



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXXIII - n. 1

**Publicato sul sito www.agcm.it
2 gennaio 2023**

SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
I845 - GARA MANUTENZIONE PAVIMENTAZIONI TRATTE AUTOSTRADALI DI MILANO SERRAVALLE - MILANO TANGENZIALI	
<i>Provvedimento n. 30419</i>	5
I847 - GARE D'APPALTO BANDITE DALL'ARSENALE MARINA MILITARE DI TARANTO	
<i>Provvedimento n. 30420</i>	112
OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE	114
C12487 - IN'S MERCATO/RAMO DI AZIENDA DICO	
<i>Provvedimento n. 30414</i>	114
C12502 - NEXI/RAMO DI AZIENDA DI BPER BANCA	
<i>Provvedimento n. 30415</i>	118
C12503 - AXPO ITALIA-CANARBINO/RAMO DI AZIENDA DI GREEN NETWORK	
<i>Provvedimento n. 30416</i>	128
C12504 - AXPO ITALIA-CANARBINO/ITALIAN GAS	
<i>Provvedimento n. 30417</i>	132
C12506 - HIG CAPITAL/POLYGON	
<i>Provvedimento n. 30418</i>	137
ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	142
AS1874 – TARIFFA PER LA REVISIONE DEI VEICOLI A MOTORE	142
DIRITTI TELEVISIVI	144
SR43 - LEGA CALCIO SERIE A/ASSEGNAZIONE DIRITTI AUDIOVISIVI CAMPIONATI DI CALCIO 2024/2025 - 2025/2026 - 2026/2027	
<i>Provvedimento n. 30425</i>	144
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	162
IP359 - UNIEURO/MONCLICK VENDITE ON LINE-PROBLEMI VARI	
<i>Provvedimento n. 30421</i>	162
PS12298 - FACILE ENERGY-ATTIVAZIONI NON RICHIESTE	
<i>Provvedimento n. 30422</i>	179
PS12323 - ARIIX-NEWAGE	
<i>Provvedimento n. 30423</i>	212
PS12458 - ACEA-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA	
<i>Provvedimento n. 30426</i>	230
PS12459 - HERA COMM-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA	
<i>Provvedimento n. 30427</i>	246
PS12460 - ENI PLENITUDE-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA	
<i>Provvedimento n. 30428</i>	254
PS12461 - ENEL ENERGIA-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA	
<i>Provvedimento n. 30429</i>	265
PS12462 - EDISON-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA	
<i>Provvedimento n. 30430</i>	276
PS12468 - ENGIE ITALIA-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA	
<i>Provvedimento n. 30431</i>	290
PS12470 - A2A ENERGIA-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA	
<i>Provvedimento n. 30432</i>	302

CONFLITTO DI INTERESSI	312
SI1244B - LAURA CASTELLI - VICE MINISTRO PER L'ECONOMIA E LE FINANZE - PARERE POST CARICA	312

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

1845 - GARA MANUTENZIONE PAVIMENTAZIONI TRATTE AUTOSTRADALI DI MILANO SERRAVALLE - MILANO TANGENZIALI

Provvedimento n. 30419

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Professor Michele Ainis;

VISTO l'articolo 101 Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

VISTO il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTA la propria delibera del 25 maggio 2021 n. 29683, con cui è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di Itinera S.p.A., di Sintexcal S.p.A. e della sua controllante General Beton Triveneta S.p.A., e di Impresa Bacchi S.r.l. (congiuntamente, le parti) per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, trasmessa alle parti e all'impresa segnalante Milano Serravalle – Milano Tangenziali S.p.A. in data 18 maggio 2022;

VISTE le memorie conclusive delle parti e dell'impresa segnalante Milano Serravalle – Milano Tangenziali S.p.A., trasmesse in data 6 e 7 luglio 2022;

SENTITI in audizione finale, in data 12 luglio 2022, i rappresentanti delle parti e dell'impresa segnalante Milano Serravalle – Milano Tangenziali S.p.A.;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Itinera S.p.A. (di seguito, Itinera) è un'impresa principalmente attiva nella realizzazione di opere infrastrutturali, nei settori dell'edilizia civile e industriale, ivi inclusa la realizzazione e manutenzione di infrastrutture stradali e autostradali. Il 66% circa del capitale sociale di Itinera è detenuto da ASTM S.p.A. Nel 2021 Itinera ha realizzato un fatturato consolidato a livello mondiale di circa 1.199,7 milioni di euro¹.

2. Sintexcal S.p.A. (di seguito, Sintexcal) è un'impresa principalmente attiva nella realizzazione e manutenzione di infrastrutture stradali e autostradali ed opere accessorie e nella realizzazione di pavimentazioni speciali. Il capitale sociale di Sintexcal è interamente detenuto da General Beton Triveneta

¹ DOC440.

S.p.A. (di seguito, General Beton), a sua volta partecipata per una quota di capitale del 63% circa da Impresa Tonon S.p.A.

Nel 2021 Sintexcal e General Beton hanno realizzato un fatturato totale a livello mondiale, direttamente e tramite imprese controllate, rispettivamente pari a circa 87,6 milioni di euro e [omissis]* milioni di euro.

3. Impresa Bacchi S.r.l. (di seguito, Impresa Bacchi) è un'impresa principalmente attiva nella realizzazione di opere infrastrutturali nei settori dell'edilizia civile e industriale, ivi inclusa la realizzazione e manutenzione di infrastrutture stradali, autostradali e aeroportuali. Il capitale sociale di Impresa Bacchi è detenuto da persone fisiche.

Nel 2021 Impresa Bacchi ha realizzato un fatturato totale a livello mondiale, direttamente e tramite imprese controllate, a circa 24,6 milioni di euro².

4. L'impresa segnalante, Milano Serravalle – Milano Tangenziali S.p.A. (di seguito, Milano Serravalle), è la concessionaria delle tangenziali milanesi A50 Tangenziale Ovest, A51 Tangenziale Est, A52 tangenziale Nord e della autostrada A7 da Milano a Serravalle Scrivia e relative pertinenze.

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

5. Con delibera del 25 maggio 2021, è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14, della legge n. 287/90, nei confronti di Itinera, di Sintexcal e della sua controllante General Beton, e di Impresa Bacchi (congiuntamente, le parti) per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE.

6. Il procedimento concerne la possibile esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza tra le parti, nella forma di un accordo o pratica concordata, finalizzata alla ripartizione dei lotti a gara e all'eliminazione del reciproco confronto competitivo nella "Gara Servizi n. 1/2019 – Procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. per il servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sull'intera rete in concessione di Milano Serravalle – Milano Tangenziali S.p.A." (di seguito Gara Servizi n. 1/2019).

7. Il procedimento ha tratto origine da una segnalazione pervenuta da Milano Serravalle il 16 maggio 2019 con la quale la stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019 ha portato all'attenzione dell'Autorità, ai fini della valutazione della presenza di possibili restrizioni della concorrenza, la partecipazione alla procedura di gara delle sole tre imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi (di seguito anche, le tre imprese), ciascuna a uno solo dei tre lotti oggetto di affidamento, nonché la commistione tra gli operatori economici che hanno partecipato alla procedura e i subappaltatori indicati dagli stessi, dovuta alla presenza di subappalti reciproci tra le medesime imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi³.

8. Data la complessità del settore e la peculiarità delle condotte segnalate è stata svolta un'intensa ed approfondita attività preistruttoria, anche grazie a richieste di informazioni alla stazione appaltante, che ha condotto, da ultimo in data 26 e 30 marzo 2021, all'acquisizione di documentazione, informazioni e chiarimenti da Milano Serravalle⁴.

9. L'attività preistruttoria ha riguardato, in prima battuta, l'analisi del bando e del disciplinare delle Gara Servizi n. 1/2019 (che presentava delle peculiarità con riguardo alla presenza di un vincolo di aggiudicazione di un solo lotto a gara, alla richiesta di disponibilità di un doppio impianto di produzione di

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

² DOC422, DOC424 e DOC451. Non sono state comunicate vendite infragruppo.

³ DOC1.

⁴ DOC8 e DOC9. Cfr. anche DOC3, DOC4, DOC5, DOC6, DOC7.

conglomerato bituminoso e, come successivamente emerso, alla qualificazione della gara come appalto di “servizi”), nonché l’acquisizione di un primo *set* di informazioni in ordine all’entità delle offerte economiche delle tre imprese partecipanti, in un contesto in cui, come si vedrà, i ribassi di aggiudicazione nella Gara Servizi n. 1/2019 non sono, in sé, particolarmente bassi, risultando sintomatici di una distorsione nei meccanismi concorrenziali nella procedura solo se confrontati con i ribassi di aggiudicazione delle precedenti edizioni della procedura (del 2016 e del 2013).

10. Si è inoltre ritenuto necessario realizzare una preliminare attività di indagine con riguardo alle principali caratteristiche tecniche dell’attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, in ragione della presenza di limiti alla trasportabilità della materia prima conglomerato bituminoso dagli impianti di produzione⁵, al fine di poter svolgere una valutazione, pur di massima, in merito all’eventuale presenza di vincoli tecnici tali da poter giustificare la partecipazione di una sola impresa a ciascuno dei lotti della Gara Servizi n. 1/2019. È stata altresì svolta una prima ricognizione delle gare per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali partecipate da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, per comprendere le eventuali specificità della Gara Servizi n. 1/2019, i profili di anomalia della condotta delle parti nella Gara Servizi n. 1/2019 (se confrontata rispetto ad altre gare “di lavori” partecipate) e il corretto perimetro della condotta oggetto di indagine (una o più gare)⁶.

11. Una volta raggiunta una conoscenza tecnica minima del prodotto e del settore di riferimento, si è proceduto a reperire dalla stazione appaltante la documentazione di gara di maggior dettaglio, con particolare riguardo ai verbali della commissione di gara, alle relazioni tecniche ed offerte tecniche (risultate poi addirittura identiche tra Itinera e Impresa Bacchi e analoghe rispetto a quelle di Sintexcal, con riguardo ai sub criteri 1.1 e 1.2.) e alle dichiarazioni di disponibilità degli impianti di produzione di conglomerato bituminoso (con dichiarazioni di disponibilità anche reciproche tra le tre imprese). È stata inoltre chiesta e acquisita una mappatura degli impianti di produzione di conglomerato bituminoso potenzialmente utilizzabili per l’attività di manutenzione autostradale oggetto di affidamento nella Gara Servizi n. 1/2019 (da cui è emersa la presenza di impianti ulteriori rispetto a quelli delle tre imprese parti).

12. Una effettiva consapevolezza della presenza di elementi concretamente sintomatici di comportamenti d’impresa in violazione della normativa a tutela della concorrenza è stata compiutamente acquisita solo in seguito all’ultima, mirata, richiesta di ulteriori informazioni alla stazione appaltante, con risposte pervenute in data 26 e 30 marzo 2021, grazie alle quali si è avuto modo di appurare, tra l’altro, l’impatto della qualificazione della gara come di “servizi” (piuttosto che come di “lavori”) sui requisiti di partecipazione (e quindi sulla concorrenza attesa in sede di gara) e di reperire un primo significativo elemento a conforto del carattere strumentale, rispetto all’intesa di ripartizione dei lotti a gara, del sistema dei subappalti incrociati tra le uniche tre imprese partecipanti alla procedura (riscontrabile nella mancata attivazione dei subappalti reciproci in sede di esecuzione del servizio).

13. L’8 giugno 2021 è stata svolta l’attività ispettiva presso le sedi delle società Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi al fine di acquisire documentazione a supporto dell’ipotesi istruttoria.

14. Richieste di informazioni sono state inviate a una serie di imprese concorrenti delle parti che avevano partecipato alle precedenti procedure di gara per la manutenzione autostradale indette da Milano Serravalle

⁵ Attività resa possibile dalla disponibilità sui siti internet delle concessionarie autostradali, delle associazioni di categoria ed anche degli operatori del settore, di norme tecniche e/o quaderni tecnici, così come di prescrizioni tecniche nel contesto dei capitolati di gara. Si vedano ad esempio “I quaderni tecnici” di Anas (<https://www.stradeanas.it/it/lazienda/attivita/C3%A0/documenti-tecnici>).

⁶ Si tratta di un approfondimento svolto anche tramite la consultazione del “Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici” (<https://dati.anticorruzione.it/superset/dashboard/appalti/>).

nel 2016⁷, a Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi⁸, alla stazione appaltante segnalante⁹ e all'associazione tecnica SITEB¹⁰.

15. Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal sono state sentite in audizione davanti agli uffici, rispettivamente, il 25 novembre 2021, 26 novembre 2021 e 3 dicembre 2021¹¹. Milano Serravalle è stata sentita in audizione il 18 febbraio 2022¹².

16. Itinera, Sintexcal, General Beton e Impresa Bacchi, hanno una o più volte chiesto ed ottenuto di esercitare il diritto di accesso alla documentazione del fascicolo non coperta da riservatezza, anche secondo le modalità di c.d. *data room*.

17. Sintexcal e General Beton hanno comunicato di avere adottato e/o aggiornato e modificato dei programmi di *compliance antitrust*, depositando la relativa documentazione¹³.

18. La comunicazione delle risultanze istruttorie è stata trasmessa alle parti e a Milano Serravalle il 18 maggio 2022¹⁴. Le parti hanno presentato delle memorie finali il 6 e 7 luglio 2022¹⁵ e il successivo 12 luglio si è svolta l'audizione finale davanti al Collegio¹⁶, cui hanno partecipato sia le parti sia l'impresa segnalante Milano Serravalle.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

A. Il settore

19. Il settore in cui operano le imprese parti del procedimento è quello dell'edilizia civile, di progettazione e realizzazione di lavori e opere infrastrutturali di ingegneria civile e industriale, con particolare riguardo alla realizzazione e manutenzione di infrastrutture stradali e autostradali.

20. L'attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, di tipo sia ordinario che straordinario, volta al risanamento superficiale o profondo del manto stradale¹⁷, comporta quali attività principali la

⁷ DOC276-289.

⁸ DOC290, DOC291, DOC292, DOC336, DOC337 e DOC338.

⁹ DOC275 e DO371.

¹⁰ DOC346 e DOC350. **SITEB Strade Italiane e Bitume** è un'associazione senza fini di lucro che raggruppa circa 200 operatori del settore stradale e delle membrane impermeabilizzanti, tra cui anche produttori e rivenditori di bitume e leganti bituminosi (cat. A) e produttori di conglomerati bituminosi e di inerti- imprese stradali (cat. B), cfr. www.siteb.it. Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal sono soci SITEB nella categoria B.

¹¹ DOC336, DOC337, DOC338.

¹² DOC359.

¹³ DOC334 e DCO335.

¹⁴ DOC377.

¹⁵ DOC420, DOC421, DOC423, DOC425, DOC427 e DOC433.

¹⁶ DOC444.

¹⁷ Le parti hanno indicato che non vi sono differenze tra la manutenzione ordinaria e quella straordinaria, tra l'altro, in termini di imprese attive lato offerta o di livello di programmazione delle attività (si tratta in entrambi i casi di lavori la cui esecuzione avviene in modo programmato) e che quello che differenzia la manutenzione ordinaria da quella straordinaria è la periodicità con cui tali tipologie di interventi sono richiesti dalle concessionarie autostradali (di regola ogni 3/5 anni con riguardo alla manutenzione ordinaria e ogni 5/6 anni avuto riguardo alla manutenzione straordinaria) e il tipo di intervento di risanamento del manto autostradale (che nel caso della manutenzione ordinaria comporta di regola la sostituzione di 1 o 2 strati del manto – ovvero il tappeto di usura e il drenante – e nel caso della manutenzione straordinaria anche la sostituzione degli strati più profondi, binder e base). Si tratta quindi di attività analoghe che richiedono, in sostanza, l'utilizzo delle medesime tipologie di mezzi e risorse. Cfr. DOC336, DOC337 e DOC338.

sostituzione di uno o più strati di pavimentazione stradale¹⁸ tramite l'esecuzione di interventi di rimozione degli strati di asfalto e la stesa a caldo del conglomerato bituminoso, realizzati anche grazie all'uso di appositi mezzi d'opera (quali fresatrici, vibrofinitrici, rulli e camion con bilico¹⁹). L'impresa esecutrice si occupa di regola anche del trasporto, riciclo e/o smaltimento dei materiali rimossi, dell'esecuzione della segnaletica stradale orizzontale sul manto stradale e della messa in sicurezza delle attività di cantiere grazie ad apposita segnaletica stradale. La programmazione delle attività di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni autostradali (ivi incluse quelle della Gara Servizi n. 1/2019) è svolta con un certo anticipo rispetto all'esecuzione dei lavori e prevede tipicamente l'esecuzione dei lavori in estate (dalla tarda primavera fino all'autunno)²⁰.

21. Il conglomerato bituminoso per la pavimentazione stradale o autostradale può avere specifiche caratteristiche di composizione (ricetta di produzione) e tecnico-funzionali (tessitura, regolarità, impermeabilità, rumorosità, drenabilità etc.). Le tipologie di conglomerato bituminoso maggiormente utilizzate per la pavimentazione autostradale sono quelle "drenante" e "semi-drenante"²¹ e sono prodotte con il bitume c.d. modificato²².

22. Il conglomerato bituminoso è prodotto in appositi impianti industriali dotati di certificazione unica ambientale. Gli impianti tecnicamente idonei alla produzione di conglomerato bituminoso sono in grado di produrre tutte le tipologie di conglomerato e "ricette di produzione", per la pavimentazione sia stradale che autostradale²³. I materiali e le miscele di conglomerato bituminoso sono prodotti standardizzati soggetti a certificazione CE e alle norme tecniche europee (UNI EN)²⁴.

23. La principale materia prima per la produzione del conglomerato bituminoso è costituita dal bitume²⁵.

24. SITEB ha indicato che il costo della materia prima bitume rappresenta in media il 40% circa del costo del conglomerato bituminoso (in funzione della qualità del conglomerato, laddove gli strati più nobili sono

¹⁸ La pavimentazione autostradale è costituita da più strati sovrapposti realizzati con materiali e/o miscele differenti. In generale, risalendo dalle quote più profonde alla superficie, si possono individuare i seguenti strati: sottofondo; fondazione (in misti granulare); base (in conglomerato bituminoso o misto cementato); binder (in conglomerato bituminoso); usura (in conglomerato bituminoso). A seconda degli strati di intervento, le attività di manutenzione possono anche distinguersi come di risanamento "superficiale" o di risanamento "profondo". Cfr. anche *"I quaderni tecnici per la salvaguardia delle infrastrutture. Volume V"*, ANAS, febbraio 2019.

¹⁹ Il conglomerato bituminoso è trasportato tramite camion con bilico coperto da teli per mantenere la temperatura del conglomerato (DOC336, DOC337, DOC338). Impresa Bacchi ha indicato che *"Nel nord Europa si usano anche altre tipologie di mezzi di trasporto che consentono un miglior mantenimento della temperatura del conglomerato"* (DOC337).

²⁰ DOC359.

²¹ Cfr. anche DOC359 e DOC337. Cfr. anche DOC347 (SITEB: *"Generalmente in autostrada e su tutte le strade di scorrimento veloce si realizza il tappeto d'usura in conglomerato drenante perché offre maggiori garanzie di sicurezza alla guida mentre per le altre strade si realizza un tappeto d'usura tradizionale di tipo chiuso. Questo dipende dalle decisioni dell'Ente gestore della strada (Comune, Provincia, Regione, ANAS, Concessionarie)"*).

²² Il bitume c.d. "modificato" o "speciale" per la produzione di conglomerato bituminoso ad uso autostradale è diverso da quello per la produzione di asfalto ad uso stradale (DOC336 e DOC337). Il bitume modificato si ottiene, in particolare, dalla interazione tra polimeri e bitume in un impianto speciale ed offre prestazioni nettamente superiori al bitume tradizionale. Il suo costo è pari a quello del bitume tradizionale maggiorato del costo del polimero aggiunto. Mediamente un bitume modificato *hard* costa circa il 25% in più rispetto al bitume tradizionale (DOC347).

²³ SITEB ha indicato che *"Non esiste una distinzione tra conglomerato bituminoso per la pavimentazione stradale e per la pavimentazione autostradale. [...] Tutti gli impianti possono produrre l'uno e l'altro tipo di conglomerato"* (DOC347). Impresa Bacchi ha precisato che *"gli impianti in grado di produrre conglomerato autostradale di tipo drenante sono in genere in grado di produrre una specifica ricetta o variare la ricetta di produzione nell'arco di 24/48 ore e devono avere a disposizione i materiali speciali per il drenante"* (DOC337).

²⁴ DOC336, DOC337, DOC338.

²⁵ Il conglomerato bituminoso è una miscela di aggregati lapidei, filler, legante bituminoso ed, eventualmente, additivi.

via via quelli più superficiali)²⁶. Le parti hanno indicato percentuali di incidenza superiori (quantificato da impresa Bacchi in prima battuta nel 50-70% e successivamente in almeno il 60%²⁷; Sintexcal del [50-60]%²⁸; Itinera del nel 70%²⁹).

25. Nel caso di specie, sulla base dei dati trasmessi dalle imprese parti alla stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019 nel contesto della giustificazione della non anomalia delle offerte, l'incidenza del costo delle materie prime (esclusi i costi di trasporto), sul valore dell'offerta economica di aggiudicazione (al netto dei costi della sicurezza) è quantificabile nell'ordine del 50-55% per il conglomerato bituminoso³⁰ e nell'ordine del 25-30% per il bitume (cfr. Tabella 1).

²⁶ DOC347 (SITEB: “Mediamente, si può dire che il bitume ha una incidenza economica intorno al 40% sul costo del conglomerato prodotto [...] l'incidenza economica del bitume modificato [inclusivo dei costi dei polimeri aggiunti al bitume tradizionale] sulla miscela che compone il conglomerato drenante [...] può aumentare di qualche altro punto percentuale (mediamente 45%)”).

²⁷ DOC337 e DOC444.

²⁸ DOC338. Cfr. anche DOC423, laddove Sintexcal indica che l'incidenza del costo del bitume modificato sul costo di produzione del conglomerato bituminoso nella Gara Servizi n. 1/2019 è pari al [50-60]%, producendo in allegato un documento relativo al prodotto “[omissis]”, e DOC444 di Impresa Bacchi. “Fatto 100 il prezzo di offerta utilizzando i dati di riferimento anche della stazione appaltante, l'80% è riferito ai soli conglomerati bituminosi stesi. Di questo 80% il 20% è riferito a costi di trasporto e stesa, rimangono quindi per la sola produzione del conglomerato circa il 64%. Su questo dato il prezzo del bitume incide a sua volta per almeno il 60% [...]”.

²⁹ DOC336.

³⁰ Anche in questo caso le parti in sede di audizione hanno stimato incidenze anche superiori (DOC336, DOC337 e DOC338).

Tabella 1 – incidenza del costo del conglomerato bituminoso rispetto all’offerta economica - Gara Servizi n. 1/2019

	Itinera ³¹	Sintexcal ³²	Impresa Bacchi ³³
Incidenza della componente dell’offerta relativa del servizio di stesa del conglomerato bituminoso ³⁴ rispetto al totale offerta economica (esclusi gli oneri di sicurezza) ³⁵	70%	72%	66%
Incidenza del costo del conglomerato bituminoso sulla componente dell’offerta relativa al servizio di stesa del conglomerato*	[75-85]%	[70-85]%	[75-80]%
<i>Incidenza del costo del conglomerato bituminoso rispetto al totale offerta economica (esclusi oneri di sicurezza)*</i>	[55-60]%	[50-55]%	[50-55]%
<i>Incidenza del costo del bitume sul totale offerta economica (esclusi gli oneri di sicurezza)**</i>	[30-35]%	[25-30]%	[25-30]%

* Si è tenuta in considerazione la diversa incidenza sul totale (incluse le spese generali e gli utili d’impresa) della voce di costo materiale (o materiale e trasporto) di cui alle “schede di analisi prezzi” per le varie tipologie di conglomerato bituminoso (cod. art.).

** Ipotizzando una incidenza media del costo del bitume sul costo di produzione del conglomerato del 55%.

Fonte: schede di analisi dei prezzi trasmesse dalle parti in sede di giustificazione della non anomalia delle offerte nella Gara Servizi n. 1/2019, DOC130 e DOC131 (Itinera); DOC311 (Impresa Bacchi) e DOC312 (Sintexcal).

26. Il conglomerato bituminoso è tipicamente prodotto, trasportato e posato “a caldo”, a determinate temperature³⁶. Il conglomerato bituminoso, ivi incluso quello di tipo drenante e semi-drenante³⁷, può inoltre essere prodotto e posato “a tiepido” (cd. “Warm Mix”)³⁸. L’asfalto a tiepido è un tipo di conglomerato bituminoso (il cui utilizzo era previsto anche nella Gara Servizi n. 1/2019³⁹) che può essere

³¹ Inclusi i costi di trasporto f.co cantiere.

³² Esclusi i costi di trasporto (incidenza sul servizio di posa quantificata dalla società in circa il [5-10]%, DOC312).

³³ Esclusi i costi di trasporto (incidenza sul costo del servizio di posa quantificata dalla società in circa il [5-10]%, DOC311).

³⁴ Offerta (prezzo unitario offerto moltiplicato per la quantità) relativa ai cod. art. D.01.005a, D.01.005c, D.01.01a, D.01.017i, D.01.024a, D.01.024g, D.01.043b, D.01.043d, D.01.086b, D.01.092b., DOC130, DOC131, DOC311 e DOC312.

³⁵ Tutte le voci dell’offerta (prezzo unitario offerto moltiplicato per la quantità) relativa ai cod. art., inclusa la segnaletica e gli oneri di sicurezza interna, DOC130, DOC131, DOC311 e DOC312.

³⁶ Cfr. in particolare il “Capitolato Speciale: Specifiche Tecniche” §13.4 (“La temperatura degli aggregati all’atto della miscelazione deve essere compresa tra 160°C e 180 °C e quella del legante tra 160 °C e 180 °C, in rapporto al tipo di bitume impiegato”) e §13.6 (“La temperatura del conglomerato bituminoso all’atto della stesa controllata immediatamente dietro la finitrice dovrà essere in ogni momento non inferiore a 150-170°C”); vd. in senso analogo i § 12.4 e 12.6. relativi al conglomerato bituminoso di tipo drenante (DOC369).

³⁷ DOC359 e DOC357.

³⁸ Cfr. anche “I quaderni tecnici per la salvaguardia delle infrastrutture. Volume V” cit. e https://www.superbeton.it/asfalti/conglomerati_bituminosi_ecocompatibili/.

³⁹ Cfr. in particolare il Capitolato Speciale: Specifiche Tecniche (<https://serravalle.portaleamministrazionetrasparente.it/>), §13.7 “La miscela bituminosa può essere prodotta a tiepido, sia su richiesta della Direzione Lavori sia per scelta dell’Azienda produttrice. La produzione tiepida può essere raggiunta con qualsiasi tecnologia o additivo, ma in ogni caso deve essere rispettato quanto segue:

prodotto e messo in opera a temperature più basse del tradizionale conglomerato a caldo e che, tra l'altro, può essere trasportato a maggiori distanze⁴⁰. Si tratta di una tecnica di produzione utilizzata prevalentemente in inverno (in cui è maggiore la perdita di temperatura del conglomerato bituminoso durante il trasporto)⁴¹. Le parti hanno indicato di non utilizzare, o di avvalersi solo in misura marginale, di tale tecnica di produzione/prodotto⁴².

27. In base a quanto indicato nel “Capitolato Speciale: Specifiche Tecniche” della Gara Servizi n. 1/2019 con riguardo al conglomerato bituminoso per gli strati di usura semidrenante, il tempo massimo intercorrente tra la produzione e la stesa del conglomerato è quantificabile in circa 2 ore⁴³. Le informazioni fornite dall'associazione SITEB in merito alle temperature di produzione e posa del conglomerato bituminoso (e di dispersione termica)⁴⁴ confermano un tempo massimo intercorrente tra la produzione e la posa in opera del conglomerato bituminoso di almeno 2 ore⁴⁵, laddove SITEB ha poi quantificato in

- La temperatura di produzione minima del conglomerato bituminoso pari a 140 °C allo scarico sul cassone del camion; - La temperatura del conglomerato bituminoso all'atto della stesa, controllata immediatamente dietro la finitrice dovrà risultare in ogni momento non inferiore a 85°C [...]", DOC369.

⁴⁰ SITEB ha indicato che “esistono speciali leganti modificati che grazie a polimeri particolari presenti nella formulazione, consentono, in fase di stesa, una lavorabilità e compattazione anche a 100 °C. La temperatura di produzione però resta in ogni caso la stessa di tutti i conglomerati confezionati con bitume modificato” che “Nel caso invece di un conglomerato drenante ottenuto con leganti modificati speciali, questo tempo [massimo che può intercorrere tra la produzione e la posa in opera] può anche raddoppiare e raggiungere le 3 ore (molto dipende dal vento e dalle temperature esterne)” (DOC347).

⁴¹ DOC359.

⁴² DOC336 (Itinera: “si tratta di una tecnica di produzione del conglomerato bituminoso che la società utilizza poco”); DOC337 (“Impresa Bacchi è in grado di produrre, e ha prodotto, anche tale tipologia di conglomerato. Si tratta, tuttavia, di un tipo di prodotto che non ha le stesse caratteristiche prestazionali del conglomerato tradizionale a “caldo” e che, inoltre, non può essere utilizzato come conglomerato drenante, laddove il conglomerato drenante costituisce circa l'80% del conglomerato richiesto dalle concessionarie autostradali per la pavimentazione autostradale, tra cui anche la concessionaria Milano Serravalle Milano Tangenziali S.p.A.”); DOC338 (Sintexcal: “si tratta di una tecnica di produzione del conglomerato bituminoso che richiede specifiche caratteristiche e componenti degli impianti di produzione cui la Società non dispone (se non su un singolo impianto) e che si tratta di un tipo di prodotto che la società utilizza poco. Per quanto a conoscenza di Sintexcal, il conglomerato a “tiepido” è poco utilizzato anche dalle altre imprese attive nella produzione di conglomerato bituminoso per la pavimentazione autostradale. Da un punto vista tecnico il conglomerato bituminoso a tiepido viene prodotto e successivamente posato a circa 30-40 gradi in meno rispetto a quello a caldo”).

⁴³ Assumendo le temperature massime e minime, rispettivamente, di produzione e stesa del conglomerato bituminoso di cui al il “Capitolato Speciale: Specifiche Tecniche” §13.4 (cfr. nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**) e una perdita di temperatura media di 15 gradi ora (laddove peraltro i lavori di manutenzione autostradale sono realizzati, come visto, prevalentemente in estate quando la dispersione termica è minima, cfr. DOC337, DOC347 e DOC338).

temperatura produzione massima	temperatura posa minima	perdita calore oraria	delta gradi tra produzione e posa	calcolo del tempo produzione e posa in minuti
180	150	15	30	120

Le temperature di produzione e posa del conglomerato indicate nel capitolato speciale della Gara Servizi n. 1/2019 risultano peraltro analoghe a quelle indicate nei capitolati speciali delle procedure di gara ASPI per i medesimi servizi di manutenzione della pavimentazioni autostradali (DOC423, All. 1.1 e 2.2: “La temperatura del conglomerato bituminoso all'impianto [...] deve essere al massimo di 180°; la temperatura del conglomerato all'atto della stesa [...] deve risultare non inferiore a 140°”).

⁴⁴ SITEB ha, in particolare, indicato che “Generalmente diciamo che un conglomerato bituminoso tradizionale viene prodotto ad una temperatura di 170-180°C; quando viene posto in opera la temperatura minima non dovrebbe essere inferiore a 130-140°C per essere compattato correttamente. La dispersione termica del materiale su un bilico coperto mediamente è di circa 20°C/h. Per i conglomerati prodotti con bitume modificato (tra cui i drenanti) si richiedono temperature di circa 15°C più elevate sia in produzione che alla stesa”.

⁴⁵ Si vedano i dati in tabella:

temperatura produzione massima	temperatura posa minima	perdita calore oraria	delta gradi tra produzione e posa	calcolo del tempo tra produzione e posa in minuti
180	130	20	50	150

un'ora e mezza il tempo massimo intercorrente tra la produzione e la stesa del conglomerato⁴⁶. In senso analogo, anche Impresa Bacchi (in sede di audizione) ha individuato “*il limite massimo di trasporto del conglomerato bituminoso per la stesa dell'asfalto autostradale [...] in circa 2 ore di percorrenza*” e “*il tempo ottimale [...] in 1 ora circa*”⁴⁷. Milano Serravalle ha osservato che un tempo di trasporto del conglomerato nell'ordine di un'ora e mezza (cui aggiungono i tempi di carico e scarico) risulta corretto anche rispetto all'esperienza della stazione appaltante⁴⁸.

28. Itinera e Sintexcal hanno invece quantificato (in sede di audizione) in solo 1 ora il tempo massimo intercorrente tra la produzione e la posa in opera del conglomerato bituminoso⁴⁹. Si tratta tuttavia di un tempo massimo non compatibile con le dichiarazioni delle imprese in merito ai dati di: *i*) distanza mediamente percorsa dai camion con bilico in autostrada, quantificata da Itinera in 80-100 km⁵⁰ e da Sintexcal in 70-80 km⁵¹; *ii*) velocità media effettiva dei camion con bilico⁵² e *iii*) presenza di tempi di carico e scarico⁵³; dati questi che porterebbero ad individuare, un tempo massimo intercorrente tra la

⁴⁶ “[...] Per quanto attiene il tempo massimo che può intercorrere tra la produzione del conglomerato e la sua posa in opera generalmente si considera 1 ora max 1,5 ore, non oltre” (DOC347). Cfr. anche DOC420.

⁴⁷ Impresa Bacchi ha affermato che “*il conglomerato a caldo è prodotto a circa 160-170 gradi e perde circa 10 gradi all'ora, su temperature esterne medie. Da un punto di vista tecnico, quindi, il limite massimo di trasporto del conglomerato bituminoso per la stesa dell'asfalto autostradale è generalmente individuato in circa 2 ore di percorrenza, nell'ambito delle quali il conglomerato bituminoso rimane nell'ambito della lavorabilità. Il tempo ottimale è individuabile in 1 ora circa*” (DOC337).

⁴⁸ DOC359.

⁴⁹ Itinera: “*la durata sopra indicata in 1 ora, [...] è quella massima teorica necessaria affinché il conglomerato bituminoso non perda le sue caratteristiche necessarie, senza le quali il conglomerato stesso non potrebbe più essere utilizzato, necessitando il suo smaltimento e nuova produzione. Pertanto, nell'arco temporale di 1 ora, occorre che si esauriscano, oltre al trasporto, anche lo scarico del materiale in situ e le operazioni per la sua stesa*” (DOC336); Sintexcal: “*da un punto di vista tecnico, il limite massimo di trasporto del conglomerato bituminoso per la stesa dell'asfalto è generalmente individuato in circa 1 ora dal momento in cui viene prodotto. Questo limite tecnico è dovuto al fatto che il conglomerato bituminoso deve essere posato a determinate temperature: il conglomerato bituminoso è prodotto in consegna all'impianto a 160-170 gradi e deve essere posato a una temperatura non inferiore a 150 gradi, laddove la perdita di calore, al variare delle condizioni atmosferiche, oscilla tra i 20 e i 30 gradi l'ora*” (DOC338 e DOC423). Itinera ha successivamente (in occasione delle memorie finali) osservato che in prossimità del limite temporale di circa un'ora e mezza (intercorrente tra la produzione e la stesa del conglomerato) sussistono elevati rischi relativi ad una cattiva qualità della stesa e della compattazione del conglomerato. (DOC427).

⁵⁰ Itinera: “*da un punto di vista tecnico, il limite massimo di trasporto del conglomerato bituminoso per la stesa dell'asfalto è generalmente individuato in circa 1 ora di percorrenza, che corrisponde ad una distanza di circa 80-100 km in autostrada [...]*” (DOC336).

⁵¹ Sintexcal: “*In media risulta economica la percorrenza di 70-80km*” (DOC35) e “*non è possibile utilizzare impianti che si collochino ad una distanza superiore agli 80 km rispetto al luogo interessato manutenzione*” (enfasi e sottolineato in originale, DOC423).

⁵² Quantificata come da Itinera in circa 50 km/h su strade extraurbane e circa 75 km/h in autostrada (DOC427); da Sintexcal in circa 45-50 km/h (in sede di audizione e memorie finali, DOC338 e DOC423) e in [75-80] km/h per il Ciclo Extraurbano e [45-50] Km/h per il Ciclo Urbano (nelle “*schede di analisi*” dei prezzi inviate alla stazione appaltante ai fini della giustificazione della non anomalia dell'offerta nelle Gara Servizi n. 1/2019, DOC312). Impresa Bacchi ha al riguardo osservato che la velocità di trasporto “*per evidenza empirica non si attesta sempre sugli 80 km/h*” e ha prodotto la risposta di SITEB a una richiesta di informazioni di Impresa Bacchi sul tempo di trasporto del conglomerato bituminoso (in genere), nella quale SITEB osserva che “*la velocità media [dei camion con bilico] si aggira sui 50-55 km/ora*” evidenziando tuttavia come ci sono poi notevoli differenze “*tra cantiere a cantiere, tra territorio pianeggiante o montuoso, oppure tra strade veloci o strade lente*” e che “*molto dipende anche dal tipo di traffico che si incontra nelle varie ore del giorno*” (DOC420): nel caso di specie, in cui i lavori di manutenzione ordinaria sono realizzati in autostrada e in orario notturno in una situazione di traffico molto ridotto, con impianti delle parti tutti localizzati in aree extraurbane in prossimità di ingressi in tangenziale/autostrada, la velocità media è quindi certamente superiore a quella di 50-55 km/ora indicata SITEB. Il limite massimo di velocità dei camion con bilico è di 70 km/ora sulle strade extraurbane e 80 km/ora in autostrada.

⁵³ Individuati da Sintexcal (con riguardo a due singoli “casi”) in 19 e 35 minuti (DOC423) e da Itinera in circa 25 minuti (DOC427).

produzione e la posa del conglomerato (non di 1 ora ma) di più di 2 ore per Sintexcal⁵⁴ e tra un'ora e mezza e oltre 2 ore per Itinera⁵⁵.

29. Quanto al limite massimo di trasporto del conglomerato bituminoso nel contesto dei servizi di manutenzione autostradale (realizzati di notte in condizioni di traffico ridotto e con tracciati di percorrenza dei camion prevalentemente in autostrada), come sopra visto, Sintexcal e Itinera hanno indicato in occasione delle audizioni distanze massime percorribili dai camion con bilico (dall'impianto al luogo di stesa) nell'ordine di 70-80 km⁵⁶ e 80-100 km⁵⁷. Considerando un tempo di carico/scarico di circa 25 minuti⁵⁸ si ha effettivamente che: *i*) una distanza massima di circa 70-80 km risulta compatibile con un tempo tra posa e stesa di circa 1 ora e mezza e una velocità di trasporto media nell'ordine di 65-75 km/h; e *ii*) una distanza massima di circa 90-100 km risulta compatibile con un tempo tra posa e stesa di circa 2 ore e una velocità di trasporto nell'ordine di 60-65 km/h⁵⁹.

30. In base alle evidenze complessivamente raccolte in sede istruttoria, il tempo massimo intercorrente tra la produzione e la stesa del conglomerato bituminoso può quindi essere ragionevolmente individuato tra 1 ora e mezza e 2 ore e la corrispondente distanza di trasporto massima del conglomerato bituminoso almeno nell'ordine di 90 km⁶⁰.

