

SP134 - ACEGAS-APS/TRIESTE ONORANZE E TRASPORTI FUNEBRI

Provvedimento n. 24015

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 23 ottobre 2012;

SENTITO il Relatore Presidente Giovanni Pitruzzella;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO la legge 24 novembre 1981 n. 689;

VISTA la comunicazione iniziale della società Acegas-Aps S.p.A., pervenuta in data 23 novembre 2011 ed avente ad oggetto l'avvenuta costituzione in data 27 ottobre 2011 della società denominata "Trieste Onoranze e Trasporti Funebri S.r.l.", da sé totalitariamente partecipata, ai fini del conferimento in tale società del proprio ramo d'azienda relativo ai servizi funerari;

VISTA la propria richiesta di informazioni alla società Acegas-Aps S.p.A., trasmessa in data 2 gennaio 2012;

VISTE le ulteriori informazioni trasmesse dalla società Acegas-Aps S.p.A. e pervenute in data 12 gennaio 2012 e 20 gennaio 2012;

VISTI i documenti in possesso dell'Autorità;

VISTA la propria delibera del 6 marzo 2012, con la quale è stata avviata, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, un'istruttoria nei confronti della società Acegas-Aps S.p.A. per accertare l'esistenza di comportamenti in violazione dell'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, della legge n. 287/90;

VISTA la comunicazione delle risultanze istruttorie, inviata alla Parte in data 9 agosto 2012;

VISTA la memoria conclusiva della società Acegas-Aps S.p.A. pervenuta in data 19 settembre 2012;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. LA PARTE

1. AcegasAps S.p.A. (di seguito, AcegasAps) è una società attiva nella gestione dei servizi pubblici locali (*public utilities*) prevalentemente nell'ambito dei territori compresi nella provincia di Trieste e nella provincia di Padova. In particolare AcegasAps svolge le seguenti attività: gestione dei servizi di acquedotto, fognatura e depurazione; gestione dei servizi di distribuzione dell'energia elettrica; gestione del servizio di distribuzione del gas; gestione di servizi di igiene ambientale quali raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani e assimilati; gestione di servizi cimiteriali; illuminazione pubblica, gestione semaforica e segnaletica luminosa¹.

AcegasAps è soggetta al controllo congiunto del Comune di Trieste e del Comune di Padova per il tramite della società AcegasAps Holding S.r.l..

Il fatturato consolidato di AcegasAps nel 2011 è stato di circa 543 milioni di euro.

II. IL PROCEDIMENTO

2. In data 6 marzo 2012, l'Autorità ha avviato un procedimento ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90 nei confronti della società AcegasAps per l'accertamento della violazione dell'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, della medesima legge n. 287/90².

3. La Parte ha esposto le proprie argomentazioni difensive e fornito informazioni e documenti in data 26 aprile, 21 giugno, 16 luglio e 6 agosto 2012 e, da ultimo, in data 19 settembre 2012.

III. LE CONDOTTE OGGETTO DI CONTESTAZIONE

4. Ad AcegasAps è stata contestata la violazione dell'obbligo di separazione in una società distinta delle attività svolte in regime di concorrenza rispetto a quelle effettuate in regime di esclusiva, obbligo previsto dall'articolo 8, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90. Dalla documentazione acquisita è infatti emerso che la stessa società AcegasAps ha svolto direttamente, dal 1° giugno 2000 al 23 dicembre 2011 (data del conferimento a Trieste Onoranze e Trasporti Funebri S.r.l. del proprio ramo d'azienda relativo ai servizi funerari), in regime di concorrenza, svariate attività appartenenti al settore dei servizi funerari, quali le attività di trasporto di defunti, il disbrigo su mandato dei familiari delle pratiche

¹ [In particolare, nell'ambito della Provincia di Trieste e della Provincia di Padova AcegasAps esercita i citati servizi pubblici locali di rilevanza economica in regime di monopolio.]

² [Doc. I.6.]

inerenti il servizio funebre, la commercializzazione di casse mortuarie e di altri contenitori, l'allestimento del feretro e la preparazione ed esposizione delle salme, il trasporto di feretri e ceneri, l'inserzione dei necrologi sulla stampa e la composizione di addobbi floreali.

5. Inoltre, ad AcegasAps è stata contestata la violazione dell'obbligo di preventiva comunicazione previsto dall'articolo 8, comma 2-ter, della legge n. 287/90.

IV. IL SERVIZIO DI ONORANZE FUNEBRI A TRIESTE

6. Con deliberazione del Consiglio Comunale n. 30 dell'8 maggio 2000³, il Comune di Trieste aveva affidato ad AC.E.GA.S. S.p.A. (l'allora denominazione di AcegasAps) la totalità dei servizi funebri e cimiteriali per 30 anni per l'area comunale. Gli operatori privati di pompe funebri operanti nel Comune di Trieste potevano svolgere, in regime di concorrenza tra loro e con AcegasAps, le seguenti attività: disbrigo di pratiche inerenti il servizio funebre, commercializzazione di casse mortuarie, urne cinerarie ed accessori in genere, allestimento dei feretri, preparazione ed esposizione delle salme, inserzione di necrologi e composizione di addobbi floreali. Erano invece riservate alla AcegasAps le attività di trasporto all'obitorio e di trasporto dall'obitorio al luogo di sepoltura (per quest'ultimo, l'esclusiva si limitava al territorio del Comune di Trieste): per tali attività, le imprese private si dovevano avvalere dei servizi di AcegasAps. La citata delibera includeva il contratto di servizio con la citata società⁴.

