

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 25 gennaio 2012;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito, TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTO il Regolamento del Consiglio 16 dicembre 2002 n. 1/2003;

VISTA la legge 6 febbraio 1996, n. 52, come modificata dalla legge 21 dicembre 1999, n. 526, e, in particolare, l'articolo 54;

VISTA la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, del 27 aprile 2004;

VISTA la segnalazione del Comune di Prato del 21 giugno 2010, successivamente integrata con ulteriori comunicazioni;

VISTA le informazioni pervenute in data 13 ottobre 2010 da parte del Ministero dello Sviluppo Economico e in data 24 gennaio e 5 agosto 2011 dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas;

VISTA la propria delibera del 1 dicembre 2010, 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 Estra S.p.A. ed Estra Reti Gas S.r.l. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 del TFUE;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie trasmessa alle Parti in data 11 novembre 2011;

VISTA la propria comunicazione alla Commissione europea, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4, del Regolamento (CE) n. 1/2003;

VISTE le memorie conclusive di Estra S.p.A. ed Estra Reti Gas S.r.l., pervenute in data 9 dicembre 2011;

SENTITI in audizione finale in data 14 dicembre 2011 i rappresentanti della società Estra S.p.A. ed Estra Reti Gas S.r.l.;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. La società Estra Reti Gas S.r.l. (di seguito, Estra Reti) è una società attiva nella distribuzione del gas. Estra Reti svolge il servizio di distribuzione del gas in 84 comuni della regione Toscana, tra cui quello di Prato. Nel Comune di Prato svolge il servizio dal 1974, in forza di un atto di affidamento diretto ad un consorzio intercomunale (Consiag), successivamente trasformato in azienda pubblica speciale Consiag S.p.A. con contestuale trasferimento del ramo di azienda afferente la gestione del servizio di distribuzione del gas alla società controllata ConsiagReti S.r.l., oggi Estra Reti Gas S.r.l.. Il capitale sociale di Estra Reti è interamente detenuto da Estra S.p.A..

Il fatturato realizzato nell'anno 2010 da Estra Reti è pari a circa 64,2 milioni di euro.

2. Estra S.p.A. (di seguito, Estra), già Estra S.r.l.¹, è una società partecipata per una quota pari al 61,10% da Consiag S.p.A., per una quota pari al 38,89% da Intesa S.p.A. e per la restante quota dello 0,01% da Coingas S.p.A.. Il capitale sociale di Consiag S.p.A. è detenuto da 24 Comuni, tra cui quello di Prato con una quota di maggioranza relativa pari al 37,8%. Il capitale sociale di Intesa S.p.A. è detenuto da 50 comuni, tra cui il Comune di Siena con una maggioranza relativa pari al 16,2%.

Il fatturato consolidato realizzato nell'anno 2010 da Estra è pari a circa 439,7 milioni di euro.

3. Il Comune di Prato è l'ente locale titolare del servizio pubblico di distribuzione del gas nel territorio del comune, la cui gestione è affidata in esclusiva ad Estra Reti.

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

4. In data 1° dicembre 2010 l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti di Estra Reti Gas S.r.l. ed Estra S.p.A., ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 TFUE.

Contestualmente l'Autorità ha avviato nei confronti delle medesime società un sub-procedimento cautelare, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90, volto a verificare l'eventuale sussistenza dei requisiti necessari all'adozione di misure cautelari atte a ripristinare e mantenere condizioni concorrenziali nel mercato interessato.

5. Il procedimento ha tratto origine dalla denuncia del Comune di Prato del 21 giugno 2010 da cui è emerso che l'ente locale, al fine di predisporre il bando di gara per l'affidamento della concessione per la distribuzione del gas, ha richiesto all'attuale concessionario (Estra Reti) una serie di informazioni che non sono state fornite, con la sola eccezione di alcuni dati aggregati relativi al personale dipendente della società.

6. Il procedimento è stato avviato per un presunto abuso di posizione dominante di natura escludente, volto ad ostacolare la concorrenza *per* il mercato della

¹ La società ha cambiato forma societaria in data 7 luglio 2011.

distribuzione del gas e consistente nel rifiuto e/o ritardo di fornire all'ente locale informazioni che risultano necessarie:

a) al comune per predisporre i bandi di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas. L'effettiva contendibilità del mercato della distribuzione del gas è, infatti, funzione della realizzazione delle gare per la riallocazione delle vigenti concessioni;

b) ai concorrenti al fine di partecipare alla gara formulando offerte competitive. La mancanza di alcune informazioni, anche al di là della loro stretta essenzialità per poter predisporre il bando di gara, potrebbe infatti incidere sulla "qualità complessiva" dell'offerta presentata dai concorrenti dell'*incumbent* una volta predisposto il bando, se non addirittura sugli incentivi a partecipare alla gara da parte di altri concorrenti.

7. In data 7 dicembre 2010 è stata svolta un'attività ispettiva presso le sedi della società Estra Reti Gas S.r.l. a Prato e a Siena e della società Estra S.p.A. a Siena, al fine di acquisire documentazione a supporto dell'ipotesi istruttoria.

8. In data 24 settembre 2010 l'Autorità ha inviato al Ministero dello Sviluppo Economico (di seguito, MSE) una richiesta di informazioni². In data 23 dicembre 2010³ e 17 maggio 2011⁴ sono state trasmesse richieste di informazioni all'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (di seguito, AEEG). In data 19 novembre 2010 e 19 settembre 2011 sono state richieste informazioni al Comune di Prato⁵. In data 12 maggio 2011 sono state richieste informazioni alla società Estra Reti⁶ ed in data 24 novembre 2011 sono state richieste informazioni a Estra ed Estra Reti⁷.

9. Il 28 aprile 2011 si è svolta l'audizione del Comune di Prato⁸. Il 12 maggio 2011 si sono svolte le audizioni con i rappresentanti delle società Estra Reti ed Estra⁹.

10. L'11 novembre 2011 è stata trasmessa alle Parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito, CRI). Le memorie conclusive di Estra ed Estra Reti sono pervenute in data 9 dicembre 2011¹⁰ ed il 14 dicembre 2011 ed i

² Cfr. doc. 185.

³ Cfr. doc. 164.

⁴ Cfr. doc. 172.

⁵ Cfr. doc. 4.

⁶ Cfr. doc. 173.

⁷ Cfr. doc. 232 e 233.

⁸ Cfr. doc. 166.

⁹ Cfr. doc. 169 e 173.

¹⁰ Cfr. doc. 260 e 261.

rappresentanti delle società Estra ed Estra Reti sono stati sentiti in audizione finale davanti al Collegio dell'Autorità¹¹.

11. Le società Estra ed Estra Reti hanno in più occasioni esercitato il diritto di accedere agli atti del fascicolo.

12. In data 6 aprile 2011 l'Autorità ha deliberato di chiudere il sub-procedimento avviato in data 1 dicembre 2010 senza adottare le misure cautelari di cui all'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90. In particolare, l'Autorità, a seguito dell'entrata in vigore il 1° aprile 2011 del Decreto del MSE 19 gennaio 2011 di determinazione Ministeriale degli ambiti territoriali nel settore della distribuzione del gas¹² (nel seguito Decreto Ambiti), ha ritenuto essere venuto meno il presupposto del *periculum in mora* e il danno grave e irreparabile per la concorrenza ipotizzato nell'avvio del sub-procedimento, dovuto alla mancata indizione della gara da parte del Comune di Prato o all'indizione di una gara priva di un set informativo completo per la predisposizione delle offerte da parte dei partecipanti.

Infatti, l'articolo 3, comma 3, del decreto citato dispone che *“ai sensi dell'articolo 46-bis comma 2, del decreto legge 1 ottobre 2007, n. 159, convertito con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007 n. 222, e per ultimo modificato dall'articolo 30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n. 99, a decorrere dall'entrata in vigore del presente provvedimento le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas previsto dall'articolo 14, comma 1, del Decreto Legislativo 23 maggio 2000 n. 164, per le quali non è stato pubblicato il bando di gara o non è decorso il termine per la presentazione delle offerte di gara sono aggiudicate unicamente relativamente agli ambiti determinati nell'allegato 1 facente parte integrante del presente provvedimento”*.

In seguito all'emanazione del decreto, la cui disciplina è stata successivamente integrata dal Decreto Legislativo n. 93/11¹³, i Comuni non possono pertanto più indire le gare per il proprio attuale perimetro concessorio, ma dovranno

¹¹ Cfr. doc. 270.

¹² In Gazzetta Ufficiale n. 74 del 31 marzo 2011.

¹³ L'art. 24, comma 4, del Decreto Legislativo n. 93/2011 ha infatti ulteriormente disposto che *“Gli enti locali che, per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale, alla data di entrata in vigore del presente decreto [29 giugno 2011], in caso di procedura di gara aperta, abbiano pubblicato bandi di gara, o, in caso di procedura di gara ristretta, abbiano inviato anche le lettere di invito, includenti in entrambi i casi la definizione dei criteri di valutazione dell'offerta e del valore di rimborso al gestore uscente, e non siano pervenuti all'aggiudicazione dell'impresa vincitrice, possono procedere all'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale secondo le procedure applicabili alla data di indizione della relativa gara”*.

contribuire ad indirle nel proprio ambito, circostanza che comporterà la non immediata realizzabilità delle gare data anche la necessità di un coordinamento tra i comuni facenti parte dell'ambito.

III. I FATTI

13. In data 26 aprile 2010 il Comune di Prato, dovendo procedere all'indizione della gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, ha inviato una prima comunicazione ad Estra Reti in cui ha chiesto la trasmissione, con urgenza, di una serie di informazioni¹⁴.

14. In data 30 aprile 2010 Estra Reti ha trasmesso una lettera all'ente locale, nella quale rilevava preliminarmente la presunta illegittimità della scelta dell'amministrazione di indire un'autonoma gara, anticipando la possibilità di adire le vie legali. Inoltre, la società contestava la richiesta anche in ragione di una supposta unità gestionale del servizio di distribuzione del Comune di Prato con i territori comunali limitrofi. Da tale circostanza sarebbe derivata una difficoltà di fornire *“dati disaggregati che richiederebbero una specifica elaborazione con evidente impiego di tempi e risorse”*. Inoltre, nella medesima lettera Estra Reti ha chiesto al Comune alcuni chiarimenti e precisazioni in assenza dei quali la società riteneva non fosse possibile una chiara comprensione delle richieste¹⁵.

¹⁴ L'ente locale ha chiesto le seguenti informazioni:

- *“listino allacci e servizi;*
- *dichiarazione che l'attuale società del servizio di distribuzione gas naturale non deve (obbligatoriamente) cedere al diverso concessionario alcuna infrastruttura strumentale al servizio di distribuzione gas naturale. Viceversa: contratto di cessione delle infrastrutture essenziali, assorbenti i correlati diritti ed obbligazioni (servitù, ecc.), eventuali canoni verso i terzi, acconti da retrocedersi al diverso concessionario del servizio per allacci e servizi non ancora effettuati a favore dei clienti finali (i cittadini);*
- *stato di consistenza patrimoniale assorbente i diritti e le obbligazioni verso i terzi (servitù, ecc.), eventuali canoni verso terzi, acconti da retrocedersi al diverso concessionario del servizio per allacci e servizi non ancora effettuati resi ai clienti finali (cittadini)*
- *valore delle reti di cui sopra (ai fini assicurativi)*
- *km di rete (e tipo di pressione)*
- *mc vettoriati*
- *VRD loc 2009 (anche stimato) e previsione 2010*
- *punti di riconsegna*
- *numero di utenti (società della vendita) e numero di clienti finali (cittadini)*
- *planimetrie (in scala opportuna)*
- *piano degli investimenti”*.

Cfr. doc. 13 e 113.

¹⁵ Cfr. doc. 81.

15. Con delibera n. 35 del 27 aprile 2010, il Consiglio Comunale di Prato ha dato mandato alla Giunta di dare corso alla procedura di gara per il riaffidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale in considerazione del fatto che la concessione della società Estra Reti, originando da un affidamento diretto, sarebbe scaduta *ope legis* al 31 dicembre 2010. Il nuovo affidamento avrebbe dovuto avere decorrenza dal 1 gennaio 2011. La Giunta comunale, con delibera n. 194 del 4 maggio 2010, ha quindi attivato le procedure per l'indizione della gara per il riaffidamento del servizio distribuzione del gas.

16. In data 10 maggio 2010 il Comune di Prato ha inviato alla società Estra Reti (all'epoca ConsiagReti S.r.l.) una richiesta di informazioni volta ad acquisire (in parte entro trenta giorni, in parte entro cinquanta giorni dal ricevimento della richiesta) i dati ritenuti necessari dall'ente locale per bandire la gara e per fornire ai partecipanti ogni elemento utile relativamente all'impianto ai fini della formulazione delle offerte¹⁶. Il Comune di Prato ha in tale occasione, tra l'altro, richiesto la trasmissione dello stato di consistenza¹⁷, della valutazione dell'impianto, della planimetria della rete e la documentazione tariffaria inviata

¹⁶ In particolare, il Comune di Prato ha richiesto:

- documentazione rete e certificazioni tecniche e amministrative relative all'impianto: planimetrie delle reti con indicazione di diametri e tipo di condotte, valvole d'intercettazione, giunti dielettrici, impianti di prelievo riduzione e misura di primo salto (IPRM), impianti di riduzione intermedia (IRI), gruppi di riduzione finali e industriali (GRF e GRI); suddivisione delle condotte, impianti, punti di riconsegna e misuratori gas, con indicazione degli anni di posa; stato di consistenza e valutazione dei beni;
- documentazione tariffaria relativa al 3° periodo di regolazione 2009-2012, inclusiva di tutti i modelli località riferiti al Comune di Prato e dei dati ante e post gradualità per gli anni 2009 e 2010;
- elenco delle servitù di posa, delle concessioni per la realizzazione dell'impianto e delle autorizzazioni alla posa delle condotte, con i canoni da corrispondere;
- valore del contributo di allacciamento che oggi viene richiesto agli utenti;
- per gli IPRM e gli IRI: schemi di flusso; denunce ISPELS, copia ultima verifica messa a terra; certificato prevenzione incendi; denuncia ASL e copia dell'ultima verifica impianto elettrico in luoghi pericolosi; contratto di fornitura energia elettrica telefonia fissa e acqua potabile;
- per i GRF e GRI: schemi di flusso delle apparecchiature;
- per l'impianto di protezione catodica: planimetria; indicazione delle condotte in acciaio; copia permessi e autorizzazioni; copia dei resoconti effettuati nell'ultimo anno; contratti di fornitura energia elettrica e telefonia fissa; denunce impianti messa a terra; rapporto di protezione catodica aggiornato al 12/2009;
- varie: elenco e posizione delle fughe riscontrate negli ultimi tre anni; numero delle chiamate di emergenza ricevute negli ultimi due anni; numero delle società di vendita che operano nel Comune di Prato; volume di gas immesso dal 2005; volume di gas immesso mensilmente negli anni 2008 e 2009.

Cfr. doc. 1

¹⁷ Lo stato di consistenza è un documento articolato in cui è fornita con un significativo dettaglio la composizione dell'impianto di distribuzione in termini di quantità di materiali, tipo di materiali ed anno di posa degli stessi.

dal distributore all'AEEG (di seguito, schede tariffarie¹⁸). Il Comune di Prato ha inoltre sottolineato che l'obbligo in capo a Estra Reti di mettere a disposizione dell'ente locale la documentazione richiesta *“consegue sia al rapporto di concessione in essere e dalle prerogative dell'Ente concedente, ivi compreso l'espletamento dei compiti assegnatigli dall'art. 14, d.lgs. n. 164/2000, sia – occorrendo – dalla disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi, alla quale codesta Concessionaria è soggetta in qualità di gestore di pubblico servizio, ai sensi dell'art. 23, l. n. 241/1990”*¹⁹.

17. Il data 7 giugno 2010, Estra ha trasmesso una comunicazione ad Estra Reti nella quale si dichiarava: *“In relazione alla istanza di accesso ai documenti amministrativi ai sensi degli artt. 22 e ss. L. 241/1990 da parte del Comune di Prato, ricevuta da Codesta Società in data 10.5.2010 (prot. 2755), si rappresenta che la trasmissione dei dati richiesti sarebbe lesiva del corretto svolgimento della futura Gara di Ambito relativa al servizio di distribuzione del gas.*

*Pertanto si esprime parere contrario alla diffusione dei dati richiesti”*²⁰.

18. In data 9 giugno 2010, Estra Reti ha comunicato al Comune di Prato il formale diniego alla trasmissione delle informazioni richieste²¹, motivandolo sulla base dei seguenti elementi:

- l'impianto di distribuzione del Comune di Prato in realtà copre anche altri tredici comuni²², quindi la trasmissione dei dati pregiudicherebbe *“il corretto svolgimento della futura gara d'ambito relativa ai comuni limitrofi”*;
- i medesimi comuni limitrofi avrebbero avanzato esigenze di riservatezza, chiedendo a Estra Reti di non divulgare le informazioni richieste;
- la diffusione dei dati in tempi antecedenti alla gara d'ambito *“pregiudica anche l'interesse della società stessa a partecipare alla futura gara, in quanto sarebbero previamente svelati alcuni dati riservati”*;
- l'incaricato del comune dovrebbe in ogni caso assumere specifici e cogenti obblighi di riservatezza.

19. Nella comunicazione Estra Reti ha altresì evidenziato che *“il diniego viene,*

¹⁸ Con il termine schede tariffarie si intende la documentazione tariffaria relativa al 3° periodo di regolazione 2009-2012, inclusiva di tutti i modelli località riferiti al Comune di Prato e dei dati ante e post gradualità per gli anni 2009 e 2010.

¹⁹ Cfr. doc. 1.

²⁰ Cfr. doc. 41.

²¹ Cfr. doc. 1.

²² Si tratta dei comuni di Calenzano, Campi Bisenzio, Cantagallo, Carmignano, Lastra a Signa, Montemurlo, Montespertoli, Poggio a Caiano, Scandicci, Sesto Fiorentino, Signa, Vaiano, Vernio.

inoltre, espresso anche su disposizione della società Estra S.p.A., che [...] svolge nei confronti di Estra Reti l'attività di direzione e coordinamento [...]".

20. In data 17 giugno 2010 il Comune di Prato, manifestando stupore per il diniego opposto, ha sollecitato nuovamente l'invio delle informazioni precedentemente richieste, chiedendo di integrarle anche con i dati relativi al personale impiegato per la prestazione del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Prato²³.

21. Il 21 giugno 2010 il Comune di Prato ha segnalato all'Autorità il diniego di Estra Reti ed Estra alla trasmissione delle informazioni richieste²⁴.

22. Il 1° luglio 2010 Estra Reti ha inviato una comunicazione al Comune di Prato nella quale ha affermato di non ritenere di dover formulare ulteriori considerazioni in merito alla mancata trasmissione dei dati richiesti dal Comune il 10 maggio 2010 e, contestualmente, ha fornito, al fine di "salvaguardare l'interesse dei propri dipendenti", alcuni dati aggregati relativi all'intero personale della società Estra Reti al 31 dicembre 2009²⁵.

La società ha precisato di non disporre dei dati relativi al personale con riguardo al solo Comune di Prato, stante l'unicità del servizio che comprenderebbe anche i Comuni limitrofi, e ha chiesto allo stesso ente locale di indicare i criteri per individuare i dipendenti imputabili al solo Comune di Prato.

23. La società ha ribadito, inoltre, che "proprio la tutela della concorrenza impone che le imminenti gare di ambito siano svolte nel rispetto del principio della parità dei contendenti e, quindi, senza che i dati relativi alla gestione degli altri comuni siano conosciuti in tempi anticipati dai concorrenti di Consiag Reti".

24. Estra Reti ed Estra, rispettivamente in data 8 giugno e 15 giugno 2010, hanno proposto ricorso al Tar Toscana, avverso la decisione del Comune di Prato di indire la gara autonomamente, sostenendo tra l'altro l'illegittimità dell'indizione della procedura sia in ragione di un supposto blocco delle gare fino all'emanazione del decreto ambiti da parte del MSE (entrato poi in vigore

²³ In particolare, la richiesta ha riguardato i nominativi, la data di nascita, il tipo di contratto, il TFR, la data di assunzione, il costo lordo del 2009. Cfr. doc. 1.

²⁴ Cfr. doc. 1.

²⁵ Le informazioni trasmesse riguardano: l'inquadramento del personale; il tipo di contratto di lavoro; il TFR complessivo del personale dipendente al 31 dicembre 2009 e il costo lordo complessivo sostenuto nel 2009. Estra Reti ha inoltre indicato che il numero dei dipendenti indicato non comprende il personale adibito ad alcune funzioni centralizzate (servizi amministrativi, informatici, gestione del personale ecc.) per i quali Estra Reti si avvale delle strutture centralizzate della capogruppo. Cfr. doc. 2.

il 1° aprile 2011), sia in ragione della circostanza che l'impianto del Comune di Prato sarebbe unico per Prato ed i comuni limitrofi e ciò osterebbe al riaffidamento del servizio solo per una porzione dello stesso. Con sentenza n. 1596/2011 depositata il 27 ottobre 2011 il Tar Toscana ha respinto i ricorsi di Estra ed Estra Reti²⁶.

Le società hanno impugnato tale sentenza il Consiglio di Stato ed il giudizio è ancora pendente.

25. Il Comune di Prato, in data 16 luglio 2010, ha proposto ricorso al TAR Toscana avverso il diniego di accesso agli atti necessari per bandire la gara opposto da Estra Reti. Il TAR Toscana, con sentenza del 2 dicembre 2010 n. 6714/2010²⁷, ha respinto il ricorso del Comune di Prato, sostenendo che *“la richiesta di ostensione non attiene a documentazione specifica e la sua soddisfazione richiede un'attività di elaborazione da parte dell'intimata [...]; detta richiesta appare quindi contrastante con l'art. 2, comma 2 del d.p.r. 12 aprile 2006, n. 184”*²⁸. Il Comune di Prato ha quindi fatto appello al Consiglio di Stato, il quale, come si dirà nel seguito, con sentenza n. 3190 del 27 maggio 2011, ha accolto in ricorso dell'ente locale in materia di accesso agli atti.

26. In data 29 novembre 2010, è pervenuta all'Autorità un'ulteriore comunicazione da parte del Comune di Prato, nella quale l'ente locale ha fatto presente che le informazioni trasmesse da Estra Reti *“non risultano affatto sufficienti per bandire la gara per la distribuzione del gas”*²⁹.

27. In data 1 dicembre 2010 l'Autorità ha avviato il procedimento istruttorio nei confronti di Estra Reti ed Estra per accertare l'eventuale esistenza di violazioni dell'articolo 102 TFUE.

28. Con deliberazione della Giunta n. 96 del 23 marzo 2011 il Comune di Prato ha ribadito la propria decisione di chiudere il rapporto concessorio in essere e di avviare il procedimento per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas³⁰. Tale deliberazione è stata assunta tenuto conto *“che, inoltre, in violazione di chiari e vincolanti obblighi gravanti sul gestore Consiag [società che*

²⁶ Cfr. doc. 190.

²⁷ Cfr. doc. 120.

²⁸ Ai sensi di tale disposizione, *“Il diritto di accesso si esercita con riferimento ai documenti amministrativi materialmente esistenti al momento della richiesta e detenuti alla stessa data da una pubblica amministrazione, di cui all'articolo 22, comma 1, lettera e), della legge, nei confronti dell'autorità competente a formare l'atto conclusivo o a detenerlo stabilmente. La pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso”*.

²⁹ Cfr. doc. 5.

³⁰ Cfr. doc. 195 (all. 27).

indirettamente partecipa al capitale sociale di Estra Reti] *ha interposto un comportamento di non collaborazione e di interdizione nei confronti dell'Amministrazione Comunale, di fatto ostacolando – o quanto meno rallentando – il procedimento preordinato alla gara ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento della concessione del servizio di distribuzione del gas [...]*".

29. Il 29 marzo 2011 il Comune di Prato ha comunicato ad Estra ed Estra Reti la propria determinazione ed ha contestualmente, nuovamente, sollecitato la trasmissione di una serie di informazioni (tra cui lo stato di consistenza, la valutazione della rete, la planimetria della rete e le schede tariffarie)³¹, entro il termine di sessanta giorni, osservando che tale documentazione "*si ritiene base necessaria, anche se non esaustiva, per l'esame di cui si è detto in premessa*".

30. Il 29 marzo 2011 è stato altresì pubblicato in G.U.U.E. il bando di gara per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Prato, tramite procedura ristretta³², in assenza di tutte le informazioni richieste al gestore uscente Estra Reti.

31. In data 30 marzo 2011, Estra Reti ha inviato una comunicazione al Comune di Prato, richiedendo l'accesso alla documentazione relativa alla procedura di gara richiamata nel bando³³.

32. Il termine per la presentazione delle domande di partecipazione, originariamente fissato nel bando di gara al 6 maggio 2011 è stato più volte oggetto di proroga³⁴. L'ultima comunicazione di proroga del Comune di Prato è del 15 dicembre 2011, con termine per la presentazione delle offerte fissato al 16 febbraio 2012³⁵. Allo stato, le lettere di invito sono state trasmesse a cinque

³¹ Si tratta della seguente documentazione relativa al servizio di distribuzione nel territorio del Comune di Prato:

- la planimetria della rete (completa dell'indicazione di materiali, diametri, classi di posa delle tubazioni e degli apparecchi di rete) al 31 dicembre 2010;
- lo stato di consistenza della rete al 31 dicembre 2010 e la relativa valutazione di parte dell'impianto;
- l'ultima scheda tariffaria approvata dall'AEEG completa degli allegati obbligatori;
- l'elenco dei contributi a qualunque titolo percepiti, suddivisi per anno di competenza ed a valore storico;
- copia della scheda riportante i dati obbligatori di cui alla delibera dell'AEEG n. 120/08;
- certificati di prevenzione incendi della/e cabina/e di prelievo;
- relazione descrittiva dello stato della gestione, della rete, degli impianti e dei sistemi di protezione catodica; esigenze di eventuali interventi per estensione, potenziamento, adeguamento d'impianto, richieste da parte dei clienti e dei potenziali clienti in merito a tali necessità; modalità di esecuzione del servizio di reperibilità;
- tipo e caratteristiche di interconnessione con impianti di altri comuni;
- specifiche del prodotto odorizzante immesso in rete.

Cfr. doc. 195 (all. 26).

³² Cfr. doc. 87 e doc. 195 (all. 28).

³³ Cfr. doc. 195 (all. 29).

³⁴ Cfr. doc. 195 (all. 43), 256 e 257.

³⁵ Cfr. doc. 271..

soggetti che ne hanno fatto richiesta: Estra Reti³⁶; [omissis]³⁷ *. Alla data in cui è deliberato il presente provvedimento la procedura di gara è pertanto ancora in corso.

33. Nelle lettere di invito, il Comune di Prato precisava che *“la piena disponibilità della documentazione [... tra cui le tariffe di servizio, lo stato di consistenza, la relazione tecnica delle reti e impianti al 31 dicembre 2010 e la planimetria delle reti e impianti] è, allo stato ed alla data della presente lettera d’invito, sospesa, essendo in attesa della trasmissione dei dati necessari da parte dell’attuale gestore del servizio [...]. I documenti saranno resi disponibili entro e non oltre il termine di cui all’art. 70 comma 4 del D.Lgs. n. 163 del 2006³⁸”*.

Nelle lettere d’invito veniva inoltre indicato con riguardo all’indennizzo che il gestore subentrante dovrà *“versare ad Estra S.r.l., proprietaria della rete per la parte di essa non appartenente al Comune, un importo pari ad euro 49.808.360,04, corrispondente alla stima industriale dell’impianto di distribuzione al 31.12.2009, sarà suscettibile di variazioni a seguito di quanto previsto al precedente punto 3”*, ovvero all’esito dell’acquisizione da parte del Comune di Prato *“della piena disponibilità della documentazione”* dal gestore uscente.

Al riguardo il Comune di Prato ha evidenziato che la clausola relativa alle eventuali variazioni è stata inserita *“proprio a causa del comportamento delle controparti [Estra e Estra Reti] che non hanno mai voluto procedere alla redazione dello stato di consistenza né a fornire le informazioni necessarie per la fissazione del valore di rimborso”³⁹*.

³⁶ Cfr. doc. 195 (all. 34 e 35).

³⁷ Cfr. doc. 189.

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

³⁸ L’art. 70 comma 4 del Decreto Legislativo n. 163 del 2006 prevede che *“Nelle procedure ristrette, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a quaranta giorni dalla data di invio dell’invito a presentare le offerte”*. Il Comune di Prato ha inteso quindi garantire alle società che parteciperanno alla procedura di gara un congruo termine per la presentazione delle offerte a partire dalla piena disponibilità delle informazioni.

³⁹ Cfr. doc. 188. Nel medesimo documento è anche indicato che il Comune di Prato, in assenza delle informazioni necessarie, ha effettuato la stima del valore industriale dell’impianto di proprietà di Estra sulla base di una perizia del 2009 che indicava due importi: il valore contabile di tutta la rete di Estra (circa 89 milioni di euro) e il valore delle immobilizzazioni nette di località utilizzato dall’AEEG (circa 121 milioni). In particolare, l’ente locale ha scelto di utilizzare il secondo dato in quanto il primo era basso. Sulla base del valore di 121 milioni, valido per tutta la rete di Estra, il Comune di Prato ha poi stimato l’importo di competenza del solo impianto di Prato: tale stima si è basata su due parametri, la percentuale della lunghezza della rete di Prato

34. In data 23 maggio 2011 Estra ed Estra Reti Gas hanno inviato una comunicazione in riscontro alla rinnovata richiesta di informazioni del Comune di Prato del 29 marzo 2011, sostenendo che *“la richiesta non ha fondamento su una solida base giuridica e la legittimità della gara comunale resta sottoposta alla decisione dei giudici amministrativi”* e che *”In ogni caso la richiesta non potrebbe di per sé essere accolta per motivi connessi al suo contenuto”*.

35. In particolare le società hanno sostenuto che numerosi documenti e informazioni *“necessitano di un’intensa attività di elaborazione dei dati, la quale richiede molto tempo e, in ogni caso, è espressamente esclusa dall’art. 2, comma 2, DPR 12.04.2006, n. 184. Tale problema è aggravato dal fatto che l’impianto di distribuzione del gas che serve Prato e i comuni limitrofi, denominato Prato Gas Naturale, è unico essendo funzionalmente integrato – come è stato riconosciuto dalla stessa Autorità per l’energia – e dal fatto che gli altri Comuni serviti si sono opposti alla comunicazione dei dati”*. La richiesta, a detta delle società, avrebbe inoltre carattere assolutamente generico. Estra ed Estra Reti hanno contestualmente comunicato all’ente locale che *“pur contestando la legittimità degli atti già emanati da parte dell’amministrazione ed impugnati innanzi alle competenti autorità – Estra S.r.l. sta procedendo ad effettuare la stima del valore di rimborso della rete di distribuzione gas, quale atto necessario per la tutela del suo patrimonio sociale, e quindi nello specifico interesse degli azionisti”*. Tale valutazione, secondo le società, *“richiederà tempo, a causa della complessità della rete del gas sul piano tecnico della ricostruzione contabile e a causa della rilevanza dei valori economici coinvolti”*⁴⁰.

36. In data 27 maggio 2011, il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso del Comune di Prato avverso la sentenza del TAR Toscana n. 6714/2010,

sul totale della rete già gestita da Estra Reti ed i numeri di utenti di Prato sul totale degli utenti di Estra Reti. Infine, l’ente locale ha incrementato in via prudenziale l’importo risultante del 25%.

