrare nella strategia restrittiva della società.
9. L'8 marzo 2011 è stata svolta attività ispettiva presso le sedi delle società 2iGas (al tempo, E.On Rete) e LD, al fine di acquisire documentazione a supporto dell'ipotesi istruttoria.
10. L'11 maggio 2011 l'Autorità ha deliberato di estendere il procedimento 1740 nei confronti delle società E.On Italia e LGH.
11. Il 19 maggio 2011 è stata svolta attività ispettiva presso la sede di LGH.
12. Richieste di informazioni sono state inviate ad LD il 22 aprile 2011⁴, il 17 novembre 2011⁵ ed il 5 marzo 2012⁶; a 2iGas il 5 marzo ed il 29 marzo 2012⁷; il 6 marzo 2012⁸ a LGH; il 5 marzo 2012 a E.On Italia⁹. Sono state, inoltre, inviate delle richieste di informazioni a Tea Sei S.r.l., A2A Reti Gas S.p.A., Iren Emilia S.p.A., Arcalgas Progetti S.p.A., Italgas S.p.A., CPL Concordia S.p.A., SIME S.p.A., Edison D.G. S.p.A. il 17 novembre 2011¹⁰ ed a Enel Rete Gas S.p.A. l'8 marzo 2012¹¹.
13. Le Parti sono state sentite in audizione davanti agli uffici: LD il 29 luglio 2011¹²; 2iGas il 22 settembre 2011¹³; E.On Italia il 28 settembre 2011¹⁴; LGH il 24 ottobre 2011¹⁵.
14. Il 5 luglio 2011 è stato sentito in audizione il Comune di Casalmaggiore¹⁶.
15. Le Parti hanno presentato memorie: 2iGas il 5 ottobre 2011¹⁷, E.On Italia il 3 novembre 2011¹⁸, LGH il 24 ottobre 2011¹⁹, LD il 7 dicembre 2011²⁰ ed hanno più volte esercitato il diritto di accesso alla documentazione del fascicolo non coperta da riservatezza nel corso del procedimento.

³ *[Si osserva che già il 21 aprile 2010 2iGas aveva condizionato l'accesso ai suoi impianti alla definizione del valore degli stessi per la liquidazione del gestore uscente, cfr. doc. 38, 71, 86.]*

⁴ *[Cfr. doc. 156.]*

⁵ *[Cfr. doc. 292.]*

⁶ *[Cfr. doc. 320.]*

⁷ *[Cfr. doc. 321 e 331.]*

⁸ *[Cfr. doc. 323.]*

⁹ *[Cfr. doc. 319.]*

¹⁰ *[Cfr. doc. da 284 a 291.]*

¹¹ *[Cfr. doc. 324.]*

¹² *[Cfr. doc. 232.]*

¹³ *[Cfr. doc. 241.]*

¹⁴ *[Cfr. doc. 243.]*

¹⁵ *[Cfr. doc. 268.]*

¹⁶ *[Cfr. doc. 221.]*

¹⁷ *[Cfr. doc. 247.]*

¹⁸ *[Cfr. doc. 277.]*

¹⁹ *[Cfr. doc. 268.]*

²⁰ *[Cfr. doc. 304.]*

16. Il 31 gennaio 2012 l'Autorità, in ragione di esigenze istruttorie, ha deliberato la proroga del termine di chiusura del procedimento al 29 giugno 2012²¹.

17. L'11 maggio 2012 è stata trasmessa alle Parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito, CRI).

18. Il 30 maggio l'Autorità ha accolto la richiesta delle Parti di un'ulteriore proroga della scadenza del procedimento al 2 agosto 2012²².

19. Le memorie conclusive di LGH e LD sono pervenute rispettivamente il 1° luglio ed il 29 giugno 2012²³ e quelle di E.ON Italia e 2i Gas il 28 giugno 2012²⁴. I rappresentanti delle società LGH, LD, E.ON Italia e 2i Gas sono stati sentiti in audizione finale davanti al Collegio dell'Autorità il 4 luglio 2012²⁵.

III. I FATTI

a) Il disciplinare di gara

20. Il Comune di Casalmaggiore con delibera della Giunta del 24 giugno 2010 ha deciso di indire una gara informale, ai sensi dell'articolo 14 del Decreto Legislativo n. 164/2000 e dell'articolo 30 del Decreto Legislativo n. 163/2006 per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, in qualità di capofila di un gruppo di otto Comuni della provincia di Cremona²⁶. In cinque di questi comuni il concessionario uscente era 2iGas (al tempo, E.On Rete), mentre negli altri tre era LD²⁷.

21. Il Comune, a tal fine, ha invitato a partecipare alla gara undici società di distribuzione del gas²⁸ con lettere di invito spedite il 3 luglio 2010. Contestualmente ha chiesto ai concessionari uscenti (2iGas - al tempo, E.On Rete - e LD) la disponibilità a far accedere all'impianto i partecipanti alla gara. Il disciplinare di gara²⁹ prevedeva, infatti, che il sopralluogo fosse obbligatorio per i partecipanti alla gara, compresi i gestori uscenti (articolo 27) e che in tale sede fosse possibile ritirare il CD di tutti gli atti di gara.

22. Il disciplinare di gara (articolo 14) prevedeva i requisiti di ordine generale, economico finanziari e tecnico organizzativi necessari per la partecipazione alla gara³⁰. Ai sensi del disciplinare, in caso di partecipazione alla procedura di gara di raggruppamenti temporanei di concorrenti, i requisiti venivano computati cumulativamente in capo al raggruppamento ancorché posseduti dalle singole imprese raggruppate. La documentazione relativa al possesso dei requisiti doveva essere, comunque, presentata da ogni impresa del raggruppamento.

23. Il disciplinare di gara prevedeva, inoltre, l'aggiudicazione del servizio secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto alle offerte economiche e tecnico-qualitative presentate (articolo 1).

24. In particolare, i criteri di valutazione delle offerte economiche (per un punteggio massimo complessivo di 74 punti) riguardavano:

- il corrispettivo annuo riconosciuto a titolo di canone ad ogni comune per l'affidamento del servizio, da determinarsi in termini percentuali rispetto al VRT³¹, con un minimo del 40%;

²¹ [Cfr. Prov. n. 23266 del 31 gennaio 2012 in Bollettino n. 6/2012.]

²² [Cfr. Prov. n. 23624 del 30 maggio 2012 in Bollettino n. 22/2012.]

²³ [Cfr. doc. 387 e doc. 386.]

²⁴ [Cfr. doc. 384 e doc. 385.]

²⁵ [Cfr. doc. 402.]

²⁶ [Si tratta dei seguenti Comuni: Comune di Casalmaggiore, Comune di Rivarolo del Re, Comune di San Martino del Lago, Comune di Solarolo Rainerio, Comune di Spineda, Comune di Motta Baluffi, Comune di Torricella del Pizzo e Comune di Voltido.]

²⁷ [In particolare, E.On Rete era concessionario uscente del Comune di Casalmaggiore, del Comune di Rivarolo del Re, del Comune di San Martino del Lago, del Comune di Solarolo Rainerio e del Comune di Spineda, mentre LD era gestore uscente del Comune di Motta Baluffi, del Comune di Torricella del Pizzo e del Comune di Voltido.]

²⁸ [Si tratta delle società Linea Distribuzione S.r.l., CPL Concordia S.p.A.; Italgas S.p.A.; SIME S.p.A. A2A Reti Gas S.p.A.; Arcalgas Progetti S.p.A.; Tea Sei S.r.l.; Edison S.p.A.; Iren Emilia S.p.A.; E.On Rete S.r.l. ed Enel Rete Gas S.p.A..]

²⁹ [Cfr. doc. 4.]

³⁰ [In particolare, relativamente alla capacità economico-finanziaria, i partecipanti dovevano possedere: idonee referenze bancarie, rilasciate da almeno due istituti di credito; un volume d'affari globale d'impresa, riferito al solo servizio di distribuzione del gas, complessivamente non inferiore a 4 milioni di euro nel triennio 2006-2008.

Quanto alla capacità tecnica, era richiesto:

- la titolarità di una gestione di distribuzione del gas negli ultimi tre anni (2007-2009) in uno o più Comuni con non meno di 10.000 utenti complessivi con un buon esito del servizio svolto;

- un organico medio annuo, con riferimento agli ultimi tre anni, non inferiore a n. 10 dipendenti, di cui almeno un dipendente diplomato o laureato in discipline tecniche;

- la disponibilità di una figura di laureato in ingegneria o diplomato in discipline tecniche con cinque anni di esperienza nel settore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 98 del D.lgs. n. 81/2008 ("Requisiti professionali del coordinatore per la progettazione del coordinatore per l'esecuzione dei lavori");

- la disponibilità di idonee attrezzature tecniche, mezzi e strumentazioni per l'attività di distribuzione del gas.]

³¹ [Il Vincolo dei Ricavi Totali del servizio di distribuzione quale riconosciuto dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG).]

- l'entità dell'importo residuo della somma complessiva di 3,3 milioni di euro richiesta dai Comuni al momento della consegna degli impianti (cd "*una tantum*"), da retrocedersi da parte dei Comuni al gestore aggiudicatario della procedura alla scadenza della concessione;

- l'entità del valore patrimoniale residuo complessivo degli investimenti richiesti dal Piano Industriale definito dai Comuni, da riconoscersi al gestore aggiudicatario della procedura alla scadenza della concessione;

- il ribasso percentuale sui corrispettivi per i nuovi allacciamenti nonché per le ulteriori opere che fossero risultate necessarie o comunque richieste dalle amministrazioni comunali.

25. I criteri di aggiudicazione delle offerte tecnico-qualitative (per un massimo di 26 punti complessivi) riguardavano:

- la qualità del progetto per la realizzazione degli investimenti richiesti dal Piano Industriale in termini di completezza, validità ed attendibilità delle soluzioni adottate e di migliorie rispetto agli interventi richiesti;

- i tempi di realizzazione delle opere comprese nel Piano Industriale;

- la qualità del servizio rispetto a livelli specifici di qualità commerciale del servizio fissati dall'AEEG ;

- la sicurezza e continuità del servizio con particolare riguardo al servizio di pronto intervento e alla ricerca sistematica delle fughe di gas dalla rete.

26. Il disciplinare prevedeva poi (articolo 11) che i Comuni interessati potessero richiedere al nuovo gestore, anche individualmente, all'atto della firma del contratto oppure nel periodo di durata della concessione, l'anticipazione dei canoni concessori annui fino alla concorrenza massima del 90% dell'ultimo canone liquidato moltiplicato per il numero di anni o frazioni di anno intercorrenti dalla richiesta alla scadenza della concessione. In tale eventualità il Comune si impegnavano a riconoscere al gestore un tasso di interesse pari a quello praticato dalla Cassa Depositi e Prestiti alla data della richiesta per i mutui ventennali a tasso fisso. In caso di mancato adempimento era prevista la risoluzione di diritto della concessione per tutti e otto i Comuni coinvolti³².

27. L'articolo 18 prevedeva, inoltre, un deposito cauzionale provvisorio di 50.000 euro per un anno ed uno definitivo pari al 10% del valore contrattuale (pari al VRT moltiplicato per la percentuale offerta in sede di gara e per i 12 anni di durata della concessione). Nel caso di un'offerta per il 40% del VRT, e prendendo a riferimento il valore del VRT 2009 pari a 1.236.095 euro tale importo corrispondeva a 494.438³³.

L'articolo 19 prevedeva il versamento di 150.000 euro al momento della stipula del contratto quali oneri generali di gara.

L'articolo 20 prevedeva, inoltre, ulteriori oneri economici a carico del gestore: corresponsione al Comune, su base annua, dell'1% del VRT per le attività di controllo sullo svolgimento del servizio; assunzione di 7 dipendenti delle attuali società concessionarie per un costo complessivo annuo di circa 297.000 euro; versamento annuale anticipato del canone concessorio; stipula di una polizza assicurativa per danno agli impianti.

28. L'articolo 9 del disciplinare prevedeva che la stazione appaltante mettesse a disposizione dei partecipanti, tra l'altro, gli stati di consistenza degli impianti di distribuzione del gas degli otto comuni interessati, la documentazione tecnica delle cabine principali, della cabine di zona e degli impianti di protezione catodica (ivi incluse le planimetrie e la documentazione fotografica relativa) e il piano degli investimenti richiesti (Piano Industriale), suddiviso per ogni comune.

29. Ai sensi dell'articolo 29 del disciplinare la gara era da ritenersi valida anche con la presentazione di una sola offerta. Il termine per la presentazione delle offerte era fissato al 21 agosto 2010 (articolo 27).

b) La presentazione delle offerte

30. Il 15 luglio 2010, non appena venuta a conoscenza della volontà dei Comuni di indire la procedura di gara, 2iGas (al tempo E.On Rete) ha chiesto al Comune di Casalmaggiore di avere accesso alla documentazione di gara, al fine di proporre ricorso giurisdizionale contro tale procedura. Il 4 agosto successivo la società ha, infatti, notificato e depositato il ricorso contro tutti gli atti del procedimento con cui era stata bandita la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Casalmaggiore e negli altri 7 Comuni della provincia di Cremona³⁴. La società ha, in particolare, sostenuto l'illegittimità della procedura di gara informale e la violazione di un Atto Integrativo della Concessione stipulato con il Comune stesso il 3 febbraio 2006³⁵ che avrebbe assicurato a 2iGas, in qualità di gestore uscente, il diritto di ritenzione degli impianti del Comune di Casalmaggiore fino alla determinazione dell'importo dell'indennizzo per il valore residuo della rete di distribuzione ed al suo versamento da parte del concessionario entrante.

³² [Il Segretario Generale del Comune di Casalmaggiore, che ha svolto la funzione di Responsabile Unico del Procedimento di gara di cui è oggetto, ha affermato di aver incontrato il 19 agosto 2010 il personale della società Tea Sei interessato a sapere se la domanda con cui una società chiedesse l'esclusione della clausola relativa all'anticipo del 90% dell'ultimo canone percepito per la residua durata della concessione potesse essere ritenuta valida e di aver rappresentato a tale società l'impossibilità di accettare una simile offerta (cfr. doc. 229, memoria del Comune di Casalmaggiore).]

³³ [Cfr. doc. 143, pag. 10 della Lettera d'invito e disciplinare di gara.]

³⁴ [Cfr. doc. 63, 67 e 78.]

³⁵ [Cfr. doc. 77.]

31. LD, con lettera del 16 luglio 2010, ha chiesto al Comune di Casalmaggiore di posticipare il termine per la presentazione delle offerte di almeno 30 giorni, richiesta che il Comune non ha ritenuto di accogliere³⁶.

32. Il 19 luglio 2010, il Comune di Casalmaggiore ha inviato una lettera ai soggetti invitati a partecipare alla gara nella quale ha comunicato che 2iGas (al tempo, E.On Rete) aveva negato l'accesso ai propri impianti, mentre LD aveva prestato il proprio consenso, fissando la data per il sopralluogo al 23 luglio successivo³⁷.

33. Il 23 luglio 2010, al sopralluogo, si sono presentate cinque imprese delle 11 invitate: Tea Sei S.r.l., Iren Emilia S.p.A.; Enel Rete Gas S.p.A.; 2iGas (al tempo, E.On Rete) e Linea Distribuzione S.r.l. In tale occasione il Comune non essendo in condizione di permettere alle imprese di accedere all'impianto di 2iGas (al tempo, E.On Rete), anche per evitare azioni di responsabilità, ha predisposto una dichiarazione che le imprese hanno, tutte, sottoscritto, in cui si attestava l'irrilevanza del sopralluogo per la predisposizione dell'offerta³⁸ alla luce della documentazione fornita che consentiva, comunque, un'adeguata valutazione dello stato dei luoghi e degli impianti³⁹. Le medesime cinque imprese hanno, inoltre, effettuato il sopralluogo degli impianti gestiti da LD, sottoscrivendo la relativa attestazione.

c) Dall'aggiudicazione della gara alla stipula del contratto di servizio

34. Il 23 agosto 2010 la Commissione di gara riunita presso il Comune di Casalmaggiore ha constatato che nel termine di gara del 21 agosto 2010 era stata presentata una sola offerta da parte dell'ATI tra 2iGas (al tempo, E.On Rete) e LD.

35. La documentazione presentata in sede di gara testimonia che 2iGas e LD soddisfacevano singolarmente tutti i requisiti per partecipare alla gara individualmente⁴⁰. Ciò è attestato dalle dichiarazioni rese dalle stesse società ai sensi dell'articolo 14 del disciplinare di gara.

36. Con determinazione del 31 dicembre 2010 il Comune di Casalmaggiore ha aggiudicato il servizio di distribuzione del gas nel territorio degli otto comuni interessati all'ATI tra 2iGas (al tempo, E.On Rete) e LD, con decorrenza 1° gennaio 2011⁴¹.

37. Le caratteristiche salienti dell'offerta presentata dall'ATI tra 2iGas e LD erano⁴²:

- la corresponsione, quale canone annuo, di un importo pari al 40% del VRT;
- la quantificazione in circa [omissis]⁴³ milioni di euro degli investimenti di cui al Piano Industriale⁴⁴ e la quantificazione in [omissis]⁴⁵ milioni di euro del loro valore patrimoniale residuo da riconoscersi al gestore alla scadenza della concessione;
- nessun ribasso percentuale sui corrispettivi per i nuovi allacciamenti nonché per le ulteriori opere che fossero risultate necessarie o richieste dalle amministrazioni comunali;
- la quantificazione in [omissis] milioni di euro del valore residuo dell'importo una "tantum", da retrocedersi da parte dei Comuni al gestore alla scadenza della concessione.

Tali condizioni rappresentavano quelle minime previste dal bando di gara.

38. Contestualmente era stata fissata come data di stipula del contratto di affidamento il 15 febbraio 2011. In tale data il Comune, preso atto che non vi era stata ancora comunicazione sulla costituzione dell'ATI da parte di 2iGas e LD, ha disposto la proroga della data di stipula del contratto di affidamento del servizio al 10 marzo 2011⁴⁶.

39. 2iGas e LD hanno, infine, costituito l'ATI il 4 marzo 2011⁴⁷. A seguito dell'avvio del presente procedimento istruttorio, notificato alle parti l'8 marzo 2011, 2iGas ed LD non hanno dato corso alla richiesta del Comune di Casalmaggiore di stipula del contratto di affidamento del servizio entro il 10 marzo 2011. Il successivo 31 marzo 2011

³⁶ [Cfr. doc. 229.]

³⁷ [Cfr. doc. 2.]

³⁸ *[La dichiarazione firmata dai delegati delle imprese che si sono presentate al sopralluogo riporta testualmente: "il sottoscrittodichiara senza riserva alcuna, che nonostante il negato accesso, da parte di E.On agli impianti dalla stessa gestiti [...], la presa visione, esterna, degli impianti stessi nonché la presa visione e consultazione della relativa documentazione [...] consentono al sottoscritto ed alla ditta rappresentata una corretta ed articolata valutazione dello stato dei luoghi e degli impianti nonché la formulazione di una adeguata offerta tecnico-economica.".]*

³⁹ [Cfr. doc. 6.]

⁴⁰ [Cfr. doc. 66 e 160.]

⁴¹ [Cfr. doc. 52.]

⁴² [Cfr. doc. 56, 96 e 103.]

⁴³ *[Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]*

⁴⁴ [Cfr. doc. 73.]

⁴⁵ [Cfr. doc. 65, 99.]

⁴⁶ [Cfr. doc. 229 e 247.]

⁴⁷ *[Cfr. doc. 136. L'ATI ha durata limitata alla durata del contratto di servizio e si scioglie automaticamente al termine di scadenza dello stesso.]*

2iGas (al tempo, E.On Rete) ha chiesto al Comune di Casalmaggiore di sospendere la stipula del contratto di affidamento proprio in ragione del sopravvenuto avvio da parte dell'Autorità del procedimento istruttorio 1740⁴⁸.

40. Con sentenza del Tar Lombardia, sezione di Brescia, del 13 luglio 2011 i giudici amministrativi hanno rigettato il ricorso proposto da 2iGas pronunciandosi nel merito dello stesso e ritenendo che tutti i motivi di ricorso sollevati fossero infondati; ciò, peraltro, nonostante l'intervenuta carenza di interesse per la pronuncia (derivante dal fatto che la ricorrente era risultata successivamente aggiudicataria della gara) consentisse ai giudici amministrativi anche un rigetto del ricorso per motivi di rito⁴⁹.

41. Il 18 luglio 2011, il Comune di Casalmaggiore ha diffidato 2iGas, in qualità di mandataria dell'ATI, ad adempiere alla sottoscrizione del contratto di affidamento entro il 25 luglio successivo (la lettera è stata inviata per conoscenza anche a LD)⁵⁰. Il 26 luglio 2011, LD ha scritto al Comune di Casalmaggiore⁵¹ chiedendo una proroga della stipula del contratto al 31 ottobre 2011; analoga richiesta è stata trasmessa anche da 2iGas⁵². Il Comune, con lettera del 28 luglio 2011, ha concesso la proroga al 31 ottobre successivo come richiesto⁵³.

42. Inoltre, a valle dell'aggiudicazione, l'ATI ed i Comuni hanno iniziato a discutere la possibilità che i Comuni rinunciassero alla facoltà di richiesta di anticipo dei canoni residui fino al 90% a fronte della disponibilità da parte dell'ATI a versare in via anticipata ed in un'unica soluzione l'importo pari all'1% del VRT iniziale dovuto annualmente⁵⁴.

43. Con comunicazione del 16 novembre 2011, 2iGas ha reso noto che il contratto di servizio tra l'ATI e i Comuni interessati è stato firmato il 3 novembre 2011⁵⁵.

IV. IL CONTESTO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

44. L'attività di distribuzione di gas naturale, definita dall'articolo 2, comma 1, lettera n), del Decreto Legislativo n. 164/00 (c.d. Decreto Letta), come *"il trasporto di gas naturale attraverso reti di gasdotti locali per la consegna ai clienti"*, ed è riconosciuta quale *"servizio pubblico"* (articolo 14).

45. Ai sensi dell'articolo 15, comma 1, del citato decreto il servizio di distribuzione del gas viene affidato dagli enti locali in concessione esclusiva tramite gara, per un periodo non superiore ai dodici anni. Gli enti locali che affidano il servizio svolgono attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo sulle attività di distribuzione, ed i loro rapporti con il gestore del servizio sono regolati da appositi contratti di servizio.

46. L'articolo 14, comma 7, prevede che gli enti locali avviino la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento, in modo da evitare soluzioni di continuità nella gestione del servizio. Il gestore uscente resta, comunque, obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento.