7. Il Consiglio Comunale di Trieste ha adottato il 6 novembre 2006 la Delibera n. 98⁵ con cui disponeva la liberalizzazione del servizio di trasporto funebre limitatamente alla fase successiva all'accertamento della morte da parte del medico necroscopo (quindi, il trasporto dall'obitorio al luogo di sepoltura), nei casi previsti dalla normativa, dopo il rilascio del nulla osta da parte dell'Autorità Giudiziaria.

8. Con Legge Regionale del Friuli Venezia Giulia 21 Ottobre 2011 n. 12⁶, il servizio di trasporto funebre è stato interamente liberalizzato, ivi incluso quindi il trasporto della salma all'obitorio.

9. In base a informazioni fornite dalla parte⁷, tra il 2007 e il 2011 l'attività di trasporto funebre ha inciso per circa il 25% del totale dei ricavi della società provenienti dal complesso delle attività di onoranze funebri. Il trasporto funebre assorbirebbe la quasi totalità delle risorse di personale e di mezzi della società per le attività funerarie.

V. LE ARGOMENTAZIONI DI ACEGASAPS

10. Nella sua memoria del 2 maggio 2012⁸ (anticipata in data 26 aprile 2012⁹), AcegasAps sostiene l'insussistenza della violazione degli obblighi di cui all'articolo 8, comma 2-bis.

a) Insussistenza degli obblighi di cui all'articolo 8, comma 2-bis, per il principio di legalità e per il principio di irretroattività.

11. Secondo quanto rappresentato, AcegasAps, nel periodo in contestazione, avrebbe sempre gestito i servizi funerari e cimiteriali su incarico del Comune di Trieste e in esito ad approfondite valutazioni di opportunità e convenienza effettuate dallo stesso Comune di Trieste nel rispetto degli indirizzi e della normativa vigente all'epoca dell'affidamento.

12. La società rileva che dal verbale di Deliberazione del Consiglio Comunale n. 30 dell'8 maggio 2000¹⁰ si evince chiaramente che il Comune predetto è addivenuto alla decisione di affidare ad AcegasAps la totalità dei servizi funebri e cimiteriali per 30 anni, ritenendo che i servizi in questione, unitariamente considerati (già gestiti in economia dal Comune), rientrassero nel novero dei servizi pubblici per le loro specifiche finalità e in quanto idonei a soddisfare esigenze insopprimibili della collettività.

Prima di procedere con l'affidamento dei servizi sopra citati, il Comune di Trieste aveva raccolto ed esaminato una serie di studi e di esperienze gestionali in altre città, che mettevano concordemente in evidenza *"la necessità che i servizi funerari vengano svolti in forma unitaria e coordinata da un unico soggetto gestore per eliminare diseconomie strutturali derivanti dalla parcellizzazione delle competenze"*¹¹.

Pertanto il Comune di Trieste, in sede di istruttoria preliminare, aveva acquisito uno specifico studio di fattibilità dell'Università Bocconi, nel quale si indicava l'affidamento a società per azioni a prevalente capitale pubblico locale,

³ [All. 1 al doc. I.5.]

⁴ [Con sentenza n. 7950 del 27 dicembre 2006, il Consiglio di Stato – Sez. VI ha annullato la delibera n. 30/2000 nella parte in cui affidava ad AcegasAps il servizio di trasporto funebre in monopolio, ritenendo che le onoranze funebri hanno un carattere spiccatamente commerciale, per cui il relativo esercizio andava lasciato al mercato; inoltre, il regime monopolio per il trasporto funebre non era più vigente a far data dall'entrata in vigore della legge n. 142/1990.]

⁵ [All. 1 al doc. I.15.]

⁶ [All. 3 al doc. I.5.]

⁷ [Doc. I.14.]

⁸ [Doc. I.9.]

⁹ [Doc. I.8.]

¹⁰ [All. 1 al doc. I.5.]

¹¹ [All. 1 al doc. I.5.]

quale modalità gestionale "più adatta", e quindi nel pieno rispetto di quanto stabilito all'articolo 22, lettera e), della legge n. 142/90 e s.m.i. (norma vigente all'epoca dell'affidamento).

Inoltre, nel citato verbale viene chiaramente enunciato che l'affidamento dei servizi funerari ad AcegasAps rappresenta *"una soluzione in grado di favorire il miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dei servizi resi alla cittadinanza, rispondendo comunque ad un criterio di economicità e opportunità per l'amministrazione comunale"*, e ancora che *"questa scelta è rafforzata dalla possibilità di contare su una struttura già operativa, senza la necessità di costituire una nuova struttura direzionale e amministrativa, quindi con rilevanti risparmi in termini di tempi e di costi"*.

13. AcegasAps rileva che la Delibera di cui si discute è dell'8 maggio 2000, vale a dire di circa un anno precedente alla legge 5 marzo 2001 n. 57, legge con la quale sono stati introdotti i commi 2-bis e 2-ter all'articolo 8 della legge n. 287/90, e per la presunta violazione dei quali l'Autorità ha deliberato l'avvio del procedimento.

Pertanto la società gestiva (sulla base del predetto affidamento) le attività di onoranze funebri ben un anno prima che entrassero in vigore gli obblighi di separazione societaria di cui all'articolo 8, comma 2-bis e i conseguenti obblighi di comunicazione di cui al comma 2-ter.

14. AcegasAps richiama quindi il principio di irretroattività delle leggi sancito dall'articolo 11 delle Preleggi secondo il quale *"la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"*.