⁴⁰ Cfr. doc. 195 (all. 30). La società Estra Reti ha incaricato il 15 giugno 2011 una società di consulenza della i) redazione dello stato di consistenza dell’impianto di distribuzione del gas naturale nel territorio del Comune di Prato e della ii) predisposizione della stima del valore di tale impianto. Cfr. doc. 195 (all. 36 e all. 41). Tale società di consulenza ha inviato una prima comunicazione ad Estra Reti il 5 luglio 2011, indicando di avere *“iniziato immediatamente le attività necessarie per giungere il più rapidamente possibile a fornire le nostre valutazioni circa la stima degli impianti esistenti nonché le proposte tecniche da mettere in atto per l’adeguamento degli impianti stessi”* e di essere in grado dopo un primo esame della documentazione ricevuta in merito alla consistenza complessiva di tutti gli impianti di anticipare alcune considerazioni circa lo stato di consistenza e *“la valorizzazione degli impianti in essere sul territorio del Comune di Prato”*. La società di consulenza ha altresì indicato di stare *“completando, con la Vs. fattiva collaborazione, la separazione dei cespiti attribuibili al Comune di Prato”*. Cfr. doc. 195 (all. 39).

ordinando ad Estra Reti l'esibizione (nel termine di trenta giorni dalla notifica della decisione) dei documenti richiesti dal Comune di Prato con lettera del 10 maggio 2010 che fossero esistenti e di contenuto scorporabile, anche laddove fosse necessaria una ragionevole attività di elaborazione, sulla scorta del principio di leale cooperazione istituzionale, applicabile anche ai gestori di pubblici servizi⁴¹.

37. In data 1 giugno 2011 il Sindaco del Comune di Prato ha inviato una comunicazione ad Estra Reti ed Estra, nella quale ha rilevato il perseverare delle società nel rifiuto di fornire i dati e le informazioni richiesti dall'ente concedente il servizio⁴². In pari data il Comune di Prato ha altresì richiesto nuovamente la trasmissione dei dati entro il 15 giugno 2011, anche in considerazione dell'urgenza dettata dalla intervenuta pubblicazione del bando di gara in data 29 marzo 2011, sottolineando che la mancata produzione della documentazione avrebbe pregiudicato l'ammissione di Estra Reti alla gara, in quanto *“il possesso di dati non conosciuti dagli altri partecipanti attribuirebbe un illecito vantaggio a suo favore per evidente violazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza”*⁴³.

⁴¹ In particolare, il Consiglio di Stato ha ordinato l'esibizione dei seguenti documenti:

- planimetria completa delle reti;
- documentazione tariffaria rimessa all'AEEG riferita alla sola località di Prato;
- elenco delle servitù di posa con l'indicazione dei eventuali canoni da corrispondere, delle concessioni ottenute e delle autorizzazioni alla posa delle condotte, con l'indicazione dei canoni annui da corrispondere;
- per gli Impianti di prelievo riduzione e misura di 1° salto (IPRM) e Impianti di riduzione intermedia (IRI): schemi di flusso; denunce ISPELS, copia ultima verifica messa a terra; certificato prevenzione incendi; denuncia ASL e copia dell'ultima verifica impianto elettrico in luoghi pericolosi;
- per i gruppi di riduzione finali e industriali (GRF e GRI): schemi di flusso delle apparecchiature;
- per l'impianto di protezione catodica, limitatamente al Comune di Prato: planimetria; indicazione delle condotte in acciaio; copia permessi e autorizzazioni; copia dei resoconti effettuati nell'ultimo anno; contratti di fornitura energia elettrica e telefonia fissa; denunce impianti messa a terra; rapporto di protezione catodica aggiornato al 12/2009;
- elenco e posizione delle fughe riscontrate negli ultimi tre anni;
- volume di gas immesso dal 2005 e volume di gas immesso mensilmente negli anni 2008 e 2009, ove siano scorporabili al solo territorio del Comune di Prato.

Rispetto alla richiesta del Comune di Prato del 10 maggio 2010, il Consiglio di Stato non ha ordinato ad Estra Reti l'esibizione dei seguenti documenti:

- la suddivisione delle condotte, impianti, punti di riconsegna e misuratori gas in base agli anni di posa;
- la relazione di consistenza e relativa valutazione dei beni;
- il valore del contributo di allacciamento che oggi viene richiesto agli utenti;
- i contratti di fornitura energia elettrica telefonia fissa e acqua potabile;
- il numero chiamate di emergenza ricevute negli ultimi due anni;
- numero delle società di vendita che operano nel Comune di Prato.

⁴² Cfr. doc. 177.

⁴³ Cfr. doc. 176. Cfr. anche il doc. 195 (all. 32).

38. In data 23 giugno 2011⁴⁴ e 27 giugno 2011⁴⁵ Estra Reti, in ottemperanza alla citata sentenza del Consiglio di Stato, ha proceduto a trasmettere al Comune di Prato una serie di informazioni (tra cui figurano anche la planimetria della rete e le schede tariffarie) precisando che *“la documentazione trasmessa, corrisponde a quella richiesta nell’istanza del 10/5/2010 del Comune di Prato, ad esclusione degli atti e documenti non compresi nell’elenco contenuto nella citata sentenza del C.d.S. e, ad esclusione degli atti e documenti che, seppur compresi nell’elenco, non risultano “scorporabili” limitatamente al solo territorio del Comune di Prato”*⁴⁶.

39. In data 12 luglio 2011 il Comune di Prato ha inviato una comunicazione ad Estra ed Estra Reti richiedendo nuovamente la trasmissione dello stato di consistenza, della valutazione a stima industriale dell’impianto e della relazione tecnica, ancora non forniti dalle società. L’ente locale ha al riguardo sottolineato come *“È del tutto evidente la necessità e l’urgenza*

⁴⁴ In particolare, Estra reti ha inviato al Comune di Prato:

- documentazione rete e certificazioni tecniche e amministrative relative all’impianto: planimetrie delle reti con indicazione di diametri e tipo di condotte, valvole d’intercettazione, giunti dielettrici, IPRM di primo salto, IRI, GRF e GRI;
- elenco delle servitù di posa, delle concessioni per la realizzazione dell’impianto e delle autorizzazioni alla posa delle condotte, con i canoni da corrispondere;
- per gli Impianti di prelievo riduzione e misura di 1° salto (IPRM) e Impianti di riduzione intermedia (IRI): schemi di flusso; denunce ISPELS, copia ultima verifica messa a terra; certificato prevenzione incendi; denuncia ASL per la verifica impianto elettrico;
- per i gruppi di riduzione finali e industriali (GRF e GRI): schemi di flusso delle apparecchiature;
- per l’impianto di protezione catodica: planimetria; indicazione delle condotte in acciaio; copia dei resoconti effettuati nell’ultimo anno; contratti di fornitura energia elettrica e telefonia fissa; denunce impianti messa a terra; rapporto di protezione catodica aggiornato al 12/2009;
- elenco e posizione fughe riscontrate negli ultimi tre anni.

Cfr. doc. 181.

⁴⁵ In tale data Estra Reti ha poi trasmesso la documentazione tariffaria relativa al 3° periodo di regolazione 2009-2012. Cfr. doc. 182.

⁴⁶ Rispetto all’ordine di esibizione, Estra Reti non ha trasmesso al Comune di Prato i) i dati relativi al volume di gas immesso dal 2005 ed al volume di gas immesso mensilmente, nell’anno 2008 e 2009, sostenendone la non scorporabilità degli stessi per il solo Comune di Prato; ii) la copia dei permessi e autorizzazioni dell’impianto di protezione catodica, in quanto non esistenti; iii) la copia dell’ultima verifica dell’impianto elettrico in luoghi pericolosi, senza fornire giustificazioni al riguardo.

Rispetto all’originaria richiesta del Comune di Prato del 10 maggio 2010, come integrata in data 17 giugno 2010, la società non ha trasmesso, oltre alla documentazione sopra indicata, anche: i) la suddivisione delle condotte, impianti, punti di riconsegna e misuratori gas in base agli anni di posa; ii) lo stato di consistenza; iii) la valutazione dei beni; iv) il valore del contributo di allacciamento che oggi viene richiesto agli utenti; v) i contratti di fornitura energia elettrica telefonia fissa e acqua potabile; vi) il numero chiamate di emergenza ricevute negli ultimi due anni; vii) il numero delle società di vendita che operano nel Comune di Prato, viii) copia della verifica impianto elettrico in luoghi pericolosi per gli IPRM e gli IRI; ix) i dati relativi al volume di gas immesso dal 2005 ed al volume di gas immesso mensilmente, nell’anno 2008 e 2009 (perché non disaggregabili); x) copia dei permessi e autorizzazioni dell’impianto di protezione catodica (in quanto non esistenti), nonché viii) i dati relativi al personale.

*dell'adempimento in questione, che si torna a chiedere per l'ennesima volta*⁴⁷.

40. In riscontro a tale lettera di sollecito, Estra ed Estra Reti, in data 5 agosto 2011, hanno scritto all'ente locale, sostenendo in particolare che la richiesta *“non si riferisce a documenti esistenti e scorporabili da quelli che riguardano l'intero impianto di distribuzione gas che serve unitariamente 14 Comuni, ma elaborati nuovi che non sono tra quelli attualmente esistenti e debbono ancora essere formati”* ed indicando che *“gli elaborati richiesti”* saranno forniti *“non appena saranno redatti, tenuto conto che si tratta di un'attività complessa che richiede tempo”*⁴⁸.

41. In data 14 ottobre 2011 il Comune di Prato ha inviato una ulteriore comunicazione ad Estra Reti, nella quale sollecita la trasmissione di una serie di informazioni *“necessarie ed indispensabili per il proseguo della gara”* *“che a tutt'oggi non risultano pervenute”*, tra cui figurano anche lo stato di consistenza e la relativa valutazione dell'impianto⁴⁹, chiedendone l'invio entro sette giorni.

42. Il successivo 26 ottobre 2011 Estra Reti ha riscontrato tale ulteriore sollecito

⁴⁷ Cfr. doc. 195 (all. 40).

⁴⁸ Cfr. doc. 195 (all. 41).

⁴⁹ Si tratta di:

- stato di consistenza e valutazione dei beni;
- suddivisione delle condotte, impianti (IPRM, IRI, GRF, GRI), punti di riconsegna e misuratori gas, installati in base agli anni di posa
- numero delle chiamate di emergenza ricevute negli ultimi due anni;
- numero delle società di vendita che operano nel Comune di Prato;
- volume di gas immesso mensilmente negli anni 2008 e 2009;
- elenco dei contributi a qualunque titolo percepiti in merito al servizio di distribuzione del gas nel Comune di Prato, suddivisi per anno di competenza ed a valore storico;
- copia della scheda riportante i dati obbligatori di cui alla delibera AEEG n. 120/08;
- relazione descrittiva dello stato della gestione, della rete, degli impianti e dei sistemi di protezione catodica; esigenze di eventuali interventi per estensione, potenziamento, adeguamento d'impianto, richieste da parte dei clienti e dei potenziali clienti in merito a tali necessità; modalità di esecuzione del servizio di reperibilità;
- tipo e caratteristiche di interconnessione con impianti di altri comuni;
- specifiche del prodotto odorizzante immesso in rete;
- relazione in ordine agli ampliamenti di rete intervenuti dopo il conferimento;
- per quanto riguarda il personale ed in seguito all'approvazione del Decreto Ministeriale 21 aprile 2011, la dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante relativa alla situazione dodici mesi prima della richiesta di informazioni per il bando di gara, in relazione al personale impiegato nel servizio di distribuzione nel Comune di Prato; nonché
- la documentazione tariffaria relativa al 3° periodo di regolazione 2009-2012, inclusiva di tutti i modelli località riferiti al Comune di Prato e dei dati ante e post gradualità per gli anni 2009 e 2010. Cfr. doc. 190.

Tuttavia si evidenzia che il Comune di Prato ha allegato alla nota trasmessa il successivo 17 ottobre 2011 la comunicazione di Estra Reti del 27 giugno 2011, comprensiva dei relativi allegati, da cui risulta che la società ha in realtà trasmesso in pari data all'ente locale la documentazione tariffaria relativa al 3° periodo di regolazione 2009-2012 e i dati ante e post gradualità per gli anni 2009 e 2010. Cfr. doc. 191.

del Comune di Prato⁵⁰, sostenendo di avere già fornito alcune delle informazioni richieste⁵¹ e di non disporre di parte delle informazioni richieste⁵². La società ha fornito inoltre anche alcuni dati⁵³.

Con riguardo allo stato di consistenza dell'impianto ed alla relativa valutazione la società ribadiva che l'elaborazione di tali informazioni era ancora in corso.

Quanto ai dati sul personale, Estra Reti indicava che *“Vi comunicheremo in seguito il personale impiegato nel servizio di distribuzione del gas con riferimento all'area di Prato, determinato applicando i criteri previsti dal DM 21.04.2011, a tutela dell'occupazione”*.

Estra Reti ha anche informato il Comune di Prato di avere affidato ad una società di consulenza l'incarico di redigere una relazione tecnica sul tipo e le caratteristiche di interconnessione con gli impianti di altri comuni, individuando anche i costi degli interventi impiantistici necessari per la separazione della porzione di rete ed impianti del Comune di Prato, che sarà trasmessa all'ente locale quando disponibile *“affinché possiate tenerne conto nello stabilire gli*

⁵⁰ Cfr. doc. 195 (all. 47).

⁵¹ La società sostiene in particolare di avere già fornito la suddivisione delle condotte e degli impianti e l'indicazione del numero dei punti di riconsegna del gas presenti nel territorio del Comune di Prato, la documentazione tariffaria e l'elenco dei contributi pubblici e privati percepiti (in quanto contenuti nelle schede tariffarie).

⁵² Si tratta in particolare, del volume di gas immesso mensilmente nell'anno 2008 e 2009, indicati come non scorponabili per il solo territorio del Comune di Prato, e dei dati di cui alla delibera AEEG n. 120/08, in merito ai quali la società ha indicato che le relative schede contengono dati che riguardano anche i comuni limitrofi e che *“nel caso che a Codesto Comune sia utile ottenere dati riferibili al solo Comune di Prato, siamo disponibili ad effettuare il lavoro di elaborazione necessario”*. Cfr. doc. 195 (all. 47).

⁵³ In particolare Estra Reti ha trasmesso:

- i dati inerenti il numero totale dei misuratori installati nel territorio del Comune di Prato al 31 dicembre 2010, suddivisi per classe di appartenenza (senza l'indicazione della tipologia e dell'anno di posa ed osservando che le schede tariffarie già trasmesse contengono la stratificazione del costo storico per anni di posa del parco complessivo dei misuratori);
- l'indicazione del fatto che non vi sono state “emergenze” nei termini di cui alle linee guida n. 4 del CIG (contestualmente indicando che il numero delle chiamate di emergenza pervenute al centralino è unico per tutto il territorio gestito e che quindi il numero delle chiamate relative al solo Comune di Prato non è estraibile e dichiarandosi disponibile a ricostruire i soli interventi eseguiti per anomalie segnalate nel Comune di Prato);
- l'indicazione del numero di società di vendita che operano nel territorio del Comune di Prato;
- alcune informazioni in merito alla relazione descrittiva dello stato della gestione, della rete, degli impianti e dei sistemi di protezione catodica; alle esigenze di interventi per estensione, potenziamento, adeguamento d'impianto, richieste da parte dei clienti; alle modalità di esecuzione del servizio di reperibilità;
- il tipo di prodotto odorizzante immesso in rete;
- indicazione dell'assenza di opere realizzate direttamente e/o finanziate dal Comune di Prato a partire dal 1998.

Cfr. doc. 195 (all. 47).

oneri a carico del gestore subentrante”⁵⁴.

43. Il 4 novembre 2011 il Comune di Prato ha trasmesso ad Estra ed Estra Reti una comunicazione per la convocazione di una riunione tecnica con le società da tenersi l’8 novembre 2011 *“allo scopo di effettuare un esame congiunto della documentazione resa disponibile, e di quella ancora da trasmettere al Comune ai fini del regolare svolgimento della gara”*⁵⁵.

In tale comunicazione l’ente locale ribadiva che *“allo stato [...] non risulta obiettivamente possibile procedere alla individuazione e/o determinazione di tutti gli elementi necessari per consentire a tutti i concorrenti la presentazione delle offerte nel rispetto della indispensabile condizione di parità fra i partecipanti al procedimento.*

Deve altresì sottolinearsi come, da parte di alcuni concorrenti, siano già stati espressi rilievi critici, a causa dell’asimmetria delle informazioni disponibili tra gestore uscente ed altri partecipanti”.

44. In particolare, il 16 settembre 2011 [omissis], in qualità di soggetto invitato alla procedura di gara, ha inviato una richiesta di informazioni e chiarimenti al Comune di Prato, in ordine, tra l’altro, all’acquisizione dell’elenco del personale del gestore uscente Estra Reti che l’aggiudicatario ha l’obbligo di assumere ed al valore degli impianti di distribuzione da riconoscersi quale rimborso al gestore uscente. L’11 ottobre 2011 il Comune di Prato ha risposto a tale richiesta di informazioni comunicando alla società i dati relativi al complesso dei dipendenti di Estra Reti *“in quanto non sono stati comunicati i dati relativi allo svolgimento del servizio nel territorio comunale di Prato, riferendosi tale personale anche alla gestione del servizio nei territori dei Comuni limitrofi. Eventuali ulteriori notizie saranno comunicate non appena ricevute”*. L’ente locale ha inoltre indicato, in merito alla valutazione dell’impianto, che *“la Stazione appaltante non ha ancora ricevuto la consistenza stratificata da parte dell’attuale concessionario, Non appena ci sarà fornita, provvederemo a trasmettere l’informazione richiesta a tutti i concorrenti in gara”*⁵⁶.

45. Il 7 novembre 2011 Estra Reti ha riscontrato la comunicazione del Comune di Prato del 4 novembre 2011 dichiarando la sua piena disponibilità a

⁵⁴ In effetti tale compito rientra tra quelli previsti dal contratto di consulenza stipulato il 15 giugno 2011 (doc. 195-all. 36). In esecuzione di tale contratto, la società di consulenza ha fornito una prima informativa sul punto al committente già il successivo 5 luglio. Cfr. doc. 195 (all. 39).

⁵⁵ Cfr. doc. 207.

⁵⁶ Cfr. doc. 195 (all. 42 e 43).

partecipare all'incontro. Con specifico riguardo allo stato di consistenza dell'impianto ed alla relativa valutazione, la società ha ribadito di avere conferito nel mese di giugno 2011 un incarico ad una società di consulenza e che, *“in ogni caso, la predisposizione della Relazione è in corso di avanzato svolgimento, per cui sarà possibile consegnarvi la Relazione stessa con lo stato di consistenza e la valutazione economica della rete gas presente a Prato appena ci sarà consegnata, in modo che possiate utilizzarla per la prosecuzione della gara già indetta”*⁵⁷.

46. Nel corso dell'incontro tra il Comune di Prato ed Estra Reti dell'8 novembre 2011 la società *“si [è] obbliga[ta] a fornire l'elaborato ufficiale [...dello stato di consistenza e della valutazione dell'impianto] non oltre il 25 novembre 2011”*. Nel relativo verbale è altresì indicato che la riunione *“si è svolta in un clima disteso e di reciproca collaborazione”*⁵⁸.

47. Con comunicazione del 24 novembre 2011 Estra ed Estra Reti hanno provveduto a trasmettere al Comune di Prato lo stato di consistenza e la relativa valutazione dell'impianto di distribuzione del gas naturale del territorio del Comune di Prato, nonché i dati sul personale impiegato nella gestione del servizio nel Comune di Prato⁵⁹.

La valutazione dell'impianto, a stima industriale, è stata quantificata da Estra Reti in circa *[omissis]* milioni di euro.

48. Il Comune di Prato il 12 dicembre 2011 ha comunicato all'Autorità di avere ricevuto da Estra ed Estra Reti *“a partire dal 23 giugno 2011 tutte le informazioni richieste a suo tempo [...] ricevendo da Estra S.p.A. e dalle sue controllate e/o collegate puntuale, piena e fattiva collaborazione”* e che, pertanto, *“per quanto di propria competenza, è venuto meno ogni interesse alla prosecuzione del procedimento in oggetto”*⁶⁰.

49. Il successivo 20 dicembre 2011 l'ente locale ha scritto ai soggetti invitati a partecipare alla procedura di gara comunicando che, a seguito dell'ottenuto completamento dell'esibizione della documentazione da parte dell'attuale gestore, la stazione appaltante *“completa e/o modifica i dati mancanti”*. In particolare il Comune di Prato ha provveduto a rendere disponibili ai soggetti interessati a partecipare alla procedura di gara le schede tariffarie, lo stato di

⁵⁷ Cfr. doc. 210.

⁵⁸ Cfr. doc. 212.

⁵⁹ Cfr. doc. 246.

⁶⁰ Cfr. doc. 263.

consistenza dell'impianto ed i dati sul personale impiegato nella gestione del servizio ed ha, inoltre, modificato l'importo dell'indennizzo da riconoscersi al gestore uscente (sulla base della valutazione a stima industriale della parte di impianto di proprietà del gestore), portandolo dai precedenti 50 milioni di euro circa a 90,5 milioni di euro⁶¹.

IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

50. Dalle risultanze istruttorie è emerso che Estra Reti ha prima rifiutato e poi ritardato la trasmissione delle informazioni richieste dal Comune di Prato al fine dell'indizione della procedura di gara per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas nel proprio territorio.

51. Una parte delle informazioni richieste dall'ente locale in data 10 maggio 2010, (tra cui la planimetria della rete e le schede tariffarie) è stata fornita solo in data 23 e 27 giugno 2011, dopo oltre un anno dall'originaria richiesta del 10 maggio 2010 e a seguito dell'ordine di esibizione impartito dal Consiglio di Stato, in materia di accesso agli atti.

Lo stato di consistenza dell'impianto di distribuzione, la relativa valutazione di parte e le informazioni sul personale impiegato per la gestione del servizio nel territorio del comune di Prato state trasmesse da Estra Reti all'ente locale solo il 24 novembre 2011, ovvero a distanza di un anno e mezzo dalla richiesta di informazioni del Comune di Prato del 10 maggio 2010, come integrata il 17 giugno 2010.

52. Si anticipa fin da ora che le risultanze istruttorie hanno evidenziato che le informazioni delle quali le società hanno prima rifiutato e poi ritardato la trasmissione sono rilevanti ai fini della predisposizione di bandi di gara competitivi per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas e della partecipazione dei concorrenti alle medesime procedure di gara a parità di condizioni rispetto al gestore uscente. Tra queste sono incluse, in particolare, ma non solo, lo stato di consistenza dell'impianto, la valutazione di parte della rete e le informazioni sul personale impiegato (trasmessi al Comune di Prato il

⁶¹ Cfr. n. 271.

24 novembre 2011), la planimetria della rete e le schede tariffarie⁶² (trasmesse all'ente locale, rispettivamente, il 23 e 27 giugno 2011 in ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato).

53. Inoltre, le risultanze istruttorie hanno accertato la pretestuosità delle motivazioni poste a base del rifiuto, legate principalmente alla supposta unicità dell'impianto di distribuzione del Comune di Prato e con altri comuni limitrofi che avrebbe impedito la disaggregazione delle informazioni riferite al solo Comune di Prato nonché la gestione separata di parte dell'impianto. A detta della società la trasmissione delle informazioni avrebbe anche comportato la diffusione di dati riservati.

i. IL CONTESTO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

54. 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», è riconosciuta quale «servizio pubblico».

55. 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.

56. Ai sensi dell'art. 14, comma 7, del Decreto Legislativo n. 164/00 gli enti locali avviano 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. Ove l'ente locale non provveda entro il termine indicato, la regione, anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, avvia la procedura di gara.

⁶² Le schede tariffarie sono costituite da tabelle (sezioni) compilate dai concessionari del servizio di distribuzione sulla base di un modello definito dal regolatore di settore. Tali tabelle contengono i dati di contabilità regolatoria specifici ad una determinata "località" e relativi, in particolare:

- ai dati stratificati (per anno) dei costi storici di investimento nell'impianto di distribuzione e dei contributi pubblici e privati comunicati a fini regolatori, distinti per categorie di cespiti (terreni, fabbricati industriali, condotte stradali, allacciamenti, impianti principali e secondari, attività di misura);
- ai dati fisici relativi all'impianto ed ai volumi di gas distribuiti; tali dati riguardano i) il n. di PDR (punti di riconsegna del gas ai clienti finali) distinti per classi dei gruppi di misura, per fascia di consumo e sulla base della presenza o meno di un correttore dei volumi; ii) i volumi di gas distribuito ai PDR, distinto per classi di consumo e per pressione della rete (bassa, media e alta); iii) la lunghezza della rete rispettivamente in bassa, media ed alta pressione.

57. 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 sia 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 concorrenti⁶³.

58. Ai sensi del comma 4 dell'art. 14 del decreto legislativo citato, 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.

59. La disciplina prevede poi due differenti regole per il calcolo del rimborso al gestore uscente, rispettivamente, per la prima gara per l'affidamento del servizio e per la alla situazione a regime.

60. In particolare, l'art. 15 del citato decreto, "*Regime di transizione nell'attività di distribuzione*", prevede, al comma 5, che ai titolari degli affidamenti e delle concessioni in essere è riconosciuto un rimborso, a carico del nuovo gestore, calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti e, per quanto non desumibile dalla volontà delle Parti, con i criteri di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 24 del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578⁶⁴, ovvero secondo il metodo del valore industriale (costo di ricostruzione a nuovo cui si applicano dei coefficienti di degrado)⁶⁵.

⁶³ 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 VRD.

⁶⁴ L'art. 24 del Regio Decreto 15 ottobre 1925, n. 2578 prevede al comma 4 "*Quando i comuni procedono al riscatto debbono pagare ai concessionari un'equa indennità, nella quale si tenga conto dei seguenti termini:*

a) *valore industriale dell'impianto e del relativo materiale mobile ed immobile, tenuto conto del tempo trascorso dall'effettivo cominciamento dell'esercizio e dagli eventuali ripristini avvenuti nell'impianto o nel materiale ed inoltre considerate le clausole che nel contratto di concessione siano contenute circa la proprietà di detto materiale, allo spirare della concessione medesima;*

b) *anticipazioni o sussidi dati dai comuni, nonché importo delle tasse proporzionali di registro anticipate dai concessionari e premi eventualmente pagati ai comuni concedenti, sempre tenuto conto degli elementi indicati nella lettera precedente;*

c) *profitto che al concessionario viene a mancare a causa del riscatto e che si valuta al valore attuale che avrebbero, nel giorno del riscatto stesso, al saggio dell'interesse legale, tante annualità eguali alla media dei profitti industriali dell'ultimo quinquennio, quanti sono gli anni pei quali dovrebbe ancora durare la concessione, purché un tale numero di anni non superi mai quello di venti.*

[...] *Le disposizioni di questo articolo, salvo ciò che si riferisce ai termini del riscatto, non sono applicabili quando le condizioni del riscatto medesimo o della revoca della concessione siano stabilite da contratto, purché stipulato sei mesi prima della promulgazione della legge 29 marzo 1903, n. 103*".

⁶⁵ L'art. 24, comma 3 del Decreto Legislativo n. 93/2011, ha disposto che l'AEEG, limitatamente al primo periodo di esercizio delle concessioni assegnate per ambiti territoriali minimi riconosce in tariffa al gestore

61. A regime, invece, il comma 8 dell'art. 14, così come modificato dall'art. 24 del Decreto Legislativo n. 93/11, prevede che *“il valore di rimborso al gestore uscente e' pari al valore delle immobilizzazioni nette di località del servizio di distribuzione e misura, relativo agli impianti la cui proprietà viene trasferita dal distributore uscente al nuovo gestore, incluse le immobilizzazioni in corso di realizzazione, al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di località, calcolato secondo la metodologia della regolazione tariffaria vigente e sulla base della consistenza degli impianti al momento del trasferimento della proprietà”*

Pertanto, in questo caso si applica il metodo di costo storico, al netto dei contributi pubblici e privati, rivalutato secondo i criteri stabiliti dalla disciplina tariffaria e con l'utilizzo dei dati contenuti nelle schede tariffarie.

62. 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 comuni⁶⁶, la stessa sia svolta su ambiti territoriali più ampi, con ciò favorendo la realizzazione di economie di scala. In particolare, il combinato disposto dell'art. 46-bis del D.L. n. 159/07, convertito nella legge n. 222/07⁶⁷, e dell'art. 15, comma 1, lettera a-bis, del D.L. n. 135/09, convertito nella legge n. 166/09, ha previsto 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 MSE di concerto con il Ministero per i Rapporti con le

entrante l'ammortamento della differenza tra il valore di rimborso calcolato come calcolato secondo il metodo previsto in occasione delle prime gare e il valore di costo storico, al netto dei contributi pubblici e privati, rivalutato secondo i criteri stabiliti dalla disciplina tariffaria e con l'utilizzo dei dati contenuti nelle schede tariffarie.

⁶⁶ Cfr. Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta dell'AEEG, 6 luglio 2011, pag. 142.

⁶⁷ 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”.*

Regioni, sentite la Conferenza unificata e l'AEEG⁶⁸.

63. In data 1 aprile 2011 è entrato in vigore il decreto del MSE 19 gennaio 2011 di determinazione degli ATEM nel settore della distribuzione del gas⁶⁹ (c.d. Decreto Ambiti, già richiamato). Gli ATEM individuati dall'art. 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 Prato, è stato individuato un unico ATEM, che comprende oltre al Comune di Prato altri 15 comuni limitrofi (individuati dai 13 comuni ai quali secondo Estra ed Estra Reti si estende l'impianto unico di Prato e dal Comune di Montale).

64. Poiché la maggior parte delle concessioni, originando da affidamenti diretti, aveva una scadenza *ope legis* al 31 dicembre 2010 (come nel caso di specie)⁷⁰, non coincidente con il termine ultimo fissato per l'individuazione degli ATEM, molti comuni, 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

⁶⁸ 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"*.

⁶⁹ In Gazzetta Ufficiale n. 74 del 31 marzo 2011.

⁷⁰ L'art. 15, comma 5 del Decreto Legislativo 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.

simile scelta⁷¹.

65. Come già indicato, il Decreto Ambiti ha peraltro previsto all'art. 3, comma 3, che, a decorrere dall'entrata in vigore dello stesso, le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas *“per le quali non è stato pubblicato il bando di gara o non è decorso il termine per la presentazione delle offerte di gara sono aggiudicate unicamente relativamente agli ambiti determinati nell'allegato 1 facente parte integrante del presente provvedimento”*.

66. Successivamente è stato emanato il Decreto Legislativo n. 1 giugno 2011, n. 93, *“Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE”*⁷², che ha ulteriormente disposto che *“Gli enti locali che, per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale, alla data di entrata in vigore del presente decreto [29 giugno 2011], in caso di procedura di gara aperta, abbiano pubblicato bandi di gara, o, in caso di procedura di gara ristretta, abbiano inviato anche le lettere di invito, includenti in entrambi i casi la definizione dei criteri di valutazione dell'offerta e del valore di rimborso al gestore uscente, e non siano pervenuti all'aggiudicazione dell'impresa vincitrice, possono procedere all'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale secondo le procedure applicabili alla data di indizione della relativa gara”*.

67. Per quanto riguarda gli obblighi informativi del gestore nei confronti dell'ente concedente, l'art. 15, comma 1, del Decreto Legislativo n. 164/00 prevedeva che gli enti locali che affidano il servizio svolgessero attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo sulle attività di

⁷¹ 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”*.

⁷² In GU n. 148 del 28 giugno 2011 - Suppl. Ordinario n. 157.

distribuzione e che i loro rapporti con il gestore del servizio fossero regolati da appositi contratti di servizio.

68. Più in generale, l'art. 10 del D.P.R. n. 4 ottobre 1986, n. 902, disponeva che, entro trenta giorni dall'avvenuta notifica della richiesta dello stato di consistenza, *“il concessionario deve redigere lo stato di consistenza dell'impianto o dell'esercizio riferito alla data in cui il preavviso è notificato. Detto stato di consistenza dovrà essere immediatamente comunicato all'ente concedente che, previo accesso all'impianto od esercizio, dovrà, entro trenta giorni successivi al ricevimento, comunicare al concessionario il proprio accordo o le eventuali osservazioni e proposte di rettifica”*⁷³.

ii. IL PARERE DEL MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO E LE DISPOSIZIONI CONTENUTE NELLO SCHEMA DI REGOLAMENTO SUI CRITERI DI GARA

69. In data 24 settembre 2010 l'Autorità ha inviato al MSE una richiesta di informazioni, volta ad acquisire una valutazione tecnica circa il *set* informativo minimo che il gestore uscente dovrebbe fornire all'ente locale concedente per la riallocazione del titolo concessorio e circa la tempistica entro la quale è ragionevole che tali informazioni debbano essere trasmesse⁷⁴.