47. Il comma 6 del medesimo articolo dispone poi che, nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza, la gara e' aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese concorrenti⁵⁶. Ai sensi del comma 4, alla scadenza del periodo di affidamento del servizio, le reti, nonché gli impianti e le dotazioni dichiarati reversibili, rientrano nella piena disponibilità dell'ente locale.

48. Il legislatore ha altresì previsto che, al fine di rendere più efficiente l'attività di distribuzione del gas, oggi svolta da circa 248 operatori in 6.500 comuni⁵⁷, la stessa sia svolta su ambiti territoriali più ampi, con ciò favorendo la realizzazione di economie di scala. In particolare, il combinato disposto dell'articolo 46 bis del D.L. n. 159/2007,

⁴⁸ [Cfr. doc. 229 e 247.]

⁴⁹ [Per quanto più di interesse i giudici amministrativi hanno sostenuto che 2iGas non poteva dolersi del fatto che il Comune avesse deciso di bandire una nuova gara per l'aggiudicazione della concessione facendo ciò a prescindere dalla liquidazione dell'indennizzo alla società 2iGas quale gestore incumbent né 2iGas, in caso di disaccordo circa lo stato di consistenza, poteva ritenersi intitolato ad esercitare il diritto di ritenzione dell'impianto. Ciò, infatti, a detta dei giudici amministrativi, contrasta apertamente con il D.lgs. 164/00 che non ha introdotto, con riferimento al caso del riscatto, una norma che garantisca sempre e comunque il diritto di ritenzione a favore della concessionaria (salvo la specifica e diversa ipotesi del subentro nella gestione di cui all'art. 14 del citato d.lgs. 164/00). Pertanto, ogni diversa pattuizione tra le Parti, quale quella tra 2iGas e il Comune, sarebbe in contrasto con il contenuto della normativa sopra richiamata ed andrebbe disapplicata.]

⁵⁰ [Cfr. doc. 229.]

⁵¹ [Cfr. doc. 236.]

⁵² [Cfr. doc. 247.]

⁵³ [Cfr. doc. 236.]

⁵⁴ [Cfr. doc. 53, 56, 96, 100, 105, doc. 138 – 28 bis n. 9. In tal senso, depone una bozza di accordo acquisita agli atti, cfr. doc. 105.]

⁵⁵ [Cfr. doc. 283.]

⁵⁶ [Le procedure di gara realizzate negli ultimi anni, di regola, hanno previsto quale principale criterio di aggiudicazione il canone da riconoscersi al Comune in termini percentuali rispetto al VRT.]

⁵⁷ [Cfr. Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta dell'AEEG, 6 luglio 2011, pag. 142.]

convertito nella legge n. 222/2007⁵⁸, e dell'articolo 15, comma 1, lettera *a-bis*, del D.L. n. 135/2009, convertito nella legge n. 166/2009, prevedeva che la determinazione degli ambiti territoriali minimi per la distribuzione del gas (di seguito, ATEM) dovesse avvenire entro il 31 dicembre 2012 da parte del Ministero dello Sviluppo Economico (di seguito, MSE) di concerto con il Ministero per i Rapporti con le Regioni, sentite la Conferenza unificata e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas⁵⁹.

49. Il 1° aprile 2011 è entrato in vigore il decreto del MSE 19 gennaio 2011 di determinazione degli ATEM nel settore della distribuzione del gas⁶⁰ (cd. Decreto Ambiti). Gli ATEM individuati dall'articolo 1, comma 1, del decreto sono 177. Con successivo decreto del 18 ottobre 2011 del MSE, di concerto con il Ministro per i rapporti con le Regioni e la Coesione territoriale, sono stati individuati i Comuni appartenenti a ciascun ambito territoriale. Per quanto riguarda la Provincia di Cremona, sono stati individuati 5 ATEM, tra cui quello di Cremona 3 Sud che comprende, 36 Comuni dei quali, 7 su 8 interessati dalla gara: Casalmaggiore, Rivarolo del Re, San Martino del Lago, Solarolo Rainerio, Mottabaluffi, Torricella del Pizzo e Voltido. Il Comune di Spineda, invece, rientra nell'ATEM Mantova 1 che include ugualmente 36 Comuni.

Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, 27 gennaio 2012, del DM 12 novembre 2011 n. 226 (Regolamento sui criteri di gara) è stato completato il quadro normativo di riferimento per la realizzazione delle gare di riaffidamento del servizio di distribuzione del gas sulla base dei nuovi ATEM.

50. Poiché la maggior parte delle concessioni aveva una scadenza *ope legis* (al 31 dicembre 2010)⁶¹ non coincidente con il termine ultimo fissato per l'individuazione degli ATEM, molti Comuni, le cui convenzioni stipulate con i concessionari, originando da affidamenti diretti, scadevano il 31 dicembre 2010, hanno deciso di avviare le procedure al fine di indire le gare prima dell'emanazione del citato Decreto Ambiti, anche sulla scorta della giurisprudenza amministrativa espressasi nel senso di ritenere ammissibile una simile scelta⁶².

⁵⁸ [L'art. 46-bis dispone che: 1. Al fine di garantire al settore della distribuzione di gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali, i Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, sentita la Conferenza unificata e su parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, individuano entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas previsto dall'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, tenendo conto in maniera adeguata, oltre che delle condizioni economiche offerte, e in particolare di quelle a vantaggio dei consumatori, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti.

2. I Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e sentita la Conferenza unificata, determinano gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, a partire da quelli tariffari, secondo l'identificazione di bacini ottimali di utenza, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi, e determinano misure per l'incentivazione delle relative operazioni di aggregazione.

3. Al fine di incentivare le operazioni di aggregazione di cui al comma 2, la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas è bandita per ciascun bacino ottimale di utenza entro due anni dall'individuazione del relativo ambito territoriale, che deve avvenire entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".]

⁵⁹ [In particolare, l'art. 30, comma 26 della legge 23 luglio 2009 n. 99, recante disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia ha stabilito che "Al comma 1 dell'articolo 23-bis del decreto- legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: "Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-bis del decreto- legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale. Gli ambiti territoriali minimi di cui al comma 2 del citato articolo 46-bis sono determinati dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni, sentite la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, tenendo anche conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione e con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali. In ogni caso l'ambito non può essere inferiore al territorio comunale".]

⁶⁰ [In Gazzetta Ufficiale n. 74 del 31 marzo 2011.]

⁶¹ [L'art. 15, comma 5 del D.Lgs. n. 164/2000 aveva previsto che le concessioni di distribuzione di gas naturale affidate in assenza di una procedura ad evidenza pubblica e per le quali non era previsto un termine di scadenza - o questo superasse il periodo transitorio - proseguissero fino al completamento del periodo transitorio, fissato al 31 dicembre 2005. Il comma 7 prevedeva poi che, ricorrendo tre condizioni, tale termine potesse essere prorogato al massimo fino al 2010. La legge 23 agosto 2004, n. 239, sul riordino del settore energetico, ha poi disposto la proroga del termine del periodo transitorio al 31 dicembre 2007, fatta salva la facoltà per l'ente locale di prorogare per un anno la durata del periodo transitorio per ragioni di pubblico interesse. Successivamente, il decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273 (convertito nella legge 23 febbraio 2006, n. 51), all'art. 23, comma 1, ha disposto una proroga automatica del periodo transitorio al 31 dicembre 2007 nonché un'ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2009, qualora si verificasse almeno una delle condizioni di cui all'art. 15, comma 7, del decreto legislativo n. 164/2000. Resta ferma la possibilità da parte dell'ente di prorogare di un ulteriore anno per motivi di interesse pubblico.]

⁶² [L'Autorità, per quanto riguarda la legittimità di esperire le procedure di gara da parte degli enti locali nelle more della determinazione degli ambiti territoriali minimi, ha ritenuto di propendere per la soluzione della facoltatività, lasciando liberi i Comuni di decidere se indire le gare o attendere la definizione degli ATEM. Cfr. ex multis, parere reso al Comune di Grottammare (AS 674 in Boll. 12/2010), nel quale è stato sostenuto che: "pur essendo certamente auspicabile, sotto il profilo dell'efficienza delle gestioni, l'espletamento di gare sulla base di ambiti territoriali minimi, l'interpretazione orientata a sostenere il blocco delle gare fino alla determinazione di detti ambiti si ponga in contrasto con il principio comunitario di concorrenza, la cui attuazione attraverso un atto ministeriale potrebbe essere rinviata ad un futuro incerto, con il rischio di ritardare ulteriormente il completamento del processo di liberalizzazione nel settore del gas. Pertanto, pur in presenza di un quadro normativo estremamente incerto, l'Autorità ritiene preferibile propendere, quantomeno, per la soluzione della facoltatività, lasciando liberi i Comuni di decidere se indire le gare o se attendere la definizione degli ambiti".]

V. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

Sintesi delle risultanze istruttorie

51. L'esame dei documenti istruttori ha fatto emergere che, nel corso del 2010, in attesa della nuova disciplina sulle gare d'ambito, le società di dimensione medio piccola, in particolare, valutavano varie possibilità finalizzate a rafforzare o mantenere posizioni competitive nelle future aggregazioni di concessioni in ATEM, corrispondenti in buona parte con i territori provinciali. Nel caso di 2iGas e LD l'intenzione era di raggiungere tale obiettivo tramite la ricerca di alleanze e accordi di non belligeranza con gli operatori concorrenti (per LD) e tramite accordi *ex-ante* di compravendita/scambio di concessioni (per 2iGas). Nel caso di LD, in particolare, la documentazione acquisita evidenzia che la necessità di ricercare alleanze era particolarmente sentita in ipotesi di gare della medesima tipologia di quella di Casalmaggiore, in cui erano aggregate concessioni nella titolarità di più di un gestore uscente.

52. In generale l'istruttoria ha anche consentito di accertare che, nel contesto di incertezza e di imminente cambiamento che ha caratterizzato il 2010, le società di distribuzione del gas tendevano a voler mantenere le concessioni in essere (cd. *stronghold strategy*) o, comunque, a partecipare a gare indette in territori limitrofi a quelli in cui già erano presenti. Le società invitate alla gara di Casalmaggiore hanno concordemente confermato che questo fosse un obiettivo comune. Ciò ovviamente non avveniva a qualsiasi costo ma rappresentava pur sempre un criterio che diffusamente le imprese seguivano. Soprattutto per quanto riguarda 2iGas, è emerso che tale politica di difesa del territorio era influenzata dalla redditività della procedura, da un lato, e dalla più o meno favorevole definizione dell'importo spettante a titolo di rimborso del valore residuo dell'impianto di distribuzione, dall'altro; la valutazione poteva, tuttavia, prescindere dai due criteri appena visti, essere influenzata anche da eventuali considerazioni circa il carattere strategico della concessione in questione. Tale considerazioni di carattere strategico, nel 2010, erano fortemente finalizzate al progetto di E.ON Italia di vendere la società di distribuzione.

53. Con specifico riguardo alla procedura di Casalmaggiore, dalla documentazione agli atti emerge chiaramente che sia LD sia E.On Rete, non appena venute a conoscenza dell'indizione della gara, si erano immediatamente, ed autonomamente, attivate per definire il business plan della gara. I termini in cui LD propone ad E.On Rete la costituzione dell'ATI per la partecipazione alla gara di Casalmaggiore – da quest'ultima tempestivamente avallata – fanno peraltro esclusivo, ed esplicito, riferimento alla creazione di "*sinergie territoriali*"⁶³ (e non economiche o tecnico-industriali). E', infine, chiaro che pressoché contestualmente alla decisione di LD ed E.On Rete di costituire l'ATI per partecipare alla gara, le società avevano già compiutamente definito i termini, al minimo previsto dal bando, dell'offerta da presentarsi in sede di gara.

54. L'ATI costituita tra LD e E.On Rete, prevedeva, inoltre, la prosecuzione della gestione del servizio da parte di ciascuna società nei medesimi Comuni in cui la stessa era già concessionaria, ovvero il mantenimento dello *status quo* antecedente la procedura di gara e la gestione in piena autonomia del servizio da parte di ciascuna società.

55. La documentazione agli atti, inoltre, pare confermare il pieno coinvolgimento di LGH e di E.On Italia nella definizione o condivisione delle strategie delle società controllate LD e E.On Rete (oggi, 2iGas) nella partecipazione alle gare della distribuzione del gas.

1. gli elementi acquisiti sulla strategia generale delle Parti nella partecipazione alle gare per la distribuzione del gas prima dell'entrata in vigore della disciplina sulle gare per ambito territoriale minimo. La strategia di difesa del territorio storico

a) La strategia delle alleanze e della non belligeranza: LD

56. Dalla documentazione acquisita in sede ispettiva è emerso con evidenza – con riferimento a LD – l'obiettivo primario di ricercare alleanze con gli operatori concorrenti locali al fine di assicurarsi il mantenimento delle posizioni reciproche negli ambiti territoriali in cui le società avevano operato sino a quel momento. In particolare, LD intendeva porre in essere tale strategia sia attraverso la partecipazione congiunta (ATI) alle gare, sia tramite patti di non belligeranza per i rispettivi territori (non partecipazione a determinate gare). LD, a tal fine, risulta aver analizzato nel dettaglio le posizioni detenute dai concorrenti nelle aree provinciali in cui la società era maggiormente presente, con l'obiettivo di individuare le società più adatte e propense a stringere alleanze.

57. In un documento acquisito presso LD intitolato "*Primi elementi di riflessione sulle gare distribuzione gas*" (allegato ad un'e-mail del 16 febbraio 2008), con riferimento ai "*Problemi per una corretta definizione strategica*" è indicato, tra l'altro, che: "*non si conoscono i criteri di definizione degli ambiti, che costituiscono un importante elemento di riferimento per la necessaria politica delle alleanze*". Si propone, quindi, di individuare alcuni elementi guida "*per verificarne la condivisione e renderne sistematica l'applicazione*". Si sottolineano, inoltre, le "*priorità in ordine di importanza*", tra cui, al primo posto figura la partecipazione alle gare nei "*comuni attualmente gestiti dalle società di distribuzione del gruppo*". Quanto, poi, alle "*priorità temporali*" si afferma:

1. "*partecipazione alle gare attuali (in genere fuori delle ns. province), con particolare attenzione ai territori nei quali siamo già presenti in conseguenza di gare vinte in precedenza [...] e contestuale definizione della politica delle alleanze per queste gare*;

⁶³ [Cfr. doc. 29.]

2. definizione della politica delle alleanze nei nostri territori ed aree limitrofe (a maggior ragione con la previsione che le gare avvengano per ambiti);

3. partecipare alle gare nei nostri territori ed aree limitrofe"⁶⁴.

58. Il medesimo documento individua, poi, la "Politica delle alleanze", evidenziando che "Elemento fondamentale per la partecipazione alle gare è non essere isolati; questa regola vale anche e soprattutto, per le gare che avverranno nei nostri territori [...]. Nel medesimo documento si evidenzia che "la previsione di bacini minimi modifica le valutazioni relative alle gare nei nostri territori, enfatizzando l'importanza di relazioni di alleanza con gli altri (o alcuni dei) gestori in comuni confinanti con i nostri". Nel documento, infine, si propone di operare, tra l'altro, iniziando "a dialogare con i possibili alleati sulle nostre province, attribuendo a questo dialogo grande priorità e verificando anche la opportunità e possibilità di costruire strutture comuni prima delle gare".

59. Dai documenti sopra richiamati appare chiaro che la necessità delle alleanze sorge in relazione alle gare in cui sono aggregate le concessioni per il servizio di distribuzione di più Comuni ed in cui LD non è l'unico gestore uscente (quale quella di Casalmaggiore), e che, pertanto, rivestono interesse anche per altri operatori (sia prima della definizione degli ATEM, sia successivamente). Infatti, la necessità di stringere alleanze con i *competitors* risulta pressante in caso di gare che aggregano Comuni in cui sono concessionari più gestori (tra cui le gare di ATEM), mentre non è opportuna in caso di gare che aggregano Comuni in cui LD è l'unico gestore uscente, salvo il fatto di doversi difendere da eventuali strategie di ingresso dei concorrenti.

60. In tal senso in un documento rinvenuto presso LD "[...] breve riflessione relativa agli interventi sulle gare in Cda LGH [...]" si legge: "Gare per Comuni associati: [...] non c'è necessità assoluta di alleanze, se l'associazione fosse solo fra i Comuni che gestiamo potremmo partecipare da soli. Se fatta in anticipo rispetto alle gare di ATEM vedrebbe però una partecipazione massiccia di competitor (saremmo gli aggrediti)"⁶⁵. Similmente, in un documento acquisito presso LD, del marzo 2010, con specifico riferimento alla Provincia di Cremona (in cui rientrano i Comuni della gara di Casalmaggiore) alle gare per Comuni aggregati non sono attribuiti "punti di forza", mentre tra i "punti di debolezza" è indicato che "Da un punto di vista economico è più appetibile per la concorrenza una gara per comuni aggregati. E' auspicabile stringere alleanze con altri gestori (a partire da quelli già presenti nell'ambito)"⁶⁶.

61. In un altro documento reperito presso LD, allegato ad un'e-mail del 21 marzo 2010, avente a oggetto "strategia gare" tra i fattori di rischio relativi alle gare per la distribuzione del gas è indicato, in particolare:

- nel caso di gara svolta in un singolo Comune "difficoltà di stabilire alleanze/accordi di desistenza" in quanto non vi sarebbe "nessun elemento di scambio";
- nel caso di gara svolta per Comuni associati "difficoltà di stabilire alleanze/accordi di desistenza", alla presenza di "pochi elementi di scambio";
- nel caso, infine, di gare per ATEM è invece evidenziata "[l'] Assoluta necessità di stabilire alleanze (di ATEM o strategiche) - accordi di desistenza difficili" nonché, tra le opportunità, la "Definizione di alleanze strategiche (non limitate all'ATEM)"⁶⁷.

62. Nel medesimo documento, con riguardo agli elementi specifici dell'area della Provincia di Cremona (cui appartengono tutti i comuni interessati dalla gara di Casalmaggiore), si evidenzia, quale "punto di forza", che "LD è il principale operatore della provincia (55%)" e che dispone, quindi, di un'"ottima conoscenza territorio, reti ed impianti" e, quale "opportunità", la presenza di "due soli competitor[s] territorialmente forti: uno nazionale (EON), l'altro territoriale (GEI)"⁶⁸. Analogamente, in una nota interna acquisita presso LD, del marzo 2010, sempre con riferimento alla Provincia di Cremona, è indicato: "Essendo presenti in provincia di Cremona pochi gestori, è più facile fare accordi di non belligeranza nei propri territori"⁶⁹.

63. Dai documenti acquisiti emerge anche come lo strumento dell'ATI sia considerato funzionale all'applicazione della strategia ("difensiva") di mantenimento delle proprie concessioni. Sempre allegato alla e-mail del 21 marzo 2010, indirizzata dal procuratore di LD (ex Responsabile Distribuzione Gas in LGH)⁷⁰ a un dipendente di LD, sulla "strategia gare", figura un altro documento, il "Progetto Preparazione alle Gare per il servizio di Distribuzione Gas" del 16 marzo 2010, nel quale sono individuate le diverse possibilità di partecipazione ad una gara (partecipazione autonoma, ATI verticale o orizzontale, società di scopo mista/consorzio stabile) in funzione delle variabili "complessità della governance" (alta o bassa) e "strategia di approccio alle gare" (difensiva o aggressiva). Il commento che accompagna

⁶⁴ [Cfr. doc. 138 - 28 bis n. 13 e doc. 138 - 28 bis n. 19, 187, 208 - 37 bis 2, 9 e 13. In tale documento, inoltre, si legge che la prassi dei Comuni di "entrare direttamente in possesso degli impianti pagando essi stessi il gestore uscente (sulla base di importi in genere non noti al momento della gara) [...] ha] due conseguenze: gare basate ancor di più sul valore del canone e difficoltà successiva dei comuni a reperire le somme necessarie per il pagamento degli impianti". Cfr. anche doc. 177, 186 e doc. 138 - 28 bis n. 18.]

⁶⁵ [Cfr. doc. 134, doc. 138 - 28 bis n. 17. Cfr. anche doc. 111 e 115.]

⁶⁶ [Cfr. doc. 114. Analoghe considerazioni sono espresse anche per altre aree in cui opera LD. Cfr. anche doc. 116.]

⁶⁷ [Cfr. doc. 138 - 28 bis n. 15.]

⁶⁸ [Tali analisi sono sviluppate anche con riguardo ad altre aree in cui opera LD.. Cfr. doc. 138 - 28 bis n. 15. Cfr. anche doc. 112, 113 e 116.]

⁶⁹ [Cfr. doc. 114.]

⁷⁰ [Cfr. organigramma di LGH a pag. 19 del Bilancio al 31 dicembre 2009 della stessa società.]

l'analisi evidenzia che *“La strategia di approccio alle gare può verosimilmente variare a seconda dei territori: una strategia difensiva sui territori oggi presidiati da LD [tra cui la Provincia di Cremona], una strategia offensiva su territori “nuovi” (una intermedia sui territori di confine). Una derivata dalle variabili di cui sopra è la clusterizzazione dei fornitori/alleati: “strategici” per Consorzi e Società di scopo [alleanze più stabili], “tattici” per A.T.I. [alleanze in vista di singole gare]”*⁷¹.

64. Nel medesimo documento, con specifico riguardo alla Provincia di Cremona, è riportata una tabella in cui sono indicate le quote in termini di utenti di LD (55%) e dei suoi concorrenti, tra cui anche 2iGas (al tempo, E.On Rete) (10%) e GEI (16%). Si sottolinea inoltre che *“In tempi particolarmente brevi verrà bandita la gara che riguarderà il Comune di Casalmaggiore (3° comune della provincia con 15.000 abitanti, attualmente gestito da EON) ed altri 6/7 piccoli comuni aggregati tra cui tre comuni gestiti da LD [...] In vista delle future gare è da valutare l'opportunità di anticipare un dialogo con i principali operatori presenti nella Provincia (GEI, EON) anche in vista di eventuali future aggregazioni più strutturali nell'ATEM”* (sottolineatura aggiunta)⁷².

65. In una nota interna acquisita presso LD, del marzo 2010, *“Analisi swot per la gestione delle gare nei comuni gestiti da Linea Distribuzione”*, si legge: *“[...] Per la Provincia di Cremona, potrebbe essere utile - indipendentemente dalle alleanze future in vista delle gare d'ambito provinciale – accordarsi con le Società concorrenti per patti di non belligeranza. Visto anche l'alto numero di gare che ci saranno nelle prossime settimane può aver senso un non pestarsi i piedi l'un l'altro in modo da continuare a gestire gli attuali impianti”*⁷³.