Secondo AcegasAps, il principio sopra richiamato conduce a ritenere che gli obblighi di separazione societaria di cui trattasi non possano interessare anche attività che erano già esercitate al tempo dell'entrata in vigore degli obblighi medesimi, in quanto affidate nel pieno rispetto della normativa vigente al tempo dell'affidamento e per mezzo di atti deliberativi compiutamente motivati, in quanto adottati in esito ad un'istruttoria approfondita ed esaustiva incentrata sulle risultanze emergenti dallo Studio di fattibilità redatto dall'Università Bocconi per conto del Comune di Trieste.

15. AcegasAps richiama altresì il principio sancito dall'articolo 1 della legge n. 689/81 (Principio di legalità), il quale afferma che *"nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione"*.

Nel rispetto del sopra evidenziato principio di legalità, anche ammettendo in linea del tutto teorica che vi sia stata violazione degli obblighi di cui al comma 2-bis, AcegasAps sostiene di non poter in ogni caso essere destinataria di alcuna sanzione di cui al comma 2-ter.

b) Mancanza dell'elemento soggettivo

16. Secondo quanto rappresentato da AcegasAps, la società non potrebbe essere ritenuta responsabile della violazione contestata, in quanto si sarebbe sempre adeguata alle direttive gestionali impartite dall'Ente concedente (Comune di Trieste) tramite specifici (e ben motivati) atti deliberativi (le delibere del Consiglio Comunale).

17. In particolare, la parte richiama la citata Delibera n. 98 del 2006 del Consiglio Comunale¹², la quale, al termine di un'approfondita disamina circa l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di servizi pubblici gestiti in regime di privativa, disponeva la liberalizzazione del servizio di trasporto funebre limitatamente alla fase successiva all'accertamento della morte da parte del medico necroscopo, nei casi previsti dalla normativa, dopo il rilascio del nulla osta da parte dell'Autorità Giudiziaria.

18. Con riferimento al trasporto della salma nella fase precedente all'accertamento della morte, il Comune confermava l'affidamento in esclusiva ad AcegasAps, *"tenuto conto delle esigenze di carattere igienico, sanitario, di sicurezza e di ordine pubblico il cui soddisfacimento è assicurato istituzionalmente dal medesimo Comune in virtù delle attribuzioni previste dalla vigente normativa e in particolare dai Cap. II, III, IV e V del DPR 285/90"* (regolamento di Polizia Mortuaria).

Ai sensi della delibera citata, restava ferma *"la posizione dell'AcegasAps S.p.A. affidataria dei servizi funerari e cimiteriali"*.

AcegasAps, pertanto, anche dopo il 2006, uniformandosi alle direttive impartite con la citata Delibera n. 98 (delibera mai impugnata e/o contestata da alcuno e pertanto da ritenersi legittima a tutti gli effetti) ha continuato a dover gestire una fase (comunque rilevante) del trasporto funebre (ovvero il trasporto della salma nella fase precedente all'accertamento della morte) in regime di privativa, e una fase (non meno rilevante) del trasporto funebre (ovvero il servizio di trasporto funebre limitatamente alla fase successiva all'accertamento della morte) nonché le residuali attività di onoranze funebri (disbrigo di pratiche inerenti il servizio funebre, commercializzazione di casse mortuarie, urne cinerarie ed accessori in genere, allestimento dei feretri, preparazione ed esposizione delle salme, inserzione di necrologi e composizione di addobbi floreali) in regime di concorrenza.

19. L'obbligatoria gestione in esclusiva di una fase dell'attività di trasporto funebre avrebbe impedito di fatto alla società di adottare la separazione societaria con riferimento alla fase di trasporto della salma successiva all'accertamento della morte, la sola fase effettivamente liberalizzata dal Comune nell'ambito dei trasporti funebri.

Ciò troverebbe evidente e necessaria giustificazione nel doveroso rispetto dei fondamentali canoni di organizzazione, razionalizzazione ed efficienza dei processi produttivi aziendali, canoni che devono ritenersi imprescindibili per soggetti fortemente orientati al conseguimento di utili (e quindi alla produzione di valore) come le società per azioni quotate in borsa, nel cui novero rientra anche AcegasAps S.p.A..

¹² [All. 1 al doc. I.15.]

20. Inoltre l'ipotetica separazione societaria, con conferimento di attività svolte in regime di esclusiva (trasporto funebre anteriore all'accertamento della morte) e in regime liberalizzato, avrebbe comunque determinato il risultato paradossale di riprodurre, all'interno di una società neocostituita, la medesima situazione di commistione di attività vietata dalle norme in questione.

21. Secondo la società, la situazione sopra descritta (protrattasi fino all'emanazione della Legge Regionale Friuli 21 Ottobre 2011 n. 12¹³) consentirebbe di escludere non soltanto qualsiasi elemento di intenzionalità (dolo), ma anche qualsiasi elemento di colpevolezza in capo ad AcegasAps nello svolgimento delle attività contestate nel presente procedimento, considerato che dette attività sono state svolte sulla base di un atto deliberativo correttamente motivato e non impugnato.

Non potrebbe quindi ravvisarsi nella condotta della società l'elemento soggettivo (dolo o colpa) previsto dall'articolo 3 della legge n. 689/81 quale indefettibile presupposto per ritenere sussistente la responsabilità per violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa.

c) Insussistenza di responsabilità per avere operato nell'adempimento di un dovere

22. La parte rileva che con il contratto di servizio del 30 maggio 2000¹⁴ sono state formalizzate le condizioni relative alla gestione dei servizi affidati ad AcegasAps e soprattutto i rigorosi obblighi di gestione imposti alla società con le connesse responsabilità.