70. In data 13 ottobre 2010 il MSE ha inviato lo stralcio dell'art. 4 dell'allora schema di Regolamento sui criteri di gara per l'affidamento dei servizi di distribuzione del gas in base agli ATEM (di seguito, schema di Regolamento) di cui all'art. 46-*bis* della legge n. 222/07, concernente la conversione in legge con modificazioni del D.L. n. 159/07, il quale contiene le disposizioni specifiche sugli obblighi informativi dei gestori uscenti e sulla tempistica per trasmettere dette informazioni⁷⁵.

Al momento in cui si scrive tale regolamento è stato licenziato dal MSE ed ha

⁷³ Inoltre, ai sensi della medesima norma: *“Nel caso di rifiuto o di mancato rispetto del termine perentorio di cui al primo comma da parte del concessionario, lo stato di consistenza è formato, nel termine dei successivi centoventi giorni, dall'ente concedente, i cui incaricati, in base ad un decreto del prefetto, potranno accedere anche coattivamente nelle officine o negli altri locali dell'impianto o dell'esercizio.*

Lo stato di consistenza è immediatamente comunicato dal comune al concessionario che, nel termine perentorio dei quindici giorni successivi al ricevimento della comunicazione, potrà far pervenire le sue controdeduzioni, in mancanza delle quali lo stato di consistenza s'intende accettato. Nel caso di disaccordo fra le parti decide, limitatamente all'oggetto della controversia, un collegio di tre periti, nominati uno per parte dall'ente concedente e dal concessionario, ed un terzo, con funzioni di presidente, dal presidente del tribunale nella cui giurisdizione ha sede l'ente riscattante”.

⁷⁴ Cfr. doc. 185.

⁷⁵ Cfr. doc. 3.

acquisito il prescritto parere del Consiglio di Stato, ma non è tuttavia ancora stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

71. È importante sottolineare tuttavia che la effettiva vigenza del Regolamento non rileva in questa sede, poiché ciò che rileva in realtà è il parere rilasciato dal MSE sui temi in questione rispetto ai quali è stato formalmente interpellato dall'Autorità.

72. In particolare, secondo quanto affermato dal MSE (e riportato nello schema di regolamento), i gestori uscenti dovrebbero fornire all'ente locale concedente, tra l'altro, lo stato di consistenza dell'impianto di distribuzione con indicazione dei tratti di condotte in acciaio non protetti catodicamente⁷⁶; le informazioni sulle obbligazioni finanziarie in essere relative agli investimenti realizzati nel precedente periodo di affidamento e sui contratti pubblici e privati relativi allo svolgimento del servizio di distribuzione, quali servitù e concessioni di attraversamento; la relazione sullo stato dell'impianto di distribuzione, con i dati di ricerca di fughe degli ultimi tre anni; il numero dei punti di riconsegna e i volumi distribuiti riferiti ai tre anni precedenti; il costo riconosciuto di località e la tariffa di riferimento definiti dall'AEEG, con le schede località, contenenti tutti i dati rilevanti per il calcolo delle tariffe (dati dei costi di capitale e ammortamenti segmentati per tipologia di cespiti e località e ripartiti per soggetto proprietario⁷⁷, indicando se i dati sono approvati dall'AEEG) ovvero le schede tariffarie; le informazioni sul personale addetto alla gestione locale dell'impianto⁷⁸.

73. Con specifico riferimento alla tempistica della fornitura dei dati, il MSE indicava l'art. 4 dello schema di Regolamento, che prevede che i dati di cui

⁷⁶ L'articolo 1, comma 12 dello schema di Regolamento sui criteri di gara definisce lo stato di consistenza come l'insieme di documenti comprendente la cartografia come definita nell'allegato alle deliberazioni ARG/gas n. 120/08 dell'AEEG e la descrizione delle reti e degli impianti afferenti al servizio di distribuzione di gas naturale con evidenza dell'anno di realizzazione e delle loro caratteristiche costruttive, funzionali e conservative; in particolare per ogni tratto di rete dovrà essere registrato almeno l'anno di posa del materiale e il diametro.

Al Titolo I, art. 1 dell'allegato alle deliberazioni ARG/gas n. 120/08 dell'AEEG la "cartografia" è definita come "il sistema di documentazione dell'impianto di distribuzione, esclusi gli impianti di derivazione di utenza e i gruppi di misura, mediante una rappresentazione, almeno grafica, che comprende indicazioni sul materiale delle condotte, il loro diametro e la pressione di esercizio ed in scala almeno 1:2000".

⁷⁷ La rete di distribuzione può essere infatti essere in parte di proprietà del gestore del servizio (o di una società controllante lo stesso, come nel caso di specie) ed in parte di proprietà dell'ente locale concedente (ad esempio con riguardo alle porzioni di rete realizzate in lottizzazioni private ed oggetto di cessione gratuita al Comune).

⁷⁸ Tali informazioni devono essere fornite, in forma anonima, con riferimento, in particolare, all'anzianità di servizio, al livello di inquadramento, alla qualifica, allo stipendio lordo annuo, all'eventuale TFR maturato, oltre alla data in cui l'addetto è stato assegnato alla gestione locale dell'impianto di distribuzione; analoghe informazioni devono essere fornite sulla quota parte del personale che svolge funzioni centrali con obbligo di assunzione da parte del gestore subentrante.

sopra dovrebbero essere forniti entro un termine di sessanta giorni dalla richiesta dell'ente locale, termine prorogabile di altri trenta giorni dall'ente locale in casi di particolare complessità⁷⁹.

74. L'articolo citato prevede altresì che in caso di mancata fornitura dello stato di consistenza entro i termini indicati si applica l'art. 10 del D.P.R. n. 4 ottobre 1986, n. 902⁸⁰.

Il rifiuto del gestore uscente a fornire i dati necessari per l'effettuazione della gara o il ritardo nel fornirli, trascorso il periodo perentorio indicato tramite una procedura di messa in mora, può costituire motivo per la richiesta di risarcimento danni conseguenti al ritardo nella effettuazione della gara d'ambito.

75. Inoltre, il comma 9 del medesimo art. 4 dello schema di Regolamento dispone che il gestore uscente renda *“disponibile al gestore subentrante la banca dati dei punti di riconsegna, le fonti contabili obbligatorie e i dati relativi alla gestione in corso d'anno necessari per gli adempimenti previsti dalla regolazione a carico del gestore subentrante, quali la rendicontazione annuale dei dati della qualità e della sicurezza”*.

⁷⁹ Il comma 7 del medesimo art. 4, prevede con specifico riferimento allo stato di consistenza che *“I dati sullo stato di consistenza sono forniti in supporto informatico secondo un formato stabilito dall'Autorità entro 180 giorni dall'entrata in vigore del presente regolamento. L'Autorità nel proprio provvedimento stabilisce la data entro cui entra in vigore l'obbligo di utilizzare il formato individuato. Fino alla data di utilizzo obbligatorio del formato unico il gestore uscente fornisce lo stato di consistenza in formato cartaceo, unitamente ad un foglio elettronico contenente i dati più significativi della rete e degli impianti necessari alla determinazione del valore di rimborso e alla compilazione delle informazioni dell'Allegato B al bando di gara tipo di cui all'Allegato 2 del presente decreto, secondo schede tecniche redatte dall'Autorità, entro 90 giorni dall'entrata in vigore del presente decreto”*.

⁸⁰ Ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. n. 902/86, entro trenta giorni dall'avvenuta notifica del preavviso, “il concessionario deve redigere lo stato di consistenza dell'impianto o dell'esercizio riferito alla data in cui il preavviso è notificato.

Detto stato di consistenza dovrà essere immediatamente comunicato all'ente concedente che, previo accesso all'impianto od esercizio, dovrà, entro trenta giorni successivi al ricevimento, comunicare al concessionario il proprio accordo o le eventuali osservazioni e proposte di rettifica.

Le comunicazioni di cui al precedente comma sono fatte a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

Nel caso di rifiuto o di mancato rispetto del termine perentorio di cui al primo comma da parte del concessionario, lo stato di consistenza è formato, nel termine dei successivi centoventi giorni, dall'ente concedente, i cui incaricati, in base ad un decreto del prefetto, potranno accedere anche coattivamente nelle officine o negli altri locali dell'impianto o dell'esercizio.

Lo stato di consistenza è immediatamente comunicato dal comune al concessionario che, nel termine perentorio dei quindici giorni successivi al ricevimento della comunicazione, potrà far pervenire le sue controdeduzioni, in mancanza delle quali lo stato di consistenza s'intende accettato. Nel caso di disaccordo fra le parti decide, limitatamente all'oggetto della controversia, un collegio di tre periti, nominati uno per parte dall'ente concedente e dal concessionario, ed un terzo, con funzioni di presidente, dal presidente del tribunale nella cui giurisdizione ha sede l'ente riscattante”.

76. Lo schema di Regolamento sui criteri di gara, oltre al citato articolo 4, contiene una serie di disposizioni di rilievo per la valutazione del caso in esame.

77. L'art. 12 (Criteri di aggiudicazione delle offerte) dello schema di Regolamento, prevede che l'aggiudicazione sia effettuata sulla base dei seguenti criteri:

- a) condizioni economiche (principalmente individuate dallo sconto rispetto alle tariffe di distribuzione previste dall'AEEG ma che comprende anche una parte relativa al canone da riconoscere al Comune come percentuale sul VRD);
- b) criteri di sicurezza e di qualità;
- c) piani di sviluppo degli impianti.

Il rilievo maggiore è assegnato a quest'ultimo criterio, con un punteggio massimo attribuibile pari a 45, mentre ai criteri di cui ai punti a) e b) sono attribuibili, rispettivamente 28 e 27 punti al massimo.

78. Secondo l'art. 9 (Bando di gara e disciplinare di gara), comma 4, dello schema di Regolamento la stazione appaltante prepara e pubblica il bando di gara e il disciplinare il quale deve contenere anche le linee guida programmatiche per lo sviluppo dell'impianto nel territorio, sulla cui base i concorrenti redigono il piano di sviluppo dell'impianto che è oggetto di valutazione per l'affidamento del servizio⁸¹. Le linee programmatiche devono essere preparate tramite "*analisi di costi-benefici e simulazioni del piano industriale*"⁸² e devono contenere, oltre agli interventi di manutenzione, estensione, e potenziamento della rete, anche la relazione sullo stato dell'impianto di distribuzione, con indicazione delle zone con maggiore carenza strutturale, supportata dai dati di ricerca fughe degli ultimi tre anni. Inoltre, il comma 5 del medesimo articolo, richiede che il bando di gara contenga per ogni singolo comune le medesime informazioni che il gestore uscente è obbligato a fornire all'ente locale ai sensi dell'art. 4 citato⁸³.

⁸¹ Cfr. anche il terzo Ritenuto dello schema di Regolamento sui criteri di gara.

⁸² Cfr. il secondo Ritenuto dello schema di Regolamento sui criteri di gara.

⁸³ In particolare, l'art. 9, comma 6 prevede che "*Le informazioni specifiche per ogni Comune, contenute negli allegati di cui al comma 5, sono le seguenti:*

- a. *i dati dell'impianto di distribuzione, costituiti da un sommario dei dati più significativi della rete e degli impianti, e dallo stato di consistenza diviso per proprietario, dal numero dei punti di riconsegna articolato per tipologia di utenza e da una loro ipotesi di tasso di crescita annua sulla rete esistente e dai volumi distribuiti;*
- b. *i valori delle immobilizzazioni lorde e nette, valutati con il metodo del costo storico rivalutato e utilizzati nel calcolo del vincolo dei ricavi in base alla regolazione tariffaria, articolati per tipologia di cespiti e ripartiti per soggetto proprietario, e le corrispondenti vite utili ai fini tariffari. In particolare devono*

79. Il successivo art. 15 (Piano di sviluppo degli impianti), commi 2 e 3, richiede che tale piano di sviluppo sia redatto da ogni partecipante alla procedura di gara, a partire dalle Linee guida programmatiche e dallo stato di consistenza di ogni impianto, e sia costituito da una relazione tecnica che contiene, in particolare, planimetrie e schematiche illustrative degli interventi. Sono poi oggetto di valutazione l'adeguatezza dell'analisi, l'accuratezza e il dettaglio con cui il progetto è redatto. Oggetto di valutazione dell'offerta tecnica è anche la percentuale di tubazioni in acciaio messe in protezione catodica.

80. Il medesimo art. 15 dello schema di Regolamento prevede poi, al comma 8, che ogni offerta debba essere corredata dal piano industriale previsionale il quale riporta, tra l'altro, la metodologia utilizzata per la valutazione dei ricavi e il valore residuo risultante al termine dell'affidamento.

81. Per quanto riguarda l'indennizzo al gestore uscente nel settimo ritenuto dello schema di Regolamento si sostiene che tale valore è *“tra i più importanti parametri da introdurre nel bando di gara sia ai fini della concorrenza, incidendo notevolmente sul piano industriale e sull'equilibrio economico finanziario delle imprese e quindi sulle offerte da parte delle nuove imprese rispetto ai concessionari uscenti, sia ai fini della tutela dei diritti del gestore uscente”*.

82. Ancorché non sia stato oggetto della risposta inviata dal MSE alla richiesta di informazioni dell'Autorità, vale qui ricordare che oltre a al Regolamento sui criteri di gara ed al più volte richiamato Decreto Ambiti, il pacchetto di

essere disponibili su formato elettronico le schede con tutti i dati rilevanti per il calcolo delle tariffe con riferimento all'ultimo anno tariffario, oltre i dati sugli investimenti realizzati successivamente;

- c. il documento guida per gli interventi di estensione, manutenzione e potenziamento di cui al comma 4;*
- d. l'eventuale valore di rimborso da riconoscere al gestore uscente, le obbligazioni finanziarie in essere relative agli investimenti realizzati nel precedente periodo di affidamento e i contratti pubblici e privati dei gestori uscenti, relativi allo svolgimento del servizio di distribuzione e connessi con la proprietà degli impianti, quali servitù e concessioni di attraversamento;*
- e. in presenza di Enti locali concedenti proprietari o di società patrimoniali delle reti, gli oneri annuali di cui all'articolo 8, comma 3;*
- f. le informazioni sul personale di cui all'articolo 4 comma 1, lettera g).*
- g. per gli impianti con scadenza ope legis della concessione successiva alla gara:*
 - i. la data di subentro;*
 - ii. contratti di concessione in vigore e i piani di sviluppo degli impianti gestiti, relativamente agli obblighi previsti in concessione, per l'intero periodo residuo di concessione;*
 - iii. oltre alle informazioni di cui ai punti precedenti al momento della pubblicazione del bando, anche le informazioni prevedibili al momento di trasferimento di gestione.*
- h. il regolamento comunale e provinciale per l'esecuzione dei lavori stradali;*
- i. l'entità della tassa o canone di occupazione del suolo e sottosuolo (TOSAP o COSAP) comunale e provinciale, nonché i relativi regolamenti”*.

provvedimenti sulla distribuzione del gas comprende anche un decreto sulla clausola sociale, Decreto 21 aprile 2011 pubblicato in GUCE n. 102 del 4 maggio 2011), volto a salvaguardare l'occupazione dei dipendenti delle imprese che svolgono attività di distribuzione del gas in occasione del subentro di un nuovo gestore nell'attività, nonché ad evitare "che nel passaggio del personale dal gestore uscente al gestore subentrante" si determinino "*comportamenti opportunistici da parte del gestore uscente e ostacoli al processo di efficienza operativa*".

83. Tale decreto, all'art. 2, comma 3, prevede, in particolare, l'obbligo di assunzione da parte del gestore subentrante del personale dei gestori uscenti i) addetto alla gestione dell'impianto di distribuzione oggetto di gara, nonché ii) di una quota-parte del personale che svolge funzioni centrali pari alla percentuale dei PDR gestiti dal gestore uscente nell'impianto oggetto di gara rispetto al totale dei PDR gestiti dallo stesso gestore a livello nazionale.

Il decreto prevede inoltre, al successivo comma 4 dell'art. 2, un valore soglia rispetto al numero massimo di addetti oggetto di trasferimento (pari a 1500 PDR per addetto) al fine di evitare comportamenti opportunistici da parte del gestore uscente.

iii. LE EVIDENZE EMERSE IN RELAZIONE ALLE CONDOTTE DI ESTRA ED ESTRA RETI

84. Dalla documentazione acquisita emerge che Estra ed Estra Reti hanno definito e adottato una articolata strategia dilatoria volta ad evitare che il Comune di Prato potesse procedere all'indizione di una gara autonoma, prima dell'emanazione del decreto di definizione degli ambiti.

85. Tale strategia è stata attuata da Estra ed Estra Reti ponendo in essere una serie di iniziative al fine di opporsi alla decisione del Comune di Prato.

86. Le risultanze istruttorie hanno altresì evidenziato che, diversamente da quanto sostenuto dalle società, la gran parte delle informazioni richieste dal Comune di Prato erano disponibili - in parte già disaggregate e, in parte disaggregabili tramite una attività di elaborazione - e che le giustificazioni addotte dalle società a fondamento del rifiuto di trasmettere le informazioni richieste, tra cui, in particolare, le motivazioni legate all'unicità dell'impianto, alla riservatezza dei dati e alla presunta illegittimità della scelta del Comune di Prato di indire la gara, erano pretestuose.

a) La strategia di Estra ed Estra Reti volta ad impedire la gara autonoma del Comune di Prato

87. La strategia di Estra ed Estra Reti volta a impedire al Comune di Prato di indire autonomamente la gara sembra risultare motivata, principalmente, dal rischio di perdere una concessione di particolare rilievo per la società. Al riguardo, in un documento di Estra Reti del 13 maggio 2010, intitolato “Relazione tecnica con spunti di riflessione per la volontà del Comune di Prato di andare a gara” si evidenzia come “dalla volontà del Comune di Prato di mettere a gara il servizio di distribuzione e misura possa derivare un consistente danno agli altri Comuni dell’impianto aggregato. Il valore dei cespiti centralizzati verrebbe infatti decurtato di una percentuale del [omissis]%, pari alla consistenza percentuale del numero dei PdR del Comune di Prato (circa [omissis]) sul totale dei PdR dell’attuale impianto aggregato (circa [omissis]). [...] L’azione intrapresa da un singolo Comune può pertanto generare una perdita di ricavo che va a scapito diretto di tutti i Comuni soci dell’impianto aggregato ed, ovviamente, del “gestore residuale” del medesimo impianto” (sottolineatura aggiunta)⁸⁴.

88. La strategia adottata dalle due società emerge già in occasione della definizione, da parte di Estra ed Estra Reti, della risposta da dare alla prima richiesta di informazioni del Comune di Prato del 26 aprile 2010. Allegata ad un’e-mail del 29 aprile 2010, avente ad oggetto “risposta al Comune di Prato”, inviata da Estra ad Estra Reti ed alla stessa Estra, viene inoltrata la bozza di lettera “che l’ufficio ha predisposto nell’ambito della **strategia generale elaborata**, per una vostra valutazione tecnica”. Il mittente evidenzia come nella bozza di lettera “**non si fornisce alcuno dei dati richiesti**, manifestando alcune **perplexità sulla legittimità della gara**, chiedendo chiarimenti ed un **congruo termine per fornire i dati eventualmente dovuti**”.

Il mittente, inoltre, precisa che “poiché i colleghi [...], a seguito di un primo incontro in cui invece si palesava la scelta di fornire almeno alcuni dati, hanno sollevato il dubbio dell’opportunità di una risposta, si rimane in attesa di indicazioni [...]. Il [... figura di vertice di Estra] ha già manifestato la propria opinione positiva sull’opportunità di inviare la lettera nella forma che allego”⁸⁵ (grassetto aggiunto).

⁸⁴ Cfr. doc. 12, 50.

⁸⁵ Cfr. doc. 94.

89. Da un'e-mail interna ad Estra Reti del 30 aprile 2010⁸⁶, sempre relativa alla risposta da dare al Comune di Prato alla prima richiesta di trasmissione dei dati, emerge in modo inequivocabile l'intento di rallentare la procedura di gara: un dipendente di Estra Reti comunica ad una figura di vertice della società che ***“Per quanto mi riguarda il testo va bene in quanto non diamo nessun dato come avevamo richiesto noi nella riunione di ieri (anche se con resistenze). Forse si poteva rispondere, legittimamente, fra qualche giorno lasciando passare un pò più di tempo (tempi tecnici di risposta credo che sarebbero stati compresi anche dal giudice). Comunque se hanno deciso di mandare in tutti i modi la lettera oggi questa per me può andare bene. C'è da aspettarsi quindi una risposta rapidissima e ultradettagliata da parte del Comune di Prato con puntualizzato un elenco preciso di ogni documentazione richiesta a cui poi non potremo che rispondere in quanto chiederanno tutti dati che sicuramente abbiamo solo noi in quanto previsti dall'AEEG. Se, come credo, hanno già il bando pronto, più tardi mandiamo questi dati e più si rallenta la presentazione del bando”*** (grassetto aggiunto)⁸⁷.

90. Ancora, sempre in relazione alla volontà di rallentare la procedura di gara, in un appunto scritto a mano reperito presso un ufficio condiviso dalle due società, si evidenzia che *“i tecnici dovranno fornire:*

- *dimostrazione, possibilmente astratta da autorità o siti autorevoli, che l'impianto è unico;*
- *[...] controllare L. 241/1990 → possibilità di chiedere chiarimenti e far slittare i termini”* (grassetto aggiunto)⁸⁸.

A conferma ulteriore della volontà di ricercare motivi per ritardare il più possibile la trasmissione delle informazioni, è stata acquisita un'e-mail interna ad Estra Reti del 20 maggio 2010, nella quale si suggerisce di fare appello alla circostanza che i dati andrebbero elaborati, citando una sentenza a supporto di tale posizione. Inoltre, si evidenzia che *“Se gli atti richiesti facessero parte del ricorso amministrativo forse si potrebbe invocare questo punto della norma per non fornirli se non alla fine del procedimento amministrativo?? Proviamo a*

⁸⁶ Cfr. doc. 48 e 112.

⁸⁷ La lettera poi trasmessa da Estra Reti al Comune di Prato, in pari data, rispecchia la strategia elaborata: la società non oppone un netto rifiuto alla trasmissione, ma anticipa la possibilità di adire le vie legali per opporsi alla scelta del Comune di Prato di indire un'autonoma gara e si pone in posizione “critica”, contestando che *“l'amministrazione creda possibile che nel termine di tre giorni sia realistico evadere le richieste (...)”* anche in ragione del fatto che sussisterebbe un'unità gestionale del servizio di distribuzione del Comune di Prato con i territori comunali limitrofi. Cfr. doc. n. 81.

⁸⁸ Cfr. doc. 76.

pensarci [...]»⁸⁹.

91. Sempre con riguardo all'articolata strategia adottata dalle società per ostacolare il Comune di Prato nell'indizione della gara, è stato acquisito presso Estra un appunto manoscritto relativo ad una riunione tenutasi in data 28 aprile 2010, intitolato "***Percorso di attacco/difesa verso iniziative Comune di Prato di andare in gara da solo***", in cui sono evidenziate, per punti, le linee di azione per il raggiungimento dell'obiettivo (grassetto aggiunto).

92. Da tale documento si evince che, nel corso della riunione, non ci si è limitati a stabilire i termini con cui rispondere al Comune di Prato relativamente alla prima richiesta di dati, ma sono state prospettate molteplici iniziative possibili, anche consistenti in ricorsi giurisdizionali esperibili da parte dei 14 comuni limitrofi, dei [omissis], di Consiag S.p.A., degli altri comuni soci e dei [omissis]. In sostanza, quindi, Estra ed Estra Reti hanno deciso di reagire all'iniziativa del Comune facendosi promotrici di una serie di iniziative che concretamente avrebbero poi dovuto porre in essere anche soggetti terzi⁹⁰.

93. Le azioni da intraprendere per ostacolare il Comune di Prato nell'indizione della gara, emergono anche da una e-mail del 29 aprile 2010 (il giorno successivo all'incontro di cui sopra), inviata da una figura di vertice di Estra Reti ad una figura di vertice di Estra sul "*caso Prato*", in cui si legge "*In ConsiagReti [oggi Estra Reti] ci siamo scambiati varie opinioni sul da farsi che qui di seguito elenchiamo, magari in modo un po' confuso, ma sicuramente efficace in quanto a disposizione per le valutazioni che a nostro parere non possono, vista la gravità del fatto, avere riguardi verso alcuno*"⁹¹.

94. Tra le 19 proposte contenute in tale documento ne figurano alcune del tutto ultronee rispetto alla ordinaria attività di una impresa di distribuzione, che

⁸⁹ Cfr. doc. 58.

⁹⁰ Cfr. doc. 20, nel quale per dettagliati punti viene indicata la seguente strategia:

"1) *Risposta critica alla lettera del Comune che chiede i dati per bandire la gara*

2) *Richiesta di accesso agli atti da parte di [omissis]*

3) *Ricorsi contro la delibera del C.C. [Consiglio Comunale] del 27/4/2010:*

3A) *da parte dei [omissis]*

3B) *da parte dei 14 COMUNI INTERCONNESSI (mercoledì 5 c'è l'incontro) o di alcuni di essi e di CONSIAG RETI per far valere tutte le argomentazioni volte a dimostrare che il COMUNE "interconnesso" non può andare a gara da solo*

3C) *Da parte di CONSIAG spa e altri COMUNI SOCI (DA APPROFONDIRE)*

Ricorso in sede civile con richiesta risarcimento danni provocati dal socio "Prato" alla società per violazione del contratto di società e obbligo di buona fede verso la società e gli altri soci

4) *eventuale ricorso dei [omissis].*

Cfr. anche doc. 84.

⁹¹ Cfr. doc. 34 e 103.

evidenziano la volontà di utilizzare tutti gli strumenti possibili per impedire al Comune di Prato di indire autonomamente la gara, quali: sollecitare [omissis] chiedere l'immediata sospensione del bando di gara in attesa dell'uscita della normativa nazionale relativa alla [omissis] [...] *verificare se la [omissis]; [...] verificare il debito che il Comune di Prato ha verso Consiag e chiederne il pagamento immediato. Chiudere tutti i contatori per utenze che non pagano il gas da tempo, verificare quindi tutte le pendenze economiche in corso con il Comune*"⁹².

95. In quest'ottica le società hanno anche organizzato le iniziative che avrebbero dovuto intraprendere i Comuni limitrofi per opporsi alla decisione del Comune di Prato di indire una gara autonoma, senza attendere l'emanazione del Decreto Ambiti. Al riguardo, oltre al già richiamato documento del 28 aprile 2010, intitolato "*Percorso di attacco/difesa verso iniziative Comune di Prato di andare in gara da solo*", rileva anche un'e-mail del 17 maggio 2010, inviata da Estra Reti ai segretari comunali e ai sindaci di detti comuni, nella quale viene convocata una riunione "*per discutere della strategia difensiva da adottare*" nei confronti del Comune di Prato in relazione alla procedura di gara⁹³.

96. Dalle risultanze istruttorie è poi emerso che le azioni di opposizione che avrebbero dovuto intraprendere i Comuni limitrofi che detengono una partecipazione indiretta in Estra sono state attivamente sollecitate e organizzate da Estra ed Estra Reti. In proposito, in un appunto manoscritto, reperito presso un ufficio al servizio di entrambe le società, si legge: "***i Comuni dovrebbero scriverci che alcuni dati in quanto riservati non devono essere forniti e conseguentemente fare una risposta "interlocutoria in tal senso" senza dare niente e senza citare la 142***" (grassetto aggiunto)⁹⁴.

97. Coerentemente col contenuto del citato appunto, risulta peraltro essere stata la stessa Estra a redigere le lettere poi inviate dai comuni limitrofi e nelle quali questi si opponevano alla trasmissione di informazioni che li riguardavano. In un'e-mail del 4 giugno 2010, inviata da Estra a d una figura di vertice di Estra Reti, si legge: "*a seguito del nostro incontro odierno con [...figura di vertice di Estra] e della congiunta definizione della linea strategica da seguire in ordine alle risposte da inoltrare al Comune di Prato, allego le bozze di:*

⁹² Cfr. doc. 34.

⁹³ Cfr. doc. 33 e 109.

⁹⁴ Cfr. doc. 83. Il documento pare riferirsi alla legge 8 giugno 1990, n. 142 "*Ordinamento delle autonomie locali.*"

- lettera di ConsiagReti [oggi Estra Reti] di richiesta di autorizzazione ai Comuni [limitrofi] alla consegna dei dati;
 - **lettera di risposta dei Comuni ConsiagReti** [oggi Estra Reti], **contenente il diniego**;
 - lettera di Estra a ConsiagReti [oggi Estra Reti] **esprimente il diniego alla consegna**;
 - lettera da inviare al Comune [di Prato] da parte di ConsiagReti [oggi Estra Reti], **esprimente il diniego alla consegna, e da indirizzare anche per conoscenza ai Comuni che hanno espresso il diniego**” (grassetto aggiunto)⁹⁵.
98. Si fa presente, inoltre, che sono stata acquisite le lettere ufficiali di diniego inviate da nove dei tredici comuni limitrofi a Estra Reti e che le stesse sono identiche alle bozze predisposte dalla società⁹⁶.

b) La disponibilità dei dati

99. In ordine alla disponibilità dei dati richiesti, è stata rinvenuta un’e-mail di una figura di vertice di Estra Reti del 18 maggio 2010 inviata ad Estra, avente ad oggetto *“la richiesta relativa alla ipotesi di gara per la distribuzione del gas da parte del Comune di Prato”*. Nell’e-mail si afferma, senza alcun cenno alla indisponibilità o difficoltà di reperire i relativi dati che **“È urgentissimo disporre della seguente documentazione: elenco delle servitù di posa resesi necessarie per la posa delle condotte in aree private ad Enti vari, con l’indicazione di eventuali canoni annui da corrispondere - elenco delle concessioni ottenute per la realizzazione dell’impianto- elenco delle autorizzazioni alla posa delle condotte gas concesse da: Provincia, Anas, regione, ferrovie, Consorzi di Bonifica, ecc... con l’indicazione dei canoni da corrispondere chiedo quanto sopra su supporto informatico”** (grassetto aggiunto)⁹⁷.

100. Nello stesso senso va letta un’altra e-mail interna del 18 maggio 2010⁹⁸, avente ad oggetto *“gara Prato URGENTE”*, nella quale la medesima figura di vertice di Estra Reti chiede ad un dipendente della società **“di preparare su supporto informatico quanto richiestoci ai punti B,C,D,E della lettera**

⁹⁵ Cfr. doc. 24, 34, 42 , 104 e 105. Cfr anche doc. 41 al quale sono allegate le lettere effettivamente poi trasmesse.

⁹⁶ Cfr. doc. 41.

⁹⁷ Cfr. doc. 79.

⁹⁸ Cfr. doc. 61.

ricevuta dal comune di Prato il 10.5.10 prot. 2755. Per il punto E avrai bisogno del servizio Staff” (grassetto aggiunto)⁹⁹.

101. In un'e-mail interna ad Estra Reti datata 9 giugno 2010 una figura di vertice di Estra Reti, scrivendo ad alcuni dipendenti della società afferma: *“Premesso che la lettera di diniego per il comune di PO [Prato] parte oggi, chiedo che vengano comunque preparati e riuniti presso [...] tutti i dati che il comune aveva richiesto. Quando rientro il 21 vorrei che ci fossero tutti in modo da vederli insieme Li vorrei nel seguente modo: quelli che disponiamo così come richiesti da una parte e quelli che disponiamo, ma che necessitano di elaborazioni, da un'altra parte”* (grassetto aggiunto)¹⁰⁰.