31. Dalle informazioni trasmesse dalla stazione appaltante e dalle risposte alle richieste di informazioni delle imprese attive nel settore è emersa la presenza di numerosi impianti per la produzione di conglomerato bituminoso per la pavimentazione stradale e autostradale nei territori attraversati dalle tratte autostradali in concessione a Milano Serravalle, anche di imprese terze rispetto alle parti⁶¹. Le imprese titolari di impianti

⁵⁴ Si veda il "tempo tra produzione e posa in minuti" di cui all'ultima colonna della tabella, calcolato a partire dai dati di distanza, velocità e tempo medio di carico/scarico indicati da Sintexcal (DOC338 e DOC423):

distanza massima in km	velocità media in km/h	tempo carico/scarico	calcolo del tempo trasporto in minuti	calcolo del tempo tra produzione e posa in minuti
80	47,5	27	101	128

⁵⁵ Si veda il "tempo tra produzione e posa in minuti" di cui all'ultima colonna della tabella, calcolato a partire dai dati di distanza, velocità e tempo medio di carico/scarico indicati (DOC336 DOC427):

distanza massima in km	velocità in km/h	tempo medio carico/scarico	calcolo del tempo trasporto in minuti	calcolo del tempo tra produzione e posa in minuti
tra 80 e 100	tra 50 e 75	25	tra 64 e 120	tra 89 e 145

⁵⁶ DOC35. Dichiarazione poi ribadita anche nelle memorie finali (DOC423 cit.).

⁵⁷ DOC336.

⁵⁸ In linea con quanto indicato da Itinera (circa 25 minuti DOC427), SITEB (25-30 minuti, DOC420) e da Sintexcal (19-35 minuti, DOC423)

⁵⁹ Si tratta di dati di velocità in linea con quelli indicati dalle parti e anche ampiamente inferiori al limite di velocità massimo di 80 km/h dei camion con bilico in autostrada (dove avviene in prevalenza il trasporto del conglomerato bituminoso per la manutenzione autostradale).

⁶⁰ Si tratta di una valutazione conservativa e in linea con il complesso delle informazioni raccolte in sede istruttoria, considerato che in una 1 ora e 45 minuti circa (tolti 25 minuti per il carico scarico) ad una velocità media di circa 68 km orari si percorrono 90 km. Si vedano anche i calcoli in ultimo prodotti da Itinera che confermano come in circa 1 ora e mezza (1,40) risulta ordinariamente percorribile una distanza di circa 90 km (86 km, ad una velocità media di 69 km/h), DOC427.

⁶¹ La stazione appaltante ha, in particolare, prodotto un elenco di impianti di produzione di conglomerato bituminoso ritenuti compatibili con la partecipazione alla gara: si tratterebbe di 18 impianti, la cui proprietà è attribuibile a 15 imprese tra cui anche Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi (DOC6).

Le risposte alle richieste di informazioni inviate a 14 imprese concorrenti delle parti che avevano partecipato alle precedenti procedure di gara per la manutenzione autostradale indette da Milano Serravalle nel 2016 confermano la presenza di numerosi

per la produzione di conglomerato sono di regola disponibili anche per la fornitura a terzi del conglomerato bituminoso⁶².

32. Le parti hanno indicato di avvalersi anche di forniture di conglomerato da impianti di soggetti terzi con riguardo ai lavori di manutenzione delle pavimentazioni autostradali sulle tratte autostradali maggiormente distanti dai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso e che è altresì prassi del settore indicare nelle relazioni tecniche a supporto dell'offerta anche impianti di produzione di conglomerato bituminoso di imprese terze (che è poi plausibile, ma non necessariamente detto, siano utilizzati in sede di esecuzione dell'appalto⁶³). Anche la stazione appaltante Milano Serravalle ha confermato che è prassi per

impianti per la produzione di conglomerato bituminoso idoneo alla pavimentazione autostradale, con particolare riguardo al territorio della regione Lombardia, dove risultano prevalentemente localizzate le imprese destinatarie della richiesta di informazioni. Risulta infatti che 12 delle 13 imprese che hanno risposto hanno la disponibilità di uno o più impianti per la produzione di conglomerato bituminoso idoneo alla pavimentazione autostradale (DOC293-297, DOC300-305, DOC309, DOC313).

Anche le risposte delle parti in ordine alle procedure di gara per i lavori/servizi di manutenzione delle pavimentazioni autostradali partecipate dalle società nel triennio 2018-2020 (nelle Regioni Lombardia, Piemonte e Emilia Romagna) confermano la presenza di numerosi impianti di terzi anche nei territori attraversati dalle tratte autostradali in concessione a Milano Serravalle.

Impresa Bacchi ha, ad esempio, indicato la disponibilità di vari impianti di terzi per la fornitura di conglomerato (anche esterni all'eventuale RTI). Si tratta di Boccenti Giovanni & figli srl (PC), Centro Bitumati 2000 srl (BG), Emiliana conglomerati spa (RE, PR e PC), Franzosi Cave Srl (AL), C.M. Strade srl (AT), S.a.m. spa (CN), Cave Germaire spa (TO), Beton Candeco Srl (VC), Portalupi Carlo spa (AL), I.c.e.s. srl (UD), nonché di Sintexcal e Itinera (DOC306 e DOC311).

In senso analogo, Sintexcal ha indicato quali imprese titolari di impianti per la fornitura di conglomerato le seguenti: Italmixer srl (VR), Asfalti Legnago srl (VR), Soave Edilstrade srl (VR), Emiliana Conglomerati spa (RE, PR e PC), Turchi Cesare srl (MO), Co-ba Conglomerati Barberinese srl (FI), Superbeton spa (PD), Asfalti busco 1 srl (RO), Icr srl (FC), Cooperativa Trasporti Imola srl (BO), Socob Cesena srl (FC), Boscarini Costruzioni srl (PU), Costruzioni nasoni srl (PU), Incobit sud srl (AN), Adriatica bitumi srl (FG), Asfaltermo srl (PE), Conglomeratidue s.r.l. (PE), Appalti Engineering srl (CH), Tecnoasfalti srl (BO), Marinelli Umberto srl (CH), Centro Bitumati 2000 srl (BG), Sip spa (PR), Tra.ma srl (TO), Ecobit strade srl (GE), Co.ma.c. srl (GE), Genova bitumi srl (GE), Vaccari Antonio Giulio spa (VI), Brillada Vittorio & C. snc (TO), Massano srl (CN), S.a.m. spa (CN), Allara spa (AL) Cava San Pietro snc (GE), Cave Marchisio spa (SV), Movibit srl (AL), Icoso spa (CN), N.G.F. srl (AL), Pavitecna srl (GE) Giudici spa (BG), Civelli costruzioni srl (VA), Sangalli spa (BG), Ets srl (VC), Co-bit conglomerati bituminosi spa (VA), Impianti Cave Romagna srl (RN), Costruzioni Stradali B.g.f. srl (AO), So.ge.co. srl (TO), Bitux spa (TO), Cave Druento srl (TO), Beton Candeco srl (VC), Sogno fratelli e figli srl (VC), Impresa de Giuliani srl (NO), C.e.s.i.a.f. srl (AL), Itinera e Impresa Bacchi (DOC307). Anche Itinera ha indicato di avere fatto ricorso alla fornitura di conglomerato di imprese terze per realizzare le commesse, si tratta delle imprese: Emiliana conglomerati s.p.a. (RE, PR e PC), Ets s.r.l. (VC), Sintexcal, Interstrade (acquisita da Itinera nel 2018), Impresa Bacchi (DOC308). In occasione della partecipazione di Itinera a una gara ASPI del 2017 per lavori di manutenzione delle pavimentazioni autostradali Itinera ha indicato di avere la disponibilità di una serie di impianti di terzi per la produzione del conglomerato bituminoso: Sip s.p.a. (PR), Musi Armando e Figlio s.r.l. (PR), Boccenti Giovanni & Figli s.r.l. (PC), Interstrade, Panni s.r.l. (BS), SB Project s.r.l. (BG), Centro Bitumati 2000 s.r.l. (MI), Cobit s.p.a. (VA), Sintexcal (DOC341).

⁶² Cfr. nota sopra e DOC306, DOC311, DOC307 e DOC308.

⁶³ DOC 336, DOC337 e DOC338. Itinera ha precisato altresì che *“la procedura interna prevede il ricorso all'ufficio acquisti e, in funzione delle necessità produttive, si procede all'acquisizione di forniture di conglomerato da impianti di terzi. [...] i lavori di manutenzione delle pavimentazioni autostradali sulla autostrada A7 (oggetto della Gara servizi n. 1/2019 di cui al procedimento 1845), così come quelli relativi all'autostrada A4 Milano-Torino e alla A33 Asti Cuneo, sono svolti facendo ricorso solo a impianti di proprietà. Per le altre tratte (infragruppo e non) vi può essere anche il ricorso a forniture di conglomerato da impianti di terzi. Ciò avviene in particolare per le aree di Piacenza e Parma”* (DOC336); Sintexcal ha invece osservato che *“per poter partecipare ad un appalto per la pavimentazione autostradale è necessario disporre di capacità produttiva idonea a rifornire di conglomerato tutte le tratte interessate dall'appalto: pertanto, le stazioni appaltanti richiedono la disponibilità, che non corrisponde al subappalto, di più impianti produttivi, in grado di soddisfare la domanda per la realizzazione della commessa. Ad esempio, nel caso della A26 che ha un tracciato molto lungo che va dalla Liguria all'alto Piemonte, Sintexcal pur disponendo di due impianti produttivi in provincia di Torino (Torino e Piobesi Torinese) e uno a Cavaglià non riesce comunque a coprire in autonomia tutte le tratte e la capacità produttiva richiesta dalla stazione appaltante. In contesti di questo tipo quindi Sintexcal può decidere di partecipare in RTI all'appalto o chiedere la disponibilità di impianti di terzi per soddisfare le richieste della stazione appaltante. [...] più in generale, nelle gare per la pavimentazione autostradale sia una prassi del settore indicare nelle relazioni tecniche a supporto dell'offerta anche impianti di produzione di conglomerato autostradale di imprese terze. [...] è poi plausibile, ma non necessariamente detto, che in sede di esecuzione dell'appalto si ricorra all'utilizzo effettivo degli impianti dei terzi indicati nell'offerta”* (DOC338); Impresa Bacchi ha rilevato che: *“[...] ad esempio, che nel caso della procedura di gara ASPI in cui il tronco autostradale interessava la tratta da Parma fino a Varese e Bergamo, non riuscendo a raggiungere distanze così lontane tramite il trasporto del conglomerato dal proprio impianto si è deciso di partecipare in RTI con altre imprese per soddisfare l'appalto. Un altro esempio sono gli appalti per la pavimentazione aeroportuale di Linate e Malpensa. In questo caso Impresa Bacchi ha una localizzazione molto favorevole dell'impianto rispetto all'aeroporto di Linate e, se l'intervento è di notte, ha la possibilità di approvvigionare in autonomia il*

gli operatori del settore fare ricorso a impianti di produzione del conglomerato bituminoso e forniture di conglomerato bituminoso di imprese terze per partecipare a procedure di appalto di lavori di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, con cantieri d'esecuzione dei lavori anche distanti dai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso⁶⁴.

33. La domanda delle attività di manutenzione autostradale è rappresentata dalle concessionarie autostradali cui si applica il d.lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici) e, anche alla luce delle previsioni di cui all'art. 177 del codice dei contratti pubblici, le concessionarie, quando si rivolgono a imprese terze per l'affidamento dell'appalto delle attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, realizzano procedure di gara pubblica⁶⁵, di regola qualificate come gare per l'affidamento di lavori. La prassi di settore di qualificare le procedure di affidamento delle attività di manutenzione delle pavimentazioni stradali bandite dalle concessionarie autostradali (tra cui anche Autostrade per l'Italia S.p.A.) come appalti di lavori (piuttosto che di servizi) emerge in particolare anche dalle informazioni trasmesse dalle parti in ordine alle gare per la manutenzione di pavimentazioni autostradali partecipate da Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal nel triennio 2018-2020 nel territorio del Nord Italia⁶⁶.

34. Le imprese attive a livello nazionale o pluriregionale nella manutenzione delle pavimentazioni autostradale sono individuabili in un numero limitato di imprese medio grandi, cui si affiancano imprese di minori dimensioni prevalentemente attive a livello locale⁶⁷. Il settore risulta essersi concentrato dal 2016 ad oggi⁶⁸.

35. Nel territorio interessato dalla gara oggetto del presente procedimento (regioni Lombardia e Piemonte), e più in generale nel nord-Italia, le principali imprese concorrenti sono individuabili in Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, parti del procedimento, cui si affiancano diverse imprese di minori dimensioni⁶⁹. In

conglomerato anche per l'aeroporto di Malpensa. Impresa Bacchi ha comunque preso accordi anche con imprese terze (costituendo una RTI con Itinera) in modo da avere una disponibilità ulteriore di conglomerato per soddisfare la commessa con riguardo all'aeroporto di Malpensa" (DOC337).

⁶⁴ DOC359. Milano Serravalle ha al riguardo altresì precisato che anche *"la localizzazione dei mezzi di produzione [per la fresatura e la posa del conglomerato] non costituisce un impedimento [alla partecipazione a procedure di gara anche distanti dalla propria sede produttiva], considerato che si possono comunque spostare in un deposito o parcheggio prossimo al cantiere/cantieri dove via via sono eseguiti i lavori"*.

⁶⁵ DOC336, DOC337, DOC338. Sintexcal ha anche osservato che nei territori delle regioni Lombardia e Piemonte *"la domanda di servizi di pavimentazione autostradale è sempre stata abbondante e che il mercato si è ulteriormente aperto a seguito della modifica dell'art. 177 del codice dei contratti (nel gennaio 2016), con l'innalzamento dal 60% all'80% della quota di lavori, servizi e forniture che le concessionarie autostradali sono obbligate ad esternalizzazione a terzi con procedure di evidenza pubblica"* (DOC338).

⁶⁶ DOC306, DOC311, DOC307 e DOC308.

⁶⁷ Itinera: *"si tratta di un settore molto specializzato in cui operano poche imprese"* (DOC336); Impresa Bacchi: *"le imprese che svolgono attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali devono disporre di un particolare know how, anche considerata la necessità di svolgere gli interventi con modalità operative, in grado di assicurare sia la qualità che la sicurezza dei lavori"* (DOC337); SITEB: *"Il lavoro in autostrada tuttavia richiede una maggior organizzazione d'impresa e adeguate attrezzature anche per operare di notte"* (DOC347). Cfr. anche DOC306, DOC311, DOC307, DOC308, DOC312, DOC323.

⁶⁸ Itinera: *"la situazione e la struttura dell'offerta è mutata dal 2016 ad oggi, risultando il settore più concentrato in ragione del fatto che numerose imprese, sia medie sia piccole, attive nell'offerta di servizi/lavori di pavimentazione autostradale hanno cessato l'attività"* (DOC336).

⁶⁹ Itinera: *"nel territorio [regioni Lombardia, Piemonte, Liguria e Emilia Romagna (area di Parma e Piacenza) dove opera Itinera] le imprese attive sono di fatto solo Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi e un operatore di minori dimensioni (Vitali) [...]"* (DOC336); Impresa Bacchi: *"le imprese attive nella manutenzione delle pavimentazioni autostradali non sono molte e che i principali concorrenti di Impresa Bacchi sono individuabili in Itinera, Sintexcal e, in misura minore, Vitali. Rispetto a Impresa Bacchi sia Itinera che Sintexcal hanno una dimensione e una capacità logistica maggiore. Vitali, pur avendo dimensioni anche maggiori rispetto a Impresa Bacchi, non aveva tuttavia i requisiti di esperienza pregressa per partecipare alla Gara n 1/2019, laddove inoltre, come detto, il know how per svolgere lavori in autostrada è diverso da quello dei lavori stradali e va oltre alla sola*

particolare, Itinera è il principale operatore del settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali⁷⁰, a livello sia nazionale sia del nord-Italia, con un'area di attività estesa ai territori delle regioni Piemonte, Lombardia, Liguria e Emilia-Romagna (quest'ultima limitatamente a Parma e Piacenza)⁷¹; Sintexcal si colloca tra i primi cinque operatori a livello nazionale e tra i primi tre nella regione Lombardia⁷², con un'area di operatività che interessa il territorio delle regioni Piemonte, Lombardia, Emilia-Romagna, Marche e Lazio⁷³; l'area di attività di Impresa Bacchi interessa le regioni Piemonte, Lombardia e Emilia-Romagna⁷⁴.

B. La Gara Servizi n. 1/2019

36. La Gara Servizi n. 1/2019 era articolata su tre lotti funzionali e prestazionali, di analogo valore a base d'asta (circa 9,8 milioni di euro "a misura"⁷⁵, con durata dell'appalto di 36 mesi), distinti in base alle diverse tratte autostradali della rete in concessione a Milano Serravalle⁷⁶. In maggior dettaglio, i servizi di manutenzione delle pavimentazioni stradali che hanno formato oggetto di appalto consistono in: *i*) fresatura di massicciata stradale eseguita con mezzi meccanici; *ii*) stesa di conglomerati bituminosi; *iii*) segnaletica stradale orizzontale; *iv*) segnaletica di cantiere⁷⁷.

37. La procedura prevedeva, tra l'altro:

- a) un vincolo di aggiudicazione al massimo di un solo lotto dei tre messi a gara⁷⁸;

disponibilità tecnica di mezzi e impianti idonei alla pavimentazione autostradale" (DOC337); Sintexcal: *"le imprese più strutturate che operano nel territorio [del nord-Italia] che fa perno su Milano sono - oltre a Sintexcal, Impresa Bacchi e Itinera - Favini, Sangalli, Colombo Severo, Milesi, Vitali e Civelli"* e che nel territorio del nord Italia vi sono *"diversi concorrenti"* tra cui *"Superbeton, Preve Costruzioni (nel nord ovest) e Frantoio Fondovalle, Cooperativa Braccianti Riminese e Pesaresi Giuseppe (queste ultime verso l'Emilia). È un mercato non molto concentrato in cui sono 5 o 6 gli operatori maggiori"* (DOC338).

⁷⁰ Itinera: *"Itinera è, in particolare, l'impresa di maggiori dimensioni per questo tipo di attività, sia nelle richiamate regioni sia nel contesto nazionale [...] L'attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali è importante per Itinera anche in relazione alle attività svolte in favore delle concessionarie autostradali del gruppo di riferimento ASTM, oltre che come attività svolta nei confronti di concessionarie terzi in esito a procedure di gara"* (DOC336).

⁷¹ DOC336. In occasione dell'attività ispettiva Itinera ha in senso analogo rilevato che *"con riguardo ai servizi di manutenzione ordinaria autostradale, Itinera partecipa a gare solo nel Nord Italia (Lombardia, Piemonte, Liguria e parte dell'Emilia Romagna)"* (DOC120).

⁷² *"A livello nazionale, Sintexcal si colloca tra i primi cinque operatori (insieme a Pavimental, Itinera, Grigolin/Superbeton), mentre a livello regionale in Lombardia rientra tra le prime tre imprese del settore"* (DOC35). Si osserva in questo contesto che Pavimental opera solo a favore della concessionaria del gruppo di riferimento Autostrade per l'Italia S.p.A. ("ASPI").

⁷³ DOC338.

⁷⁴ DOC337.

⁷⁵ In particolare, all'art. 8 del Capitolato Speciale era previsto che *"tutti i servizi suscettibili di misurazione saranno valutati con le norme di cui al presente capitolato e compensati a misura con i prezzi unitari previsti in elenco prezzi contrattuali, al netto del ribasso offerto dall'impresa"*, DOC369.

⁷⁶ LOTTO A: Servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sulle Tangenziali Est A51 e Nord A52 di Milano e pertinenze; LOTTO B: Servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sull'Autostrada A7, raccordo e pertinenze; LOTTO C: Servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sulla Tangenziale Ovest A50 di Milano e pertinenze.

⁷⁷ Della procedura è stato dato avviso grazie alla pubblicazione del bando in G.U.U.E. l'11 febbraio 2019 e in G.U.R.I. il 13 febbraio 2019, nonché sul sito della committente e su due testate giornalistiche nazionali.

⁷⁸ Nel disciplinare di gara era al riguardo indicato che *"Considerato che il periodo di esecuzione delle attività manutentive può essere il medesimo per ogni lotto funzionale, con possibile coincidenza temporale, si evidenzia che il numero massimo di lotti che Milano Serravalle aggiudicherà al medesimo operatore economico è 1. In caso di conseguimento del miglior punteggio in due o più lotti, l'operatore economico si aggiudicherà solo quello di maggior importo a base di gara"*. La stazione appaltante si riservava la facoltà di aggiudicare più lotti a una medesima impresa, per il caso in cui il medesimo operatore economico fosse risultato il primo in graduatoria per più lotti e l'unico concorrente in gara (DOC1). Cfr. anche DOC8, laddove la stazione appaltante ha precisato, con riguardo al limite di aggiudicazione di un solo lotto, che questo ha il vantaggio di *"evitare che l'impresa non riesca a rispettare i tempi di intervento imposti dal capitolato e/o dalle offerte presentate in sede di gara in casi di interventi simultanei su più tratte"*;

- b) la richiesta di indicare già in sede di offerta la ragione sociale della eventuale terna di subappaltatori (ai sensi della disciplina al tempo vigente *ex art. 105, co. 6, del d.lgs. n. 50/2016*)⁷⁹;
- c) l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (massimo 30 punti per l'offerta economica e 70 punti per l'offerta tecnica);
- d) requisiti di capacità economico-finanziaria individuati in: *i)* un fatturato specifico medio annuo nel settore oggetto dell'appalto, riferito agli ultimi tre esercizi, non inferiore a circa 3,3 milioni euro; *ii)* l'esecuzione di un servizio analogo a quello oggetto di affidamento, su autostrade e strade extraurbane principali, per un importo minimo pari al 30% della base d'asta; in caso di partecipazione a più lotti, l'operatore doveva dichiarare e comprovare i requisiti di capacità economico-finanziaria solo per il lotto di importo maggiore⁸⁰;
- e) la richiesta, nel contesto dei requisiti di capacità tecnica e professionale, della disponibilità di un doppio impianto di produzione di conglomerato bituminoso (con assenza di divieto di produzione in orario notturno) e della disponibilità di una doppia attrezzatura di fresatura e di stesa (finitrice e rullo)⁸¹ (con requisiti invariati in caso di partecipazione a più lotti).

38. Nella tabella che segue è riportato l'esito della procedura in termini di partecipanti, ribassi presentati in sede di offerta economica, punteggio economico e tecnico attribuito, impresa aggiudicataria e dichiarazioni in merito alle imprese subappaltate, con riguardo a ciascuno dei tre lotti a gara (cfr. Tabella 2).

laddove l'aggiudicatario infatti è il medesimo su tratte diverse e la Stazione Appaltante richiede interventi manutentivi contestuali le imprese hanno mostrato in passato difficoltà a rendere la prestazione".

⁷⁹ All'art. 9 ("Subappalto") del disciplinare di gara si legge "L'operatore economico indica all'atto dell'offerta le parti del servizio che intende subappaltare o concedere in cottimo nei limiti del 30% dell'importo complessivo del contratto, in conformità a quanto previsto dall'art. 105 del Codice; **in mancanza di tali indicazioni il subappalto è vietato.** L'operatore economico è tenuto ad indicare nell'offerta obbligatoriamente tre subappaltatori per ciascun Lotto al quale intende partecipare. Non costituisce motivo di esclusione ma comporta, per l'operatore economico, **il divieto di subappalto:**

- l'omessa dichiarazione della terna;
- l'indicazione di un numero di subappaltatori inferiore a tre;
- l'indicazione di un subappaltatore che, contestualmente, concorra in proprio alla gara.

È consentita l'indicazione dello stesso subappaltatore in più terne di diversi concorrenti.

L'operatore economico indica, ai sensi dell'art. 105 comma 6 del Codice, una terna di subappaltatori con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea" (grassetto in originale).

All'art. 14.2 ("Documento di gara unico europeo") del disciplinare di gara era inoltre richiesto, in caso di ricorso al subappalto, il deposito in sede di offerta anche del DGUE (Documento di Gara unico Europeo) a firma del subappaltatore (ciascun soggetto che compila il DGUE doveva inoltre redigere e compilare nel Portale della stazione appaltante una dichiarazione integrativa in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del codice dei contratti).

⁸⁰ Cfr. l'art. 7.2.2 del disciplinare ("Requisiti di capacità economica e finanziaria").

⁸¹ Cfr. art. 7.3 del disciplinare ("Requisiti di capacità tecnica e professionale").

Tabella 2 – Gara Servizi n. 1/2019

Lotto	Importo base*	Partecipanti	Ribasso	Punteggio economico	Punteggio tecnico	Aggiudicatario	Subappalti
LOTTO A A51/A52 tangenziali est e nord	9,85 milioni di euro	Sintexcal	22,93%	30/30	63/70	Sintexcal	- Fresatura: Itinera, Impresa Bacchi, Tecnofrese, Cogeis - Stesa conglomerati: Itinera, Impresa Bacchi, Tecnofrese, Cogeis - Segnaletica cantieri: Ots-on the street, Consorzio Servizi Eurojob, Sanguglielmo - Segnaletica stradale: Consorzio Servizi Eurojob; Se.Str, Sias
LOTTO B A7	9,80 milioni di euro	Itinera	20,00%	30/30	70/70	Itinera	- Fresatura: Sintexcal, Tecnofrese e Italfrese - Stesa conglomerati: Sintexcal, Impresa Bacchi, Cogepi - Segnaletica cantieri: Ots-on the street, Consorzio Servizi Eurojob, Sanguglielmo - Segnaletica stradale: SEA, Se.Str, Eurostrade
LOTTO C A50 tangenziale ovest	9,75 milioni di euro	Impresa Bacchi	25,65%	30/30	68/70	Impresa Bacchi	- Fresatura: Itinera, Sintexcal, Tecnofrese - Stesa conglomerati: Itinera, Sintexcal, Tecnofrese - Segnaletica cantieri: Ital Sem, Simos, Sanguglielmo - Segnaletica stradale: Ital Sem, Simos, Sanguglielmo

* Comprensivo degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.
Fonte: Informazioni di Milano Serravalle DOC1 e DOC4.

C. Le evidenze acquisite con riferimento alle condotte delle parti nella Gara Servizi n. 1/2019

39. Gli elementi informativi acquisiti in ordine alla Gara Servizi n. 1/2019 evidenziano significative anomalie nelle modalità di partecipazione alla procedura da parte di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, sintomatiche della presenza di una concertazione illecita tra le parti, finalizzata alla ripartizione dei lotti a gara e alla eliminazione del reciproco confronto competitivo.

40. Come meglio approfondito nei paragrafi che seguono, le evidenze fattuali acquisite in sede istruttoria dimostrano che:

- le tre imprese hanno partecipato ciascuna ad un unico e differente lotto nonostante avessero la possibilità - sotto il profilo tecnico logistico e economico di ordinaria attività - di svolgere le attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, e di presentare offerte in concorrenza su più lotti a gara;
- la decisione di dichiarare subappalti reciproci tra le imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi ha consentito alle tre imprese di avere una trasparenza *ex ante* con riguardo alle condotte che le medesime tre imprese intendevano tenere nella partecipazione ai tre lotti a gara e, di fatto, assicurato che non vi sarebbero state offerte in concorrenza tra le tre imprese in nessuno dei lotti;
- esistevano valide e numerose imprese terze alternative a Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi ai fini delle dichiarazioni di subappalto;
- nessuna delle tre imprese aggiudicatarie - Impresa Bacchi, Itinera e Sintexcal - ha poi, in concreto, attivato e fatto ricorso ai servizi in subappalto delle altre due imprese;
- i ribassi economici offerti dalle tre imprese sono risultati significativamente inferiori rispetto ai ribassi relativi alle offerte aggiudicate nelle precedenti e analoghe procedure di gara indette da Milano Serravalle (nel 2016 e nel 2013), collocandosi peraltro in un range contenuto;
- le offerte tecniche relative alla sostituzione del conglomerato presentate dalle tre imprese sono risultate identiche per due delle tre imprese o comunque di entità analoga sui tre lotti;
- quanto al requisito di disponibilità di un doppio impianto per la produzione di conglomerato bituminoso, le tre imprese partecipanti hanno indicato, in due casi su tre, di utilizzare oltre al proprio/propri impianto/i anche uno o più impianti delle altre due imprese partecipanti alla procedura.

41. L'attività istruttoria ha altresì evidenziato la presenza di un anomalo comportamento collaborativo tra le imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi e di ripetuti contatti tra le tre imprese, sia nel periodo rilevante intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la scadenza del termine per presentare le offerte sia successivamente, anche al fine dell'interazione con la stazione appaltante Milano Serravalle. Le evidenze acquisite riguardano, in particolare:

- la presenza di numerosi incontri e contatti tra le tre imprese - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - nel periodo rilevante per la definizione delle strategie di partecipazione alla gara, intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la scadenza del termine per presentare le offerte;
- la modifica da parte di Itinera, in tale periodo, della propria strategia iniziale di partecipazione alla gara, che prevedeva la presentazione di una offerta per tutti e tre i lotti a gara, piuttosto che per uno solo dei lotti a gara (come poi avvenuto);
- la collaborazione tra le imprese ai fini della verifica con la stazione appaltante di poter soddisfare - ciascuna individualmente - i requisiti di partecipazione alla gara (ante presentazione delle offerte);
- la concertazione delle condotte da tenersi nei confronti della stazione appaltante anche successivamente alla presentazione delle offerte (con riguardo alle giustificazioni di non anomalia delle offerte e ai costi della sicurezza).

1. Le modalità di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019

a) Sulla partecipazione ad uno solo dei lotti a gara e sugli impianti di produzione del conglomerato

42. La Gara Servizi n. 1/2019 è stata caratterizzata da un grado di partecipazione e concorrenza molto basso. Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi sono state le uniche partecipanti e hanno presentato offerta ciascuna per uno solo dei lotti a gara – senza sovrapporsi – risultando poi aggiudicatarie della procedura. Come si approfondirà in seguito, la decisione delle tre imprese di realizzare subappalti reciproci ha d'altronde consentito a ciascuna delle tre imprese di conoscere, *ex ante*, le condotte delle altre due imprese e escludere,

di fatto, la possibilità per le tre imprese di presentare offerte in concorrenza per più di uno dei lotti a gara, assicurando la non sovrapposizione delle offerte.

43. Tutte e tre le imprese hanno affermato in sede ispettiva - e confermato in occasione delle successive audizioni - di avere deciso di presentare offerta solo per il lotto per il quale si trovavano nella condizione più favorevole sulla base di ragioni di convenienza economica e di vantaggio logistico in termini di vicinanza degli impianti di produzione del conglomerato bituminoso al luogo di esecuzione del servizio⁸².

44. L'attività istruttoria ha tuttavia evidenziato che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi: *i)* non limitavano e non limitano la propria area di operatività e di partecipazione concorrenziale alle gare per lavori di manutenzione in aree strettamente limitrofe ai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso; *ii)* disponevano, in ogni caso, di impianti propri a distanze inferiori o nell'ordine di 90 km rispetto a più di una delle tratte oggetto dei tre lotti della Gara Servizi n. 1/2019; *iii)* avevano la possibilità di avvalersi, come è prassi del settore, anche di impianti di imprese terze.

45. Nei successivi paragrafi si riporteranno, in particolare, una serie di elementi in fatto circa:

- l'area geografica di operatività delle tre imprese, come anche testimoniata dalle dichiarazioni di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi e dalle informazioni relative alla partecipazione delle tre imprese ad altre gare per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel nord-Italia;
- i tempi di percorrenza dagli impianti delle parti alle tratte autostradali oggetto del servizio di manutenzione di cui ai tre lotti della Gara Servizi n. 1/2019;
- la presenza di impianti di terzi per la produzione di conglomerato bituminoso di cui le imprese si sarebbero comunque potute avvalere;
- le condotte delle imprese in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 con riguardo alle dichiarazioni di disponibilità degli impianti per la produzione di conglomerato bituminoso.

L'area geografica di operatività delle tre imprese e le evidenze relative alla partecipazione ad altre gare

46. Avuto riguardo all'area geografica di operatività di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, l'attività istruttoria ha evidenziato che tali imprese non limitano la propria area di operatività e di partecipazione concorrenziale alle gare ad un raggio di soli 70-80 km di distanza dai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso (che corrisponde all'ipotesi più restrittiva di operatività tecnica degli impianti sostenuta dalle parti).

47. Itinera, come sopra visto, è una delle principali - se non la più rilevante impresa - attiva in Italia nel settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali ed opera efficacemente, come dalla stessa anche affermato, su un territorio multiregionale (Lombardia, Piemonte, Liguria e Emilia Romagna, quest'ultima limitatamente alle province di Parma e Piacenza)⁸³. Itinera ha al riguardo anche dichiarato, nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara Servizi n. 1/2019, che *“La società esegue tutt'ora così come in passato interventi di tipologia analoga a quelli previsti in appalto sulla rete autostradale comparto nord Italia (A4 - A5 - A6 - A7 - A8 - A9 - A10 - A12 - A21 - A32 - A33 - A35). L'attuale dislocamento di cantieri condotti da ITINERA nel nord Italia, ed in particolare nella zona*

⁸² Cfr. 0 A. Sulla presentazione dell'offerta per uno solo dei lotti a gara e sugli impianti per la produzione di conglomerato bituminoso. Si osserva inoltre che tutte e tre le imprese erano in grado di presentare offerta su più lotti, avuto riguardo ai requisiti economici e finanziari, anche considerato che le regole di gara prevedevano che *“In caso di partecipazione a più lotti, l'operatore economico dovrà dichiarare e successivamente comprovare il requisito relativo al lotto di importo maggiore”* (laddove nel caso di specie i tre lotti avevano tutti importi analoghi, nell'ordine dei 9,8 milioni di euro), DOC1 (disciplinare).

⁸³ Cfr. § 0 A. Il settore.

di Milano, e l'ubicazione dei propri magazzini (Tortona) e depositi temporanei (casello Bereguardo) lungo la tratta autostradale A7 Milano-Serravalle, risulta molto vantaggioso per i trasferimenti dei propri mezzi e personale in termini di tempo e costi, soprattutto nel caso di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria e di sostituzione delle risorse” (sottolineato aggiunto)⁸⁴.

48. Anche Sintexcal è uno dei principali operatori nazionali del settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali e ha indicato che l'operatività della società è estesa al territorio delle regioni Piemonte, Lombardia, Emilia-Romagna, Marche e Lazio⁸⁵. In senso analogo, la società ha dichiarato, nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara Servizi n. 1/2019, che “Sintexcal si occupa di progettare, produrre, testare e costruire infrastrutture stradali in buona parte del territorio italiano [...] può contare su una rete capillare di siti produttivi [...] dispone di un ampio parco macchine” e che “controlla direttamente o tramite proprie controllate 11 impianti di produzione siti in Piemonte [3 impianti], Lombardia [2 impianti], Emilia Romagna [2 impianti], Marche [2 impianti] e Lazio [12 impianti]”⁸⁶.

49. Quanto infine a Impresa Bacchi, la società ha indicato che l'area di attività dell'impresa interessa le regioni Piemonte, Lombardia e Emilia-Romagna⁸⁷ ed ha altresì dichiarato, nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara servizi n. 1/2019, che “L'impresa è attualmente leader nel settore delle costruzioni infrastrutturali stradali, aeroportuali e ferroviarie”, ricopre una “posizione di rilievo nel contesto attuale del mercato nazionale” e “possiede una vasta attrezzatura e vanta un parco macchine di proprietà [...] che le consente di operare in modo autonomo in tutti i cantieri. Impresa Bacchi ha eseguito interventi di tipologia analoga a quelli previsti in appalto sulla rete autostradale comparto nord Italia (A1-A4-A7-A8-A9-A50-A50-A52)” (sottolineato aggiunto)⁸⁸.

50. La circostanza che le tre imprese siano tutte, storicamente e efficacemente, attive nel territorio delle regioni Lombardia e Piemonte – interessato dalle tratte in concessione a Milano Serravalle oggetto della Gara Servizi n. 1/2019 – è confermata anche dalle informazioni trasmesse da Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi sulla partecipazione alle gare per i lavori/servizi di manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel triennio 2018-2020 (nelle Regioni Lombardia, Piemonte e Emilia Romagna). Infatti, tutte e tre le società hanno partecipato e si sono aggiudicate numerose e/o importanti gare nei territori interessati dal tracciato delle tratte autostradali in concessione a Milano Serravalle, nelle regioni Lombardia e Piemonte (sia in forma individuale sia in ATI, anche con imprese terze rispetto alle parti)⁸⁹.

51. Si rileva inoltre che nelle precedenti procedure di gara indette da Milano-Serravalle nel 2016 (con analoghe basi d'asta e per le medesime tratte autostradali) sia l'ATI Itinera/Impresa Bacchi che Sintexcal avevano presentato offerta sia per la tratta A50 che per la tratta A51/A52; Interstrade⁹⁰, successivamente acquisita da Itinera, aveva invece presentato offerta per la tratta A7. Sintexcal ha anche sostenuto che “da allora [gara del 2016] Sintexcal ha effettuato investimenti che l'hanno resa più autonoma nell'esecuzione

⁸⁴ DOC129.

⁸⁵ Cfr. § 0 A. Il settore.

⁸⁶ DOC312. Cfr. anche DOC6 (Relazione tecnica Sintexcal).

⁸⁷ Cfr. § 0 A. Il settore.

⁸⁸ DOC311.

⁸⁹ DOC308 (Itinera); DOC307 e DOC323 (Sintexcal); DOC306 e DOC311 (Impresa Bacchi).

⁹⁰ DOC6.

del servizio”⁹¹. Nelle Gare Lavori del 2013 Itinera e Impresa Bacchi avevano presentato offerta individuale (in concorrenza tra loro) per tutti e tre i lotti a gara⁹².

Tabella 3 – Gare Lavori 2016⁹³

<i>Gara /tratta</i>	<i>Importo base*</i>	<i>Partecipanti</i>	<i>Aggiudicatario</i>	<i>Ribasso</i>
A51/A52	9,85 mln euro	13 partecipanti ⁹⁴ tra cui Itinera e Impresa Bacchi in RTI e Sintexcal individualmente	RTI Itinera/ Impresa Bacchi	46,05%
A7	9,8 mln euro	5 partecipanti ⁹⁵ , tra cui Interstrade	Interstrade (poi acquisita da Itinera)	42,24%
A50	9,80 mln euro	10 partecipanti ⁹⁶ , tra cui Itinera e Impresa Bacchi in RTI e Sintexcal individualmente	RTI Itinera/ Impresa Bacchi	45,05%

* Comprensivi degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

Fonte: Informazioni di Milano Serravalle DOC6.

⁹¹ DOC35.

⁹² Le precedenti procedure di gara svoltesi nel 2016 e nel 2013 erano anch'esse articolate per tratta autostradale e con basi d'asta "a misura" analoghe; non era previsto il vincolo di aggiudicazione al massimo di un solo lotto, trattandosi in entrambi i casi (Gare 2013 e Gare 2016) di tre procedure di gara distinte per le diverse tratte autostradali in concessione a Milano Serravalle (laddove la Gara Servizi n. 1/2019 è invece una procedura unica articolata su tre lotti), né requisiti di partecipazione in termini di fatturato, quanto piuttosto di SOA, considerato che gli appalti erano stati qualificati come "di lavori" e non "di servizi". Il criterio di aggiudicazione delle Gare 2016 era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (come nella Gara Servizi n. 1/2019 ma con un peso paritetico 50/50 tra offerta economica e offerta tecnica), mentre le Gare 2013 sono stata aggiudicate al massimo ribasso. Cfr. anche DOC41-43 e DOC48-50.

⁹³ "Gara Lavori n. 3/2016" (A50), "Gara Lavori n. 4/2016" (A51/52) e "Gara Lavori n. 5/2016" (A7).