66. Quanto alla tipologia di *competitors* con cui era realistico immaginare un possibile dialogo, in un documento acquisito presso LD, *“Analisi Gestori Concorrenti nelle Aree interessate dalla Nostra Gestione”*, con riferimento alla provincia di Cremona si legge: *“[...] sia per dimensioni che per il radicamento del territorio, Linea Distribuzione può sicuramente far valere il proprio peso nel ricercare alleanze con gli altri gestori, in particolare con la GEI, presente in numerosi comuni sull'area Cremasca, e inoltre stabilire patti e/o accordi con Thuga Padana [poi, E.On Rete ed, oggi, 2iGas] e CIGE BS (A2A)”*⁷⁴.

b) *La strategia di razionalizzazione del portafoglio di concessioni: 2iGas*

67. Per quanto riguarda 2iGas ed E.On Italia, in una e-mail del 1° luglio 2010, inviata dal Vice presidente di E.On Italia all'Head of Legal & Compliance di E.On Italia e, per conoscenza, all'AD di E.On Rete, avente ad oggetto *“E.ON Rete Reintegration SC/legal check of possibile contacts with competitors”*, si legge:

“One outcome of the strategy discussion was that we have to contact competitors in order to discuss with them possibilities to rationalize the respective concession portfolios (ours and the ones of the competitors) primarily via swaps in light of the up-coming ATMs. The Board and in particular [...] [AD E.On Italia] asked you to check these kind of possible contacts under a compliance and anti-trust point of view and provide a written memo on this topic which should include specific guidelines for meetings with the competitors on which topics can be discussed and which non and what kind of specific rules have to be followed (if applicable)”.

E nella risposta si afferma: *“At this stage I would not see major burdens, that is my personal feeling. In fact, we had some similar negotiation with other competitors during the Arke Project”*⁷⁵.

68. Tale scambio di e-mail evidenzia, l'intenzione del Gruppo E.On, nel luglio 2010, di contattare i propri concorrenti al fine di razionalizzare il rispettivo portafoglio di concessioni, in particolare, effettuando scambi (*swaps* di concessioni) con i concorrenti, con la finalità di predisporre al meglio la società in vista delle future gare di ATEM. Ciò con lo specifico obiettivo di cedere al meglio la società di distribuzione.

c) *La strategia di difesa del territorio o stronghold strategy*

69. Dalla documentazione acquisita in sede istruttoria emerge che LGH e LD avevano quale obiettivo prioritario quello di presidiare i territori già gestiti. A tale obiettivo si associava, al margine, anche quello di estensione del perimetro concessorio ai Comuni limitrofi. La strategia di presidio del proprio territorio storico risulta rilevante anche per E.ON Rete (oggi, 2iGas) ed E.ON Italia, associata, tuttavia, ad altre valutazioni in ordine alla redditività della singola

⁷¹ [Cfr. doc. 138 – 28 bis n. 15. Il documento prosegue, poi, con un'analisi dei vari modelli di governance (partecipazione autonoma, ATI verticale o orizzontale, società di scopo mista/Consorzio stabile) adottabili da LD “per una strategia difensiva” in funzione rispettivamente dei “Punti di forza”, dei “Punti di attenzione” e della “Filosofia”. Per quanto riguarda la partecipazione autonoma, il documento evidenzia, tra “i punti di attenzione”, “Siamo sicuri di vincere?” e “Possibile concorrenza da parte dei ns. attuali fornitori”; per quanto riguarda la partecipazione alle gare in ATI con altri soggetti, la “filosofia” evidenzia il “Privilegio alleanze ‘tattiche’ e flessibili (immagino tipi gare variegati sui territori)”].

⁷² [Cfr. doc. 138 – 28 bis n. 15 e doc. 111. In un'altra nota interna ad LD (senza data ma stimabile ai primi di Marzo del 2010 in cui sono sviluppate strategie per la partecipazione alle gare relative a diverse aree territoriali), con specifico riferimento alla Provincia di Cremona, si osserva che: “Particolare importanza va data alla pubblicazione nelle prossime settimane del bando di gara che riguarderà il Comune di Casalmaggiore (3° città della Provincia con 15.000 abitanti, attualmente gestito da EON) e altri 6/7 piccoli comuni aggregati tra cui i comuni da noi gestiti di Torricella Del Pizzo, Voltido e Motta Baluffi. [...] In vista delle future gare è da valutare l'opportunità di anticipare un dialogo (patto di non belligeranza?) almeno con i principali operatori presenti nella Provincia anche in vista di future aggregazioni più strutturali negli ATEM” cfr. doc. 116.]

⁷³ [Cfr. doc. 114, 26, 27.]

⁷⁴ [Cfr. doc. 138 – 28 bis n. 21.]

⁷⁵ [Cfr. doc. 18. Il primo progetto Arke era un progetto di vendita della società E.On Rete che non è andato a buon fine.]

procedura, all'esito degli accordi con i Comuni, in qualità di gestori uscenti, sull'indennizzo per il valore delle reti e da considerazioni circa la valenza strategica della specifica concessione (anche in vista delle gare di ATEM).

70. Per quanto riguarda LD, in un documento interno alla società, privo di data, con riferimento alle gare che avrebbero avuto luogo nel 2011 nei comuni attualmente gestiti da LD, si legge: "[...] sembra che la politica migliore sia quella di **considerare la continuità delle gestioni**, senza alcuna plusvalenza/minusvalenza, con il mantenimento del possesso degli impianti e continuità degli ammortamenti. Evidentemente è un obiettivo sfidante, quindi, per questi Comuni, potrebbe essere prudenzialmente considerata una ragionevole riduzione del margine (che tenga conto della differenziazione che assumeranno le diverse situazioni). [...]" (sottolineatura aggiunta)⁷⁶.

71. In tal senso rileva anche il verbale del CdA di LD del 23 settembre 2010⁷⁷ in cui, al punto 5 dell'O.d.g., sotto la dicitura "INFORMATIVA DEL PRESIDENTE SULLA STRATEGIA PARTECIPAZIONE A GARA" si legge: "Il Presidente, richiamata la normativa che ha portato alla liberalizzazione del mercato del gas naturale, ricorda quanto sia determinante per la sopravvivenza della società che ci [si] prepari per partecipare al meglio alle gare pubbliche di affidamento del servizio di distribuzione, definendo una strategia condivisa. Si apre la discussione e il Consiglio unanimemente condivide con il Presidente e conferma le seguenti modalità e strategie con cui la società dovrà affrontare le gare di affidamento dei servizi di distribuzione gas:

- mantenere, nello spirito del radicamento del gruppo LGH al territorio, le concessioni nei territori provinciali delle società di provenienza del gruppo LGH o e nei territori contigui o limitrofi;
- garantire una linea di tutela e valorizzazione al meglio del patrimonio reti e impianti, laddove le reti passino a nuovi gestori entranti; [...]

In ordine al tema gare, il Presidente comunica che nell'ambito delle deleghe a lui conferite, ha dato incarico di consulenza all'Ing. [...], ex Responsabile della Distribuzione Gas in LGH] per un'attività di supporto qualificato nella predisposizione delle gare nonché nell'attuazione delle strategie di mantenimento delle concessioni in essere e valorizzazioni delle reti e impianti" (sottolineatura aggiunta).

72. Da un documento rappresentante la verbalizzazione di un CdA del 25 febbraio 2011 di LGH, avente ad oggetto la "Situazione complessiva concessioni gas" (anche indicata come "Situazione Distribuzione Gas"), emerge che la strategia di presidio dei territori in cui LD è già presente è perseguita con un significativo tasso di successo⁷⁸.

73. Con riguardo ad E.On Rete (oggi 2iGas) si rinviene una strategia di difesa dei territori in cui la società è presente più nettamente connessa alle condizioni di gara o ad altre ragioni per cui la partecipazione doveva ritenersi la scelta preferibile (cfr. come nel caso del Comune di Casalmaggiore la mancata individuazione dell'indennizzo del valore degli impianti come gestore uscente al momento dell'indizione della gara e l'onere del pagamento a carico del Comune). Tale strategia, quindi, era maggiormente orientata a valorizzare gli asset in portafoglio e, quindi, a valutare, caso per caso, la redditività delle singole gare, considerando anche l'opzione di non partecipare alle procedure di gara meno remunerative laddove vi fosse la possibilità di incassare un adeguato indennizzo per il valore delle reti e degli impianti come gestore uscente⁷⁹.

74. Vi sono, comunque, agli atti documenti che testimoniano che in taluni casi la necessità di mantenere le concessioni nel portafoglio, al di là di considerazioni meramente economiche, poteva scaturire da scelte strategiche ossia dare un segnale di essere pronti a proteggere le proprie concessioni nelle aree di particolare interesse per la società in vista delle successive gare di ATEM. Ciò, del resto, è confermato dalle difese della società che ha mostrato di essersi orientata nelle sue scelte anche in base ad uno studio di una società di consulenza sul modo di razionalizzare il portafoglio di concessioni; in tale studio venivano individuate, tra le aree di presenza della società, quelle in cui investire o disinvestire⁸⁰.

⁷⁶ [Cfr. doc. 126.]

⁷⁷ [Cfr. doc. 138 – 28 bis n. 16.]

⁷⁸ [In particolare, nei Comuni delle Province di Brescia, Cremona, Lodi e Pavia in cui LD è gestore uscente: i) LD ha vinto la gara in 12 Comuni; ii) la gara è in corso o attesa in 16 Comuni e iii) nei restanti 43 Comuni si attendono le gare d'ambito (Cfr. doc. 175, 202 e 203). Ciò appare confermato dalla documentazione fornita dalla stessa società, su richiesta degli Uffici, da cui risulta che LD ha sempre partecipato alle gare in cui era gestore uscente ed ha confermato la sua presenza nella totalità di tali gare. In tale documento, contenente l'"Elenco delle concessioni nell'area geografica di interesse di LD (2009-2010-2011)", sono riportati i dati relativi a 40 procedure di gara: solo in quattro gare LD è il gestore uscente (ivi inclusa quella di Casalmaggiore) ed in tutti e quattro i casi la procedura risulta aggiudicata a LD (nel caso di Casalmaggiore in ATI con 2iGas).

Inoltre, con riguardo alle gare relative a Comuni in cui LD non era il gestore uscente, risulta che la società pur avendo ritirato i documenti di gara ed effettuato il sopralluogo in circa 30 procedure, ha presentato un'offerta solo in tre gare (aggiudicandosi una di tali procedure). Tali dati evidenziano, infine, che in ben 21 procedure di gara, rispetto alle 28 per le quali LD ha fornito anche le informazioni relative al numero dei partecipanti, è stata presentata una sola offerta in sede di gara. In tutti i casi l'unico offerente è individuato dal gestore uscente, che si è quindi aggiudicato la procedura. In termini generali, è poi emerso che la più ampia maggioranza dei 74 Comuni in cui LD è il concessionario del servizio di distribuzione ha deciso di consentire allo stesso la prosecuzione "di fatto" della gestione del servizio nonostante la più ampia parte delle concessioni (51) avesse una scadenza ope legis al 31 dicembre 2010. Cfr. doc. 237 e 304.]

⁷⁹ [In tal senso, in un documento rinvenuto presso LGH (messaggio e-mail del gennaio 2009), il Responsabile Distribuzione Gas di LGH indica che, con l'incertezza che regna sulle regole, le gare sono "fondamentalmente non remunerative" e che Thuga Padana (poi E.On Rete ed oggi 2iGas) fino a pochi mesi prima aveva scelto di non partecipare, preferendo massimizzare il valore del riscatto tramite il contenzioso con il Comune e l'arbitrato. Cfr. doc. 208 – 37 bis n. 9.]

⁸⁰ [Cfr. doc. 384.]

75. In tal senso, il 20 aprile 2010 uno dei Vice Presidenti di E.On Italia in risposta alla richiesta di parere sulla partecipazione o meno alle gare ha scritto: *"In general only extraordinary strategic reasons can justify an investment which is not in line with E.ON Group's investment criteria. In the case of Scanzorosciate this can be seen in my opinion in the fact that this is one of our focus areas in which we should send a signal that we are prepared to protect our concessions etc.- although the offer seems for me really quite aggressive"*⁸¹. In any case, [... l'AD di E.On Italia] will address the specific topic of Scanzorosciate in your meeting tomorrow and also the question how we handle concession tenders in the mid-term. In my opinion this must entail a structured approach which includes an in-depth analysis of all concessions which will come up for tender and their strategic relevance in the light of the ATOs discussions. One idea is to have a regular kind of Concessions Committee in which the Management of E.On Rete and representatives of E.ON Italia discuss regularly the bidding strategy"⁸² [sottolineatura aggiunta]⁸³.

76. Con riguardo, peraltro, alla Provincia di Cremona, in cui si collocano i Comuni interessati dalla gara in oggetto, dalla documentazione agli atti risulta che essa, sulla base delle conclusioni dello studio su come razionalizzare il portafoglio di concessioni di distribuzione del gas di E.On rete (oggi, 2iGas), fosse definita come un'area in cui cedere le concessioni in quanto definita scarsamente attrattiva dal punto di vista strategico⁸⁴. Tale Provincia, quindi, non rappresentava una *focus area* in cui investire. Nonostante ciò, l'interesse del gruppo E.ON a partecipare alla gara di Casalmaggiore è dimostrato da quanto si vedrà meglio nel seguente paragrafo.

2. La valutazione interna alle società 2iGas e LD di partecipare alla gara di casalmaggiore e la partecipazione in ATI

77. Dalla documentazione acquisita in sede ispettiva emerge chiaramente come sia LD che E.ON Rete (oggi, 2iGas), subito dopo aver ricevuto la lettera di invito del Comune di Casalmaggiore, si erano autonomamente ed individualmente attivate per definire il business plan della gara, al fine di comprendere l'entità degli investimenti richiesti e la redditività attesa della procedura.

78. In particolare, ad un'e-mail del 21 luglio 2010 (ovvero pochi giorni dopo il ricevimento della lettera di invito a partecipare alla gara di Casalmaggiore), inviata da un dipendente di E.ON Rete all'AD della società⁸⁵, è allegata un'analisi delle caratteristiche della gara di Casalmaggiore e della sua redditività da cui emerge che E.ON Rete aveva, a tal momento, già quantificato l'entità degli investimenti relativi al progetto tecnico industriale. La società, inoltre, aveva sviluppato il *"Business Plan Development"* per l'intera durata della concessione secondo due scenari da cui era emerso che il rendimento, pur positivo della gara di Casalmaggiore, era significativamente inferiore al rendimento di riferimento definito dal gruppo [omissis].

79. Analogamente, in un documento acquisito presso LD del 6 agosto 2010, avente ad oggetto *"BP Casalmaggiore"*, è sviluppato il *business plan* della gara di Casalmaggiore. La valutazione di redditività dell'investimento, per l'insieme dei Comuni la cui concessione era oggetto di gara, è quantificata in [0-10%] (TIR)⁸⁶. Precedenti versioni del medesimo documento risultano essere state elaborate da LD già a partire dal 27 luglio 2010⁸⁷. LD ha, infine, affermato che l'interesse alla gara scaturiva anche dal fatto che: *"sotto il profilo tecnico, l'impianto di distribuzione del gas relativo a due dei comuni messi a gara ed in cui LD è gestore uscente risultano interconnessi ad altri impianti di distribuzione limitrofi sempre gestiti da LD (asserviti da un'unica cabina REMI)"*⁸⁸.

80. In un'e-mail interna a LD del 20 luglio 2010, ovvero subito prima del sopralluogo fissato dal Comune di Casalmaggiore per il 23 luglio 2010, è specificato che *"[...] E' importante sapere quali sono le società che faranno il*

⁸¹ [In una precedente e-mail del 19 aprile 2011, inviata dall'AD di E.On Rete al Presidente ed all'AD di E.On Italia ed al Vice Presidente di E.On Italia, con riguardo alla "valenza strategica e offerta economica", con riferimento alla gara del Comune di Scanzorosciate (BG) si legge che "il WACC 4,76% paga integralmente gli interessi. L'offerta è "particolarmente" aggressiva per la collocazione geografica di Scanzorosciate ed in considerazione dell'attuale gestore: SIME S.p.A. aggiudicatario di Sterzano e Lallio!!" Cfr. doc. 17.]

⁸² [Cfr. doc. 17.]

⁸³ [2iGas ha fornito agli Uffici i dati relativi a circa 32 gare per il riaffidamento del servizio in cui la società era gestore uscente. Da tali dati emerge che la società ha presentato un'offerta [omissis], aggiudicandosi 7 di tali gare, ivi inclusa quella di Casalmaggiore (di tali 32 procedure in un caso il bando è stato revocato mentre altre due gare devono essere ancora aggiudicate). I casi in cui 2iGas si è aggiudicata la procedura di gara corrispondono, inoltre, a quelli in cui la partecipazione da parte dei concorrenti è stata minore (se non del tutto assente).]

⁸⁴ [Cfr. allegati doc. 384.]

⁸⁵ [Cfr. doc. 28.]

⁸⁶ [Cfr. doc. 138-28 bis n. 1.]

⁸⁷ [Cfr. doc. 138-28 bis n. 2. In tali versioni del business plan, la valutazione di redditività dell'investimento (TIR) è quantificata in [0-10%] (allegato all'e-mail del 20 luglio 2010 denominato "200710 BP CASALMAGGIORE v.2.xlsx") ed in - [0-10%] (allegato all'e-mail del 20 luglio 2010 denominato "200710 BP CASALMAGGIORE v.3.xlsx"). La differenza tra i rendimenti è dovuta a due diverse ipotesi in relazione ai costi per servizi (i quali includono i costi del personale). In una e-mail del 22 ottobre 2010 acquisita presso LD si legge "Riguardo alla possibilità del comune di richiedere anticipatamente il 90% del canone abbiamo fatto una verifica dei tassi. Sembrerebbe che il tasso che il comune ci deve riconoscere sia più alto dei tassi di mercato (4,2% rispetto al 3,9%). Per tale motivo tale eventualità non andrebbe a gravare sul ns. BP. [...]" cfr. doc. 138 - 28 bis n. 12. Con riguardo alle analisi preliminari di LD in ordine alla partecipazione alla gara di Casalmaggiore cfr. anche i doc. 138 - 28 bis n. 10.]

⁸⁸ [Cfr. doc. 232.]

sopralluogo"⁸⁹. In un'e-mail interna al Gruppo E.On, del 23 luglio 2010, si dà poi conto del fatto che al sopralluogo per la gara di Casalmaggiore avevano partecipato esclusivamente tre imprese oltre ad E.On Rete e LD (Tea Sei S.r.l., Iren Emilia S.p.A. e Enel Rete Gas S.p.A.)⁹⁰. Anche tale attenzione, da parte sia di LD che di E.ON Rete, al numero ed all'identità delle imprese partecipanti al sopralluogo, e quindi potenziali concorrenti, testimonia l'interesse delle società alla procedura di gara di Casalmaggiore.

81. Con specifico riferimento all'ATI costituita per la gara di Casalmaggiore, in un'e-mail del 5 agosto 2010, inviata dall'AD di E.ON Rete a E.ON Italia, si legge:

- *"Reputiamo sia Linea Group il "mandante" di tale gara in tempi così ristretti.*

- *Incontro ieri Linea Group che smentisce il tutto ed anzi ci propone **sinergie territoriali** - Cremona – Lodi - Pavia - ad iniziare da un ATI per la gara di Casalmaggiore (80%; 85% Noi 20%; 15%; Loro).*

- *Si voleva la Tua valutazione della proposta prima di verificarne la fattibilità in tempi così ristretti"*⁹¹ (enfasi aggiunta).

82. Da un'e-mail interna al Gruppo E.ON del 6 agosto 2010, ovvero due giorni dopo la proposta di LD di partecipare in ATI, emerge come E.ON Rete avesse già definito internamente la propria offerta; ciò che rileva è che a soli due giorni dal primo contatto con LD, le riflessioni interne ad E.ON individuano una possibile offerta che è pressoché integralmente corrispondente con quella effettivamente presentata in ATI: corrispettivo annuo offerto (40%), importo residuo della *una tantum* richiesta dal Comune ([0-3,3] milioni di euro); nessun ribasso percentuale sui prezzi per i nuovi allacciamenti e le ulteriori opere (0%) e valore patrimoniale residuo degli investimenti del piano industriale ([0-5] milioni euro)⁹². Rispetto a tali valori, l'unica differenza – di entità marginale – che è stata poi riscontrata nell'effettiva offerta finale dell'ATI riguarda il valore patrimoniale residuo che nell'offerta finale è stato di [0-5] milioni euro⁹³.

83. In pari data (6 agosto 2010), il CdA di E.ON Rete ha approvato la partecipazione alla gara di Casalmaggiore in ATI con LD conferendo a tal fine i più ampi poteri al presidente del CdA⁹⁴.

84. Quanto alla partecipazione in ATI di LD, ancorché la società abbia evidenziato che la partecipazione individuale alla gara di Casalmaggiore in tempi così ristretti poteva creare un problema di autorizzazione, derivante dal superamento della soglia economica entro cui il procuratore di LD poteva agire senza essere previamente autorizzato dal CdA della società, dalla documentazione agli atti è emerso che il procuratore potesse partecipare a procedure di gara, di qualsiasi importo, approvate dal solo Presidente⁹⁵.

3. gli elementi relativi alla costituzione dell'ati e alla procedura di gara di Casalmaggiore

85. Il 19 agosto 2010 2iGas e LD hanno sottoscritto una lettera di intenti, con la quale *"le parti si impegnano a presentare un'offerta congiunta [per la gara del Comune di Casalmaggiore] e a costituirsi formalmente, nell'ipotesi di aggiudicazione della concessione, in raggruppamento d'imprese mediante conferimento del mandato collettivo speciale con rappresentanza alla mandataria. In detto raggruppamento la società E.On Rete S.r.l. svolgerà le funzioni d'impresa Mandataria Capogruppo con percentuale del 91% e la società Linea Distribuzione S.r.l. svolgerà il ruolo di Mandante con percentuale del 9%"*⁹⁶.

La ripartizione delle due percentuali corrisponde esattamente alla quota detenuta da ciascuna società in termini di numero di utenti nei Comuni rispettivamente gestiti sul complesso degli utenti dei Comuni messi a gara. La costituzione dell'ATI non prevede alcuna forma di gestione congiunta del servizio⁹⁷.

86. Il 20 agosto 2010 2iGas (al tempo, E.On Rete) e LD hanno trasmesso al Comune di Casalmaggiore la propria richiesta di partecipazione in ATI alla procedura di gara e la dichiarazione attestante singolarmente il possesso di tutti i requisiti tecnici, finanziari ed economici previsti dal bando di gara, allegando anche le due referenze bancarie richieste⁹⁸.

87. Sempre il 20 agosto 2010, 2iGas (al tempo, E.On Rete) e LD hanno presentato l'offerta economica per la gara del Comune di Casalmaggiore. L'offerta presentata dalle società non è risultata in alcun modo migliorativa rispetto alle condizioni minime poste a base d'asta⁹⁹; la gara è stata, pertanto, aggiudicata all'ATI al minor costo possibile¹⁰⁰.