102. In un'e-mail successiva, sempre del 9 giugno 2010 trasmessa dalla medesima figura di vertice di Estra Reti a Estra ed Estra Reti, si dichiara che un dipendente di Estra Reti *“sta lavorando per raccogliere i dati che saranno tenuti “ben chiusi a chiave”* (grassetto aggiunto)¹⁰¹.

103. Dai suddetti documenti emerge, quindi, che un'ampia parte dei dati era già immediatamente disponibile in forma anche disaggregata per singolo comune.

104. I documenti acquisiti evidenziano infatti che un problema di non scorporabilità interessava solo una minima parte delle informazioni ed, in particolare, quelle relative al volume di gas immesso.

105. Un dipendente di Estra Reti, in un'e-mail del 18 maggio 2010, indica ad una figura di vertice della medesima società che *“Alcuni dati sono aggregati per impianto di distribuzione non per comune. Come mi devo comportare per questi dati??”*(grassetto aggiunto). La figura di vertice di Estra Reti replica il 19 maggio 2010 indicando che *“se è possibile sarebbe bene avere i dati dell'impianto aggregato e quelli di PO [Prato] soltanto dove è possibile sezionarli”*¹⁰².

106. Un altro collaboratore interviene in questo scambio di e-mail (sempre il 19 maggio 2010) osservando: *“Per quanto riguarda i dati dell'immesso annuo 2005-2009 e dell'immesso mensile 2008 e 2009 i dati sono stati “estratti” e preparati in forma aggregata per l'impianto PRATO**GAS NATURALE. Ciò,*

⁹⁹ In particolare il punto B si riferisce agli impianti di prelievo e riduzione misura di primo salto e agli impianti di riduzione intermedia; il punto C al Gruppi di riduzione finale e industriali, il punto D all'impianto di protezione catodica e il punto E a vari documenti. Cfr. doc. 1.

¹⁰⁰ Cfr. doc. 40.

¹⁰¹ Cfr. doc. 39. Presso Estra Reti è stata anche rinvenuta una tabella che riporta, ai fini della tariffa di riferimento per l'attività di distribuzione per l'anno 2009, una serie di dati disaggregati per singolo Comune tra cui quello di Prato. Cfr. doc. 63.

¹⁰² Cfr. doc. 61, 78 e 45.

ovviamente **perché il dato diviso per comune NON ESISTE**. Esiste solo il dato disaggregato per singola cabine REMI ma, come sappiamo, il gas immesso a Montespertoli può arrivare fino a Vernio [...]” (grassetto aggiunto)¹⁰³.

c) *La pretestuosità delle motivazioni poste a base del rifiuto*

Sulla tesi dell'unicità dell'impianto

107. Le due società hanno sostenuto che l'impianto è unico per il Comune di Prato e per 13 comuni limitrofi e che tale circostanza impediva l'indizione di una gara autonoma per parte dell'impianto nonché la trasmissione di dati disaggregati per singolo comune.

Tuttavia, la documentazione acquisita evidenzia che, in realtà, la stessa società avesse difficoltà ad argomentare solidamente tali tesi.

108. In particolare, in un'e-mail inviata in data 27 maggio 2010 da una società di consulenza ([omissis]) ad una figura di vertice di Estra Reti ed a Estra, emerge che il consulente riteneva che l'AEEG non vietasse la gestione da parte di più esercenti di un unico impianto integrato funzionalmente: ***“In generale le segnalo qualche perplessità sull'impostazione generale sulla definizione di impianto di distribuzione contenuta nella RQDG¹⁰⁴. Tale fundamenta temo sia debole poiché ritengo che la precisazione rispetto alla gestione da parte di un unico esercente dell'impianto di distribuzione contenuta nella definizione in oggetto, non sia intesa dall'AEEG come divieto alla gestione da parte di più esercenti all'entità unica rappresentata da un sistema integrato funzionalmente, ma semplicemente voglia ridefinire l'impianto di distribuzione oggetto degli obblighi della RQDG come porzione dell'unico sistema integrato funzionalmente. Allo stesso modo il riferimento ai vecchi ambiti tariffari forse non è più molto utile, trattandosi di un concetto ormai superato”*** (grassetto aggiunto)¹⁰⁵.

109. In una successiva e-mail del 28 maggio 2010 il medesimo consulente ribadisce tali considerazioni e suggerisce alla società di basare piuttosto le

¹⁰³ Cfr. doc. 60 e 77.

¹⁰⁴ La sigla "RQDG" si riferisce alla Delibera ARG/gas 120/08 "Testo Unico della regolazione della qualità e delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2009-2012(TUDG): approvazione della Parte I "Regolazione della qualità dei servizi di distribuzione e di misura del gas per il periodo di regolazione 2009-2012 (RQDG)".

¹⁰⁵ Cfr. doc. 66, 54 e 56.

proprie argomentazioni sui vantaggi di una gestione unica e, in particolare sui costi degli interventi necessari per separare l'impianto e sulle ricadute in termini di sicurezza: *“Quindi, a mio avviso, le motivazioni per cui l'impianto di Prato così come è non può essere gestito da più esercenti devono trovare ragione in considerazioni tecniche quali:*

- *difficoltà della gestione con ripercussione sulla sicurezza dell'impianto (personalmente credo sia piuttosto forte l'esempio sulla gestione dell'odorizzazione del gas);*
- *diseconomie quali a titolo di esempio (arricchitele con la vostra esperienza):*
 - *necessità di coordinamento di due esercenti nella gestione di un unico sistema i cui sottoinsiemi identificati dai confini comunali sono, appunto per l'unicità del sistema, intimamente interdipendenti;*
 - *duplicazione delle risorse dedicate al pronto intervento, alla manutenzione ordinaria della rete.*

*Accanto a tali considerazioni credo sia opportuno evidenziare gli interventi necessari per la separazione degli impianti onde consentire una più agevole gestione da parte dei due esercenti [...]*¹⁰⁶.

110. Ancora sulla difficoltà di supportare tecnicamente la tesi dell'impianto unico e inseparabile, in un'e-mail del 10 maggio 2010 interna ad Estra Reti, appaiono evidenti le perplessità della stessa società, laddove una figura di vertice dichiara: ***“Dobbiamo fornire qualcosa di tecnico ai legali. Abbiamo buttato giù questo materiale che riteniamo tecnico in qualche modo. L'ho appena riletto e mi pare che si debba migliorare la parte che riguarda le economie di scala perse e i costi per dividere gli impianti, qualità da non perdere (incentivi) [...]. Assodato che per i cittadini non ci sono differenze nella bolletta, come si può sostenere che Prato diviso e/o i comuni limitrofi subiranno svantaggi dall'operazione? Sono possibili simulazioni? Per favore lavorateci”*** (grassetto aggiunto)¹⁰⁷.

111. È emersa inoltre l'intenzione della società Estra Reti di utilizzare le dichiarazioni del regolatore di settore al fine di supportare la propria tesi secondo cui l'impianto unico sarebbe inscindibile. In particolare, in un'e-mail

¹⁰⁶ Cfr. doc. 52. Cfr. anche il doc. 62, di Estra Reti del 18 maggio 2010 intitolato *“Risposta ai quesiti posti in sede di ultima riunione di coordinamento”* da cui anche emerge che la società era consapevole della possibilità per i due gestori di coordinarsi ovvero di separare fisicamente la porzione di impianto da mettere a gara, tanto che si discute dei “lavori” necessari per scorporare la rete di Prato.

¹⁰⁷ Cfr. doc. 53.

del 25 maggio 2010, interna ad Estra Reti, avente ad oggetto “*Riunione di oggi su Prato*”, si evidenzia la necessità di richiedere:

- “*una eventuale comunicazione dell’AEEG di attribuzione dell’ID 37690 all’impianto “univoco” PRATO** GAS NATURALE oppure, in alternativa:*

- “*certificazione” e/o comunicazione da richiedere ed ottenere dall’AEEG, nella quale sia esplicitato che l’impianto è unico, è identificato dall’ID 37690 e che comprende i comuni/località di [...];*

- *di verificare se i codici (ID) attribuiti alle singole cabine REMI sono dei suffissi numerici dell’ID principale dell’impianto unico (37690), in modo da avvalorare e dimostrare anche da tal punto di vista l’univocità dell’impianto; in tal caso produrre documenti/atti dimostrativi (Snam, Aee, etc...)*”¹⁰⁸.

112. Ancora, in una e-mail interna ad Estra Reti del 3 luglio 2010, avente ad oggetto “*Gara Prato*” ed inserita nel contesto dei contenziosi in essere circa la legittimità della decisione del Comune di procedere al riaffidamento del servizio ed in materia di accesso agli atti, si afferma: “***Sfruttiamo quindi a nostro favore l’ispezione [dell’AEEG] per fornire ai magistrati del TAR una prova inoppugnabile e veloce delle nostre tesi difensive, per questo sarebbe bene che gli avvocati integrassero cosa per loro risulterebbe importante che l’AEEG accerti e dichiari durante l’ispezione affinché l’ispezione diventi un macigno amministrativo per confutare le nostre tesi difensive (più confutate di così. Ci saranno funzionari dell’AEEG, della finanza ecc...che dichiarano e accertano le nostre tesi difensive) [...]. I funzionari dell’AEEG possono senz’altro essere definiti esperti in materia e tutto quanto accertano loro non può essere messo in discussione da nessun tecnico di parte!!!!se non in modo molto molto difficoltoso. Sfruttiamo al massimo quindi l’AEEG per far dichiarare e accertare quello che ci serve per vincere al TAR e se possibile che l’impianto è inscindibile. [...] Credo che la questione dovrebbe essere messa all’attenzione di tutti i nostri avvocati perché potrebbe tornarci utile. Ognuno potrebbe darci una idea aggiuntiva per rendere il verbale di ispezione una prova per evitare anche l’accesso agli atti oltre che per vincere i ricorsi principali***”¹⁰⁹ (grassetto aggiunto).

113. La preoccupazione di sostenere forzatamente e in ogni contesto che l’unicità dell’impianto impediva la trasmissione dei dati riferiti al solo Comune

¹⁰⁸ Cfr. doc. 57.

¹⁰⁹ Cfr. doc. 38.

di Prato emerge chiaramente anche da un'e-mail del 14 ottobre 2010¹¹⁰, trasmessa da un dipendente di Estra Reti ad Estra ed Estra Reti, avente ad oggetto "attenzione", alla quale è allegata una lettera con cui il Comune di Prato richiede ad Estra Reti la trasmissione di alcuni dati sui consumi di gas naturale al fine di redigere il proprio Piano Energetico Comunale. Da tale e-mail emerge che la maggiore preoccupazione di Estra Reti fosse quella di ribadire la tesi dell'unicità dell'impianto evitando che nella risposta da dare al Comune di Prato figurassero informazioni utili all'ente locale al fine dell'indizione della gara per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas: "[...] a mio parere la richiesta va oltre il normale chiedere in casi simili del passato.

Sarà per troppa precauzione, ma annuso richieste legate e comunque sfruttabili per la grossa questione aperta con il comune PO.

Leggi infatti il 2°, 3° e 4° capoverso¹¹¹ e tira le conclusioni.

Quindi predisponi una bozza di risposta, il più sintetica possibile, ma ispirata ai concetti dell'impianto unico e se i dati che richiedono non ci sono, non li prendono (grassetto aggiunto).

La comunicazione poi effettivamente inviata da Estra Reti al Comune di Prato, l'11 novembre 2010, conferma la linea stabilita nell'e-mail del 14 ottobre 2010¹¹².

114. E' stata, infine, acquisita la Convenzione del 29 aprile 1995 tra i il Comune di Prato e altri 14 Comuni per la gestione associata di alcuni servizi pubblici locali, tra cui anche quello di distribuzione del gas, nella quale all'art.

¹¹⁰ Cfr. doc. 34.

¹¹¹ Il contenuto dei richiamati capoversi è il seguente: "Con la presente Vi richiediamo gentilmente di fornirci i dati relativi ai consumi di gas naturale sul territorio del comune di Prato, ripartiti per cabina e possibilmente disaggregati per profilo di prelievo in modo da consentirci di riaggregarli per tipologia di utenza.

Al fine di permettere l'elaborazione di carte tematiche sarebbe inoltre di estremo aiuto conoscere, per ciascuna cabina, il numero di utenti per tipologia profilo, nonché l'ubicazione della cabina stessa e le vie o i quartieri/zone, etc. rifornite da ciascuna di esse.

Vi richiediamo inoltre di segnalarci quelle cabine che riforniscono parti di rete con utenze anche al di fuori del comune di Prato, ripartendo, se possibile, i dati tra Prato e le utenze fuori dalla nostra competenza".

Cfr. doc. 34

¹¹² Nella lettera, infatti, si forniscono solo i dati relativi ai consumi di gas naturale, disaggregati per profilo di prelievo standard ma aggregati per il Comune di Prato ed i 13 comuni limitrofi, giustificando tale circostanza con il fatto che " [...] 2. l'impianto di distribuzione gas naturale ubicato nel territorio del Comune di Prato costituisce una porzione di un unico impianto di distribuzione "aggregato" che comprende 14 comuni delle province di Firenze e Prato. Ne consegue che i consumi di gas naturale registrati e registrabili per il territorio comunale di Prato possono essere determinati da prelievi di gas naturale registrati da ciascuna delle molteplici "cabine" all'uso destinate e collocate nel territorio comunale di ciascuno dei predetti 14 Comuni; 3. per quanto descritto al precedente punto, risulta non pertinente, oltre che fuorviante, fornire l'ubicazione delle singole "cabine gas" del territorio comunale di Prato e, tantomeno, i profili di prelievo standard e le categorie d'uso territorialmente associate a ciascuna cabina". Cfr. doc. 44.

19 (Recesso) è espressamente previsto che in caso di recesso da parte di uno dei consorziati **“l'utilizzo di reti o impianti centralizzati o comunque interconnessi, a servizio di più comuni, dovrà essere disciplinato con appositi atti convenzionali”** (grassetto aggiunto)¹¹³.

Sulla presunta illegittimità della decisione del Comune di Prato di indire la gara autonoma

115. Oltre alla tesi dell'unicità dell'impianto, Estra ed Estra Reti hanno anche sostenuto che la scelta del Comune di Prato di indire una gara autonoma, senza attendere l'emanazione del Decreto Ambiti, fosse illegittima.

116. Tuttavia, da diversi documenti relativi al mese di maggio e giugno 2010 si evince come, in realtà, le società fossero consapevoli che il Comune di Prato aveva la legittima facoltà di indire la gara, come indicato anche dall'ANCI Toscana in una circolare inviata a tutti i sindaci dei Comuni il 28 giugno 2010.

117. In particolare, in una e-mail del 20 maggio 2010, Estra Reti trasmette a Estra una bozza di lettera per il Comune di Prato, poi mai inviata, nella quale, premettendo che *“questa impresa di distribuzione fornisce i dati richiesti, previo specifico assenso e condivisione ricevuti dalla società Consiag S.p.A. (ora Estra S.p.A.) in qualità di “concessionaria del servizio di distribuzione gas metano nel Comune di Prato”*”, si fornisce la seguente interpretazione della normativa vigente in materia di distribuzione del gas: *“Con l'entrata in vigore dell'art. 46-bis non si è creato un blocco indefinito della possibilità di indire le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas. [...]. Qualora l'affidamento in essere fosse scaduto, i singoli Comuni o in forma associata, non hanno perso la possibilità di procedere con gara a riaffidare il servizio. Tale interpretazione è peraltro confermata da giurisprudenza recente. [...] che afferma il principio dell'impossibilità di fermare tutto il sistema a tempo indeterminato, stante i termini meramente ordinatori fissati dall'articolo 46-bis e considerato che la tempistica fissata dalla norma per la realizzazione del nuovo modello non è stata rispettata. **È pertanto verificato che non sussiste alcun blocco alle procedure di gara** (grassetto aggiunto)”*¹¹⁴.

118. Inoltre, in uno scambio di e-mail tra Estra Reti ed Estra del 30 giugno 2010

¹¹³ Cfr. doc. 117.

¹¹⁴ Cfr. doc. 59 e 88.

si afferma: “non mi sembra affatto che il documento allegato [circolare ANCI]¹¹⁵ indichi la “NECESSITA” del Comune di andare a gara (come dice [...Responsabile del procedimento del Comune di Prato]), ma al contrario viene ribadita la “FACOLTÀ” del Comune di indire la gara che è cosa ben diversa [...]” (grassetto aggiunto)¹¹⁶.

119. Peraltro, la società era anche a conoscenza della posizione espressa al riguardo dall’Autorità, tanto che una figura di vertice di Estra Reti, in data 15 aprile 2010, ha trasmesso, all’interno della società, un’e-mail avente ad oggetto “*parere interessante AGCM*”, cui è allegato il parere AS 674 – *Comune di Grottammare (AP) – distribuzione del gas naturale*, in cui l’Autorità sosteneva la facoltatività per i Comuni di indire la gara prima della definizione degli ATEM¹¹⁷.

iv. LA POSIZIONE DI ESTRA RETI ED ESTRA

120. Estra ed Estra Reti hanno rappresentato la propria posizione in merito ai profili oggetto di istruttoria nel corso delle audizioni del 12 maggio 2011¹¹⁸, nonché nelle memorie del 9 dicembre 2011¹¹⁹ ed in sede di audizione davanti al Collegio in data 14 dicembre 2011¹²⁰.

121. La difesa di Estra ed Estra Reti si è incentrata su alcuni aspetti principali, relativi a) alla definizione del mercato rilevante e l’assenza di una posizione dominante imputabile a Estra Reti; b) la mancanza di un pregiudizio alla concorrenza ed ai consumatori finali da cui deriverebbe l’assenza di un comportamento abusivo da parte di Estra Reti e; c) alla durata e la gravità dei comportamenti contestati alle società; d) al coinvolgimento di Estra nelle condotte in esame.

Di seguito saranno esposti i principali argomenti presentati da alle società in merito a ciascuno dei temi elencati.

¹¹⁵ In tale circolare, l’ANCI conclude che “è facoltà del singolo ente locale decidere se:

a. indire la gara per l’affidamenti del servizio distribuzione, per la quale non esiste alcun divieto;

b. attendere la definizione degli ATM e partecipare alla gara unica per ambito [...]”.

¹¹⁶ Cfr. doc. 33

¹¹⁷ Cfr. doc. 51.

¹¹⁸ Cfr. doc. 169 e 173.

¹¹⁹ Cfr. doc. 260 e 261.

¹²⁰ Cfr. doc. 270.

a) La definizione del mercato rilevante e l'assenza di una posizione dominante imputabile a Estra Reti

122. Estra Reti ha contestato la definizione della dimensione geografica del mercato rilevante, sostenendo che lo stessa è da ritenersi nazionale, piuttosto che comunale, in quanto le condizioni di concorrenza nell'offerta del servizio di distribuzione nel Comune di Prato, in ragione della qualificazione legislativa (art. 14 del Decreto Legislativo n 164/00) dell'attività di distribuzione di gas quale servizio pubblico da affidarsi in regime di privativa da parte degli enti locali, sono le medesime rispetto al resto del territorio nazionale. Estra Reti sostiene quindi che su un mercato della distribuzione del gas di dimensione nazionale la società non detiene alcuna posizione dominante.

b) L'assenza di un pregiudizio alla concorrenza ed ai consumatori e quindi di un comportamento abusivo da parte di Estra Reti

123. Le Parti hanno a lungo argomentato che la gara indetta dal Comune di Prato sarebbe stata illegittima, malfatta e inefficiente. Inoltre, la gestione del servizio da parte di Estra Reti sarebbe stata di un livello qualitativo elevato. In questo contesto, secondo le Parti, sarebbe stato vantaggioso per i consumatori finali e per la concorrenza attendere la realizzazione della gara d'ambito. Pertanto, qualunque comportamento produca questo effetto, non generando un pregiudizio alla concorrenza né ai consumatori, non potrebbe essere qualificato come abuso.

124. Estra Reti ha, in particolare, sostenuto che la questione oggetto del procedimento dell'Autorità deve essere considerata come una ordinaria richiesta di accesso agli atti rimessa al giudizio del giudice amministrativo e che, nel merito, la società ritiene che il Comune di Prato non abbia alcun titolo per indire la gara autonomamente, atteso che la normativa vigente prevede unicamente l'affidamento tramite gare d'ambito.

Pertanto, secondo Estra Reti, la posizione del Comune di Prato è del tutto strumentale e deriva da una volontà che mira a sciogliere un vincolo più che trentennale, giustificato da ragioni di efficiente gestione del servizio, tra il Comune di Prato e i tredici comuni limitrofi. Estra Reti ha inoltre evidenziato che il Comune di Prato non ha manifestato in alcun modo la volontà di interessare gli altri comuni per l'indizione di una gara in forma aggregata con i

comuni limitrofi e che questi ultimi non intendevano prendere parte ad una gara senza le garanzie fornite dai decreti ministeriali di determinazione degli ambiti e di definizione dei criteri di gara¹²¹.

125. Estra ha osservato che l'impianto è nato come unico, in un'ottica solidaristica tra comuni e con un obiettivo di maggiore efficienza. In tal modo è stato possibile raggiungere con il servizio di distribuzione del gas anche comuni che diversamente non lo sarebbero stati o lo sarebbero stati a costi molto diversi. La società ha inoltre precisato che attualmente gli altri comuni hanno delle gestioni di fatto e che, non appena sarà completato il quadro normativo relativo alle nuove gare d'ambito per la distribuzione del gas, i comuni limitrofi a Prato faranno la gara d'ambito¹²².

126. A giudizio di Estra ed Estra Reti, il Comune di Prato non risulta inoltre aver svolto alcuna istruttoria preventiva per verificare se effettivamente la gara a livello comunale avrebbe apportato dei benefici. Secondo la società l'obiettivo del Comune di Prato non è tanto quello di garantire l'efficiente gestione della rete, quanto piuttosto quello di incrementare le entrate dell'ente locale. Infatti, secondo Estra Reti, la salvaguardia tecnica della rete non ha alcuna rilevanza per l'ente locale, posto che tecnicamente non ha alcun senso separare la porzione del Comune di Prato dall'impianto attualmente unico.

Estra ed Estra Reti hanno inoltre osservato che la gara del Comune di Prato è stata espressamente indetta dall'ente locale al solo fine di sottrarsi alle gare per ambiti territoriali minimi (di seguito, ATEM) che il legislatore ha introdotto proprio per tutelare l'efficienza e la concorrenza¹²³.

127. Estra ha quindi affermato che il tentativo di Estra Reti di fare svolgere al Comune di Prato la gara individuata dallo stesso legislatore come quella più adeguata - utilizzando gli strumenti legittimi consentiti dall'ordinamento - non può configurare una condotta anticoncorrenziale¹²⁴.

128. Estra Reti ha poi sottolineato che il bando di gara redatto dal Comune di Prato è "*malfatto*" e comunque è stato pubblicato il giorno stesso dell'entrata in vigore del decreto ambiti¹²⁵.

Anche Estra ha evidenziato che il bando di gara è certamente "*incompleto e malfatto*" e che l'eventuale esito negativo della gara non dipenderebbe quindi

¹²¹ Cfr. doc. 173.

¹²² Cfr. doc. 169.

¹²³ Cfr. doc. 173, 260, 261, 270.

¹²⁴ Cfr. doc. 260.

¹²⁵ Cfr. doc. 169.

dal comportamento delle società. Estra ha, inoltre, dichiarato che Estra Reti parteciperà alla gara, nonostante abbia impugnato il bando di gara ritenendolo illegittimo in ragione della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dopo l'entrata in vigore del Decreto Ambiti. In ogni caso, Estra ha indicato che Estra Reti parteciperà alla procedura solo in via conservativa, in quanto il suo obiettivo non è vincere questa gara, ma partecipare alla futura gara di ATEM. In merito alla eventuale partecipazione di altri concorrenti alla procedura di gara in corso, Estra ha osservato che Estra Reti è un grande operatore e questo rappresenta una garanzia per gli operatori concorrenti i quali sanno che certamente la rete gestita dalla società è in ottime condizioni¹²⁶.

129. Estra ed Estra Reti hanno quindi sostenuto che le condotte in esame non costituirebbero un abuso di posizione dominante in quanto “è escluso per definizione che le gare comunali possano arrecare vantaggi ai consumatori rispetto alle gare per ambiti territoriali minimi” (ATEM). In particolare, secondo le società, il legislatore con l'art. 46-*bis* del D.L. 159/2007, convertito nella L. 222/2007 ed in relativi decreti attuativi, avrebbe compiuto una chiara scelta nel ritenere che solo il sistema di gare per ATEM “*rappresenta lo strumento per favorire la concorrenza e migliorare le condizioni dei consumatori finali*”;

Le società hanno osservato al riguardo che la stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si è peraltro sempre espressa con favore per la realizzazione delle gare di ATEM quale strumento per favorire la concorrenza, in ultimo, nei pareri AS845 ed AS846¹²⁷.

130. Estra Reti ha inoltre rilevato che l'impianto unico di Prato costituisce, di fatto, un ambito “naturale” e *ante litteram* rispetto agli ATEM introdotti dal legislatore. Quando nel 2007 il legislatore con l'art. 46-*bis* del D.L. n. 159/07, convertito nella della legge n. 222/07, ha previsto le gare di ATEM, altro non avrebbe fatto, secondo Estra Reti, che certificare la bontà di quanto è stato realizzato con l'impianto unico di Prato e dei comuni limitrofi, laddove inoltre tale scelta del legislatore sugli ATEM aveva carattere irreversibile; infatti l'art. 15 del D.L. n. 135/09, convertito nella legge n. 166/09, ha previsto che la determinazione degli ambiti territoriali minimi per la distribuzione del gas dovesse intervenire entro il 31 dicembre 2012. La società ha quindi osservato

¹²⁶ Cfr. doc. 173.

¹²⁷ Cfr. doc. 260 e 261.

che, in tale contesto, il gestore dell'impianto unico, Estra Reti, ha vissuto la scelta del Comune di Prato di indire una gara autonoma per il solo territorio comunale come un comportamento ostile ed elusivo della normativa¹²⁸.

131. Estra ha precisato, sul punto, che la nuova disciplina attuativa della gara di ATEM (per quanto in bozza) era già nota sia ai comuni che agli operatori in epoca anteriore alla richiesta di informazioni del Comune di Prato del 10 maggio 2010. In particolare, Estra ha indicato che il primo schema del MSE di ripartizione degli ambiti minimi a livello nazionale risale al 15 ottobre 2009, mentre le prime due versioni del Regolamento sui criteri di gara sono state diffuse dal MSE rispettivamente in data 21 gennaio e 17 aprile 2010, in entrambi i casi prima della delibera del Consiglio comunale di Prato n. 35 del 27 aprile 2010, che ha approvato la gara individuale per il servizio nel proprio territorio¹²⁹.

132. Con riguardo al presunto danno alla concorrenza derivante dal comportamento in esame, Estra ha sottolineato che la gara bandita dal Comune di Prato non prevede sconti sulla tariffa di distribuzione del gas applicabile ai consumatori finali, nonostante tali sconti fossero possibili dato che, in base al diritto amministrativo, la tariffa costituisce il corrispettivo massimo che il gestore del servizio pubblico può richiedere agli utenti. Invece, nelle future gare d'ambito l'art. 13 dello schema di Regolamento prevede che la gara sia aggiudicata tenendo conto dell'entità dello sconto offerto dai concorrenti sulle tariffe annuali approvate dall'Autorità per l'energia e dello sconto sui prezzi fissati dall'Autorità per l'energia per le prestazioni dei servizi ai clienti (ad esempio, installazione di contatori, sostituzione, ecc.). Tali sconti a favore dei clienti finali attribuiscono ai concorrenti per la gara d'ambito 18 punti su un totale di 100 punti. Inoltre, la società ha precisato che nelle gare d'ambito è prevista l'attribuzione di 22 punti per le prestazioni dirette a garantire la sicurezza della rete di distribuzione (art. 14 del Regolamento) e di 45 punti per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria della rete gas, con evidenti benefici per gli utenti finali, a differenza delle attuali gare comunali che attribuiscono un punteggio prevalente all'ammontare del canone di concessione offerto al Comune¹³⁰.

133. Estra ha poi sottolineato che Estra Reti (prima Consiag Reti) è risultato

¹²⁸ Cfr. doc. 270.

¹²⁹ Cfr. doc. 261.

¹³⁰ Audizione finale

uno dei pochissimi gestori che hanno ottenuto gli incentivi dell'AEEG per la migliore qualità e sicurezza del servizio¹³¹.

134. Secondo Estra ed Estra Reti i comportamenti in esame non sarebbero pertanto nemmeno astrattamente idonei a produrre un pregiudizio, potenziale o effettivo, per i consumatori.

135. Estra Reti ha inoltre osservato che nella prospettazione della vicenda fatta dall'Autorità in realtà il tema dell'analisi del pregiudizio al consumatore finale che deriverebbe dalla mancata realizzazione della gara del Comune di Prato non è stato nemmeno affrontato e che non è stata realizzata una analisi controfattuale, volta a verificare se in presenza del comportamento asserito come dovuto (la trasmissione al Comune di Prato nei tempi dovuti delle informazioni richieste) si sarebbero prodotti vantaggi per la concorrenza e per i consumatori¹³².

c) La durata e la gravità dei comportamenti contestati alle società

136. In subordine rispetto alla tesi che le condotte in esame non costituirebbero un abuso di posizione dominante, Estra ed Estra Reti hanno argomentato che il ritardo nella trasmissione delle informazioni:

- non sarebbe colpevole, in quanto le società erano affidate dalla sentenza del TAR Toscana n. 6714/2010 del 2 dicembre 2010 (che ha rigettato il ricorso del Comune di Prato in materia di accesso agli atti); hanno tempestivamente ottemperato alla successiva sentenza del Consiglio di Stato n. 3190/2011 del 27 maggio 2011 e si sono immediatamente attivate per produrre anche lo stato di consistenza e la valutazione della rete non richiamate nell'ordine di esibizione;
- sarebbe giustificato i) dalla complessità della cornice normativa di riferimento, che all'epoca dei comportamenti in esame aveva carattere "*fluidico*" e non certo "*lineare, stabile ed univoco*", nonché ii) dalle incertezze connesse alla peculiare situazione dell'impianto pluricomunale di Prato;
- sarebbe circoscritto e di lieve entità;
- non avrebbe prodotto alcun esito anticoncorrenziale, in quanto la gara del Comune di Prato è "*in corso di celebrazione*" e "*vi partecipa numero di concorrenti (5) pari alla media nazionale di partecipanti alla gare per*

¹³¹ Cfr. doc. 270.

¹³² Cfr. doc. 260, 261 e 270.

l'affidamento del servizio di distribuzione del gas che ad oggi sono state celebrate nel nostro paese"¹³³.

137. Estra Reti ha in particolare evidenziato che le dinamiche processuali “*giustificano le condotte di Estra Reti*” e che non si può negare che in un contesto di assoluta incertezza, in cui peraltro la controllante (Estra) e i comuni limitrofi a quello di Prato opponevano diniego alla trasmissione delle informazioni richieste dal Comune di Prato stesso, la società si è correttamente affidata al giudice amministrativo. La società ha sottolineato che il giudice amministrativo (TAR Toscana) ha dato ragione ad Estra Reti in merito al rifiuto all'accesso agli atti opposto al Comune di Prato e che la circostanza che, data tale sentenza, Estra Reti avrebbe dovuto comunque trasmettere i documenti all'ente locale ai fine di rispettare la disciplina a tutela della concorrenza non è sostenibile sul piano logico¹³⁴.

138. Sul punto Estra ha anche sostenuto che, per quanto il contenzioso amministrativo che ha coinvolto Estra, Estra Reti e il Comune di Prato abbia riguardato un piano diverso rispetto a quello *antitrust*, esso costituisce in ogni caso una “*giustificazione oggettiva*” per il comportamento di Estra Reti ed Estra. In particolare, secondo la società, la sentenza del TAR Toscana in materia di accesso agli atti, intervenuta il 2 dicembre 2010 e che ha dato ragione ad Estra ed Estra Reti, costituisce un elemento di fatto, una circostanza obiettiva che ha giustificato oggettivamente il comportamento di Estra Reti e di Estra¹³⁵.