⁹⁴ 1) RTI Itinera/ Impresa Bacchi; 2) Malacrida avc srl; 3) Sintexcal spa; 4) RTI Gini spa/I.c.g. srl/Preve costruzioni spa; 5) Cerutti Lorenzo srl; 6) Sangalli spa; 7) RTI Giudici spa/Civelli costruzioni srl/Impresa Bergamelli srl; 8) RTI Favini costruzioni S.r.l./Suardi spa/Colombo srl/Ronzoni srl/Platti generali srl 9) Impresa Milesi geom. Sergio srl; 10) Berti Sisto & c. lavori stradali spa; 11) RTI Foti srl/Simedil srl; 12) Vitali spa; 13) W.bau srl. Gli operatori dai punti 9) a 13) sono stati esclusi per inadeguatezza dell'offerta tecnica.

⁹⁵ 1) Interstrade (oggi Itinera); 2) RTI Gini spa/I.c.g. srl/Preve costruzioni spa; 3) Vitali spa; 4) RTI Foti srl/Simedil srl; 5) RTI Ap costruzioni srl/Arkedil srl. Gli operatori ai punti 4) a 5) sono stati esclusi per inadeguatezza dell'offerta tecnica.

⁹⁶ 1) RTI Itinera/ Impresa Bacchi; 2) Malacrida avc srl; 3) Sintexcal spa; 4) RTI Gini spa/I.c.g. srl/Preve costruzioni spa; 5) Cerutti Lorenzo srl; 6) RTI Favini costruzioni S.r.l./Suardi spa/Colombo srl/Ronzoni srl/Platti generali srl; 7) Impresa Milesi geom. Sergio srl; 8) Berti Sisto & c. lavori stradali spa; 9) RTI Foti srl/Simedil srl; 10) Vitali spa . Gli operatori dai punti da 7) a 10) sono stati esclusi per inadeguatezza dell'offerta tecnica.

Tabella 4 – Gare Lavori 2013

<i>Gara/ tratta</i>	<i>Importo base*</i>	<i>Partecipanti</i>	<i>Aggiudicatario</i>	<i>Ribasso</i>
A51/A52	9,85 mln euro	8 partecipanti, tra cui Itinera e Impresa Bacchi, con offerte individuali ⁹⁷	RTI Bassetto /Ronzoni/Stucchi	43%
A7	9,62 mln euro	5 partecipanti tra cui Itinera e Impresa Bacchi, con offerte individuali ⁹⁸	Itinera	26,7%
A50	9,34 mln euro	5 partecipanti tra cui Itinera e Impresa Bacchi, con offerte individuali ⁹⁹	RTI Foti/Gini Giuseppe	40,76%

* Comprensivi degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.
Fonte: Informazioni di Milano Serravalle DOC6.

52. Di particolare rilevanza sono poi – in termini di evidenze controfattuali – anche le condotte delle parti in occasione dell’ultima procedura di gara indetta nel dicembre 2021 da Milano Serravalle per il riaffidamento dei servizi di manutenzione ordinaria delle tratte in concessione (nel seguito anche Gara Lavori n. 4/2021).

53. La nuova procedura è stata qualificata come appalto di lavori (a differenza della Gara Servizi n. 1/2019)¹⁰⁰ ed ha poi previsto (così come la precedente Gara Servizi n. 1/2019): *i*) la suddivisione dell’appalto in tre lotti articolati per tratta autostradale (lotto A: tratta A7 e relative pertinenze; lotto B: tangenziale Est A51 e Nord A52; lotto C: tangenziale Ovest A50); *ii*) il vincolo di aggiudicazione per ciascun partecipante al massimo di uno dei lotti posti a base della procedura di gara (con richiesta di indicare l’ordine di preferenza di aggiudicazione in caso di presentazione dell’offerta per più lotti)¹⁰¹; *iii*) la richiesta di disponibilità di due impianti di produzione del conglomerato bituminoso e *iv*) l’aggiudicazione con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (30 punti per l’offerta economica e 70 punti per l’offerta tecnica)¹⁰². La durata dell’appalto è di 4 anni (in luogo dei 3 anni della Gara Servizi n. 1/2019), con conseguente incremento dell’importo base.

54. Per quanto qui rileva, all’apertura in seduta pubblica delle buste amministrative, ai fini della verifica dei requisiti di ammissione delle imprese alla procedura, risultano pervenute sia più offerte in concorrenza per ciascuno dei tre lotti a gara, sia offerte per due o tutti e tre i lotti a gara da parte di un medesimo

⁹⁷ 1) RTI Pessina Costruzioni s.p.a./Impresa Bergamelli s.r.l.; 2) RTI Favini Costruzioni s.r.l./Suardi s.p.a.; 3) RTI Bassetto s.r.l./Ronzoni s.r.l./Stucchi s.r.l.; 4) RTI Gini Giuseppe s.p.a./Foti s.r.l.; 5) Impresa Bacchi; 6) De Fabiani s.r.l.; 7) Vitali s.p.a.; 8) Itinera.

⁹⁸ 1) Impresa Bacchi; 2) Vitali s.p.a.; 3) Impresa Caffù s.r.l.; 4) Itinera; 5) CO.GE.FA s.p.a.

⁹⁹ 1) RTI Foti s.r.l./Gini Giuseppe s.p.a.; 2) Impresa Bacchi; 3) De Fabiani s.r.l.; 4) Vitalia s.p.a.; 5) Itinera s.p.a..

¹⁰⁰ Nella Gara Lavori n. 4/2021, i requisiti di partecipazione relativi alla capacità tecnica e finanziaria sono quindi individuati nel possesso di una SOA di adeguata categoria e classifica, piuttosto che in requisiti di fatturato specifico medio annuo e di esecuzione di servizi analoghi come in occasione dell’appalto di servizi di cui alla Gara Servizi n. 1/2019. La Gara Lavori n. 4/2021 prevede inoltre l’affidamento dei lavori tramite lo strumento dell’accordo quadro, piuttosto che quello dell’appalto “a misura” come nel caso della Gara Servizi n. 1/2019. Cfr. anche DOC359.

¹⁰¹ Con riserva (come nella Gara Servizi n. 1/2019) per la stazione appaltante della facoltà di aggiudicare più lotti a una medesima impresa, per il caso in cui il medesimo operatore fosse risultato il primo in graduatoria per più lotti e l’unico concorrente in gara.

¹⁰² Cfr. anche DOC359.

operatore. Impresa Bacchi ha in particolare presentato offerta per tutti e tre i lotti a base di gara (con ordine di preferenza C, A e B) e Sintexcal per due dei tre lotti a base di gara, relativi alle tratte A50 e A51/52 e con ordine di preferenza B, C (cfr. Tabella 5)¹⁰³.

Tabella 5– Gare Lavori n. 4/2021

<i>Lotto</i>	<i>Importo base*</i>	<i>Partecipanti</i>	<i>Ribassi</i>	<i>Punteggio tecnico</i>	<i>Punteggio totale</i>
LOTTO A A7	11,72 mln euro	3 partecipanti ¹⁰⁴ tra cui Impresa Bacchi individualmente	Impresa Bacchi:29,7% Altri:12,9% e 9%	Impresa Bacchi:70 Altri:52 e 42	Impresa Bacchi:100 Altri:65,5 e 51
LOTTO B A51/A52	11,32 mln euro	4 partecipanti ¹⁰⁵ , tra cui Impresa Bacchi e Sintexcal , individualmente	Impresa Bacchi: 29,7% Sintexcal: 25,6% Altri:9% e 12,9%	Impresa Bacchi:70 Sintexcal:61,5 Altri:41 e 57	Impresa Bacchi:100 Sintexcal:87 Altri:50,5 e 70
LOTTO C A50	10,5 mln euro	4 partecipanti ¹⁰⁶ , tra cui Impresa Bacchi e Sintexcal , individualmente	Impresa Bacchi: 29,7% Sintexcal: 22,8% Altri: 9% e 12,9%	Impresa Bacchi:70 Sintexcal:61,5 Altri:41 e 57	Impresa Bacchi:100 Sintexcal: 84,5 Altri: 50,5 e 70

* Comprensivi degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.
Fonte: informazioni di Milano Serravalle DOC359 e DOC369.

I tempi di percorrenza dagli impianti delle parti alle tratte autostradali oggetto del servizio di manutenzione nella Gara Servizi n. 1/2019

55. Come sopra già esposto, l'attività istruttoria ha consentito di appurare che il tempo massimo intercorrente tra la produzione e la stesa del conglomerato bituminoso può essere ragionevolmente individuato tra 1 ora e mezza e 2 ore e la corrispondente distanza di trasporto massima del conglomerato bituminoso nell'ordine almeno di 90 km¹⁰⁷ (laddove la distanza massima di 80 km individua l'ipotesi più restrittiva sostenuta dalle parti).

56. In questo contesto, l'analisi della distanza degli impianti di produzione di conglomerato bituminoso di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi dalle tratte autostradali oggetto dei tre lotti della Gara Servizi n. 1/2019 (cfr. Figura 1 e Tabella 6) evidenzia che:

- tutte e tre le imprese disponevano di almeno un impianto proprio a distanze massime inferiori a 90 km (ed anche inferiori a 80 km) dalle tratte A51/52 e A50 (cfr. Tabella 6) e avrebbero, pertanto, potuto

¹⁰³ Anche altre imprese partecipanti hanno presentato offerta per più di uno dei lotti a gara (Preve Costruzioni spa per tutti e tre i lotti, con ordine di preferenza A, B e C; RTI Ronzoni s.r.l./Favini Costruzioni s.r.l. per due lotti, con preferenza B, C).

¹⁰⁴ 1) Impresa Bacchi; 2) Preve Costruzioni S.p.a.; 3) RTI CO.GE.FA. S.p.a./Giuggia Costruzioni S.r.l.

¹⁰⁵ 1) Impresa Bacchi; 2) Preve Costruzioni S.p.a.; 3) RTI Ronzoni S.r.l./Favini Costruzioni S.r.l.; 4) Sintexcal S.p.a.

¹⁰⁶ 1) Impresa Bacchi; 2) Preve Costruzioni S.p.a.; 3) RTI Ronzoni S.r.l./Favini Costruzioni S.r.l.; 4) Sintexcal S.p.a.

¹⁰⁷ Cfr. § 0 A. Il settore.

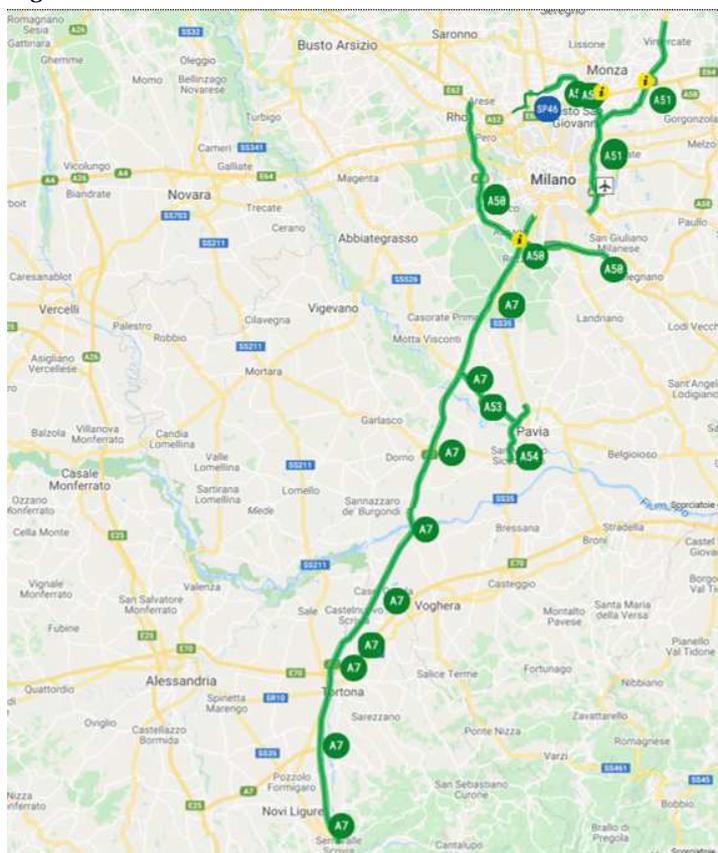
presentare offerte in concorrenza - anche molto competitive - per i lotti A e C della Gara Servizi n. 1/2019; Itinera disponeva inoltre dei due impianti (a Tortona) a una distanza di circa 90 km (86 km) dalla tratta A50 (lotto C);

- quanto alla tratta A7 (lotto B): *i*) Itinera disponeva di impianti propri anche a una distanza inferiore a 90 km (ed anche inferiore a 80 km) rispetto all'intera tratta autostradale; *ii*) l'Impresa Bacchi era a una distanza di soli 75 km avuto riguardo alla più ampia porzione del tracciato dell'autostrada A7 (tra Milano e Tortona) e inferiore a 90 km anche avuto riguardo alla limitata porzione di rete della A7 a sud di Tortona.

57. Tutte e tre le imprese avrebbero pertanto potuto presentare – avvalendosi solo di impianti propri - offerte in concorrenza e competitive per i lotti A (A51/A52) e C (A50) della Gara Servizi n. 1/2019 e almeno Itinera e Impresa Bacchi anche per la tratta A7 (lotto B).

58. Come sopra appena visto, d'altronde, in occasione della recente Gara Lavori n 4/2021 Impresa Bacchi ha presentato offerta per tutte e tre le tratte a gara (senza differenziare l'entità del ribasso offerto tra i diversi lotti e ottenendo il medesimo punteggio tecnico) e Sintexcal per le tratte A50 e A51/52 (differenziando in ribasso di circa 3 punti percentuali e ottenendo il medesimo punteggio tecnico), a testimonianza della possibilità per le imprese di presentare offerte competitive per più di un lotto/tratta a gara, sotto il profilo sia del punteggio tecnico che del ribasso offerto. Anche nelle precedenti Gare 2016 e Gare 2013 le tre imprese avevano presentato offerta per più di un lotto a gara (Sintexcal individualmente a due lotti nelle Gare 2016; Itinera e Impresa Bacchi in ATI a due lotti nelle Gare 2016 e individualmente a tutti e tre i lotti nelle Gare 2013).

Figura 1



Fonte: https://www.serravalle.it/pagina10_mappa-interattiva.html.

Tabella 6 – distanza degli impianti delle parti dalle tratte autostradali

Impianti	Distanza massima in km		
	A50	A51/A52	A7
Itinera - 2 a Tortona (AL)	90 km (Arese)	110 km (Usmate Velate A51)	70 km (Milano)
Itinera - Arluno (MI)	45 km (S. Giuliano Milanese)	50 km (Usmate Velate-A51)	85 km (Tortona) 105 km (Serravalle Scrivia)
Sintexcal - Ceriano Laghetto (MB)	45 km (S. Giuliano Milanese)	40 km (San Donato Milanese)	100 (Tortona) 120 km (Serravalle Scrivia)
Sintexcal - Cassano d'Adda (MI)	55 km (Corsico)	55 km (svincolo Rho-Pero)	110 km (Tortona) 135 km (Serravalle Scrivia)
Sintexcal - Cavaglia (BI)	115 km (Melegnano)	120 km (Usmate Velate-A51)	100 km (Tortona) 120 km (Serravalle Scrivia)
Impresa Bacchi - Carpiano (MI)	40 km (Arese)	45 km (Usmate Velate-A51)	75 km (Tortona) 90 Km (Serravalle Scrivia)

Fonte: elaborazioni delle distanze in km con Google Maps.

La presenza di impianti di terzi di cui le parti si sarebbero potute avvalere

59. L'attività istruttoria ha consentito di appurare che tutte e tre le imprese potevano inoltre, sempre e comunque, approvvigionarsi di conglomerato bituminoso da terzi (anche al di fuori delle dichiarazioni di messa a disposizione degli impianti) ai fini dell'esecuzione dei servizi oggetto di appalto della Gara Servizi n. 1/2019¹⁰⁸.

60. Le stesse parti hanno osservato che è prassi del settore indicare nelle relazioni tecniche a supporto dell'offerta anche impianti di produzione di conglomerato autostradale di imprese terze e avvalersi di forniture di conglomerato da impianti di soggetti terzi con riguardo ai lavori di manutenzione delle pavimentazioni autostradali sulle tratte autostradali maggiormente distanti dai propri impianti di produzione del conglomerato¹⁰⁹.

61. Le informazioni trasmesse dalle parti in merito alle dichiarazioni d'uso di impianti di terzi/acquisto di conglomerato bituminoso da terzi nel contesto di gare per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel nord-Italia hanno al riguardo sia confermato tale prassi, sia evidenziato la presenza di numerosi impianti di terzi di produzione di conglomerato bituminoso, anche nell'intorno della porzione di rete più a sud della tratta A7 (tra Tortona e Serravalle Scrivia)¹¹⁰, se del caso utilizzabile dalle parti. Itinera,

¹⁰⁸ Sulla presenza di numerosi impianti di terzi per la fornitura di conglomerato bituminoso vedi anche §20 e nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

¹⁰⁹ Cfr. § 0 A. Il settore.

¹¹⁰ Tra quelli indicati dalle tre imprese parti risultano localizzati a una distanza anche inferiore a 80 km dalla tratta più a sud della A7 (tra Tortona e Serravalle Scrivia) almeno i seguenti impianti di terzi: Franzosi Cave S.r.l. (AL), Portalupi Carlo Impresa s.p.a.

Sintexcal e Impresa Bacchi hanno infatti confermato che gli impianti indicati dalle società nelle relazioni tecniche per la partecipazione a gare per l'affidamento di lavori/servizi di manutenzione di pavimentazioni autostradali sono tecnicamente adatti a tale tipo di produzione¹¹¹. In senso analogo, l'elenco dei fornitori qualificati da Itinera per la fornitura di conglomerati bituminosi, all'8 giugno 2021, era costituito da almeno 28 imprese (tra le quali era presente anche Sintexcal ma non Impresa Bacchi)¹¹².

62. Le tre imprese avrebbero pertanto potuto considerare di utilizzare anche forniture di conglomerato da impianti di terzi per svolgere i lavori sulle tratte oggetto di affidamento con la Gara Servizi n. 1/2019 con riguardo alle eventuali e (limitate) porzioni di rete più distanti dai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso.

63. Vi erano altresì soluzioni tecniche, quali il conglomerato bituminoso a "tiepido" - specificamente previste dal "*Capitolato Speciale: Specifiche Tecniche*" della Gara Servizi n. 1/2019 - tali da consentire il trasporto del conglomerato anche a distanze ben maggiori¹¹³.

Le dichiarazioni di disponibilità degli impianti

64. L'attività istruttoria ha evidenziato che le dichiarazioni di disponibilità degli impianti tra le parti non erano necessarie ai fini di soddisfare i requisiti di partecipazione né, di fatto, sono risultate poi funzionali all'esecuzione dell'appalto aggiudicato. Si tratta di condotte che testimoniano piuttosto lo stretto rapporto di collaborazione e fiduciario tra le imprese, in un contesto in cui era altresì, di fatto, assicurata l'assenza di concorrenza tra le medesime imprese in sede di gara data la concomitante decisione di realizzare un sistema di subappalti reciproci.

65. Le regole di gara – come sopra visto - prevedevano tra i "*requisiti di capacità tecnica e professionale*" anche la richiesta di disponibilità di un doppio impianto di produzione di conglomerato bituminoso (con assenza di divieto di produzione in orario notturno) da rendersi tramite apposita dichiarazione¹¹⁴.

66. Nella Tabella 7 che segue sono riportate le informazioni relative alle dichiarazioni di disponibilità degli impianti, propri e di terzi, dichiarate dalle imprese in sede di gara. Dalle dichiarazioni risulta che le imprese partecipanti hanno indicato, in due casi su tre, di utilizzare oltre al proprio/propri impianto/i anche uno o più impianti delle altre due imprese partecipanti alla procedura¹¹⁵.

(AL), Ecobit Strade s.r.l. (GE), Co.ma.c. s.r.l. (GE), Genova bitumi s.r.l. (GE), Allara s.p.a. (AL), Movibit s.r.l. (AL), N.G.F. s.r.l. (AL) (DOC306, DOC307 e DOC311). Vi sono poi ulteriori impianti di produzione di conglomerato bituminoso di soggetti terzi a una distanza anche inferiore a 80 km dalla tratta più a sud della A7 tra cui ad esempio quelli di Milano Bitumi s.p.a. e Impresa Cerruti s.p.a.

¹¹¹ DOC336, DOC337 e DOC338.

¹¹² DOC122.

¹¹³ Cfr. § 0 A. Il settore.

¹¹⁴ DOC1 (disciplinare). Si precisa che non era richiesta la proprietà degli impianti ma solo la loro disponibilità. Itinera e Impresa Bacchi non hanno infatti utilizzato l'istituto dell'avvalimento (che avrebbe comportato l'impossibilità per l'impresa ausiliaria di partecipare al lotto partecipato dell'ausiliata), quanto piuttosto solo proceduto ad allegare all'offerta le dichiarazioni di disponibilità delle imprese terze, vd. anche DOC120 (Itinera: "*gli impianti non sono stati messi a disposizione con l'istituto dell'avvalimento*") e doc 359 (Milano Serravalle: "*le imprese terze che mettevano a disposizione gli impianti di produzione di conglomerato bituminoso richiesti dalle regole di gara, potevano rendersi disponibili per più operatori partecipanti. Questi ultimi, pertanto, potevano utilizzare gli impianti che erano nella disponibilità anche di altri partecipanti senza che ciò costituisse motivo ostativo alla partecipazione alla procedura di gara, a differenza delle dichiarazioni relative alla terna di imprese subappaltatrici*").

¹¹⁵ DOC6.

Tabella 7 – dichiarazioni di disponibilità impianti di produzione di conglomerato nella Gara Servizi n. 1/2019

Parte	Impianti propri e di terzi			
Sintexcal (LOTTO A - A51/A52)	<u>2 propri:</u> -capacità produttiva nominale di 160 ton/ora, in Ceriano Laghetto (MB); -capacità produttiva nominale di 180 ton/ora, in Cassano d'Adda (MI).			
Itinera (LOTTO B - A7)	<u>3 propri:</u> -capacità produttiva nominale di 220 ton/ora, in Tortona (AL); -capacità produttiva nominale di 200 ton/ora, in Tortona (AL) -capacità produttiva nominale di 180 ton/ora, in Arluno (MI).	<u>1 Impresa Bacchi:</u> capacità produttiva nominale di 370 ton/ora, in Carpiano (MI).	<u>1 Sintexcal:</u> capacità produttiva nominale di 180 ton/ora, in Cassano d'Adda (MI).	
Impresa Bacchi (LOTTO C - A50)	<u>1 proprio:</u> capacità produttiva nominale di 370 ton/ora, in Carpiano (MI)	<u>3 Itinera:</u> -capacità produttiva nominale di 220 ton/ora, in Tortona (AL); -capacità produttiva nominale di 200 ton/ora, in Tortona (AL); -capacità produttiva nominale di 180 ton/ora, in Arluno (MI)	<u>2 Sintexcal:</u> -capacità produttiva nominale di 160 ton/ora, in Ceriano Laghetto (MB); -capacità produttiva nominale di 180 ton/ora, in Cassano d'Adda (MI).	<u>1 Ecoasfalti:</u> capacità produttiva nominale di 180 ton/ora, in Peschiera Borromeo (MI).

Fonte: DOC6, DOC23, DOC28 e DOC239.

67. Dalle informazioni riportate nella Tabella 7 risulta, inoltre, che sia Sintexcal che Itinera disponevano di capacità produttiva propria sufficiente a soddisfare i requisiti di partecipazione con riguardo alla disponibilità di due impianti di produzione di conglomerato, mentre Impresa Bacchi avrebbe potuto, eventualmente, soddisfare le richieste della stazione appaltante (diponibilità di due impianti con autorizzazione al lavoro notturno) indicando, oltre al proprio impianto, solo quello di Ecoasfalti (anch'esso localizzato in provincia di Milano) e non anche gli ulteriori impianti di Itinera e Sintexcal. Si ricorda al riguardo che i criteri tecnici di cui al disciplinare di gara non premiavano il numero di impianti disponibili.

68. Itinera, Sintexcal e la stazione appaltante hanno inoltre chiarito che l'acquisto di conglomerato bituminoso da terzi ai fini del soddisfacimento dell'appalto era comunque sempre possibile e nella piena disponibilità delle imprese, al di là della previa dichiarazione di disponibilità dell'impianto¹¹⁶.

¹¹⁶ Sintexcal ha altresì precisato che la fornitura di conglomerato non è soggetta a subappalto e che "difatti, chi fornisce il conglomerato è un "fornitore" e non un subappaltatore, con la conseguenza che la Società non è vincolata ad utilizzare gli impianti che sono indicati al momento dell'offerta, ma potrà rifornirsi anche da altri operatori, ferma restando la necessità che questi ultimi dispongano dei requisiti richiesti dal bando (i.e. certificazione tecnica come impianti industriale e come ricetta di produzione)", DOC307. Cfr. anche le dichiarazioni di Itinera in DOC308 ("La fornitura non è subappalto [...]") e DOC359.

69. Nel caso di specie Sintexcal ha indicato di avere effettuato degli acquisti (limitati) di conglomerato bituminoso da Impresa Bacchi nel contesto della commessa Gara Servizi n. 1/2019¹¹⁷ (laddove l'impianto di Impresa Bacchi non era stato "dichiarato" da Sintexcal in sede di offerta), mentre Impresa Bacchi e Itinera hanno precisato di aver utilizzato solo conglomerato di produzione propria¹¹⁸.

b) Sui subappalti

70. Le offerte presentate da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019 evidenziano la presenza di subappalti reciproci tra le medesime imprese, tali per cui ciascuna impresa risulta avere indicato le altre due imprese quali possibili subappaltatori per una parte delle prestazioni di fresatura e/o posa del conglomerato (cfr. Tabella 2 – Gara Servizi n. 1/2019, sopra).

71. Le regole di gara prevedevano al riguardo, in conformità alla disciplina al tempo vigente di cui all'art. 105 del d.lgs. 50/2016, che l'operatore fosse tenuto ad indicare nell'offerta obbligatoriamente tre subappaltatori per ciascun lotto al quale intendeva partecipare e il divieto di poter utilizzare lo strumento del subappalto in caso di indicazione di un subappaltatore che avesse, contestualmente, concorso in proprio alla gara¹¹⁹.

72. Data l'incompatibilità tra subappalto e partecipazione alla gara dell'impresa destinataria del subappalto (per singolo lotto), ciascuna delle tre imprese, in ragione delle disponibilità al subappalto accordate alle altre due imprese e della parallela richiesta di subappalto alle medesime altre due imprese ha, di fatto: *i*) informato ciascuna delle altre due imprese della sua intenzione di non partecipare in concorrenza ai lotti ai quali queste ultime erano interessate (non parteciperò poiché mi rendo disponibile al subappalto); *ii*) contestualmente ottenuto dalle altre due imprese l'informazione relativa alla loro condotta in sede di gara con riguardo a tutti e tre i lotti a gara (ovvero, parteciperò poiché ti chiedo la disponibilità al subappalto oppure non parteciperò poiché mi rendo disponibile al subappalto).

73. Le decisioni delle tre imprese di procedere al descritto sistema di subappalti incrociati ha quindi, di fatto, determinato sia la trasparenza reciproca circa le condotte delle tre imprese in sede di gara sia l'assenza di concorrenza tra le medesime. Come visto ciascuna delle tre imprese ha infatti poi partecipato a uno solo dei tre lotti a gara, in assenza di sovrapposizioni delle offerte.

74. Le informazioni trasmesse da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi sulla partecipazione alle gare per i lavori/servizi di manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel triennio 2018-2020 (nelle regioni Lombardia, Piemonte e Emilia Romagna) e le informazioni acquisite dalla stazione appaltante con riguardo alle Gare 2016 hanno, inoltre, evidenziato la presenza di altre numerose e qualificate imprese terze rispetto alle parti in grado di fornire anche servizi di fresatura e stesa dei conglomerati (anche nei territori interessati

¹¹⁷ DOC35 (Sintexcal: "In maniera marginale Sintexcal ha acquistato conglomerato da Bacchi"). Vd. anche DOC423.

¹¹⁸ Impresa Bacchi ha indicato di "non aver acquistato conglomerato bituminoso da imprese terze data l'elevata capacità produttiva del proprio impianto di produzione di conglomerato bituminoso" (DOC306); Impresa Bacchi ha anche dichiarato che il proprio impianto "non solo è più che sufficiente a far fronte alle necessità del Lotto C, ma non necessita di ulteriori impianti, salvo emergenze [...]. La stessa, pertanto, è in grado di assorbire l'intero lotto di riferimento nonché capace di far fronte alle eventuali ulteriori richieste in caso di emergenza" (DCO420); similmente Itinera ha precisato di avere eseguito l'appalto "esclusivamente con materiale trasferito dal proprio impianto di produzione di conglomerato bituminoso di Tortona (AL)" (DOC308).

¹¹⁹ L'art. 105, comma 4, (in vigore dal 20 maggio 2017 al 18 aprile 2019) prevedeva che "I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché: a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto; [...]" e al successivo comma 6 che "E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta [...]. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara [...]."

dalla Gara Servizi n. 1/2019). Si tratta d'altronde di attività ampiamente diffuse sul territorio anche nel contesto della pavimentazione e manutenzione stradale (oltreché autostradale). Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi avrebbero quindi potuto indicare nella terna dei possibili subappaltatori solo imprese terze rispetto alle parti (e non interessate a partecipare ad alcuno dei lotti a gara), come infatti avvenuto in altre gare¹²⁰. Le medesime informazioni relative al triennio 2018-2020 evidenziano che l'effettivo ricorso al subappalto per le attività di fresatura e di stesa dei conglomerati risulta essere stato un evento sporadico per Impresa Bacchi e Itinera¹²¹; Sintexcal ha, invece, fatto un più frequente ricorso all'attivazione dei subappalti (sempre tuttavia nei confronti di imprese diverse dalle parti)¹²².

75. La presenza di numerose imprese terze rispetto alle parti in grado di svolgere in regime di subappalto le attività di fresatura e di stesa dei conglomerati e la circostanza che, di regola, le tre imprese subappaltino tali attività a imprese terze rispetto alle parti è altresì avvalorato da alcune evidenze acquisite presso Itinera. L'elenco dei fornitori fornito da Itinera in sede ispettiva per le attività di posa del conglomerato e fresatura (qualificati di Itinera nel segmento "subappalti edifici civili e industriali"), all'8 giugno 2021, era costituito da circa 15 imprese attive nel settore della costruzione e manutenzione delle strade e, tra queste, non vi erano né Sintexcal né Impresa Bacchi¹²³.

76. A conferma della possibilità per Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi di individuare imprese terze nelle dichiarazioni di subappalto per le attività di fresatura e stesa dei conglomerati bituminosi rileva infine anche la circostanza che nella precedente procedura di gara del 2016, sia l'ATI Itinera/Impresa Bacchi (aggiudicataria di due dei lotti a gara) sia Sintexcal (che aveva presentato offerta per due dei lotti a gara) hanno in effetti individuato una terna di imprese terze subappaltate diverse dalle parti¹²⁴.

77. Come visto sopra il disciplinare di gara richiedeva inoltre la disponibilità di una doppia attrezzatura per la fresatura e la stesa del conglomerato (così come due gli impianti di produzione di conglomerato bituminoso) proprio volta ad assicurare una ridondanza nella capacità produttiva delle imprese rispetto alla entità delle opere richieste in sede di esecuzione dell'appalto.

¹²⁰ Tra queste Tecnofrese s.r.l., Cgs group s.r.l., Italfrese s.r.l., Sip s.p.a. Co.ge.pi s.r.l., Isof costruzioni s.r.l., Sa.gi costruzioni s.a.s.; Edilucana 2000 s.r.l. (cfr. DOC306, DOC311, DOC307, DOC308), Cogeis s.p.a., Lcs impresa stradale s.r.l., Meta s.r.l., Ecovie s.r.l., In.co.bit. sud s.r.l., Adriatica bitumi s.p.a., Marinelli Umberto s.r.l., Ets s.r.l. Civelli costruzioni s.r.l., Movibit s.r.l., Portalupi carlo impresa s.p.a., Ives s.p.a., Allara s.p.a., Brillada Vittorio & c. s.n.c., Sea s.p.a., Istra s.r.l., Sanguglielmo soc. coop., Società industria Pietrisco s.p.a, Impresa Consolida s.r.l. (DOC307, DOC323, DOC308).

¹²¹ Impresa Bacchi e Itinera non risultano avere attivato subappalti per le attività di fresatura e stesa del conglomerato negli appalti di cui alle gare per i lavori/servizi di manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel triennio 2018-2020 (nelle regioni Lombardia, Piemonte e Emilia Romagna; DOC306, DOC311 e DOC308) e averli attivati in misura molto limitata in occasione dell'esecuzione degli appalti aggiudicati dall'ATI Itinera/Impresa Bacchi nelle Gare 2016 (DOC299).

¹²² DOC307 e DOC323.

¹²³ DOC122. Cfr. anche doc. 120 (dichiarazione a verbale di Itinera: "Itinera dispone di un albo fornitori (opere di fresatura e di posa di conglomerato e impianti di produzione di conglomerato) di cui fanno parte imprese che rispondono a requisiti specifici").

¹²⁴ DOC6. Nella tabella che segue sono indicate le terne di imprese indicate ai fini di subappalto, rispettivamente, dall'ATI tra Itinera e Impresa Bacchi e da Sintexcal, in occasione della partecipazione alle precedenti Gare 2016.

Lotto	Impresa parte partecipante	Subappalti per fresatura e stesa conglomerati bituminosi
A51/ A52	ATI Itinera Impresa Bacchi	Trama Srl, Italfrese Srl, Cogepi Srl
A51/ A52	Sintexcal	Italfrese Srl., Massano Srl, Interstrade Spa
A50	ATI Itinera Impresa Bacchi	Trama Srl, Italfrese Srl, Cogepi Srl
A50	Sintexcal	Italfrese Srl., Massano Srl, Interstrade Spa

78. È stato inoltre verificato che nessuna delle tre imprese - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - ha poi avuto la necessità di attivare i subappalti dei servizi di fresatura e/o di stesa del conglomerato concordati con le altre imprese parti¹²⁵.

c) Sulle offerte economiche nella Gara Servizi n. 1/2019 anche rispetto alle altre gare

79. Come sopra visto¹²⁶, le Gare 2016 e le Gare 2013 hanno visto la partecipazione di un numero elevato di concorrenti per ciascun lotto, offerte in concorrenza tra Sintexcal e l'ATI Itinera/Impresa Bacchi (nelle Gare 2016) e tra Itinera e Impresa Bacchi (nelle Gare 2013) e l'aggiudicazione dei servizi con ribassi anche significativi (tra il 42-46% nella procedura del 2016¹²⁷ e tra il 27-43% nelle Gare 2013). Anche la Gara Lavori n. 4/2021 ha visto la partecipazione di più operatori in concorrenza per ciascun lotto, la presenza di offerte in concorrenza tra Impresa Bacchi e Sintexcal (per due dei lotti a gara) e l'offerta di ribassi anche significativi, considerato che il ribasso massimo offerto sui tre lotti (da Impresa Bacchi) è stato quasi del 30% (29,7%).

80. In questo contesto, i ribassi economici offerti da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019 - caratterizzata dalla presenza di una sola offerta per ciascun lotto a gara - sono risultati significativamente inferiori rispetto ai ribassi di aggiudicazione riscontrati nelle precedenti Gare 2016 e Gare 2013 (cfr. Tabella 8)¹²⁸.

Tabella 8 – Ribassi di aggiudicazione

<i>Tratta a gara</i>	<i>Gare 2013</i>	<i>Gare 2016</i>	<i>Gara Servizi n.1/2019</i>	<i>Delta ribasso tra 2016 e 2019</i>
A51/ A52	43%	46,05%	22,93%	-23,12%
A7	26,7%	42,24%	20,00%	-22,24%
A50	40,76%	45,05%	25,65%	-19,40%

81. Come meglio illustrato nel seguito, Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi hanno giustificato la riduzione dello sconto offerto in occasione della Gara Servizi n. 1/2019, tra l'altro, sulla base dell'andamento del prezzo del bitume¹²⁹, che come visto è la principale materia prima per la produzione del conglomerato bituminoso, che a sua volta costituisce la principale voce di costo del servizio di manutenzione delle pavimentazioni autostradali. L'analisi dei dati di costo trasmessi dalle parti alla stazione appaltante nel contesto della giustificazione della non anomalia delle offerte nella Gara Servizi n. 1/2019 ha al riguardo consentito di appurare che l'incidenza massima del costo del bitume sulle offerte economiche nella Gara

¹²⁵ DOC299, DOC359 e DOC372. Cfr. anche DOC8, DOC9, DOC306, DOC311, DOC307, DOC308. In termini più generali, solo Sintexcal ha subappaltato a un soggetto terzo (rispetto Itinera e Impresa Bacchi) una (limitata) parte delle attività di fresatura e di esecuzione di nuove pavimentazioni.

¹²⁶ Cfr. Tabella 3, Tabella 4 e Tabella 5.

¹²⁷ Il ribasso offerto da Sintexcal nella Gare 2016 è stato pari al 42,45% (tratta A50) e al 43,32% (tratta A51/A52). Cfr. DOC6.

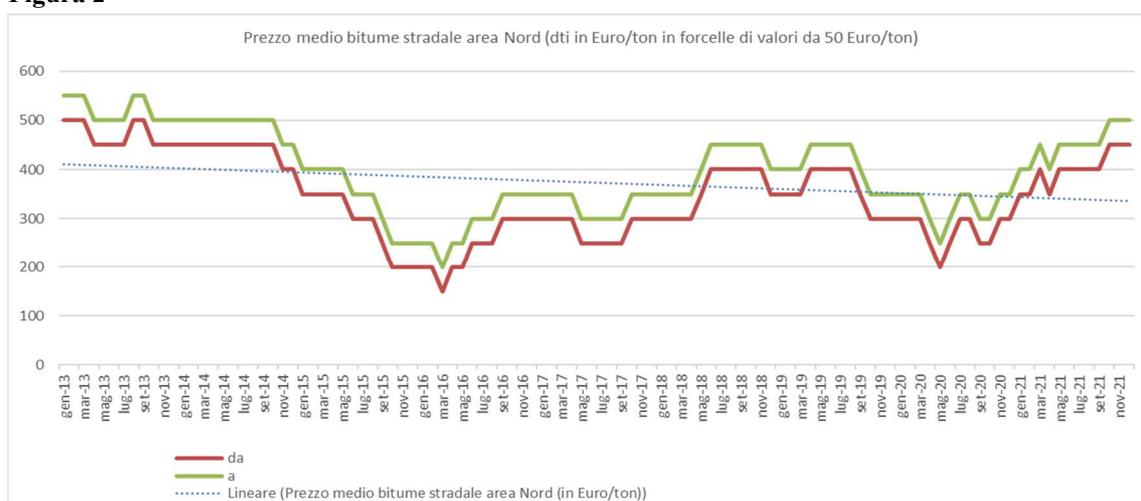
¹²⁸ L'assenza di concorrenza nella Gara Servizi n. 1/2019 (un unico partecipante per ogni lotto a gara) ha consentito alle tre imprese di ottenere comunque il massimo punteggio economico attribuibile (30/30).

¹²⁹ Si rinvia a § 0 C. Sui ribassi offerti.

Servizi n. 1/2019 (esclusi gli oneri di sicurezza) è quantificabile (in base ai dati di Sintexcal e Impresa Bacchi al netto dei costi di trasporto) nell'ordine del 25-30%¹³⁰.

82. Nella Figura 2 sono rappresentati l'andamento del prezzo medio del bitume stradale nell'area Nord, rilevato da SITEB¹³¹ su base mensile per alcune città campione, nel periodo 2013-2021 (linea piena) e la sua linea di tendenza nel tempo (linea tratteggiata). Tra il 2013 e il 2021 il prezzo medio mensile del bitume nell'area Nord è oscillato in misura anche significativa tra un minimo di [150-200] e un massimo di [500-550] euro/tonnellata. Come evidenziato anche dal grafico le oscillazioni di breve periodo del prezzo del bitume stradale sono tuttavia un aspetto tipico del settore, lungo una linea di tendenza (individuata nel grafico dalla linea tratteggiata) di sostanziale stabilità e leggera decrescita, con oscillazioni che tendono a compensarsi tra loro nel tempo.