A tal proposito l'articolo 4 del contratto (responsabilità del gestore) prevedeva che *"la società è responsabile del buon funzionamento dei servizi secondo le disposizioni del presente contratto e degli allegati che ne costituiscono parte integrante"*.

L'articolo 7 poi assegnava ad AcegasAps l'esclusività del servizio di trasporti funebri di cadaveri per l'intero territorio comunale. Inoltre, l'articolo 19 del contratto di servizio quale prevedeva il diritto del Comune di risolvere il contratto nel caso di *"ripetute gravi inadempienze"*. Nel caso di risoluzione del contratto, il Comune di Trieste era legittimato a procedere con il definitivo incameramento della cauzione di cui all'articolo 18¹⁵, fatto salvo il risarcimento degli ulteriori danni, oneri e spese.

23. Secondo la parte, per quanto sopra rappresentato, un'eventuale separazione societaria avrebbe certamente integrato una violazione delle direttive impartite con l'accennata delibera del Consiglio Comunale di Trieste n. 98 del 2006, e una violazione delle obbligazioni contrattuali assunte con il citato contratto di servizio del 30 maggio 2000. La società quindi non avrebbe potuto legittimamente sottrarsi ai rilevanti obblighi di servizio pubblico contenuti nel contratto di servizio in questione, senza esporsi al rischio di dover corrispondere ingenti sanzioni pecuniarie a favore dell'Ente Concedente, oltre agli eventuali danni ulteriori.

I gravosi obblighi gestionali imposti alla società con il contratto di servizio si sarebbero protratti fino alla separazione societaria effettuata nel 2011 e pertanto la parte sostiene l'insussistenza di qualsiasi responsabilità della società con riferimento alle norme che si assumono essere violate, trattandosi di attività poste in essere nell'adempimento di specifici (e pesantemente sanzionati) obblighi contrattuali, invocando a tal fine il chiaro disposto dell'articolo 4 della legge n. 698/81, secondo il quale *"non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere ..."*.

24. Inoltre, l'obbligatoria gestione in esclusiva di una (rilevante) fase dell'attività di trasporto funebre impediva (di fatto) alla società di adottare la separazione societaria con riferimento alla fase di trasporto della salma successiva all'accertamento della morte.

A parere della parte, l'affermazione di cui sopra trova evidente (e necessaria) giustificazione nel doveroso rispetto dei fondamentali canoni di organizzazione, razionalizzazione ed efficienza dei processi produttivi aziendali.

Per il motivo sopra evidenziato non sarebbe stato attuabile, come soluzione organizzativa possibile, il mantenimento delle strutture operative nella società originaria e la stipula di appositi contratti di servizio con la nuova società di onoranze.

Deve infatti tenersi presente che l'ipotesi di utilizzare gli stessi mezzi di trasporto da parte del personale appartenente a due società distinte si sarebbe rivelata impraticabile e in ultima analisi inefficiente, considerato che le due attività di trasporto funebre (quella in regime di monopolio e quella liberalizzata) sono tra loro praticamente identiche sotto il profilo delle modalità di esecuzione, rendendosi quindi necessaria la gestione unitaria delle stesse, da parte di un unico soggetto.

Analogamente sarebbe risultata non percorribile l'ipotesi contraria, prevedendo quindi l'attivazione di una segregazione societaria di tutte le attività di trasporto della nuova società di onoranze, comprese quelle di tipo istituzionale prima dell'accertamento della morte, istituendo appositi contratti per lo svolgimento da parte della nuova società di onoranze di questi ultimi servizi.

¹³ [All. 3 al doc. I.5.]

¹⁴ [All. 2 al doc. I.5.]

¹⁵ [Tale articolo prevedeva anche la costituzione di una cauzione a garanzia del corretto adempimento delle obbligazioni di cui al contratto di servizio.]

Così agendo infatti si sarebbe violato il contenuto della delibera comunale sull'argomento che, sia prima sia dopo il 2006, aveva tolto ogni possibilità di intromissione delle imprese di pompe funebri, quale la nuova società di onoranze funebri, nelle attività di trasporto dei defunti prima dell'accertamento della morte.

d) Situazione di incertezza normativa

25. La società evidenzia che la Corte di Cassazione (Sentenza 6 giugno 2005 n. 11726) e la giurisprudenza amministrativa (Tar Toscana 24 settembre 2008 n. 2068) hanno sempre costantemente ritenuto di annoverare il trasporto funebre (nel suo complesso e senza distinzioni) nell'ambito dei servizi a rilevanza economica ai sensi dell'articolo 113 del Decreto Legislativo n. 267/2000.

A tal riguardo, la parte sostiene che il trasporto funebre rappresenta l'attività decisamente preponderante sotto il profilo della rilevanza economica e con ancora maggiore evidenza, dell'impegno organizzativo e gestionale che esso comporta nell'ambito delle c.d. onoranze funebri.