139. Estra Reti ha poi osservato che il Consiglio di Stato ha, successivamente, riconosciuto le ragioni del Comune di Prato solo in parte e che ciò che è stato indicato nell'ordine di esibizione della relativa sentenza è stato trasmesso da Estra Reti nei termini specificati. In particolare, il Consiglio di Stato non ha indicato nell'ordine di esibizione lo stato di consistenza della rete e la relativa valutazione di parte. La società ha indicato di avere comunque già provveduto ad incaricare una società di consulenza di redigere tali documenti allorquando è intervenuta la sentenza del Consiglio di Stato.

Estra Reti ha inoltre sostenuto che all'epoca dei comportamenti in esame, non vi era alcun obbligo di trasmissione dello stato di consistenza. Tale obbligo è infatti previsto solo nello schema di Regolamento sui criteri per le gare di ATEM il quale, tuttavia, non è ancora entrato in vigore. Estra Reti ha precisato

¹³³ Cfr. doc. 260 e 261.

¹³⁴ Cfr. doc. 270.

¹³⁵ Cfr. doc. 260, 216 e 270.

inoltre che lo stato di consistenza e la relativa valutazione di parte della rete sono documenti di grande complessità e che la loro redazione da parte della società di consulenza ha richiesto quattro mesi (6 volumi per oltre 1.000 pagine di elaborato finale), tempo assolutamente congruo per un lavoro quale quello in questione¹³⁶.

140. Estra ha inoltre osservato che l'art. 10 del D.P.R. n. 902/86 consente all'ente locale di richiedere autoritativamente lo stato di consistenza. Anche se questa facoltà non è stata messa in atto dal Comune di Prato nel caso di specie, la società ha comunque supplito alla carenza procedimentale dell'ente locale, spingendosi alla formazione di un documento che, in forza del giudicato conseguente alla pronuncia del Consiglio di Stato, non era neppure dovuto¹³⁷.

141. Estra ha inoltre osservato che nel periodo intercorso tra la richiesta di informazioni e la sentenza Estra Reti non ha trasmesso alcuna delle informazioni richieste dal Comune di Prato perché la gara era contenziosa. A seguito del giudicato del Consiglio di Stato che ha modificato gli esiti del primo grado la società ha provveduto tempestivamente, nei termini fissati dalla sentenza, a trasmettere tutte le informazioni richieste, motivo per il quale secondo la società non può ritenersi integrata alcuna condotta di abuso da parte della stessa.

142. Estra ed Estra Reti hanno inoltre sostenuto che l'unicità dell'impianto del Comune di Prato rispetto a 13 Comuni limitrofi rappresenterebbe una importante giustificazione dei loro comportamenti tale da ridurre sensibilmente la gravità. In particolare le società hanno dichiarato che l'unicità dell'impianto avrebbe comportato la non immediata disponibilità delle informazioni richieste dal Comune di Prato in forma disaggregata per il solo territorio comunale e la possibilità di gestire separatamente la porzione di impianto ricadente nel Comune di Prato solo a costo di interventi complessi, costosi e con riflessi sulla efficiente e sicura gestione del servizio, nonché fortemente impattanti sui comuni limitrofi. Secondo le società lo stesso Comune di Prato avrebbe preso atto del problema con la determinazione dirigenziale n. 3135 del 5 dicembre 2011 nella quale ha ritenuto di dover conferire un incarico esterno al fine di *“attestare la sussistenza di condizioni tecnico-economiche per la gestione di sistemi distributivi del gas interconnessi affidati a distributori diversi, con predisposizione di una bozza di Accordo di interconnessione”*¹³⁸.

¹³⁶ Cfr. doc. 270.

¹³⁷ Cfr. doc. 270.

¹³⁸ Cfr. doc. 260 e 261.

143. Al riguardo Estra Reti ha anche evidenziato le ripercussioni che potrà avere sulla sicurezza una gestione separata dell'impianto: tecnicamente, infatti, per migliorare la sicurezza degli impianti le reti si collegano fra loro (per questo si chiamano reti magliate); la separazione di un impianto, anche solo nella gestione, determina un peggioramento degli aspetti della sicurezza del servizio: una rete magliata, in caso di eventi accidentali, permette sempre di mantenere la continuità e sicurezza del servizio e di non interrompere il gas, mentre invece una rete non magliata ha un livello di sicurezza inferiore. Secondo Estra Reti, non essendo stati valutati preventivamente gli aspetti tecnici di una gestione separata del servizio (anche solo a livello gestionale), non risultano individuate le criticità di tipo tecnico nell'esecuzione dell'operazione voluta dal Comune di Prato e quindi i risvolti in termini di sicurezza e continuità del servizio¹³⁹.

144. Per quanto riguarda la possibilità tecnica di separare la porzione d'impianto relativo al Comune di Prato, Estra Reti ha osservato che tali interventi dovrebbero, in ogni caso, essere effettuati prima di indire una procedura di gara per l'affidamento della gestione del servizio sulla porzione d'impianto separata e che comunque né il Comune di Prato né la società hanno stimato in cosa dovrebbero consistere tali interventi ed il loro costo¹⁴⁰.

145. Quanto alla possibilità di scorporare i dati richiesti dal Comune di Prato rispetto a quelli degli altri comuni limitrofi Estra Reti ha dichiarato che tutte le informazioni richieste sono difficili da disaggregare. La società ha inoltre indicato che, in seguito ad un contenzioso che la società ha vinto al Tar Lombardia, sez. Milano¹⁴¹, e poi anche al Consiglio di Stato¹⁴², i dati tariffari che vengono attualmente trasmessi all'AEEG, seppure ripartiti per località (ovvero per singolo comune), non corrispondono alla situazione fisica della rete, ma sono puramente teorici, in quanto sono attribuiti ad ogni comune secondo la quota di partecipazione indiretta nella società: di fatto, i dati tariffari relativi al Comune di Prato non corrispondono alla reale consistenza della rete ed al costo effettivo degli investimenti di quella località. Per tale ragione i dati tariffari trasmessi all'AEEG sono poco indicativi, trattandosi di una mera imputazione teorica¹⁴³.

¹³⁹ Cfr. doc. 173.

¹⁴⁰ Cfr. doc. 173.

¹⁴¹ Cfr. le sentenze Tar Lombardia, sez. Milano, n. 6691 del 9 ottobre 2001 e n. 2438 del 19 marzo 2003. Cfr. doc. 64.

¹⁴² Cfr. Sentenza del Consiglio di Stato n. 4448 del 4 settembre 2002.

¹⁴³ Cfr. doc. 173.

146. Estra ha al riguardo argomentato che i dati non erano immediatamente disponibili nella forma richiesta dall'ente locale, che la raccolta delle informazioni sul servizio di distribuzione del gas è iniziata solo a seguito delle previsioni contenute nelle delibere dell'AEEG e tali dati sono raccolti solo in forma aggregata per l'impianto di Prato. Quanto alla possibilità di disaggregare i dati per il solo Comune di Prato, la società ha inoltre dichiarato che è impossibile disaggregare i dati relativi al gas immesso e all'odorizzazione, ma che, in ogni caso, anche gli altri dati richiesti erano aggregati per l'impianto unico¹⁴⁴.

147. Con specifico riguardo ai dati relativi al personale, Estra Reti ha sostenuto di avere fornito il 1° luglio 2010 esattamente ciò che è previsto dal vigente Decreto del Ministero dello sviluppo Economico del 21 aprile 2011, in materia di salvaguardia occupazionale, il quale prevedrebbe dei criteri automatici di calcolo del personale da attribuirsi all'impianto oggetto di trasferimento in esito alla gara sulla base dei PDR¹⁴⁵.

148. Inoltre, Estra ed Estra Reti hanno sostenuto che la condotta in esame avrebbe avuto una durata minima.

149. Secondo Estra la condotta avrebbe avuto una durata minima, il cui inizio è da ricondursi alla scadenza del termine fissato dalla sentenza del Consiglio di Stato del 27 maggio 2011 per la consegna dei documenti; Estra ha inoltre argomentato che l'eventuale abuso di posizione dominante sarebbe in ogni caso da ritenersi cessato a partire dal 23 giugno 2011 e cioè da quando la società ha iniziato a collaborare attivamente con il Comune di Prato, come anche riconosciuto dall'ente locale nella comunicazione del 12 dicembre 2011, laddove è indicato che la società ha provveduto a trasmettere tutte le informazioni necessarie allo svolgimento della procedura di gara a partire dal 23 giugno 2011 e che a cominciare da tale data c'è stata piena, puntuale e fattiva collaborazione da parte di Estra Reti nei confronti dell'ente locale¹⁴⁶. Estra ha poi osservato che il Decreto Ambiti, pubblicato il 31 marzo 2011, è entrato in vigore il 1° aprile 2011 e che da tale data fino al 29 giugno 2011 (giorno in cui è entrato in vigore il Decreto Legislativo n. 93/11), la gara indetta dal Comune di Prato era illegittima, come è stato stabilito dal TAR Toscana nella sentenza del 27 ottobre 2011. Quindi, secondo la società, anche tale

¹⁴⁴ Cfr. doc. 169.

¹⁴⁵ Cfr. doc. 260.

¹⁴⁶ Cfr. doc. 260, 216 e 270.

periodo non deve essere considerato ai fini della quantificazione della durata della condotta abusiva¹⁴⁷.

150. Estra ha inoltre argomentato che il calcolo del termine per la trasmissione delle informazioni relative alla gara di distribuzione gas non può basarsi solo sull'art. 4 dello schema di Regolamento sui criteri di gara, ma deve tenere conto di tutte le norme contenute al riguardo nello stesso Regolamento.

151. Estra Reti ha inoltre sostenuto che la gara oggetto di indagine deve essere ritenuta quella bandita dal Comune di Prato con delibera della Giunta n. 96/2011 del 23 marzo 2011, la quale avrebbe abrogato al precedente delibera n. 194/2010, come anche stabilito dal TAR Toscana nella sentenza 1596/2011. Al riguardo la società richiama un paragrafo della delibera n. 96/2011 laddove è indicato che *“una nuova valutazione di interesse pubblico ed in particolare della gestione del servizio fino ad oggi attuata dal concessionario, hanno condotto il Comune a prendere atto dello stato del rapporto, e conseguentemente a determinarsi a procedere quanto prima, con gara ristretta ai sensi dell’art. 55 del D.Lgs. n. 163/06, al nuovo affidamento del servizio”*. Estra Reti ha al riguardo precisato che il Comune di Prato avrebbe quindi ritenuto preferibile, per ragioni proprie, una procedura ristretta piuttosto che una procedura aperta, indicendo solo a fine marzo 2011 la gara in questione. Di conseguenza, secondo Estra Reti, nel calcolare la durata dell'infrazione non si dovrebbe tenere conto del periodo intercorrente tra la richiesta di informazioni del Comune di Prato del 10 maggio 2010 e la pubblicazione del bando di gara il 29 marzo 2011.

Estra Reti ha inoltre indicato che pochi giorni dopo (il 1° aprile 2011) tale procedura di gara era divenuta illegittima e non perseguibile per effetto dell'entrata in vigore del Decreto Ambiti e che solo a partire dal successivo 29 giugno 2011, in conseguenza dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 93/11, la gara poteva proseguire. Secondo la società nel calcolare la durata dell'infrazione non si dovrebbe pertanto tenere conto nemmeno del periodo intercorrente tra il 1° aprile 2011 ed il 29 giugno 2011¹⁴⁸.

152. Estra ed Estra Reti hanno poi sostenuto che il comportamento in esame non ha sortito alcun effetto anticoncorrenziale, posto che alla gara indetta dal Comune di Prato hanno manifestato interesse a partecipare un numero di

¹⁴⁷ Cfr. doc. 270.

¹⁴⁸ Cfr. doc. 260.

concorrenti pari alla media nazionale delle gare celebrate per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas (5) e che il Comune ha acquisito in tempo utile, precedente alla formulazione delle offerte, le informazioni necessarie ai concorrenti per partecipare alla gara in condizioni di parità rispetto al gestore uscente. Al riguardo Estra Reti ha anche evidenziato che lo stesso TAR Toscana, nella sentenza 1596/2011, ha respinto le censure ove Estra Reti lamentava l'impossibilità, sulla base dei contenuti della lettera di invito, di formulare un'offerta consapevole¹⁴⁹.

153. Infine, Estra Reti ha evidenziato che il giudizio sulla legittimità della procedura di gara indetta dal Comune di Prato è ancora pendente al Consiglio di Stato ed ha quindi sostenuto che il presente procedimento avrebbe dovuto essere stato sospeso o quantomeno differito sino all'esito del giudizio di fronte al Consiglio di Stato, in ragione della circostanza che le due vicende si porrebbero in un rapporto di pregiudizialità che rende opportuna una coerenza di posizioni tra autorità giudiziaria e autorità garante).

d) Il coinvolgimento di Estra nelle condotte in esame

154. Per quanto concerne il ruolo di Estra nella vicenda in esame, la società ha sottolineato la propria duplice posizione in quanto da un lato detiene l'intero capitale sociale di Estra Reti e dall'altro è soggetta alla disciplina in materia di *unbundling*, la quale garantisce autonomia operativa ad Estra Reti: Estra Reti poteva, quindi, decidere di fornire i dati richiesti dal Comune di Prato autonomamente da Estra.

La società ha dichiarato di avere partecipato alla decisione di Estra Reti ma che nella vicenda è stata fondamentale la volontà dei comuni limitrofi a Prato di non fornire le informazioni per ragioni di riservatezza¹⁵⁰.

155. Estra ha infine sostenuto di essersi limitata a veicolare a Estra Reti le determinazioni - totalmente autonome - dei comuni soci contrari all'iniziativa del Comune di Prato e di non avere, in qualità di proprietario della rete, alcun interesse diretto al mantenimento della situazione in essere: la società "*non subirebbe infatti alcun pregiudizio, sotto il profilo strettamente economico finanziario, dalla interruzione del rapporto di affitto della rete* [in essere con

¹⁴⁹ Cfr. oc. 260 e 261.

¹⁵⁰ Cfr. doc. 169.

Estra Reti], *essendo compensata dal valore industriale residuo*” dell’impianto¹⁵¹.

v. LA POSIZIONE DEL COMUNE DI PRATO

156. Il Comune di Prato, nel corso dell’audizione del 28 aprile 2011¹⁵², ha preliminarmente fatto presente che in data 29 marzo 2011, ovvero prima della pubblicazione ed entrata in vigore del decreto ambiti, esso aveva pubblicato il bando di gara per il riaffidamento del servizio di distribuzione nel proprio territorio, pur non avendo ricevuto da Estra Reti le informazioni a suo tempo richieste. Il termine per la manifestazione di interesse inizialmente fissato al 6 maggio 2011 è stato poi più volte prorogato (in ultimo con comunicazione è del 15 dicembre 2011, con termine per la presentazione delle offerte fissato al 16 febbraio 2012¹⁵³; alla data in cui è deliberato il presente provvedimento la procedura di gara è pertanto ancora in corso. Al riguardo il Comune di Prato ha in quell’occasione precisato di essere intenzionato ad andare avanti con la procedura avviata, ritenendo che il Decreto Ambiti non blocchi le gare laddove, come nel caso di specie, sia stato pubblicato il bando di gara prima dell’entrata in vigore del decreto stesso.

157. Secondo l’ente locale, le informazioni che Estra Reti si era fino a quel momento rifiutata di fornire al Comune erano essenziali al fine di evitare che la gara si svolgesse in modo falsato, attribuendo un vantaggio informativo al gestore uscente Estra Reti rispetto ai propri concorrenti.

In proposito, il Comune ha osservato che in assenza di tali informazioni, ci si aspettava ragionevolmente che non vi sarebbero stati altri partecipanti alla gara oltre ad Estra Reti e che quindi non vi sarebbe stato alcun confronto competitivo, di tal che Estra Reti avrebbe potuto confermare il proprio monopolio.

158. Il Comune di Prato ha spiegato di avere deciso di dare avvio alla procedura di gara anche in ragione della situazione finanziaria in cui versa l’ente locale e con l’obiettivo di valorizzare il servizio di distribuzione del gas. Peraltro, l’ente locale ha osservato che questa scelta ha riguardato in generale tutti i servizi che prima erano affidati a Consiag tramite un contratto di *global service*, servizi che

¹⁵¹ Cfr. doc. 260 e 261.

¹⁵² Cfr. doc. 166.

¹⁵³ Cfr. doc. 271.

si è deciso di mettere a gara con esito decisamente profittevole per l'ente locale: ad esempio, la gara per l'affidamento del servizio di gestione calore ha consentito al comune di realizzare un risparmio - con la stessa Estra - pari a circa il 30% sul prezzo pattuito nel precedente contratto.

Pertanto, il Comune ha chiarito che la richiesta di informazioni al gestore uscente era finalizzata a poter quantomeno decidere se mettere o meno a gara il servizio di distribuzione del gas.

159. Il Comune di Prato ha precisato che la scelta di indire una gara autonoma prima dell'emanazione del decreto ambiti è dipesa dalla significativa maggiore convenienza economica per l'ente locale che, in tale caso, può autonomamente stabilire i criteri di aggiudicazione della gara, prevedendo ad esempio una *una tantum* a base d'asta al rialzo.

160. Il Comune di Prato ha altresì fatto presente che il comportamento dilatorio e ostruzionistico della società ha comportato un ritardo nell'indizione della procedura di gara (che l'ente locale intendeva bandire più di un anno fa), determinando una gestione di fatto in capo a Estra Reti. Il Comune di Prato ha anche evidenziato che il l'ente locale è stato costretto ad indire la gara nel momento di passaggio alla nuova normativa che prevede solo la realizzazione di gare per ATEM e non più per singolo comune¹⁵⁴.

161. Per quanto riguarda la questione dell'unicità dell'impianto del Comune di Prato rispetto ai comuni limitrofi, asserita da Estra Reti, il Comune di Prato ha sostenuto che in realtà l'impianto non è unico tra tutti i comuni, ma semplicemente interconnesso. L'ente locale ha aggiunto che la procedura di gara prevede la costituzione di un'apposita Commissione Tecnica che valuterà i progetti presentati dai partecipanti inerenti le soluzioni per la gestione della rete di distribuzione.

vi. LE INFORMAZIONI TRASMESSE DALL'AEEG

a) Sull'impianto di distribuzione di Prato

162. In data 17 maggio 2011 l'Autorità ha inviato una richiesta di informazioni all'AEEG¹⁵⁵ chiedendo, tra l'altro, se ai sensi della vigente regolamentazione vi

¹⁵⁴ Cfr. doc. n. 189.

¹⁵⁵ Cfr. doc. 172.

sono impedimenti alla gestione da parte di più imprese di un medesimo impianto di distribuzione e se la documentazione tariffaria trasmessa da Estra Reti all'AEEG è in forma disaggregata per singolo comune¹⁵⁶.

163. In data 5 agosto 2011, l'AEEG ha trasmesso le informazioni richieste¹⁵⁷.

Con specifico riguardo a quanto sostenuto dalle Parti, circa il fatto che l'impianto di distribuzione del gas relativo al Comune di Prato e di altri 13 comuni limitrofi sarebbe unico e non semplicemente interconnesso e che tale circostanza impedirebbe la gestione dell'impianto da parte di più distributori, con ripercussioni anche sulla sicurezza, sulla qualità del servizio e sulle tariffe, l'AEEG ha osservato come ***“tale affermazione non sia supportata dalla regolamentazione vigente, né dal punto di vista della sicurezza e della qualità del servizio, né dal punto di vista tariffario”*** (grassetto aggiunto).

164. Ai sensi della vigente regolamentazione in materia di qualità e sicurezza del servizio¹⁵⁸, si definisce come impianto la porzione di rete che viene gestita da un'unica impresa distributrice. In altre parole, laddove un comune precedentemente gestito da una impresa distributrice che gestiva anche i comuni limitrofi, decida di affidare la concessione del proprio territorio ad un'altra impresa distributrice, sul suo territorio verrà considerato un impianto singolarmente inteso e gestito dalla nuova impresa.

165. Il regolatore ha poi specificato che, dal punto di vista tariffario, la

¹⁵⁶ Nel dettaglio, è stato chiesto di indicare:

1) se l'impianto denominato “Prato Rete Gas”, con codice identificativo ID37690, rientra nell'ipotesi di impianto interconnesso di cui all'art. 2, punto 2.2. della delibera n. 138/04 ovvero di impianto unico di cui al successivo punto 2.3;

2) come si conciliano le argomentazioni sollevate dalla Parte sulla impossibilità di gestione da parte di più imprese di distribuzione di un unico impianto con la previsione di cui all'art. 2.3. della delibera n. 138 del 29 luglio 2004 e s.m.i., laddove si prevede la possibilità che più imprese esercitino il servizio di distribuzione su porzioni di un medesimo impianto;

3) se la gestione da parte di più imprese di porzioni di un unico impianto è suscettibile di determinare gravi ripercussioni sulla sicurezza, sulla qualità del servizio e sulle tariffe di distribuzione;

4) se risultano essere in esercizio impianti di distribuzione unici, le cui porzioni sono gestite da più soggetti, eventualmente indicando quali, con i relativi gestori;

5) se sussistono casi in cui un impianto unico originariamente gestito da un'unica impresa sia stato successivamente diviso in porzioni nelle quali il servizio è esercitato da più soggetti (ed esempio in esito ad una procedura di gara per il riaffidamento della concessione di un singolo comune parte dell'impianto unico);

6) se i modelli località trasmessi ai fini tariffari da Estra Reti Gas S.r.l. all'AEEG sono disaggregati per singolo comune ed, in particolare, se vi sono per gli anni 2009 e 2010 dei modelli relativi al solo Comune di Prato; indicare se i dati contenuti nei modelli località trasmessi da Estra Reti Gas S.r.l. (relativi tra l'altro ai “risultati fisici” ed ai “costi storici”) corrispondono alla reale consistenza della rete ed ai costi di investimento sostenuti dall'impresa.

¹⁵⁷ Cfr. doc. 183.

¹⁵⁸ Cfr. Deliberazione ARG/gas n. 120/08, Testo unico della regolazione della qualità e delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2009-2012 (Parte I).

disciplina vigente¹⁵⁹ prevede come unità di riferimento la “località”, la quale di norma coincide con il territorio di un singolo comune, e che, ai fini tariffari, la distinzione tra impianto unico e impianto interconnesso non rileva.

166. L’Autorità di regolazione, inoltre, ha chiarito che la regolamentazione vigente consente la gestione di un unico impianto da parte di più imprese di distribuzione¹⁶⁰. In tali casi, al fine di garantire la sicurezza, l’AEEG ritiene necessaria, prima di una separazione gestionale di una rete distributiva appartenente ad uno stesso impianto interconnesso, la definizione di accordi *ad hoc* tra le società che gestiscono le porzioni di impianto almeno in merito alla odorizzazione del gas distribuito, alla regolazione della pressione di distribuzione e alla protezione catodica.

167. Per quanto riguarda gli aspetti tariffari, l’AEEG ha affermato che il fatto che più imprese gestiscano un unico impianto non ha ripercussioni di rilievo sulle tariffe richieste ai consumatori. In particolare, da un lato le componenti di costo alla base della tariffa di riferimento riconosciuta al distributore sono influenzate solo in misura minima da una gestione separata (con la possibilità di incidere sia positivamente che negativamente sul livello della tariffa), dall’altro, la tariffa di distribuzione applicata al cliente finale è calcolata per ambiti territoriali di grandi dimensioni sulla base di una media dei costi dei diversi distributori. Ne deriva che, a livello di tariffa di distribuzione applicata al cliente finale, il fatto che l’impianto sia gestito da una o più imprese tende a risultare assolutamente indifferente.

168. L’Autorità di regolazione ha altresì fatto presente che risultano essere in esercizio impianti di distribuzione unici, le cui porzioni sono gestite da più soggetti, così come casi in cui un impianto unico originariamente gestito da un’unica impresa sia stato successivamente diviso in porzioni nelle quali il servizio è esercitato da più soggetti.

169. L’AEEG ha precisato che, nel caso di Prato, il Comune coincide con la località tariffaria (cui è assegnato l’identificativo di località 4845) e che, di conseguenza, i modelli località per gli anni 2009 e 2010 trasmessi ai fini tariffari da Estra Reti Gas S.r.l. sono stati forniti separatamente per il Comune di Prato. Pertanto, anche i dati relativi tra l’altro ai “risultati fisici” (PDR, lunghezza di rete, gas distribuito) ed ai “costi storici”, per singola località, sono

¹⁵⁹ Cfr. Deliberazione ARG/gas n. 159/08, Testo unico della regolazione della qualità e delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2009-2012 (Parte II).

¹⁶⁰ Cfr. Deliberazione n. 138/2004, comma 2, punto 3.

disaggregati per il Comune di Prato.

170. Infine, l'AEEG ha sottolineato che unitamente all'invio dei modelli località o alla compilazione del sistema di raccolta dati on-line *“le imprese hanno inviato (pena la non considerazione dei dati inviati) una dichiarazione di veridicità firmata dal legale rappresentante in cui si dichiarava:*

- *che le informazioni e i dati trasmessi per la determinazione della tariffa di riferimento sono completi e veritieri;*
- *che le informazioni e i dati di natura patrimoniale trasmessi per la determinazione della tariffa di riferimento corrispondono con i valore dei libri contabili dell'impresa”.*

b) Sulle caratteristiche delle schede tariffarie

171. In data 23 dicembre 2010 l'Autorità ha inviato una richiesta di informazioni all'AEEG chiedendo in particolare di descrivere i contenuti informativi delle schede tariffarie specificando: se le stesse contengano dati riguardanti i costi operativi delle società ed individuandone l'eventuale utilità ai fini della determinazione dell'indennizzo al gestore uscente e della presentazione delle offerte in sede di gara¹⁶¹.

¹⁶¹ Nel dettaglio, è stato chiesto di:

- a) descrivere i contenuti informativi dei *i) Modelli Località sez. III, III bis, III ter, IV, IV bis; V e V bis per l'anno 2009; ii) Modelli Località sez. II, II bis, II ter, III, III bis, IV, IV bis, V, V bis per l'anno 2010;*
- b) specificare, in particolare, se le schede di cui al punto a) contengono dati riguardanti i costi operativi delle società;
- c) indicare se si ritiene che le informazioni di cui al punto a) possono essere utili ai fini della determinazione del valore del rimborso al gestore uscente da parte dell'ente locale anche nell'ipotesi in cui tale valore debba essere determinato secondo il metodo del valore industriale (costo di sostituzione a nuovo cui si applicano dei coefficienti di degrado) di cui all'art. 24 del R.D. del 15 ottobre 1925 n. 2578, richiamato all'art. 15, comma 5 del Decreto Legislativo n. 164/00;
- d) indicare se le informazioni di cui al punto a) possono, in ogni caso, essere di utilità per l'ente locale per verificare la congruità, o non manifesta irragionevolezza, del valore di rimborso eventualmente proposto dal gestore uscente;
- e) indicare se si ritiene che le informazioni di cui al punto a) possono essere utili ai concorrenti di del gestore uscente ai fini della predisposizione delle offerte in sede di gara con particolare riferimento alla stima dei ricavi tariffari attesi;
- f) indicare se i dati relativi alle tariffe di riferimento *ante e post* gradualità 2009 e 2010, con specifico riferimento ai valori contrassegnati dalle sigle *CINdis* e *CINmis*, consentono di individuare il costo storico di un impianto per località; se tali *CINdis* e *CINmis* sono indicati al netto anche dei contributi pubblici e/o privati percepiti dalla società nel corso della sua attività di gestione;
- g) specificare come si concilia una eventuale determinazione del rimborso al gestore uscente effettuata con il metodo del valore industriale con la regolamentazione tariffaria vigente che prevede, invece, l'utilizzo del metodo del costo storico rivalutato;
- h) indicare se si ritiene necessario, al fine di evitare un indebito arricchimento del gestore uscente, scomputare al valore di rimborso al gestore uscente, oltre che i contributi pubblici, anche i contributi privati a

172. L'AEEG nella risposta alla richiesta di informazioni, trasmessa all'Autorità in data 24 gennaio 2011, ha preliminarmente osservato che le regole per la determinazione del rimborso al gestore uscente prevedono due regimi: rimborso al gestore uscente nel primo periodo e rimborso al gestore uscente nel successivo periodo, a regime¹⁶². Il "primo periodo" è la situazione transitoria, caratterizzata dalla scadenza anticipata ope legis della concessione a cui si applica l'art. 15 del Decreto Legislativo n. 164/00. La situazione indicata come "a regime" è caratterizzata dalla scadenza dell'affidamento al termine della durata non superiore a dodici anni delle concessioni affidate per la prima volta tramite gara, ai sensi dell'art. 14 del citato decreto.

Nel primo periodo, sia il Decreto Letta che lo schema di Regolamento sui criteri di gara prevedono che il rimborso al gestore uscente sia determinato applicando i criteri contenuti nelle convenzioni in essere o, in mancanza, dei criteri di cui alle lettere a) e b) dell'art. 24, comma 4, del R.D. n. 2578/25 che prevedono l'applicazione del metodo del valore industriale (costo di ricostruzione a nuovo cui si applicano dei coefficienti di degrado).

Per quanto riguarda il sistema a regime, si applica invece sempre il metodo del costo storico rivalutato, secondo i criteri stabiliti dalla disciplina tariffaria (di cui alla delibera AEEG n. 159/08 e s.m.i.) e con l'utilizzo dei dati contenuti nelle schede tariffarie fornite dai concessionari del servizio di distribuzione del gas all'AEEG.

173. L'AEEG ha dichiarato che nel caso in cui, per la valutazione del rimborso al gestore uscente, si debba ricorrere ai criteri di stima del valore industriale previsti dal R.D. n. 2578/1925 gli elementi contenuti nelle schede tariffarie: "*a stretto rigore*" non sono necessari ai fini della determinazione di tale valore, se non limitatamente alle immobilizzazioni in corso; ma "*possono essere considerati utili in una logica comparativa*" affinché l'ente locale "*possa verificare la congruità, o non manifesta irragionevolezza del valore di rimborso eventualmente proposto dal gestore uscente*". Infatti, "*Valutazioni basate sul costo storico rivalutato e sul costo di sostituzione (degradato), qualora si adottassero per la rivalutazione deflatori in grado di replicare perfettamente le dinamiche dei prezzi dei fattori produttivi impiegati per la realizzazione degli impianti, potrebbero coincidere [...]. È dunque ragionevole assumere che il*

qualsiasi titolo percepiti (tra cui i contributi di allacciamento e quelli per la realizzazione di porzioni di rete in aree oggetto di lottizzazione privata). Cfr. doc. 164.

¹⁶² Cfr. doc. 136.

valore determinato a fini tariffari sulla base del costo storico rivalutato costituisca una buona proxy del valore a costi di sostituzione”.

174. Quanto all'utilità per i concorrenti del gestore uscente delle informazioni contenute nelle schede tariffarie ai fini della predisposizione delle offerte in sede di gara l'AEEG ritiene che *“le informazioni contenute nel questionario località possano essere utili ai concorrenti [del gestore uscente] ai fini della predisposizione delle offerte in sede di gara, dal momento che tali informazioni costituiscono elemento fondamentale per la fissazione della tariffa di riferimento per la località in questione”.* Infatti, *“Ai fini della stima dei ricavi tariffari attesi da inserire nei business plan del futuro gestore tali informazioni costituiscono un'importante integrazione dei dati relativi alle tariffe di riferimento approvate e pubblicate dall'Autorità, in quanto permettono di meglio stimare l'evoluzione futura in relazione alle dinamiche di ammortamento e alla vita utile dei cespiti”.*

175. L'AEEG ha altresì evidenziato che le schede tariffarie *“non contengono dati riguardanti i costi operativi dell'impresa”;* le componenti della tariffa a copertura dei costi operativi sono infatti determinate in maniera parametrica (dunque non specifica per singola impresa) sulla base della densità, classe dimensionale e numero dei punti di riconsegna serviti da ciascuna impresa.