Figura 2



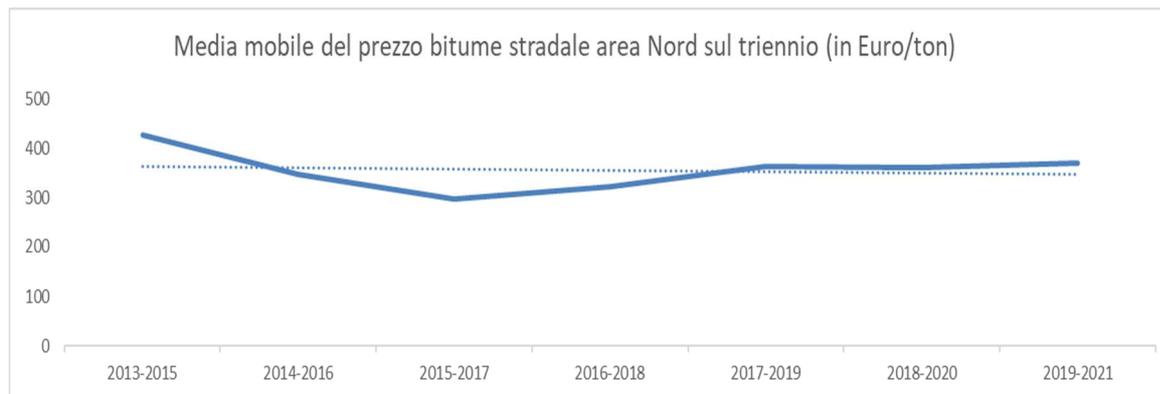
Fonte: Elaborazioni su dati SITEB (DOC354)¹³².

83. In senso analogo, prendendo a riferimento un arco temporale di tre anni, corrispondente alla durata dell'appalto della Gara Servizi n. 1/2019 e delle precedenti analoghe procedure indette da Milano Serravalle nel 2016 e nel 2013 - e quindi corrispondente anche al periodo temporale rilevante rispetto al quale valutare il prezzo atteso della materia prima rispetto all'esecuzione dell'appalto - risulta che il prezzo medio del bitume stradale sia stato soggetto nel medio periodo (di tre anni in tre anni) a variazioni relativamente contenute (cfr. Figura 3). In particolare, il prezzo medio del bitume nel triennio con termine al 22 luglio 2016 (termine di presentazione delle offerte per la Gare 2016) era di circa 370 euro e il prezzo medio del bitume nel triennio con termine al 22 marzo 2019 (termine di presentazione delle offerte per la Gare 2016) era di circa 340 euro.

¹³⁰ Cfr. § 0 A. Il settore.

¹³¹ Si ricorda che SITEB è una associazione che raggruppa circa 200 operatori del settore stradale e delle membrane impermeabilizzanti, tra cui anche produttori e rivenditori di bitume e leganti bituminosi (cat. A) e produttori di conglomerati bituminosi e di inerti- imprese stradali (cat. B), tra i quali vi sono anche Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal.

¹³² Dati SITEB relativi alla media aritmetica delle rilevazioni mensili del prezzo del bitume acquistato da i produttori di conglomerato bituminoso (cat. B) in alcune città campione. Per "Nord" si intende la macroregione composta da Piemonte, Valle d'Aosta, Lombardia, Veneto, Trentino Alto Adige, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna.

Figura 3

Fonte: Elaborazioni su dati SITEB (DOC354).

84. Anche le dichiarazioni di Sintexcal acquisite in sede ispettiva confermano tale punto. *“Il costo della materia prima [...] non è cambiato in maniera sostanziale tra il 2016 e oggi ed è stato particolarmente basso nel 2020. Solo di recente si è verificato un incremento nei costi della materia prima che non incide comunque sulle commesse in essere”* (sottolineato aggiunto)¹³³.

85. La documentazione agli atti testimonia inoltre che, quantomeno Itinera e Impresa Bacchi ritenevano di poter godere di particolari vantaggi di costo nella Gara Servizi n. 1/2019 che si sarebbero quindi dovuti riflettere, in condizioni di concorrenza, nell’offerta economica. Itinera ha in particolare indicato, nella relazione a giustificazione della non anomalia dell’offerta presentata nella Gara servizi n. 1/2019, che *“L’attuale dislocamento di cantieri condotti da ITINERA nel nord Italia, ed in particolare nella zona di Milano, e l’ubicazione dei propri magazzini (Tortona) e depositi temporanei (casello Bereguardo) lungo la tratta autostradale A7 Milano-Serravalle, risulta molto vantaggioso per i trasferimenti dei propri mezzi e personale in termini di tempo e costi, soprattutto nel caso di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria e di sostituzione delle risorse”* (sottolineato aggiunto)¹³⁴. In senso analogo Impresa Bacchi ha affermato nella “Relazione preliminare”, a corredo della giustificazione della non anomalia dell’offerta, di avere *“diversi cantieri attivi nel nord Italia, ed in particolare nella zona di Milano, di elevata importanza a carattere nazionale e risulta eccezionalmente favorevole e proficuo ipotizzare il rimpiego di risorse, quali staff di cantiere e parco macchine/attrezzature per il cantiere relativo al bando in oggetto. [...]”* (sottolineato aggiunto)¹³⁵.

d) Sulla identità o similarità delle offerte tecniche

86. Le offerte tecniche presentate da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nei tre lotti della Gara Servizi n. 1/2019, con particolare riguardo ai criteri di valutazione in termini di mq/h di sostituzione del

¹³³ DOC35.

¹³⁴ DOC129.

¹³⁵ DOC311.

conglomerato¹³⁶ – *sub* criteri 1.1 e 1.2 che pesavano 40 dei 70 punti tecnici totali¹³⁷ - sono risultate identiche (per due delle tre imprese) o comunque di entità analoga sui tre lotti (cfr. Tabella 9). Data l'assenza di concorrenza nei tre lotti a gara, a tutti e tre gli operatori è stato attribuito il massimo punteggio tecnico di 40/40 per i *sub* criteri 1.1 e 1.2¹³⁸.

Tabella 9 – Offerte tecniche – sub criterio 1.1 e 1.2 (peso: 40 dei 70 punti tecnici)

Requisito offerta tecnica	Offerta tecnica		
	Sintexcal	Itinera	Impresa Bacchi ¹³⁹
Produzione da eseguire in 1 notte (dalle ore 22:00 alle ore 06) per sostituzione del conglomerato drenante dello spessore di 5 cm, con una squadra di lavoro*	1.078,13 mq/h	1.125 mq/h	1.125 mq/h
Produzione da eseguire in 2 notti (dalle ore 22:00 alle ore 06) per il risanamento profondo, anche con l'utilizzo di conglomerato a tiepido, con una squadra di lavoro*	173,44 mq/h	175,78 mq/h	175,78 mq/h

* Nel "*Capitolato speciale - norme tecniche*" sono indicate le squadre tipo operative, in termini di numero minimo di persone impiegate per le diverse attività.
Fonte: Informazioni di Milano Serravalle DOC6.

87. Si osserva infine che gli altri criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica di cui alla Gara Servizi n. 1/2019 non risultavano modificabili/migliorabili dalle imprese nel breve periodo in quanto relativi al possesso o meno di certificazioni (criterio 2.1.- possesso di certificazione BS OHSAS 18001 e criterio 3.1. – Possesso del *rating* di legalità) o relativi all'incidenza e gravità degli infortuni sul lavoro (criterio 2.2. – Indicatori di rischio/indice infortuni)¹⁴⁰.

2. Evidenze sui comportamenti delle imprese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la scadenza del termine per la presentazione delle offerte

88. Dall'analisi delle agende dei rappresentanti delle imprese parti del procedimento e degli ingressi presso Itinera sono emersi ripetuti contatti e diversi incontri tra le tre imprese - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - nel periodo intercorrente tra la prima pubblicazione del bando (11/02/2019) e la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (22/03/2019).

¹³⁶ Cfr. §17.2 del disciplinare di gara "*La Stazione Appaltante valuterà l'efficacia, l'efficienza e la reale esperienza dell'organizzazione dell'operatore economico in termini di massimizzazione dell'operatività e minimizzazione dell'impatto delle lavorazioni sul traffico, ferma restando la garanzia di sicurezza degli operatori medesimi e degli utenti autostradali. Particolare rilevanza viene assegnata alla capacità dell'operatore economico di assicurare l'esecuzione dell'intervento nel tempo programmato e quindi viene premiata la maggiore produzione calcolata in mq di pavimentazioni stesa ad ora*".

¹³⁷ DOC1 (disciplinare).

¹³⁸ DOC6 ("Verbale 4 ris").

¹³⁹ Impresa Bacchi ha argomentato che l'offerta tecnica per la Gara Servizi n. 1/2019 sarebbe stata calcolata dalla società sulla base della precedente offerta tecnica presentata dall'ATI tra Itinera e Impresa Bacchi nelle Gare 2016 (cfr. § 0 D. Sulle offerte tecniche). In risposta ad una richiesta di informazioni, la società ha dettagliato le modalità di trasformazione dei valori, dall'una all'altra offerta, precisando che nella trasformazione si è tenuto conto dell'andamento del cantiere negli anni 2017-2019 rispetto ai parametri: *i*) produzioni, risultate inferiori a quelle offerte per cause connesse sia alle finestre temporali concesse dalla stazione appaltante sia alle dimensioni delle superfici di intervento individuate dalla stazione appaltante; *ii*) esperienza acquisita nel triennio sulla produttività delle squadre e dei mezzi impiegati; *iii*) perdite economiche. L'offerta del 2019 sarebbe quindi stata formulata a partire dal dato di produttività media effettiva nel triennio 2017 (DOC343).

¹⁴⁰ DOC1 (disciplinare).

89. Vi sono stati in particolare almeno tre incontri trilaterali tra figure di vertice (o comunque di rilievo con riguardo alla definizione delle politiche di partecipazione alle gare per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali) di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi in data 18/02/2019, 27/02/2019 e 15/03/2019¹⁴¹. Nel periodo considerato vi sono stati anche numerosi incontri e telefonate bilaterali tra le imprese.

90. Nella Tabella 10 che segue sono riportate le evidenze in merito ai contatti trilaterali e bilaterali tra le imprese desumibili: i) dagli appunti di cui alle agende delle figure di vertice o rilevanti delle imprese; ii) dai registri degli ingressi presso le sedi delle imprese.

Tabella 10 – Evidenze di contatti tra le imprese nel periodo rilevante

Data	Agenda/Ingressi	DOC.
12/02/19 (6:00)*	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[rapp.ti imprese terze] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”	DOC16
18/02/19 (13:45)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera] [Sintexcal]”	DOC16
19/02/2019 (9:00)	Agenda di [Sintexcal] – “Oggetto: Bacchi”	DOC64
22/02/19 (6:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[rapp.te impresa terza] [Sintexcal] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”	DOC16
22/02/19 (11:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “Gara Serravalle”	DOC16
27/02/19 (16:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera] [Sintexcal]”	DOC16
4/03/2019 (6:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[rapp.ti imprese terze] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”	DOC16
7/3/19 (6:00)*	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[rapp.te impresa terza] [Itinera] [rapp.ti imprese terze] [Itinera]”	DOC16
7/3/19 (12:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera]”	DOC15
8/3/19 (14:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “Gara Milano”	DOC16
9/3/19 (17:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera]”	DOC16
11/03/19 (6:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera] [rapp.ti imprese terze]”	DOC16
12/3/19 (16:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera]”	DOC15
13/03/19 (6:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[rapp.te impresa terza] [Itinera] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”	DOC16
14/03/19 (10:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera] [rapp.te impresa terza] [Itinera]”	DOC15
15/03/19 (8:00-10:00)	Ingressi Itinera (sede operativa): “[omissis] Sintexcal”	DOC121, pag. 21; DOC308.
	Ingressi Itinera (sede operativa): “[omissis] Imp. Bacchi [...] “[Impresa Bacchi]” “Notaio”	DOC121, pag. 21; DOC308.
	Agenda di [Sintexcal] - “Oggetto: Itinera bacchi Luogo: Tortona”	DOC38
	Agenda di [Impresa Bacchi] – “Tortona” (sede Itinera)	DOC15
	Agenda di [Impresa Bacchi] - “[Itinera] [Itinera] Sintexcal”	DOC16

¹⁴¹ DOC15, DOC16, DOC18, DOC38, DOC64, DOC121, DOC209, DOC212, DOC214, DOC217, DOC218, DOC306 e DOC311. Come si vedrà, le tre imprese hanno argomentato che si trattava di incontri attinenti a procedure di gara diverse dalla Gara Servizi n. 1/2019 – fornendo anche documentazione a supporto per quanto riguarda gli incontri del 18/02/19 e del 15/03/19. Si rimanda al riguardo al successivo § 0 E. Sugli incontri e contatti tra le tre imprese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte.

Data	Agenda/Ingressi	DOC.
	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Itinera]”	DOC16
19/03/19 (6:00)*	Agenda di [Impresa Bacchi] “[rapp.ti imprese terze] [Sintexcal]”	DOC16
19/03/19 (11:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[omissis] X tortona” (sede Itinera)	DOC15
21/03/19 (6:00)*	Agenda di [Impresa Bacchi] – “[Sintexcal] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”	DOC16
21/03/19 (13:00)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “Prezzi Itinera A7”	DOC16
21/03/19 (13:45)	Agenda di [Impresa Bacchi] – “Serravalle offerta”	DOC16

* Impresa Bacchi ha indicato che “avuto riguardo alle annotazioni in agenda che riportano come orario le “6:00” si tratta in realtà di annotazioni di tipo “promemoria” che in genere fanno riferimento all’insieme di persone (interne e esterne all’azienda) da contattare nella giornata (per motivi quindi anche diversi tra loro)”, DOC337.

91. Le informazioni in tabella confermano la presenza di numerosi contatti tra le imprese nel periodo rilevante di definizione delle politiche di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019. Si osserva, ad esempio, che all’incontro trilaterale delle imprese del 18/02/2019 e alle successive frequenti occasioni di contatto bilaterale tra le imprese (19/02/2019 e 22/02/2019) fa seguito un appunto della agenda del rappresentante di Impresa Bacchi avente ad oggetto la “Gara Serravalle”¹⁴².

92. Ancora, Impresa Bacchi risulta avere svolto delle valutazioni in merito alla offerta da presentare nella Gara Servizi n. 1/2019 (il 21/03/19 alle 13:45 “Serravalle Offerta”) appena dopo avere avuto un contatto con l’impresa concorrente Itinera, alle ore 13:00, avente ad oggetto i “Prezzi Itinera A7” (che potrebbe essere riferito all’offerta in sede di gara dell’impresa concorrente Itinera per il lotto B/tratta A7 della Gara Servizi n. 1/2019¹⁴³) ed avere avuto contatti nella giornata sia con Itinera che con Sintexcal (appuntamento del 21/03/19 ore 6:00).

93. Il giorno successivo, 22/03/2019, tutte e tre le imprese hanno presentato le offerte (economiche) per la Gara Servizi n. 1/2019 poco dopo le ore 9:00 (a fronte di un termine ultimo per il deposito fissato per il 22/03/2019 alle ore 12:00)¹⁴⁴. La data e l’ora di deposito sul portale della stazione appaltante dell’ultimo documento di offerta (offerta economica, con chiusura “elettronica” della busta) nella Gara Servizi n. 1/2019 da parte delle tre imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi sono state le seguenti:

- i) Sintexcal per il lotto A: ore 9:43 del 22/03/2019;
- ii) Itinera per il lotto B: ore 9:48 del 22/03/2019;

¹⁴² Nell’agenda, il 22/02/19 alle ore 16:00 si legge “Gara Serravalle”. Al riguardo Impresa Bacchi ha indicato che “trattandosi di una data vicina alla pubblicazione del bando (laddove i bandi di gara sono portati all’attenzione dell’impresa da una società esterna ogni lunedì della settimana, nel caso di specie quindi il 18 febbraio 2019), l’appunto in agenda probabilmente riguardava una riunione interna per valutare la possibilità per l’impresa di soddisfare i requisiti di partecipazione alla gara che, come detto, erano variati rispetto alle analoghe gare per la manutenzione della pavimentazione autostradale indette da Milano Serravalle nel 2016, qualificando la gara, in modo inconsueto per il settore, come di “servizi” piuttosto che di “lavori” (DOC337; cfr. anche DOC444). Per le argomentazioni delle parti sul punto si rimanda al successivo § 0 E. Sugli incontri e contatti tra le tre imprese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte.

¹⁴³ In merito al riferimento in agenda del 21/03/19 ore 13:00, “Prezzi Itinera A7”, Impresa Bacchi e Itinera hanno argomentato in quel periodo Itinera stava valutando l’acquisto da Impresa Bacchi di conglomerato bituminoso (di tipo “base binder”) per dei lavori su uno svincolo della A7, con riguardo alla tratta Pavia-Beregardo” (DOC337 e DOC341). Cfr. anche in questo caso il § 0 E. Sugli incontri e contatti tra le tre imprese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte.

¹⁴⁴ DOC26, DOC60 e DOC240.

iii) Impresa Bacchi per il lotto C: ore 9:13 del 22/03/2019¹⁴⁵.

A titolo di confronto, si osserva che in occasione delle Gare 2016 le offerte erano state depositate dalle imprese partecipanti in orari (ed anche giorni) maggiormente differenziati tra loro¹⁴⁶.

94. Una ulteriore evidenza rilevante in merito alle condotte delle imprese, in tale arco temporale, è individuata da uno scambio di email interno a Itinera, del 14 febbraio 2019, che testimonia l'iniziale volontà della società di presentare offerta per tutti e tre i lotti a gara: alla indicazione *“Sono usciti tre bandi per le pavimentazioni da parte di Milano Serravalle. Gli importi sono tutti inferiori a 10 mio € la scadenza è ravvicinata Scadenza 22/03/2019 inoltre I concorrenti possono aggiudicarsi solo 1 lotto”* (enfasi in originale), la decisione interna dell'allora figura di riferimento di Itinera per le pavimentazioni stradali è *“Li facciamo con prezzi congrui”* (sottolineato aggiunto)¹⁴⁷. Tale valutazione è quindi successivamente mutata, tra il 15 febbraio e il 22 marzo 2019, nel periodo in cui si sono realizzati i predetti tre incontri e i numerosi altri contatti tra le tre imprese.

95. Nel medesimo periodo risulta sintomatica del passaggio da una relazione di potenziale concorrenza a una situazione di concertazione tra le imprese, una *e-mail* con cui Sintexcal, il 21 febbraio 2019, inoltra a Itinera e Impresa Bacchi (e solo a loro) la risposta trasmessale dalla stazione appaltante in esito a un quesito inerente ai requisiti di partecipazione alla gara (*“Vi giro la risposta di Milano Serravalle circa il quesito sulla gara d'appalto pubblicata come Servizi/Lavori”*)¹⁴⁸; risposta che come si vedrà risulta particolarmente soddisfacente per le imprese. Per quanto le risposte ai quesiti siano anche pubblicate dalla stazione appaltante sul proprio sito internet, lo scambio testimonia la continua e stretta cooperazione tra le tre imprese (e non anche tra e nei confronti delle altre numerose imprese pur interessate da analoghe relazioni di subappalto e/o messa a disposizione di impianti). Rilevante è anche la circostanza che il quesito posto da Sintexcal alla stazione appaltante non riguardasse i subappalti, quanto piuttosto i requisiti di partecipazione alla gara, che interessavano quindi distintamente le tre imprese come potenziali imprese in concorrenza nella partecipazione alla procedura. Con email del 22 febbraio 2019 Itinera ringrazia Sintexcal per la trasmissione della risposta e commenta *“Bene!. Grazie [...]”*¹⁴⁹.

96. Il giorno successivo alla condivisione dei chiarimenti tra Sintexcal e le altre due imprese (ovvero il 22 febbraio 2019) Sintexcal comunicava internamente, con email delle 15:39, avente ad oggetto *“Milano Serravalle-Milano Tangenziali Spa”* che *“Procediamo a fare la gara del LOTTO A, in ATI con COGEIS, quote 51% loro (Capogruppo) 49% noi. Logicamente la gara dobbiamo prepararla noi, nei prossimi giorni*

¹⁴⁵ DOC359. Si evidenzia inoltre che, nel caso di specie, l'offerta economica doveva essere direttamente predisposta all'interno del portale online di Milano Serravalle (piuttosto che solo caricata come documento firmato digitalmente), cfr. l'art. 16 (*“Contenuto della busta “offerta economica” (sul portale “risposta economica” lotto A, Lotto B, lotto C)”*) del disciplinare della Gara Servizi n. 1/2019.

¹⁴⁶ “Gara Lavori n. 3/2016” (A50): 22/7/2016 ore 11:49, 10:51, 10:11, 11:46, 8:59, 11:08, 10:37, 11:01, 11:42 e 21/07/2016 ore 17:25.; “Gara Lavori n. 4/2016” (A51/52): 22/7/2016 ore 11:48, 11:04, 9:58, 11:45, 11:37, 9:17, 11:53, 10:45, 9:10, 11:07, 11:43 e 21/7/2016 18:18 e 17:34; “Gara Lavori n. 5/2016” (A7): 22/7/2016 11:00, 11:51, 9:30 e 21/07/2016 ore 19:02 e 18:54. Cfr. DOC6.

¹⁴⁷ DOC176.

¹⁴⁸ DOC69, DOC92 e DOC93. Il quesito inviato da Sintexcal riguardava la qualificazione dell'appalto come “di servizi” piuttosto che come “di lavori” e alcuni chiarimenti sui conseguenti requisiti economico-finanziari e tecnici richiesti. In particolare, la stazione appaltante ha chiarito che l'appalto era da considerarsi *“di servizi” ma che “per servizi analoghi sono da intendersi le attività di manutenzione della pavimentazione [...] anche se questi sono stati banditi come lavori”*. Sui quesiti per la stazione appaltante cfr. anche DOC98, DOC40, DOC97 e DOC35. Si osserva inoltre che l'informativa sulla gara con una sintesi delle sue caratteristiche risulta essere stata trasmessa internamente a Sintexcal il 13 febbraio 2019 (DOC40).

¹⁴⁹ DOC78 e DOC104.

vi comunicherò la terna dei sub. [subappaltatori]”¹⁵⁰. Vale a dire che a seguito dei vari incontri con i propri principali potenziali concorrenti in sede di gara - Itinera e Impresa Bacchi – con i quali si era anche già instaurata una peculiare relazione di collaborazione, Sintexcal è pervenuta alla decisione di presentare offerta per uno solo dei lotti a gara (senza sovrapposizioni rispetto alle offerte delle altre due imprese parti).

97. Come sopra visto, sempre il 22 febbraio 2019, anche il rappresentante di Impresa Bacchi risulta avere svolto delle valutazioni sulla Gara Servizi n. 1/2019, come risulta da un appunto in agenda per il medesimo giorno alle 11:00 avente ad oggetto proprio la “Gara Serravalle”¹⁵¹. L’impresa ha poi presentato offerta per il solo Lotto C.

3. Altre evidenze sulle condotte nei confronti della stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019 e di condivisione di informazioni commercialmente sensibili

98. Sono stati acquisiti in sede ispettiva alcuni documenti che testimoniano la concertazione tra le parti con riguardo alle condotte da tenersi nei confronti della stazione appaltante, anche successivamente alla presentazione delle offerte.

99. Di particolare interesse sono i comportamenti tenuti da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi in occasione delle verifiche di congruità delle offerte svolte dalla stazione appaltante e propedeutiche alla effettiva aggiudicazione dei lotti a gara alle tre imprese.

100. L’attribuzione dei punteggi economici e tecnici alle offerte pervenute da Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi, in seduta pubblica, è intervenuta il 13 maggio 2019 e il 17 maggio 2019 la stazione appaltante risulta avere chiesto alle tre imprese di produrre, entro il successivo 6 giugno 2019, le giustificazioni a supporto dell’offerta economica presentata, per le verifiche di congruità ex. art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016¹⁵².

101. Al riguardo è stata acquisita presso Sintexcal una email interna alla società del 3 giugno 2019, avente ad oggetto “Analisi Bacchi”, a cui è allagato un file Excel denominato “ANALISI_rev.03.xls” contenente una bozza dell’analisi che Impresa Bacchi era tenuta a presentare alla stazione appaltante ai fini della giustificazione della non anomalia dell’offerta¹⁵³. Nel file Excel allegato alla mail è, tra l’altro, riportato il dettaglio disaggregato dei costi e dei prezzi unitari alla base dell’offerta presentata dal proprio concorrente Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019, la denominazione dei fornitori considerati da Impresa Bacchi ai fini del calcolo, i dati di costo fisso e variabile di produzione dell’impianto di produzione del conglomerato bituminoso di Impresa Bacchi, i costi di approvvigionamento del conglomerato bituminoso da terzi (nel caso di specie quantificati da Impresa Bacchi solo e proprio con riguardo alle proprie concorrenti Itinera e Sintexcal).

102. Il documento reperito presso Sintexcal contiene quindi dati commerciali sensibili del proprio concorrente Impresa Bacchi, afferenti alla gara e più in generale all’attività dell’impresa nel settore.

103. La simmetria nelle condotte delle imprese nei confronti della stazione appaltante, anche a seguito della presentazione delle offerte (ma prima dell’aggiudicazione definitiva), è evidenziata altresì dal contenuto

¹⁵⁰ DOC40. Si precisa che Sintexcal ha poi partecipato in forma individuale al lotto A, avvalendosi di Cogeis per soddisfare i requisiti relativi ai precedenti servizi prestati.

¹⁵¹ DOC16.

¹⁵² DOC6, DOC123 e DOC129.

¹⁵³ DOC83.

delle risposte trasmesse da Itinera¹⁵⁴, Sintexcal¹⁵⁵ e Impresa Bacchi¹⁵⁶ alla stazione appaltante a giustificazione dell'offerta, nelle quali le tre imprese hanno indicato percentuali di spese generali e di utile di impresa uguali o comunque analoghe tra loro (10-11% per le spese generali e 3% per gli utili di impresa; cfr. Tabella 11)¹⁵⁷.

Tabella 11 – Spese generali e utile di cui alle relazioni preliminari

	<i>Spese generarle e costi indiretti (al netto oneri interni di sicurezza)</i>	<i>Utile lordo (comprese imposte e tasse)</i>
Itinera	10%	3%
Sintexcal	circa 10% ¹⁵⁸	3%
Impresa Bacchi	11%	3%

Fonte: DOC129, DOC311 e DOC312.

104. Altra vicenda di interesse riguarda uno scambio di email tra Sintexcal e Impresa Bacchi del 14/04/2020, avente ad oggetto “[...] *Serravalle tangenziale ovest lotto C: Costi sicurezza-Confronto listino oneri di sicurezza Covid19*”, nel contesto del quale le imprese risultano avere condiviso le proprie stime in merito all’aumento dei costi per la sicurezza in ragione dell’emergenza sanitaria, al fine “*di portare avanti una politica comune con l’Ente Appaltante*” (sottolineato aggiunto)¹⁵⁹. Si sottolinea che i costi per la sicurezza in esame interessano le imprese nella loro qualità di imprese aggiudicatrici - separatamente - di due dei lotti a gara e non, quindi, la loro relazione nel contesto dei subappalti reciproci.

105. Sono infine stati acquisiti in sede ispettiva anche alcuni documenti (relativi a un periodo in cui la gara 2019 era ancora in esecuzione) che testimoniano una relazione tra le imprese (nel caso di specie Itinera e Sintexcal) che appare superare il confine di una mera collaborazione e che evidenzia, piuttosto, una consuetudine allo scambio di informazioni strategiche e sensibili tra le imprese, quali quelle relative alla partecipazione o meno ad una gara futura o al prezzo delle materie prime. In particolare, in una

¹⁵⁴ DOC129.

¹⁵⁵ DOC312.

¹⁵⁶ DOC311.

¹⁵⁷ Le parti hanno al riguardo anche confermato che: i) i costi “diretti” di cui alla “*relazione preliminare alle analisi prezzi*” e le relative schede di analisi prezzi e nelle sotto analisi, includono anche le quote di ammortamento dei macchinari e degli impianti e i relativi interessi sul capitale immobilizzato; ii) che le “spese generali e costi indiretti” sono calcolati come una percentuale dei costi “diretti”; iii) che l’“Utile d’impresa” è calcolato come una percentuale del 3% della somma di costi “diretti” e “spese generali e costi indiretti”; iv) che l’“Utile d’impresa” così calcolato è una grandezza logicamente analoga all’utile ante imposte di cui al conto economico (nel caso di specie calcolato, tuttavia, per la singola commessa); cfr. DOC336, DOC337 e DOC342.

¹⁵⁸ Sintexcal ha al riguardo indicato che la percentuale del 13% delle “*spese generali e costi indiretti*” è al lordo degli oneri aziendali della sicurezza, non ricomprendendo tuttavia gli oneri per la sicurezza diretti (DOC342).

¹⁵⁹ Nella seconda email (interna a Sintexcal) si legge “*Vi giro un raffronto fatto con l’Impresa Bacchi di maggiori oneri della sicurezza dovuta all’emergenza COVID-19 Il confronto è stato fatto al fine di portare avanti una politica comune con l’Ente Appaltante Non appena possibile gradirei un confronto sull’argomento*. Nella precedente email di Impresa Bacchi a Sintexcal si legge: “[...] *facendo seguito agli accordi intercorsi con Sig. [Impresa Bacchi], uniamo alla presente quanto in oggetto, confronto maggiori OS per effetto della condizione di emergenza epidemiologica Il raffronto è condotto su base settimanale, considerando il listino che ha inviato settimana u.s. e quello da noi predisposto sulla base dell’esperienza vissuta in queste prime settimane di lavoro*”; nella email è riportata una tabella in cui è indicata la stima dei maggiori oneri di sicurezza settimanali per, rispettivamente, Impresa Bacchi e Sintexcal, in qualità di appaltatori; DOC66 e DOC87.

comunicazione *whatsapp* tra Itinera e Sintexcal dell'8 aprile 2021, il rappresentante di Sintexcal chiede "Ciao, [...], voi la gara di Malpensa la fate?" e quello di Itinera risponde "No Non abbiamo il fatturato"; Sintexcal replica, "Addirittura Annamo beneeee". Il successivo 21 aprile 2021 il rappresentante di Sintexcal scrive a Itinera "no ti ho detto una cavolata il bitume ai tempi dell'offerta ottobre 2019 era a €/t 450,00 oggi siamo a €/t 480,00 che inciderebbe 8 centesimi a mq sul drenante 0,15 euro metro quadro sui 5 cm"¹⁶⁰.

4. La mancata partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 di imprese ulteriori rispetto alle parti

106. In sede istruttoria è stato appurato che la modifica da parte della stazione appaltante della qualificazione della Gara Servizi n. 1/2019 come appalto di "servizi" piuttosto che di "lavori" - come nei precedenti appalti per le medesime attività di manutenzione - ha comportato la richiesta di requisiti di partecipazione più stringenti, tali per cui in luogo della attestazione SOA sono stati introdotti requisiti aggiuntivi di capacità economico finanziaria in termini, di fatturato specifico e di esecuzione di servizi con caratteristiche analoghe¹⁶¹. La Gara n. 1/2019 ha visto anche l'introduzione di nuovi requisiti di capacità tecnico professionale.

107. La circostanza che la modifica della qualificazione della gara e dei requisiti di partecipazione abbia inciso sul grado di partecipazione alla procedura emerge anche dalle informazioni acquisite dalle imprese che avevano partecipato alle precedenti Gare 2016 (appalti di "lavori"): 9 su 13 imprese hanno indicato tra i motivi che hanno portato a non presentare una offerta per la Gara Servizi n. 1/2019 la modifica della tipologia della gara da "lavori" a "servizi" e/o la mancanza dei requisiti di partecipazione¹⁶².

108. A ulteriore conferma del fatto che la qualificazione della gara da parte della stazione appaltante come di "servizi" piuttosto che di "lavori" - con quanto ne è conseguito in termini di requisiti di partecipazione - abbia influito sulla concorrenza attesa in sede di gara, militano anche gli esiti di partecipazione alla procedura indetta nel 2021 da Milano Serravalle per il rinnovato affidamento dei servizi di manutenzione ordinaria delle tratte in concessione. Come sopra già rilevato, la Gara Lavori n. 4/2021 (ad oggi non ancora aggiudicata) ha visto infatti la partecipazione, con riguardo a tutti e tre i lotti a gara, di più imprese in concorrenza¹⁶³, anche terze rispetto alle parti¹⁶⁴.

109. Si osserva inoltre che le Gare 2016 - pur avendo visto la partecipazione di numerosi concorrenti - sono state poi aggiudicate per due delle tratte a gara all'ATI Itinera/Impresa Bacchi e per la restante tratta a Interstrade, acquisita da Itinera nel 2018¹⁶⁵; Sintexcal aveva partecipato per due delle tratte a gara, dimostrandosi un concorrente temibile¹⁶⁶. Le altre imprese partecipanti sono state escluse o hanno ottenuto

¹⁶⁰ DOC213 e DOC219-224.

¹⁶¹ Cfr. anche DOC8 e DOC359.

¹⁶² Si tratta di Suardi s.p.a., Colombo Severo e C. s.r.l., Ronzoni s.r.l., Vitali s.p.a., Giudici s.p.a., Favini Costruzioni s.r.l., Civelli Costruzioni s.r.l., Platti generali s.r.l., Gini s.p.a. Le altre quattro imprese (I.c.g. s.r.l., Preve Costruzioni s.p.a., Sangalli s.p.a. e Impresa Bergamelli s.r.l.) hanno indicato di non avere partecipato alla Gara n. 1/2019 in ragione di commesse già in corso che assorbivano le risorse dell'impresa o della scadenza concomitante dei termini per la partecipazione ad altre procedure di interesse. DOC293-297, DOC300-305, DOC309, DOC313.

¹⁶³ Cfr. § 0 a) Sulla partecipazione ad uno solo dei lotti a gara e sugli impianti di produzione del conglomerato e Tabella 5.

¹⁶⁴ Delle cinque imprese terze partecipanti alla Gara lavori n. 4/2021 (Preve Costruzioni s.p.a., CO.GE.FA. s.p.a., Giuggia Costruzioni s.r.l., Ronzoni s.r.l. e Favini Costruzioni s.r.l.) tre avevano già partecipato alle Gare 2016 (Preve Costruzioni s.p.a., Ronzoni s.r.l. e Favini Costruzioni s.r.l.) e una aveva partecipato alle Gare 2013 (CO.GE.FA. s.p.a.).

¹⁶⁵ DOC341.

¹⁶⁶ Impresa terza classificata sia per la tratta A50 che per la tratta A51/52. Cfr. DOC6.

punteggi – anche tecnici - troppo bassi¹⁶⁷. Molte delle imprese partecipanti alle Gare 2016 avevano dimensioni e capacità logistica inferiori rispetto a Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi. Alcune di tali imprese non sono oggi più attive mentre Interstrade, come appena accennato, è stata acquisita da Itinera.

110. Anche gli esiti, in termini di punteggi tecnici e ribassi economici offerti, nella Gara Lavori n. 4/2021 confermano la circostanza che Sintexcal e Impresa Bacchi (e a maggior ragione Itinera, la più grande e qualificata delle tre imprese) beneficiano di una capacità tecnico-logistica ed economica anche significativamente superiore rispetto alle altre imprese potenziali concorrenti attive nel settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradale¹⁶⁸.

111. Le evidenze complessivamente agli atti confermano quindi quanto dichiarato dalle stesse parti circa il fatto che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi individuavano di gran lunga i principali operatori del settore nel territorio del Nord Italia, cui si affiancano poche imprese di minori dimensioni e meno qualificate¹⁶⁹.

112. In questo contesto Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi rappresentavano quindi i principali – se non gli unici - potenziali concorrenti “qualificati” alla Gara Sevizi n. 1/2019, che come appena visto è stata caratterizzata da un significativo innalzamento dei requisiti di partecipazione (in termini di fatturato generale e specifico) sia rispetto alle precedenti edizioni del 2016 e 2013, sia rispetto alla ultima procedura del 2021 (tutte qualificate come affidamenti di “lavori” con richiesta di produzione della sola SOA).

IV. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

113. In termini generali, Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi hanno sostenuto l’assenza di una condotta collusiva delle imprese, l’inidoneità delle evidenze esogene raccolte in sede istruttoria a provare la condotta contestata e il fatto che il presunto parallelismo nei comportamenti delle imprese, anche con riguardo ai subappalti reciproci e alla presentazione dell’offerta per uno solo dei lotti a gara, è dovuto a decisioni lecite e razionali d’impresa che individuano una plausibile e valida spiegazione alternativa a quella della concertazione tra le imprese¹⁷⁰.

A. Sulla presentazione dell’offerta per uno solo dei lotti a gara e sugli impianti per la produzione di conglomerato bituminoso

114. Quanto alla partecipazione di Itinera al solo lotto B della Gara Servizi n. 1/2019 (tratta A7), Itinera ha affermato che “*di norma, Itinera non partecipa a gare di ammontare inferiore a 10 milioni di euro. Nel caso specifico [importo di ciascuno dei tre lotti di circa 9,8 milioni di euro] la società beneficiava di un vantaggio logistico nella partecipazione al secondo lotto (tratta A7) [in ragione della localizzazione degli impianti di produzione del conglomerato] e non era interessata agli altri due lotti*”¹⁷¹. Nelle memorie difensive finali Itinera ha ulteriormente affermato che la decisione di partecipare alla Gara Servizi n. 1/2019 per un solo lotto è stata pienamente lecita e logica in quanto determinata da proprie autonome valutazioni imprenditoriali condotte sulla base di parametri di convenienza in termini economici e operativi e in una prospettiva di ottimizzazione e razionalizzazione delle proprie risorse, tenuto anche conto della specifica disciplina posta dalla *lex specialis* di gara (vincolo di aggiudicazione di un solo lotto) nonché delle concrete

¹⁶⁷ Cfr. DOC6 (verbali delle commissioni di gara) e Tabella 3 – Gare Lavori 2016.

¹⁶⁸ Cfr. Tabella 5– Gare Lavori n. 4/2021.

¹⁶⁹ Cfr. anche § 0 A. Il settore.

¹⁷⁰ DOC420, DOC423, DOC427, DOC444.

¹⁷¹ DOC120.

disponibilità impiantistiche della società e delle relative ubicazioni territoriali. Inoltre, la probabile coincidenza dei tempi di esecuzione e l'eventualità di aggiudicazione di più lotti (nell'ipotesi residuale prevista dall'art. 3 del disciplinare di gara) avrebbe reso necessaria una frammentazione dell'uso dei mezzi e delle risorse su più lotti con ricadute sulla strutturazione dell'offerta e sulle *chance* reali di aggiudicazione¹⁷².

115. Itinera ha poi osservato che se è vero che la società opera su un territorio multiregionale, che comprende la Lombardia, il Piemonte, la Liguria e l'Emilia-Romagna (limitatamente alle aree di Piacenza e Parma) è anche vero che, con riferimento a talune tratte autostradali – come quelle appunto che si trovano ad una distanza di circa 70/80 km dai suoi impianti e nel caso di specie alla tratta del Lotto B – i lavori di manutenzione delle pavimentazioni risultano “assolutamente più convenienti, da un punto di vista economico e operativo, rispetto a tratte più distanti e consentono, conseguentemente, alla società la presentazione di un'offerta maggiormente competitiva” (sottolineato in originale)¹⁷³.