⁸⁹ [Cfr. doc. 138 – 28 bis n. 4.]

⁹⁰ [Cfr. doc. 30.]

⁹¹ [Cfr. doc. 29, 30.]

⁹² [Cfr. doc. 75.]

⁹³ [Cfr. doc. 65 e 99.]

⁹⁴ [Cfr. doc. 58.]

⁹⁵ [Cfr. doc. 268, all 9 pag. 2.]

⁹⁶ [Cfr. doc. 47, 66.]

⁹⁷ [Cfr. doc. 31.]

⁹⁸ [Cfr. doc. 66 e 160.]

⁹⁹ [Cfr. anche doc. 32, 33, 41, 42, 43.]

88. Il 4 marzo 2011 2iGas (al tempo, E.On Rete) e LD hanno, poi, sottoscritto un atto per la costituzione di un'ATI orizzontale, con conferimento di mandato speciale con rappresentanza esclusiva in capo a 2iGas (al tempo, E.On Rete), nel quale hanno stabilito che, a seguito dell'aggiudicazione, ognuna delle due società avrebbe gestito il servizio nei Comuni per i quali deteneva in precedenza la concessione: la mandataria (2iGas, al tempo E.On Rete) avrebbe gestito il servizio di distribuzione del gas nei territori di Casalmaggiore, Rivarolo del Re, San Martino del Lago, Solarolo Rainerio e Spineda; la mandante (LD), invece, avrebbe gestito il servizio nei comuni di Mottabaluffi, Torricella del Pizzo e Voldo¹⁰¹.

89. Il Regolamento dell'ATI, stipulato in pari data, specifica la suddivisione delle competenze nella gestione delle concessioni, prevedendo, all'articolo 4, l'esercizio da parte di ciascuna impresa, in piena autonomia, del ciclo completo delle attività di distribuzione gas sui territori alla stessa assegnati. In base al Regolamento, i rischi, gli oneri e i costi dell'intero ciclo di gestione sono assunti dalle parti, ciascuna per i comuni di propria competenza. Restano escluse solo alcune spese ed obblighi comuni, relativi all'indennità *una tantum* da riconoscersi al Comune, ai costi di gestione di uno sportello comune, agli oneri generali di gara e alle spese contrattuali che sono ripartiti per una percentuale di rispettiva competenza pari al 91% e al 9%¹⁰².

4. le informazioni fornite dalle società invitate a partecipare alla gara

90. A tutte le società invitate a partecipare alla gara sono state chieste spiegazioni sull'interesse alla partecipazione e sulle motivazioni della decisione di non partecipare¹⁰³.

91. Le società hanno, in larga maggioranza, indicato come causa della scarsa attrattività del bando di gara di Casalmaggiore la rilevanza dell'impegno economico-finanziario. Il fatto che fosse chiesta una somma iniziale di 3,3 milioni di euro, l'obbligo di assumere 7 dipendenti, la possibilità che fosse richiesta l'anticipazione del 90% dei canoni per tutta la durata della concessione comportava bloccare somme ingenti a fronte delle quali società private non avevano modo di ottenere il tasso di anticipazione disponibile per società pubbliche. Tali argomenti sono stati sollevati da sette delle società interpellate.

92. Inoltre, tre società hanno ritenuto la gara non interessante per via di una localizzazione (Provincia di Cremona) in cui le società sono scarsamente presenti. Una società ha ritenuto di non partecipare anche per la ristrettezza dei tempi di gara per redigere un'offerta tecnica completa; due società hanno ritenuto illegittima la procedura del Comune di Casalmaggiore (gara informale ai sensi dell'articolo 30, comma 3, del Decreto Legislativo n. 163/06), anche un'altra società ha rilevato l'anomalia della gara bandita da Casalmaggiore.

93. Tutte le società hanno indicato che è loro abitudine scegliere a quali gare partecipare in base ad un criterio territoriale, in particolare, di attuale presenza (c.d. *stronghold strategy*) ed, in subordine, di contiguità con territori in cui c'è già la loro presenza. Ciò in quanto si facilita il perseguimento di efficienze gestionali ed operative; altrimenti la dimensione del servizio deve essere molto consistente per giustificare la partecipazione (la consistenza si misura in termini di livello di concentrazione all'interno della concessione dei PDR allacciati/quota di popolazione servita dalla rete). Inoltre, una società ha sottolineato che la partecipazione ad una gara è collegata anche alla redditività economica della concessione in termini di caratteristiche tecnico/economiche dell'iniziativa (entità del rimborso degli impianti al gestore uscente, entità di importi *una tantum*, numero di dipendenti da assumere e costi).

94. Riguardo alle cause della difficoltà di partecipare in territori dove non si è gestori uscenti le società hanno unanimemente indicato la genericità e incompletezza di dati tecnici o economici a disposizione; la minore conoscenza della specifica realtà territoriale, in particolare sotto il profilo tecnico urbanistico per la quale è fondamentale il ruolo dell'amministrazione appaltante; la ridotta disponibilità temporale per fare tutte le valutazioni tecnico economiche e finanziarie per predisporre un'offerta sostenibile e la corresponsione del valore residuo di acquisto degli impianti ove previsto. Una società ha ritenuto che, a fronte di documentazione completa ed esaustiva e di tempi sufficienti, non vi sono grosse difficoltà a partecipare a gare in territori non in precedenza serviti.

95. Quanto alle eventuali difficoltà di presentare un'offerta "al minimo, ossia contenente i requisiti tecnico-economici minimi previsti dal bando di gara (come previsto nel caso di specie), le società hanno, in larga maggioranza risposto che, al netto delle differenze tra gara e gara, non vi sono particolari vantaggi nella predisposizione delle offerte tra gestore uscente ed altri operatori. Alcune società hanno, al riguardo, sottolineato lo scarso senso logico di tale offerta in quanto darebbe poche *chance* di vincere. Sotto questo aspetto, due società hanno ritenuto che l'impiego di risorse e tempo da parte della società non sia giustificato.

5. Il ruolo delle società controllanti

96. Una serie di documenti agli atti consentono di estendere anche alle due *holding* (LGH ed E.On Italia) la responsabilità per le condotte tenute da 2iGas e LD. La documentazione agli atti sarà esaminata in maggior dettaglio per LGH tenuto conto che soltanto tale società, e non anche E.On Italia, ha contestato nel corso del procedimento la riconducibilità alla *holding* del comportamento imputato alla società operativa.

¹⁰⁰ [Cfr. doc. 65.]

¹⁰¹ [Cfr. doc. 136.]

¹⁰² [Cfr. doc. 137.]

¹⁰³ [Cfr. doc. da 284 a 291 e, 324 e 293, 295, 301, 302, 303, 305, 306, 307, 327.]

97. In un messaggio di posta elettronica dell'AD di LGH al procuratore di LD (Responsabile Distribuzione Gas di LGH), del 21 febbraio 2010 si legge: *"Come ti ho già chiesto al telefono, è necessario un punto della situazione da presentare in cda di LGH. Qualunque scelta (partecipare o meno alle gare ad esempio) deve essere condivisa con LGH anche per eventuali azioni di carattere politico"* ed ancora: *"Ad esempio che LD non partecipi alla gara che il Comune di Rovato o di Cremona possono predisporre è una cosa che non può prescindere dalle scelte di LGH! Le linee di indirizzo su quali gare, dove ecc. è una scelta di carattere strategico che assolutamente compete a LD/LGH come tutte le cose di carattere strategico nei vari business e non può deciderla il singolo direttore o l'AD. Le linee di indirizzo non precisano quali sono i comuni, ma ad esempio se LD/LGH stabilisce che si deve partecipare a tutte le gare per i comuni attualmente gestiti, questo va fatto. Poi le gare si possono vincere o perdere"*¹⁰⁴.

98. Numerosi documenti acquisiti, relativi alla partecipazione alle gare di distribuzione del gas da parte di LD, inclusa la gara di Casalmaggiore, evidenziano il coinvolgimento dell'Ufficio Legale della *holding*¹⁰⁵.

99. Da un verbale del CdA di LGH del 29 aprile 2011 emerge che LD presenta al CdA della *holding* le linee guida delle attività da svolgere relativamente alla gara della Provincia di Cremona. Nel verbale si rileva altresì *"trattandosi di territorio di riferimento, nel quale il gruppo è già gestore, si è inviata manifestazione di interesse alla partecipazione"*¹⁰⁶. Numerosi altri documenti testimoniano la sistematica informativa resa da parte di LD al CdA di LGH relativamente alla strategia di partecipazione alle gare per la distribuzione del gas¹⁰⁷. In un appunto manoscritto¹⁰⁸ LGH deve decidere se dare a LD le risorse per partecipare alla gara. Da tale documento emerge che la partecipazione fuori territorio è contemplata solo se si prevede una grande redditività mentre sul territorio storico si investe comunque.

100. Con riferimento ad E.On Italia, società all'epoca controllante di E.On Rete (oggi, 2iGas), rileva la già citata e-mail del 5 agosto 2010 inviata dall'AD di E.On Rete al Presidente e AD della società controllante, nella quale si dà conto di un incontro avvenuto con *"Linea Group"* (da verifiche successive è emerso come tale incontro sia stato con il procuratore di LD), nel corso del quale LD ha avanzato la proposta di sviluppare *"sinergie territoriali - Cremona – Lodi - Pavia - ad iniziare da un ATI per la gara di Casalmaggiore (80%; 85% Noi 20%; 15%; Loro)"* (enfasi aggiunta).

L'e-mail si conclude con un'espressa richiesta di valutazione della proposta da parte di E.On Italia¹⁰⁹. Sul coinvolgimento di E.On Italia nella partecipazione alle gare di distribuzione del gas da parte di 2iGas sono stati rinvenuti anche altri documenti¹¹⁰.

VI. LE DIFESE DELLE PARTI DEL PROCEDIMENTO

a) 2iGas e E.On Italia

101. Le società 2iGas ed E.On Italia, nelle memorie presentate il 5 ottobre 2011, il 3 novembre 2011 e il 28 giugno 2012, nelle audizioni del 22 e 28 settembre 2011, e nell'audizione finale del 4 luglio 2012, hanno in massima parte avanzato le medesime argomentazioni difensive.

102. In primo luogo, hanno fatto presente che la gara bandita dal Comune di Casalmaggiore si poneva in esito ad una vicenda contenziosa antecedentemente aperta da 2iGas con lo stesso Comune capofila in relazione alla quantificazione dell'indennizzo spettante alla medesima società 2iGas in qualità di gestore uscente in tale Comune che contava circa 7000 dei 9.400 PDR messi a gara¹¹¹. Le posizioni della società e del Comune erano molto divergenti sul *quantum* di tale indennizzo; il Comune, infatti, proponeva circa un quarto di quanto la società riteneva le spettasse¹¹².

¹⁰⁴ [Cfr. doc. 208 – 37 bis n. 2 e n. 10.]

¹⁰⁵ [Cfr. tra l'altro i doc. 22, 34, 45, 46.]

¹⁰⁶ [Cfr. doc. 173.]

¹⁰⁷ [Cfr. anche doc. 134, 172, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 184, 187, 196, 204, 205 e il doc. 208 – 37 bis n. 1, n. 2, n. 4, n. 7, n. 8, n. 9, n. 11, n. 12, n. 13.]

¹⁰⁸ [Cfr. doc. 174.]

¹⁰⁹ [Cfr. doc. 29,e 30.]

¹¹⁰ [Cfr., tra l'altro, i doc. 14, 15, 16, 19, 23, 24 e 25.]

¹¹¹ [Cfr. doc. 4. Il Comune di Casalmaggiore, nel novembre 2005, aveva stipulato con l'allora Thuga Padana S.r.l. (oggi, 2iGas) un "Atto integrativo 2006" ai sensi del quale l'efficacia della concessione era stata prorogata al 31 dicembre 2013 previa rinegoziazione in aumento del canone concessorio a vantaggio del Comune per il periodo residuo e previsione del pagamento dell'indennizzo a carico del gestore entrante individuato mediante gara. Il concessionario godeva, inoltre, del diritto di ritenzione dell'impianto sino al completo soddisfacimento del pagamento del credito a titolo d'indennizzo per la cessazione della concessione. Successivamente, la data di scadenza della concessione era stata unilateralmente modificata ed anticipata dal Comune, in un primo momento al 31 dicembre 2010 e, poi, al 31 dicembre 2009. A tal momento, iniziava la negoziazione tra 2iGas e il Comune di Casalmaggiore per la quantificazione del valore di stima degli impianti e delle reti da riconoscere a 2iGas a fine concessione.]

¹¹² [Cfr. doc. 243.]

103. E.On Italia ha, in particolare, sottolineato che la valutazione della partecipazione alla gara di Casalmaggiore ha avuto luogo in un momento storico in cui E.On Italia aveva deciso di vendere 2iGas e di cercare sul mercato un potenziale acquirente (il c.d. progetto "Arke")¹¹³:

104. La decisione del Comune di Casalmaggiore di indire una gara informale e, soprattutto, di non porre a carico del gestore nuovo entrante l'indennizzo spettante all'uscente danneggiava notevolmente 2iGas in quanto non vi erano certezze circa la definizione del valore dell'indennizzo prima dell'apertura/pubblicazione della procedura di gara; e non vi erano incentivi per il Comune in ordine alla definizione dell'indennizzo e al relativo pagamento in tempi rapidi, unitamente al maggior rischio di solvibilità in tempi ragionevoli e certi del Comune rispetto all'operatore di mercato subentrante. Solo per contrastare l'iniziativa del Comune 2iGas avrebbe rifiutato l'accesso ai suoi impianti. Dopo aver ricevuto la lettera di invito alla gara, 2iGas si è trovata di fronte ad una decisione del Comune che reputava illegittima ed ha ipotizzato, da un lato, di non fare accedere i partecipanti ai suoi impianti, per boicottare l'iniziativa del Comune e, dall'altro, di impugnare tutti gli atti di gara (la lettera di invito, il disciplinare di gara, etc.). Ciò, peraltro, è avvenuto prima dei contatti con LD per la costituzione dell'ATI.

105. La società, in ogni caso, ha messo a disposizione dei partecipanti la documentazione relativa ai suoi impianti, e ritiene che ciò abbia messo le imprese invitate a partecipare nelle condizioni di formulare un'offerta ove fossero intenzionate. Per tale ragione, il mancato accesso fisico agli impianti non avrebbe danneggiato in alcun modo i concorrenti. Al riguardo, la dichiarazione liberatoria sottoscritta in sede di sopralluogo, il 23 luglio 2010, non sarebbe stata estorta, ma avrebbe rappresentato la reale situazione di fatto ossia la mancanza di documento derivante dal non aver avuto accesso agli impianti fisicamente¹¹⁴.

106. Già il 15 luglio 2010, giorno in cui 2iGas ha ricevuto la lettera di invito alla gara, la società ha comunicato al Comune di Casalmaggiore l'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale contro gli atti della procedura di gara.

Il 4 agosto 2010 tale ricorso è stato depositato e, soltanto da tale momento la società ha preso in considerazione l'ipotesi di partecipare alla gara *"al fine di escludere il rischio che il ricorso potesse essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse all'annullamento degli atti amministrativi di cui sopra"*. In audizione, peraltro, sia 2iGas sia E.On Italia, hanno asserito altresì che la mancata indicazione del pagamento dell'indennizzo al gestore uscente da parte del subentrante ha influenzato la decisione di 2iGas di partecipare alla gara, in quanto per la società è molto diverso, in termini di solvibilità del debitore, vantare un credito nei confronti dell'ente locale piuttosto che nei confronti del gestore subentrante.

107. Quanto ai rapporti con LD relativamente alla gara di Casalmaggiore 2iGas ha affermato che, il giorno stesso del deposito del ricorso, LD avrebbe contattato per la prima volta la società per presentarsi in ATI alla gara e per la creazione di sinergie per la partecipazione a future gare in altri ambiti territoriali, circostanza, quest'ultima che, tuttavia, non ha avuto nessun seguito dopo l'ATI di Casalmaggiore. Per LD l'interesse risiedeva nel fatto che la società è partecipata da Comuni per i quali rimanere gestori sul territorio è interesse che, di norma, prevale sulle finalità economiche. Per E.On Rete sarebbe stato molto difficile nei tempi ristretti a disposizione presentare un'offerta tecnica valida ed, inoltre, la società poteva, in tal modo, ridurre il peso finanziario della partecipazione alla gara.

108. Inoltre, le condizioni economiche del bando erano state giudicate particolarmente sfavorevoli¹¹⁵. Ma la previsione più penalizzante economicamente era considerata la possibilità per i Comuni di chiedere l'anticipazione del canone per tutta la durata della concessione in ogni momento della stessa durata concessoria.

109. Dalla documentazione agli atti, a detta di E.On Italia e 2iGas, emergerebbe chiaramente la valutazione negativa dei risultati economici di partecipazione alla gara, anche laddove la stessa fosse stata vinta con i parametri minimi. Infatti, politiche interne del Gruppo E.On, nel determinare i parametri e i requisiti economici "minimi" che giustificano la partecipazione ad una gara per l'affidamento di una nuova concessione, fissavano un rendimento minimo di una concessione (IRR¹¹⁶) pari a [0-10%]¹¹⁷. Soltanto in casi eccezionali, in particolare, per dare un segnale di essere

¹¹³ [*"Vi era, dunque, la necessità di trovare un giusto equilibrio tra l'esigenza di mantenere nel portafoglio aziendale un complesso di concessioni "appetibile", da un lato, e dall'altro le politiche di redditività suggerite dal gruppo E.ON (che imponevano di confrontare il valore residuo degli impianti con il VRT e i costi derivanti dalla nuova concessione) in vista di tale auspicata cessione. L'obiettivo non era affatto la mera conservazione del portafoglio di concessioni di 2iGas, bensì la valorizzazione degli assets della stessa società ai fini della cessione — il che comportava evidentemente dover rinunciare alle concessioni ritenute non (più) redditizie per il gruppo E.ON, atteso anche il valore degli impianti che 2iGas supponeva di poter incassare laddove fosse gestore uscente".*]

¹¹⁴ [*In ogni caso, laddove il Comune l'avesse reputato opportuno, ma ciò non è accaduto, avrebbe potuto chiedere al Prefetto un'ordinanza per ottenere l'accesso coattivo agli impianti sapendo che gli sarebbe stato concesso.*]

¹¹⁵ [*In ragione del: "pagamento di "una tantum" di € 3.300.000,00 + IVA; del versamento annuale ai singoli comuni della somma aggiuntiva pari all'1% del VRT + IVA per i controlli tecnici ed economici sulla conduzione del servizio; dell'assunzione di 7 dipendenti delle attuali società concessionarie per un costo complessivo pari ad € 297.000 circa" (cfr. doc. 247).*]

¹¹⁶ [*Investment Rate of Return ovvero il tasso interno di rendimento dell'investimento. Nei documenti ispettivi, in particolare in quelli acquisiti presso E.On, l'IRR viene talora anche indicato con il termine WACC (Weighted Average Cost of Capital) o costo medio ponderato del capitale.*]

¹¹⁷ [*Ciò lo si evincerebbe dal doc. Allegato VIII alla memoria, relativo all'incontro di un comitato interno (il c.d. Concession Council) tenutosi il 12 ottobre 2010, in cui il WACC, che, fino a quel momento era fissato al [0-10%] è stato aumentato al [0-10%]. Il verbale dispone che: "[t]he Council will approve [2iGas]'s investments with IRR below [0-10%] only in case of specific and documented circumstances".*]

Nella memoria si osserva, inoltre (punto 6.5) che anche a fronte di canoni sul VRT relativamente elevati, la partecipazione di 2iGas ad una gara può essere giustificata in presenza di altri elementi (ad esempio i costi fissi contenuti) che permettono di riequilibrare un IRR

pronti a difendere le proprie concessioni o acquisirne di nuove in aree considerate prioritarie, era possibile derogare a tale principio generale¹¹⁸. La Gara di Casalmaggiore presentava un IRR pari al [0-10%], dunque inferiore al rendimento minimo prefissato. Inoltre, la provincia di Cremona, sulla base di uno studio commissionato ad una nota società di consulenza dal titolo *"Razionalizzare il portafoglio concessioni di E.ON Rete"*, risultava zona di bassa attrattività dove il gruppo non aveva interesse ad investire.

110. Parallelamente alla decisione di non partecipare alla gara da parte dei responsabili del *business*, l'ufficio legale della società procedeva ad esaminare la strategia da adottare per contestare la procedura di gara informale e la violazione del Disciplinare commessa dal Comune di Casalmaggiore. Con la presentazione del ricorso al TAR Brescia il 4 agosto 2010 l'ufficio legale di E.On Italia e 2iGas, anche alla luce dei motivi di impugnativa che si erano nel frattempo raffinati nel brevissimo lasso di tempo a disposizione per la predisposizione del ricorso, ha fatto presente che, indipendentemente dalle valutazioni economiche in merito alla convenienza della gara sino a quel momento raggiunte, era opportuno che 2iGas presentasse domanda di partecipazione per tutelare l'interesse ad agire innanzi al TAR.

111. A detta di 2iGas non vi sarebbe mai stata una finalità anticoncorrenziale della partecipazione in ATI, peraltro, prevista dall'ordinamento e dalla procedura di gara in quanto la finalità per 2iGas era *"solo quella di una razionale e legittima strategia volta a tutelare i diritti patrimoniali della deducente connessi alla concessione dei servizi di distribuzione del gas nel Comune di Casalmaggiore ed, in particolare, alla corretta definizione ed al pagamento in tempi certi dell'indennizzo ex lege dovuto per la cessazione della concessione"*. Proprio in coerenza con tale obiettivo 2iGas era interessata a presentare un'offerta al minimo previsto dal bando di gara ed in questi termini, del resto, l'accordo con LD è stato raggiunto.

112. Inoltre, non vi sarebbe stato alcun intento di spartizione e di acquisizione delle concessioni al minor prezzo possibile (minimo previsto dal bando) in quanto le imprese non sarebbero state in grado, prima dell'apertura delle buste, di sapere quali e quante imprese avrebbero presentato l'offerta.

113. In sintesi, 2iGas ed E.On hanno affermato che la natura *"ripartitoria"*, intrinseca in ogni raggruppamento, a nulla rileva da un punto di vista *antitrust* se non è corredata da una serie di riscontri probatori ulteriori ed esterni (all'ATI) che ne connotino l'illiceità dell'oggetto o dell'effetto. La collaborazione, cioè, dovrebbe inserirsi *"in un più complesso contesto collusivo caratterizzato dall'esistenza di intese a monte"*¹¹⁹.