176. Con riguardo ai contributi privati a qualsiasi titolo percepiti (tra cui i contributi di allacciamento dei clienti finali e quelli per la realizzazione di porzioni di rete in aree oggetto di lottizzazione privata), l'AEEG ha osservato che *“al fine di evitare un indebito arricchimento del gestore uscente, lo scorporo anche dei contributi privati avvicina maggiormente il valore di rimborso all'esborso effettivamente sostenuto dal gestore cedente, eliminando possibili sovrapprofitti pur mantenendo intatto l'incentivo all'investimento”.*

177. Infine, l'AEEG ha osservato che, nell'attuale quadro normativo, disegnato dal Decreto Legislativo n. 164/00, gli enti locali esercitano funzioni di indirizzo politico per la tutela degli interessi generali della collettività relativamente al servizio pubblico di distribuzione del gas: *“Ne deriva, dunque, il potere degli Enti Locali di chiedere al gestore uscente dati e informazioni rilevanti per lo svolgimento della gara. Questo tema è specificamente affrontato anche dal testo di Regolamento proposto, che dedica l'articolo 4 agli obblighi informativi del gestore uscente nei confronti dell'Ente locale concedente”.*

V. VALUTAZIONI

i. IL MERCATO RILEVANTE E LA POSIZIONE DOMINANTE DI ESTRA RETI

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

179. 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).

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

181. Si tratta di un mercato di dimensione geografica locale, coincidente con l'area comunale di attribuzione di ciascuna concessione ed in relazione alla quale è svolta la gara per il riaffidamento del servizio.

182. A differenza di quanto argomentato da Estra Reti, la dimensione del mercato non può essere, infatti, considerata nazionale, poiché il servizio pubblico di distribuzione del gas è svolto in regime di monopolio legale su base comunale, di tal che non è possibile alcuna sostituzione, né dal lato della domanda né dal lato dell'offerta, tra il servizio fornito in una determinata area in concessione e quello offerto nelle altre aree. Non si realizza pertanto alcun vincolo concorrenziale sull'operatore monopolista locale da parte degli altri operatori concessionari del servizio in altre aree. L'unica forma di concorrenza possibile è quella relativa alla partecipazione alle gare per il riaffidamento del servizio, ovvero la c.d. concorrenza *per* il mercato, laddove il mercato in questione è, nel caso di specie, quello per la gestione del servizio nel territorio del Comune di Prato al quale si riferisce la concessione che l'ente locale intendeva mettere a gara e in cui attualmente Estra Reti opera come concessionario¹⁶³.

183. Sul mercato rilevante, così individuato, la società Estra Reti è concessionario in esclusiva del servizio da oltre trentacinque anni e detiene

¹⁶³ Cfr. A411B Sorgenia Italgas, in Boll. 35/2010.

quindi una posizione di monopolio legale duratura, stabile e mai contesa fino ad oggi.

ii. I COMPORTAMENTI ABUSIVI DI ESTRA RETI

184. La fattispecie oggetto del procedimento avviato dall’Autorità riguarda presunti comportamenti restrittivi della concorrenza della concessionaria Estra Reti, operatore monopolista nel servizio di distribuzione del gas nel Comune di Prato, volti ad ostacolare lo svolgimento della gara per il riaffidamento del servizio, consistenti, in particolare, prima nel rifiuto, e successivamente nel ritardo, a fornire le informazioni necessarie ai fini della predisposizione del bando di gara e della presentazione di offerte competitive da parte dei concorrenti.

185. A fini della valutazione della natura anticoncorrenziale dei comportamenti oggetto di contestazione, deve rilevarsi che essi sono stati posti in essere da un’impresa che, per il fatto stesso di rivestire una posizione di monopolio in un mercato, è soggetta al principio della “*speciale responsabilità*” che incombe sugli operatori dominanti. L’impresa in posizione dominante patisce, infatti, quell’aggravio degli obblighi di diligenza cui sono tenuti tutti gli operatori in grado di influire sull’ambito economico di riferimento e alla stessa sono preclusi comportamenti¹⁶⁴ in concreto diretti a ridurre la concorrenza o ad ostacolarne lo sviluppo in mercati caratterizzati da un grado di concorrenza già sensibilmente ridotto¹⁶⁵.

186. Il comportamento di Estra Reti va valutato, quindi, anche alla luce della circostanza che il mercato in esame, caratterizzato da condizioni di monopolio legale, è per la prima volta reso contendibile grazie all’espletamento di una gara

¹⁶⁴ Cfr. Tar Lazio, Sez. I, sent. 11 settembre 2001, N. 7433 – (A274 – STREAM/TELEPIÙ), secondo il quale “*La titolarità di una posizione dominante non priva l’impresa del diritto di tutelare i propri interessi commerciali ma, in ragione della speciale responsabilità su di essa gravante, la valutazione del comportamento volto al conseguimento dell’utile deve essere svolta alla luce del criterio di proporzionalità, in base a cui l’impresa deve impiegare i soli mezzi necessari al perseguimento di legittimi obiettivi*”.

¹⁶⁵ Cfr. Tar Lazio sentenza 30 marzo 2007, n. 2798 e Consiglio di Stato, decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, A358 Eni-TTPC, il quale ha ricordato il principio in base a cui “*dalla posizione dominante discende una speciale responsabilità, per cui l’impresa che la detiene non può ridurre o eliminare il grado di concorrenza ancora esistente sul mercato, con comportamenti escludenti; [e] sono consentiti gli atti di tutela degli interessi commerciali dell’impresa, ma non anche un comportamento che abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di farne abuso*”. Cfr. anche Tar del Lazio, sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, A405 La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo; TAR Lazio sentenza dell’8 giugno 2007 n. 5115 Compagnia Portuale Brindisi.

per l'aggiudicazione del servizio di distribuzione del gas, che fino ad oggi è stato oggetto di affidamento diretto ad Estra Reti. Si consideri che, come s'è anticipato, l'unica forma di concorrenza possibile in questo contesto è rappresentata da quella "per" il mercato in sede di gara.

187. A ciò si aggiunga che il comportamento interessa una città di dimensioni medio grandi, la cui gara riveste un'importanza assoluta in termini economici e strategici per Estra Reti. E' legittimo quindi ritenere che ad una gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Prato siano interessate anche altre imprese sia italiane che straniere. La stessa Estra ha osservato che la gara in questione è di sicuro interesse anche per gli operatori concorrenti, in quanto la rete finora è stata gestita da un grande operatore, circostanza che rappresenta una garanzia delle ottime condizioni dell'impianto¹⁶⁶. Tale circostanza è peraltro confermata dal fatto che cinque qualificate imprese attive nella distribuzione del gas (tra cui uno appartenente ad un gruppo straniero) hanno chiesto di essere invitate alla procedura¹⁶⁷.

188. La predisposizione delle gare secondo modalità idonee a favorire la più ampia partecipazione possibile, a parità di condizioni tra concorrenti, è un fattore di primaria importanza per consentire al meccanismo della concorrenza "per" il mercato di far sprigionare la massima efficienza possibile in sede di gara a vantaggio dei consumatori finali del gas.

189. Poiché l'effettiva contendibilità del mercato in sede di gara è strettamente legata alle modalità di predisposizione del bando di gara, quest'ultimo dovrebbe, dunque, poter essere formulato in modo tale da evitare ogni indebito vantaggio concorrenziale a favore dell'*incumbent* tale da scoraggiare e pregiudicare i potenziali concorrenti. Detto vantaggio può consistere anche nel possesso di informazioni necessarie alla corretta formulazione dell'offerta, che non sono rese disponibili all'ente appaltante e agli altri partecipanti.

190. Le risultanze istruttorie consentono di affermare che Estra Reti, monopolista nel mercato rilevante, si è rifiutata a lungo di trasmettere al Comune di Prato le informazioni essenziali ai fini della predisposizione del bando di gara per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Prato e della presentazione di offerte concorrenziali e che tale decisione è stata assunta e attuata congiuntamente alla controllante Estra.

¹⁶⁶ Cfr. doc. 169.

¹⁶⁷ Cfr. doc. 189.

191. In particolare, le risultanze istruttorie hanno dimostrato:

- a) che Estra Reti, di concerto con Estra, si è in prima battuta rifiutata di trasmettere le informazioni richieste dal Comune di Prato il 10 maggio 2010 al fine di realizzare la gara per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas. Estra Reti ha poi fornito con ritardo (il 23 e 27 giugno 2011), e solo in ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato, una parte delle informazioni originariamente richieste dall'ente locale il 10 maggio 2010¹⁶⁸, ed ha completato la trasmissione delle informazioni richieste solo il 24 novembre 2011 (a seguito di una specifica riunione con il Comune di Prato l'8 novembre 2011);
- b) la rilevanza delle informazioni per la predisposizione del bando di gara e la presentazione delle offerte concorrenziali da parte dei partecipanti alla procedura;
- c) l'assenza di giustificazioni oggettive a sostegno del rifiuto e ritardo a fornire le informazioni richieste dal Comune di Prato.

192. Tale condotta, ostacolando la realizzazione della procedura di gara e, quindi, la concorrenza "per" il mercato della distribuzione del gas nel Comune di Prato costituisce una fattispecie di abuso di posizione dominante, in violazione dell'art. 102 del TFUE.

a) L'accertamento del rifiuto e del ritardo nella trasmissione delle informazioni

193. Per quanto riguarda le informazioni richieste dal Comune di Prato, si ricorda che la prima istanza dettagliata inviata ad Estra Reti risale al 10 maggio 2010 e che l'ente locale aveva come obiettivo di indire la gara prima della fine dell'anno, tenuto conto della scadenza della concessione al 31 dicembre 2010¹⁶⁹.

A tale istanza Estra Reti ha opposto rifiuto in data 9 giugno 2010, non fornendo alcuna delle informazioni richieste dall'ente locale.

194. Il Comune di Prato il 17 giugno 2010 ha nuovamente sollecitato l'invio delle informazioni, chiedendo altresì di integrarle con i dati relativi al personale impiegato per la prestazione del servizio di distribuzione del gas nel Comune di

¹⁶⁸ Cfr. Sentenza del 27 maggio 2011 già cit.

¹⁶⁹ Cfr. doc. 1.

Prato¹⁷⁰.

Anche a tale nuova richiesta Estra Reti ha opposto rifiuto, inviando unicamente alcuni dati aggregati relativi all'intero personale dipendente della società, inidonei a soddisfare le esigenze del Comune di Prato, così come evidenziato dall'ente locale all'Autorità nella comunicazione del 29 novembre 2010¹⁷¹.

195. Parte delle informazioni richieste dal Comune di Prato il 10 maggio 2010 (ed in particolare la planimetria della rete e le schede tariffarie) sono state fornite da Estra Reti al Comune di Prato solo in data 23 e 27 giugno 2011, dopo più di un anno rispetto all'originaria richiesta di informazioni dell'ente locale ed in ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato n. 3190/2011, in materia di accesso agli atti, che ha accolto il ricorso dell'ente locale avverso la sentenza del TAR Toscana n. 6714/2010. Il Consiglio di Stato ha, in particolare, ordinato ad Estra Reti l'esibizione, nel termine di trenta giorni dalla notifica della decisione, dei documenti che fossero esistenti e scorporabili, anche laddove fosse necessaria una ragionevole attività di elaborazione¹⁷².

196. Tra le informazioni non trasmesse - e non richiamate nell'ordine di esibizione del Consiglio di Stato - vi erano anche lo stato di consistenza e la relativa valutazione di parte della rete nonché le informazioni sul personale impiegato per la gestione del servizio nel Comune di Prato.

¹⁷⁰ Cfr. doc. 1.

¹⁷¹ Cfr. doc. 2 e 5.

¹⁷² Il Consiglio di Stato ha ordinato l'esibizione dei seguenti documenti:

- planimetria completa delle reti;
- documentazione tariffaria rimessa all'AEEG riferita alla sola località di Prato;
- elenco delle servitù di posa con l'indicazione dei eventuali canoni da corrispondere, delle concessioni ottenute e delle autorizzazioni alla posa delle condotte, con l'indicazione dei canoni annui da corrispondere;
- per gli Impianti di prelievo riduzione e misura di 1° salto (IPRM) e Impianti di riduzione intermedia (IRI): schemi di flusso; denunce ISPELS, copia ultima verifica messa a terra; certificato prevenzione incendi; denuncia ASL e copia dell'ultima verifica impianto elettrico in luoghi pericolosi;
- per i gruppi di riduzione finali e industriali (GRF e GRI): schemi di flusso delle apparecchiature;
- per l'impianto di protezione catodica, limitatamente al Comune di Prato: planimetria; indicazione delle condotte in acciaio; copia permessi e autorizzazioni; copia dei resoconti effettuati nell'ultimo anno; contratti di fornitura energia elettrica e telefonia fissa; denunce impianti messa a terra; rapporto di protezione catodica aggiornato al 12/2009;
- elenco e posizione delle fughe riscontrate negli ultimi tre anni;
- volume di gas immesso dal 2005 e volume di gas immesso mensilmente negli anni 2008 e 2009, ove siano scorporabili al solo territorio del Comune di Prato.

Rispetto a quanto ordinato dal Consiglio di Stato, la società non ha trasmesso la copia della verifica impianto elettrico in luoghi pericolosi per gli Impianti di prelievo riduzione e misura di 1° salto (IPRM) e Impianti di riduzione intermedia (IRI). Inoltre, la società non ha trasmesso i dati relativi al volume di gas immesso dal 2005 ed al volume di gas immesso mensilmente, nell'anno 2008 e 2009, sostenendone la non scorporabilità degli stessi per il solo Comune di Prato, né la copia dei permessi e autorizzazioni dell'impianto di protezione catodica, in quanto non esistenti.

Tali informazioni sono state trasmesse da Estra Reti all'ente locale solo il 24 novembre 2011, a distanza di un anno e mezzo dall'originaria richiesta di informazioni del Comune di Prato del 10 maggio 2010, integrata in data 17 giugno 2010, ed a valle di un incontro tenutesi tra il Comune di Prato ed Estra Reti l'8 dicembre 2011, nel corso del quale la società “*si [è] obbliga[ta] a fornire l'elaborato ufficiale [...dello stato di consistenza e della valutazione dell'impianto] non oltre il 25 novembre 2011*”¹⁷³.

197. Si rileva che la tempistica con cui Estra Reti ha fornito le informazioni al Comune di Prato è significativamente più ampia rispetto a quella che il MSE, nel citato schema di Regolamento sui criteri di gara, ha considerato come congrua per l'invio di tale tipologia di dati. L'MSE ha infatti valutato, anche a seguito di ampia consultazione con tutti i soggetti interessati (ivi inclusi i gestori) e con il regolatore di settore, che le informazioni che Estra Reti ha prima rifiutato e poi fornito con ritardo all'ente locale, sono necessarie per realizzare una gara per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas e che le stesse debbano essere trasmesse dal gestore uscente all'ente locale in un lasso di tempo massimo di novanta giorni (sessanta giorni dalla richiesta, prorogabili di ulteriori trenta per ragioni di particolare complessità).

198. Si evidenzia inoltre che la tempistica di cui all'art. 4 dello schema di Regolamento - che ha costituito il qualificato parere del MSE all'Autorità - è peraltro significativamente superiore a quella di cui al, vigente, art. 10 del D.P.R. n. 4 ottobre 1986, n. 902, che, con specifico riguardo allo stato di consistenza, dispone che lo stesso debba essere trasmesso all'ente locale entro trenta giorni dalla richiesta.

199. Gli elementi emersi relativi alla tempistica e alle modalità con cui le società hanno dato riscontro alla richiesta del Comune di Prato smentiscono quindi quanto sostenuto da Estra ed Estra Reti circa la presenza, quantomeno a valle della sentenza del Consiglio di Stato in materia di accesso agli atti, di un comportamento collaborativo delle società. Il comportamento collaborativo presuppone infatti che alla fine le informazioni siano trasmesse in modo tempestivo e completo mentre nel caso di specie le società, con il proprio comportamento dilatorio, sono state di ostacolo all'indizione della procedura, tanto che il Comune di Prato è stato costretto a bandire la gara in tempi largamente superiori a quelli originariamente previsti e in assenza di tutte le

¹⁷³ Cfr. doc. 220.

informazioni richieste e necessarie ai fini della realizzazione di una gara effettivamente competitiva¹⁷⁴. Inoltre, l'attività istruttoria ha evidenziato che le informazioni sono state trasmesse da Estra Reti al Comune di Prato non per libera volontà della società ma solo in ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato; Estra ed Estra Reti si sono determinate a procedere alla redazione dello stato di consistenza e della relativa valutazione di parte dell'impianto solo *“quale atto necessario per la tutela del suo [di Estra] patrimonio sociale, e quindi nello specifico interesse degli azionisti”*¹⁷⁵, a seguito della indizione della procedura di gara da parte del Comune di Prato con indicazione nel bando di un valore di stima dell'impianto individuato dall'ente locale in assenza delle informazioni a ciò necessarie (e che poi si è dimostrato essere significativamente inferiore alla valutazione di parte realizzata da Estra ed Estra Reti in autotutela).

200. Inoltre, non si può non considerare che è stato lo stesso Comune di Prato a richiedere l'intervento dell'Autorità a fronte della mancata trasmissione delle informazioni richieste e che l'ente locale anche nel corso del procedimento ha in più occasioni lamentato che il comportamento di Estra ed Estra Reti ha ostacolato la realizzazione della procedura di gara. Ancora il 4 novembre 2011, infatti, il Comune di Prato ribadiva che *“allo stato [...] non risulta obiettivamente possibile procedere alla individuazione e/o determinazione di tutti gli elementi necessari per consentire a tutti i concorrenti la presentazione delle offerte nel rispetto della indispensabile condizione di parità fra i partecipanti al procedimento”*¹⁷⁶.

201. Infine si evidenzia che la sopravvenuta carenza di interesse da parte del Comune di Prato (che, si ricorda, è indirettamente socio di maggioranza relativa di Estra ed Estra Reti) alla prosecuzione del procedimento in esame - intervenuta il 12 dicembre 2011 a seguito alla trasmissione da parte di Estra Reti di tutte le informazioni necessarie alla realizzazione della procedura di gara¹⁷⁷ - è irrilevante ai fini della valutazione della natura abusiva delle condotte tenute da Estra ed Estra Reti i cui effetti escludenti si producono nei confronti dei concorrenti ed a danno dei consumatori finali.

¹⁷⁴ Il principio di leale cooperazione esige, infatti, comportamenti coerenti e non contraddittori e non tollera atteggiamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui o insufficientemente motivati come quelli rilevati nel caso di specie. Cfr. Sentenza del Consiglio di Stato n. 3190/2011; sentenze della Corte Costituzionale n. 379 del 27 luglio 1992 e n. 242 del 18 luglio 1997.

¹⁷⁵ Cfr. doc. 195 (all. 30).

¹⁷⁶ Cfr. doc. 207.

¹⁷⁷ Cfr. doc.

b) La rilevanza delle informazioni

202. L'attività istruttoria ha evidenziato che le informazioni delle quali Estra Reti ha prima rifiutato la trasmissione e l'ha poi effettuata con grave ritardo, e solo in seguito all'ordinanza del Consiglio di Stato, sono rilevanti ai fini della realizzazione di una procedura di gara effettivamente competitiva per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Prato. Tra queste sono incluse, in particolare ma non solo, lo stato di consistenza e la valutazione dell'impianto, la planimetria della rete, le schede tariffarie ed i dati relativi al personale impiegato nella gestione del servizio nel Comune di Prato.

203. Giova preliminarmente rilevare che l'Autorità ha acquisito il qualificato parere di un soggetto istituzionale competente, ovvero l'MSE, in ordine al set informativo minimo che il gestore uscente dovrebbe fornire all'ente locale e alla tempistica entro la quale è ragionevole che dette informazioni debbano essere trasmesse. A tale richiesta, l'MSE ha risposto inviando lo stralcio di art. 4 dell'allora schema di Regolamento sui criteri di gara. E' evidente, pertanto, che il Ministero ha ritenuto che tale stralcio rappresentasse la posizione dello stesso in risposta alla richiesta di parere dell'Autorità.

204. Pertanto, l'obiezione di Estra ed Estra Reti secondo la quale lo schema di Regolamento al tempo dei comportamenti era un testo non ancora in vigore da cui non derivava alcun obbligo giuridicamente vincolante, non è conferente. Infatti, per quanto si tratti di una norma non ancora vigente al momento dei fatti, lo schema di Regolamento (del cui contenuto Estra Reti era a conoscenza nei mesi del 2010 e del 2011 durante i quali ha ritardato e negato la trasmissione delle informazioni) è stato ritenuto dallo stesso MSE un corretto riferimento per individuare le informazioni minime che un gestore uscente deve fornire all'ente locale per consentire l'indizione di una procedura di gara (nonché la relativa tempistica di trasmissione).

205. La conoscenza da parte di Estra Reti dello schema di Regolamento sui criteri di gara è indicata dal fatto che tale schema è stato anche condiviso con le associazioni delle imprese distributrici del gas naturale in sede di consultazione ed era quindi chiaramente noto a tutti gli operatori del settore, tra cui anche Estra Reti. La stessa Estra ha precisato, sul punto, che la nuova disciplina attuativa delle gara di ATEM (per quanto in bozza) era già nota sia ai comuni che agli operatori in epoca anteriore alla richiesta di informazioni del Comune di Prato del 10 maggio 2010. In particolare, Estra ha indicato che il primo

schema del MSE di ripartizione degli ambiti minimi a livello nazionale risale al 15 ottobre 2009, mentre le prime due versioni del Regolamento sui criteri di gara sono state diffuse dal MSE rispettivamente in data 21 gennaio e 17 aprile 2010, in entrambi i casi prima della delibera del Consiglio comunale di Prato n. 35 del 27 aprile 2010, che ha approvato la gara individuale per il servizio nel proprio territorio¹⁷⁸.

206. Quanto al merito, lo schema di Regolamento del MSE sui criteri di gara ha confermato la necessità, sia ai fini dell'indizione del bando di gara, sia ai fini della presentazione e valutazione delle offerte, di disporre di una articolata serie di informazioni tra cui figurano anche quelle richieste dal Comune di Prato e che Estra Reti si è prima rifiutata di fornire ed ha poi trasmesso con ritardo. Le medesime informazioni, ai sensi dell'art. 9, devono poi essere contenute nel bando di gara e, quindi, messe a disposizione dei concorrenti ai fini della predisposizione dell'offerta e del piano industriale.

207. Dalle risultanze istruttorie è inoltre emerso che ognuno dei dati in questione fornisce elementi informativi diversi, tra loro non sostituibili, e utilizzabili a fini distinti. Pertanto, la disponibilità solo di parte di essi non soddisfa pienamente quelle esigenze conoscitive dell'ente appaltante necessarie ai fini della realizzazione di gare effettivamente competitive, che necessitano di un *set* informativo completo a disposizione di tutti i concorrenti, affinché questi ultimi possano predisporre un'offerta adeguatamente ponderata e, come tale, affatto aleatoria.

208. Giova poi evidenziare che le informazioni richieste dal Comune di Prato riguardano esclusivamente la rete di distribuzione del gas nel mercato rilevante individuato dal territorio del comune e sono state acquisite da Estra Reti in ragione della sua attività di gestore monopolista del servizio in tale territorio. Pertanto, le stesse sono di fatto nella sola disponibilità di Estra Reti (*single source*) e, essendo relative ad una specifica rete di distribuzione (diversa da tutte le altre), non sono reperibili altrove né in alcun modo replicabili.

L'unica eccezione è rappresentata dai dati relativi al numero delle società di vendita che operano nel Comune di Prato (che sono pubblicamente e facilmente accessibile anche sul sito internet dell'AEEG) e dalle schede tariffarie, che sono

¹⁷⁸ Cfr. doc. 261. Ad ogni buon conto, la conoscenza esatta da parte di Estra ed Estra Reti della lettera della bozza di Regolamento sui criteri di gara non è neppure l'aspetto più rilevante. Lo schema di Regolamento, per quanto non ancora in vigore, rappresenta infatti lo *standard* minimo delle informazioni da mettere a disposizione da parte del gestore uscente all'ente locale concedente per la realizzazione di una gara efficace, individuato dal MSE ma condiviso dagli operatori del settore.

detenute anche dall'AEEG, la quale, tuttavia, non ritiene di poterne consentire l'accesso a terzi in quanto soggetta ad un vincolo di scopo nella raccolta ed utilizzo di tali informazioni¹⁷⁹.

209. Quanto alla rilevanza delle informazioni richieste dal Comune di Prato ai fini della realizzazione di una procedura di gara competitiva, dalle risultanze istruttorie è emerso che lo stato di consistenza dell'impianto contiene informazioni essenziali ai fini della quantificazione dell'indennizzo al gestore uscente, posto a carico del gestore subentrante.

210. Lo stato di consistenza è infatti un documento articolato in cui è fornita con un significativo dettaglio la composizione dell'impianto di distribuzione in termini di quantità di materiali, tipo di materiali ed anno di posa degli stessi¹⁸⁰ e la valutazione a stima industriale dell'impianto, in base alla quale è determinato il rimborso al gestore uscente, è ottenuta applicando i prezzi di mercato unitari ai quantitativi di ciascuno degli elementi di rete indicati nello stato di consistenza e degradando i valori così ottenuti sulla base degli anni di posa che, di nuovo, sono indicati nello stato di consistenza.

211. Lo stato di consistenza è inoltre un documento di fondamentale importanza per i partecipanti alla procedura di gara al fine della redazione dell'offerta ed, in particolare, per la predisposizione dell'offerta tecnica contenente gli interventi di estensione, potenziamento e gli interventi per il miglioramento della qualità e della sicurezza dell'impianto. Ciò si evince chiaramente dai commi 2 e 3 dell'art. 15 (Piano di sviluppo degli impianti) dello schema di Regolamento sui criteri di gara, laddove è indicato che il piano di sviluppo che i partecipanti devono presentare in sede di gara è redatto a partire dallo stato di consistenza di ogni impianto.

212. Si evidenzia inoltre che anche la vigente disciplina riconosce la particolare rilevanza di tale documento, prevedendo espressamente, all'art. 10 del D.P.R.

¹⁷⁹ La stessa Estra Reti ha evidenziato chiaramente tale circostanza in una e-mail del 30 aprile 2010, relativamente alla risposta da dare al Comune di Prato alla prima richiesta di trasmissione dei dati: *“C'è da aspettarsi quindi una risposta rapidissima e ultradettagliata da parte del Comune di Prato con puntualizzato un elenco preciso di ogni documentazione richiesta a cui poi non potremo che rispondere in quanto **chiederanno tutti dati che sicuramente abbiamo solo noi in quanto previsti dall'AEEG**”* (enfasi aggiunta). Cfr. doc. 48 e 112.

¹⁸⁰ Nello stato di consistenza sono in particolare fornite informazioni dettagliate con riguardo all'anno di costruzione ed alle caratteristiche tecniche degli impianti di prelievo, riduzione e misura; delle condotte di rete (es. in acciaio rivestito piuttosto che in polietilene, con indicazione del diametro delle condotte), ai gruppi di riduzione finale ed ai gruppi di riduzione industriale, ai contatori installati (es. a membrana, a pistoncini rotanti, a turbina, con indicazione della classe dei contatori), all'impianto di protezione catodica, nonché ai fabbricati al servizio della rete di distribuzione.

n. 902/86, un obbligo in capo al concessionario alla redazione e trasmissione dello stato di consistenza all'ente locale concedente, entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta. Con riguardo a quanto osservato da Estra circa il fatto che ai sensi del medesimo articolo il Comune di Prato avrebbe comunque potuto redigere "autoritativamente" lo stato di consistenza¹⁸¹ si rileva, da un lato, che tale possibilità non incide sulla esistenza di un obbligo alla sua redazione e trasmissione in capo al gestore uscente, ed in secondo luogo che tale previsione costituisce in tutta evidenza una soluzione di ultima istanza. Infatti, la norma richiamata (all'art. 10 del D.P.R. n. 902/86), che non si inseriva, anche temporalmente, in un contesto di liberalizzazione del servizio di distribuzione, ma attiene alla facoltà di riscatto da parte degli enti locali dei servizi affidati in concessione, prevede la possibilità per l'ente locale di attivare una procedura forzosa, con il ricorso al prefetto e l'accesso coattivo ai locali del concessionario, proprio in caso di rifiuto alla trasmissione del documento da parte del gestore uscente. Tenuto conto della complessità del documento in questione e della natura delle informazioni in esso contenuto (si consideri ad esempio il dato relativo agli anni di posa delle diverse tipologie di condotte), è peraltro evidente come, a fronte di comportamento ostativo da parte del gestore uscente, la redazione in maniera coattiva di tale documento possa dimostrarsi, di fatto, estremamente difficoltosa.

La stessa Estra Reti ha, peraltro, rilevato, a sua difesa, che lo stato di consistenza e la relativa valutazione di parte della rete sono documenti di grande complessità e che la loro redazione da parte della società di consulenza - con la piena collaborazione di Estra Reti ed Estra - ha richiesto quattro mesi (6 volumi per oltre 1.000 pagine di elaborato finale)¹⁸².

213. Complementare allo stato di consistenza è poi la planimetria della rete, che consente di localizzare sul territorio del comune gli elementi di rete contenuti nello stato di consistenza. Anche lo schema di Regolamento sui criteri di gara riconosce la complementarità della planimetria rispetto allo stato di consistenza dell'impianto, tanto che, all'art. 1, comma 12 definisce lo stato di consistenza come "*l'insieme di documenti comprendente la cartografia*".

214. Lo stato di consistenza e la planimetria della rete costituiscono, quindi, delle informazioni di estrema rilevanza sia per poter realizzare la valutazione a

¹⁸¹ Cfr. doc. 270.

¹⁸² Cfr. doc. 270.

stima industriale dell'impianto di distribuzione sia per poter correttamente stimare gli investimenti da realizzarsi sulla rete e, conseguentemente, la redditività della gestione oggetto della procedura di gara.

215. Le schede tariffarie sono invece costituite principalmente da tabelle compilate dai concessionari del servizio di distribuzione sulla base di un modello definito dal regolatore di settore. Tali tabelle contengono i dati di contabilità regolatoria specifici ad una determinata "località" e relativi, in particolare, ai costi storici di investimento nell'impianto di distribuzione ed ai contributi pubblici e privati comunicati a fini regolatori¹⁸³, nonché ai dati fisici relativi all'impianto ed ai volumi di gas distribuiti¹⁸⁴.

216. Al riguardo, l'AEEG ha affermato che, nel caso di Prato, la "località" tariffaria coincide con il Comune e che, di conseguenza, i modelli località per gli anni 2009 e 2010 trasmessi ai fini tariffari¹⁸⁵ da Estra Reti sono stati forniti separatamente per il Comune di Prato. Pertanto, anche i dati relativi tra l'altro ai "risultati fisici" (PDR, lunghezza di rete, gas distribuito) ed ai "costi storici", per singola località, sono disaggregati per il Comune di Prato¹⁸⁶.

217. Solo una conoscenza di tali dati tariffari consente ai concorrenti di stimare correttamente, al pari di Estra Reti, i ricavi attesi dalla gestione del servizio ai fini della formulazione dell'offerta in sede di gara¹⁸⁷.

218. Sul punto Estra Reti ha osservato che i dati contenuti nelle schede tariffarie trasmesse dalla società all'AEEG "*non corrispondono alla situazione fisica della rete, ma sono puramente teorici, in quanto sono attribuiti ad ogni comune*

¹⁸³ Sia i dati di costo storico che i dati relativi ai contributi percepiti sono distinti per anno e per le categorie di cespiti: terreni, fabbricati industriali, condotte stradali, allacciamenti, impianti principali e secondari, attività di misura (punti di riconsegna e impianti REMI). La documentazione tariffaria include inoltre i dati ante e post gradualità contenenti i valori CINdis e CINmis, riguardanti il capitale investito netto dell'attività di regolazione e di misura. Cfr. doc. 136 e 191.