26. L'articolo 113 del citato Decreto disciplinava l'affidamento e la gestione in regime di esclusiva dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Il quinto comma dell'articolo 113 prevedeva tra le modalità di gestione dei servizi ivi disciplinati anche il conferimento della titolarità del servizio a società a capitale misto pubblico-privato, con socio privato scelto con gara, mentre il comma 15-*bis* escludeva dalla cessazione anticipata le concessioni (di servizi pubblici a rilevanza economica) già affidate a società quotate in borsa alla data del 1 ottobre 2003 (come AcegasAps) regime di salvaguardia che è stato successivamente ribadito (per le società quotate alla data predetta) dall'articolo 23-*bis* del Decreto Legislativo n. 112/2008 (convertito in legge n. 133/2008) e poi confermato dall'articolo 4 comma 33, del Decreto Legislativo n. 138/2011 (convertito in legge n. 148/2011).

27. Secondo quanto sostenuto da AcegasAps, le pronunce giurisprudenziali sopra richiamate, che in sostanza avrebbero affermato la piena legittimità della gestione del trasporto funebre da parte di società miste che gestiscono servizi pubblici in regime di privativa, hanno ulteriormente contribuito (unitamente alle delibere comunali sopra citate) a rafforzare nella società la convinzione di operare in modo del tutto legittimo, al pari degli altri servizi pubblici locali già gestiti da AcegasAps.

28. La predetta posizione giurisprudenziale relativa alle modalità di gestione del trasporto funebre che sembrerebbe in conflitto con gli obblighi di separazione societaria previsti dall'articolo 8, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90 (già vigente al tempo delle pronunce citate) si è accompagnata alla perdurante carenza a livello nazionale di idonee previsioni normative che delineassero con chiarezza i contenuti e i confini delle attività in discussione (onoranze funebri, trasporto funebre, servizi cimiteriali accessori) la loro natura giuridica e le relative modalità di esercizio (se in regime di privativa o in regime di libera concorrenza).

A riguardo, la parte ritiene significativo quanto espresso dall'Autorità, nella segnalazione n. 392 del 23 maggio 2007, in cui si rilevava l'assenza di indicazioni normative in materia si auspicavano *"... interventi legislativi a livello nazionale e/o regionale che affrontino e risolvano le problematiche indicate attraverso la chiara separazione e incompatibilità tra i servizi di onoranze funebri e i diversi servizi pubblici, che si connotano per un prevalente interesse igienico sanitario o di carattere pubblico-sociale"*.

29. Secondo AcegasAps, l'assenza di chiare indicazioni normative che tenessero conto delle evoluzioni giurisprudenziali in materia si aggiungeva ai predetti atti deliberativi dell'amministrazione comunale, rendendo praticamente impossibile per la società procedere all'elaborazione di un efficiente (dal punto di vista del rapporto costi-benefici) e razionale (dal punto di vista dell'organizzazione dei processi di produzione) progetto di separazione societaria delle onoranze funebri.

30. Le indicazioni normative in materia sarebbero finalmente intervenute per la Regione Friuli Venezia Giulia soltanto nel 2011, con la Legge Regionale n. 12¹⁶, legge il cui *iter* approvativo è durato circa due anni (dal 2009 al 2011), nel corso dei quali i disegni di legge presentati prevedevano un termine per procedere alla separazione societaria.¹⁷ Ciò aveva ingenerato nella società la convinzione di poter legittimamente operare in modo unitario fino alla scadenza dei termini indicati nei suddetti progetti di legge, una volta approvati.

La legge regionale citata, disciplinando in modo organico la materia di cui trattasi, e definendo con chiarezza il contenuto delle varie attività da gestirsi con semplice autorizzazione o in regime di privativa, avrebbe consentito ad AcegasAps di individuare compiutamente le attività afferenti al ramo d'azienda conferito alla neocostituita Trieste Onoranze e Trasporti Funebri S.r.l..

e) Presupposti per l'irrogazione di una sanzione meramente simbolica o comunque minima

31. Con riferimento al parametro relativo alla personalità dell'agente, la società evidenzia di aver trasmesso tempestiva comunicazione all'Autorità, ai sensi dell'articolo 8, comma 2-*ter*, della legge n. 287/90, dell'avvenuta costituzione di Trieste Onoranze e Trasporti Funebri S.r.l., realizzata pressoché contestualmente all'entrata in vigore della citata Legge Regionale n. 12/2011¹⁸, necessario e imprescindibile presupposto per dare seguito alla separazione societaria in questione.

¹⁶ [All. 3 al doc. I.5.]

¹⁷ [Cfr. Proposta di legge n. 89, "Norme in materia funeraria e di polizia mortuaria", presentata il 30 ottobre 2009 (all. 1 al doc. I.13) e Proposta di legge n. 140, "Norme in materia funeraria e di polizia mortuaria", presentata il 4 novembre 2010 (all. 2 al doc. I.13). .]

¹⁸ [All. 3 al doc. I.5.]

Peraltro, la società aveva già iniziato ad adottare i necessari atti di indirizzo (delibere del Consiglio di Amministrazione) relativi alla separazione societaria di cui trattasi, ancor prima della pubblicazione della Legge Regionale citata. Sarebbe inoltre assente per AcegasAps l'aggravante della recidiva, non essendosi mai resa responsabile di altre violazioni delle norme in questione.

32. Per quanto riguarda infine le conseguenze della violazione, l'operato della società non avrebbe prodotto alcun impatto rilevante o comunque significativo sulle dinamiche concorrenziali del settore.

Infatti, nel 2006 il Comune di Trieste ha liberalizzato la fase del trasporto successiva all'accertamento della morte, consentendo ad ogni impresa interessata di gestire detta attività previa semplice autorizzazione.