114. In merito, le società hanno contestato l'esistenza di intese a monte di carattere più ampio, requisito indispensabile per poter ritenere anticoncorrenziale un'ATI spartitoria altrimenti perfettamente legittima per l'ordinamento. Ciò risulterebbe comprovato dal fatto che nessun documento del fascicolo dimostra che il gruppo E.On si prefiggesse obiettivi di collusione con i concorrenti. L'unico documento citato nelle CRI riguardo ad una strategia di gruppo dà conto di finalità di effettuare *swaps* di concessioni con i concorrenti che avrebbero avuto la forma di cambi di controllo, come tali eventualmente valutabili *ex ante* dall'Autorità ai sensi della disciplina sulle concentrazioni. Ciò si collocava, peraltro, in una più ampia scelta di ottimizzazione del portafoglio concessioni (tramite cessioni, acquisizioni e *swaps*) di 2iGas in vista della vendita di tale società del gruppo.

115. Né l'Autorità potrebbe far discendere l'anticoncorrenzialità dell'accordo dall'assenza di efficienze riconducibili all'ATI. Infatti, anche ragioni di carattere industriale o tecnico-organizzativo possono rappresentare i motivi del ricorso ad un raggruppamento temporaneo. Nel caso di specie, la ragione dell'ATI sarebbe stata rappresentata dall'economicità della gestione da intendersi come riduzione dei rischi finanziari in capo ad ogni impresa. Per 2iGas, in particolare, l'ATI permetteva di risparmiare tempo e risorse finanziarie, a ridosso del periodo di ferie estive, in una gara ritenuta anti-economica e non strategica, che aveva intenzione di perdere.

116. 2iGas ed E.On hanno sostenuto, infine, che la partecipazione in ATI era l'unica *chance* per LD di partecipare. Proprio per tale motivo, se E.On avesse avuto un obiettivo di *stronghold* delle proprie concessioni avrebbe dovuto gareggiare da sola e non consentire ad LD di fare un'offerta sul suo mercato, visto che in assenza di ATI la società non avrebbe partecipato *tout court*. Inoltre, la partecipazione di 2iGas e LD in ATI alla gara nella consapevolezza di essere i soli partecipanti avrebbe avuto poco senso perché, in tal caso, ad entrambe le società sarebbe convenuto mandare la gara deserta e continuare a gestire di fatto le concessioni in proroga in attesa delle gare di ATEM.

117. Infine, 2iGas ed E.On sostengono che la costituzione dell'ATI non ha prodotto alcun effetto anticompetitivo dal momento che il livello insoddisfacente di concorrenza nella gara indetta dal Comune di Casalmaggiore, e la mancanza di benefici per i consumatori in termini di sicurezza e qualità del servizio, deve essere eventualmente ricondotta al contenuto del bando e del disciplinare di gara rispetto al quale l'esito dell'aggiudicazione all'ATI non è stato in alcun modo peggiorativo di esiti alternativi (quale, ad es. l'aggiudicazione ad uno soltanto dei gestori uscenti) che non si sarebbero discostati dalle condizioni minime previste dal bando di gara.

(portandolo al [0-10%]) altrimenti inferiore al WACC di E.ON, dunque al di sotto del minimo razionale imposto dall'azienda. A proposito della Gara di Casalmaggiore, ad esempio, la simulazione contenuta [cfr. doc. 28] dimostra che, affinché la Gara di Casalmaggiore potesse essere compatibile con i vincoli minimi di 2iGas (i.e. presentare un IRR pari ad almeno il [0-10%] per almeno eguagliare il WACC), 2iGas avrebbe dovuto avere costi fissi pari ad euro [0-10] (o addirittura pari a euro [0-10], come si evincerebbe dalla versione più aggiornata della stessa presentazione contenuta nel Documento 57), a fronte di un valore dei costi fissi da 2iGas sopportati pari a euro [10-20] per il bacino oggetto di gara, circostanza chiaramente poco realistica.]

¹¹⁸ [Cfr. doc. 17.]

¹¹⁹ [Cfr. Sent. 2204/09 del Consiglio di Stato del 9 aprile 2009 contro il provv. n. 17550 caso 1657 - SERVIZI AGGIUNTIVI DI TRASPORTO PUBBLICO NEL COMUNE DI ROMA del 30 ottobre 2007, pag. 44.]

b) Linea Distribuzione

118. Nelle memorie del 7 dicembre 2011 e del 2 luglio 2012¹²⁰ e nell'audizione del 29 luglio 2011 la società ha sottolineato il contesto di incertezza normativa e regolamentare che ha caratterizzato gli anni 2009-2011, anni in cui si attendeva l'emanazione dei decreti ambiti che avrebbero rivoluzionato il sistema concessorio previgente. Tra il 2010 e l'inizio del 2011 furono indette 270 gare in cui spesso si presentava il solo gestore uscente o andavano addirittura deserte.

119. ***"In tale contesto, dunque, gli operatori – soprattutto quelli di medie e piccole dimensioni, operanti in determinate aree geografiche – tendevano a mantenere gli affidamenti nelle aree di proprio interesse, generalmente coincidenti con aree nelle quali gli stessi erano già presenti o aree limitrofe. Ciò permetteva, difatti, maggiori economie di scala e maggiore efficienza di gestione in termini di personale dipendente, gestione di reti tra loro interconnesse, conoscenza del territorio e degli impianti, e – non meno importante – di razionalizzare i propri investimenti in considerazione delle future gare di ATEM"*** (enfasi aggiunta)¹²¹.

120. LD afferma di essere stata invitata a partecipare alla gara indetta dal Comune di Casalmaggiore il 7 luglio 2010. Il termine di scadenza per la presentazione delle offerte era il 21 agosto e si trattava di un termine manifestamente troppo breve specie se si tiene conto che si sovrapponeva al periodo delle vacanze estive. Ciò creava una serie di difficoltà per i partecipanti: difficoltà di predisporre un'offerta tecnica completa per tutti e otto i Comuni coinvolti; tempo insufficiente per valutare rischi ed opportunità e valutare, dunque, l'impatto sulle risorse finanziarie della società; difficoltà di reperire in tempi brevi i finanziamenti richiesti.

121. LD ha sottolineato che la decisione di partecipare a gare pubbliche per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas potevano essere assunte in autonomia dal procuratore della società nel limite di un tetto massimo di spesa in euro/anno. Rispetto a tale limite, la gara del Comune di Casalmaggiore si collocava al di sopra e, a detta della società, la partecipazione individuale avrebbe richiesto, quindi, il coinvolgimento del CdA, cosa che sarebbe stata particolarmente problematica in piena estate¹²².

122. Anche LD ha sottolineato l'onerosità delle condizioni previste dal bando di gara ed, in particolare, dell'anticipo che i comuni potevano richiedere fino al 90% dell'ultimo canone liquidato e per gli anni residui della durata concessoria. Tale ultimo obbligo era particolarmente gravoso per LD avendo a riguardo alle future gare d'ambito, che al tempo erano percepite come imminenti¹²³.

123. Con una prima simulazione di *Business Plan* circolata il 21 luglio via e-mail i tecnici dubitavano della sostenibilità economica dell'operazione, anche offrendo ai Comuni il minimo previsto nel bando. Inoltre, LD avrebbe dovuto fare ricorso al credito e non aveva un Patrimonio Netto idoneo per chiedere un finanziamento di oltre 9 milioni di euro quale quello che sarebbe occorso, di cui circa 5 milioni a titolo di anticipazione dei canoni laddove fossero stati richiesti al gestore entrante ad inizio del rapporto concessorio. Ciò anche per non compromettere eventuali future partecipazioni a gare d'ambito per le quali l'impegno economico richiesto era molto più elevato ([100-500] milioni di euro per ATEM per gli indennizzi da riconoscere ai gestori uscenti)¹²⁴.

124. LD partecipava di norma alle gare nei comuni in cui era gestore uscente *"spesso per ragioni di continuità di gestione"* e valutava *"di volta in volta la partecipazione ad altre gare, in funzione di contiguità territoriale, redditività, sempre tenendo in considerazione le future gare d'ambito"*. Di circa 30 sopralluoghi fatti da LD nei territori di suo interesse, in cui non era gestore uscente, tra il 2010 e il 2011, la società ha presentato un'offerta solo in 7 gare.

125. Il 16 luglio 2010 LD ha contattato la società Erogasmet al fine di partecipare in ATI alla gara di Casalmaggiore, chiedendo nel frattempo al Comune di Casalmaggiore la dilazione della scadenza del termine per la presentazione delle offerte di almeno 30 giorni, richiesta che il Comune non ha ritenuto di accordare.

La società, peraltro, aveva definito ben presto i parametri economici dell'offerta (al minimo) mentre l'offerta tecnica non era stata predisposta. Qualora la società fosse stata intenzionata a partecipare individualmente avrebbe iniziato immediatamente a predisporre il progetto tecnico.

126. Nello stesso tempo, tuttavia, non partecipare del tutto avrebbe dato un segnale negativo sul territorio. E' in tale contesto che LD ha valutato la possibilità di coinvolgere 2iGas il 4 agosto successivo, dopo che anche il sopralluogo aveva avuto luogo. Ciò, del resto, avrebbe consentito a LD di partecipare *"presentando un'offerta adeguata e valida, mantenendosi nei limiti dei parametri di redditività e sostenibilità economico finanziaria della gestione"* (sottolineatura aggiunta). In alternativa, la società non avrebbe partecipato *tout court*. In ogni caso la prospettiva era di presentare

¹²⁰ [Cfr. doc. 304.]

¹²¹ [Verbale di audizione finale doc. 402.]

¹²² [Cfr. doc. 138 - 28 bis 16 e doc. 304.]

¹²³ [Si osserva, tuttavia, che i Comuni che richiedevano l'anticipazione erano tenuti a versare al gestore un tasso di interesse pari a quello praticato dalla Cassa Depositi e Prestiti alla data della richiesta per i mutui ventennali a tasso fisso. Si trattava, quindi, di una modalità di finanziamento.]

¹²⁴ [Cfr. doc. 232 e 304 "LD aveva inoltre l'interesse a mantenersi liquida e nelle migliori condizioni economico-finanziarie in vista delle future gare d'ambito, che richiederebbero un impegno molto elevato (nell'ordine dei [100-500] milioni per singolo ATEM, in termini di indennizzo da riconoscersi ai gestori uscenti)".]

un'offerta al minimo ben sapendo di competere *"ipoteticamente"* con le altre imprese che avevano partecipato al sopralluogo.

127. LD ha rimarcato che l'esistenza dell'ATI non poteva essere nota agli altri concorrenti fino all'apertura delle buste e, quindi, non poteva rappresentare un elemento dissuasivo alla partecipazione da parte di altre imprese. Al contrario, qualsiasi offerta minimamente migliorativa si sarebbe aggiudicata la gara che, del resto, poteva presentare rilievo strategico anche per altre società in vista delle future gare di ATEM, data la dimensione del territorio coinvolto. L'offerta al minimo sarebbe stata il portato di una partecipazione *"più per necessità che per convinzione - nella speranza di vincere al minimo, ma accettando per le stesse ragioni, la possibilità (probabilità) di perderla"*.

128. Il fatto che l'ATI fosse costituita dai due gestori uscenti era, a detta di LD, evenienza normale giacché la partecipazione dei gestori uscenti è la regola nella maggior parte dei casi. Anche LD ha sostenuto che la certezza di essere i soli partecipanti avrebbe suggerito alle due società di non presentarsi affatto alla gara, in tal modo, ottenendo la gestione in proroga delle stesse concessioni in attesa delle gare di ambito, le cui condizioni economiche sarebbero state certamente migliori per i gestori.

129. Al di fuori di tale gara, peraltro, LD ha sempre partecipato da sola alle procedure di affidamento delle concessioni. Né il fatto che in uno dei documenti acquisiti si parlasse di *"sinergie territoriali"* può costituire una strategia anticoncorrenziale poiché non vi è alcuna comunicazione interna o decisione di LD, né successivi contatti con E.On Rete in tal senso. L'ATI per la gara di Casalmaggiore deve, pertanto, ritenersi legata esclusivamente alle peculiarità di quel bando di gara.

130. Non vi sarebbe prova, nelle risultanze istruttorie, di un più ampio piano collusivo tra le Parti. La partecipazione in ATI alla gara di Casalmaggiore è stata, infatti, determinata dall'esigenza di condividere il rischio finanziario della gestione in modo da poterne assicurare la sostenibilità economica.

131. Secondo LD, poiché l'ATI è uno strumento legittimamente previsto dall'ordinamento, la finalità anticompetitiva deve essere verificata in concreto e ciò non può essere quando, come nel presente caso, la decisione imprenditoriale trova spiegazione nell'efficienza degli investimenti. Di conseguenza, LD ha sostenuto che, dato il contesto storico regolamentare e normativo vigente all'epoca dei fatti e il contenuto del bando di gara di Casalmaggiore, l'ATI tra 2iGas e LD per la partecipazione a tale gara non può ritenersi frutto di finalità collusiva.

c) LGH

132. Nella memoria allegata al verbale di audizione del 24 ottobre 2011¹²⁵, nella memoria del 2 luglio 2012 e nell'audizione finale del 4 luglio 2012 LGH ha sostenuto che non vi siano elementi nel fascicolo per argomentare che la società holding del gruppo cui appartiene LD sia stata coinvolta nella definizione della strategia di partecipazione alla gara di Casalmaggiore da parte della società operativa.

Secondo la Parte, l'e-mail del 21 marzo 2010 citata nel provvedimento di estensione del procedimento 1740¹²⁶ non sarebbe riferibile a LGH e sarebbe probabilmente una comunicazione interna a LD. *[Omissis]*.

133. *[Omissis]*. In ogni caso, da nessuno dei documenti del fascicolo istruttorio si evince che la società avrebbe elaborato una strategia di partecipazione alle gare di distribuzione del gas. *[Omissis]*¹²⁷.

134. Anche *[omissis]* emergerebbe che LGH non aveva una strategia nel settore delle gare. Dalla e-mail del procuratore di LD si capisce che lo stesso decideva in autonomia la partecipazione di LD alle gare *[omissis]*. Soltanto a partire dal 2010 è parso necessario sviluppare riflessioni più ampie sulla distribuzione del gas naturale. Nessun documento acquisito appare idoneo a dimostrare che LGH abbia indicato a LD di partecipare alla gara di Casalmaggiore e di fare ciò in ATI.

135. A detta di LGH, del resto, la partecipazione del 90,35% in LD non vale a far presumere che LGH sia in grado di esercitare un'influenza determinante secondo i principi del diritto della concorrenza in materia di responsabilità della controllante per i comportamenti della sua controllata. Inoltre, al gruppo si applica la normativa in materia di *unbundling* nel settore del gas naturale per cui LGH non avrebbe la possibilità di esercitare tutti i poteri di Direzione e Controllo elaborati dal diritto societario. Ciò sarebbe tanto più vero alla luce dei rapporti tra LGH e LD che rendono quest'ultima un'impresa effettivamente separata e indipendente.

136. LGH, infatti, è controllata da cinque società patrimoniali che fanno capo a oltre 200 enti locali. A sua volta, LGH controlla alcune società operative territoriali e di scopo. LGH si limita a fornire servizi di staff (tra cui, assistenza legale, servizi finanziari, servizi qualità e sicurezza) a queste società e ai suoi soci e non è, dunque, altro che un "filtro" tra un coacervo di interessi a monte e le società operative. Tra queste ultime, ad esempio, LD si può servire dei servizi di staff anche all'esterno del gruppo. Il coinvolgimento di LGH nella procedura deriverebbe da un pregiudizio per cui una società alla testa di un gruppo debba per forza essere la capogruppo. In realtà, può essere una semplice holding finanziaria priva di poteri di indirizzo strategico¹²⁸.

¹²⁵ *[Cfr. doc. 275.]*

¹²⁶ *[Cfr. doc. 139.]*

¹²⁷ *[Cfr. doc. 206.]*

¹²⁸ *[Cfr. doc. 402.]*

137. LGH contesta, poi, il fatto che il suo presunto "coinvolgimento" possa essere il criterio sulla base del quale possa esserle attribuita la responsabilità dell'infrazione ipotizzata nel provvedimento di estensione soggettiva del procedimento. Ciò posto, anche a voler applicare tale criterio, il coinvolgimento di LGH nella decisione di partecipare alla gara di Casalmaggiore non c'è stato, né per avere un finanziamento, né come mera informativa.

138. Dai documenti presenti nel fascicolo emergerebbe che il Presidente di LGH non fosse a conoscenza del fatto che la società di distribuzione del gruppo partecipasse alla gara di Casalmaggiore; un socio di LGH nello stesso scambio di e-mail afferma che, a sua conoscenza, LD non partecipava alla gara e, in un successivo messaggio mostra di aver appreso la notizia dell'ATI con E.ON da un quotidiano¹²⁹. Si osserva, tuttavia, che nello stesso messaggio, la stessa persona (socio LGH), commentando l'evento, afferma "[...] non dò giudizi e potrebbero anche essere positivi ...ma perché perdiamo tempo in riunioni? Mah! [...]".

139. Infine, se un'alterazione delle dinamiche concorrenziali vi è stata, la stessa, a detta di LGH, deve essere ricondotta alle condizioni di gara previste dal bando e dal disciplinare adottati dal Comune di Casalmaggiore e dagli altri 7 Comuni coinvolti. Infatti, in tal modo il Comune aveva limitato discrezionalmente l'accesso bandendo una gara informale ed aveva predisposto un disciplinare che rendeva la partecipazione alla gara obiettivamente non redditizia se non addirittura antieconomica. *"Tanto che ancora all'inizio dell'agosto 2010 si prospettava che la gara andasse deserta, con la conseguente proroga delle gestioni in essere". "La costituzione dell'ATI non ha [...] modificato la struttura dei mercati in misura maggiore di quanto non ha fatto il comportamento del Comune"*¹³⁰.

VII. LE OSSERVAZIONI DEL COMUNE DI CASALMAGGIORE

140. Nonostante il Comune di Casalmaggiore abbia effettuato la segnalazione che ha dato origine al caso, l'ente locale nel corso del procedimento ha avuto una posizione esclusivamente finalizzata a stipulare con l'ATI aggiudicataria della gara il contratto per l'affidamento del servizio. Per scongiurare il rischio che la convenzione con l'ATI, a valle della gara, non fosse stipulata, il Comune, nella sua memoria, ha persino formalmente presentato istanza per l'archiviazione del procedimento I/740.

141. La logica di tale posizione appare chiara, alla luce delle considerazioni sopra esposte, sulle conseguenze per gli enti locali dell'introduzione delle gare di ATEM. Come noto, infatti, tale nuova disciplina, nel ridurre il peso dell'offerta economica del canone concessorio, comporta per i Comuni minori introiti.

142. Il Comune di Casalmaggiore, pertanto, dopo l'aggiudicazione della gara indetta nel luglio 2010 ha mutato posizione nei confronti dei partecipanti in quanto il suo obiettivo era, a tal momento, solo quello di concludere la procedura di gara così da poter iniziare il rapporto concessorio e percepire il canone previsto dal bando per i successivi 12 anni (si osserva, peraltro, che 2iGas, per il 2010, ha contestato al Comune di Casalmaggiore il diritto al canone sulla base del fatto che il contratto era scaduto al 31 dicembre 2009 e la gestione era proseguita, per l'anno 2010, di mero fatto¹³¹ e che la società non pagava alcun canone agli altri quattro Comuni consorziati in cui era attuale gestore, cfr. *infra*).

143. Le considerazioni esposte dal Comune nel corso del procedimento devono, pertanto, essere considerate alla luce di questo primario interesse che sicuramente faceva premio rispetto a quello dell'accertamento dell'infrazione da parte dell'Autorità, tenuto altresì conto che l'ipotesi accusatoria prospettata in avvio, comunque, nulla aveva a che vedere con l'oggetto della denuncia presentata dal Comune che, lo si ricorda, riguardava il mero diniego di accesso agli impianti da parte di 2iGas nei confronti delle società invitate a partecipare alla procedura di gara.

144. Con memoria del 21 luglio 2011¹³² il Comune di Casalmaggiore ha sottolineato che il bando di gara, da esso predisposto per l'aggiudicazione delle concessioni di gas negli otto comuni della provincia di Cremona di cui era il Comune capofila, prevedeva espressamente la possibilità di costituzione di un'ATI non necessaria. In merito alle motivazioni delle Parti a partecipare alla gara, il Comune ha affermato che *"E-On Rete Srl e Linea Distribuzione Srl, nonostante fossero i due gestori uscenti, hanno partecipato alla gara più per necessità che per convinzione; la prima, col preciso intento di dare sostegno giuridico al proprio ricorso avanti al TAR, per il quale, invece, -ha sempre dimostrato un accentuato interesse; la seconda, per dimostrare di averci almeno provato. Lo attesta proprio l'entità dell'offerta economica, esattamente pari all'offerta minima imposta dal bando, nemmeno un millesimo in più e la consistenza dell'offerta tecnica, che non ha aggiunto nulla al necessario"*¹³³.

145. Dopo l'avvio dell'istruttoria I/740, secondo il Comune di Casalmaggiore, 2iGas avrebbe cercato in ogni modo di posticipare la stipula del contratto di concessione del servizio di distribuzione del gas in quanto la situazione pre-esistente, per tale società, era maggiormente vantaggiosa (VRT post gara al 40% anziché al 27% per Casalmaggiore, corresponsione del canone concessorio anche per gli altri 4 Comuni di Rivarolo del Re, Spineda, Solarolo Rainerio e

¹²⁹ [Cfr. docc. 199, 200 e 201.]

¹³⁰ [Cfr. doc. 387.]

¹³¹ [Cfr. doc. 229 all. D.]

¹³² [Cfr. doc. 229.]

¹³³ [Il Comune ha affermato di non aver voluto dare seguito alla richiesta di LD di proroga dei termini per la presentazione delle offerte, cosa peraltro confermata dalla società.]

Voltido per i quali non veniva corrisposto alcun canone in precedenza), viceversa, nei comuni in cui era presente LD (Motta Baluffi, Torricella del Pizzo e San Martino del Lago) il canone è passato da circa il 60% del VRT al 40%. 2iGas, facendo leva sul procedimento avviato dall'Autorità, avrebbe, pertanto, cercato di sottrarsi agli obblighi di gara.

VIII. VALUTAZIONI

Premessa

146. Le società 2iGas e LD hanno costituito nell'estate 2010 un'ATI per partecipare alla gara indetta dal Comune di Casalmaggiore per la aggiudicazione della concessione per la distribuzione del gas in otto comuni, pur detenendo ciascuna i requisiti minimi necessari per poter presentare individualmente la propria offerta.