¹⁸⁴ Tali dati riguardano il n. di PDR (punti di riconsegna del gas ai clienti finali), distinti per classi dei gruppi di misura, per fascia di consumo e sulla base della presenza o meno di un correttore dei volumi; volumi di gas distribuito ai PDR, distinto per classi di consumo e per pressione della rete (bassa, media e alta); lunghezza della rete rispettivamente in bassa, media ed alta pressione. Cfr. doc. 136 e 191.

¹⁸⁵ La tariffa di distribuzione di riferimento riconosciuta a ciascuna impresa è, in estrema sintesi, composta principalmente da una componente che remunera il capitale investito, determinata sulla base degli specifici costi storici di investimento sostenuti da ciascuna impresa in quella specifica località, e da una componente a copertura dei costi operativi sostenuti dall'impresa, determinata in modo parametrico.

¹⁸⁶ Cfr. doc. 183.

¹⁸⁷ Le informazioni contenute nelle schede tariffarie, come anche sottolineato dall'AEEG "*costituiscono elemento fondamentale per la fissazione della tariffa di riferimento per la località in questione*¹⁸⁷". Infatti, "*Ai fini della stima dei ricavi tariffari attesi da inserire nei business plan del futuro gestore tali informazioni costituiscono un'importante integrazione dei dati relativi alle tariffe di riferimento approvate e pubblicate dall'Autorità [VRT], in quanto permettono di meglio stimare l'evoluzione futura in relazione alle dinamiche di ammortamento e alla vita utile dei cespiti*". Cfr. doc. 136

secondo la quota di partecipazione indiretta nella società. Per tale ragione i dati tariffari trasmessi all'AEEG sono poco indicativi, trattandosi di una mera imputazione teorica"¹⁸⁸. Tale circostanza, tuttavia, riguarda gli obblighi informativi del gestore ai sensi della regolazione vigente la quale, come evidenziato dall'AEEG, richiede anche la dichiarazione di completezza e veridicità delle informazioni e dei dati trasmessi per la determinazione della tariffa di riferimento. In ogni caso i dati contenuti delle schede tariffarie del Comune di Prato, seppur teorici, sono quelli sulla base dei quali è allo stato calcolata la tariffa di riferimento e quindi rilevanti anche ai fini della stima dei ricavi attesi.

219. Per quanto concerne l'importanza delle schede tariffarie ai fini della individuazione del valore dell'indennizzo al gestore uscente, l'attività istruttoria ha evidenziato - anche alla luce del qualificato parere dell'AEEG - che le stesse rilevano ai fini della verifica della corretta quantificazione di tale valore, che, ove sopravvalutato, determinerebbe la creazione di una barriera all'entrata in fase di gara per i soggetti diversi dall'*incumbent*.

220. Giova al riguardo osservare che il gestore uscente ha un incentivo a pervenire ad una valutazione il più alta possibile del valore della rete, in quanto, se risulta nuovamente aggiudicatario, lo stesso si risolve in una mera partita di giro per l'*incumbent*, se invece subentra un altro soggetto, questo dovrà comunque riconoscergli un importo più che proporzionato al valore della rete.

221. Per tutti gli altri partecipanti alla gara, il valore dell'indennizzo rappresenta non solo un esborso monetario significativo ma addirittura un costo irre recuperabile proprio in ragione della differenza tra lo stesso e il costo storico riconosciuto nelle schede tariffarie di località. Infatti, ai sensi dell'art. 14, comma 8, del Decreto Legislativo n. 164/00, a regime, (cioè alla scadenza delle concessioni per la prima volta aggiudicate tramite gara) l'indennizzo al gestore uscente sarà determinato non più in applicazione del criterio del valore industriale (degradato), ma sulla base dei dati di costo storico (rivalutato) contenuti nelle schede tariffarie. Ne deriva che eventuali difformità tra il valore industriale (degradato) riconosciuto oggi al gestore uscente ed il costo storico (rivalutato) che sarà riconosciuto al gestore subentrante allo scadere della concessione, determinano un costo irre recuperabile per quest'ultimo (se diverso dall'*incumbent*).

¹⁸⁸ Cfr. doc. 173.

222. Inoltre, la disciplina vigente al momento dei fatti ed applicabile alla gara del Comune di Prato non riconosceva tale differenza come un “investimento”, non consentendo quindi l'imputazione a fini tariffari dei relativi costi di ammortamento né il rendimento sul capitale investito. Infatti, era stabilito che il gestore subentrante avrebbe percepito una tariffa di distribuzione (ed in particolare un rendimento riconosciuto sul capitale investito) calcolata sulla base della c.d. *Regulatory Asset Base* contenuta nelle schede tariffarie, la quale non subisce alcuna modifica in ragione dell'effettivo esborso sostenuto per il subentro nella gestione dell'impianto di distribuzione¹⁸⁹.

223. Lo stesso schema di Regolamento del MSE sui criteri di gara considera l'indennizzo al gestore uscente uno dei più importanti parametri da introdurre nel bando di gara ai fini della concorrenza, in quanto incide notevolmente sul piano industriale e sull'equilibrio economico e finanziario delle imprese e quindi sulle offerte da parte delle nuove imprese rispetto ai concessionari uscenti¹⁹⁰.

224. L'autorità di regolazione ha poi specificato che, anche nel caso in cui per la valutazione del rimborso al gestore uscente si debba ricorrere ai criteri di stima del valore industriale previsti dal R.D. n. 2578/25 e, quindi gli elementi contenuti nelle schede tariffarie “*a stretto rigore*” non siano necessari ai fini della determinazione di tale valore, tuttavia, tali elementi possono essere considerati utili “*in un'ottica comparativa*” affinché l'ente locale “*possa verificare la congruità, o non manifesta irragionevolezza del valore di rimborso eventualmente proposto dal gestore uscente*”.

225. Pertanto, sia il MSE che l'AEEG ritengono che i dati contenuti nelle schede tariffarie costituiscano un importante parametro per valutare la congruità dell'indennizzo al gestore uscente e rappresentino un elemento rilevante ai fini della realizzazione di una gara competitiva per la distribuzione del gas. Nel caso di specie, peraltro, tra la valutazione dell'impianto realizzata dal Comune di Prato e la valutazione di parte di Estra ed Estra Reti trasmessa il 24 novembre 2011 (entrambe a stima industriale) vi è una differenza assolutamente

¹⁸⁹ Il recente Decreto Legislativo n. 93/2011, all'art. 24 comma 3, ha modificato tale aspetto, limitatamente al primo periodo di esercizio delle concessioni assegnate per ambiti territoriali minimi (e non quindi per singoli comuni quale quella in esame), disponendo che l'AEEG riconosca in tariffa al gestore entrante l'ammortamento della differenza tra il valore di rimborso calcolato secondo il metodo previsto in occasione delle prime gare e il valore di costo storico, al netto dei contributi pubblici e privati, rivalutato secondo i criteri stabiliti dalla disciplina tariffaria e con l'utilizzo dei dati contenuti nelle schede tariffarie.

¹⁹⁰ Cfr. 7° Ritenuto dello schema di Regolamento sui criteri di gara.

significativa, tale per cui la valutazione delle società è pari a più del *[omissis]* della valutazione dell'ente locale.

226. Quanto, infine, alle informazioni relative al personale impiegato per il servizio di distribuzione del gas nel Comune di Prato, l'attività istruttoria ha evidenziato che tali dati sono particolarmente rilevanti nei casi, quale quello di specie, in cui in cui il gestore subentrante è tenuto ad assumere l'onere relativo a tale personale (quantificato dalla stessa Estra Reti in circa *[omissis]* milioni di euro/anno)¹⁹¹. Le informazioni in questione devono conseguentemente essere rese disponibili ai partecipanti alla procedura di gara affinché ne possano tenere conto nella valutazione della economicità della procedura di gara ed in sede di formulazione dell'offerta.

227. Non risulta inoltre condivisibile quanto affermato da Estra Reti circa il fatto che le informazioni aggregate relative ai dipendenti della società, trasmesse all'ente locale il 1° luglio 2010, erano sufficienti per individuare il personale afferente la prestazione del servizio di distribuzione nel solo territorio del Comune di Prato¹⁹², in ragione del fatto che il Decreto del Ministero dello sviluppo Economico del 21 aprile 2011 prevedrebbe dei meccanismi automatici per l'individuazione del personale oggetto di trasferimento.

228. L'attività istruttoria ha infatti evidenziato che il citato decreto, in materia di salvaguardia occupazionale non prevede criteri automatici per l'individuazione del personale oggetto di trasferimento. L'art. 2, comma 3, del decreto prevede, in particolare, l'obbligo di assunzione da parte del gestore subentrante del personale dei gestori uscenti i) addetto alla gestione dell'impianto di distribuzione oggetto di gara (senza individuare alcun meccanismo automatico per la sua individuazione), nonché ii) di una quota parte del personale che svolge funzioni centrali pari alla percentuale dei PDR gestiti dal gestore uscente nell'impianto oggetto di gara rispetto al totale dei PDR gestiti dallo stesso gestore a livello nazionale. In decreto prevede inoltre, al successivo comma 4 dell'art. 2, un valore soglia rispetto al numero massimo di addetti oggetto di trasferimento (pari a 1.500 PDR per addetto) al fine di evitare comportamenti opportunistici da parte del gestore uscente.

Ne deriva che l'individuazione del personale addetto alla gestione dell'impianto di distribuzione oggetto di gara è espressamente demandata al gestore uscente,

¹⁹¹ Cfr. doc. 246

¹⁹² Cfr. doc. 260.

il quale può ben individuare un numero inferiore di addetti rispetto a quello che, a complemento della quota parte di personale addetto alle funzioni centralizzati, porterebbe al raggiungimento del valore soglia.

Parimenti spetta al gestore uscente (e non certo all'ente locale) l'individuazione degli specifici addetti oggetto di trasferimento e da cui deriva la quantificazione dei costi del personale che il gestore subentrante è obbligato ad assumere.

229. Quanto poi al fatto che il Comune di Prato, anche in assenza di tutte le informazioni richieste, abbia pubblicato il bando di gara, si sottolinea che, per un verso, tale circostanza di per sé non dimostra affatto la non necessarietà delle stesse, per l'altro, essa rende ancora più gravi, sotto il profilo del potenziale anticoncorrenziale, il comportamento di Estra Reti ed Estra.

230. È infatti evidente che un bando di gara può sempre essere pubblicato, anche in assenza di informazioni basilari quali persino lo stato di consistenza, la planimetria della rete e la valutazione definitiva della rete, al prezzo tuttavia di avere una gara non effettivamente competitiva, con un forte squilibrio a favore del gestore uscente. La questione in oggetto, pertanto, non verte sulla possibilità di pubblicare “un qualsiasi” bando di gara, bensì sulla rilevanza delle informazioni al fine di pervenire ad una procedura di gara competitiva e non falsata dalla asimmetria informativa in favore del gestore uscente e tale da costituire una barriera all'ingresso per i concorrenti.

231. Entrambe le società, peraltro, hanno dichiarato in sede di audizione che il bando di gara originariamente pubblicato dal Comune di Prato era “incompleto” e “malfatto”¹⁹³, riconoscendo, di fatto, che in assenza delle necessarie informazioni la procedura di gara per il riaffidamento del servizio sarebbe stata falsata e non competitiva.

232. Inoltre, come anche osservato da Estra ed Estra Reti¹⁹⁴, il Comune ha indetto la gara con i tempi dettati dalla imminente emanazione del Decreto ambiti e dal conseguente blocco delle gare su base comunale che avrebbe impedito all'ente locale di realizzare una gara autonoma, più conveniente per il Comune rispetto alle gare di ATEM.

In ogni caso, il Comune di Prato ha più volte ribadito (in ultimo il 4 novembre 2011¹⁹⁵) che, pur avendo bandito la gara in assenza di tutte le informazioni dallo

¹⁹³ Cfr. doc. 169 e 173.

¹⁹⁴ Estra ed Estra Reti hanno infatti sostenuto la gara del Comune di Prato è stata indetta dall'ente locale al solo fine di sottrarsi alle gare per ambiti territoriali minimi (di seguito, ATEM). Cfr. doc. 173, 260, 261 e 270.

¹⁹⁵ Cfr. doc. 207.

stesso richieste, la disponibilità delle stesse era essenziale al fine di evitare che la gara si svolgesse in modo falsato, attribuendo un vantaggio informativo al gestore uscente.

Nelle lettere di invito¹⁹⁶, il Comune di Prato ha infatti espressamente previsto che “*la piena disponibilità della documentazione [... tra cui le tariffe di servizio, lo stato di consistenza, la relazione tecnica delle reti e impianti al 31 dicembre 2010 e la planimetria delle reti e impianti] è, allo stato ed alla data della presente lettera d’invito, sospesa, essendo in attesa della trasmissione dei dati necessari da parte dell’attuale gestore del servizio [...]*”¹⁹⁷; nella lettera di invito il Comune di Prato ha altresì precisato che la valutazione dell’impianto ivi indicata, e realizzata in autonomia dall’ente locale, avrebbe potuto essere soggetta a variazioni a seguito del ricevimento della documentazione rilevante da parte del gestore uscente.

c) L’assenza di giustificazioni oggettive

233. Dalle risultanze istruttorie è emersa l’insussistenza di giustificazioni oggettive al rifiuto da parte di Estra Reti a fornire le informazioni richieste dal Comune di Prato per realizzare la gara per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas.

234. Le due società hanno sostenuto che l’impianto è unico per il Comune di Prato e per 13 comuni limitrofi e che tale circostanza impedirebbe la trasmissione di dati disaggregati per singolo comune, la gestione separata di parte dell’impianto, e, quindi, l’indizione di una gara autonoma. Inoltre, le società hanno sostenuto l’impossibilità di trasmettere al Comune di Prato i dati aggregati in ragione del carattere riservato degli stessi.

Sulla presunta non disaggregabilità dei dati relativi all’impianto unico

235. Le risultanze istruttorie hanno accertato che molte delle informazioni richieste dall’ente locale erano già disaggregate e, quindi, immediatamente trasmissibili, altre trasmissibili in tempi comunque contenuti, a seguito di una

¹⁹⁶ Cfr. doc. 195 (all. 34 e 35).

¹⁹⁷ L’art. 70 comma 4 del Decreto Legislativo n. 163 del 2006 prevede che “*Nelle procedure ristrette, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a quaranta giorni dalla data di invio dell’invito a presentare le offerte*”.

attività di elaborazione volta a scorporare le informazioni relative al solo territorio del Comune di Prato dal complesso delle informazioni. Solo i dati relativi ai volumi di gas immessi nell'impianto ed all'odorizzazione non erano disponibili nella forma richiesta dal Comune di Prato, in quanto non disaggregabili per il solo territorio di Prato e, quindi non trasmissibili nella forma richiesta dall'ente locale.

236. Le risultanze istruttorie (cfr. §§98-105) hanno al riguardo dimostrato che le società, pur rifiutandone la trasmissione, si erano comunque attivate al loro interno per raccogliere le informazioni richieste dal Comune di Prato il 10 maggio 2010¹⁹⁸. Solo per i dati relativi ai volumi di gas immesso ed all'odorizzazione si poneva un problema di disaggregabilità¹⁹⁹.

237. La possibilità per Estra Reti di trasmettere al Comune di Prato la gran parte delle informazioni dallo stesso richieste, eventualmente scorporandole da quelle riferite agli altri Comuni, è stata poi confermata dalla circostanza che la società - a seguito della sentenza del Consiglio di Stato n. 3190/2011 - ha fornito all'ente locale, in parte il 23 e 27 giugno 2011 ed in parte il 24 novembre 2011, tutte le informazioni richieste e necessarie alla realizzazione della procedura di gara.

238. Dalle risultanze istruttorie è quindi emerso che il rifiuto di trasmettere le informazioni non era affatto motivato dalla sussistenza di effettivi ostacoli di natura tecnica in ordine al reperimento dei dati e, in particolare, dalla non disaggregabilità dei dati richiesti dal Comune di Prato, con la sola eccezione di quelli relativi al gas immesso ed all'odorizzazione.

Sulla presunta impossibilità di gestire separatamente una parte dell'impianto di distribuzione

239. Per quanto concerne poi il fatto che l'unicità dell'impianto impedirebbe, di fatto, l'indizione di una gara autonoma per una sola porzione di esso e la conseguente gestione di questa da parte di un concessionario diverso da Estra Reti, tale circostanza è stata decisamente smentita dall'AEEG²⁰⁰. Il regolatore ha al riguardo specificato che la regolamentazione vigente rende possibile la

¹⁹⁸ Cfr. doc. 79, 40, 45, 60, 61, 77 78, 79

¹⁹⁹ Cfr. doc. 60 e 77. Tale circostanza è stata confermata anche da Estra in sede di audizione, laddove la società ha affermato l'impossibilità di disaggregare i dati solo in relazione al gas immesso e all'odorizzazione (cfr. doc. 169).

²⁰⁰ Cfr. doc. 183.

gestione di un unico impianto da parte di più imprese di distribuzione.

240. In tali casi, al fine di garantire la sicurezza, l'AEEG ritiene necessaria, prima di una separazione gestionale di una rete distributiva appartenente ad uno stesso impianto interconnesso, la definizione di accordi *ad hoc* tra le società che gestiscono le porzioni di impianto, almeno in merito agli aspetti relativi alla odorizzazione del gas distribuito, alla regolazione della pressione di distribuzione e alla protezione catodica²⁰¹.

241. Per quanto concerne gli aspetti tariffari, l'AEEG ha affermato che il fatto che più imprese gestiscano un unico impianto non ha ripercussioni di rilievo sulle tariffe richieste ai consumatori. In particolare, da un lato le componenti di costo alla base della tariffa di riferimento riconosciuta al distributore sono influenzate solo in misura minima da una gestione separata, e tale minima influenza può comunque esercitarsi sia positivamente che negativamente sul livello della tariffa; dall'altro, che la tariffa di distribuzione applicata al cliente finale è calcolata per ambiti territoriali di grandi dimensioni sulla base di una media dei costi dei diversi distributori. Ne deriva che a livello di tariffa di distribuzione applicata al cliente finale, il fatto che l'impianto sia gestito da una o più imprese tende a risultare assolutamente indifferente.

242. L'Autorità di regolazione ha altresì fatto presente che risultano essere in esercizio impianti di distribuzione unici, le cui porzioni sono gestite da più soggetti, così come casi in cui un impianto unico, originariamente gestito da un'unica impresa, sia stato successivamente diviso in porzioni nelle quali il servizio è esercitato da più soggetti.

243. Con la determinazione dirigenziale n. 3135 del 5 dicembre 2011, di conferimento di un incarico per *“attestare la sussistenza di condizioni tecnico-economiche per la gestione di sistemi distributivi del gas interconnessi affidati a distributori diversi, con predisposizione di una bozza di Accordo di interconnessione”*, il Comune di Prato, contrariamente a quanto affermato dalle Parti, non ha fatto altro che tenere conto del parere espresso dall'AEEG, avendo infine a disposizione le informazioni a ciò necessarie.

244. Peraltro, dalle risultanze istruttorie è emerso che le società erano consapevoli della possibilità di far gestire l'impianto interconnesso da diversi

²⁰¹ Anche la giurisprudenza si è espressa conformemente: il TAR Umbria ha recentemente osservato che *“secondo la giurisprudenza prevalente, essendo tecnicamente possibile la gestione separata di impianti interconnessi [...] il dato fattuale dell'interconnessione non può impedire o ritardare la messa a gara della concessione del singolo impianto [...]”* (Cfr. Sentenza del Tar Umbria n. 1/2011).

distributori. Infatti, il consulente tecnico interpellato dalle società aveva reso noto a queste che la regolazione vigente non vietava la gestione da parte di più imprese di un impianto unico e riteneva debole una diversa impostazione²⁰².

245. A ciò si aggiunga che la stessa Convenzione del 29 aprile 1995 stipulata tra il Comune di Prato e altri 14 comuni limitrofi per la gestione associata di alcuni servizi pubblici locali, tra cui anche quello di distribuzione del gas, all'art. 19 prevede espressamente la possibilità, in caso di recesso di uno dei consorziati, di scorporare la gestione di parte dell'impianto grazie ad appositi atti convenzionali²⁰³.

246. Infine, si evidenzia che dalla documentazione acquisita sono emerse le difficoltà della società nell'argomentare solidamente la sostanziale impossibilità di realizzare una gestione separata per una parte dell'impianto che era quindi ben lungi dal rappresentare un incontrovertibile ed assodato elemento fattuale. Al riguardo, alcune *e-mail* acquisite in ispezione hanno evidenziato gli sforzi profusi dalle società per supportare tecnicamente la tesi della inefficienza e complessità di una gestione separata di parte dell'impianto²⁰⁴.

247. I tentativi delle società di supportare una tesi intrinsecamente debole si sono spinti fino al punto di cercare di utilizzare delle eventuali dichiarazioni dei funzionari del regolatore di settore in occasione della attività di ispezione dell'impianto di distribuzione²⁰⁵. Dichiarazioni che poi non sono mai state rilasciate dall'AEEG.

248. Quanto fin qui esposto dimostra come l'unicità dell'impianto non fosse di ostacolo alla gestione separata di una porzione di esso e non impedisse l'indizione di una gara autonoma da parte del Comune di Prato e smentisce tutte le argomentazioni delle società addotte in proposito.

249. Inoltre, al momento in cui Estra ed Estra Reti hanno posto in essere il comportamento contestato, le gare d'ambito rappresentavano un evento futuro e incerto con riguardo ai tempi di effettiva realizzazione; al momento in cui

²⁰² Cfr. doc. 54, 56 e 66. Lo stesso consulente tecnico interpellato dalle società suggeriva a queste di non fare appello ad un presunto divieto di gestione separata contenuto nella regolamentazione vigente, quanto piuttosto di basare le proprie argomentazioni sui "vantaggi" di una gestione unitaria e sui costi di una gestione separata (cfr. doc. 52). Cfr. anche il doc. 62 di Estra Reti del 18 maggio 2010 intitolato "*Risposta ai quesiti posti in sede di ultima riunione di coordinamento*" da cui anche emerge che la società era consapevole della possibilità per i due gestori di coordinarsi ovvero di separare fisicamente la porzione di impianto da mettere a gara, tanto che si discute dei "lavori" necessari per scorporare la rete di Prato.

²⁰³ Cfr. doc. 117.

²⁰⁴ Cfr. doc. 53. e doc. n. 76.

²⁰⁵ Cfr. doc. 38 e 57.

questo provvedimento è redatto non è, peraltro, stata ancora completata la disciplina per l'avvio delle gare d'ambito in quanto non è ancora stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il Regolamento sui criteri di gara.

Il dato certo è che le società hanno ritardato e impedito che si svolgesse l'unica gara a quel momento possibile, la cui realizzazione avrebbe potuto consentire il riaffidamento del servizio tramite una procedura competitiva all'operatore più efficiente, con un evidente vantaggio rispetto allo status quo, caratterizzato dallo svolgimento da oltre trentacinque anni di un servizio affidato a trattativa privata.

250. Del pari, la circostanza che l'Autorità, nei propri pareri agli enti locali, si sia sempre espressa con favore in merito "*all'introduzione di una normativa*" che consente "*di affidare il servizio di distribuzione del gas sulla base di ambiti territoriali più ampi, che dovrebbero consentire una maggiore efficienza delle gestioni rispetto a quelle svolte fino ad oggi*"²⁰⁶ non incide sulla valutazione della natura abusiva dei comportamenti di posti in essere da Estra Reti prima della definizione ed entrata in vigore della disciplina per la realizzazione delle gare sulla base degli ATEM. Inoltre, l'Autorità, sia nei pareri richiamati dalle società che in precedenti pareri, già noti ad Estra Reti al tempo dei comportamenti in esame²⁰⁷, ha sostenuto il diritto dell'ente locale di decidere in autonomia se indire o meno la gara su base comunale, "*a prescindere da qualsiasi sollecito del gestore ad agire in un senso piuttosto che in un altro*" e la facoltatività per i Comuni di indire la gara prima della definizione degli ATEM.

Sulla presunta natura riservata dei dati relativi all'impianto unico

251. Le società hanno poi sostenuto che l'unicità dell'impianto impedisse la trasmissione delle informazioni sulla base della presunta natura riservata dei dati, che riguarderebbero non solo il Comune di Prato, ma anche i tredici comuni limitrofi. In particolare, nella lettera del 9 giugno 2010 inviata al comune di Prato, Estra Reti ha sostenuto che, essendo l'impianto unico²⁰⁸:

- la diffusione dei dati in tempi antecedenti alla gara d'ambito avrebbe

²⁰⁶ Cfr. il parere AS 845 - *COMUNE DI MONTEU DA PO (TO) - SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NATURALE*.

²⁰⁷ Estra Reti aveva in particolare fatto circolare al proprio interno un "*parere interessante AGCM*", riferito al parere AS 674 – Comune di Grottammare (AP) – distribuzione del gas naturale . Cfr. doc. 51.

²⁰⁸ Cfr. doc. 1.

pregiudicato *“il corretto svolgimento della futura gara d’ambito relativa ai comuni limitrofi”* e, in particolare, *“l’interesse della società stessa a partecipare alla futura gara, in quanto sarebbero previamente svelati alcuni dati riservati”*;

- i medesimi comuni limitrofi avrebbero avanzato esigenze di riservatezza, chiedendo a Consiag di non divulgare le informazioni richieste.

252. Va preliminarmente osservato che il Comune di Prato ha richiesto le informazioni riguardanti esclusivamente il proprio territorio comunale e che, da quanto prima esposto, la problematica dell’aggregazione dei dati ha riguardato solo una minima parte di essi e, in particolare, i dati relativi ai volumi di gas immessi.

Quanto poi all’argomento relativo alla influenza della diffusione delle informazioni sulla futura gara d’ambito, si deve rilevare come, anche laddove fossero state rese disponibili agli altri partecipanti alla procedura di gara informazioni aggregate, relative all’intero impianto (circostanza non realizzatasi), questo avrebbe comportato meramente la messa a disposizione di un medesimo set informativo a Estra Reti e agli eventuali altri partecipanti delle future gare d’ambito, annullando semmai proprio il vantaggio informativo del quale, in caso contrario, avrebbe goduto il gestore *incumbent*.

253. Al riguardo, peraltro, non si può non sottolineare quanto osservato dal Consiglio di Stato seppure in un ambito diverso, ovvero in materia di accesso agli atti: *“non può opporsi, infine che l’accesso lederebbe l’interesse della Estra Reti Gas a partecipare ad una prossima gara. Semmai, si deve notare che l’accoglimento dell’accesso è una premessa indispensabile affinché la gara già decisa dal Comune richiedente possa effettivamente svolgersi, e ciò senza monopoli informativi o altre posizioni precostituite di vantaggio. Ed è fin troppo ovvio che la richiesta di accesso dello stesso Comune non possa fungere da opportunità suscettibile di essere “adoperata” dalla stessa società in funzione della propria contrarietà alla medesima procedura”*. Inoltre, [...] *“l’obiezione della necessità di tutelare la riservatezza [...del gestore uscente] non ha trovato, del resto, alcuna dimostrazione fondata su interessi meritevoli di tutela per ragioni riconducibili alle forme di riservatezza tipizzate. Non può, infatti, venire tutelato con il diniego di accesso, quale forma abnorme di riservatezza, il suo interesse a preservare indefinitamente quella posizione di vantaggio rispetto alle future gare che già in parte gli viene, di fatto,*

dall'essere l'affidatario storico del servizio»²⁰⁹.

254. E' importante anche ricordare, che le informazioni relative all'impianto di Prato sono state acquisite da Estra Reti, e sono nella sua disponibilità, in forza della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas in condizione di monopolio legale (ottenuto per affidamento diretto e non per proprio merito su un mercato concorrenziale) e che tali informazioni non consentono di conoscere alcun dato relativo all'attività di Estra Reti al di fuori delle località di Prato cui si riferiscono. Tali dati saranno utilizzabili solo dall'aggiudicatario della gara per lo svolgimento del servizio pubblico di distribuzione del gas nella specifico comune oggetto della gara e, trattandosi di una gestione in esclusiva, non certo per attività in concorrenza con altri operatori. Nel regime di concorrenza *per* il mercato della distribuzione del gas, la conoscibilità delle informazioni riferite all'infrastruttura la cui gestione è trasferita in seguito all'aggiudicazione della gara costituisce, per contro, un elemento proconcorrenziale, in quanto assicura parità di condizioni tra coloro che si contendono il mercato in monopolio e garantisce che il gestore *incumbent* non goda di ingiustificati vantaggi informativi.

255. Quanto poi alla circostanza sostenuta da Estra Reti che sarebbero stati i comuni limitrofi a chiedere alla società di non divulgare le informazioni richieste, stante la loro natura riservata, dalle risultanze istruttorie è emerso, contrariamente a quanto affermato dalla società, che le azioni di opposizione intraprese dai Comuni limitrofi sono state sollecitate e organizzate dalle stesse Estra ed Estra Reti²¹⁰. Risulta inoltre essere stata la stessa Estra a redigere le lettere che poi i comuni limitrofi hanno inviato ad Estra Reti opponendosi alla trasmissione di informazioni che li riguardavano²¹¹. Le lettere inviate dai Comuni sono risultate identiche a quelle preparate in bozza da Estra.

256. Appare quindi anche infondato quanto dichiarato dalla società circa il fatto che l'unicità dell'impianto impediva la trasmissione delle informazioni sulla base della presunta natura riservata dei dati, riguardanti non solo il Comune di Prato, ma anche i tredici comuni limitrofi e che questi Comuni avevano opposto

²⁰⁹ Cfr. la Sentenza del Consiglio di Stato n. 3190/2011, su ricorso del Comune di Prato nei confronti del gestore uscente Estra reti Gas S.r.l. e le società controllanti Estra S.p.A. e Consiag S.p.A., per la riforma della sentenza n. 6714/2010 con cui il TAR Toscana in ordine al diniego all'accesso alla documentazione per l'espletamento della gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas opposto all'ente locale dalle società.

²¹⁰ Cfr. in particolare il doc. 83.

²¹¹ Cfr. doc. 24, 34, 41, 42, 104 e 105. In una e-mail del 4 giugno 2010, inviata dall'ufficio legale di Estra ad Estra Reti, vengono trasmesse tra le altre le bozze di lettera da inviare al Comune di Prato da parte di Comuni per esprimere il diniego alla trasmissione dei dati sulla base di ragioni di riservatezza.

diniego. In realtà, le risultanze hanno accertato che l'opposizione dei Comuni limitrofi è stata sollecitata e organizzata dalla stessa Estra Reti per rafforzare il proprio diniego e che le asserite problematiche relative alla riservatezza avevano carattere del tutto strumentale.

La volontà di Estra ed Estra Reti di impedire la gara autonoma del Comune di Prato

257. Le risultanze istruttorie hanno evidenziato chiaramente che Estra ed Estra Reti hanno adottato una strategia volta ad impedire che il Comune di Prato potesse procedere autonomamente all'indizione di una gara prima dell'emanazione del decreto di definizione degli ambiti, in conseguenza del quale il Comune di Prato avrebbe dovuto partecipare necessariamente alla gara d'ambito con i comuni limitrofi. Ciò, dati i tempi lunghi ipotizzabili per lo svolgimento della gara d'ambito, avrebbe quantomeno consentito ad Estra Reti di mantenere ancora, per un periodo significativo, la gestione del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Prato. Dalle risultanze istruttorie è inoltre emerso che la società avrebbe subito gravi danni economici nell'ipotesi in cui la concessione relativa al territorio comunale di Prato fosse stata aggiudicata ad una diversa impresa di distribuzione²¹².

258. La ferma volontà delle società di non fornire i dati richiesti dal Comune di Prato è stata manifestata immediatamente, già in occasione della prima risposta alla richiesta di informazioni del Comune di Prato del 26 aprile 2010²¹³.