33. In conclusione, AcegasAps chiede, in via principale, l'archiviazione del procedimento e, in subordine, la quantificazione nei minimi termini dell'irroganda sanzione di cui all'articolo 8, comma 2-sexies, della legge n. 287/90, alla luce sia del comportamento di buona fede tenuto da AcegasAps sia delle citate circostanze attenuanti, di natura oggettiva e soggettiva.

VI. VALUTAZIONI

A) I comportamenti contestati

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

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

35. AcegasAps, in quanto gestisce i servizi cimiteriali nel Comune di Trieste, va considerata impresa che, per disposizione di legge, esercita la gestione di un servizio di interesse economico generale ovvero opera in regime di monopolio sul mercato.

Secondo la nozione che è stata definita in ambito comunitario¹⁹, infatti, sono servizi di interesse economico generale i servizi che, in virtù di un criterio di interesse generale, vengono assoggettati a specifici obblighi di servizio pubblico, come nel caso di specie avviene relativamente ai servizi cimiteriali nel Comune di Trieste.

36. AcegasAps ha svolto altresì, dal 1° giugno 2000 al 23 dicembre 2011, varie attività appartenenti ai servizi funerari, attività che, diversamente dai servizi cimiteriali, non costituivano né costituiscono servizi di interesse economico generale ed erano svolte in regime di concorrenza con altri soggetti.

In particolare, AcegasAps ha svolto, nel periodo indicato, le seguenti attività appartenenti ai servizi funerari: il trasporto di defunti, il disbrigo su mandato dei familiari delle pratiche inerenti il servizio funebre, la commercializzazione di casse mortuarie e di altri contenitori, l'allestimento del feretro e la preparazione ed esposizione delle salme, il trasporto di ceneri, l'inserzione dei necrologi sulla stampa e la composizione di addobbi floreali. Si ricorda che AcegasAps ha svolto tali attività dal 1° giugno 2000, data del trasferimento delle stesse dal Comune di Trieste ad AcegasAps, fino al 23 dicembre 2011, data del conferimento da parte di AcegasAps a Trieste Onoranze e Trasporti Funebri S.r.l. del proprio ramo d'azienda relativo ai servizi funerari.

37. Per svolgere tali attività in mercati diversi da quello dei servizi cimiteriali, pertanto, AcegasAps avrebbe dovuto, a far data dal marzo 2001²⁰, fare ricorso a società separata, dandone preventiva comunicazione all'Autorità, come previsto dall'articolo 8, commi 2-bis e 2-ter, della legge n. 287/90.

Né la separazione societaria a far data dal marzo 2001, né la comunicazione preventiva della separazione, invece, sono avvenute.

38. Quanto all'argomento di AcegasAps secondo cui vi era la necessità che i servizi funerari venissero svolti in forma unitaria e coordinata da un unico soggetto gestore per eliminare diseconomie strutturali derivanti dalla parcellizzazione delle competenze, si osserva che tale assunto non è accoglibile. Infatti, solo in presenza di significative specificità – tali, ad esempio, da rendere dubbia la stessa configurabilità di un mercato “diverso” e aperto alla concorrenza in cui si troverebbe ad operare il gestore del servizio riservato – l'Autorità può accertare il venir meno dei presupposti per la separazione societaria.

39. Inoltre, la circostanza che il trasporto, sia prima sia dopo l'accertamento della morte, per diversi anni – e precisamente fino al 2006 - non fosse stato chiaramente definito come un'attività aperta alla concorrenza, non può rappresentare una giustificazione alla mancata osservanza di obblighi di legge di cui all'articolo 8, commi 2-bis e 2-ter, della legge n. 287/90. Al riguardo si ricorda innanzitutto come AcegasAps nell'anno 2001, anno dell'introduzione dell'articolo 8 commi 2-bis e 2-ter della legge n. 287/90, già da circa un anno svolgesse diverse attività palesemente aperte alla concorrenza, quali le citate attività di disbrigo su mandato dei familiari delle pratiche inerenti il servizio funebre, commercializzazione di casse mortuarie e di altri contenitori, allestimento del feretro e preparazione ed esposizione delle salme, trasporto di ceneri, inserzione dei necrologi sulla stampa e composizione di addobbi floreali, e

¹⁹ [Cfr. il Libro bianco sui servizi di interesse generale, Comunicazione della Commissione europea del 12 maggio 2004, pag. 23.]

²⁰ [Si ricorda che l'art. 8, commi 2-bis e 2-ter, è stato introdotto nella legge n. 287/90 dall'articolo 11, comma 3, della Legge 5 marzo 2001, n. 57, recante “Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati”.]

fosse pertanto soggetta almeno per tali attività agli obblighi di separazione e comunicazione previsti dalla medesima norma. In secondo luogo, si ricorda che nel corso dell'anno 2006, ben prima della costituzione della società Trieste Onoranze e Trasporti Funebri S.r.l., era stato chiarito come il trasporto dopo l'accertamento della morte fosse un'attività aperta alla concorrenza, cosicché, anche qualora si aderisse all'interpretazione della parte, perlomeno a decorrere da tale anno AcegasAps doveva ritenersi soggetta ai suddetti obblighi di separazione e comunicazione anche con riferimento a quest'ultima attività.