147. Le imprese, attraverso l'ATI, che si associano stabiliscono congiuntamente l'offerta che intendono presentare in una gara per un appalto o per una concessione, vale a dire in un contesto nel quale la gara stessa rappresenta l'unica occasione per l'esplicitarsi della concorrenza (cd. concorrenza *per* il mercato). Il fatto che l'ATI sia un negozio giuridico tipizzato non esclude di per sé che possa costituire un'intesa contraria al diritto *antitrust* laddove il suo concreto utilizzo avvenga con finalità anticoncorrenziale e, quindi, per il perseguimento di interessi illeciti¹³⁴. Pertanto, una volta appurato che le imprese associate in un'ATI rappresentavano dei concorrenti potenziali, in quando dotate ciascuna dei requisiti per partecipare alla gara individualmente, è necessario valutare gli elementi di fatto di ciascuna fattispecie al fine di verificare se uno strumento in sé lecito - l'ATI - sia stato utilizzato per fini anticoncorrenziali.

148. Dalle risultanze istruttorie emerge che l'ATI tra 2iGas e LD, unici due operatori *incumbent*, per la partecipazione alla gara per la concessione di distribuzione del gas indetta dal Comune di Casalmaggiore costituisce, per il contesto storico e regolamentare in cui si è inserita per l'assenza di un'effettiva ed obiettiva giustificazione di efficienza o di carattere tecnico-industriale, un'intesa volta al fine illecito di restringere la concorrenza tra le due imprese, riconfermando la propria presenza nei rispettivi Comuni di *incumbency*, e assicurarsi l'aggiudicazione della gara alle condizioni più vantaggiose, in violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90.

149. Come si argomenterà nel dettaglio nei paragrafi successivi, la gara in questione risultava di scarso interesse per imprese diverse dai gestori uscenti in ragione delle condizioni e della disciplina di gara. Viceversa, i gestori uscenti avevano, comunque, interesse ad aggiudicarsi la gara. Ciò, in primo luogo, in ossequio alla strategia di "mantenimento delle gestioni" che risulta documentata in numerose evidenze presenti agli atti del procedimento. In più, 2iGas aveva un interesse specifico a rimanere il gestore del Comune di Casalmaggiore, non avendo ancora definito col Comune l'indennizzo da ricevere in qualità di gestore uscente e non volendo correre il rischio, per le regole stabilite dal bando, di diventare creditore, per tale somma, del Comune (anziché di un'impresa nuova entrante).

150. L'interesse delle Parti a partecipare e vincere tale gara, inoltre, che include territori che avrebbero fatto parte dell'ATEM della Provincia di Cremona risiede nella possibilità di influenzare la futura gara d'ambito in virtù della posizione nei Comuni messi a gara, data la presenza già consolidata in altri territori della medesima Provincia. Le Parti, pertanto, in qualità di gestori uscenti, erano i principali se non gli unici soggetti interessati ad aggiudicarsi il servizio di distribuzione messo a gara.

151. In questo quadro, la decisione delle Parti di accordarsi per partecipare in ATI alla gara indetta dal Comune di Casalmaggiore ha consentito loro di eliminare l'unica concorrenza effettiva per la partecipazione alla gara stessa, ossia quella tra i due gestori uscenti. Al tempo stesso, l'ATI non aveva nessun obiettivo di realizzare un'integrazione industriale tra le Parti o di generare efficienze specifiche. L'accordo tra le Parti prevedeva, del resto, che, in caso di aggiudicazione, ognuna avrebbe continuato a gestire in autonomia il servizio di distribuzione nei comuni nei quali era il gestore uscente.

152. In conclusione, le risultanze istruttorie mostrano che, nel caso di specie, LD e 2iGas hanno fatto ricorso all'ATI al fine di restringere la concorrenza, spartendosi il mercato rilevante messo a gara e ottenendo le condizioni economiche più favorevoli consentite dal bando. Per questo motivo, l'accordo con il quale è stata definita l'ATI si qualifica come un'intesa restrittiva, in violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90. Tale conclusione sarà maggiormente argomentata nei paragrafi che seguono con riferimento al mercato rilevante e alle caratteristiche della condotta.

1. Il mercato rilevante

153. Il mercato rilevante, sotto il profilo del prodotto, può essere individuato con riferimento al servizio oggetto di concessione, ovvero la distribuzione di gas naturale.

154. La distribuzione di gas consiste nel servizio di trasporto di gas naturale lungo le reti locali. Dal lato dell'offerta, il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale è caratterizzato da condizioni di monopolio naturale ed è svolto in monopolio legale dalle imprese di distribuzione. L'unica forma di concorrenza possibile è dunque quella relativa alla partecipazione alle gare per l'affidamento delle concessioni venute a scadenza (c.d. concorrenza *per* il mercato).

155. Si tratta di un mercato di dimensione geografica locale, attualmente coincidente con l'area di attribuzione di ciascuna concessione esclusiva, che è di dimensione comunale, mentre, successivamente all'espletamento delle gare d'ambito, avrà una dimensione maggiore.

¹³⁴ [Cfr. Sent. 2204/09 del Consiglio di Stato del 9 aprile 2009 contro il provv. n. 17550 caso 1657 - SERVIZI AGGIUNTIVI DI TRASPORTO PUBBLICO NEL COMUNE DI ROMA del 30 ottobre 2007, pag. 43.]

156. Nei circa 6.500 mercati locali della distribuzione di gas, attualmente esistenti, sono presenti 248 operatori di distribuzione monopolisti nei territori comunali in concessione.

157. Nel caso di specie, il mercato rilevante coincide con il territorio dei comuni di Casalmaggiore, Rivarolo del Re, San Martino del Lago, Solarolo Rainerio, Spineda, Motta Baluffi, Torricella del Pizzo e Voltido, ovvero con il territorio al quale si riferisce la concessione che l'ente locale intendeva mettere a gara e in cui erano in precedenza concessionari E.On Reti (2iGas) (Casalmaggiore, Rivarolo del Re, San Martino del Lago, Solarolo Rainerio, Spineda) e LD (Motta Baluffi, Torricella del Pizzo e Voltido).

158. Sul mercato rilevante, così individuato, all'epoca dei comportamenti contestati, le società E.On Reti (2iGas) e LD erano concessionarie di fatto del servizio in esclusiva di distribuzione del gas (in ragione di contratti concessori venuti a scadenza).

2. Il contesto in cui si è inserita la gara bandita dal comune di Casalmaggiore nel luglio 2010.

159. Come emerso da quanto già evidenziato sopra, nel luglio 2010, momento in cui il Comune di Casalmaggiore ha bandito, quale Comune capofila, la gara per otto Comuni della provincia di Cremona, la situazione normativa italiana delle gare per l'affidamento delle concessioni per la distribuzione del gas era in una fase di transizione, connotata da incertezze sulle nuove regole applicabili agli ATEM (ambiti territoriali minimi) e sulla tempistica con cui sarebbero state attuate.

160. Gli ambiti territoriali minimi avrebbero dovuto essere definiti entro il 31 dicembre 2012 (ai sensi del D.L. n. 135/2009, convertito nella legge n. 166/2009), cosa che poi è avvenuta il 19 gennaio 2011 con pubblicazione in GU nel marzo 2011. Il tavolo tecnico costituito presso il MSE tra rappresentanti dello stesso Ministero, operatori e tecnici aveva concluso i suoi lavori proprio nel luglio 2010 e si era in attesa della pubblicazione dei due decreti ministeriali che avrebbero dovuto definire i *criteri* di svolgimento delle gare di ambito e gli *ambiti territoriali minimi*. Era noto, peraltro, che le nuove gare di ambito avrebbero conferito minore importanza al valore economico del canone, con la conseguenza che i Comuni avrebbero ottenuto minori introiti.

161. Nei Comuni interessati dalla gara in esame le concessioni erano scadute e si procedeva con gestioni di fatto in proroga. Nel Comune di Casalmaggiore, la concessione era scaduta a fine dicembre 2009 e 2iGas operava quale gestore in proroga (peraltro non pagando alcun canone sul presupposto che la gestione fosse proseguita di fatto nei limiti dell'ordinaria amministrazione e nulla fosse dovuto). Al momento in cui la gara è stata bandita (luglio 2010) era in corso tra la società e il Comune, già da qualche mese, la negoziazione per la quantificazione del valore di stima degli impianti e delle reti da riconoscere a 2iGas a fine gestione. Tale quantificazione non era ancora intervenuta ed anzi le posizioni divergevano in maniera significativa quando il Comune di Casalmaggiore ha preso la decisione di indire una nuova gara per la gestione del servizio, peraltro, non prevedendo nel bando di gara l'indennizzo a carico del gestore subentrante, bensì a carico del Comune stesso.

162. Anche Casalmaggiore e gli altri Comuni cremaschi, quindi, come avvenuto in numerosi Comuni italiani, al fine precipuo di evitare la penalizzazione in termini di minori entrate derivante dall'applicazione delle nuove regole delle gare di ambito, hanno inteso mettere a gara il servizio di distribuzione del gas prevedendone con maggiore autonomia la disciplina di gara e privilegiando l'aspetto economico del canone di concessione. A tali gare, in genere *poco remunerative* per i gestori (come accertato anche nei documenti ispettivi¹³⁵), si presentavano in prevalenza i gestori uscenti, spinti dall'obiettivo di mantenere una continuità di presenza sul territorio (ed, in subordine, i gestori dei territori contigui) proprio per consolidare la propria presenza in vista delle successive gare di ATEM. Spesso i gestori uscenti erano anche i soli partecipanti.

163. Quanto affermato rappresentava esattamente la *policy* di LD. Nel caso di 2iGas, probabilmente proprio in ragione della scarsa remuneratività delle gare e/o del fatto che in quel momento era in discussione la dismissione dell'attività di distribuzione del gas da parte del gruppo¹³⁶, la società, pur essendo gestore uscente, talora preferiva non presentare offerte nelle gare limitandosi ad incassare l'indennizzo derivante dal valore degli impianti e delle reti ma ciò, come visto sopra, non era stato possibile a Casalmaggiore ove, al momento della gara, era ancora incerto sia il *quantum*, sia la tempistica di liquidazione di tale indennizzo (oltre ad essere il Comune il soggetto debitore di tale importo anziché il gestore subentrante).

3. Le caratteristiche della gara bandita dal comune di Casalmaggiore

164. In questo contesto, la gara bandita dal Comune di Casalmaggiore non faceva eccezione. Si trattava di una procedura finalizzata ad anticipare il cambio delle regole di svolgimento delle stesse gare, che si attendeva sarebbe intervenuto a breve. La gara rifletteva i criteri storicamente utilizzati fino ad allora, che privilegiavano l'aspetto economico su quello qualitativo. Nel caso del Comune di Casalmaggiore l'entità del canone minimo previsto nel bando (40% del VRT) era maggiore di quello pagato da 2iGas (27% sul VRT¹³⁷) fino alla scadenza della concessione (31 dicembre 2009). Viceversa, per i Comuni gestiti da LD, era invece prevista una significativa diminuzione del canone, in

¹³⁵ [Cfr. doc. 208 - 37 bis-9.]

¹³⁶ [Cfr. doc. 17, 18 e 277.]

¹³⁷ [Cfr. doc. 229.]

precedenza fissato al 60% del VRT. Negli altri Comuni gestiti da 2iGas, diversi dal Comune Capofila, fino all'indizione della gara il pagamento del canone concessorio non era previsto.

165. Le caratteristiche della gara erano tali per cui, a detta di tutti gli operatori invitati a partecipare, le condizioni economiche, anche presentando un'offerta alle condizioni minime previste dal bando, non erano particolarmente vantaggiose per il gestore aggiudicatario (per quanto, comunque, di segno positivo¹³⁸). In particolare, il giudizio negativo sulla convenienza economica della gara era influenzato dall'esistenza della clausola a norma della quale i Comuni in ogni momento potevano richiedere l'anticipazione del 90% dell'ultimo canone corrisposto per la durata residua della concessione¹³⁹. Tale clausola, peraltro, era stata ritenuta ineludibile dal Comune che, ad una richiesta espressa da parte della società TeaSei, aveva dichiarato l'intenzione di escludere dalla gara le offerte condizionate alla mancata applicazione della stessa.

166. In aggiunta alla clausola appena esaminata, le Parti ed i terzi hanno annoverato come particolarmente onerose le previsioni che disciplinavano il versamento di una *una tantum* di 3,3 milioni di euro (per quanto tale somma fosse recuperabile integralmente a fine gestione), la corresponsione dell'1% del VRT ai Comuni per i controlli sulla conduzione del servizio, oltre all'assunzione di 7 dipendenti delle società attualmente concessionarie.

167. Quanto alla tempistica di svolgimento della gara, si osserva che la lettera di invito alle undici imprese era stata spedita alla metà del mese di luglio 2010 e la scadenza per la presentazione delle offerte era il 21 agosto 2010, perfettamente coincidente con il periodo centrale delle ferie estive del personale delle aziende; le lettere erano state inviate a sole undici imprese e di tali imprese, soltanto tre (in aggiunta a LD e 2iGas) erano andate al sopralluogo che si era tenuto, per tutte le imprese interessate, il 23 luglio 2010. Delle tre imprese che avevano effettuato il sopralluogo soltanto ENEL Rete Gas era presente nella Provincia di Cremona, in misura del tutto marginale, laddove, invece, sia TeaSei, sia ArcalGasProgetti (oggi società parte del gruppo cui appartiene anche 2iGas) non erano affatto presenti.

168. Dalle evidenze documentali risulta che al momento in cui LD ha proposto a 2iGas di porre in atto azioni comuni a partire dall'ATI di Casalmaggiore (inizi di agosto 2010) i due gestori uscenti erano già al corrente che, dei nove *competitors* di 2iGas e LD invitati dal Comune di Casalmaggiore a partecipare alla procedura, solo tre imprese avevano effettuato il sopralluogo, requisito essenziale per la presentazione dell'offerta¹⁴⁰.

169. Tutte le caratteristiche appena enucleate, ed, in particolare, le valutazioni di natura economica, facevano sì che la presentazione dell'offerta da parte delle altre tre imprese fosse altamente improbabile, come del resto risulta dalle affermazioni, pur contraddittorie delle stesse Parti, laddove, sostengono che loro stesse erano scarsamente interessate in ragione delle condizioni economiche penalizzanti e della ristretta e sfortunata tempistica di svolgimento della gara (in piena estate), affermando però, al contrario, che altri operatori avrebbero ben potuto partecipare per l'"importanza" strategica delle concessioni messe a gara.

170. Dato il contesto, quindi, gli esiti probabili della procedura di gara potevano andare dall'assenza totale di partecipanti, alla partecipazione dei soli due gestori uscenti o di uno solo di essi. In ogni caso, i gestori uscenti avevano, comunque, motivazioni specifiche e individuali per partecipare, anche in presenza di condizioni economiche non significativamente remunerative.

4. Le motivazioni di 2iGas e LD di partecipare alla gara

171. Che i gestori uscenti fossero interessati alla gara indetta dal Comune di Casalmaggiore, cui erano stati invitati, è emerso chiaramente nel corso dell'istruttoria. Per LD questo è confermato anche dalla richiesta effettuata al Comune di Casalmaggiore il 16 luglio 2010, subito dopo l'indizione della gara, di prorogare il termine del 21 agosto 2010 per la presentazione delle offerte, e dalla contestuale proposta ad Erogasmet di partecipare in ATI a tale gara. Ciò appare, infine, confermato dallo stesso procuratore di LD in audizione che ha sottolineato l'interesse di LD a partecipare al fine di mantenere l'attuale interconnessione della rete di due dei Comuni della gara indetta da Casalmaggiore (in cui LD era gestore uscente) con altri impianti collocati in territori limitrofi in cui LD era già concessionario¹⁴¹.

172. Per quanto riguarda 2iGas, poi, la documentazione agli atti indica che tale società, a prescindere dalla *policy* di presidio del territorio - che appariva, salvo casi specifici, maggiormente connessa al contestuale raggiungimento di una remuneratività minima dell'operazione (pari, al tempo, al [0-10%] del WACC, non integrato nella gara di Casalmaggiore) - aveva anche altre e diverse ragioni, in qualche modo "difensive" dei suoi *asset*, per voler, comunque, partecipare alla gara.

¹³⁸ [Cfr. doc. 28, 57, 97 e 138 -28 bis n. 1.]

¹³⁹ [La clausola (art. 11 del disciplinare di gara) si sostanzialmente in una sorta di finanziamento ai Comuni concessionari che lo avessero richiesto, a fronte del quale gli stessi Comuni erano tenuti a versare al gestore un tasso di interesse pari a quello praticato dalla Cassa Depositi e Prestiti alla data della richiesta per i mutui ventennali a tasso fisso. La convenienza o meno di tale anticipazione dipendeva, quindi, dalla differenza tra il costo del capitale e gli interessi percepiti e la differenza poteva anche essere positiva per la società. Certamente, tale clausola rendeva necessario per il gestore disporre di un ingente capitale (al primo anno di concessione e per tutti i Comuni quantificabile in circa 5 milioni di euro) e rappresentava un impegno finanziario ulteriore rispetto ai costi di gestione del servizio, non correlato al servizio stesso.]

¹⁴⁰ [Cfr. doc. 30.]

¹⁴¹ [Cfr. doc. 232. "Il dott. [...] fa presente che LD aveva interesse a partecipare alla gara di Casalmaggiore anche perchè, sotto il profilo tecnico, l'impianto di distribuzione del gas relativo a due dei comuni messi a gara ed in cui LD è gestore uscente risultano interconnessi ad altri impianti di distribuzione limitrofi sempre gestiti da LD (asserviti da un'unica cabina REMI)".]

173. Come, del resto, riconosciuto dalla società stessa nelle sue memorie, la partecipazione alla gara era necessaria in ragione della conflittualità che si era creata con l'ente locale. Infatti, la società non aveva ancora raggiunto un accordo con il Comune di Casalmaggiore per la stima del valore degli impianti (al fine di quantificare l'indennizzo del gestore uscente); inoltre, la disciplina della gara bandita non prevedeva l'indennizzo a carico del gestore entrante ma del Comune, pertanto, 2iGas, soltanto presentando domanda di partecipazione e riconfermandosi gestore, si sarebbe cautelata rispetto al rischio di insolvenza del Comune per l'importo dell'indennizzo, peraltro, ancora indefinito al momento dell'indizione della gara¹⁴². Tale situazione irrisolta aveva, del resto, determinato la società a presentare il ricorso al TAR contro il bando di gara, dapprima solo minacciato (il 15 luglio 2010, stesso giorno del ricevimento della lettera di invito) poi, materialmente presentato (tanto che la notifica e il deposito presso il TAR Lombardia sezione di Brescia erano avvenuti già il 4 agosto 2010).

174. La Parte, infine, ha dichiarato che al tempo dell'indizione della gara si discuteva, internamente al gruppo, l'ipotesi di vendere E.ON Rete Gas (oggi, 2iGas) e, pertanto, vi era la necessità di mantenere il perimetro delle concessioni in portafoglio o, comunque, di valorizzare gli *asset* della società per una migliore riuscita dell'operazione.

175. Nella situazione che si era creata, quindi, le sole strade percorribili da 2iGas erano rappresentate dal ricorso contro la disciplina di gara e dalla domanda di partecipazione alla stessa per ottenere la riconferma come gestore dell'impianto (e, comunque, la domanda di partecipazione era necessaria per non essere esclusi dal ricorso proposto). Entrambe le strade, peraltro reciprocamente escludenti, andavano percorse in contemporanea e sono, infatti, state percorse contemporaneamente onde massimizzare la probabilità che almeno una delle due portasse al risultato sperato (come avvenuto).

5. Le caratteristiche dell'ATI costituita da 2iGas e LD

176. Dalla documentazione agli atti e dalle memorie delle Parti emerge che entrambe le società avevano i requisiti per la partecipazione autonoma alla gara indetta dal Comune di Casalmaggiore ed appartenevano, entrambe, a gruppi societari con significative capacità finanziarie. Esse avevano, altresì, tutto l'interesse a che la gara venisse aggiudicata alle condizioni economiche minime previste dal bando di gara data l'onerosità che, comunque, tali condizioni minime rivestivano anche per il gestore aggiudicatario.

177. LD e 2iGas il 4 agosto 2010 si sono incontrate e dopo qualche giorno si sono accordate per la partecipazione in associazione temporanea di impresa alla gara bandita dal comune di Casalmaggiore. Da nessun documento acquisito al fascicolo, di natura interna alle due società, né dalla documentazione relativa ai *Business Plan* elaborati in vista della partecipazione alla gara, emerge che l'ATI avesse una giustificazione di efficienza e di miglioramento del servizio di distribuzione del gas offerto nei Comuni messi a gara, né che vi fossero difficoltà nella presentazione dell'offerta tecnica da parte dei due gestori uscenti. Emerge viceversa che l'ATI fosse funzionale a creare "*sinergie territoriali*"¹⁴³. In particolare, emerge con chiarezza come già il 6 agosto, dunque dopo solo due giorni dal primo incontro con LD, E.ON Rete fosse in grado di produrre una bozza di offerta che, in misura larghissima, ricalca quella al minimo poi effettivamente presentata in ATI.

178. LD ha sostenuto che la gara non sarebbe stata di interesse per la società se non fosse stato possibile partecipare in ATI con 2iGas, a causa in primo luogo del tempo insufficiente per valutare rischi ed opportunità della partecipazione.

179. LD ha successivamente posto l'enfasi sulla difficoltà economica di partecipare individualmente e sulla difficoltà di predisporre un progetto tecnico nei ristretti tempi di gara. Tuttavia, si osserva che *Business Plan* relativi alla gara sono stati rinvenuti presso la società, in plurime versioni, fin dal 27 luglio 2010 e, comunque, il fatto stesso che LD abbia proposto ad Erogasmet di partecipare in ATI denota che la società ritenesse perfettamente possibile predisporre un progetto tecnico nei pur ristretti tempi del bando, insieme ad una società che non essendo gestore uscente, non aveva i vantaggi informativi che, al riguardo, poteva avere 2iGas.