116. In merito al fatto che Itinera disponesse di un impianto per la produzione di conglomerato localizzato ad Arluno (MI) - a una distanza inferiore rispetto a 70-80 km anche avuto riguardo alle tratte autostradali delle tangenziali di Milano A50 e A51/52, di cui ai lotti A e C della Gara Servizi n. 1/2019 - la società in sede di audizione ha argomentato che *“le attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali sono fortemente condizionate dalla presenza degli impianti di produzione del conglomerato e che l'impianto di Arluno (sulla A4 Milano- Torino) non è considerato competitivo per le tratte in questione rispetto ad impianti posizionati a minor distanza dalle tangenziali A50 e A51/52”*¹⁷⁴. Successivamente, in occasione delle memorie finali, Itinera ha indicato che a seguito di alcuni sopralluoghi effettuati a gennaio 2019, la Direzione tecnica Ingegneria Impianti e Gestione Macchinari di Itinera aveva proposto *“lo smontaggio/vendita entro l'anno 2019”* dell'impianto di Arluno; che tale impianto nel febbraio 2019 (mese di pubblicazione del bando della Gara Servizi n. 1/2019) era fermo e bisognoso di *“manutenzione di mantenimento”*; e che l'impianto è poi stato ceduto nel maggio 2020¹⁷⁵. La società quindi, *“pur avendo indicato l'impianto di Arluno nella propria offerta [depositata il 22 marzo 2019] – avendone la disponibilità al momento della presentazione della stessa – non ne ha sostanzialmente tenuto conto”* ai fini della decisione relativa ai lotti della Gara Servizi n. 1/2019 ai quali partecipare¹⁷⁶.

117. Itinera ha anche osservato che le condizioni favorevoli (distanza inferiore a 70-80 km) per la partecipazione al Lotto B (tratta A7) non si riscontrano per le tratte A50 e A51/52, di cui ai lotti A e C, posto che i due impianti di Tortona – *“gli unici utilmente impiegabili”* – si trovano ad una distanza dalle tratte

¹⁷² DOC427 e DOC444. Itinera osserva inoltre che anche in una gara ASPI suddivisa in 10 lotti ed in cui era previsto un vincolo di aggiudicazione di al massimo 3 lotti la società ha ritenuto di partecipare ad un solo lotto (in ATI con Sintexcal)

¹⁷³ DOC427 e DOC444. Itinera ha anche osservato che l'indicazione nelle gare ASPI 2018 e 2017 (cui Itinera ha partecipato in ATI con Sintexcal e Impresa Bacchi) *“anche di numerosi impianti di produzione di conglomerato di terzi”* è da ricondursi alla *“considerevole estensione chilometrica delle tratte autostradali interessate dai lavori, e della specifica disciplina di lex specialis, che premiava significativamente la vicinitas degli impianti alla sede di esecuzione delle opere [...] ed era dunque strettamente funzionale ad incrementare le chance di aggiudicazione della commessa”* e che *“i maggiori costi legati al ricorso alla fornitura di impianti di produzione di terzi trovavano adeguata copertura in una base di gara assai capiente [...]”*, avendo entrambe un importo base pari a circa 33,5 milioni di euro, DOC427.

¹⁷⁴ DOC336.

¹⁷⁵ Itinera ha al riguardo prodotto uno scambio di e-mail interno a Itinera, intervenuto tra il 21 gennaio 2019 e l'8 febbraio 2019, che ha coinvolto anche il Direttore Costruzioni e a cui è allegato un report redatto dalla Direzione tecnica Ingegneria Impianti e Gestione Macchinari di Itinera, avente ad oggetto *“situazione impianti ex Interstrade (sopralluoghi 08/01, 14/01 e 17/01) e situazione impianti Itinera”*, DOC427.

¹⁷⁶ DOC427.

A50 e A51/A52 rispettivamente di 86 km e 110 km. Al fine di “evidenziare la maggiore convenienza, in termini economici e operativi, della partecipazione al lotto B” Itinera ha anche prodotto delle analisi sui tempi massimi e medi (intercorrenti tra il carico e la stesa del conglomerato) con riferimento ai tre lotti oggetto della Gara Servizi n. 1/2019 (sotto determinate ipotesi)¹⁷⁷ e rilevato che:

- i) per il Lotto B si presentavano le condizioni ottimali per eseguire, con profitto, le attività di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni;
- ii) per il Lotto C era possibile produrre il conglomerato bituminoso presso gli impianti Itinera di Tortona con “elevati rischi” tuttavia di una cattiva qualità in fase di stesa del conglomerato (in ragione di tempi medi tra carico e stesa in prossimità al limite di 1,5 h) e di costi maggiori (per l’aumento del numero di bilici da impiegare);
- iii) la partecipazione al Lotto A della gara non risultava remunerativa in quanto la società avrebbe dovuto fare ricorso alla fornitura di “gran parte” del conglomerato da imprese terze (in ragione di tempi medi tra carico e stesa superiori ad 1,5 h) oppure produrre conglomerato bituminoso a tiepido con l’aggiunta di additivi, con un aumento in entrambi i casi dei costi¹⁷⁸.

118. Con riguardo alla partecipazione di Itinera alle Gare 2016 relative alle tratte A50 e A51/A52, la società ha indicato che in tale occasione aveva partecipato in ATI con Impresa Bacchi (per cui beneficiava degli impianti, delle risorse e dei mezzi anche di quest’ultima), che poteva contare sull’impiego dell’impianto di Arluno (vicino alle tratte in oggetto) e che alla data di tali procedure il portafoglio lavori di Itinera era molto carente ed era quindi necessario provare ad incrementarlo “con la partecipazione a diverse procedure di gara e con ribassi più “aggressivi” “per incrementare le chance di vedersela aggiudicare”¹⁷⁹.

119. In merito all’email interna ad Itinera, del 14 febbraio 2019, in cui si legge, in relazione ai lotti della Gara Servizi n. 1/2019, “Li facciamo con prezzi congrui”¹⁸⁰, Itinera ha osservato che l’indicazione iniziale del Direttore Costruzioni al Direttore Commerciale sull’interesse alla procedura (di cui alla email in esame) è, di regola, dato senza avere contezza delle prescrizioni del bando di gara, posto che l’ufficio gare procede solo successivamente ad un’analisi delle regole di gara. Itinera ha poi affermato in sede di audizione che la successiva decisione di partecipare ad uno solo dei lotti a gara è stata dovuta alle limitazioni previste dalle regole di gara che prevedevano la possibilità di acquisire in esito alla procedura uno solo dei lotti a gara. “Itinera si è quindi ovviamente concentrata solo sul lotto che era più conveniente per lei” (lotto B tratta A7), tenuto conto del fatto che dato il “posizionamento degli impianti di Itinera un’offerta per gli altri lotti non sarebbe stata competitiva”¹⁸¹.

¹⁷⁷ In particolare - considerando tempi per il carico/scarico di 25 minuti e una velocità media dei camion con bilico di 50 km su strada extraurbana, 75 km in autostrada e 65 km sulle tangenziali - Itinera individua i seguenti tempi e distanze massime per i tre lotti:

	Tempo massimo per carico, trasporto e scarico alla stesa
Lotto A-A50 (distanza massima 110 km)	2 ore e 5 minuti
Lotto B-A7 (distanza massima 71 km)	1 ora e 25 minuti
Lotto C-A51/A52 (distanza massima 86 km)	1 ora e 40 minuti

DOC427.

¹⁷⁸ DOC427. Itinera ha quantificato nel [omissis]% l’incremento del costo di produzione del conglomerato all’impianto.

¹⁷⁹ DOC427.

¹⁸⁰ DOC176.

¹⁸¹ DOC336 e DOC427. Itinera ha indicato che il termine “prezzi congrui” faceva riferimento al fatto che l’offerta della società non sarebbe stata particolarmente aggressiva in termine di ribassi rispetto alle basi d’asta (DOC336).

120. Sintexcal ha indicato, con riguardo alla decisione della società di presentare offerta solo per il lotto A della Gara Servizi n. 1/2019 (tratte A51/52), che un fattore da prendere in considerazione nel processo decisionale relativo alla partecipazione alle gare è la distanza tra il luogo dove devono essere svolti i lavori e la sede dei propri impianti produttivi, nell'ottica di maggiore convenienza economica, visto che in tali circostanze non bisogna ricorrere ad impianti di altri operatori. Sintexcal ha affermato, in particolare, che *"In media risulta economica la percorrenza di 70-80km"*¹⁸² e che *"**non è possibile utilizzare impianti che si collochino ad una distanza superiore agli 80 km rispetto al luogo interessato manutenzione**"* (enfasi e sottolineato in originale)¹⁸³. La scelta della società di presentare un'offerta solo per il lotto A è stata quindi condizionata dall'elemento distanza/tempo degli impianti dalla sede dei lavori e dovuta al fatto che la tratta A51/A52 è la più prossima agli impianti di produzione di conglomerato di Sintexcal, tali da poter in autonomia coprire il fabbisogno relativo alla tratta autostradale A51-A52¹⁸⁴; la società aveva la possibilità di svolgere i servizi in questione, per quanto con più difficoltà, anche avuto riguardo alla tratta A50 (lotto C), mentre non riteneva fattibile lo svolgimento dei servizi con riguardo alla tratta A7 (lotto B), in quanto troppo distante dai propri impianti di produzione¹⁸⁵. Sintexcal ha inoltre sostenuto che la logica imprenditoriale impone di preferire la partecipazione *"con risorse proprie"* e che il ricorso a impianti di conglomerato di terzi è più oneroso e incide significativamente sui costi della commessa. Sintexcal quindi tendenzialmente non partecipa, *"salvo rare e circostanziate eccezioni"*, a gare aventi ad oggetto la manutenzione delle pavimentazioni stradali nelle quali non è prevista la fornitura di conglomerato in via *"esclusiva o maggioritaria"* dai propri impianti di produzione¹⁸⁶. La decisione di Sintexcal di partecipare al lotto A è stata quindi la scelta *"più naturale, logica e razionale"*¹⁸⁷.

121. In occasione delle memorie finali Sintexcal ha osservato che la società era comunque soggetta a dei *"vincoli di partecipazione"* in quanto, per soddisfare i requisiti di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, ha dovuto ricorrere all'avvalimento di Cogeis, che non era disponibile a concederlo per più lotti¹⁸⁸:

¹⁸² DOC35

¹⁸³ Sintexcal ha anche richiamato dei bandi di gara delle due principali concessionarie autostradali ASPI e ANAS in cui era richiesto che gli impianti di produzione del conglomerato fossero collocati *"preferibilmente, entro un raggio di 80 km dalla zona di stesa"* (ASPI, 2018) e *"si norma a una distanza non superiore ai 70 km dai luoghi di impiego"* (ANAS, 2020); nei bandi ASPI richiamati da Sintexcal erano anche previsti punteggi premiali in base alla distanza degli impianti dal luogo di stesa (con punteggio massimo attribuito agli impianti a una distanza inferiore ai 60 Km; punteggi intermedi agli impianti a una distanza tra 79 e 60 km e tra 99 e 80 km ; punteggio nullo agli impianti agli impianti a distanze superiori ai 100 km). DOC423.

¹⁸⁴ DOC338, DOC423 e DOC444.

¹⁸⁵ DOC35 come rettificato da DOC338.

¹⁸⁶ DOC423. Sintexcal ha ulteriormente precisato che *"se è vero che la fornitura di conglomerato da terzi costituisce la regola all'interno di quelle tratte che non permetterebbero la fornitura del materiale da parte di un solo impianto (quale, ad esempio, la gara ASPI sul tronco T7 Pescara nel 2018 ovvero sul tronco T3 nel 2020) ove Sintexcal partecipa generalmente in RTI/ATI con altri operatori, nei casi in cui la Società dispone di impianti di proprietà che si pongono a distanza utile dalla tratta e che sono in grado di soddisfare autonomamente il fabbisogno di conglomerato, Sintexcal non ha interesse a partecipare alla gara rifornendosi di materiale da parte di altri soggetti"*, (sottolineato in originale, DOC423). Con riguardo alla gara ASPI del tronco A7 Pescara Sintexcal ha anche osservato che, *"trattandosi di un'autostrada che attraversa Emilia Romagna, Marche, Abruzzo, Molise e Puglia era necessario indicare [nelle dichiarazioni relative agli impianti depositate in sede di gara] impianti [di terzi] che fossero il più dislocati possibile lungo la tratta oggetto dell'appalto"* (DOC423).

¹⁸⁷ DOC338. Sintexcal ha rilevato altresì che la circostanza che la società avesse fin da subito deciso di presentare offerta per il solo lotto A (tratta A51/52 tangenziali nord e est) è confermata anche dal DOC103, individuato da una e-mail interna a Sintexcal del 22 febbraio 2019, non molto successiva alla pubblicazione del bando di gara, in cui è indicata la volontà della Società di partecipare alla gara avuto riguardo solo a tale lotto (*"Procediamo a fare la gara del LOTTO A, in ATI con COGEIS, quote 51% loro (Capogruppo) 49% noi"*), DOC338 e DOC103.

¹⁸⁸ Sintexcal ha in particolare indicato di non essere in grado di soddisfare il requisito relativo all' *"esecuzione di un servizio analogo"* per un importo minimo del 30% della base d'asta e di avere, pertanto, in data 22/02/2019 - immediatamente a valle dei

Sintexcal ha quindi ritenuto di concentrare i propri sforzi sul lotto per il quale sarebbe stata più competitiva, in coerenza *“anche con la lex specialis di gara che [...] prevedeva un vincolo di aggiudicazione [...] tale per cui la SA [stazione appaltante] avrebbe assegnato massimo un lotto a ciascun operatore economico”* (enfasi e sottolineato in originale). La società ha poi osservato che la scelta di partecipare al lotto che le avrebbe garantito il minor sforzo logistico era anche giustificata dal portafoglio lavori *“piuttosto consistente”* di Sintexcal al momento della presentazione dell’offerta per la Gara Servizi n. 1/2019¹⁸⁹.

122. Impresa Bacchi ha sostenuto che la scelta della società di partecipare al solo lotto C (tratta A50) della Gara Servizi n. 1/2019 *“per il quale l’impresa aveva tutti i requisiti tecnici richiesti, in particolare la vicinanza dell’impianto ed era più competitiva”* non può essere *“bollata”* quale espressione dell’esistenza di un’intesa restrittiva della concorrenza bensì manifestazione di una coerente valutazione della società¹⁹⁰. Secondo Impresa Bacchi, inoltre, il vincolo di aggiudicazione di un solo lotto previsto delle regole di gara *“rendeva inutile la partecipazione a più di un lotto mentre partecipando in forma individuale avremmo potuto vincere un lotto e allo stesso tempo effettuare, eventualmente, le forniture per gli altri lotti se richiesti da terzi. [...] Le regole di gara erano formulate in modo particolare per cui partecipando a tutti e tre i lotti si sarebbe corso il rischio di aggiudicarsi il lotto meno favorevole”*¹⁹¹, per il quale non sarebbe stato *“sufficientemente performante o particolarmente conveniente”* svolgere i lavori¹⁹². Nella Gara Lavori n. 4/2021 Impresa Bacchi ha invece potuto partecipare concorrendo per tutti e tre i lotti a gara in quanto, pur essendo stato confermato il vincolo di aggiudicazione di uno solo dei lotti a gara, vi era la *“possibilità di indicare il proprio ordine di preferenza in caso di più aggiudicazioni”* e la stazione appaltante si riservava la facoltà di aggiudicare più lotti allo stesso operatore laddove in uno o più lotti vi fosse stata un’unica offerta valida¹⁹³.

123. Impresa Bacchi ha altresì indicato che *“avendo a disposizione un impianto importante per la produzione di conglomerato bituminoso, anche autostradale, nella zona di Milano Sud e considerata l’accessibilità dall’impianto alla rete autostradale [...] ha la possibilità di operare in autonomia nel contesto delle 2 ore di percorrenza”* e che *“con riguardo all’autostrada A7 (con l’impianto a 20 km dall’ingresso dell’autostrada) sarebbe in grado di operare agevolmente su una prima tratta e solo con più difficoltà sulla parte più a sud del tracciato autostradale”*¹⁹⁴.

124. Con riguardo alla indicazione nella relazione tecnica della Gara Servizi n. 1/2019 oltre ai propri tre impianti di produzione di conglomerato bituminoso anche di un impianto di Sintexcal e dell’impianto di Impresa Bacchi, Itinera ha sostenuto che, *“tale decisione dipende dal fatto che il punteggio di gara dipende*

chiarimenti della stazione appaltante del 21/02/2019 – incontro Cogeis al fine di sondare la possibilità di una collaborazione, inizialmente individuata nella forma di ATI e poi in avvalimento, non essendo Cogeis interessata all’esecuzione materiale della commessa (DOC423).

¹⁸⁹ DOC423.

¹⁹⁰ DOC14, DOC420 e DOC444.

¹⁹¹ DOC14. Impresa Bacchi ha anche affermato che *“i requisiti del bando rendevano inefficiente partecipare in ATI”*. E poi di nuovo *“ribadisco che per come era strutturato il bando sarebbe stato inefficiente partecipare in ATI [...] in ragione del disegno di gara, che consentiva l’aggiudicazione di un solo lotto”*. Cfr. anche DOC420.

¹⁹² DOC420.

¹⁹³ DOC420 e DOC444. Con riguardo alla Gara Lavori n. 4/2021 Impresa Bacchi ha anche indicato che *“pur avendo ottenuto l’aggiudicazione per tutti i lotti ha indicato quale lotto di preferenza il lotto C. Anche per mantenere la disponibilità quale fornitore/subappaltatore, qualora richiesto, anche per altri lotti, per i quali sarebbe stato, comunque, molto concorrenziale anche se in misura minore (per maggior distanza), come verificatosi frequentemente in appalti simili nei decenni precedenti”* (DOC444).

¹⁹⁴ DOC337.

anche dal numero di impianti, in quanto la disponibilità di più impianti offre maggiori garanzie di operatività in caso di guasto”¹⁹⁵. Itinera ha ulteriormente argomentato che l’indicazione degli impianti di Sintexcal e Impresa Bacchi assumeva una “imprescindibile valenza in termini di contenuto dell’offerta tecnica e di attribuzione del punteggio” di cui ai “sub-criteri 1.1 e 1.2 essendo questi propri riferiti alla produzione di conglomerato bituminoso” e che in uno scenario di necessità/urgenza Itinera avrebbe potuto ricorrere anche alla fornitura di conglomerato da tali impianti¹⁹⁶.

125. Sintexcal ha affermato che “le dichiarazioni [di disponibilità degli impianti] erano funzionali tanto ad integrare il requisito di partecipazione alla gara che a consentire l’utilizzo del conglomerato da soggetti terzi”, e che tutti gli impianti da cui proviene il conglomerato bituminoso utilizzato nella commessa devono essere “sia indicati in sede di offerta che in corso d’opera” alla stazione appaltante al fine di procedere alla qualificazione dei mix utilizzati per la produzione del conglomerato¹⁹⁷.

126. Impresa Bacchi ha osservato, con riguardo alla indicazione nella relazione tecnica della Gara Servizi n. 1/2019 anche degli impianti di Itinera e Sintexcal (oltre al proprio impianto e ad un ulteriore impianto di Ecoasfalti), che “l’autostrada Milano - Genova arriva fino all’ingresso della tangenziale ovest di Milano e che in eventuali situazioni di emergenza ci si sarebbe quindi potuti avvalere anche degli impianti di Itinera localizzati a Tortona, nonché di quelli di Sintexcal (anch’essi indicati nell’offerta tecnica)”¹⁹⁸.

127. Sintexcal ha poi sostenuto che nelle regioni Lombardia e Piemonte vi sono pochi impianti di terzi “oltre a quelli di Itinera e Impresa Bacchi, ai quali Sintexcal si rivolgerebbe con fiducia” e che “il rapporto fiduciario della Società nei confronti di un operatore terzo va al di là della disponibilità da parte di tali operatori di impianti per la produzione di conglomerato autostradale che pure dispongono di tutte le autorizzazioni e certificazioni CE di impianto e di prodotto necessarie”¹⁹⁹. Con riguardo agli impianti indicati da Milano Serravalle come potenzialmente idonei alla produzione di conglomerato bituminoso per la pavimentazione autostradale delle tratte autostradali di cui alla Gara Servizi n. 1/2019²⁰⁰, nonché agli ulteriori impianti indicati dalle imprese terze che avevano partecipato alle Gare 2016²⁰¹, Sintexcal ha indicato di averli esaminati e di ritenere, che nessuno di essi – ad eccezione di quelli di Itinera e Impresa Bacchi – sia idoneo alle forniture di cui alla Gara Servizi n. 1/2019, i) per distanza (“non [le] avrebbero permesso di partecipare agli altri lotti”), ii) per tipo di conglomerato prodotto/certificazioni di impianto,

¹⁹⁵ DOC120.

¹⁹⁶ DOC427 e DOC444. Itinera ha altresì precisato che “In base alle disposizioni della lex specialis e alle disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016, l’indicazione di disponibilità degli impianti di operatori terzi non costituiva nessun motivo di preclusione per questi ultimi alla partecipazione alla gara né tantomeno al lotto cui partecipava l’impresa in favore della quale tale disponibilità era stata accordata, non essendo posto nessun motivo escludente in tal senso” e che pertanto “L’indicazione da parte di Itinera degli impianti di Impresa Bacchi e di Sintexcal in luogo di impianti di operatori terzi così come l’indicazione di disponibilità degli impianti della stessa Itinera da parte di Impresa Bacchi non ha dunque comportato nessuna limitazione alla possibilità delle Società di partecipare ai vari lotti della Gara Servizi n. 1/2019”.

¹⁹⁷ Sintexcal ha anche confermato di avere dichiarato in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 solo i propri due impianti di produzione di conglomerato bituminoso e di avere poi acquisito delle forniture (marginali) di conglomerato da Impresa Bacchi a causa di un’avaria al proprio impianto di produzione (DOC423).

¹⁹⁸ DOC337.

¹⁹⁹ Sintexcal ha altresì indicato che “in caso di anomalia del proprio impianto di produzione, sarà possibile rifornirsi solo da un impianto che risulti già essere “qualificato” dalla stazione appaltante, così come il proprio prodotto, a meno che non si intenda chiedere un’ulteriore qualificazione in corso di appalto, procedura che richiede comunque del tempo”, DOC338.

²⁰⁰ DOC6.

²⁰¹ DOC293-297, DOC300-305, DOC309, DOC313.

iii) per “rapporti commerciali pregressi con la Società titolare dell’impianto”²⁰² o perché “comunque non avevano fornito disponibilità per la fornitura o che sono solite richiedere una contropartita eccessivamente onerosa” oppure ancora iv) perché si tratta di impianti con un’area di operatività pressoché sovrapponibile a quella di Sintexcal²⁰³.

128. Similmente Impresa Bacchi ha argomentato che gli impianti in grado di produrre conglomerato autostradale sono pochi (“tra cui quelli di COBIT, di Sintexcal e di Itinera”²⁰⁴) e che molti degli impianti indicati dalla stazione appaltante non erano idonei alla produzione di conglomerato bituminoso per la pavimentazione autostradale delle tratte autostradali di cui alla Gara Servizi n. 1/2019 per distanza dal luogo dei lavori (rispetto al Lotto C), capacità produttiva, operatività notturna o perché nella disponibilità di operatori con cui l’impresa non ha mai collaborato²⁰⁵.

B. Sui subappalti

129. Itinera ha indicato in sede ispettiva, quanto ai motivi che hanno portato ad individuare proprio Impresa Bacchi e Sintexcal quali subappaltatori per le attività di fresatura e di stesa del conglomerato bituminoso, che “si tratta di imprese serie, con cui si è più volte collaborato, e che sono pochi coloro che fanno conglomerati bituminosi in autostrada”²⁰⁶. Con riguardo alla circostanza che né Sintexcal né Impresa Bacchi erano presenti nell’elenco dei fornitori qualificati dalla società per le attività fresatura e di stesa del conglomerato (categoria “subappalti edifici civili e industriali”) Itinera ha precisato che Sintexcal è comunque presente nell’elenco dei fornitori di Itinera (per la diversa attività di fornitura di conglomerato bituminoso) e che Impresa Bacchi, pur non essendo presente nell’elenco dei fornitori, sovente ha collaborato con Itinera. Itinera ha poi anche sottolineato che l’indicazione di imprese subappaltatrici non adeguatamente qualificate avrebbe esposto Itinera stessa al rischio di esclusione, alla luce del disposto normativo di cui all’art. 80, commi 1 e 5, che all’epoca sanzionava con l’esclusione dalla gara l’operatore economico il cui subappaltatore fosse incorso nei motivi di esclusione di cui a tali commi²⁰⁷.

130. In merito ai subappalti, Sintexcal ha rilevato di avere indicato per le attività di fresatura e stesa del conglomerato quattro subappaltatori e, quindi, anche imprese diverse e ulteriori (Tecnofrese e Cogeis)

²⁰² DOC338.

²⁰³ In particolare 4 impianti sarebbero fuori zona; 3 inidonei e 10 idonei ma dichiarati da Sintexcal come non adeguati per rapporti pregressi e/o altri motivi commerciali, e 6 opererebbero in un’area analoga a quella degli impianti propri di Sintexcal (DOC423).

²⁰⁴ DOC337. Impresa Bacchi ha anche affermato che “Molti di questi impianti sono anche obsoleti. Nel territorio di Milano e provincia, ad esempio, gli impianti idonei alla produzione di conglomerato per uso autostradale sono 5 o 6, con un raggio di operatività piuttosto ampio” e che gli impianti di Itinera e Sintexcal, tipicamente, lavorano (sono accesi) anche in orario notturno e, quindi, in caso di emergenza possono dare la disponibilità alla fornitura di conglomerato senza richiedere costi aggiuntivi (laddove se un impianto è spento ci possono invece volere anche 4 ore per ottenere la fornitura di conglomerato).

²⁰⁵ DOC420. Itinera e Impresa Bacchi hanno anche osservato, in termini più generali, che ai fini dell’utilizzo degli impianti per la produzione di conglomerato bituminoso per uso autostradale rileva, oltre alla vicinanza, anche la capacità produttiva degli impianti (nell’ordine o superiore a circa 150-200 tonnellate/h, con possibilità di utilizzare più impianti di minori dimensioni) e la possibilità di produzione in orario notturno, DOC336 e DOC337 (Impresa Bacchi: “Pur essendovi circa 650 impianti di produzione di conglomerato bituminoso sul territorio nazionale, meno di 400 sono in concreto operativi e di questi molti hanno una produttività inferiore alle 150 tonnellate/h e sono quindi poco utilizzabili per la produzione di conglomerato per uso autostradale (se non abbinando più impianti)”).

²⁰⁶ DOC120. In senso analogo DOC427 (“la scelta di Itinera di indicare Impresa Bacchi e Sintexcal nella terna dei propri subappaltatori trova obiettive ragioni nella circostanza che entrambe vantano solida e radicata esperienza nello specifico settore di riferimento, hanno un personale adeguato, macchinari idonei e sono in possesso dell’impianto di produzione di conglomerati bituminosi, il che garantisce livelli prestazionali assai elevati sotto il profilo tecnico-qualitativo. Godono, inoltre, di un’indubbia affidabilità professionale: sono, infatti, tra le poche imprese sul mercato in grado di soddisfare le produzioni e le qualità richieste”).

²⁰⁷ DOC427 e DOC444.

rispetto alle altre parti del procedimento (Itinera e Impresa Bacchi). La società ha altresì affermato che nel caso di una commessa quale quella in esame - che era considerata importante per Sintexcal in ragione sia dell'importo a base di gara sia del fatto che si tratta di una stazione appaltante che realizza appalti ripetuti nel tempo - la scelta di individuare tra le imprese subappaltate anche Itinera e Impresa Bacchi è stata guidata dall'esperienza e dalla affidabilità che caratterizza tali imprese, delle quali Sintexcal ha consapevolezza anche in ragione delle precedenti collaborazioni nell'esecuzione di diverse commesse in RTI "che è alla base del rapporto fiduciario che si è creato tra le tre imprese"²⁰⁸.

131. Impresa Bacchi ha osservato che "[...] i nomi dei subappaltatori avevano un peso in quanto bisognava comunque scegliere soggetti in grado di svolgere il lavoro con requisiti molto stringenti. Per questo sicuramente abbiamo scelto Itinera e Sintexcal. Rilevano, inoltre, le caratteristiche dei materiali utilizzati [il conglomerato bituminoso], che devono essere analoghe a quelle utilizzate nelle tratte oggetto dell'appalto. Non tutti hanno a disposizione tali materiali [...]"²⁰⁹. La coincidenza tra soggetti subappaltatori per le attività di fresatura e stesa del conglomerato e soggetti fornitori di conglomerato bituminoso (non soggetto di subappalto) rappresenta, inoltre, secondo Impresa Bacchi un aspetto "marcatamente importante" per la massimizzazione delle performance, specie in caso di guasto/malfunzionamento degli impianti propri e ricorso a un subappaltatore che abbia già in essere una produzione notturna. Secondo Impresa Bacchi è quindi logica e coerente la scelta di individuare quali subappaltatori società, quali Itinera e Sintexcal, che disponevano di impianti di produzione non distanti dal luogo di esecuzione dei lavori, nonché operativi in orario notturno, in grado di fornire in caso di emergenza il conglomerato bituminoso come da capitolato della Gara n 1/2019 con un limitatissimo preavviso²¹⁰.

132. Le tre imprese hanno inoltre tutte evidenziato come, in base alla disciplina di cui all'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 al tempo vigente, la dichiarazione *ex ante* della terna dei subappaltatori era "obbligatoria" (a pena di non potersene poi avvalere in sede di esecuzione dell'appalto) e che l'impresa beneficiaria del subappalto avrebbe comunque potuto partecipare al lotto per il quale si era resa disponibile al subappalto, posto che la norma non prevedeva un'ipotesi di incompatibilità assoluta tra subappaltatore e concorrente, a pena di esclusione, ma solo un divieto di subappalto in sede di esecuzione²¹¹. Le tre imprese hanno sostenuto che i subappalti non garantivano quindi la certezza per l'impresa appaltante che l'operatore subappaltato non avrebbe partecipato al lotto a gara, né la trasparenza *ex ante* delle condotte in sede di gara delle imprese subappaltate²¹².

133. Secondo Sintexcal inoltre non emergerebbero profili di responsabilità civile in caso di partecipazione al medesimo lotto a gara sia dell'impresa appaltante che dell'impresa subappaltata (con conseguente divieto di subappalto per l'impresa appaltante), in quanto "non solo tale ipotesi non è disciplinata inter partes, ma, come spiegato, la Società ha indicato Itinera e Bacchi come subappaltatori in via del tutto prudenziale alla

²⁰⁸ DOC338. Cfr. anche DOC423 e DOC444

²⁰⁹ DOC14.

²¹⁰ DOC420, DOC444. Impresa Bacchi ha anche prodotto in allegato alla memoria difensiva una comunicazione di SITEB in cui quest'ultima osserva che "c'è sempre maggiore garanzia avendo un secondo impianto disponibile ed è ovvio che le aziende coinvolte abbiano indicato quello relativo agli altri lotti in quanto contemporaneamente impegnati nelle stesse attività con i medesimi prodotti. Diversamente impossibile un servizio di pronto intervento!" (DOC420)

²¹¹ DOC420, DOC423, DOC427, DOC444.

²¹² DOC420 e DOC423. Sintexcal richiama *ex multis* - a testimonianza del fatto che vi sono casi in cui il soggetto subappaltato partecipa poi in proprio alla procedura di gara - la sent. 2317/2018 del Consiglio di Stato in cui uno dei motivi di ricorso riguardava la richiesta di esclusione dalla procedura di gara del soggetto appaltatore in ragione della presentazione di una offerta in sede di gara anche ad opera del soggetto destinatario del subappalto.

luce della specifica disciplina al tempo vigente”²¹³. In senso analogo Itinera ritiene che la partecipazione in proprio al lotto a gara per il quale ci si era resi disponibili al subappalto non comporterebbe *“alcuna conseguenza pregiudizievole nei rapporti con la stazione appaltante o nei rapporti con l’impresa designate”*²¹⁴.

134. Con riferimento alla mancata attivazione nella fase esecutiva dei subappalti reciproci dichiarati *ex ante*, Itinera ha affermato che l’indicazione dei subappaltatori (tra cui Sintexcal e Impresa Bacchi) è stata effettuata in una prospettiva prudenziale, per l’ipotesi di situazioni impreviste o di emergenza; Itinera ha invece dato la sua disponibilità al subappalto a Sintexcal e a Impresa Bacchi poiché, *“nel caso in cui non fosse risultata aggiudicatrice del Lotto B avrebbe almeno avuto la possibilità di lavorare sugli altri due lotti in qualità di subappaltatore”*²¹⁵.

135. Similmente, Sintexcal ha indicato che la scelta di dichiarare i subappalti è dipesa anche da ragioni di prudenza, connesse al fatto che l’impresa è tipicamente impegnata contemporaneamente su più commesse. Sintexcal ha rilevato, inoltre, che non è da considerarsi un’anomalia il fatto che successivamente i subappalti possano anche non essere attivati.

136. Impresa Bacchi ha sostenuto che la mancata attivazione dei servizi di subappalto nei confronti di Itinera e Sintexcal non può essere indicativa di alcuna intesa in quanto l’intervento dei subappaltatori è previsto solo *“in caso di emergenza”*, che *“il coinvolgimento del subappaltatore è meramente eventuale”*, dato che la società *“può contare sulle proprie risorse tecniche che sono ampiamente idonee ad assicurare lo svolgimento regolare di lavori di manutenzione [...]”*, e che *“è lo stesso capitolato che tende a richiedere la ridondanza delle attrezzature [...] di talché, anche in assenza del subappaltatore è richiesto che la società disponga, anche in eccesso, della strumentazione necessaria [...]”*. Come noto le imprese partecipanti dovevano dichiarare la disponibilità di un doppio impianto per la produzione di conglomerato [...] avere la disponibilità di una doppia attrezzatura di fresatura e stesa”, immediatamente usufruibili in caso di necessità²¹⁶.

C. Sui ribassi offerti

137. Tutte e tre le imprese hanno sostenuto che la riduzione dello sconto offerto nella Gara Servizi n. 1/2019, rispetto alle Gare 2016, dipenderebbe anche dall’aumento del costo della materia prima bitume tra il 2016 e il 2019. L’intesa presuntivamente contestata non avrebbe quindi avuto effetti pregiudizievoli per la concorrenza, i consumatori o la stazione appaltante²¹⁷.

138. Itinera ha indicato che la diminuzione del ribasso offerto nella Gara Servizi n. 1/2019 rispetto ai ribassi offerti nelle Gare 2016 è dipesa sia dalle oscillazioni del prezzo del bitume (che aveva subito un ribasso nel periodo 2015-2016 in ragione della contrazione della domanda), sia dall’andamento del prezzo del gasolio per autotrazione, sia dal grado di utilizzo degli impianti e del personale della società al momento della formulazione dell’offerta²¹⁸. Itinera ha anche osservato che la situazione della società era molto diversa

²¹³ DOC423.

²¹⁴ DOC427.

²¹⁵ DOC427.

²¹⁶ DOC420.

²¹⁷ DOC420, DOC423, DOC427 e DOC444.

²¹⁸ Itinera ha, in particolare, osservato che *“nel mese di luglio 2016, in cui andava a scadere il termine di presentazione delle offerte per le Gare Lavori nn. 3 e 4 2016 il prezzo medio del bitume [nel nord Italia] si attestava tra un valore compreso tra i 250 €/t e i 300 €/t laddove nel mese di marzo 2019, in cui andava a scadere il termine per la presentazione delle offerte per la Gara Servizi*

nel 2016 rispetto al 2019 in quanto, a seguito di un periodo di domanda bassa nel 2015-2016 (anche influenzata dall'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti pubblici) la società si trovava nel 2016 in una situazione critica e con un portafoglio di lavori quasi a zero, mentre nel 2019 vi è stato un incremento delle commesse acquisite²¹⁹. Secondo Itinera, inoltre, l'utilizzo di una media mobile non è rappresentativa delle effettive oscillazioni in aumento del prezzo del bitume, in un contesto in cui l'operatore, ai fini della formulazione dell'offerta economica “*fa riferimento ai prezzi correnti reali e non certamente alla media aggregata di lungo periodo*”²²⁰. Itinera ha altresì affermato “*che le modalità di partecipazione alle gare e i ribassi offerti da Itinera non sono influenzati dalla concorrenza attesa in sede di gara ma dalla localizzazione degli impianti e dalla logistica della società rispetto all'appalto*”²²¹.

139. Sintexcal ha dichiarato in occasione dell'attività ispettiva che “*Il costo della materia prima rappresenta circa il 70% del costo complessivo dell'opera*²²² e *non è cambiato in maniera sostanziale tra il 2016 e oggi ed è stato particolarmente basso nel 2020. Solo di recente si è verificato un incremento nei costi della materia prima che non incide comunque sulle commesse in essere*” (sottolineato aggiunto)²²³. La società ha poi sostenuto, in occasione delle memorie finali, che l'ufficio gare deve tenere in considerazione sia del costo del bitume al momento dell'offerta sia del possibile andamento prospettico del prezzo del bitume; che il prezzo del bitume ha subito nel periodo 2013-2021 notevoli oscillazioni, con una dinamica strettamente decrescente tra il 2013 e il 2016 e un andamento fortemente crescente tra il 2016 e il 2021 (in ragione dell'andamento della domanda del settore dell'edilizia in genere e della manutenzione autostradale in particolare); e che tra il luglio 2016 e il marzo 2019 il prezzo del bitume nell'area di Milano ha segnato un incremento dell'82% che si è riflesso sui ribassi offerti da Sintexcal nella Gara Servizi n.

n. 1/2019, il prezzo medio del bitume si attestava tra un valore di 350 €/t e 400 €/t” e che anche “prendendo in esame l'arco temporale ottobre - marzo, periodo in cui si effettuano la maggior parte dei lavori di pavimentazioni stradale, degli anni 2018 e 2019 si registra un prezzo medio in costante aumento rispetto all'analogo periodo dell'anno 2017 per poi registrare un significativo calo nel 2020, in coincidenza con la pandemia”. Itinera ha altresì prodotto le rilevazioni del prezzo medio annuale del bitume realizzate dal Ministero delle infrastrutture e della Mobilità che “dimostrano un reale aumento a livello nazionale nettamente superiore ai dati indicati da SITEB” (il prezzo medio annuale nazionale è pari a 460 euro/ton nel 2016 e 496 euro/ton nel 2019) e quelle della Camera di Commercio di Genova, DOC427. Itinera ha al riguardo anche sostenuto che i dati di cui alla

Tabella 1 – *incidenza del costo del conglomerato bituminoso rispetto all'offerta economica - Gara Servizi n. 1/2019* non sarebbero corretti, per quanto riguarda Itinera, in quanto l'incidenza del “costo diretto” del conglomerato bituminoso sulla componente del servizio relativa alla stesa è del [90-95]%. Itinera quantifica inoltre l'incidenza del costo del bitume rispetto al “costo diretto” del conglomerato bituminoso nel [45-50]%, DOC427. Cfr. anche DOC120, DOC336 e DOC444.

²¹⁹ DOC336.

²²⁰ DOC423.

²²¹ DOC336.

²²² Sintexcal ha al riguardo anche contestato il dato relativo all' “*Incidenza del costo del conglomerato bituminoso rispetto al totale offerta economica*” ad essa relativo (cfr.

Tabella 1 – *incidenza del costo del conglomerato bituminoso rispetto all'offerta economica - Gara Servizi n. 1/2019* in quanto si tratta di calcoli svolti in maniera autonoma dagli Uffici secondo metodologie non note sulla base di dati che sono stati trasmessi dalla società alla stazione appaltante per finalità diverse (giustificazione della non anomalia dell'offerta) e che non avrebbero poi trovato riscontro nei resoconti a consuntivo (non prodotti da Sintexcal e dai quali risulterebbe una incidenza del costo del conglomerato bituminoso sul servizio di manutenzione del [60-70]%).