40. In conclusione, AcegasAps ha posto in essere condotte in violazione dell'articolo 8, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90, in quanto: (i) ha svolto attività di disbrigo su mandato dei familiari delle pratiche inerenti il servizio funebre, commercializzazione di casse mortuarie e di altri contenitori, allestimento del feretro e preparazione ed esposizione delle salme, trasporto di ceneri, inserzione dei necrologi sulla stampa e composizione di addobbi floreali senza fare ricorso a società separata, a far data dal marzo 2001 e fino al 23 dicembre 2011, e (ii) ha svolto attività di trasporto di defunti nella fase successiva all'accertamento della morte senza fare ricorso a società separata, a far data dal 2006 e fino al 23 dicembre 2011. Tali condotte sono state pertanto tenute da AcegasAps per svariati anni prima della costituzione della società separata Trieste Onoranze e Trasporti Funebri S.r.l., avvenuta in data 27 ottobre 2011, e del quasi contestuale conferimento a quest'ultima del proprio ramo d'azienda relativo ai servizi funerari, avvenuto in data 23 dicembre 2011.

AcegasAps ha inoltre posto in essere una condotta in violazione dell'articolo 8, comma 2-*ter*, della legge n. 287/90, in quanto, non avendo, sin dal 2001, proceduto ad effettuare la separazione societaria citata, non ha adempiuto l'obbligo di comunicazione preventiva.

B) Il mercato

41. Il settore delle onoranze funebri è stato oggetto di diverse segnalazioni dell'Autorità, tra le quali si ricorda, in particolare, la AS 392, "*Affidamento dei servizi di gestione delle camere mortuarie ed obitoriali e dei servizi cimiteriali, ad imprese di onoranze funebri*"²¹. La segnalazione evidenziava, anche sulla base di svariate denunce prevenute all'Autorità, come nel settore delle onoranze funebri coesistano attività pubblicistiche ed attività in concorrenza. Le prime ricomprendono la gestione delle camere mortuarie all'interno di ospedali o di aree cimiteriali e la gestione delle aree cimiteriali. In linea generale, i servizi di gestione delle camere mortuarie e delle aree cimiteriali concernono interessi pubblici di carattere prevalente, trattandosi di attività che hanno connotati tipicamente igienico-sanitari e comunque riferite all'esercizio di servizi pubblici sociali.

Le attività in concorrenza consistono in svariate attività imprenditoriali di onoranze funebri, quali, tra le altre, il disbrigo delle pratiche amministrative o la vendita di casse ed articoli funebri, nonché l'attività commerciale marmorea e lapidea.

42. Conformemente a quanto osservato dall'Autorità nell'ambito della citata segnalazione, la dimensione geografica di tali mercati è locale.

In particolare, è ragionevole assumere che nell'ambito del settore delle onoranze funebri sia le attività pubblicistiche sia le attività in concorrenza abbiano dimensione comunale o, al più, provinciale. Con specifico riferimento alle attività in concorrenza, la dimensione geografica comunale o provinciale delle stesse si evince in ragione del fatto che, dal lato della domanda, il grado di sostituibilità per l'acquirente tra servizi offerti dai diversi operatori risulta limitato ai servizi esistenti in tale ambito territoriale. Pertanto, nel caso di specie, esso può essere individuato nel territorio del comune o della provincia di Trieste in cui AcegasAps opera.

43. AcegasAps svolge servizi di interesse economico generale in posizione di monopolio²² e contemporaneamente è presente nei mercati dei servizi funerari della provincia di Trieste in concorrenza con altri operatori.

La quota complessiva di AcegasAps nell'insieme dei servizi funebri è passata dal 50% circa del 2001 al 30% circa al 2011.

C) Il soggetto responsabile delle infrazioni

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

D) L'elemento soggettivo delle infrazioni

45. Per quel che attiene all'elemento soggettivo delle infrazioni, le circostanze accertate inducono ad escludere l'esistenza di una precipua volontà diretta ad eludere dolosamente gli obblighi di cui agli articoli 8, comma 2-*bis* e 8, comma 2-*ter* della legge n. 287/90.

²¹ [AS392 del 17 maggio 2007, pubblicata in bollettino n. 19/2007.]

²² [Cfr. paragrafi I e V a).]

Tuttavia, l'articolo 3 della legge n. 689/81 prevede che la responsabilità consegua ad ogni azione od omissione, cosciente e volontaria, *"sia essa dolosa o colposa"*, e, nel caso di specie, la colpevolezza dell'omissione non può essere esclusa.

46. Relativamente alle fattispecie in esame, non pare dubbia la colpevole omissione di separazione societaria e di notifica preventiva della stessa da parte di AcegasAps. Infatti, senza alcuna incertezza interpretativa, l'articolo 8, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90, impone alle imprese in regime di monopolio sul mercato, in virtù di disposizione di legge, di operare mediante società separata in mercati diversi da quelli per cui le medesime imprese godono dei diritti speciali o esclusivi ed il comma 2-*ter* della medesima norma impone il conseguente obbligo di comunicazione preventiva all'Autorità. Pertanto, una diligente lettura della norma avrebbe dovuto far rilevare alla parte l'esistenza dell'obbligo di operare mediante società separata per quanto concerne le varie attività appartenenti ai servizi funerari di cui sopra, in quanto attività liberalizzate, dandone preventiva comunicazione all'Autorità, e ciò in quanto, come evidenziato, sin dall'entrata in vigore di tale obbligo la società esercitava attività in concorrenza con altri operatori.