259. In particolare, Estra Reti, dopo aver contestato la stessa scelta del comune di indire la gara (in merito alla quale come detto ha anche fatto ricorso al TAR Toscana), ha poi pianificato una strategia volta a mettere in atto tutta una serie di iniziative ostative anche ad opera di soggetti terzi²¹⁴.

260. Quanto alla contestazione della legittimità di una gara autonoma indetta dal Comune di Prato, dalle risultanze istruttorie, si evince inoltre come le società fossero in realtà consapevoli che il Comune di Prato aveva la legittima facoltà di indire la gara²¹⁵.

261. A ciò si aggiunga che ad Estra Reti era anche nota la posizione espressa al

²¹² Cfr. doc. 12, 50.

²¹³ Cfr. doc. 39, 48, 76, 94 e 112.

²¹⁴ Cfr. doc. 20, 34, 84, 103.

²¹⁵ Cfr. doc. 59 e 88.

riguardo dall’Autorità, avendo la società fatto circolare al proprio interno un “*parere interessante AGCM*”, riferito al parere AS 674 – *Comune di Grottammare (AP) – distribuzione del gas naturale*, in cui si sosteneva la facoltatività per i Comuni di indire la gara prima della definizione degli ATEM²¹⁶.

262. In ogni caso, si rileva che una diversa interpretazione tra ente locale e gestore uscente in merito alla legittimità di indire una gara poteva semmai essere contestata in sede giurisdizionale, se del caso richiedendo anche la sospensione dei provvedimenti impugnati (come effettivamente è stato, sia in primo che in secondo grado di giudizio), ma non può certo giustificare il rifiuto alla trasmissione delle informazioni richieste dal Comune di Prato ai fini della realizzazione della procedura di gara per il riaffidamento del servizio alla scadenza della concessione.

263. Dall’attività istruttoria è pertanto emersa la volontà di Estra ed Estra Reti di impedire l’indizione di una gara autonoma da parte del Comune di Prato. In particolare, nelle intenzioni delle società tale obiettivo poteva essere perseguito ritardando la trasmissione delle informazioni fino alla emanazione del Decreto Ambiti che avrebbe ammesso solo la realizzazione di gare per ATEM. Nel complesso, le società non risultano aver mostrato un atteggiamento pienamente collaborativo nemmeno dopo l’avvio del procedimento da parte dell’Autorità e la più volte richiamata sentenza del Consiglio di Stato in materia di accesso agli atti. Si pensi, ad esempio, che le informazioni – ancorché aventi carattere preliminare - sullo stato di consistenza e sulla valorizzazione della rete fornite dalla società di consulenza già il 5 luglio 2011, non sono state condivise con l’ente concedente.

iii. L’IMPUTABILITÀ DELLE CONDOTTE A ESTRA

264. Le risultanze istruttorie hanno pienamente accertato il coinvolgimento di Estra nel rifiuto alla trasmissione dei documenti e più in generale nella strategia adottata concretamente da Estra Reti per impedire al Comune di Prato di indire una gara autonoma.

265. La circostanza che anche Estra abbia partecipato alla decisione di non trasmettere le informazioni al Comune di Prato è peraltro palesata dalle stesse

²¹⁶ Cfr. doc. 51.

società in documenti ufficiali²¹⁷.

266. Peraltro, tutta la strategia che ha portato al rifiuto di trasmettere le informazioni è stata sempre organizzata di concerto tra le due società, tanto che la gran parte delle *e-mail* riguardanti la questione è stata inviata e ricevuta da entrambe le società²¹⁸.

267. Da quanto esposto appare chiaro che la decisione di rifiutare la trasmissione delle informazioni al Comune di Prato è stata assunta anche da Estra, che ha definito con Estra Reti la strategia volta ad impedire all'ente locale di indire una gara autonoma, partecipando a tutte le fasi di preparazione e attuazione della stessa. Pertanto, il comportamento consistente nel rifiuto di trasmettere le informazioni al Comune di Prato è imputabile anche ad Estra.

iv. LA FATTISPECIE ESCLUDENTE

268. Alla luce di quanto precede è possibile concludere che il comportamento di Estra ed Estra Reti si configura come un abuso di posizione dominante di natura escludente, volto ad ostacolare la concorrenza *per* il mercato della distribuzione del gas, e consistente nel rifiuto e ritardo a fornire informazioni, acquisite in virtù di una posizione di monopolio originata da affidamenti diretti, che risultano necessarie al Comune di Prato per predisporre un bando di gara concorrenziale e ai concorrenti al fine di partecipare alla gara e di formulare offerte competitive.

269. Il comportamento di Estra ed Estra Reti è stato attuato prima rifiutando di fornire le informazioni e motivando tale rifiuto in modo pretestuoso, poi trasmettendo le informazioni con significativo ritardo e solo a seguito dell'ordinanza del Consiglio di Stato in materia di accesso agli atti.

270. Dalle risultanze istruttorie è emerso che il rifiuto di trasmettere le informazioni non era affatto motivato dalla sussistenza di giustificazioni oggettive ovvero di effettivi ostacoli di natura tecnica in ordine al reperimento dei dati e, in particolare, dalla non disaggregabilità dei dati richiesti dal Comune di Prato e necessari alla realizzazione della procedura di gara.

271. Quanto alla circostanza, sostenuta dalla società, che l'unicità dell'impianto fosse di ostacolo alla gestione separata di una porzione di esso e quindi

²¹⁷ Cfr. doc. 1e 41.

²¹⁸ Cfr. in particolare, doc. 58, 33, 34, 103, 39, 56, 54, 66 e 94.

impedisce l'indizione di una gara autonoma da parte del Comune di Prato, il regolatore di settore ha inoltre dichiarato che la normativa vigente contempla invece tale ipotesi, subordinandola solo alla previa stipula di accordi *ad hoc* relativi alla odorizzazione del gas distribuito, alla regolazione della pressione di distribuzione e alla protezione catodica.

272. È poi risultato infondato quanto dichiarato dalla società circa il fatto che la natura riservata dei dati riguardanti non solo il Comune di Prato, ma anche i tredici comuni limitrofi, ne avrebbe impedito la trasmissione e che questi Comuni avevano opposto diniego. In realtà da un lato la richiesta del Comune di Prato afferiva solo al proprio territorio e i dati richiesti erano in parte già disaggregati e in parte disaggregabili (ad esclusione dei volumi di gas immesso); dall'altro, le risultanze hanno accertato che l'opposizione dei Comuni limitrofi è stata organizzata dalla stessa Estra Reti per rafforzare il proprio diniego.

273. Quanto alla sostenuta assenza di colpevolezza del comportamento, ovvero assenza *tout court* del comportamento abusivo, in ragione della circostanza che la gara sarebbe stata contenziosa, e della presenza di un legittimo affidamento da parte di Estra ed Estra Reti derivante dalla sentenza del TAR Toscana del 2 dicembre 2010, si osserva che tale sentenza, che ha negato il diritto di accesso agli atti del Comune di Prato, non poteva e non può certo legittimare il comportamento di Estra ed Estra Reti sotto il profilo della diversa disciplina posta a tutela della concorrenza e degli obblighi che da questa derivano in capo ad un operatore in posizione dominante. Il fatto che un comportamento d'impresa (il rifiuto di fornire le informazioni al comune da parte di Estra Reti) sia stato positivamente valutato da un giudice sotto un profilo diverso dal diritto della concorrenza (la disciplina in materia di accesso agli atti) non può infatti in alcun modo garantire all'impresa che il medesimo comportamento non possa costituire una violazione della normativa a tutela della concorrenza.

274. Il TAR Toscana, con sentenza del 2 dicembre 2010 n. 6714/2010²¹⁹, ha infatti respinto il ricorso del Comune di Prato con limitato ed esclusivo riferimento alla specifica disciplina in materia di accesso agli atti, sostenendo che *“la richiesta di ostensione non attiene a documentazione specifica e la sua soddisfazione richiede un'attività di elaborazione da parte dell'intimata [...]; detta richiesta appare quindi contrastante con l'art. 2, comma 2 del d.p.r. 12*

²¹⁹ Cfr. doc. 120.

aprile 2006, n. 184”²²⁰. Da rilevare che tale sentenza attiene esclusivamente a profili in materia di accesso agli atti e non legittima pertanto in alcun modo il comportamento di Estra ed Estra Reti ai sensi ed agli effetti della disciplina posta a tutela della concorrenza.

275. Inoltre, un’impresa in posizione dominante, in un ambito caratterizzato dalla possibilità di confronto concorrenziale solo attraverso la concorrenza *per* il mercato, non può ritenersi legittimata, allo scadere del titolo che legittima la sua posizione, a realizzare comportamenti di ostacolo alla riaggiudicazione del titolo attraverso una procedura concorrenziale in ragione di proprie valutazioni discrezionali sull’operato della stazione appaltante. Per queste ultime, se del caso, l’*incumbent* potrà esperire la via giurisdizionale (come peraltro avvenuto nel caso di specie) che seguirà un percorso autonomo ed i cui esiti non possono certo essere anticipati dall’impresa dominante attraverso comportamenti dilatori che ostacolano la sottoposizione dei suoi privilegi di esclusiva al vaglio della concorrenza.

276. Pertanto, tenuto conto della incontestabile posizione dominante detenuta da Estra Reti sul mercato rilevante, in assenza di elementi oggettivi e fondati a giustificazione del rifiuto di fornire informazioni rilevanti ai fini della realizzazione della gara, lo stesso deve essere considerato sintomatico di una condotta illecita sotto il profilo *antitrust*.

277. Le risultanze istruttorie hanno, inoltre, dimostrato che molte delle informazioni richieste dal Comune di Prato erano essenziali affinché l’ente appaltante potesse realizzare una gara effettivamente competitiva e in cui tutti i concorrenti avessero accesso, a parità di condizioni rispetto all’*incumbent*, a tutte le informazioni tecnico, gestionali ed economiche relative all’impianto di distribuzione, ai fini di una corretta quantificazione degli oneri e dei ricavi attesi, derivanti dall’attività posta a base di gara.

278. La circostanza che il Comune di Prato, anche in assenza delle informazioni richieste, abbia pubblicato il bando di gara, non dimostra affatto la non necessità delle stesse né incide sul carattere escludente del comportamento. Da un lato, le evidenze agli atti indicano chiaramente come il Comune abbia pubblicato il bando solo per evitare di cadere nel divieto di bandire gara su base

²²⁰ Ai sensi di tale disposizione, “*Il diritto di accesso si esercita con riferimento ai documenti amministrativi materialmente esistenti al momento della richiesta e detenuti alla stessa data da una pubblica amministrazione, di cui all’articolo 22, comma 1, lettera e), della legge, nei confronti dell’autorità competente a formare l’atto conclusivo o a detenerlo stabilmente. La pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso*”.

comunale (come peraltro sostenuto anche da Estra ed Estra Reti), previsto dal Decreto Ambiti. Inoltre, è palese che un bando di gara gravemente lacunoso e incompleto (come ammesso dalle stesse società) determina la realizzazione di una procedura di gara non competitiva e in cui il gestore uscente gode di un vantaggio informativo assoluto e irreplicabile.

279. Al riguardo, si osserva che elemento indispensabile e imprescindibile affinché una gara possa dirsi competitiva è che esista una effettiva *par condicio* tra tutti i partecipanti nell'accesso alle medesime informazioni. La circostanza che soltanto un soggetto, ovvero il gestore uscente, abbia la piena disponibilità di un *set* informativo completo determina un indebito vantaggio competitivo dell'operatore *incumbent*. È evidente, infatti, che, in tali condizioni, il concessionario uscente è in grado di formulare offerte più competitive sfruttando l'asimmetria informativa dei propri concorrenti²²¹.

280. I comportamenti descritti assumono, quindi, un evidente connotato escludente, laddove l'*incumbent* rifiuta di rendere disponibili le informazioni necessarie all'ente locale per predisporre un bando di gara completo e ai propri concorrenti ai fini della predisposizione delle offerte, con ciò impedendo l'indizione della procedura di gara ovvero costringendo l'ente locale a realizzare una procedura di gara falsata in cui lo stesso *incumbent* gode di un indubbio vantaggio competitivo²²².

281. Il comportamento delle società è inoltre risultato volutamente dilatorio ed ostativo della procedura di gara, finalizzato principalmente ad evitare che il Comune di Prato espletasse una gara autonoma per la distribuzione del gas, in modo da poter così estendere il più possibile nel tempo la propria posizione di monopolio nell'attività di distribuzione del gas nel Comune di Prato. Tale

²²¹ A riguardo, non può sottacersi quanto evidenziato dal Consiglio di Stato, seppure in una materia diversa quale quella del diritto di accesso agli atti, ovvero che *“l'accoglimento dell'accesso è una premessa indispensabile affinché la gara già decisa dal Comune richiedente possa effettivamente svolgersi, e ciò senza monopoli informativi o altre posizioni precostituite di vantaggio. Ed è fin troppo ovvio che la richiesta di accesso dello stesso Comune non possa fungere da opportunità suscettibile di essere “adoperata” dalla stessa società in funzione della propria contrarietà alla medesima procedura”*.

E ancora, *“pare certo che l'opposto diniego di accesso abbia l'obiettivo effetto di preservare un monopolio informativo che è incompatibile con lo svolgimento di qualsiasi gara su un piano di parità tra i competitori, ed impedisca una procedura cui [...l'ente locale] si è orientato con una decisione che, se può ben essere contestata nella sua legittimità in sede giurisdizionale, non può però certo essere legittimamente paralizzata dal gestore uscente”*. Così la sentenza del Consiglio di Stato n. 03190/2011.

²²² Al riguardo, si ricorda che, per costante giurisprudenza comunitaria e nazionale, sulle imprese dominanti incombe la speciale responsabilità di rispettare gli obblighi di trasparenza, equità, non discriminazione, al fine di non compromettere con il proprio comportamento lo svolgimento di una concorrenza corretta. Cfr. Consiglio di Stato del 10 marzo 2006 n. 1271, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*.

obiettivo poteva essere perseguito ritardando la trasmissione delle informazioni fino alla emanazione del Decreto Ambiti che avrebbe ammesso solo la realizzazione di gare per ATEM e quindi comportato un ulteriore slittamento nei tempi di svolgimento della gara.

v. **GLI EFFETTI**

282. Con riguardo agli effetti e ai danni alla concorrenza causati dalle condotte di Estra ed Estra Reti, va preliminarmente osservato che nel caso di specie il danno concorrenziale è determinato dalla circostanza che il Comune di Prato, in ragione del rifiuto e del ritardo a fornire le informazioni, abbia dovuto posticipare l'indizione e la realizzazione della gare rispetto a proprio intendimento, volto a consentire il riaffidamento della concessione alla scadenza *ope legis* della stessa, ovvero a far data dal 1 gennaio 2011.

283. In particolare, il Comune di Prato ha pubblicato il bando di gara solo il 29 marzo 2011, a quasi un anno di distanza dalla originaria richiesta di trasmissione delle informazioni del 10 maggio 2010 ed i tempi della gara, in assenza delle informazioni necessarie si sono dilatati significativamente.

284. Il ritardo nella trasmissione delle informazioni da parte di Estra ed Estra Reti ha, in particolare, più volte comportato la proroga del termine per il ricevimento delle offerte (in origine fissato al 6 maggio 2011), tanto che la procedura di gara è ancora in corso.

285. La lettera di invito alla procedura prevede, infatti, la messa a disposizione dei partecipanti, tra l'altro, dello stato di consistenza, prima della presentazione delle offerte, nonché la possibilità di variare l'importo relativo alla stima industriale del valore dell'impianto a seguito "*della trasmissione dei dati necessari da parte dell'attuale gestore del servizio*". Poiché Estra Reti ha reso disponibile all'ente locale lo stato di consistenza e la relativa valutazione di parte della rete (con indicazione di un valore a stima industriale dell'impianto pari a più del [omissis] di quella inizialmente indicata dall'ente locale nel bando di gara) solo il 24 novembre 2011, il Comune di Prato, il 29 novembre 2011, ha inviato una comunicazione ad ulteriore proroga della procedura, con termine da definirsi successivamente.

286. La mancata trasmissione delle informazioni da parte di Estra Reti ha prodotto quindi un grave danno alla concorrenza, in quanto la società ha ritardato la contendibilità del mercato, estendendo nel tempo la propria

posizione di monopolio. In particolare Estra Reti ha potuto continuare a gestire, di fatto, il servizio di distribuzione del gas nel Comune di Prato ben oltre la scadenza della concessione fissata al 31 dicembre 2010 e continuerà a svolgerlo fino al riaffidamento del servizio in esito alla procedura di gara che è ancora in corso, determinando un ritardo nel trasferimento ai consumatori dei benefici derivanti dall'aggiudicazione del servizio all'operatore più efficiente.

287. Al riguardo si fa, peraltro, presente che il decreto ministeriale di individuazione dei comuni appartenenti a ciascun ATEM, indispensabile per la realizzazione delle gare sulla base degli ATEM di cui al precedente c.d. Decreto Ambiti entrato in vigore il 1° aprile 2011, è stato pubblicato in G.U. solo il 28 ottobre 2011 mentre, ancor oggi, si è in attesa della pubblicazione in G.U. del Regolamento sui criteri per la realizzazione delle gare di ATEM.

288. Si ricorda inoltre che, ai sensi dell'art. 14, comma 7, del Decreto Legislativo n. 164/00, a concessione scaduta, *“Il gestore uscente [...] è obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento”*. Ne deriva che il ritardo nella trasmissione delle informazioni, comporta la realizzazione della sola ordinaria amministrazione fino alla aggiudicazione del servizio in esito alla procedura di gara in corso nonché il ritardo nell'applicazione ai clienti finali di tutti i miglioramenti in termini di estensione e potenziamento della rete e di qualità e sicurezza del servizio che, insieme alla condizioni economiche, costituiscono criteri di aggiudicazione del servizio nella gara indetta dal Comune di Prato, ed ai quali è attribuibile un punteggio massimo di 40 sui 100 punti complessivi²²³.

vi. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTRACOMUNITARIO

289. I descritti comportamenti appaiono idonei a pregiudicare il commercio intracomunitario e, pertanto, integrare gli estremi per una violazione dell'art. 102 del TFUE.

290. Secondo la Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 – *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, su GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004, il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo

²²³ Cfr. doc. 195.

conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

291. Si consideri, al riguardo, che la fattispecie oggetto del presente procedimento appare idonea a condizionare le possibilità di partecipazione, di qualificati concorrenti nazionali e comunitari, atteso che alle gare per l'assegnazione dei servizi di distribuzione del gas possono partecipare tutte le imprese insediate in Paesi membri dell'UE che possiedono i requisiti richiesti. Nel caso di specie, peraltro, il bando di gara è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea e tra le imprese invitate alla procedura figura anche un'impresa controllata da un operatore estero.

292. I comportamenti contestati ad Estra ed Estra Reti sono idonei, quindi, a produrre effetti nei confronti di operatori sia italiani sia stranieri, attivi nei mercati della distribuzione di gas naturale²²⁴.

293. Di conseguenza, la fattispecie oggetto del presente procedimento, apparendo idonea ad arrecare pregiudizio al commercio tra Stati membri, deve essere valutata ai sensi dell'articolo 102 del TFUE.

vii. GRAVITÀ E DURATA

294. 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 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.

295. 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

²²⁴ Al riguardo, l'art. 14, comma 5, del Decreto Legislativo n. 164/00 dispone quanto segue: "Alle gare di cui al comma 1 sono ammesse, senza limitazioni territoriali, società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, e società cooperative a responsabilità limitata, sulla base di requisiti oggettivi, proporzionati e non discriminatori, con la sola esclusione delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica. Alle gare sono ammessi inoltre i gruppi europei di interesse economico".

imprese ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati posti in essere²²⁵.

296. Per quanto riguarda la gravità del comportamento, la condotta posta in essere da Estra ed Estra Reti - impresa monopolista nel mercato della distribuzione del gas nel Comune di Prato – consistente nel rifiuto e successivamente nel ritardo a fornire informazioni necessarie ai fini dell'indizione di una procedura di gara competitiva da parte dell'ente locale e ai fini della partecipazione e della predisposizione di offerte concorrenziali da parte dei concorrenti integra una fattispecie di abuso di posizione dominante di natura escludente che ha causato un pregiudizio significativo alle dinamiche competitive del mercato rilevante della distribuzione del gas nel Comune di Prato.

297. Al fine di valutare la gravità dell'infrazione, rileva altresì la circostanza che Estra Reti è da oltre 35 anni monopolista legale nel mercato rilevante, in forza di affidamenti diretti, e che tale mercato è per la prima volta reso contendibile grazie all'espletamento di una gara per l'aggiudicazione del servizio pubblico di distribuzione del gas. L'unica forma di concorrenza possibile è infatti rappresentata da quella *per* il mercato in sede di gara.

298. 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 concorrenza²²⁶.

299. Nel caso di specie, Estra ed Estra Reti sono imprese 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 abuso escludente volto a pregiudicare la competizione in gare ad evidenza pubblica.

300. Inoltre, il comportamento di Estra ed Estra Reti era consapevolmente volto

²²⁵ 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".

²²⁶ 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.

ad ostacolare e ritardare la realizzazione della procedura di gara per il riaffidamento del servizio²²⁷. Le società erano anche ben coscienti del fatto che difficilmente l'ente locale avrebbe potuto indire - o comunque portare a termine - la gara in assenza delle informazioni richieste, che erano nella esclusiva disponibilità di Estra Reti²²⁸. Le stesse società hanno inoltre dichiarato che la procedura concorsuale indetta dal Comune di Prato in assenza di tali informazioni era "*incompleta e malfatta*"²²⁹, confermando così la propria consapevolezza circa il fatto che una gara siffatta non poteva certo essere competitiva.

301. Estra ed Estra Reti hanno, quindi, posto in essere una condotta la cui contrarietà al diritto *antitrust* era non solo immediatamente ed oggettivamente, ma anche preventivamente percepibile dalle stesse.

302. L'obiettivo anticoncorrenziale è stato peraltro pienamente raggiunto, posto che il Comune di Prato ha dovuto ritardare l'indizione della gara rispetto alle proprie intenzioni originarie (ovvero riaffidare il servizio a far data dal 1 gennaio 2011) ed è stato costretto a bandirla senza le informazioni richieste. Poiché Estra Reti ha trasmesso solo lo scorso 24 novembre alcune delle informazioni essenziali per la realizzazione di una gara effettivamente competitiva, la procedura è ancora in corso.

303. Sulla base di quanto precede emerge, dunque, che i comportamenti posti in essere da Estra ed Estra Reti costituiscono violazioni gravi della disciplina a tutela della concorrenza²³⁰.

304. Quanto alla durata dei comportamenti contestati, le risultanze istruttorie attestano che le informazioni al Comune di Prato potevano ragionevolmente, al più tardi, essere trasmesse da Estra Reti entro novanta giorni dalle rispettive date delle richieste. Ciò tenuto conto del fatto che lo schema di Regolamento del MSE prevede al massimo questa tempistica per i casi di maggiore complessità nonché della circostanza che tale termine è significativamente superiore a quello di cui all'art. 10 del D.P.R. n. 902/1986 il quale prevede un obbligo di redazione dello stato di consistenza da parte del gestore uscente entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta dell'ente locale concedente.

²²⁷ Cfr., tra l'altro, i doc. 48 e 112.

²²⁸ Cfr. doc. 48 e 112.

²²⁹ Cfr. doc. 169 e 173.

²³⁰ 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.

305. Pertanto, l'inizio della condotta anticoncorrenziale è da ricondursi almeno allo scadere dei novanta giorni dalla prima richiesta del 10 maggio 2010 (vale a dire l'8 agosto 2010). Il comportamento è cessato in data 24 novembre 2011, ovvero quando Estra Reti ha trasmesso all'ente locale lo stato di consistenza, la valutazione dell'impianto e i dati sul personale impiegato, consentendo al Comune di disporre di un *set* informativo completo.

La durata del comportamento abusivo è quindi quantificabile in un anno e tre mesi (dall'8 agosto 2010 al 24 novembre 2011).

306. Al riguardo non risulta condivisibile quanto sostenuto da Estra ed Estra Reti in relazione al fatto che, al fine della quantificazione della durata del comportamento in esame andrebbero scomputati i periodi intercorrenti tra la richiesta di informazioni del comune di Prato del 10 maggio 2010 e il 27 giugno 2011 (in quanto il comportamento di Estra Reti sarebbe stato giustificato dalla sentenza del TAR Toscana in materia di accesso agli e dalla successiva aderenza dei comportamenti alla sentenza di riforma del Consiglio di Stato); tra il 10 maggio 2010 ed il 29 marzo 2011 (in quanto solo in tale data il Comune di Prato avrebbe bandito la gara in questione); tra il 1° aprile 2011 e 29 giugno 2011 (in quanto in tale arco temporale la gara del Comune di Prato sarebbe stata illegittima) e tra il 23 giugno 2011 e il 24 novembre 2011 (in ragione del comportamento collaborativo di Estra Reti). Si osserva che tale scomputo porterebbe ad una durata nulla della condotta.

307. In primo luogo, e come già più volte rilevato, la circostanza che la vicenda in esame sia stata soggetta ad un parallelo contenzioso in sede giurisdizionale con riguardo alla diversa disciplina in materia di accesso agli atti non incide sull'accertamento della sussistenza del comportamento abusivo ai sensi della disciplina a tutela della concorrenza ma, al più, interessa sotto il profilo soggettivo, il grado di colpevolezza delle società nell'attuazione della condotta.

308. In secondo luogo, non si può condividere quanto asserito da Estra Reti circa il fatto che il Comune di Prato si sarebbe determinato a indire la gara in questione solo con delibera della Giunta n. 96/2011 del 25 aprile 2011. L'attività istruttoria ha infatti accertato che il Comune di Prato aveva deciso già il 27 aprile 2010 di riaffidare il servizio tramite gara a far data dal 1 gennaio 2011 (in ragione della scadenza *ope legis* della concessione al 31 dicembre 2011), a tal fine tempestivamente inviando al gestore uscente la dettagliata richiesta di informazioni di cui alla comunicazione del 10 maggio 2010. La circostanza che, proprio in ragione del comportamento dilatorio ed ostativo di

Estra ed Estra Reti alla procedura di gara, l'ente locale abbia bandito la gara solo il 29 marzo 2011 non può certo essere considerata come una carenza di interesse dell'ente locale alla realizzazione della procedura di gara fino a tale data. Del pari è irrilevante la circostanza che la Giunta del comune di Prato abbia adottato una nuova delibera il 25 aprile 2011, per l'avvio di una procedura di gara ristretta piuttosto che ad evidenza pubblica. Tale deliberazione è stata peraltro espressamente assunta dall'ente locale tenuto conto che *“in violazione di chiari e vincolanti obblighi gravanti sul gestore Consiag [società che indirettamente partecipa al capitale sociale di Estra Reti] ha interposto un comportamento di non collaborazione e di interdizione nei confronti dell'Amministrazione Comunale, di fatto ostacolando – o quanto meno rallentando – il procedimento preordinato alla gara ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento della concessione del servizio di distribuzione del gas [...]”*.

309. Inoltre, non incide sul comportamento in esame la circostanza che nel periodo intercorrente tra il 1° aprile 2010 e 29 giugno 2011 il Comune di Prato – secondo quanto incidentalmente asserito dal TAR Toscana nella sentenza in materia di accesso agli atti – non avrebbe potuto legittimamente procedere alla realizzazione della gara. Infatti, in pendenza di un giudicato specifico in ordine alla legittimità della procedura di gara (ad oggi non ancora intervenuto), la società era comunque tenuta a non ostacolare la stessa ed a trasmettere all'ente concedente le informazioni richieste.

310. Infine, non può certo incidere sulla durata dell'infrazione il supposto atteggiamento “collaborativo” nei confronti dell'ente locale che le società sostengono di avere tenuto a seguito della sentenza del Consiglio di Stato. Tale circostanza, ove verificata, potrebbe infatti, al più, rilevare come circostanza attenuante in relazione alla quantificazione della sanzione.

viii. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

311. Una volta accertate la gravità e la durata delle infrazioni poste in essere da Estra ed Estra Reti , ai fini dell'individuazione dei criteri di quantificazione, occorre tenere presente 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”* (di seguito anche Comunicazione).

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.

312. Relativamente alla gravità dell'infrazione, nel richiamare le considerazioni già svolte, occorre tener conto del fatto che Estra ed Estra Reti sono imprese di dimensioni medio grandi che dispongono 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.

313. Si rileva, altresì, che l'infrazione in esame, consistente nel ritardo e rifiuto di fornire informazioni necessarie per la realizzazione di una procedura di gara competitiva in mercati per la prima volta resi contendibili, costituisce un abuso di carattere escludente che, tenuto conto del contesto e degli effetti, si connota come una violazione grave della disciplina *antitrust*.

314. 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 a cui l'infrazione si riferisce, ossia il fatturato realizzato da Estra ed Estra Reti nel mercato della distribuzione del gas nel Comune di Prato, nell'ultimo anno intero in cui è avvenuto il comportamento contestato²³¹, ovvero il 2010. Il fatturato specifico dei servizi cui si riferisce l'infrazione è stato direttamente realizzato da Estra Reti ed è pari a 10.227.127 euro²³².

315. Al fine di determinare l'importo base della sanzione occorre poi considerare che, secondo i richiamati 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”*²³³.

316. Sulla base di quanto esposto e applicando i criteri illustrati, l'importo-base

²³¹ Cfr. punto 13 della Comunicazione.

²³² Cfr. doc. 254 e 255.

²³³ Cfr. punti 21 e 22 della Comunicazione.

della sanzione è stato fissato nella misura di 184.088 euro, che rappresenta il 1,8% del valore delle vendite dei beni a cui si riferisce l'infrazione²³⁴. Moltiplicando tale importo base per il periodo di durata dell'infrazione, considerato di un anno e mezzo²³⁵, si ottiene l'importo di 276.132 € (duecentosettantaseimilacentotrentadue euro).

317. Si rileva che non possono assumere valenza collaborativa i comportamenti tenuti da Estra ed Estra Reti in ordine alla trasmissione delle informazioni al Comune di Prato a partire dal 23 giugno 2011 ed al conferimento nel giugno 2011 di un incarico ad una società di consulenza per la redazione dello stato di consistenza e la valutazione dell'impianto. Infatti, l'attività istruttoria ha evidenziato che le informazioni sono state trasmesse da Estra Reti al Comune di Prato non per libera volontà della società ma hanno costituito un atto dovuto in ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato; Estra ed Estra Reti si sono, inoltre, determinate a procedere alla redazione dello stato di consistenza e della relativa valutazione di parte dell'impianto solo "*quale atto necessario per la tutela del suo patrimonio sociale, e quindi nello specifico interesse degli azionisti*"²³⁶, a seguito della indizione della procedura di gara da parte del Comune di Prato con indicazione nel bando di un valore di stima dell'impianto realizzato in autonomia dall'ente locale ed in assenza delle informazioni a ciò necessarie.

318. In considerazione di quanto sopra, l'importo finale della sanzione è fissato nella misura di 276.132 € (duecentosettantaseimilacentotrentadue euro), che rappresenta lo 0,06% del fatturato consolidato 2010 di Estra S.p.A..

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che le società Estra S.p.A. ed Estra Reti Gas S.r.l. hanno posto in essere un abuso di posizione dominante contrario all'articolo 102 del TFUE, consistente nel rifiuto e ritardo a fornire informazioni necessarie ai fini della realizzazione

²³⁴ Cfr. punto 21 della Comunicazione.

²³⁵ Cfr. punto 24 della Comunicazione, secondo il quale "*i periodi di durata inferiore a un semestre saranno contati come metà anno*".

²³⁶ Cfr. doc. 195 (all. 30).

di una procedura di gara competitiva per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel Comune di Prato;

b) che le società Estra S.p.A. ed Estra Reti Gas S.r.l. si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quello oggetto dell'infrazione accertata al punto a);

c) che, in ragione della gravità e durata delle infrazioni di cui al punto a) alle società Estra S.p.A. ed Estra Reti Gas S.r.l. venga applicata, in solido, una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 276.132 € (duecentosettantaseimilacentotrentadue euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera c) 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, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 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