²²³ DOC35. Sintexcal ha altresì indicato - sempre in sede di attività ispettiva - che lo sconto offerto nella Gara Servizi n. 1/2019 è uno “sconto medio non particolarmente basso” e che la gara ha poi dato luogo a una marginalità effettiva “*più che soddisfacente (circa [omissis]%)*” per una serie di ragioni, tra cui la scarsa complessità dei servizi richiesti (non si prevedono migliorie) e il basso costo della materia prima. Sintexcal ha poi precisato che con tale espressione intendeva riferirsi [omissis] (DOC342) e che “*si è trattato di un esito inatteso e più positivo del previsto, in ragione del fatto che nel 2020 si è avuto un calo inaspettato del prezzo delle materie prime ed, in particolare, del prezzo del bitume, dovuto a una contrazione della domanda dei prodotti petroliferi (da cui è derivato il bitume) in ragione dell'emergenza da Covid-19*” (DOC338).

1/2019²²⁴. Sintexcal ha rilevato inoltre che utilizzando una media mobile su nove mesi, piuttosto che su tre anni, si ottiene un andamento del prezzo del bitume estremamente variabile nel tempo²²⁵.

140. Impresa Bacchi ha indicato che la riduzione dello sconto offerto nella Gara Servizi n. 1/2019, rispetto alle Gare 2016, dipenderebbe dall'aumento del costo della materia prima bitume e di altre materie prime (tra cui il gasolio), a fronte invece di un crollo della domanda pubblica nel periodo 2015/2016²²⁶. In particolare, nel contesto della definizione dell'offerta economica in sede di gara la società considera l'andamento del costo del bitume dei mesi immediatamente precedenti e la tendenza di mercato pervista per l'immediato futuro e nel periodo *“marzo/maggio 2019 la tendenza è assolutamente tesa ad aumentare mentre [...] nel 2016 il prezzo del bitume era ai minimi”*²²⁷. Impresa Bacchi ha rilevato di essersi *“accorta, inoltre, che negli anni precedenti ci sono stati contratti che sono andati in perdita. Se si analizzano i bandi precedenti sconti nell'ordine del 30/40% erano la regola. A partire dal 2019 invece gli sconti sono diminuiti assestandosi intorno al 20/25%”*²²⁸.

141. Sintexcal ha altresì argomentato che la Gara Servizi n. 1/2019 prevedeva una diversa articolazione del peso dei punteggi tra l'offerta economica e l'offerta tecnica (30/70) rispetto alle precedenti Gare del 2016 (50/50), tale per cui si premiava di più l'offerta tecnica; circostanza anche questa che, secondo la società, si è riflessa sui ribassi offerti. Secondo Impresa Bacchi non sarebbe poi corretto realizzare un paragone tra la Gara Servizi n. 1/2019 e le Gare 2016 trattandosi di una gara di “servizi” e non di “lavori”²²⁹.

142. Secondo Sintexcal la competitività dell'offerta presentata da Sintexcal nella Gara Servizi n. 1/2019 sarebbe anche confermata dalla media dei ribassi offerti nella Gara Lavori n. 4/2021, che non si sono scostati eccessivamente da quelli della Gara Servizi n. 1/2019 e sono invece risultati ben lontani da quelli delle Gare 2016²³⁰. Impresa Bacchi ha similmente osservato che il ribasso del 29,7% offerto dalla società nella Gara Lavori n. 4/2021 è assolutamente prossimo a quello della Gara Servizi n. 1/2019.

143. Itinera e Impresa Bacchi hanno infine affermato che i ribassi economici offerti dalle tre imprese nella Gara Servizi n. 1/2019 sono competitivi e posizionati una forbice considerevole; la forbice tra i ribassi delle Gare 2016 (tra il 42% e il 46%) è poi stata ancora più esigua²³¹.

²²⁴ DOC423. Sintexcal ha anche spiegato, che la partecipazione di Sintexcal alle Gare 2016 con la previsione di subappalto a Interstrade era motivata da *“una più limitata disponibilità di squadre, mezzi e capacità produttiva. Da allora Sintexcal ha effettuato investimenti che l'anno resa più autonoma nell'esecuzione del servizio. Quanto alla modalità di partecipazione alla gara del 2019, [...] I valori di cui all'offerta economica del Lotto A della gara del 2019 riflettono lo scenario in cui i servizi sono resi in autonomia da Sintexcal, non contemplano l'ipotesi di subappalto poiché si tratta di una eventualità”*, DOC35.

²²⁵ DOC423 e DOC444.

²²⁶ DOC14, DOC420 e DOC444. Impresa Bacchi ha al riguardo indicato che *“Fatto 100 il prezzo di offerta, utilizzando i dati di riferimento anche della stazione appaltante, l'80% è riferito ai soli conglomerati bituminosi stesi. Di questo 80% il 20% è riferito a costi di trasporto e stesa, rimangono quindi per la sola produzione del conglomerato circa il 64%. Su questo dato il prezzo del bitume incide a sua volta per almeno il 60% [...]”* e quindi se la variazione del bitume tra i 2016 e il 2019 si attesta sul 50% (da 250 euro nel 2016 a 375 nel 2019), l'incidenza dell'aumento del prezzo del bitume sul prezzo finito è di circa il 20%, DOC444.

²²⁷ DOC444 e DOC420.

²²⁸ DOC14. Cfr. anche DOC420. Similmente Itinera ha indicato che *“il ribasso offerto da Itinera risulta del tutto in linea con il ribasso proposto in gare analoghe a quella che ci occupa, nel medesimo periodo”*, DOC427.

²²⁹ DOC420.

²³⁰ I ribassi medi della Gara Lavori n. 4/2021 (*“di durata quadriennale e con una base d'asta lievemente inferiore”*) sono stati *“rapportati su base annua”* come pari al 19,29% per la tratta A51-A52, al 17,19% per la tratta A7 e al 18,58% per la tratta A50 (DOC423 e DOC444).

²³¹ DOC420 e DOC427. Itinera ha anche osservato che la circostanza che uno dei fattori preponderanti nell'ambito della formulazione dell'offerta economica è costituito dal costo di mercato del bitume rende del tutto fisiologica la presenza di offerte economiche non marcatamente differenziate (DOC427).

D. Sulle offerte tecniche

144. Itinera ha indicato - con riguardo alla riscontrata identità delle offerte tecniche relative ai sub criteri 1.1. e 1.2 depositate da Itinera e Impresa Bacchi nella Gara servizi n. 1/2019 - che l'offerta tecnica non è un elemento di differenziazione tra le imprese; che, nel caso di specie, l'identità tra le offerte è dovuta al fatto che si tratta di dati di produttività desunti dalla capacità produttiva dei mezzi di stesa (finitrici), tendenzialmente uguali per tutte le imprese (*"Se si usano le stesse macchine, con le stesse caratteristiche e alla stessa velocità alla fine si ottiene una produttività standardizzata (che fa riferimento alla capacità produttiva di una squadra tipo)"*); e che in considerazione dei criteri premianti della Gara Servizi n. 1/2019 è inevitabile in sede di offerta tecnica l'indicazione da parte dei concorrenti della massima produzione ragionevolmente sostenibile che discende da tre fattori: disponibilità materia prima, velocità di stesa, ragionevole qualità finale²³².

145. Itinera ha altresì contestualmente affermato che nell'ambito dei sub criteri 1.1. e 1.2 *"è stata attribuita rilevanza premiale alla capacità dell'operatore economico di offrire – in base alla propria organizzazione imprenditoriale, alle proprie conoscenze ed attrezzature, al numero e alla capacità dei mezzi di trasporto e alla dislocazione degli impianti che avrebbe inteso utilizzare nell'appalto - una maggior produzione media per una notte di lavoro, calcolata mq/ora"*; che la dislocazione dei propri impianti in stretta prossimità dell'autostrada A7 *"ha consentito alla stessa di ottenere un elevato punteggio nei riferiti sub criteri di valutazione dell'offerta tecnica 1.1 e 1.2"*²³³ e che la dichiarazione di disponibilità anche degli impianti di Sintexcal e Impresa Bacchi assumeva una *"imprescindibile valenza in termini di contenuto dell'offerta tecnica e di attribuzione del punteggio"* di cui ai *"sub-criteri 1.1 e 1.2 essendo questi propri riferiti alla produzione di conglomerato bituminoso"*²³⁴.

146. Anche Impresa Bacchi e Sintexcal hanno sostenuto che le offerte tecniche delle imprese tendono ad essere molto simili tra loro in considerazione del fatto che nella manutenzione delle pavimentazioni autostradali i lavori da eseguire sono simili e abbastanza ripetitivi (l'orario di lavoro è analogo, le macchine utilizzate sono standard e hanno più o meno le stesse capacità produttive, il numero delle macchine che possono essere utilizzate è abbastanza codificato, il processo e la sequenza e tempistica degli interventi è più o meno la medesima)²³⁵. Impresa Bacchi ha precisato che *"Le differenze potrebbero essere quindi nell'ordine del 10 mq in più o in meno; non si tratta di parametri fissi ma quasi obbligati se un'impresa ottimizza gli interventi; un'impresa meno efficiente potrebbe fornire mq/ora diversi che non soddisferebbero, tuttavia, la stazione appaltante"*²³⁶. Sintexcal ha poi anche affermato che il tema della similarità delle offerte tecniche presentate in sede di gara *"interessa solo Itinera e Impresa Bacchi"*, posto che Sintexcal avrebbe, in realtà, presentato un'offerta tecnica che *"si differenzia in misura non irrilevante da quella delle altre due imprese"*²³⁷.

²³² DOC336, DOC427 e DOC444.

²³³ DOC427.

²³⁴ DOC427.

²³⁵ DOC337, DOC420e DOC338. Sintexcal ha anche fornito dei dati a testimonianza del fatto che l'offerta tecnica della società dipende dalla capacità dell'attrezzatura di fresatura e dalle assunzioni dell'impresa (cautelative e basate su precedenti esperienze lavorative) circa l'effettiva velocità di fresatura nell'unità di tempo, DOC423.

²³⁶ DOC337.

²³⁷ DOC338. Cfr. anche DOC423 (*"vi è una differenza di quasi il 6% rispetto all'offerta di Itinera e Bacchi, una percentuale tutt'altro che irrilevante"*). Sintexcal ha anche osservato di non avere utilizzato una squadra "minima" e di avere indicato nella Relazione tecnica sia un numero di persone per la posa e rimozione del cantiere più consistente rispetto a quello minimo richiesto

147. Itinera ha rilevato che “è anche chiaro che nel caso di specie ci sono delle collaborazioni in corso tra Itinera e Impresa Bacchi e Sintexcal e che, anche per tale ragione, si conoscono e si riscontrano le stesse capacità produttive tra le imprese”²³⁸ e che le offerte tecniche di cui ai sub-criteri 1.1 e 1.2 della Gara Servizi n. 1/2019 corrispondono a quanto era già stato indicato dall’ATI tra Itinera e Impresa Bacchi nelle Gare 2016 e costituiscono il riflesso del *know how* proprio di entrambe le società²³⁹. Impresa Bacchi ha indicato che l’offerta tecnica per la Gara Servizi n. 1/2019 è stata calcolata dalla società sulla base della precedente offerta tecnica presentata dall’ATI tra Itinera e Impresa Bacchi nelle Gare 2016 e delle esperienze produttive di cantiere maturate nell’esecuzione del lavoro in ATI²⁴⁰.

148. Impresa Bacchi ha altresì sostenuto di avere ottenuto un elevatissimo punteggio tecnico (68/70) e che l’eventuale differenziazione della propria offerta tecnica per la Gara Servizi n. 1/2019, con la previsione di più squadre e di mezzi più numerosi “non determina come risultato automatico l’aumento della produttività”²⁴¹.

E. Sugli incontri e contatti tra le tre imprese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte

149. Con riguardo agli incontri e contatti trilaterali e bilaterali tra Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte, le tre imprese hanno, in linea generale, affermato che si trattava di incontri e contatti che avevano ad oggetto tematiche legittime e estranee alla Gara Servizi n. 1/2019 - producendo in alcuni casi anche della documentazione a supporto - e che, in assenza di riscontri che provino il contrario, non è possibile ritenere che tali incontri e contatti abbiano avuto ad oggetto la definizione dell’accordo collusivo oggetto di contestazione.

150. Impresa Bacchi osserva che in base alla giurisprudenza amministrativa affinché i contatti tra imprese possa assumere rilievo ed essere considerati “qualificati” è necessario che gli stessi riguardino “*incontri nei quali emerga chiaramente che le parti intendessero concertare pratiche contrarie alla concorrenza*” (richiamando la sentenza Tar Lazio n. 4730/2014) e che, nel caso in esame, Impresa Bacchi, anche attraverso adeguata documentazione, ha fornito una ricostruzione plausibile alternativa dei riscontrati contatti che trova conforto anche nelle allegazioni delle altre imprese coinvolte²⁴². Analogamente Sintexcal sostiene che non è possibile realizzare un’inversione dell’onere della prova, attribuendo alle imprese l’onere di provare che gli incontri non avessero ad oggetto la Gara Servizi n. 1/2019²⁴³.

151. In merito al riferimento, di cui all’agenda di [Impresa Bacchi], del 18 febbraio 2019 ore 13:45 (“[Itinera] [Sintexcal]”²⁴⁴) le tre imprese hanno argomentato quanto segue:

- Impresa Bacchi ha prodotto una email interna del 12 febbraio 2019 avente ad oggetto “*appuntamento del 18.02.19*” in cui si legge che “*si ricordi per favore che lunedì prossimo vengono sia [Itinera] che [Sintexcal] e dobbiamo discutere sia per la fornitura di materiale che Itinera ci ha chiesto per la*

dal disciplinare sia un numero di mezzi anche superiore rispetto a quello ordinariamente richiesti per l’esecuzione dell’appalto, differenziandosi dai propri competitor e offrendo la migliore combinazione di uomini e mezzi.

²³⁸ DOC336.

²³⁹ DOC427.

²⁴⁰ DOC337 e DOC420.

²⁴¹ DOC420.

²⁴² DOC420 e DOC444.

²⁴³ DOC423.

²⁴⁴ DOC16.

*Tangenziale Est [A51] che per la fornitura che Sintexcal vorrebbe per il cantiere Valtidone, ed inoltre sarà necessario pianificare gli attuativi futuri di Aspi e fare un punto della situazione sui primi 3 attuativi che sono in fase di contabilizzazione*²⁴⁵;

- Itinera ha affermato che *“il 18.2.2019 ha avuto luogo un incontro presso la sede di Impresa Bacchi cui hanno partecipato per Itinera S.p.A.”* due impiegati tecnici-amministrativi riconducibili alla squadra che faceva capo al Responsabile delle manutenzioni e pavimentazioni autostradali (e non figure di vertice di Itinera) e che l'incontro *“ha riguardato l'appalto aggiudicato da Autostrade per l'Italia S.p.A. (ASPI) all'ATI Itinera S.p.A. (mandataria), Impresa Bacchi S.r.l. e Sintexcal S.p.A. (mandanti) nel 2018. In particolare l'incontro ha avuto ad oggetto profili concernenti la contabilità (SAL) dei lavori in esecuzione di tale appalto, relativi al 1°, al 2° e al 3° atto attuativo del contratto [...] per la manutenzione delle pavimentazioni [...]*²⁴⁶;

- Sintexcal ha indicato che *“sicuramente si trattava di questioni relative all'accordo attuativo dell'appalto ASPI [...], considerato che il sig. [omissis] è un dipendente di Itinera che si occupa delle attività di cantiere”* e che l'incontro non rappresentava una riunione di “vertice” avendo coinvolto figure che si occupano di attività operative di cantiere²⁴⁷.

152. Quanto al riferimento all'agenda di [Impresa Bacchi], del 22 febbraio 2019 ore 6:00 (con elenco di nomi *“ [rapp.te impresa terza] [Sintexcal] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”*²⁴⁸):

- Impresa Bacchi ha indicato che *“probabilmente nella giornata era previsto un colloquio telefonico con Itinera [omissis], Sintexcal [omissis] e con i rappresentanti di SEA [omissis] in relazione ai lavori di manutenzione della pavimentazione aeroportuale su Malpensa, aggiudicati in ATI a Impresa Bacchi e Itinera e per i quali Itinera si riforniva di conglomerato bituminoso anche da Sintexcal”*²⁴⁹;

- Sintexcal che *“probabilmente avrà ricevuto una telefonata da Bacchi in relazione all'appalto per l'aeroporto di Montichiari”*²⁵⁰;

- Itinera che, *“A quanto è stato possibile ricostruire, il 22.2.2019 ha avuto luogo un colloquio telefonico tra il Geom. [Itinera] e [Impresa Bacchi], avente ad oggetto i lavori di pavimentazione dell'aeroporto di Malpensa [...]*²⁵¹.

153. Con riguardo al riferimento nell'agenda di [Impresa Bacchi] del 27 febbraio 2019 ore 16:00 (*“ [Itinera] [Sintexcal]”*):

- Impresa Bacchi ha osservato che *“si trattava presumibilmente di questioni attinenti ai lavori [...] nei confronti di SEA sull'aeroporto di Malpensa (svolti in ATI da Impresa Bacchi e Itinera con Sintexcal coinvolto in qualità di fornitore di conglomerato di Itinera) e presumibilmente anche di lavori di Impresa Bacchi relativi agli aeroporti di Trieste e Verona, nel contesto dei quali Impresa Bacchi aveva inizialmente*

²⁴⁵ Cfr. DOC306 e DOC311. Impresa Bacchi ha inoltre depositato: *i)* otto fatture a riscontro forniture di conglomerato bituminoso intervenute - successivamente all'incontro del 18/02/2019 - da Impresa Bacchi a Itinera (per lavori di manutenzione autostradale sulle tangenziali est e nord di Milano A51 e A52) e da Impresa Bacchi a Sintexcal (Cantiere TE.VIA- Città metropolitana di Milano) e da Sintexcal a Impresa Bacchi (ASPI); *ii)* copia dell'accordo quadro del 26 ottobre 2018 per l'esecuzione di lavori di manutenzione autostradale di ASPI da parte dell'RTI tra Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi ,nonché copia dei successivi nove contratti attuativi.

²⁴⁶ DOC336 e DOC427.

²⁴⁷ DOC342. Vedi anche DOC338 e DOC423.

²⁴⁸ DOC16.

²⁴⁹ DOC337.

²⁵⁰ DOC338 e DOC423.

²⁵¹ DOC341 e DOC427.

chiesto la disponibilità di Sintexcal alla fornitura di calcestruzzo [...]. È possibile che si sia trattato di un incontro o di un giro di telefonate”²⁵²;

- Itinera che “A quanto è stato possibile ricostruire, il 27.2.2019 ha avuto luogo un colloquio telefonico tra il Geom. [Itinera] e [Impresa Bacchi], avente ad oggetto i riferiti lavori di pavimentazione dell’aeroporto di Malpensa, di cui alla gara indetta da SEA e aggiudicata a RTI/ATI Itinera S.p.A. Impresa Bacchi S.r.l., con indicazione, nella terna dei subappaltatori, anche di Sintexcal S.p.A.”²⁵³.

- Sintexcal che “probabilmente si trattava di valutare congiuntamente questioni attinenti all’appalto relativo all’aeroporto di Montichiari”²⁵⁴, “fermo restando che nel medesimo periodo la Società aveva in corso diverse commesse con Itinera e Bacchi, che avrebbero potuto anch’esse essere interessate dalle suddette discussioni”²⁵⁵; Sintexcal ha in merito anche osservato che la presenza di due spiegazioni dell’incontro (quella di Itinera e Bacchi relativa ai lavori presso l’aeroporto di Malpensa e quella da Sintexcal relativa ai lavori presso l’aeroporto di Brescia Montechiari) non deve essere letta come un’incoerenza nella tesi difensiva, ma dimostra piuttosto che le parti, avendo diverse commesse in corso, avevano una pluralità di occasioni di confronto, ciò che rende non agevole a distanza di anni ricostruire il contenuto effettivo di ogni singolo incontro.

154. Con riferimento all’incontro tra le tre imprese presso Itinera del 15 marzo 2019²⁵⁶, Itinera ha prodotto una email a supporto del fatto che l’incontro riguardava la firma di un atto notarile di modifica di un’ATI tra Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal nel contesto di un Accordo Quadro con ASPI²⁵⁷; all’incontro hanno partecipato per Itinera il procuratore [omissis], per Impresa Bacchi il presidente del consiglio di amministrazione [omissis] e per Sintexcal il consigliere delegato [omissis]²⁵⁸. Anche Impresa Bacchi e Sintexcal hanno indicato che si è trattato di un incontro per la sottoscrizione del contratto di ATI tra le tre imprese nel contesto dell’appalto ASPI partecipato dall’ATI nel 2018 e successivamente aggiudicato all’ATI nel dicembre 2019²⁵⁹.

155. Quanto al riferimento in agenda del 21/03/19 ore 13:00, “Prezzi Itinera A7”, Impresa Bacchi e Itinera hanno indicato che in quel periodo Itinera era interessata ad un acquisto da Impresa Bacchi di conglomerato per dei lavori su uno svincolo della A7, con riguardo alla tratta Pavia-Beregualo²⁶⁰. Quanto al riferimento in agenda immediatamente successivo del 21/03/19 delle ore 13:45, “Serravalle offerta”, Impresa Bacchi ha poi osservato che “di regola il giorno prima del deposito dell’offerta per una gara si svolge una riunione

²⁵² DOC337.

²⁵³ DOC341 e DOC427.

²⁵⁴ DOC338. Sintexcal ha anche precisato che l’oggetto dell’appalto consisteva nel rifacimento di pavimentazioni dell’aeroporto “Gabriele D’Annunzio” di Brescia Montichiari (CIG 73670856DC), aggiudicato nel 2018 ad un RTI composto da Interstrade S.p.A., Cogeis S.p.A., Sintexcal S.p.A., Impresa Bacchi S.r.l., Del Bono S.p.A. ed Euroimpianti S.p.A., DOC342.

²⁵⁵ DOC342.

²⁵⁶ Vedi anche DOC16, DOC121 e DOC38.

²⁵⁷ DOC308. Itinera ha allegato sia l’atto notarile sottoscritto dalle tre imprese in data 15/03/2019, sia degli scambi di email intervenuti tra l’11 e il 12 marzo 2019 tra Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, aventi ad oggetto “ASPI CA022/MODIFICA ATI 1278/742”, che indicano quale data dell’appuntamento per la firma del documento, alla presenza del notaio, il 15 marzo alle 9:30 (“Presenzieranno Ing. [Itinera], [Impresa Bacchi] e Ing. [Sintexcal]”). Cfr. anche DOC427.

²⁵⁸ DOC341.

²⁵⁹ DOC338, DOC420 e DOC423.

²⁶⁰ DOC337 e DOC427. Impresa Bacchi ha anche precisato che “[...] la tratta in questione è a una distanza dall’impianto di produzione tale per cui Impresa Bacchi è ancora competitiva e l’autostrada è facilmente raggiungibile tramite viabilità esterna”, DOC337.

interna con l'ufficio tecnico in cui viene definito l'importo del ribasso definitivo di cui all'offerta economica"²⁶¹.

156. Con riguardo al riferimento, di cui all'agenda di [Impresa Bacchi], del 21/03/19 ore 6:00 (“[Sintexcal] [Itinera] [rapp.ti imprese terze]”²⁶²), Sintexcal ritiene che anche in questo caso si trattasse di una telefonata di Impresa Bacchi in relazione all'appalto per l'aeroporto di Montichiari²⁶³ e Itinera ha ribadito che “in quel periodo Itinera S.p.A. aveva chiesto a Impresa Bacchi una proposta di fornitura di conglomerato di tipo base binder per lavori da eseguire su uno svincolo della A7, tratta Pavia-Beregardo”²⁶⁴.

F. Sulle altre evidenze in merito alle condotte nei confronti della stazione appaltante e lo scambio di informazioni in relazione alla Gara Servizi n. 1/2019

157. In merito alla email con cui Sintexcal, il 21 febbraio 2019, ha inoltrato a Itinera e Impresa Bacchi la risposta trasmessale dalla stazione appaltante in esito a un quesito presentato da Sintexcal alla stazione appaltante e inerente ai requisiti di partecipazione alla gara (“Vi giro la risposta di Milano Serravalle circa il quesito sulla gara d'appalto pubblicata come Servizi/Lavori”²⁶⁵), Sintexcal ha indicato che si è trattato di uno scambio di email riconducibile alla qualificazione della Gara Servizi n. 1/2019 come di “servizi” piuttosto che di “lavori” e che “sempre per un discorso di correttezza, Sintexcal aveva ritenuto di girare la risposta della stazione appaltante anche alle imprese Itinera e Impresa Bacchi con cui si era parlato della qualificazione della gara e con cui si collabora abitualmente”. Sintexcal ha al riguardo anche osservato che questo aspetto delle regole di gara costituiva un elemento di novità, rispetto al passato e alla prassi del settore, ed ha comportato degli stringenti requisiti di fatturato e una “chiusura sotto il profilo della platea dei concorrenti”: “È in questo contesto che tale elemento è stato oggetto di confronto sotto il profilo tecnico con le altre imprese con cui abitualmente Sintexcal collabora”²⁶⁶. Sintexcal ha rilevato inoltre che la risposta della stazione appaltante alla richiesta di chiarimenti di Sintexcal “non costituisce un'informazione riservata e che anzi, di regola, i chiarimenti sono pubblicati dalle stazioni appaltanti sui propri siti internet”²⁶⁷.

158. Secondo Sintexcal e Itinera la risposta della stazione appaltante non creava uno scenario favorevole alle tre imprese dal momento che consentiva di considerare ai fini del requisito di fatturato relativo al “servizio con caratteristiche analoghe” (almeno il 30% della base d'asta) anche le attività di “lavori”, ampliando quindi la platea dei potenziali partecipanti²⁶⁸. Sintexcal osserva contestualmente che la società, “pur collocandosi tra i principali player nazionali nel settore pavimentazioni”, era carente del requisito relativo all'esecuzione di un servizio con caratteristiche analoghe per l'importo richiesto dalla *lex specialis* (anche a valle dell'interpretazione estensiva della stazione appaltante) e ha dovuto quindi fare ricorso all'istituto dell'avvalimento da Cogeis²⁶⁹.

²⁶¹ DOC337.

²⁶² DOC16.

²⁶³ DOC338 e DOC423.

²⁶⁴ DOC341.

²⁶⁵ Vd. anche DOC69.

²⁶⁶ DOC338. Cfr. anche DOC423.

²⁶⁷ DOC338 e DOC423.

²⁶⁸ DOC423 e DOC427.

²⁶⁹ DOC423 e DOC444.

159. Con riguardo allo scambio di email del 3 giugno 2019 interno a Sintexcal con oggetto “Analisi Bacchi” a cui risulta allegato un file Excel denominato “ANALISI_rev.03.xls”, contenente una bozza dell’analisi che Impresa Bacchi era tenuta a presentare alla stazione appaltante ai fini della giustificazione della non anomalia dell’offerta, Sintexcal ha osservato che nella documentazione trasmessa dalla stazione appaltante a Sintexcal per la verifica della non anomalia dell’offerta presentata nella Gara Servizi n. 1/2019 c’erano delle incongruenze e che “in un contesto di cortesia reciproca, gli uffici gare delle imprese hanno ritenuto di scambiarsi dei pareri al riguardo”, sottolineando che “lo scambio di pareri tra le imprese è avvenuto comunque in un periodo successivo al deposito delle offerte, post aggiudicazione” e che la presenza di tali incongruenze nella documentazione della stazione appaltante “aveva stimolato un confronto tecnico tra le imprese partecipanti”²⁷⁰. Ancora, Sintexcal ha affermato che si è trattato di “un confronto sul punto con le altre Parti, evidentemente giustificato dalla peculiarità della situazione (tenuto conto che anche per gli altri lotti erano stati rilevati analoghi errori)”²⁷¹; che, in ragione della partecipazione a due lotti differenti, “nessuna delle due imprese ha comprensibilmente ritenuto che lo scambio potesse essere problematico sotto il profilo antitrust”; che “la sensibilità del dato si esaurisce nel momento in cui viene presentata l’offerta”; e che “non a caso le imprese che hanno preso parte alla procedura possono accedere senza limitazioni all’offerta dei concorrenti, ciò che consente loro di poter meglio calibrare la propria partecipazione nella gara successiva”²⁷².

160. Impresa Bacchi ha, similmente, indicato che a fronte della presenza di un errore nella documentazione trasmessa dalla stazione appaltante ai fini della giustificazione della non anomalia dell’offerta (“nella sommatoria delle voci di costo inviata dalla stazione appaltante alcuni addendi non venivano sommati”) e sapendo che anche le altre imprese aggiudicatrici erano nella stessa situazione (“dal documento trasmesso dalla stazione appaltante si capiva infatti che l’errore riguardava tutti e tre gli appalti”), la società “si è confrontata con le altre aggiudicatrici per capire come giustificare la variazione”²⁷³.

161. Con riguardo alle percentuali attribuite alle spese generali e agli utili di impresa nel contesto della giustificazione della non anomalia dell’offerta nella Gara Servizi n. 1/2019, Sintexcal e Itinera hanno indicato che si tratta di valori del tutto fisiologici, frutto in parte dei vincoli regolamentari cui sono soggette le società (che, al tempo, prevedeva una forcella di valori tra il 13% e il 17% per le spese generali) e in parte dell’esperienza maturata negli anni²⁷⁴.

162. Quanto allo scambio di email tra Sintexcal e Impresa Bacchi del 14 aprile 2020, avente ad oggetto “[...] Serravalle tangenziale ovest lotto C: Costi sicurezza-Confronto listino oneri di sicurezza Covid19” Sintexcal ha indicato che il documento fa riferimento “ad uno scambio di opinioni tra le imprese relativamente ai costi incrementali di sicurezza dovuti all’emergenza da Covid-19”, intervenuto nel periodo in cui le stazioni appaltanti chiedevano di fornire un aggiornamento degli oneri di sicurezza in ragione dei nuovi costi connessi all’emergenza sanitaria: “lo scambio di vedute tra le imprese avveniva quindi in un contesto in cui non era chiaro quali dispositivi e costi considerare e come calcolare questi costi aggiuntivi

²⁷⁰ DOC338.

²⁷¹ DOC342.

²⁷² DOC423.

²⁷³ DOC337 e DOC420.

²⁷⁴ DOC423 e DOC427. Sintexcal ha anche allegato i giustificativi prodotti in occasione di altre procedure di gara in cui le spese generali e l’utile sono stati quantificati dalla società nel 13% e nel 3% e rilevato che “tale valore – oltre a essere spesso ritenuto dalla SA [stazione appaltante] una soglia minima al di sotto della quale l’offerta è per definizione anomala – è il frutto della policy interna della Società [...]” (DOC423).

[...] *Come indicato anche nelle email, le imprese cercavano di pervenire ad un ragionamento unificato nei confronti della concessionaria*". Sintexcal ha inoltre evidenziato come, nel caso di specie, si era in presenza di una situazione inedita, dovuta a un fattore di *shock* esogeno, e che si è trattato di un "*confronto tecnico tra operatori che collaborano tra loro in molti ambiti*", senza interferenze rispetto alla Gara Servizi n. 1/2019²⁷⁵. Impresa Bacchi ha, similmente, indicato che l'emergenza Covid si è ripercossa sugli oneri di sicurezza degli appalti, richiedendo una modifica dei relativi importi e che in questo contesto "*si è posto il problema di quali costi e quali dispositivi di sicurezza individuare. [...]. Lo scambio di email riguardava quindi un confronto di vedute con Sintexcal per valutare quali misure e dispositivi di sicurezza considerare nel nuovo contesto di emergenza Covid*"²⁷⁶.

163. Sintexcal e Itinera hanno infine osservato che lo scambio *whatsapp* dell'8 aprile 2021 tra Sintexcal e Itinera, si riferiva alla procedura di gara indetta da SEA per la manutenzione della pavimentazione dell'aeroporto di Milano Malpensa; Sintexcal ha indicato che l'interesse della società alla partecipazione di Itinera alla gara derivava dal fatto che in occasione della edizione precedente della procedura Sintexcal aveva fornito del conglomerato bituminoso Itinera, che si era aggiudicata la gara in ATI con Impresa Bacchi e aveva la finalità commerciale di rinnovare il rapporto di fornitura. Lo scambio *whatsapp* del 21 aprile 2021 secondo Sintexcal era invece relativo ad una gara ASPI a cui Sintexcal aveva partecipato in ATI con Itinera²⁷⁷.

164. Con riguardo alle *email* Sintexcal del 3 giugno 2019, allo scambio di email tra Sintexcal e Impresa Bacchi del 14 aprile 2020 e agli scambi *whatsapp* tra Itinera e Sintexcal del 2021, Sintexcal afferma che la circostanza che tali evidenze si riferiscano ad un momento successivo rispetto alla presentazione delle offerte esclude la loro rilevanza i fini probatori, in quanto non può avere inciso sulle strategie di gara²⁷⁸.

G. Sulla limitata partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019

165. Avuto riguardo alla riscontrata limitata partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, Impresa Bacchi ha osservato che la modifica della qualificazione dell'appalto delle attività di manutenzione autostradale, tra il 2016 e il 2019, da di "lavori" a di "servizi", ha comportato la previsione nelle regole di gara e di requisiti di partecipazione "*sicuramente elevati, tanto che la stessa Impresa Bacchi ha svolto più di una riunione interna per valutare se la società fosse effettivamente in grado di soddisfarli*"²⁷⁹, e che "*il bando alla Gara Servizi n. 1/2019 era in tale senso molto selettivo e che tale considerazione trova conforto anche nelle risposte trasmesse agli Uffici dalle imprese che avevano partecipato alle precedenti Gare del 2016, tra cui anche l'impresa Vitali*"²⁸⁰. Impresa Bacchi ha altresì osservato che la ricostruzione accusatoria è illogica nella misura in cui non riesce a spiegare in che modo l'intesa sia stata conclusa e attuata senza il coinvolgimento di altre società, la cui mancata partecipazione alla gara non era prevedibile con un grado di

²⁷⁵ DOC338.

²⁷⁶ DOC337.

²⁷⁷ DOC423, DOC427 e DOC444.

²⁷⁸ DOC423.

²⁷⁹ Cfr. anche DOC420 ("*I suddetti requisiti [...] erano particolarmente rigorosi e intrinsecamente selettivi*").

²⁸⁰ DOC337. Impresa Bacchi ha altresì in tale contesto conclusivamente indicato che "*le imprese attive nella manutenzione delle pavimentazioni autostradali non sono molte e che i principali concorrenti di Impresa Bacchi sono individuabili in Itinera, Sintexcal e, in misura minore, Vitali. Rispetto a Impresa Bacchi sia Itinera che Sintexcal hanno una dimensione e una capacità logistica maggiore. Vitali, pur avendo dimensioni maggiori rispetto a Impresa Bacchi, non aveva tuttavia i requisiti di esperienza pregressa per partecipare alla Gara n. 1/2019 [...]*".

certezza tale da consentire di organizzare una strategia collusiva, anche considerato che - secondo Impresa Bacchi - le imprese potenziali concorrenti che hanno risposto alla richiesta di informazioni degli uffici hanno giustificato la mancata partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 in ragione di concomitanti commesse precedentemente aggiudicate e/o gare di maggior interesse in corso²⁸¹ (ovvero di circostanza non note a Impresa Bacchi). In tal senso la società rileva anche *“l’esistenza di altri impianti, diretti concorrenti della società, che avrebbero potuto partecipare per l’aggiudicazione dei Lotti di cui al Bando di Gara”*²⁸².

166. Anche Sintexcal ha indicato che la qualificazione della Gara Servizi n. 1/2019 come di “servizi” piuttosto che di “lavori” - in difformità sia con l’orientamento della generalità delle stazioni appaltanti sia con la precedente prassi della stazione appaltante - ha avuto delle *“conseguenze sui requisiti di partecipazione richiesti”* e che *“risulta d’altronde che almeno 8 delle 13 imprese che hanno risposto alla richiesta di informazioni degli Uffici hanno denunciato di non avere partecipato alla procedura [Gare del 2016] per carenza dei requisiti”*; *“la riscontrata bassa partecipazione alla procedura”* sarebbe quindi *“una conseguenza delle regole di gara”*²⁸³. Successivamente Sintexcal ha (diversamente) argomentato che le risposte alle richieste di informazioni degli Uffici hanno evidenziato come *“in molti casi le imprese non avevano partecipato perché avevano gli impianti già saturi (e non perché sprovviste dei requisiti)”* (enfasi e grassetto in originale)²⁸⁴. Sintexcal ha sostenuto in ogni caso che la società non aveva *“alcun elemento”* per confidare che nella Gara Servizi n. 1/2019 la concorrenza sarebbe stata tale da renderla l’unica partecipante al Lotto A. Infatti, per quanto i requisiti del bando fossero *“piuttosto stringenti”*, le precedenti Gare 2016 avevano registrato una significativa partecipazione e le imprese singolarmente sprovviste dei requisiti di partecipazione avrebbero comunque potuto fare ricorso all’avvalimento o alla partecipazione in RTI²⁸⁵.

167. Itinera ha argomentato il basso tasso di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 è dipeso da autonome valutazioni di altri operatori economici non prevedibili da Itinera; che in considerazione del più elevato tasso di partecipazione nelle precedenti edizioni della gara era ragionevole attendersi la partecipazione di numerosi operatori; e che i requisiti di capacità economico/finanziaria richiesti dal disciplinare potevano essere soddisfatti attraverso la partecipazione congiunta con altri operatori ovvero mediante avvalimento²⁸⁶.

²⁸¹ Impresa Bacchi richiama in particolare le risposte delle tre imprese (rispetto alle 13 risposte pervenute dalle 14 imprese complessivamente intervistate): Costruzioni Edili Stradali Fognature s.r.l., Suardi s.p.a. e Preve Costruzioni s.p.a. e i DOC293, DOC303 e DOC304.

²⁸² DOC420 e DOC444. Impresa Bacchi ha altresì sostenuto che il ribasso offerto in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 è stato competitivo anche in considerazione della potenziale partecipazione di altri concorrenti e che, per il caso in cui la società avesse avuto la convinzione che alcuna delle società concorrenti avesse partecipato alla gara avrebbe realizzato una scontistica decisamente meno aggressiva.

²⁸³ DOC338. Cfr. anche DOC423 (*“[...] l’anomalia della qualificazione della gara – circostanza della quale si era naturalmente parlato nel settore – era stata una novità assoluta e che aveva spinto molti operatori a non partecipare, come d’altronde emerso chiaramente dalle risposte al market Test [le risposte alle richieste di informazioni pervenute dagli operatori che avevano partecipato alle Gare 2016]”*).

²⁸⁴ DOC444.

²⁸⁵ DOC423 e DOC444.

²⁸⁶ DOC427.

H. Sull'imputabilità della condotta di Sintexcal a General Beton

168. General Beton e Sintexcal non ritengono configurabile un'influenza determinante della controllante General Beton sulla controllata Sintexcal, in quanto, alla luce della recente giurisprudenza amministrativa nazionale del Consiglio di Stato (sentenze n. 6214/2021 e 1101/2021), non ci si può limitare a presumere l'influenza determinante dal mero dato di controllo dovendosi verificare la presenza di indizi, gravi precisi e concordanti in merito al coinvolgimento dell'illecito od anche l'esercizio dell'influenza²⁸⁷. Poiché, nel caso di specie, la documentazione in atti non chiama mai in causa General Beton ed è anzi indicativa del fatto che Sintexcal determina in autonomia il proprio comportamento sul mercato e di partecipazione alle gare, General Beton ritiene che vi siano i presupposti per ribaltare la presunzione di responsabilità. General Beton sostiene inoltre che l'Autorità dovrebbe considerare comunque superata la presunzione di responsabilità a fronte del fatto che, nel caso in esame, ricorrono gli indici di autonomia decisionale e operativa valorizzati dalla giurisprudenza amministrativa per escludere la *parental liability*²⁸⁸: i) General Beton non dispone di personale, uffici o funzioni preposte alla partecipazione a gare di appalto e non fornisce informazioni né è consultata da Sintexcal con riguardo alla partecipazione alle gare; ii) General Beton e Sintexcal non condividono sedi, uffici, infrastrutture, sistemi logistici e informatici, siti produttivi né vi sono funzioni centralizzate comuni; iii) General Beton e Sintexcal operano in mercati diversi; iv) Sintexcal gode della più ampia autonomia decisionale anche ai sensi dello Statuto e il Consiglio di Amministrazione ha la più ampia potestà su tutti gli atti di amministrazione ordinaria e straordinari. General Beton ritiene infine che l'imputazione di una *parental liability* in assenza di qualsiasi traccia di ingerenza della controllante nella strategia commerciale della controllata equivarrebbe ad affermare il carattere assoluto e insuperabile della presunzione, in spregio alla giurisprudenza amministrativa anche comunitaria che ha più volte ribadito la necessità di ammettere e considerare la prova contraria²⁸⁹.