180. Né pare potersi accogliere l'ulteriore argomento avanzato da LD, secondo cui solo partecipando in ATI il valore della gara sarebbe stato inferiore alla soglia oltre la quale le regole interne prevedono una autorizzazione del CdA (particolarmente problematica da ottenere in piena estate¹⁴⁴), in quanto ovviamente tale circostanza non può ragionevolmente ritenersi elemento ostativo alla partecipazione ad una gara di interesse per la società¹⁴⁵. Inoltre, la documentazione agli atti (procura valida fino al maggio 2010) mostra che sotto il profilo delle procedure interne di autorizzazione, la decisione di partecipare alla gara individualmente da parte di LD, avrebbe potuto essere adottata anche senza necessità di convocare il CdA ma solo *[omissis]*; tale regola è presumibile che si applicasse anche nel periodo in cui si è svolta la gara di Casalmaggiore (luglio 2010). Tale profilo, del resto, non risulta essere mai stato

¹⁴² *[L'argomento di 2iGas di dover sostenere il ricorso quale necessità sopravvenuta i primi di agosto con il deposito dello stesso (anche a voler prescindere dal fatto che la decisione della società di fare ricorso è certamente antecedente il concreto deposito dello stesso) che avrebbe fatto prendere solo a tal momento, alla società, la decisione di partecipare, appare non sostenibile in quanto, comunque, tale ragione, da sola, non era idonea a cautelare adeguatamente la società rispetto alla mancata quantificazione dell'indennizzo e ai tempi della sua liquidazione da parte del Comune, tenuto conto che il ricorso, come del resto si è verificato, poteva essere respinto.]*

¹⁴³ *[Cfr. doc. 29.]*

¹⁴⁴ *[Cfr. doc. 138 - 28 bis 16 e doc. 304.]*

¹⁴⁵ *[Del resto lo stesso AD di 2iGas, in pari circostanza, aveva ottenuto l'autorizzazione del CdA il 6 agosto, cfr. doc. 58.]*

oggetto di discussione negli scambi di mail, relativi ai business plan della gara, interni alla società e non risulta essere stato riproposto dalla società nella memoria finale né in audizione finale.

181. Infine, le stesse Parti nel momento in cui sostengono che altri *competitors* tra quelli che avevano effettuato il sopralluogo, avrebbero ben potuto presentare un'offerta implicitamente ammettono che la possibilità di predisporre la documentazione necessaria a proporre un'offerta nei tempi previsti dal bando, doveva considerarsi realistica.

182. LD, come accennato sopra, ha motivato la necessità di ricorrere all'ATI anche con la difficoltà di reperire risorse economiche per ottenere i 9 milioni di euro necessari a finanziare la gestione a condizioni minime (di questi oltre 5 erano riconducibili all'anticipo del 90% del canone per tutti i Comuni richiedenti fin dal primo anno, che rappresentava, al tempo, un'eventualità da considerare).

183. Anche a voler prescindere dalle oggettive potenzialità finanziarie del gruppo di appartenenza (LGH), l'argomento di LD circa l'esistenza di una barriera finanziaria appare da essa stessa contraddetto laddove ha affermato che la società aveva "*interesse*"¹⁴⁶ (a partecipare in forma associata alla gara) al fine di non compromettere future partecipazioni a gare di ATEM per le quali l'impegno economico sarebbe stato di gran lunga maggiore ([100-500] milioni di euro) per gli indennizzi da riconoscere ai gestori uscenti. In tal senso, quindi, la scelta di LD di partecipare in ATI alla gara di Casalmaggiore appare frutto di una scelta aziendale piuttosto che di una oggettiva necessità (circostanza quest'ultima che potrebbe individuare l'esistenza di una barriera finanziaria come giustificazione dell'ATI).

184. In una prospettiva generale, pare, dunque, potersi affermare che l'argomento della barriera finanziaria può essere utilizzato qualora esso non si riferisca ad una specifica gara ma all'insieme delle gare a cui una o più imprese intendono partecipare. Con riferimento ad una gara singola, la scelta di partecipare in ATI in virtù dell'obiettivo di non pregiudicare la partecipazione, singola o in ATI, ad altre gare appare sempre una libera scelta aziendale.

185. Per tale ragione, benché LD abbia, da subito, mostrato di preferire la partecipazione alla gara in oggetto in ATI, tale esito non consente di conoscere quale sarebbe stata la decisione nel caso in cui l'ATI non fosse stata costituita, giacché a livello di gruppo LGH emerge che la somma da stanziare per la gara di Casalmaggiore non rappresentava una barriera finanziaria. Inoltre, LD, detenendo oltre il 50% in termini di utenti nella Provincia di Cremona, avrebbe ben potuto considerare, in prospettiva delle future gare di ATEM, la gara di Casalmaggiore di importanza tale da giustificare un particolare sforzo economico e finanziario pur di non perdere (ed anzi, in tal caso, aumentare) la propria quota di mercato nella Provincia.

186. L'argomento dell'eccessiva onerosità (economica e tecnica) di una partecipazione individuale alla gara è stato sollevato, benché con minor vigore, anche da 2iGas. Tale società era il gestore uscente in cinque degli otto Comuni messi a gara e, quindi, soltanto per tre Comuni su otto avrebbe dovuto elaborare dati che non fossero già in suo possesso. In merito basti osservare che l'importanza e la solidità economica del gruppo E.ON e la sua presenza in cinque su otto Comuni messi a gara, oltre alla circostanza per cui nell'ATI 2iGas ha assunto una partecipazione del 91% rendono tale argomento non idoneo a fornire una giustificazione di tipo economico della decisione di partecipare alla gara in ATI.

187. Più in generale, con riferimento alle difese basate sulla ristretta tempistica per la presentazione della documentazione necessaria, occorre osservare che i terzi operatori del settore a cui sono state inviate richieste di informazioni hanno concordemente ritenuto che la predisposizione di documentazione al fine di presentare un'offerta contenente le condizioni economiche e tecniche minime previste dal bando di gara non rappresentavano un ostacolo insormontabile neppure per operatori non *incumbent*. A maggior ragione ciò doveva valere per le Parti, che in quanto gestori uscenti possedevano informazioni sugli impianti e sui territori che rappresentavano un vantaggio anche in termini di tempo da impiegare per la predisposizione della documentazione utile a presentare l'offerta¹⁴⁷.

188. La difesa di 2iGas relativa al fatto che la partecipazione non era finalizzata a vincere ma piuttosto a perdere la gara (al fine esclusivo di sostenere il ricorso davanti al TAR Brescia) non appare sostenibile sotto molteplici aspetti: in primo luogo appare illogico partecipare in ATI con LD, il principale concorrente (in quanto *incumbent* in tre delle otto concessioni messe a gara), giacché in questo modo le probabilità di vincere sarebbero aumentate rispetto alla partecipazione individuale; inoltre, tale obiettivo non appare confermato da LD che ha invece chiarito che il suo obiettivo era di presentare "un'offerta adeguata e valida, mantenendosi nei limiti dei parametri di redditività e sostenibilità economico finanziaria della gestione". Del resto, rimane ingiustificato il motivo per cui LD avrebbe voluto partecipare ad una gara con il fine ultimo di perderla. Infine, anche a voler seguire l'argomento di 2iGas di aver partecipato "*solo*" per sostenere il ricorso è, comunque, poco comprensibile che, nell'ATI, tale società sia impresa mandataria con una percentuale del 91%. Dato, infatti, il preteso disinteresse per la gara in quanto tale sarebbe stato più verosimile che la società riservasse a sé stessa una diversa e inferiore percentuale all'interno dell'ATI proprio per l'ipotesi in cui l'ATI fosse risultata aggiudicataria. Tale questione, invece, non appare essere stata neppure oggetto di discussione tra le Parti.

189. Il fatto che le percentuali siano esattamente lo specchio della situazione pregressa, alla luce dell'interesse di 2iGas di tutelare l'indennizzo sulle sue reti ed impianti nel Comune di Casalmaggiore, rende, dunque, tale scelta coerente l'obiettivo delle Parti di ripartirsi le concessioni secondo una logica dello *status quo ante*. Ciò è confermato

¹⁴⁶ [Cfr. doc. 232 e 304.]

¹⁴⁷ [Cfr. doc. 114 cit.]

dall'atto di costituzione dell'ATI stipulato dopo l'aggiudicazione della gara, che prevede espressamente che ognuna delle due società continui a gestire in maniera autonoma il servizio di distribuzione del gas esattamente nei Comuni nei quali aveva in precedenza la concessione (2iGas per i Comuni di Casalmaggiore, Rivarolo del Re, San Martino del Lago, Solarolo Rainerio, Spineda; LD, invece, per i Comuni di Mottaballuffi, Torricella del Pizzo e Voltido)¹⁴⁸.

190. Né appare sostenibile l'argomento difensivo secondo cui, qualora fossero stati consapevoli di essere i soli partecipanti, le due società, piuttosto che partecipare in ATI, avrebbero piuttosto deciso di non presentare alcuna domanda di partecipazione mantenendo, così, la gestione in proroga delle concessioni. Infatti, tale argomento non appare convincente in quanto presentare una domanda al minimo previsto dal bando nella convinzione che altri partecipino equivale a partecipare nella consapevolezza della quasi certezza di perdere la gara. In questo caso valgono le conclusioni sopra raggiunte sulla non coerenza di tale obiettivo né con le intenzioni di LD, né con la scelta di E.ON di partecipare in ATI come già visto sopra; viceversa, la scelta di non presentare la domanda, qualora decisa di comune accordo tra i due operatori *incumbent* avrebbe avuto, comunque, contenuto intrinsecamente anticoncorrenziale, dall'altro, qualora invece decisa individualmente da ogni società avrebbe fatto correre il rischio ad ognuna che l'altro gestore uscente (anche escludendo i terzi la cui presenza era altamente improbabile) presentasse l'offerta di partecipazione.

191. Alla luce di quanto precede, l'ATI tra 2iGas ed LD, dunque, appare volta ad eliminare l'unica concorrenza effettiva immaginabile, ossia quella tra le due società *incumbent*, al fine di ottenere la riconferma di entrambe nei territori già di fatto gestiti, al minimo costo possibile dato il bando. E' chiaro, infatti, dagli elementi esposti in precedenza e nella parte in fatto, che le due società, nel momento in cui hanno iniziato la negoziazione per allearsi attraverso l'ATI (inizi di agosto 2010), sapevano che il numero dei potenziali concorrenti alla gara di Casalmaggiore sarebbe stato *al massimo* costituito dalle tre imprese che avevano effettuato il sopralluogo. Di tali società, peraltro, solo Enel Rete Gas era presente nel territorio della Provincia di Cremona con una posizione, tuttavia, assolutamente marginale e le altre due erano totalmente assenti. Più realisticamente, la probabilità che altre imprese si presentassero, come visto sopra, era ulteriormente ridotta per il fatto che le condizioni economiche previste dal bando rendevano la gara oggettivamente poco appetibile come unanimemente affermato da tutte le imprese invitate dal Comune.

192. Come corollario, non stupisce che le condizioni economiche e tecniche presentate nell'offerta di gara siano state quelle minime previste dal bando, giacché ogni proposta migliorativa di tali condizioni minime sarebbe stata offerta inutilmente. Tale strategia, come notato dalle altre imprese invitate a partecipare, in un contesto normalmente competitivo non riveste senso logico in quanto destinata a sicura sconfitta¹⁴⁹. Del resto, l'obiettivo che le parti si erano prefissate è stato, in tal modo, pienamente realizzato. La gara di Casalmaggiore non ha visto la partecipazione di altri concorrenti oltre all'ATI costituita da 2iGas e LD, e, soprattutto, ha consentito ai due *incumbent* di non competere tra loro. L'ATI, quindi, si è aggiudicata la gara alle condizioni minime poste a base d'asta.

6. Sulla imputabilità ad LGH della condotta di LD

193. Dall'esame dei documenti sopra riportati emerge che le società madri di 2iGas e LD, EON Italia e LGH oltre ad avere capacità decisionali sugli investimenti compiuti dalle società operative, risultano essere state costantemente e regolarmente messe al corrente delle problematiche e delle decisioni da prendere sulla strategia di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione delle concessioni di distribuzione del gas. Ad esse, dunque, è possibile imputare la medesima condotta delle rispettive società operative controllate.

194. E.ON Italia non ha sollevato alcuna obiezione al riguardo. Gli argomenti di LGH, in merito, risultano, invece, smentiti dagli scambi di mail intercorsi tra il procuratore di LD (peraltro, almeno fino a fine 2009, incardinato in seno alla holding come Responsabile della Distribuzione Gas) e l'AD di LGH.

195. Il possesso, da parte di LGH di oltre il 90% del capitale di LD, di per sé, lascia presumere che la società madre eserciti un'influenza determinante sulla controllata. Tuttavia, sulla base dei principi enucleati dalla giurisprudenza comunitaria l'accertamento rilevante ai fini dell'imputabilità è da ricondurre all'esistenza di un'entità *economica unica* in ragione dei *"vincoli organizzativi, economici e giuridici"* intercorrenti tra la controllata e la società madre^{150 151}.

¹⁴⁸ [Al riguardo, le stesse Parti hanno consultato l'AEEG per avere conferma della correttezza di tale operato ai fini di regolazione tariffaria. Cfr. doc. 49, 50, 60.]

¹⁴⁹ [Cfr. par. 90-95.]

¹⁵⁰ [Cfr. punto 83 sent. Akzo Tribunale di Primo Grado T-112/05 del 12 dicembre 2007 e punto 65 sent. Akzo C-97/08P del 10 settembre 2009. "Non è quindi una relazione di istigazione a commettere l'illecito tra la controllante e la sua controllata né, a maggior ragione, un'implicazione della prima in tale illecito, ma il fatto che esse costituiscono un'unica impresa nel sopracitato senso che permette alla Commissione di adottare la decisione che impone ammende nei confronti della società controllante di un gruppo di società" (enfasi aggiunta) (sent. AKZO del Tribunale di Primo Grado cit., punto 58). Analogamente nelle conclusioni dell' AG Kokott rese il 23 aprile 2009 sul caso C98/07P, al punto 92 si legge: "l'influenza della società madre sulle proprie controllate in relazione alla strategia dell'impresa, alla politica aziendale, ai piani operativi, agli investimenti, alle capacità, alla dotazione finanziaria, alle risorse umane e alle questioni giuridiche può avere indirettamente ripercussioni sul comportamento delle controllate stesse e dell'intero gruppo societario sul mercato".]

¹⁵¹ [Nella sentenza della Corte (punto 77), nel medesimo caso (caso C98/07P), si legge, infine: "Se la società controllante rientra in tale unità economica, che [...] può essere costituita da più persone giuridiche, tale società controllante è considerata responsabile in solido dei comportamenti anticoncorrenziali unitamente alle altre persone giuridiche che formano tale unità. Infatti, anche se la società controllante non partecipa direttamente all'infrazione, essa esercita, in tale ipotesi, un'influenza determinante sulle controllate che hanno partecipato ad essa".]

196. In questo senso, dallo Statuto di LGH (articolo 3.3 b) emerge che la holding svolge all'interno del gruppo delle società controllate e collegate *"attività di coordinamento strategico, supporto amministrativo, tecnico, legale, informatico e gestionale, assistenza e consulenza in genere, reperimento di mezzi finanziari e finanziamento"*. Inoltre, è espressamente previsto (articolo 19.3 dello Statuto) che la partecipazione in ATI a gare di appalto o concessione di importo superiore a 5 milioni di euro per ogni singola procedura sia deliberato dal CdA della holding. E' pur vero che per valori inferiori *può* essere conferita delega ad amministratori e/o procuratori ma ciò che appare indubitabile è che la società holding sovrintende alle partecipazioni a gare pubbliche da parte delle società operative del gruppo. In tal senso, quindi, le difese di LGH miranti a sostenere la gestione in totale autonomia delle società controllate non trova riscontro nella disciplina stessa dei poteri della società capogruppo. Allo stesso modo, non appare fondato l'argomento secondo cui la società holding non esercita alcun potere di indirizzo e coordinamento sulle società controllate comportandosi come mera "holding finanziaria".

197. Quanto agli scambi di posta elettronica tra il Presidente di LGH ed uno dei soci di LGH da cui emerge che tali soggetti non fossero al corrente della partecipazione di LD in ATI alla gara di Casalmaggiore, si osserva, da un lato, che gli scambi di posta elettronica agli atti relativi alla gara di Casalmaggiore risultano costantemente indirizzati all'AD di LGH, che veniva informato dal procuratore di LD sulle strategie che la società intendeva adottare sul mercato e che risulta aver ricevuto numerosi documenti di pianificazione della partecipazione alle gare (tali documenti sono, del resto, stati rinvenuti nel suo ufficio¹⁵²). Inoltre, dallo stesso scambio di e-mail citato da LGH sembra emergere in maniera incontrovertibile che, in seno alla holding, venivano effettuati incontri in cui, dal tenore del messaggio, il tema della partecipazione alle gare veniva discusso, altrimenti non avrebbe avuto senso il disappunto espresso dal redattore del messaggio sulla perdita di tempo e, quindi, sul fatto che le valutazioni finali si erano presumibilmente discostate dai contenuti della discussione raggiunta in tale sede (cioè, a prescindere dal positivo giudizio sulla scelta finale di partecipare alla gara).

198. Anche l'argomento dell'unbundling utilizzato nelle sue difese da LGH non pare dirimente; ove applicato nel caso di specie, esso infatti, finirebbe con l'attribuire all' *unbundling* stesso finalità diverse ed ulteriore rispetto a quelle per cui tali regole sono state previste. La neutralità delle infrastrutture possedute al fine di prevenirne un uso distorsivo nei mercati liberalizzati della vendita di gas rappresenta l'obiettivo della separazione amministrativa (oltre che di quella contabile e giuridica) delle società di un gruppo verticalmente integrato; la normativa sull'unbundling, tuttavia, non si spinge fino ad eliminare la possibilità per le società del gruppo di agire quale entità unica secondo una strategia coordinata dalla società madre, soprattutto per quanto riguarda decisioni economico-finanziarie di medio lungo periodo come la partecipazione ad una gara¹⁵³. L'unica misura idonea a prevenire questo tipo di influenza è, ovviamente, la separazione proprietaria che, come noto, non è prevista nel settore della distribuzione gas nemmeno dalle normative comunitarie.

199. In base agli elementi descritti si ritiene, dunque, possibile ascrivere il comportamento già contestato a 2iGas (già E.On Rete) e LD anche alle controllanti di quest'ultime. Al riguardo, si osserva che 2iGas non è più controllata da E.On Italia, ma da F2i in ragione dell'acquisizione di E.On comunicata all'Autorità il 24 dicembre 2010, con contratto stipulato il 17 dicembre 2010. In ogni caso, tenuto conto del fatto che la decisione di costituire l'ATI per la gara di Casalmaggiore risale all'agosto 2010 (come si evince dall'e-mail del 5 agosto 2010 relativa all'incontro tra LD e E.On Rete del giorno precedente, dalla lettera d'intenti del 19 agosto 2010 e dalla presentazione dell'offerta il 20 agosto 2010) il soggetto a cui deve essere imputata l'infrazione resta E.On Italia, autore dell'illecito.

7. Conclusioni. La finalità anticoncorrenziale sottesa alla costituzione dell'ATI di Casalmaggiore

200. L'utilizzo dell'ATI da parte di LD e 2iGas nel caso di specie presenta le caratteristiche di un accordo tra concorrenti finalizzato alla ripartizione tra di essi delle concessioni messe a gara secondo uno schema riproducente la ripartizione delle concessioni esistente nell'assetto pre-gara. Tale accordo è stato idoneo ad eliminare la residua concorrenza possibile tra i due gestori *incumbent* in sede di gara.

201. L'illiceità di tale intesa consiste nel fatto che le Parti, che presentavano i requisiti per partecipare autonomamente, abbiano inteso spartirsi le concessioni messe a gara senza alcuna ragione di efficienza o razionalizzazione del servizio reso che giustifichi il ricorso ad un raggruppamento di imprese ed al minimo costo possibile per le società. In merito, quindi, non rilevano le finalità particolari di ogni Parte, intese come motivazioni per partecipare, che, peraltro, in sé,

¹⁵² [Cfr. doc. 208, 37 bis 2 e 10. In tale documento, lo si ricorda, si legge chiaramente *"Qualunque scelta (partecipare o meno alle gare ad esempio) deve essere condivisa con LGH anche per eventuali azioni di carattere politico"* ed ancora *"Le linee di indirizzo su quali gare, dove ecc. è una scelta di carattere strategico che assolutamente compete a LD/LGH come tutte le cose di carattere strategico nei vari business e non può deciderla il singolo direttore o l'AD"*.]

¹⁵³ [Nella relazione tecnica adottata dall'AEEG che accompagna la deliberazione (del 18 gennaio 2007, n. 11/07) *"Obblighi di separazione amministrativa e contabile (unbundling) per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas"* si legge al riguardo: *"La necessità di associare agli obblighi di tipo informativo/contabile vincoli sulle scelte amministrativo-organizzative, è da collegarsi alla necessità di intervenire sul sistema di incentivi tipici di un'impresa (gruppo di imprese) verticalmente integrata. In questo caso, infatti, l'obiettivo di massimizzazione del profitto tende ad andare oltre la singola attività e, ove non impedito da vincoli normativi, ha come conseguenza razionale l'emergere di sussidi incrociati tra attività (trasferimento di costi dall'attività in concorrenza all'attività in regime di regolazione tariffaria), l'attenuazione dell'incentivo all'efficienza della singola attività regolata e, infine, la discriminazione nel consentire l'accesso alle infrastrutture essenziali per lo sviluppo della concorrenza e nell'utilizzo delle informazioni commercialmente sensibili (quali i dati di misura dei consumi)"*.]

come visto sopra, non sono idonee a spiegare - né giustificano - il ricorso all'ATI (in luogo della presentazione di un'offerta individuale)¹⁵⁴.

202. Si osserva che la ripartizione dei mercati costituisce una restrizione particolarmente grave della concorrenza, in particolare, in caso di partecipazione a gare, ove gli effetti dell'accordo, in caso di aggiudicazione, si protraggono per un lungo periodo di tempo (12 anni, nel caso di specie).

203. Le Parti richiamando la giurisprudenza amministrativa hanno ritenuto che la natura "ripartitoria" intrinseca in ogni raggruppamento a nulla rileva da un punto di vista *antitrust*, se non è corredata da una serie di riscontri probatori ulteriori che ne connotino l'illiceità dell'oggetto o dell'effetto. Sarebbe, quindi, influente che la "ripartizione" avvenga sulle prestazioni oggetto di gara se tale collaborazione non viene ad inserirsi *"in un più complesso contesto collusivo caratterizzato dall'esistenza di intese a monte"*.

204. Le Parti, al riguardo, hanno argomentato che un'ATI orizzontale per lo svolgimento di servizi *"presuppone in realtà proprio la volontà di non creare un'organizzazione comune di un'attività, tramite il ricorso alla forma più blanda che l'ordinamento conosce di cooperazione fra imprese le quali intendono solo suddividersi pro quota un identico servizio che ognuna di esse svolge autonomamente con la propria organizzazione e responsabilità pur avendo un unico punto di riferimento con l'amministrazione"*. Tale ragionamento, nel caso delle gare per il servizio di distribuzione del gas, comporterebbe come risultato che non sia corretto far dipendere la compatibilità dell'ATI con la normativa *antitrust* dalla sussistenza o meno di ragioni di efficienza o da progetti di maggiore integrazione a livello tecnico industriale o gestionale (dal momento che l'ATI risponderebbe proprio alla volontà delle imprese di evitare tale maggiore integrazione).