Non rilevano quindi le argomentazioni della parte in merito all'affidamento complessivo delle attività da parte del Comune di Trieste e in merito al rischio di inadempienza agli obblighi indicati nel contratto di servizio, giacché la nuova disposizione contenuta nella legge n. 287/90, peraltro di fonte normativa primaria, riguardante una materia – quale la tutela della concorrenza – soggetta alla legislazione esclusiva dello Stato, e quindi prevalente rispetto ad una delibera

amministrativa comunale²³ o leggi regionali e tanto più a disegni di legge regionale, non imponeva la dismissione delle attività in questione, quanto il conferimento delle stesse ad un soggetto giuridico distinto che può far capo allo stesso soggetto economico. Per le stesse ragioni, non hanno pregio le obiezioni della parte relative all'inapplicabilità della norma in base al principio della non retroattività delle leggi ed all'incertezza normativa che l'applicazione dell'articolo 8, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90 avrebbe comportato sull'attività di Acegas: in primo luogo, la nuova norma non comportava il mutamento del soggetto economico affidatario del servizio in base alla delibera comunale, ma imponeva solamente la creazione di un soggetto giuridico distinto, controllato dal soggetto affidatario; in secondo luogo, non poteva dubitarsi dell'esistenza di servizi funebri liberalizzati da far svolgere alla società da costituirsi, atteso il fatto che, come confermato dalla stessa parte, per servizi funebri distinti rispetto alle attività oggetto dell'affidamento esclusivo da parte del Comune di Trieste operavano soggetti privati in concorrenza con la stessa AcegasAps..

Né possono invocarsi per la mancata separazione societaria motivazioni dovute alle possibile difficoltà e diseconomie derivanti dalla separazione delle risorse, umane e strumentali, tra le due società, dal momento che, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte, erano possibili varie soluzioni organizzative per la soluzione del problema che non avrebbero necessariamente comportato la forzata alienazione di cespiti o il mutamento di rapporti di lavoro, tra cui, a titolo esemplificativo, il mantenimento alla società originaria della dotazione di risorse e l'utilizzo di strumenti contrattuali tra la società originaria e la neocostituita società per regolare l'utilizzo condiviso delle medesime risorse.

Sul punto, vengono peraltro in rilievo le caratteristiche dimensionali della società e, dunque, la verosimile disponibilità delle risorse e degli strumenti necessari per ottemperare agli obblighi di legge di cui trattasi.

E) Irrogazione della sanzione e criteri di determinazione

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

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

In relazione alla gravità delle violazioni, assume rilevanza l'assenza di dolo della parte. D'altronde, rileva le circostanza che AcegasAps è un operatore di rilevante entità.

Quanto alle condizioni economiche, si osserva che il gruppo AcegasAps ha realizzato nel 2011 un fatturato consolidato di circa 543 milioni di euro; sempre nell'esercizio 2011 la società AcegasAps ha registrato ricavi di vendita pari a circa 274 milioni di euro²⁴.

49. Infine, quanto alla durata delle violazioni, le evidenze agli atti attestano che:

i) le attività di disbrigo su mandato dei familiari delle pratiche inerenti il servizio funebre, commercializzazione di casse mortuarie e di altri contenitori, allestimento del feretro e preparazione ed esposizione delle salme, trasporto di ceneri, inserzione dei necrologi sulla stampa e composizione di addobbi floreali senza fare ricorso a società separata sono state svolte da AcegasAps dal marzo 2001 al 23 dicembre 2011, e l'attività di trasporto di defunti nella fase successiva all'accertamento della morte senza fare ricorso a società separata è stata svolta da AcegasAps dal 2006 al 23 dicembre 2011;

ii) per quanto riguarda l'omessa comunicazione preventiva di cui all'articolo 8, comma 2-*ter*, essa è stata perpetrata per un periodo che copre l'arco temporale di persistenza della violazione di cui all'articolo 8, comma 2-*bis*, sopra descritta al punto j)²⁵.

²³ [Delibera (n. 30/2000) sulla quale, come evidenziato, era intervenuta nel 2006 la sentenza di annullamento del Consiglio di Stato proprio sulla parte relativa all'affidamento in monopolio del servizio di trasporto funebre.]

²⁴ [Fonte: www.gruppo.acegas-aps.it.]

50. Sulla base delle precedenti considerazioni, si ritiene che sussistano i presupposti per l'irrogazione a carico della società AcegasAps della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'articolo 8, comma 2-*sexies*, della legge n. 287/90. Pertanto, in ragione della condotta di cui al punto *ii)* del punto 49 si applica la sanzione pari a 10.000 € (diecimila euro).

DELIBERA

a) che la società AcegasAps S.p.A. ha posto in essere condotte in violazione dell'articolo 8, comma 2-*bis* della legge n. 287/90;

b) che la società AcegasAps S.p.A. ha posto in essere una condotta in violazione dell'articolo 8, comma 2-*ter*, della legge n. 287/90;

c) di irrogare alla società AcegasAps S.p.A., in ragione della gravità e durata dell'infrazione di cui al punto

b), la sanzione amministrativa pecuniaria di 10.000 € (diecimila euro).

La sanzione amministrativa pecuniaria di cui sopra deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio di riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane S.p.A., presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

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.

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

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

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

p. IL SEGRETARIO GENERALE
Ombretta Main

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

²⁵ [Si ricorda al riguardo che: (i) la costituzione della società separata Trieste Onoranze e Trasporti Funebri S.r.l. è avvenuta in data 27 ottobre 2011, (ii) la comunicazione all'Autorità della costituzione di quest'ultima società è avvenuta in data 23 novembre 2011, e (iii) il conferimento a quest'ultima società del ramo d'azienda di AcegasAps relativo ai servizi funerari è avvenuto in data 23 dicembre 2011.]