I. Sulla sanzione e il mercato rilevante

169. Itinera e Sintexcal argomentano che nel caso di specie il valore delle vendite ai fini del calcolo della sanzione dovrebbe essere individuato nell'utile d'impresa, piuttosto che nell'importo oggetto di aggiudicazione, in considerazione del fatto che l'espressione "*in linea di principio*" di cui al punto 18 delle Linee guida sulle sanzioni²⁹⁰ legittimerebbe l'Autorità a discostarsi da tale regola e della circostanza che l'importo oggetto di aggiudicazione sovrastimerebbe di gran lunga i vantaggi potenzialmente conseguiti dalla violazione contestata, in ragione dei costi sostenuti dalle società per l'esecuzione dell'appalto, portando ad un ammontare della sanzione sproporzionato rispetto all'obiettivo di produrre un "*effetto sufficientemente dissuasivo*".

170. Secondo Sintexcal non è poi in ogni caso possibile assumere a parametro di riferimento l'importo di aggiudicazione previsto dal bando in considerazione del fatto che (trattandosi di un appalto a misura) l'importo di aggiudicazione non è ancora stato raggiunto dalla stazione appaltante²⁹¹.

²⁸⁷ DOC425, DOC423 e DOC444.

²⁸⁸ General Beton ritiene applicabile al caso di specie anche la sentenza della Corte di Giustizia del 6 ottobre 2021, sentenza C-882/19 Sumal in materia di risarcimento del danno *antitrust*.

²⁸⁹ General Beton richiama in particolare le sentenze Corte di Giustizia, 29 settembre 2011, sentenza C-520/09 P, Arkema §41 e Corte di Giustizia, 29 settembre 2011, sentenza C-521/09, Elf Aquitaine 152-153).

²⁹⁰ "Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90" deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.

²⁹¹ La società richiama la sentenza del Consiglio di Stato n. 3016 del 21 giugno 2017.

171. Con riguardo all'applicazione di un coefficiente di gravità non inferiore al 15%, Sintexcal argomenta che l'asserita intesa non può essere qualificata come segreta sia in quanto i contatti, incontri e gli scambi di email sono stati ricondotti dalle parti a interlocuzioni lecite; sia in quanto - proprio per questa ragione - non si rinviene alcuna cautela volta a rendere non conoscibili tali contatti, sia infine in considerazione del fatto che l'elemento essenziale sul quale è ricostruita l'intesa, ovvero i subappalti reciproci, sono stati comunicati alla stazione appaltante in sede di offerta. Sintexcal sostiene inoltre che, anche a voler ritenere che l'asserita intesa configuri una restrizione "grave" le Linee guida sanzioni precisano che la percentuale del valore delle vendite considerata sarà "di regola" non inferiore al 15% e che nel caso di specie ci sono motivi per individuare un coefficiente di gravità inferiore in ragione delle condizioni di elevata pressione competitiva con riguardo all'attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel Nord Italia; della circostanza che l'intesa ha avuto una rilevanza e impatto economico limitato, interessando una sola gara; e del fatto che non ha prodotto effetti pregiudizievoli per la concorrenza e i consumatori²⁹².

172. Itinera e Sintexcal ritengono inoltre che non vi sia stato, e non sia stato dimostrato, alcun pregiudizio per la stazione appaltante e i consumatori. In particolare, le offerte sono state ritenute congrue dalla stazione appaltante e i ribassi offerti nella Gara Servizi n. 1/2019 sono in linea con quelli della Gara Lavori n. 4/2021, anche in ragione della concorrenza potenziale attesa in sede di gara. In ogni caso la circostanza che gli altri operatori possano essere stati scoraggiati dal partecipare Gara Servizi n. 1/2019 e le ipotizzate offerte poco aggressive delle parti sarebbero da ricondursi alla scelta della stazione appaltante di qualificare la gara come di "servizi" piuttosto che di "lavori". Non vi può inoltre essere stato pregiudizio in termini di qualità del servizio in quanto i lavori di manutenzione autostradale devono essere eseguiti secondo precise e vincolanti prescrizioni tecniche imposte dalla *lex specialis* e dalla Direzione Lavori della stazione appaltante²⁹³.

173. In ragione di quanto osservato in merito alla gravità della violazione e al carattere comunque deterrente della sanzione (prossima, se non pari, al massimo edittale), Sintexcal ritiene altresì che l'applicazione di una maggiorazione a titolo di *entry fee* sarebbe iniqua e ingiustificata. Per le medesime ragioni sarebbe altresì manifestamente contrario al principio di proporzionalità applicare a Sintexcal l'ulteriore fattore di deterrenza fino al 50% di cui al punto 25 delle Linee guida sulle sanzioni, anche considerata l'eccezionalità dell'istituto ad oggi applicato solo in otto casi e a gruppi multinazionali di dimensioni economiche enormemente superiori a General Beton/Sintexcal²⁹⁴.

174. Sintexcal e General Beton argomentano che dall'assenza dei presupposti per contestare l'illecito a General Beton discende anche l'inapplicabilità del punto 22 delle Linee guida sulle sanzioni in materia di recidiva e la possibilità di valutare il programma di compliance di Sintexcal come circostanza attenuante. Secondo Sintexcal e General Beton le conseguenze derivanti dall'eventuale imputazione della condotta anche a General Beton si porrebbero in contrasto con il principio di personalità della pena, in quanto pur non essendovi alcuna prova di un coordinamento fra General Beton e Sintexcal, quest'ultima si troverebbe ad essere destinataria di una sanzione molto più elevata di quella che sarebbe determinata con gli ordinari criteri di calcolo in ragione dell'aggravante per recidiva in capo a General Beton e del mancato riconoscimento dell'attenuante del programma di *compliance*. Sarebbero inoltre lesi i diritti di difesa di Sintexcal in quanto la società - pur non avendo mai potuto partecipare e difendersi nell'ambito del procedimento I780 chiuso con l'accertamento di una infrazione in capo a General Beton - sarebbe soggetto

²⁹² La società richiama la sentenza del Tar Lazio n. 10309/2016, confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 928/2017.

²⁹³ DOC423 e DOC444.

²⁹⁴ DOC423 e DOC444.

a tutte le conseguenze negative discendenti dalla qualificazione di General Beton come impresa “recidiva”, come riconosciuto dall’orientamento consolidato della Corte di Giustizia²⁹⁵ e anche confermato dalla sentenza Sumal della Corte di Giustizia in materia di risarcimento del danno antitrust²⁹⁶. Sintexcal e General Beton sostengono inoltre che, alla luce del tenore letterale del §22 delle Linee guida sulle sanzioni, la recidiva non potrebbe poi in ogni caso essere applicata alla vicenda in esame, essendo applicabile solo al caso di infrazioni commesse dalla stessa impresa ed essendo trascorsi più di cinque anni dalla data di commissione della prima violazione (cessata il 20 giugno 2013²⁹⁷); il coefficiente per recidiva dovrebbe in ogni caso essere estremamente contenuto in considerazione della prassi decisionale dell’Autorità e della circostanza che l’illecito contestato è stato posto in essere in un mercato diverso rispetto al precedente I780 e da una società controllata (Sintexcal) che non opera sul medesimo mercato di General Beton²⁹⁸.

175. Sintexcal e General Beton ritengono poi dovrebbe essere riconosciuta una circostanza attenuante ai sensi delle Linee guida *compliance*²⁹⁹ anche in quanto la valutazione del programma di General Beton (al tempo non esteso anche a Sintexcal in quanto non implementato a livello di gruppo) è stata effettuata prima dell’entrata in vigore delle citate Linee guida compliance (e pertanto non includeva nel suo perimetro Sintexcal e le altre controllate) e General Beton ha provveduto successivamente, nel 2021, ad aggiornare a modificare il programma di compliance: sia il programma di Sintexcal che quello di General Beton sono quindi “nuovi” e non in quanto tali non hanno mai formato oggetto di valutazione da parte dell’Autorità. Secondo le società, inoltre, la previsione di cui al punto 43 delle Linee guida compliance si limita in ogni caso a dare delle indicazioni finalizzate a valutare l’adeguatezza del programma della capogruppo, e non anche delle controllate³⁰⁰.

176. Da ultimo Sintexcal chiede l’applicazione del §34 delle Linee guida sulle sanzioni in ragione del rischio di sovra deterrenza derivante per Sintexcal dall’utilizzo degli ordinari criteri di calcolo della sanzione e al fine di rendere la sanzione proporzionata rispetto alla rilevanza dell’infrazione contestata³⁰¹.

177. Itinera ritiene che l’eventuale sanzione dovrà essere contenuta nel minimo, in considerazione della condotta ampiamente collaborativa mantenuta dalla società nei confronti degli Uffici nel corso del procedimento istruttorio³⁰². Anche Impresa Bacchi ha chiesto che l’importo della eventuale sanzione sia ridotto ai minimi non solo per effetto del comportamento collaborativo manifestato da Impresa Bacchi ma

²⁹⁵ Sintexcal richiama sul §319 della sentenza T-144/07 (“non si può ammettere che la [Autorità di concorrenza] possa ritenere, nell’ambito della valutazione della circostanza aggravante della recidiva, che un’impresa debba essere considerata responsabile di una precedente infrazione per la quale non è stata sanzionata da una decisione della Commissione e non è stata destinataria di una comunicazione degli addebiti, cosicché detta impresa non è stata messa in condizione, nell’ambito del procedimento conclusosi con l’adozione della decisione che constata la precedente infrazione, di presentare i propri argomenti al fine di contestare, per quanto la riguarda, l’eventuale esistenza di un’unità economica con altre imprese”) osservando che, benché un simile orientamento sia generalmente invocato per escludere che la società capogruppo (controllante) possa essere ritenuta recidiva per infrazioni poste in essere dalle sue controllate e per le quali non era stata coinvolta nel relativo procedimento sanzionatorio, è evidente che il principio può trovare applicazione anche in relazione all’impresa controllata.

²⁹⁶ Caso C-882/19, Sumal.

²⁹⁷ Provv. n. 25801 del 22 dicembre 2015, I780 – Mercato del calcestruzzo in Veneto, §88.

²⁹⁸ DOC423, DOC425 e DOC444.

²⁹⁹ “Linee Guida sulla compliance antitrust” deliberate dall’Autorità il 25 settembre 2018.

³⁰⁰ DOC423, DOC425 e DOC444.

³⁰¹ DOC423 e DOC444.

³⁰² DOC427.

anche in considerazione del ruolo assolutamente marginale nella partecipazione alla violazione e del fatto che la paventata intesa non ha prodotto alcun effetto.

178. Impresa Bacchi ha altresì chiesto che l'importo della sanzione sia determinato avendo in considerazione la capacità contributiva dell'impresa, producendo al riguardo un apposito elaborato in allegato alle memorie finali³⁰³.

179. Secondo Itinera, infine, non sarebbe possibile individuare un mercato rilevante a sé stante coincidente con la Gara Servizi n. 1/2019, considerate: *i*) la limitazione della presunta pratica concordata ad un'unica gara; *ii*) la durata esigua dell'appalto oggetto di affidamento; *iii*) il ridotto ambito esecutivo della gara, attinente ad un'area geografica limitata (l'area di Milano); *iv*) il limitato importo della gara in oggetto rispetto ai valori nazionali³⁰⁴.

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLA STAZIONE APPALTANTE SEGNALANTE

180. Milano Serravalle ha indicato che nella Gara Servizi n. 1/2019 non era previsto un progetto esecutivo *ex ante* e che la programmazione delle attività è stata quindi via via predisposta dal direttore dell'esecuzione dell'appalto (nominato dal RUP della procedura) nel corso dell'appalto. La programmazione delle attività di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni autostradali – ivi inclusi quelli della Gara Servizi n. 1/2019 - è in particolare svolta con un certo anticipo rispetto all'esecuzione dei lavori e prevede tipicamente l'esecuzione dei lavori in estate (dalla tarda primavera fino all'autunno). Non è inoltre possibile, per motivi di sicurezza, attivare cantieri troppo vicini tra loro e, di regola, nell'ambito di ciascun lotto, si prevede l'apertura di un solo cantiere nel medesimo arco temporale³⁰⁵.

181. In merito alla eventuale presenza di autorizzazioni e/o qualificazioni *ex ante* degli impianti e/o dei materiali utilizzati, tra cui in particolare il conglomerato bituminoso, Milano Serravalle ha affermato che gli operatori affidatari degli appalti – sia nella Gara Servizi n. 1/2019 sia più in generale nelle gare per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali – hanno la possibilità di utilizzare gli impianti di produzione di conglomerato di terzi (al di là anche delle dichiarazioni di disponibilità presentate in sede di gara), così come di acquisire forniture di materiale e di conglomerato da terzi, senza che sia richiesta alcuna autorizzazione preventiva da parte della stazione appaltante. Si tratta inoltre di un rapporto di fornitura che esula dalla disciplina dei subappalti e subaffidamenti. È in tal senso responsabilità dell'impresa assicurarsi che i materiali acquisiti e utilizzati in sede di esecuzione dell'appalto siano conformi alle specifiche di cui al capitolato speciale. La stazione appaltante, nella persona del direttore lavori, esegue poi delle verifiche a campione in cantiere circa la conformità dei materiali e dei lavori rispetto ai requisiti tecnici di cui alle regole di gara; si tratta tuttavia di verifiche che prescindono dall'identità del fornitore della materia prima e/o dell'impianto di provenienza del conglomerato bituminoso³⁰⁶.

182. Quanto all'entità dei ribassi offerti da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019, rispetto ai ribassi di aggiudicazione riscontrati nella pregressa edizione dell'appalto del 2016 (Gare 2016), la stazione appaltante ha, tra l'altro, osservato che prezzi stabiliti dai listini ANAS relativi agli anni 2016 e 2018, presi come riferimento per le gare esperite nel 2016 e 2019, sono pressoché identici per le voci

³⁰³ DOC420.

³⁰⁴ DOC427.

³⁰⁵ DOC359.

³⁰⁶ DOC359.

relative alle lavorazioni e che, a fronte di un capitolato che sostanzialmente prevede le medesime attività del passato e di importi a base d'asta sostanzialmente identici, nella Gara Servizi n. 1/2019 è stata riscontrata una diminuzione dei ribassi offerti dagli operatori rispetto a quelli offerti in passato³⁰⁷. Relativamente alla Gara Lavori n. 4/2021, considerato che la scadenza per la presentazione delle offerte era fissato alla fine del mese di gennaio 2022, è verosimile che gli operatori abbiano tenuto conto dell'andamento fortemente inflattivo dei prezzi dell'ultimo periodo³⁰⁸.

183. Con riguardo alla riscontrata identità o similarità delle offerte tecniche presentate da Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal nella Gara Servizi n. 1/2019, Milano Serravalle ha indicato che le offerte tecniche di cui ai *sub* criteri 1.1. e 1.2. pervenute dalle società Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi sono state quantificate dalle tre imprese sulla base di una composizione della squadra e dei mezzi minima rispetto a quanto richiesto dalle regole di gara. Vi era quindi certamente la possibilità per le imprese di differenziare le proprie offerte tecniche prevedendo una diversa organizzazione dei lavori con una più ampia composizione sia della squadra che dei mezzi, ad esempio prevedendo l'utilizzo di più frese e mezzi operativi (e quindi anche di una squadra più numerosa)³⁰⁹.

184. Quanto al riscontrato errore materiale nel Computo Metrico Estimativo di cui alle regole di gara della Gara Servizi n. 1/2019, per tutti e tre i lotti a gara, Milano Serravalle ha indicato che si trattava di un errore materiale nel computo delle diverse voci del servizio, facilmente individuabile, in merito al quale tuttavia le imprese partecipanti non hanno presentato richieste di chiarimenti alla stazione appaltante né prima del deposito delle offerte né successivamente. La problematica è emersa durante un'interlocuzione con un'impresa in occasione della verifica di congruità delle offerte. Milano Serravalle ha altresì precisato come sulla piattaforma dedicata alla Gara Servizi n. 1/2019 è sempre stato disponibile, fino all'aggiudicazione definitiva delle offerte, anche un apposito sistema di messaggistica che consentiva l'interlocuzione con la stazione appaltante (prima della scadenza del termine di ricezione delle offerte i quesiti posti a chiarimento della procedura di gara vengono pubblicati in forma anonima con la risposta della stazione appaltante in forma integrale). Milano Serravalle ha anche osservato che non si trattava di un elemento particolarmente rilevante poiché ciò che contava erano gli sconti indicati, mentre la composizione del computo non era essenziale³¹⁰.

VI. VALUTAZIONI

A. Il mercato rilevante

185. Secondo costante orientamento giurisprudenziale in materia di intese, la definizione del mercato rilevante è essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si colloca l'accordo o la pratica concordata tra imprese. Tale definizione è logicamente successiva rispetto all'individuazione dell'intesa - atteso che l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa medesima individuano il mercato - ed è funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale e alla individuazione del suo grado di offensività³¹¹. In coerenza con tale

³⁰⁷ DOC4.

³⁰⁸ DOC444.

³⁰⁹ DOC359.

³¹⁰ DOC359.

³¹¹ Cfr. anche Consiglio di Stato 15 aprile 2021, n. 3566 (1806 - Affidamento appalti per attività di antincendio boschivo).

principio giurisprudenziale, in caso di gare di pubblico appalto, l'ambito merceologico e geografico rilevante è da considerarsi come circoscritto alla/e procedura/e in cui si è riscontrata la concertazione anticoncorrenziale, caratterizzato dall'incontro di domanda e offerta in condizioni di autonomia rispetto agli altri ambiti anche contigui³¹².

186. Nel caso in esame, il complesso degli elementi sopra descritti consente di ritenere che Itinera, Sintexcal e la sua controllante General Beton, e Impresa Bacchi abbiano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza finalizzata alla ripartizione dei lotti a gara e alla eliminazione del reciproco confronto competitivo nella Gara Servizi n. 1/2019 per l'affidamento di attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali.

187. Le argomentazioni di Itinera, secondo cui non sarebbe possibile individuare un mercato rilevante a sé stante coincidente con la Gara Servizi n. 1/2019 in ragione della limitazione della presunta pratica concordata ad un'unica gara - di durata esigua, importo limitato e ridotto ambito geografico esecutivo -, non risultano condivisibili, in quanto, come appena osservato, ciò che determina la dimensione del mercato e la sua estensione ad una singola gara o a più gare non è né la "dimensione" della gara in questione, né la circostanza che le imprese (come è la regola) partecipino ordinariamente a molteplici procedure di gara, quanto piuttosto le evidenze in merito all'ampiezza e all'oggetto dell'intesa contestata. Nel caso in esame il comportamento che si assume illecito riguarda la ripartizione dei tre lotti in cui era articolata la Gara Servizi n. 1/2019 anche tramite il descritto sistema di subappalti reciproci tra le tre imprese e la presentazione da parte di ciascuna delle tre imprese dell'offerta per uno solo dei tre lotti a gara, senza sovrapposizioni, come corroborato anche dalle ampie evidenze raccolte. Si tratta di una condotta che ha specificamente interessato la Gara Servizi n. 1/2019, in via distinta rispetto alle altre gare, pure partecipate dalle tre imprese (in forma individuale o in ATI tra loro o con altre imprese), delle quali è stata anche svolta una ricognizione a seguito di apposita richiesta di informazioni alle parti³¹³.

188. Il mercato può quindi circoscriversi all'ambito merceologico e geografico individuato dalla procedura di Gara Servizi n. 1/2019, articolata su tre lotti, afferenti il servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali delle Tangenziali Est A51 e Nord A52; del raccordo e le pertinenze dell'autostrada A7 e della Tangenziale Ovest A50.

B. La qualificazione dell'intesa

1. L'intesa di ripartizione dei lotti della gara servizi n. 1/2019

189. L'insieme delle evidenze raccolte nel corso del procedimento conferma l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza segreta e restrittiva per oggetto, nella forma di un accordo o pratica concordata³¹⁴ tra le imprese Itinera, Sintexcal e la sua controllante General Beton³¹⁵, e Impresa Bacchi,

³¹² Cfr. Consiglio di Stato, VI, 12 ottobre 2017, n. 4733 (I782 - Gare per i servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi presso gli arsenali di Taranto, La Spezia e Augusta).

³¹³ Cfr. DOC290, DOC291, DOC292 e le risposte trasmesse dalle parti in ordine alle gare per la manutenzione di pavimentazioni autostradali partecipate da Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal nel triennio 2018-2020 nel territorio del Nord Italia (DOC306, DOC311, DOC307 e DOC308).

³¹⁴ Cfr. anche Corte di Giustizia, sentenza C-49-92 P *Anic Partecipazioni*, §131 e ss. e Consiglio di Stato, 12 ottobre 2017, n. 4733 (I782 - Gare per i servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi presso gli arsenali di Taranto, La Spezia e Augusta).

³¹⁵ La tematica della imputabilità della condotta di Sintexcal alla sua controllante General Beton sarà trattata nel successivo § 0. Si anticipa ad ogni modo che le condotte di Sintexcal descritte nel seguito sono da ritenersi sempre imputate anche alla controllante General Beton.

finalizzata alla ripartizione dei lotti a gara e alla eliminazione del reciproco confronto competitivo nella “Gara Servizi n. 1/2019 – Procedura aperta ai sensi dell’art. 60 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. per il servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sull’intera rete in concessione di Milano Serravalle – Milano Tangenziali S.p.A.” (la Gara Servizi n. 1/2019).

190. La procedura di appalto pubblico condizionata dalle condotte in esame - Gara Servizi n. 1/2019 - era articolata in tre lotti, di analogo valore a base d’asta (circa 9,8 milioni di euro) per un importo complessivo oggetto di appalto di valore rilevante (circa 30 milioni di euro) e ha avuto ad oggetto l’appalto dei servizi di manutenzione ordinaria dell’intera rete autostradale in concessione a Milano Serravalle, per la durata di tre anni. La procedura è stata caratterizzata da un grado di partecipazione e concorrenza molto basso, considerato che per ciascun lotto è pervenuta una sola offerta da parte, rispettivamente, di Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi.

191. L’attività istruttoria ha dimostrato, in questo contesto, che le tre imprese partecipanti e aggiudicatarie, parti del procedimento, hanno posto in essere un’intesa anticoncorrenziale di ripartizione dei lotti a gara, assistita da un sistema di subappalti reciproci, strumentale alla concertazione, tale per cui ciascuna impresa risulta avere indicato le altre due imprese nell’ambito della terna di imprese subappaltate³¹⁶ (cfr. Tabella 12 – Gara Servizi n. 1/2019). I subappalti reciproci non sono poi stati attivati da nessuna delle tre imprese in sede di esecuzione dell’appalto.

³¹⁶ L’art. 105, comma 6, (nel testo in vigore dal 20 maggio 2017 al 18 aprile 2019) prevedeva che “E’ obbligatoria l’indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta [...]. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara [...]”.

Tabella 12 – Gara Servizi n. 1/2019

<i>Lotto/tratta</i>	<i>Importo base*</i>	<i>Unico partecipante e aggiudicatario</i>	<i>Dichiarazioni reciproche di subappalto</i>
LOTTO A (tangenziali A51/A52)	9,85 milioni di euro	Sintexcal	- Fresatura: Itinera, Impresa Bacchi, Tecnofrese, Cogeis - Stesa conglomerati: Itinera, Impresa Bacchi, Tecnofrese, Cogeis
LOTTO B (autostrada A7)	9,80 milioni di euro	Itinera	- Fresatura: Sintexcal, Tecnofrese e Italfrese - Stesa conglomerati: Sintexcal, Impresa Bacchi, Cogepi
LOTTO C (tangenziale A50)	9,75 milioni di euro	Impresa Bacchi	- Fresatura: Itinera, Sintexcal, Tecnofrese - Stesa conglomerati: Itinera, Sintexcal, Tecnofrese

* Comprensivi degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.
Fonte: Informazioni di Milano Serravalle DOC1 e DOC4.

192. Per costante giurisprudenza comunitaria e nazionale, perché si abbia un accordo è sufficiente che le imprese raggiungano una qualsiasi forma di consenso, anche privo di veste formale e non produttivo di specifici obblighi giuridici³¹⁷, circa l'adozione di determinate condotte che limitano reciprocamente la propria politica commerciale sul mercato. L'esistenza di un accordo tra le parti può, in tal senso, desumersi anche da contatti diretti o indiretti aventi lo scopo di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente effettivo o potenziale ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso o prevede di tenere egli stesso sul mercato³¹⁸.

193. Nel caso di specie, il consenso tra le parti circa la condotta spartitoria da tenersi in occasione della partecipazione alla procedura di Gara n. 1/2019, con la presentazione di offerte per uno solo dei lotti a gara e non sovrapposte, è stato confermato e consolidato tramite le richieste incrociate di subappalto di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi e le relative e reciproche dichiarazioni di disponibilità. Con tali richieste e dichiarazioni di disponibilità è stata, di fatto, confermata ai concorrenti la strategia da adottarsi in gara.

194. Come sopra osservato, le offerte presentate da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019 evidenziano, infatti, la presenza di subappalti reciproci tra le medesime imprese, tali per cui ciascuna impresa risulta avere indicato le altre due imprese quali subappaltatori per una parte delle prestazioni di fresatura e/o posa del conglomerato.

³¹⁷ Cfr. anche Consiglio di Stato, 11 luglio 2016, n. 3047 (I765 - Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte).

³¹⁸ Cfr. anche Tribunale, sentenza T-7/89 *Hercules Chemicals*, §242 e Consiglio di Stato, 29 maggio 2018, n. 3197 (I723 - Intesa nel mercato delle barriere stradali).

195. Data l'incompatibilità tra subappalto e partecipazione alla gara dell'impresa destinataria del subappalto (per ciascun lotto)³¹⁹, ciascuna delle tre imprese, in ragione delle disponibilità al subappalto accordate alle altre due imprese e della parallela richiesta di subappalto alle medesime altre due imprese in relazione ad uno specifico lotto ha, di fatto, confermato l'accordo con tali potenziali imprese concorrenti circa la sua intenzione di partecipare solo allo specifico lotto (oggetto della ripartizione), consolidando l'impegno delle altre due imprese a non partecipare in concorrenza allo stesso.

196. Ne deriva che la manifestazione di volontà di ciascuna delle tre imprese – Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - ha richiesto il consenso delle altre due imprese in un gioco a incastro che, laddove anche non contestuale, ha comportato la consapevole eliminazione dell'incertezza sul reciproco comportamento in termini di partecipazione ai tre lotti a gara e la chiusura di ogni spazio di concorrenza tra le imprese parti dell'intesa. In tal modo Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi hanno sostituito una consapevole collaborazione tra loro al rischio della concorrenza reciproca, a danno della competitività della procedura pubblica di affidamento oggetto del procedimento.

197. Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi hanno, infatti, poi presentato offerta ciascuna per uno solo dei lotti a gara – senza sovrapporsi – risultando aggiudicatari ciascuna del lotto di competenza. Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi sono risultate altresì le uniche partecipanti alla Gara Servizi n. 1/2019.

a) Sulla concorrenza attesa nella Gara Servizi n. 1/2019

198. Le tre imprese hanno sostenuto che la mancata partecipazione alla gara di altre imprese non era prevedibile con un grado di certezza tale da consentire di organizzare una strategia collusiva e che per quanto i requisiti del bando fossero “*piuttosto stringenti*” (Sintexcal), le precedenti Gare 2016 avevano registrato una significativa partecipazione e le imprese singolarmente sprovviste dei requisiti di partecipazione avrebbero comunque potuto fare ricorso all'avvalimento o alla partecipazione in RTI³²⁰.

199. L'attività istruttoria ha tuttavia evidenziato che le tre imprese erano nelle condizioni di poter più che ragionevolmente ritenere che la concorrenza da parte di imprese terze rispetto alle parti in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 sarebbe stata del tutto assente o comunque limitata e poco competitiva.

200. La modifica della qualificazione della Gara Servizi n. 1/2019 (rispetto alla precedente edizione del 2016) come di “servizi” piuttosto che di “lavori” e l'esito delle precedenti Gare 2016 (anche avuto riguardo agli operatori che vi avevano, senza successo, partecipato) erano infatti elementi idonei a consentire alle tre imprese di attendersi l'assenza di concorrenza o, comunque, una concorrenza limitata e poco qualificata (sotto il profilo tecnico e di capacità economica) in sede di gara ad opera di imprese terze.

201. Si è in particolare provveduto, in sede istruttoria, a chiedere alle imprese che avevano partecipato alle Gare 2016 di indicare i motivi alla base della decisione di non presentare offerta nella Gara Servizi n. 1/2019: nove su tredici imprese hanno indicato tra i motivi che hanno portato a non presentare una offerta per la Gara Servizi n. 1/2019 proprio la modifica della tipologia della gara da “lavori” a “servizi” e la mancanza dei requisiti di partecipazione³²¹.

³¹⁹ Le regole di gara prevedevano al riguardo, in conformità alla disciplina al tempo vigente di cui all'art. 105, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, che l'operatore fosse tenuto ad indicare nell'offerta obbligatoriamente tre subappaltatori per ciascun lotto al quale intendeva partecipare e il divieto di poter utilizzare lo strumento del subappalto in caso di indicazione di un subappaltatore che avesse, contestualmente, concorso in proprio alla gara.

³²⁰ Cfr. §0 G. Sulla limitata partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019.

³²¹ A ulteriore testimonianza del fatto che la qualificazione della gara da parte della stazione appaltante come di “servizi” piuttosto che di “lavori” - con quanto ne è conseguito in termini di requisiti di partecipazione - abbia influito sulla concorrenza attesa in sede di gara, militano anche gli esiti di partecipazione alla procedura indetta nel 2021 da Milano Serravalle per il rinnovato affidamento

202. Al riguardo, le stesse Impresa Bacchi e Sintexcal hanno d'altronde affermato che *“il bando della Gara Servizi n. 1/2019 era in tale senso molto selettivo e che tale considerazione trova conforto anche nelle risposte trasmesse agli Uffici dalle imprese che avevano partecipato alle precedenti Gare del 2016”* e che i requisiti di partecipazione erano *“sicuramente elevati, tanto che la stessa Impresa Bacchi ha svolto più di una riunione interna per valutare se la società fosse effettivamente in grado di soddisfarli”* (Impresa Bacchi)³²²; che *“risulta d'altronde che almeno 8 delle 13 imprese che hanno risposto alla richiesta di informazioni degli Uffici hanno denunciato di non avere partecipato alla procedura [Gare del 2016] per carenza dei requisiti”*, che *“la riscontrata bassa partecipazione alla procedura”* è *“una conseguenza delle regole di gara”* (sottolineato aggiunto)³²³ e che *“[...] l'anomalia della qualificazione della gara – circostanza della quale si era naturalmente parlato nel settore – era stata una novità assoluta e che aveva spinto molti operatori a non partecipare, come d'altronde emerso chiaramente dalle risposte al market Test [le risposte alle richieste di informazioni pervenute dagli operatori che avevano partecipato alle Gare 2016]”*³²⁴ (Sintexcal).

203. La circostanza che le tre imprese parti rappresentavano i più diretti concorrenti nella Gara Servizi n. 1/2019, a fronte di un rischio di una competizione “qualificata” ad opera di imprese terze del tutto marginale, trova conferma anche negli esiti delle Gare 2016.

204. È stato infatti appurato che le Gare 2016, pur avendo visto la partecipazione di numerosi concorrenti (data la qualificazione della gara come di “lavori”), sono comunque state aggiudicate per due delle tratte a gara all'ATI Itinera/Impresa Bacchi e per la restante tratta a Interstrade, oggi parte integrante di Itinera³²⁵, mentre Sintexcal aveva partecipato per due delle tratte a gara, dimostrandosi un concorrente temibile³²⁶. Le altre imprese partecipanti alle Gare 2016 - perlopiù di dimensioni e capacità logistica ben inferiori rispetto alle parti e spesso raggruppate in ATI - hanno infatti ottenuto punteggi (anche tecnici) troppo bassi o sono state escluse; alcune di tali imprese non sono peraltro più attive³²⁷.

205. Anche gli esiti della Gara Lavori n. 4/2021 confermano il fatto che le imprese parti hanno una capacità logistica ed economica tale da consentire loro di presentare offerte tecniche ed economiche migliori rispetto alle altre imprese del settore loro potenziali concorrenti: le offerte sia economiche che tecniche di Sintexcal e Impresa Bacchi e i relativi punteggi sono infatti risultati significativamente più elevati rispetto a quelli delle altre imprese partecipanti (Itinera non ha invece ritenuto di partecipare alla nuova edizione della gara)³²⁸.

206. Itinera Sintexcal e Impresa Bacchi individuano, infatti, per loro stessa indicazione, i principali operatori attivi nel nord-Italia nell'offerta delle attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, in un settore anche più concentrato rispetto al 2016 e caratterizzato dalla presenza di un numero limitato di imprese medio grandi, cui si affiancano (poche) imprese di minori dimensioni e capacità logistica,

dei servizi di manutenzione ordinaria delle tratte in concessione. La Gara Lavori n. 4/2021 ha visto infatti la partecipazione, con riguardo a tutti e tre i lotti a gara, di più imprese in concorrenza, anche terze rispetto alle parti (e la presentazione di una offerta da parte di Impresa Bacchi per tutti e tre i lotti a gara e di Sintexcal per due dei lotti a gara).

³²² DOC337.

³²³ DOC338.

³²⁴ DOC423.

³²⁵ Interstrade è stata infatti acquisita da Itinera nel 2018.

³²⁶ Impresa terza classificata sia per la tratta A50 che per la tratta A51/52. Cfr. DOC6.

³²⁷ Cfr. § 0 4. La mancata partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 di imprese ulteriori rispetto alle parti.

³²⁸ Cfr. Tabella 5– Gare Lavori n. 4/2021.

prevalentemente attive a livello locale: “*nel territorio [del nord-Italia] le imprese attive sono di fatto solo Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi e un operatore di minori dimensioni (Vitali)*” (Itinera)³²⁹; “*le imprese attive nella manutenzione delle pavimentazioni autostradali non sono molte e [...] i principali concorrenti di Impresa Bacchi sono individuabili in Itinera, Sintexcal e, in misura minore, Vitali*” (Impresa Bacchi)³³⁰; “*È un mercato non molto concentrato in cui sono 5 o 6 gli operatori maggiori*” (Sintexcal)³³¹. Itinera ha inoltre osservato che: “*la situazione e la struttura dell’offerta è mutata dal 2016 ad oggi, risultando il settore più concentrato in ragione del fatto che numerose imprese, sia medie sia piccole, attive nell’offerta di servizi/lavori di pavimentazione autostradale hanno cessato l’attività*”³³².

207. Itinera è, in particolare, il principale operatore del settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali, sia a livello sia nazionale che nel nord-Italia³³³; Sintexcal si colloca tra i primi cinque operatori a livello nazionale e tra i primi tre nella regione Lombardia³³⁴; Impresa Bacchi è riconosciuta dalle altre due imprese come il loro principale concorrente nel territorio della regione Lombardia e del nord-Italia³³⁵.

208. In questo contesto Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi si sono dimostrate le sole in grado di soddisfare gli “*elevati*” requisiti di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019³³⁶ e di partecipare alla procedura (senza sovrapposizione delle offerte sui tre lotti a gara e con contestuale adozione del sistema di subappalti reciproci).

209. Si ritiene quindi che le evidenze agli atti siano idonee a provare che le tre imprese erano consapevoli di individuare i principali e più qualificati e diretti potenziali concorrenti nella Gara Servizi n. 1/2019; della circostanza che la concorrenza ad opera di altre imprese in sede di gara era un’ipotesi del tutto remota; nonché del fatto che, in ogni caso, le eventuali imprese terze ammesse alla procedura (anche ove raggruppate in ATI o ammesse grazie ad avvalimento) sarebbero ragionevolmente state in grado di presentare offerte significativamente meno competitive rispetto a quelle delle tre imprese.

210. L’intesa di ripartizione dei lotti a gara in esame ha quindi consentito a Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi di sterilizzare l’unica, qualificata, concorrenza possibile nella Gara Servizi n. 1/2019, ovvero quella tra le tre imprese.

211. A conferma della valutazione soggettivamente positiva delle regole di gara da parte di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - in termini di possibilità per le tre imprese di soddisfare i requisiti richiesti e partecipare alla gara - è stato inoltre acquisito in sede ispettiva uno scambio di email del 21 febbraio 2019 tra Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi sui requisiti di partecipazione e sui chiarimenti relativi alla qualificazione della Gara Servizi n. 1/2019 come gara di “servizi” (“*Vi giro la risposta di Milano Serravalle circa il quesito*

³²⁹ DOC336. E ancora: “*si tratta di un settore molto specializzato in cui operano poche imprese*” (DOC336).

³³⁰ Impresa Bacchi ha altresì precisato che “*Rispetto a Impresa Bacchi sia Itinera che Sintexcal hanno una dimensione e una capacità logistica maggiore. Vitali, pur avendo dimensioni anche maggiori rispetto a Impresa Bacchi, non aveva tuttavia i requisiti di esperienza pregressa per partecipare alla Gara n. 1/2019, [...]*” e che “*le imprese che svolgono attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali devono disporre di un particolare know how [...]*” (DOC337).

³³¹ DOC338.

³³² DOC336.

³³³ Itinera: “*Itinera è, in particolare, l’impresa di maggiori dimensioni per questo tipo di attività, sia nelle richiamate regioni sia nel contesto nazionale [...]*” (DOC336).

³³⁴ “*A livello nazionale, Sintexcal si colloca tra i primi cinque operatori [...] mentre a livello regionale in Lombardia rientra tra le prime tre imprese del settore*” (DOC35).

³³⁵ Cfr. DOC35, DOC336, DOC338 cit. Cfr. anche § 0 A. Il settore.

³³⁶ Sintexcal ricorrendo all’avvalimento di Cogeis.

sulla gara d'appalto pubblicata come Servizi/Lavori")³³⁷ da cui risulta che le risposte della stazione appaltante (circa la possibilità di soddisfare i requisiti di partecipazione anche grazie a precedenti appalti qualificati come di "lavori") erano favorevoli alle tre imprese (Itinera infatti commenta: "*Bene!*"³³⁸).

212. Lo scambio di email tra le tre imprese del 21 febbraio 2019, di cui sopra, costituisce inoltre una rilevante evidenza a supporto della concertazione delle condotte delle tre imprese nel contesto della Gara Servizi n. 1/2019. Da un lato, infatti, Sintexcal si è preoccupata di informare immediatamente della risposta al quesito pervenuta dalla stazione appaltante solo Itinera e Impresa Bacchi, e non anche le altre imprese terze poi indicate da Sintexcal nella terna di imprese subappaltate; dall'altro, il quesito posto da Sintexcal alla stazione appaltante non riguardava in ogni caso i subappalti, quanto piuttosto i requisiti di partecipazione alla gara, che interessavano quindi (in un contesto non collusivo) distintamente le tre imprese come potenziali imprese in concorrenza nella partecipazione alla procedura.