205. Tale tesi difensiva delle Parti, secondo cui un'ATI è illecita da un punto di vista *antitrust* solo se inserita in un disegno collusivo più ampio, appare frutto di una lettura strumentale della giurisprudenza del Consiglio di Stato. I giudici amministrativi hanno infatti limitato ad un caso specifico l'osservazione che (*"Nel caso di specie"*) la costituzione di ATI sovradimensionate rispetto ai requisiti previsti dai bandi di gara si inseriva *"in un più complesso contesto collusivo caratterizzato dall'esistenza di intese a monte rappresentate da accordi puntuali e "macroaggregazioni"* aventi come oggetto esplicito la disciplina del comportamento delle imprese in vista delle gare attese all'indomani dell'avvio del processo di liberalizzazione¹⁵⁵.

206. Anche l'argomento dell'ATI come esplicito strumento di integrazione debole tra le imprese avente *in re ipsa* natura ripartitoria non può essere condiviso in quanto, nella sua assolutezza, finirebbe con il rendere di fatto impossibile contestare l'illiceità *antitrust* di un raggruppamento di imprese non necessario, avente esplicitamente come oggetto la spartizione territoriale, soltanto perché il contenuto stesso della spartizione sarebbe contenuto "tipico" dell'ATI stessa (e perché mancherebbe la prova di un accordo più ampio).

207. Ciò che invece si trae dalla giurisprudenza in materia è che gli indici rivelatori dell'illiceità dell'accordo non possano essere rappresentati dalla mera formazione dell'ATI ma debbano essere rinvenuti *"all'esterno"*¹⁵⁶ della stessa onde dimostrare l'utilizzo con finalità anticompetitive di uno strumento, altrimenti, lecito, previsto dall'ordinamento¹⁵⁷.

208. Ciò, tuttavia, non si estende sino a richiedere, come affermano le Parti, la prova dell'esistenza di un più ampio disegno collusivo ma comporta che l'Autorità una volta valutati, caso per caso, gli elementi addotti dalle Parti al fine di fornire una giustificazione specifica "pro-concorrenziale" del raggruppamento e in assenza di una tale giustificazione, valuti congiuntamente una serie di indizi rivelatori dell'illiceità dell'ATI.

209. La giurisprudenza amministrativa, in un caso relativo alle gare per il trasporto Pubblico Locale (TPL), ha recentemente ritenuto che l'Autorità abbia correttamente valutato l'inesistenza di elementi pro-concorrenziali di giustificazione dell'ATI; in tale caso, relativo all'esame di un'ATI orizzontale non necessaria, è stato ritenuto rilevante il fatto che le Parti non avessero mai accennato, negli accordi contestati, ad alcuna *"finalità sinergica volta al miglioramento dell'offerta (par. 176)"*¹⁵⁸, nonché *"l'assenza di qualsiasi interesse per la gestione dei bacini aggiudicati alle ATI, fatta chiaramente eccezione per l'operatore incumbent che ne mantiene l'affidamento"*¹⁵⁹.

¹⁵⁴ [*"In sostanza, l'illiceità dell'intesa oggettivamente anticoncorrenziale consiste nella mera condotta volta a tali fini ed affinché la fattispecie venga in essere è sufficiente che sia voluto il fatto descritto nella norma senza alcuna necessità che i soggetti abbiano agito per un fine particolare, la cui realizzazione non è richiesta per l'esistenza dell'illecito, vale a dire per un fine che sta al di là e, quindi, fuori dal fatto costituente l'illecito"* cfr. sent. TAR n. 6215/08 del 26 giugno 2008 nel caso I/657 SERVIZI AGGIUNTIVI DI TRASPORTO PUBBLICO NEL COMUNE DI ROMA .pag. 39/40.]

¹⁵⁵ [Cfr. Sent. 2204/09 del Consiglio di Stato del 9 aprile 2009 cit. pag. 44.,]

¹⁵⁶ [Cfr. Sent. Cons. Stato n. 1189/2001 caso I193 Assicurazione Rischio Comune Milano e sent. TAR Acea/Suez I670 del n. 6328 del 26 giugno 2008, di cui è pendente il giudizio di appello.]

¹⁵⁷ [Cfr. in tal senso, più di recente, il provvedimento del 28 settembre 2011 di chiusura del caso I731 Gare Assicurative ASL e Aziende Ospedaliere Campane, in particolare, al punto 170.]

¹⁵⁸ [Prov. n. 17550 caso I657 - SERVIZI AGGIUNTIVI DI TRASPORTO PUBBLICO NEL COMUNE DI ROMA del 30 ottobre 2007., in Boll. 41/2007.]

¹⁵⁹ [Cfr. Sent. 2204/09 del Consiglio di Stato del 9 aprile 2009 cit. pag. 44.]

210. In quel caso, si trattava di un solo operatore che, a valle della gara, avrebbe gestito l'affidamento, tuttavia, la situazione non è diversa laddove, come nel caso di specie, i due gestori si dividono un complesso delle concessioni messe a gara ma ognuno, poi, agisce come monopolista di una parte di esse, sulla base della sua presenza storica.

211. Nell'ATI tra LD e 2iGas non vi è traccia di finalità sinergiche, intese come razionalizzazione o miglioramento del servizio reso o economie di costi o altro, ma si fa riferimento esclusivamente a "*sinergie territoriali*" ossia meramente ripartitorie, in seno all'ATI.

212. In conclusione, l'illiceità sotto il profilo *antitrust* di un'ATI non necessaria orizzontale non richiede che l'accordo si collochi necessariamente in un contesto collusivo più ampio, potendo le Parti essersi accordate limitatamente alla partecipazione ad una singola gara (come nel caso di specie). Inoltre, le ragioni di efficienza che giustificano il ricorso all'ATI orizzontale non necessaria rappresentano, insieme al contenuto stesso dell'accordo ed al contesto normativo-regolamentare in cui l'accordo è concluso, tutti elementi che devono essere passati al vaglio, in ogni singolo caso, per verificare l'anticompetitività dell'oggetto dell'intesa.

213. In ragione di tutto quanto sopra delineato, quindi, la prova della natura anticompetitiva dell'accordo raggiunto da 2iGas e LD è desumibile da una serie di elementi concomitanti e univoci:

- l'essere l'intesa maturata in un contesto di imminente apertura alla concorrenza come effetto dell'introduzione di gare di ATEM con il rischio/certezza che gli assetti preesistenti venissero scalfiti da dinamiche concorrenziali nuove;
- le evidenze agli atti relative alla preoccupazione delle Parti, in prospettiva delle nuove gare di ambito, di razionalizzare il portafoglio delle concessioni tramite compravendite/swaps con i *competitors*/pianificazione di accordi strategici di "*alleanze*" / *non belligeranza* con i *competitors*;
- la diffusa prassi, in particolare, di operatori medio-piccoli di difendere le proprie preesistenti posizioni di *incumbency* (*stronghold strategy*) nell'attesa della disciplina di ATEM, nelle gare che venivano bandite con le vecchie regole;
- il fatto che sia LD, sia 2iGas sono parte di gruppi imprenditoriali che presentavano ampiamente e singolarmente i requisiti tecnici e finanziari per la partecipazione alla gara;
- il non avere l'ATI nessuna giustificazione di efficienza, industriale o gestionale dal momento che ogni società rimaneva gestore individuale nei Comuni in cui già esercitava il servizio in precedenza, né creava un maggiore concorrenza in sede di gara, né produceva alcun valore aggiunto al servizio gestito da ogni singola impresa;
- l'irrelevanza, al fine di giustificare la necessità della costituzione dell'ATI tra i due operatori *incumbent*, anziché la presentazione di offerte individuali, delle motivazioni per cui entrambi erano interessati a partecipare: i) per LD la continuità e difesa territoriale; ii) per 2iGas la valorizzazione degli *asset* con maggiori garanzie rispetto all'indennizzo che gli sarebbe spettato come gestore uscente da parte del Comune di Casalmaggiore e per sostenere l'ammissibilità del ricorso contro il bando e la disciplina di gara;
- il fatto che entrambe le società avevano, separatamente, elaborato già al momento dell'indizione della gara, più *business plan* per la partecipazione alla stessa, da cui si desumeva una ridotta remuneratività derivante dall'aggiudicazione, come conseguenza delle condizioni previste dal disciplinare di gara, ragione per cui entrambe ambivano ad aggiudicarsi la gara offrendo le condizioni economiche e tecniche minime previste dal bando;
- la ridotta remuneratività della gara, i ristretti tempi di presentazione delle offerte e l'esito del sopralluogo del 23 luglio 2010, tale per cui era del tutto improbabile che altre imprese, al di fuori dei due *incumbent*, avrebbero presentato offerte;
- il livello minimo dell'offerta presentata che poteva giustificarsi soltanto alla luce della ragionevole certezza di essere i soli a partecipare, non essendo razionalmente sostenibile che l'offerta fosse stata presentata al fine di "perdere" la gara;

214. In definitiva, gli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria confermano l'ipotesi delineata in sede di avvio del procedimento, e cioè che E.On Rete (oggi, 2iGas) e LD, i due gestori *incumbent* negli otto comuni della gara di Casalmaggiore, che avevano tutti i requisiti per poter partecipare autonomamente a tale gara, nonché LGH e E.ON Italia, in qualità di società controllanti, abbiano costituito un'ATI per finalità anticoncorrenziali e più specificamente meramente ripartitorie, miranti a replicare lo *status quo ante* gara. Ciò ha consentito di eliminare l'unica verosimile concorrenza attendibile in sede di gara, ossia quella tra i due soli gestori *incumbent*, e di ottenere il servizio alle condizioni economiche e tecniche minime previste dal bando. In tal modo, le Parti hanno violato l'articolo 2 della l. n. 287/90¹⁶⁰. Ogni valutazione in merito alle conseguenze dell'accertamento della natura illecita della convenzione sottoscritta dalle imprese aggiudicatrici ed i comuni, trattandosi di un contratto stipulato con un soggetto terzo, non può che spettare all'amministrazione appaltante.

IX. GRAVITÀ E DURATA DELL'INFRAZIONE

215. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, nel testo modificato dall'articolo 11, comma 4, della legge n. 57/01, prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga

¹⁶⁰ [Cfr. al riguardo, sentenza del TAR Lazio n. 10450 del 7 ottobre 2004 *Eni/Agipfuel*, nella quale è stato ravvisato che la costituzione di un'associazione temporanea d'impresa può costituire un "indice della sussistenza di una pratica concordata" volta a "scemare" il confronto concorrenziale implicito nello svolgimento di una gara, in particolare laddove il ricorso all'ATI determina la riunione dei principali concorrenti e non trova un'obiettiva giustificazione nell'onerosità e complessità della prestazione richiesta, né in esigenze di carattere tecnico organizzativo.]

l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato dall'impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata della stessa infrazione.

216. Alla luce dei principi della giurisprudenza comunitaria e nazionale, ai fini della valutazione della gravità dell'infrazione contestata, occorre tenere conto di una pluralità di elementi, tra i quali: la natura delle condotte, l'importanza delle imprese ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati posti in essere¹⁶¹.

217. Quanto alla natura dell'intesa in esame, si osserva che i comportamenti delle Parti avevano come obiettivo di consentire ai due *incumbent* di riconfermare l'affidamento nel proprio bacino storico, concertando la partecipazione alla gara e riducendo il grado dell'unica concorrenza possibile, quella *per* il mercato.

218. Tali comportamenti (hanno impedito il confronto concorrenziale quantomeno tra le Parti (gestori *incumbent* e, quindi, operatori maggiormente interessati alla partecipazione), eliminando la concorrenza che avrebbe potuto scaturire da una procedura di gara più concorrenziali. Pur ammettendo che una maggiore concorrenza in sede di gara avrebbe comportato che il soggetto aggiudicatario avrebbe potuto riconoscere una quota dei propri ricavi a titolo di canone ai Comuni superiore al livello minimo del 40% , si deve sottolineare che tale soggetto avrebbe potuto presentare anche una offerta migliorativa in termini di investimenti per il miglioramento della rete locale di distribuzione del gas o di miglioramento del progetto tecnico. Inoltre, la limitazione della concorrenza ravvisata appare idonea a provocare un danno ai consumatori anche in termini di ridotti incentivi, per le società coordinate nella partecipazione alle gare, ad offrire una migliore qualità dei servizi di distribuzione del gas, vale a dire un incremento quantitativo e qualitativo dei servizi offerti rispetto a quelli minimi posti a gara dal bando.

219. Tali comportamenti appaiono particolarmente gravi in caso di gara. Nel caso in esame si è in presenza di un'intesa orizzontale tra due gruppi attivi nella distribuzione del gas. L'infrazione, nel caso di specie, si sostanzia, infatti, nell'eliminazione della concorrenza possibile tra le Parti del procedimento nell'ambito di una gara per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale e nella spartizione del mercato¹⁶². I comportamenti, per la loro stessa connotazione, appaiono, dunque, idonei e destinati ad alterare il normale gioco della concorrenza, in caso di aggiudicazione, per tutta la durata degli affidamenti, e, dunque, rientrano nella categoria delle infrazioni più gravi della normativa *antitrust*.

220. Si deve considerare che per costante giurisprudenza, perché un'infrazione alla norme di concorrenza si possa considerare intenzionale, non è necessario che l'impresa che la pone in essere sia stata conscia di trasgredire tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza¹⁶³.

221. Nel caso di specie, il gruppo LGH e E.ON sono gruppi di dimensioni medio-grandi che dispongono delle conoscenze giuridiche ed economiche necessarie per conoscere le conseguenze dal punto di vista della concorrenza del comportamento posto in essere, tenuto conto anche dell'evidente carattere di illecito che qualifica un accordo tra concorrenti, tramite un'ATI orizzontale non necessaria, volto a restringere la competizione in gare ad evidenza pubblica.

222. L'obiettivo anticoncorrenziale è stato, peraltro, pienamente raggiunto, posto che la gara è stata aggiudicata alle condizioni minime previste dal bando ai due gestori *incumbent* che stanno gestendo le concessioni tra loro secondo la ripartizione precedentemente esistente e continueranno a farlo per 12 anni.

223. Sulla base di quanto precede emerge, dunque, che i comportamenti posti in essere da LGH, LD, 2iGas e E.ON Italia costituiscono violazioni molto gravi della disciplina a tutela della concorrenza¹⁶⁴.

224. Relativamente alla durata dell'infrazione, l'inizio deve essere ricondotto al 4 agosto 2010 data in cui LD risulta aver incontrato i rappresentanti di 2iGas proponendo "*sinergie territoriali – Cremona – Lodi – Pavia – ad iniziare da un ATI per la gara di Casalmaggiore (80%; 85% Noi 20%; 15% Loro)*"¹⁶⁵ e la conclusione è da ricondursi alla data di scadenza della presentazione delle offerte, ovvero al 21 agosto 2010. Gli effetti dell'infrazione sono tuttora perduranti.

I. Quantificazione della sanzione

225. Una volta accertate la gravità e la durata delle infrazioni poste in essere da LGH, LD, 2iGas ed E.ON Italia, ai fini dell'individuazione dei criteri di quantificazione, occorre tenere presente la Comunicazione della Commissione 2006/C

¹⁶¹ [Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim GmbH v. Commission*, punto 53, in *Raccolta 1970*, p. 769; ripresa e precisata nella sentenza 7 giugno 1983, cause riunite C-100-103/80, *Musique Diffusion Française*, in *Raccolta 1983*, p. 1825; e nella sentenza 9 novembre 1983, C-322/81, *Michelin*, in *Raccolta 1983*, p. 3461. Cfr. altresì la Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 "Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003".]

¹⁶² [La Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 "Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003", al par. 22, prevede che: "per la loro stessa natura, gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione, che sono generalmente segreti, costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza".]

¹⁶³ [Cfr. Corte di giustizia CE 8 novembre 1983, IAZ punto 35; Tribunale CE 6 aprile 1995 causa T-141/89, *Trefileurope*, punto 176 e 14 maggio 1998, causa T310/94 *Gruber + Weber*, punto 259; 12 luglio 2001, *British Sugar*, punto 127.]

¹⁶⁴ [Cfr. anche il recente provvedimento n. 23114 del 14 dicembre 2011 (A432 - COMUNI VARI-ESPLETAMENTO GARE AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS) nell'ambito del quale l'Autorità ha considerato come gravi analoghi comportamenti di natura escludente posti in essere dalla società Italgas S.p.A. nei confronti dei Comuni di Roma e Todi.]

¹⁶⁵ [Cfr. doc. 29.]

210/02 "Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003" (di seguito anche Comunicazione).

226. Al fine di quantificare la sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, devono essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni. Alla luce di tali criteri, si determinano gli importi delle sanzioni comminabili alle parti, prendendo anche in debita considerazione l'effettiva capacità economica delle parti di pregiudicare, in modo significativo, il gioco concorrenziale.

227. In considerazione degli Orientamenti contenuti nella citata Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende, per calcolare l'importo base della sanzione si è preso a riferimento il valore delle vendite dei beni interessate dall'infrazione, ossia il fatturato relativo alle concessioni della durata di 12 anni oggetto di affidamento nella gara del Comune di Casalmaggiore¹⁶⁶, quantificato a partire dai dati dei VRT per l'anno 2009 nei diversi comuni, come riportati nel disciplinare di gara. Il fatturato specifico dei servizi cui si riferisce l'infrazione è quindi quantificabile in 1.440.828 euro per LD ed in 13.392.312 euro per 2iGas¹⁶⁷.

228. Ai fini della determinazione dell'importo base della sanzione, al valore delle vendite sopra indicato deve essere applicata una percentuale individuata in funzione della gravità della violazione. Secondo gli Orientamenti *"In linea di massima, la proporzione considerata del valore delle vendite sarà fissata ad un livello che può raggiungere il 30% del valore delle vendite"*, in ragione *"di un certo numero di fattori, quali la natura dell'infrazione, la quota di mercato, l'estensione geografica dell'infrazione e se sia stata o meno data attuazione alle pratiche"*¹⁶⁸.

229. Nel caso di specie, nel richiamare le considerazioni già svolte in merito alla gravità della violazione, occorre tener conto del fatto che LGH ed E.ON Italia sono imprese di dimensioni tali da disporre delle conoscenze giuridiche ed economiche necessarie per conoscere il carattere illegittimo della propria condotta e le conseguenze che ne derivano dal punto di vista della concorrenza.

230. Si rileva, altresì, che l'infrazione in esame, come visto sopra, si connota come una violazione molto grave della disciplina *antitrust*, in quanto costituisce un accordo orizzontale volto ad alterare il corretto svolgimento della gara per l'affidamento del servizio con un obiettivo di spartizione del mercato. Al riguardo, si richiama il punto 23 degli Orientamenti secondo cui *"Per la loro stessa natura, gli accordi [accordi, pratiche concordate e decisioni di associazioni di imprese] orizzontali di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione, che sono generalmente segreti, costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza. Nell'ambito della politica di concorrenza essi saranno severamente sanzionati. In generale, pertanto, la proporzione del valore delle vendite considerata per le infrazioni di questo tipo si situerà sui valori più alti previsti"*.

231. Nel caso di specie, inoltre, ai fini dell'apprezzamento della gravità della violazione, rileva la circostanza che l'intesa ha avuto piena attuazione ed determinato l'affidamento del servizio per 12 anni.

La percentuale applicata al valore delle vendite dei beni a cui si riferisce l'infrazione, in ragione della gravità della violazione, è fissata nella misura del 15%. L'importo base della sanzione è quantificato pertanto nella misura di 216.124 euro per LD e di 2.008.847 euro per 2iGas.

Al fine di tener conto della durata dell'accordo, inferiore a sei mesi, tale importo è rideterminato in 108.062 euro per LD ed in 1.004.423 euro per 2iGas¹⁶⁹.

232. Si ritiene, inoltre, di dover applicare il punto 30 degli *Orientamenti* citati¹⁷⁰ che consente di aumentare l'ammenda da infliggere alle imprese che abbiano un fatturato particolarmente grande, al di là delle vendite dei beni e servizi ai quali l'infrazione si riferisce, al fine di garantire un effetto il più possibile dissuasivo dell'ammenda. Nel caso di specie, il fatturato di LD e 2iGas nel mercato interessato risulta, per entrambe, inferiore allo 0,4% rispetto al fatturato consolidato di LGH ed E.ON Italia. Al fine di garantire un effetto il più possibile dissuasivo della sanzione, viene applicata una maggiorazione del 20% all'importo base della sanzione sopra indicato.

232. In considerazione di quanto sopra, l'importo finale della sanzione è fissato nella misura di 129.675 euro per LD e LGH, che rappresenta meno dello 0,03% del fatturato consolidato 2010 di LGH e nella misura di 1.205.308 euro per 2iGas ed E.ON Italia che rappresenta circa lo 0,03% del fatturato consolidato di E.ON Italia.

Tutto ciò premesso e considerato;

¹⁶⁶ [Cfr. punto 13 della Comunicazione.]

¹⁶⁷ [Cfr. doc. 328 e 329.]

¹⁶⁸ [Cfr. punti 21 e 22 della Comunicazione.]

¹⁶⁹ [Cfr. Comunicazione, punto 24.]

¹⁷⁰ [*"La Commissione presterà particolare attenzione all'esigenza di garantire l'effetto sufficientemente dissuasivo delle ammende; a tal fine essa può aumentare l'ammenda da infliggere alle imprese che abbiano un fatturato particolarmente grande al di là delle vendite dei beni e servizi ai quali l'infrazione si riferisce"*.]

DELIBERA

a) che le società Linea Group Holding S.r.l., Linea Distribuzione S.r.l., E.ON Italia S.p.A. e 2iGas Infrastruttura Italiana Gas S.r.l. hanno posto in essere un accordo, tramite la costituzione di un'associazione temporanea di impresa, finalizzato alla spartizione territoriale delle concessioni messe a gara dal Comune di Casalmaggiore e da altri 7 Comuni della Provincia di Cremona nel luglio 2010 e ad ottenere l'aggiudicazione della gara alle condizioni minime previste dal bando di gara;

b) che le società Linea Group Holding S.r.l., Linea Distribuzione S.r.l., E.ON Italia S.p.A. e 2iGas Infrastruttura Italiana Gas S.r.l. si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;

c) che, in ragione della gravità e durata delle infrazioni di cui al punto a) alle società Linea Group Holding S.r.l., Linea Distribuzione S.r.l., venga applicata, in solido, una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 129.675 euro e a E.ON Italia S.p.A. e 2iGas Infrastruttura Italiana Gas S.r.l. venga applicata, in solido, una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 1.205.308 euro.

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera d) 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.agenziaentrate.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 la sanzione irrogata 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.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel 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, 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