213. L'interesse di Sintexcal a informare tempestivamente le altre due imprese parti si ritiene quindi riconducibile al fatto che la risposta "positiva" della stazione appaltante confermava la possibilità di raggiungere un accordo di spartizione dei lotti a gara tra le tre imprese e la possibilità per ciascuna impresa di partecipare individualmente al lotto di competenza. È per contro di tutta evidenza che, in un contesto genuinamente concorrenziale, Sintexcal non avrebbe avuto alcun interesse a riferire immediatamente agli altri sui principali potenziali concorrenti nella Gara Servizi n. 1/2019 (Itinera e Impresa Bacchi) i chiarimenti della stazione appaltante a loro favorevoli.

214. Il giorno successivo (il 22/02/2019) Sintexcal comunicava internamente, con email avente ad oggetto "*Milano Serravalle-Milano Tangenziali Spa*" che "*Procediamo a fare la gara del LOTTO A, [...] nei prossimi giorni vi comunicherò la terna dei sub. [subappaltatori]*"³³⁹. Condotta questa perfettamente in linea con il prospettato quadro collusivo di spartizione dei lotti a gara messo in atto in sede di offerta dalle tre imprese: Sintexcal lotto A; Itinera lotto B e Impresa Bacchi lotto C.

b) Sulla funzione strumentale del subappalto rispetto all'accordo di ripartizione dei lotti a gara

215. Data l'incompatibilità tra subappalto e partecipazione alla gara dell'impresa destinataria del subappalto (per singolo lotto)³⁴⁰, ciascuna delle tre imprese, in ragione delle disponibilità al subappalto accordate alle altre due imprese e della parallela richiesta di subappalto alle medesime altre due imprese ha, di fatto: *i*) informato ciascuna delle altre due imprese della sua intenzione di non partecipare in concorrenza ai lotti ai quali queste ultime erano interessate (non parteciperò poiché mi rendo disponibile al subappalto); *ii*) contestualmente ottenuto dalle altre due imprese l'informazione relativa alla loro condotta in sede di gara con riguardo a tutti e tre i lotti a gara (ovvero, parteciperò poiché ti chiedo la disponibilità al subappalto oppure non parteciperò poiché mi rendo disponibile al subappalto).

³³⁷ DOC69, DOC92 e DOC93. Il quesito inviato da Sintexcal riguardava la qualificazione dell'appalto come "di servizi" piuttosto che come "di lavori" e alcuni chiarimenti sui requisiti economico-finanziari e tecnici richiesti. In particolare, la stazione appaltante ha chiarito che l'appalto era da considerarsi "*di servizi*" ma che "*per servizi analoghi sono da intendersi le attività di manutenzione della pavimentazione [...] anche se questi sono stati banditi come lavori*".

³³⁸ DOC104.

³³⁹ DOC40.

³⁴⁰ L'art. 105, comma 4, (nel testo in vigore dal 20 maggio 2017 al 18 aprile 2019) prevedeva che "*I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché: a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto; [...]*".

216. Ciascuna delle tre imprese ha poi partecipato solo al lotto di competenza, aggiudicandosi la relativa commessa come unico partecipante. Come già osservato, il descritto sistema di subappalti reciproci non è poi stato attivato da nessuna delle tre imprese in sede di esecuzione dell'appalto³⁴¹.

217. La comune volontà delle parti di procedere ad un perfetto – e quantomeno peculiare - sistema di subappalti reciproci ha quindi consentito, grazie alla comunicazione e al coordinamento *ex ante* della reciproca strategia di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, la piena attuazione e il consolidamento dell'accordo di spartizione dei tre lotti oggetto di affidamento.

218. Si ritiene pertanto che lo strumento del subappalto, di per sé lecito e neutro sotto il profilo *antitrust*, sia stato nel caso di specie utilizzato da Sintexal, Itinera e Impresa Bacchi in modo strumentale al coordinamento delle proprie condotte di impresa in occasione della partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, costituendo un sicuro indice dell'accordo spartitorio.

219. Quanto alle difese delle parti circa il fatto che i subappalti non impedivano in senso assoluto all'operatore subappaltato di presentare offerta nel lotto in questione (non essendo previsto dal codice dei contratti al tempo vigente un divieto di partecipazione alla gara in capo all'operatore subappaltato ma solo il divieto di poter utilizzare il subappalto in caso di indicazione di un subappaltatore che avesse, contestualmente, concorso in proprio alla gara) e, quindi, non garantivano con certezza la mancata partecipazione alla gara degli operatori subappaltati e la trasparenza *ex ante* delle condotte, si ricorda che la giurisprudenza in materia di accordi/pratiche concordate non richiede per il raggiungimento del consenso la presenza di specifici obblighi giuridici (in termini di impegni vincolanti e/o penali in caso di deviazione dall'accordo), né una veste formale, essendo sufficiente l'adozione di una qualsivoglia condotta (anche unilaterale e/o tacita per fatti concludenti) tale da ridurre l'incertezza strategica del comportamento competitivo delle imprese o da incidere anche, solo in potenza, sulla concorrenza tra le imprese³⁴².

220. Si osserva peraltro che, nel caso di specie, sia le richieste di subappalto (e quindi la comunicazione della volontà di partecipare allo specifico lotto a gara), sia le manifestazioni di consenso al subappalto (e la conseguente indicazione dell'intenzione di non partecipare allo specifico lotto a gara), sono state esplicite e hanno assunto una veste formale. Le dichiarazioni di subappalto rese alla stazione appaltante dalle imprese partecipanti alle procedure di appalto non sono, infatti, iniziative unilaterali ma presuppongono l'intervenuto consenso tra le imprese e la produzione da parte delle imprese subappaltate all'impresa subappaltante (e da questa alla stazione appaltante) della documentazione necessaria ai fini del valido deposito dell'offerta³⁴³.

221. Pur non essendo poi l'accordo di subappalto vincolante in senso "assoluto", la presentazione di un'offerta in concorrenza da parte dell'impresa subappaltata avrebbe comportato - a differenza di quanto sostenuto dalle parti - l'impossibilità per l'impresa subappaltante di fare ricorso al subappalto e quindi possibili conseguenze anche per l'impresa subappaltata sotto un profilo sia di responsabilità civile sia di rottura del rapporto fiduciario tra le imprese. Con riguardo a questo ultimo aspetto, le tre imprese hanno più volte affermato di essere storicamente legate da collaborazioni commerciali su una pluralità di gare e

³⁴¹ Cfr. in ultimo DOC372.

³⁴² Cfr. anche Consiglio di Stato, 11 luglio 2016, n. 3047 (I765 - Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte: "[...] la circostanza che i progetti via via discussi dalle parti siano o meno stati infine sottoscritti non rileva sotto il profilo antitrust posto che per accordo deve intendersi qualsivoglia incontro di volontà proveniente da una pluralità di soggetti indipendenti, che può estrinsecarsi anche nell'attuazione di fatto di una semplice lettera d'intenti, oppure ad un'acquiescenza tacita ad una proposta altrui, a prescindere dalla circostanza che abbia dato luogo ad obbligazioni giuridicamente vincolanti alla stregua di un vero e proprio contratto").

³⁴³ Cfr. anche l'art. 14.2 del disciplinare di gara ("Documento di gara unico europeo"), con richiesta in caso di ricorso al subappalto del deposito in sede di offerta anche del DGUE a firma del subappaltatore (DOC1).

commesse, passate ed in corso, che hanno consentito la creazione di un rapporto fiduciario tra le imprese³⁴⁴.

c) Sulla corrispondenza interna e tra le imprese e le altre evidenze sulle condotte delle imprese nel periodo rilevante per la definizione della strategia di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019

222. L'attività istruttoria ha consentito di acquisire ulteriori significative e solide evidenze documentali, nella forma di corrispondenza interna e tra le imprese, e indizi seri, precisi e concordanti, a testimonianza del contestato disegno spartitorio posto in essere da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi in occasione della Gara Servizi n. 1/2019.

223. Risulta, in particolare che, nel periodo rilevante intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara (11/02/2019)³⁴⁵ e il termine per il deposito delle offerte (22/03/2019) - in concomitanza con ripetuti incontri e contatti tra le tre imprese³⁴⁶ - si sia determinato il passaggio da una relazione di iniziale di potenziale concorrenza tra le imprese, a una situazione di concertazione delle condotte e cooperazione nella definizione della strategia di partecipazione alla gara.

224. È stato al riguardo reperito in sede ispettiva uno scambio di email interno a Itinera, del 14 febbraio 2019, che testimonia l'iniziale volontà della società di presentare offerta (concorrenziale) per tutti e tre i lotti a gara: all'indicazione "*Sono usciti tre bandi per le pavimentazioni da parte di Milano Serravalle. Gli importi sono tutti inferiori a 10 mio € la scadenza è ravvicinata **Scadenza 22/03/2019** inoltre **I concorrenti possono aggiudicarsi solo 1 lotto***" (enfasi in originale), la decisione dell'allora figura di riferimento di Itinera per le pavimentazioni stradali (Direttore costruzioni) è stata "Li facciamo con prezzi congrui"³⁴⁷ (sottolineato aggiunto).

225. Si tratta di una valutazione iniziale di partecipazione competitiva alla procedura successivamente mutata – tra il 15 febbraio e il 22 marzo 2019 – avendo Itinera poi presentato offerta solo per il lotto B (con contestuale disponibilità al subappalto rilasciata alle altre due imprese parti).

226. Sul punto non risulta condivisibile quanto osservato da Itinera circa il fatto che la citata email non rileverebbe in quanto si tratterebbe di una mera indicazione iniziale data dal Direttore costruzioni senza la piena contezza di tutti gli elementi della procedura e che la successiva decisione di partecipare ad uno solo dei lotti a gara sarebbe stata poi dovuta alle limitazioni di cui alle regole di gara, che "*prevedevano la possibilità di acquisire in esito alla procedura uno solo dei lotti a gara*"³⁴⁸. L'indicazione interna data dal Direttore costruzioni era infatti chiara e assertiva ("*Li facciamo con prezzi congrui*") e rispondeva a una

³⁴⁴ La scelta delle tre imprese di dichiarare nella terna delle imprese subappaltate le altre due imprese parti dipenderebbe, in particolare, dal fatto che "*si tratta di imprese serie, con cui si è più volte collaborato, e che sono pochi coloro che fanno conglomerati bituminosi in autostrada*" (Itinera, DOC120); dal "[...] *rapporto fiduciario che si è creato tra le tre imprese*" (Sintexcal, DOC338) e dalla circostanza che "*bisognava comunque scegliere soggetti in grado di svolgere il lavoro con requisiti molto stringenti. Per questo sicuramente abbiamo scelto Itinera e Sintexcal*" (Impresa Bacchi, DOC14). Cfr. anche DOC338 laddove Sintexcal osserva che "*sempre per un discorso di correttezza, Sintexcal aveva ritenuto di girare la risposta della stazione appaltante anche alle imprese Itinera e Impresa Bacchi con cui si era parlato della qualificazione della gara [Servizi n. 1/2019] e con cui si collabora abitualmente*".

³⁴⁵ Il bando è stato pubblicato in GUUE. l'11 febbraio 2019 e in GURI il 13 febbraio 2019, nonché sul sito della committente e su due testate giornalistiche nazionali.

³⁴⁶ Vi sono stati in particolare almeno tre incontri trilaterali tra figure di vertice delle tre imprese (o comunque di rilievo con riguardo alla definizione delle strategie di partecipazione alle gare per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali) in data 18/02/2019, 27/02/2019 e 15/03/2019 e numerose occasioni di contatto bilaterale tra le imprese. Cfr.

Tabella 10 – Evidenze di contatti tra le imprese nel periodo **rilevante**.

³⁴⁷ DOC176.

³⁴⁸ DOC336.

email del Direttore commerciale dell'ufficio gare di Itinera che già indicava chiaramente, sottolineato in grassetto, che ***“I concorrenti possono aggiudicarsi solo 1 lotto”***³⁴⁹.

227. Nel medesimo periodo rilevante risulta poi sintomatica del passaggio da una relazione di possibile concorrenza a una situazione di concertazione tra le imprese, la già richiamata email con cui Sintexcal, il 21 febbraio 2019, inoltra a Itinera e Impresa Bacchi (e solo a loro) i chiarimenti ricevuti dalla stazione appaltante in esito a un quesito inerente ai requisiti di partecipazione alla gara³⁵⁰ (anomala in quanto Sintexcal non avrebbe dovuto avere interesse a preoccuparsi della possibilità di partecipazione alla gara di imprese sue dirette concorrenti, se non nel contesto dell'accordo di ripartizione dei lotti a gara).

228. A conferma dell'atipico rapporto di collaborazione tra le tre imprese potenziali concorrenti nel periodo rilevante e della circostanza che le tre imprese abbiano anche discusso tra loro della Gara Servizi n. 1/2019, milita poi quanto argomentato dalla stessa Sintexcal in merito al fatto che la società avrebbe inoltrato i chiarimenti ricevuti dalla stazione appaltante *“per un discorso di correttezza, [...] anche alle imprese Itinera e Impresa Bacchi con cui si era parlato della qualificazione della gara e con cui si collabora abitualmente”* e che *“tale elemento è stato oggetto di confronto sotto il profilo tecnico con le altre imprese con cui abitualmente Sintexcal collabora”* (sottolineato aggiunto)³⁵¹.

229. Non risulta poi significativo il fatto che, come argomentato da Sintexcal³⁵², i chiarimenti siano anche pubblicati sul sito della stazione appaltante, posto che ciò che lo scambio di email testimonia è la collaborazione tra Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi nel contesto del raggiungimento di un accordo collusivo tra imprese concorrenti e non lo scambio di informazioni sensibili³⁵³.

230. Il giorno successivo alla condivisione dei chiarimenti tra Sintexcal e le altre due imprese (ovvero il 22/02/2019, in cui peraltro si è realizzato anche uno dei tre incontri tra le tre imprese) Sintexcal comunicava internamente, come visto, la partecipazione al solo lotto A. Sempre il 22/02/2019, anche il rappresentante di Impresa Bacchi risulta avere svolto delle valutazioni sulla Gara Servizi n. 1/2019, come risulta da un appunto nell'agenda di una figura di vertice della società per il medesimo giorno alle 11:00 avente ad oggetto proprio la *“Gara Serravalle”*³⁵⁴ (l'impresa ha poi presentato offerta solo per il lotto C).

231. Ancora, Impresa Bacchi risulta avere realizzato delle valutazioni in merito alla offerta da presentare nella Gara Servizi n. 1/2019 (il 21/03/19 alle 13:45 *“Serravalle Offerta”*³⁵⁵) appena dopo avere avuto un contatto con l'impresa concorrente Itinera (alle ore 13:00 sempre del 21/03/19) avente ad oggetto i *“Prezzi Itinera A7”* ed avere avuto contatti nella giornata sia con Itinera che con Sintexcal (appunto del 21/03/19

³⁴⁹ DOC176.

³⁵⁰ DOC69, DOC92 e DOC93.

³⁵¹ Cfr. § 0 F. Sulle altre evidenze in merito alle condotte nei confronti della stazione appaltante e lo scambio di informazioni in relazione alla Gara Servizi n. 1/2019.

³⁵² Cfr. § 0 F. Sulle altre evidenze in merito alle condotte nei confronti della stazione appaltante e lo scambio di informazioni in relazione alla Gara Servizi n. 1/2019.

³⁵³ Cfr. anche Consiglio di Stato, 27 giugno 2014, n. 3252 e 23 giugno 2014, n. 3168 (I722 - Logistica Int.). Si ricorda inoltre che, prima della scadenza del termine di ricezione delle offerte, i quesiti posti a chiarimento della procedura di gara vengono pubblicati in forma anonima (con solo la risposta della stazione appaltante accessibile in forma integrale), in considerazione del fatto che l'identità e il contenuto dei quesiti può comunque distorcere i meccanismi competitivi di gara rendendo accessibili delle informazioni sulle imprese interessate alla procedura e sulle loro caratteristiche. Vedi anche DOC359.

³⁵⁴ DOC16.

³⁵⁵ Impresa Bacchi ha al riguardo osservato che *“di regola il giorno prima del deposito dell'offerta per una gara [nel caso di specie il 21 marzo 2019] si svolge una riunione interna con l'ufficio tecnico in cui viene definito l'importo del ribasso definitivo di cui all'offerta economica”*, cfr. § 0 E. Sugli incontri e contatti tra le tre imprese nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte.

ore 6:00³⁵⁶). Il 22 marzo 2019, tutte e tre le imprese hanno presentato le offerte economiche poco dopo le ore 9:00 (laddove il termine ultimo per il deposito fissato per il 22 marzo 2019 alle ore 12:00)³⁵⁷.

232. Impresa Bacchi e Itinera hanno indicato che in quel periodo Itinera era interessata ad un acquisto da Impresa Bacchi di conglomerato per dei lavori su uno svincolo della A7, con riguardo alla tratta Pavia-Bereguardo³⁵⁸. Ciò non toglie che vi è comunque stato un contatto tra Itinera, Impresa Bacchi e Sintexcal (il 21/03/2021) a stretto ridosso della presentazione delle offerte economiche da parte delle imprese nella Gara Servizi n. 1/2019 (intervenuta il giorno successivo) e che l'appunto potrebbe in realtà essere anche interpretato come riferito a un confronto tra Impresa Bacchi e Itinera sull'offerta in sede di gara dell'impresa concorrente Itinera per il lotto B/tratta A7 della Gara Servizi n. 1/2019.

233. Più in generale le tre imprese hanno indicato che gli incontri e i contatti intervenuti tra le parti nel periodo rilevante erano legittimi e attinenti a procedure di gara o tematiche diverse dalla Gara Servizi n. 1/2019 (fornendo anche documentazione a supporto per quanto riguarda gli incontri del 18/02/19 e del 15/03/19) e che, in assenza di riscontri che provino il contrario, non è possibile ritenere che tali incontri e contatti abbiano avuto ad oggetto la definizione dell'accordo collusivo oggetto di contestazione e possano quindi essere utilizzati come prova dell'infrazione.

234. Non contestando le osservazioni delle parti circa il fatto che le evidenze documentali raccolte non consentono di provare che gli incontri e contatti in esame abbiano riguardato la concertazione delle condotte nella Gara n. 1/2019, si osserva al riguardo che si è trattato in ogni caso di plurimi contatti (quasi quotidiani) tra le imprese nel periodo rilevante per la definizione delle strategie di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, valorizzati dalla giurisprudenza anche solo in quanto tali - ovvero non necessariamente come contatti "qualificati" - nel contesto del complesso degli ulteriori elementi probatori acquisiti in merito alla intervenuta concertazione delle condotte³⁵⁹.

d) Sui ribassi e le offerte tecniche

235. I ribassi economici offerti da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019 – caratterizzata dalla presenza di una sola offerta per ciascuno dei tre i lotti a gara - sono risultati non troppo distanti tra loro (tra il 20% e il 26%) e, soprattutto, su livelli ampiamente inferiori rispetto ai ribassi di aggiudicazione riscontrati nelle precedenti edizioni della procedura del 2016 (tra il 42% e il 46%) e del 2013 (tra il 27% e il 43%) qualificate come di "lavori" e a cui hanno partecipato numerose imprese in concorrenza, tra cui anche le imprese parti³⁶⁰ Tabella 8.

236. Anche nella successiva Gara Lavori n. 4/2021 (che ha visto la partecipazione di più operatori per ciascuno dei lotti posti a gara e la presenza di offerte in concorrenza tra Impresa Bacchi e Sintexcal in due

³⁵⁶ DCO16.

³⁵⁷ DOC359. In occasione delle Gare 2016 le offerte erano state depositate dalle imprese partecipanti in orari (ed anche giorni) maggiormente differenziati tra loro, cfr. nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

³⁵⁸ DOC337 e DOC427. Impresa Bacchi ha anche precisato che "[...] la tratta in questione è a una distanza dall'impianto di produzione tale per cui Impresa Bacchi è ancora competitiva e l'autostrada è facilmente raggiungibile tramite viabilità esterna", DOC337.

³⁵⁹ Cfr. anche Consiglio di Stato, 27 aprile 2020, n. 2673, 2674 (1775 – Procedure di affidamento dei servizi ristoro su rete autostradale ASPI:) "Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi soggettivi, quali: la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti, l'esistenza di incontri tra le imprese, [...]".

³⁶⁰ Cfr.

Tabella 8 – Ribassi di aggiudicazione .

dei lotti a gara) i ribassi massimi offerti nei tre lotti a gara sono risultati superiori rispetto a quelli presentati dalle tre imprese nella Gara Servizi n. 1/2019: Impresa Bacchi ha infatti offerto un ribasso del 29,7% in tutti e tre i lotti a gara.

237. Si tratta anche in questo caso di evidenze che attestano il fatto che le tre imprese abbiano assunto comportamenti non competitivi nella Gara Servizi n. 1/2019 e che supportano l'accertamento della condotta di intesa contestata. Le tre imprese, infatti - grazie all'eliminazione del rischio di concorrenza reciproca nella Gara Servizi n. 1/2019 e a fronte di una concorrenza attesa ad opera di imprese terze del tutto assente o comunque limitata e poco qualificata (in ragione della indizione della gara come di "servizi" piuttosto che di "lavori") - avevano la possibilità di presentare offerte economiche meno aggressive rispetto alle precedenti (e successive) edizioni della gara, caratterizzate invece da una partecipazione competitiva e da offerte in concorrenza anche tra le medesime imprese parti.

238. A differenza di quanto osservato da Itinera e Impresa Bacchi³⁶¹ si osserva poi che la forbice dei ribassi riscontrata nella Gara Servizi n. 1/2019 (circa 6 punti percentuali) non è particolarmente ampia, anche considerato che sia nelle precedenti Gare 2016 che nella Gara lavori n. 4/2021, le offerte nel complesso pervenute sono risultate tra loro anche molto più differenziate³⁶². Per le repliche alle osservazioni delle parti in merito alla entità dei ribassi di aggiudicazione rispetto alle altre edizioni della gara si rimanda invece al successivo § VI.B.3, sugli effetti dell'intesa.

239. Un ulteriore indizio dell'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale tra le parti è poi rinvenibile nel fatto che le offerte tecniche relative alla sostituzione del conglomerato (sub-criteri 1.1. e 1.2.) presentate da Itinera e Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019 siano risultate addirittura identiche tra loro al secondo decimale. Meno palese, ma comunque sintomatica della volontà di non differenziare in misura sostanziale la propria condotta da quella delle altre due imprese nei confronti della stazione appaltante (anche considerato che i lotti a gara erano analoghi per entità e tipologia di lavori previsti), è poi la circostanza che anche le offerte tecniche di Sintexcal relative alla sostituzione del conglomerato siano risultate di entità analoga a quelle di Itinera e Impresa Bacchi³⁶³.

240. Tutte e tre le imprese hanno sostenuto che le offerte tecniche sono risultate simili tra loro in considerazione del fatto i lavori da eseguire sono standard e abbastanza ripetitivi³⁶⁴; Itinera ha anche indicato che *"è anche chiaro che nel caso di specie ci sono delle collaborazioni in corso tra Itinera e Impresa Bacchi e Sintexcal e che, anche per tale ragione, si conoscono e si riscontrano le stesse capacità produttive tra le imprese"*³⁶⁵; Itinera e Impresa Bacchi hanno, inoltre, osservato che l'offerta tecnica per la Gara Servizi n. 1/2019 relativa ai sub-criteri 1.1. e 1.2. è stata calcolata sulla base della precedente offerta tecnica presentata dall'ATI tra Itinera e Impresa Bacchi nelle Gare 2016.

³⁶¹ Cfr. § 0 C. Sui ribassi offerti.

³⁶² Cfr. DOC6 e Tabella 5- Gare Lavori n. 4/2021.

³⁶³ I criteri di valutazione in termini di mq/h di sostituzione del conglomerato - sub criterio 1.1 e 1.2 pesavano 40 dei 70 punti tecnici totali, laddove gli altri criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica non risultavano modificabili/migliorabili dalle imprese nel breve periodo in quanto relativi al possesso o meno di certificazioni (criterio 2.1.- possesso di certificazione BS OHSAS 18001 e criterio 3.1. - Possesso del rating di legalità) o relativi all'incidenza e gravità degli infortuni sul lavoro (criterio 2.2. - Indicatori di rischio/indice infortuni). Cfr. § 0 d) Sulla identità o similarità delle offerte tecniche.

³⁶⁴ Ad esempio Itinera ha indicato che *"Se si usano le stesse macchine, con le stesse caratteristiche e alla stessa velocità alla fine si ottiene una produttività standardizzata (che fa riferimento alla capacità produttiva di una squadra tipo)"*, DOC336. Cfr. anche § 0 D. Sulle offerte tecniche.

³⁶⁵ DOC336.

241. Le difese delle parti non risultano tuttavia, anche in questo caso, condivisibili. Con riguardo alla argomentazione secondo cui la similarità tra le offerte tecniche deriverebbe dall'esistenza di capacità produttive standard per squadra di lavoro, risulta infatti convincente quanto contro dedotto dalla stazione appaltante, circa il fatto che in realtà le offerte tecniche sono state quantificate da parte di tutte e tre le imprese sulla base di una composizione della squadra e dei mezzi minima, rispetto a quanto richiesto dalle regole di gara, e vi era quindi la possibilità di differenziare le offerte tecniche prevedendo una diversa organizzazione dei lavori con una più ampia composizione sia della squadra che dei mezzi³⁶⁶.

242. Si osserva in proposito che per stessa indicazione di Impresa Bacchi - su richiesta di chiarimenti degli Uffici - l'offerta tecnica di Impresa Bacchi in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 non è direttamente derivabile con mero calcolo matematico dalla precedente offerta tecnica presentata dall'ATI tra Itinera e Impresa Bacchi nelle Gare 2016, ma ha piuttosto richiesto aggiustamenti per tenere conto "*dell'andamento dei cantieri negli anni 2017-2019*" in termini di produttività, esperienza acquisita e perdite economiche³⁶⁷. Similmente anche Itinera ha affermato che le offerte tecniche dei sub criteri 1.1. e 1.2 non dipendevano solo dalla capacità produttiva delle attrezzature di fresatura e stesa posto che "*è stata attribuita rilevanza premiale alla capacità dell'operatore economico di offrire - in base alla propria organizzazione imprenditoriale, alle proprie conoscenze ed attrezzature, al numero e alla capacità dei mezzi di trasporto e alla dislocazione degli impianti che avrebbe inteso utilizzare nell'appalto - una maggior produzione media per una notte di lavoro, calcolata mq/ora*"³⁶⁸ (sottolineato aggiunto).

e) Sulle dichiarazioni di disponibilità degli impianti di produzione di conglomerato bituminoso

243. Come dettagliato in fatto, inoltre, le regole di gara prevedevano tra i "*requisiti di capacità tecnica e professionale*" anche la richiesta di disponibilità di un doppio impianto di produzione di conglomerato bituminoso da rendersi tramite apposita dichiarazione e, dalle dichiarazioni depositate, risulta che le tre imprese partecipanti - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - hanno indicato, in due casi su tre, di utilizzare oltre al proprio/propri impianto/i anche uno o più impianti delle altre due imprese partecipanti alla procedura³⁶⁹.

244. L'attività istruttoria ha tuttavia evidenziato che le dichiarazioni di disponibilità degli impianti tra le parti non erano necessarie ai fini di soddisfare i requisiti di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019³⁷⁰, né ad aumentare il punteggio tecnico attribuito dalla stazione appaltante) né, di fatto, sono risultate poi funzionali all'esecuzione dell'appalto aggiudicato.

245. A differenza di quanto osservato da Itinera³⁷¹, le dichiarazioni di disponibilità di impianti ulteriori rispetto ai due richiesti dalla stazione appaltante, non incidono sul punteggio attribuito all'offerta tecnica

³⁶⁶ Cfr. § 0 V. LE ARGOMENTAZIONI DELLA STAZIONE APPALTANTE SEGNALANTE.

³⁶⁷ DOC343.

³⁶⁸ DOC427

³⁶⁹ Cfr. § 0.

³⁷⁰ Itinera, pur disponendo di ben tre impianti propri di produzione di conglomerato ha dichiarato anche la disponibilità anche di un impianto di Impresa Bacchi e di un impianto di Sintexcal; Impresa Bacchi avrebbe potuto soddisfare le richieste della stazione appaltante indicando, oltre al proprio impianto, solo quello di Ecoasfalti (e non anche gli ulteriori impianti di Itinera e Sintexcal); Sintexcal ha invece dichiarato solo i propri due impianti ma messo a disposizione i propri impianti sia ad Itinera che a Impresa Bacchi.

³⁷¹ "*tale decisione dipende dal fatto che il punteggio di gara dipende anche dal numero di impianti, in quanto la disponibilità di più impianti offre maggiori garanzie di operatività in caso di guasto*" (DOC120) e aveva una "*imprescindibile valenza in termini di*

dell'impresa, con particolare riguardo ai sub criteri 1.1. e 1.2. Le regole di attribuzione del punteggio all'offerta tecnica non prevedevano, infatti, un requisito relativo al numero degli impianti disponibili. L'offerta tecnica relativa ai sub criteri 1.1 e 1.2 riguardava inoltre la produzione ordinaria in termini mq/h di sostituzione del conglomerato (in una notte) ad opera di una squadra tipo, in un contesto in cui, come emerso in istruttoria, un impianto (peraltro di dimensioni significative quali quelli delle parti) era tipicamente sufficiente all'offerta del servizio. La richiesta di dichiarazione di disponibilità dei due impianti di cui alle regole di gara aveva, in tal senso, una funzione di ridondanza (per il caso, ad esempio, di temporaneo disservizio dell'impianto principale)³⁷², in un contesto in cui era altresì sempre possibile acquisire forniture di conglomerato anche da impianti terzi non "dichiarati" in sede di gara³⁷³.

246. Sia Itinera che Impresa Bacchi hanno d'altronde, utilizzato solo forniture provenienti da impianti propri (laddove Impresa Bacchi disponeva di un solo impianto proprio), mentre Sintexcal - pur avendo dichiarato solo i propri due impianti - ha poi acquisito limitate forniture di conglomerato da Impresa Bacchi. Le medesime evidenze istruttorie consentono quindi anche di confutare anche quanto osservato da Impresa Bacchi circa la presunta rilevanza di indicare più di due impianti di produzione di conglomerato al fine di fare fronte a eventuali situazioni di emergenza/guasto.

247. Le dichiarazioni di disponibilità degli impianti tra le parti testimoniano quindi, di nuovo, la presenza di un anomalo rapporto di collaborazione tra le tre imprese - tra loro potenzialmente in più diretta concorrenza - nel contesto della Gara Servizi n. 1/2019 e la creazione di un ulteriore (non necessario) legame tra le medesime.

f) Sulla concertazione delle condotte nei confronti della stazione appaltante

248. A conferma del quadro collusivo sopra delineato, sono state poi acquisite in sede istruttoria alcune significative evidenze che testimoniano la concertazione tra le parti con riguardo alle condotte da tenersi nei confronti della stazione appaltante in relazione alla Gara Servizi n. 1/2019 anche successivamente alla presentazione delle offerte.

249. Di particolare interesse probatorio sono i comportamenti tenuti da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi in occasione delle verifiche di congruità delle offerte svolte dalla stazione appaltante e propedeutiche alla effettiva aggiudicazione dei lotti a gara alle tre imprese.

250. E' stata sul punto acquisita presso Sintexcal una email interna alla società del 3 giugno 2019, con oggetto "Analisi Bacchi", a cui è allagato un file Excel denominato "ANALISI_rev.03.xls" contenente una bozza dell'analisi che l'impresa concorrente Impresa Bacchi era tenuta a presentare alla stazione appaltante ai fini della giustificazione della non anomalia dell'offerta³⁷⁴, inclusiva di dati commerciali sensibili circa

contenuto dell'offerta tecnica e di attribuzione del punteggio" di cui ai "sub-criteri 1.1 e 1.2 essendo questi propri riferiti alla produzione di conglomerato bituminoso" (DOC427).

³⁷² Cfr. anche DOC420 (Impresa Bacchi: "è lo stesso capitolato che tende a richiedere la ridondanza delle attrezzature [...] di talché, anche in assenza del subappaltatore è richiesto che la società disponga, anche in eccesso, della strumentazione necessaria [...]. Come noto le imprese partecipanti dovevano dichiarare la disponibilità di un doppio impianto per la produzione di conglomerato [...] avere la disponibilità di una doppia attrezzatura di fresatura e stesa").

³⁷³ Itinera, Sintexcal e la stazione appaltante hanno infatti anche chiarito che l'acquisto di conglomerato bituminoso da terzi ai fini del soddisfacimento dell'appalto era comunque sempre possibile e nella piena disponibilità delle imprese, al di là della previa dichiarazione di disponibilità dell'impianto. DOC307, DOC308 e DOC359.

³⁷⁴ DOC83.

il dettaglio disaggregato dei costi alla base dell'offerta economica presentata nella Gara Servizi n. 1/2019 da Impresa Bacchi³⁷⁵.

251. La condivisione tra Impresa Bacchi e Sintexcal della documentazione a supporto della non anomalia dell'offerta costituisce oltretutto un elemento di anomalia in sé - data la natura sensibile delle informazioni oggetto di scambio tra concorrenti - anche una evidenza significativa a comprova della contestata concertazione tra le imprese parti del procedimento.

252. La collaborazione e il supporto reciproco tra le imprese al fine di dare adeguata risposta alla stazione appaltante nel contesto della giustificazione della non anomalia delle offerte appare, infatti, funzionale sia al mantenimento della simmetria delle condotte delle imprese nei confronti della stazione appaltante sia alla tenuta dell'esito dell'accordo collusivo.

253. In tal senso, lo scambio della documentazione tra imprese è da leggersi come propedeutico a far sì che le tre imprese non sottoponessero alla stazione appaltante giustificazioni contraddittorie o troppo difformi tra loro, data la sostanziale identità dei tre lotti a gara e la relativa vicinanza delle offerte economiche presentate. Dalla corretta giustificazione della non anomalia delle tre offerte, separatamente presentate, dipendeva inoltre l'aggiudicazione definitiva a ciascuna impresa del lotto a essa assegnato e quindi l'effettiva attuazione dell'accordo ripartitorio raggiunto, per tutte e tre le imprese³⁷⁶.

254. Sintexcal ha al riguardo rilevato che nella documentazione trasmessa dalla stazione appaltante c'erano delle incongruenze e che *"in un contesto di cortesia reciproca, gli uffici gare delle imprese hanno ritenuto di scambiarsi dei pareri al riguardo"*, sottolineando che *"lo scambio di pareri tra le imprese è avvenuto comunque in un periodo successivo al deposito delle offerte, post aggiudicazione"* e che si sarebbe trattato di *"un confronto tecnico tra le imprese partecipanti"*³⁷⁷. Impresa Bacchi ha, similmente, indicato che a fronte della presenza di un errore nella documentazione prodotta dalla stazione appaltante, la società *"si è confrontata con le altre aggiudicatrici per capire come giustificare la variazione"*³⁷⁸. Le argomentazioni delle parti risultano, tuttavia, prive di pregio poiché il confronto tra le imprese concorrenti non è stato di natura tecnica ma ha comportato lo scambio di informazioni sensibili tra concorrenti; il confronto tra le imprese non era comunque necessitato posto che era sempre possibile rivolgersi direttamente alla stazione appaltante per avere indicazioni su come, se del caso, sanare l'errore materiale in sede di giustificazione

³⁷⁵ Nel file Excel allegato alla mail è infatti, tra l'altro, riportato il dettaglio disaggregato dei costi e dei prezzi unitari alla base dell'offerta presentata dal proprio concorrente Impresa Bacchi nella Gara Servizi n. 1/2019, la denominazione dei fornitori considerati da Impresa Bacchi ai fini del calcolo, i dati di costo fisso e variabile di produzione dell'impianto di produzione del conglomerato bituminoso di Impresa Bacchi, i costi di approvvigionamento del conglomerato bituminoso da terzi (nel caso di specie quantificati da Impresa Bacchi solo e proprio con riguardo alle proprie concorrenti Itinera e Sintexcal). Cfr. anche § 0 3. Altre evidenze sulle condotte nei confronti della stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019 e di condivisione di informazioni commercialmente sensibili.

³⁷⁶ La sostanziale simmetria nelle condotte delle imprese nei confronti della stazione appaltante, anche a seguito della presentazione delle offerte (ma prima dell'aggiudicazione definitiva) è tra l'altro anche evidenziata dal fatto nelle risposte trasmesse alla stazione appaltante a giustificazione dell'offerta tutte e tre le imprese - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - abbiano indicato percentuali di spese generali e di utile di impresa uguali o comunque analoghe tra loro (10-11% per le spese generali e 3% per gli utili di impresa). Cfr. § 0 3. Altre evidenze sulle condotte nei confronti della stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019 e di condivisione di informazioni commercialmente sensibili, Tabella 11.

³⁷⁷ DOC338.

³⁷⁸ DOC337. Cfr. anche § 0 F. Sulle altre evidenze in merito alle condotte nei confronti della stazione appaltante e lo scambio di informazioni in relazione alla Gara Servizi n. 1/2019.

della non anomalia dell'offerta³⁷⁹; il sopra richiamato errore materiale interessava solo la tabella del Computo Metrico Estimativo predisposta dalla stazione appaltante e non riguardava quindi comunque (né richiedeva lo scambio di) informazioni commerciali sensibili e di dettaglio alla base dell'offerta economica di cui al file Excel "ANALISI_rev.03.xls" condiviso tra le imprese.

255. Altra vicenda che testimonia la concertazione delle condotte delle imprese nell'interazione con la stazione appaltante - in questo caso post-aggiudicazione della Gara Servizi n. 1/2019 - riguarda la quantificazione dei costi incrementali della sicurezza in ragione della sopravvenuta emergenza sanitaria da Covid-19. È stato in particolare acquisito uno scambio di email tra Sintexcal e Impresa Bacchi del 14 aprile 2020, avente ad oggetto "[...] *Serravalle tangenziale ovest lotto C: Costi sicurezza-Confronto listino oneri di sicurezza Covid19*", nel contesto del quale le imprese hanno condiviso le proprie stime in merito all'aumento dei costi per la sicurezza in ragione dell'emergenza sanitaria, "*al fine di portare avanti una politica comune con l'Ente Appaltante*" (sottolineato aggiunto)³⁸⁰. Si sottolinea che i costi per la sicurezza in esame interessano le imprese nella loro qualità di imprese aggiudicatrici - separatamente - di due dei lotti a gara e non, quindi, la loro relazione nel contesto delle dichiarazioni reciproche in materia di subappalti.

256. Anche in questo caso le giustificazioni addotte dalle imprese alla riscontrata condivisione delle informazioni e alla concertazione delle condotte nei confronti della stazione appaltante non risultano condivisibili e, semmai, confermano la prassi collaborativa tra le imprese. E' la stessa Sintexcal infatti a rilevare, di fatto, che non si trattava di un confronto "*tecnico*" considerato che hanno formato oggetto di condivisione tra le imprese variabili economiche relative ai costi ("*lo scambio di vedute tra le imprese avveniva quindi in un contesto in cui non era chiaro quali dispositivi e costi considerare e come calcolare questi costi aggiuntivi [...]*"); che l'obiettivo era quello di presentare una posizione comune alla stazione appaltante ("*Come indicato anche nelle email, le imprese cercavano di pervenire ad un ragionamento unificato nei confronti della concessionaria*"); e che si è trattato di un confronto "*tra operatori che collaborano tra loro in molti ambiti*"³⁸¹. Considerazioni analoghe valgono con riguardo a quanto sostenuto da Impresa Bacchi ("*si è posto il problema di quali costi e quali dispositivi di sicurezza individuare. [...]. Lo scambio di email riguardava quindi un confronto di vedute con Sintexcal per valutare quali misure e dispositivi di sicurezza considerare nel nuovo contesto di emergenza Covid*"³⁸²).

257. Sono, infine, stati acquisiti in sede ispettiva anche alcuni documenti (relativi a un periodo in cui la Gara Servizi n. 1/2019 era ancora in esecuzione) che confermano la presenza di una relazione tra le imprese

³⁷⁹ Milano Serravalle ha precisato come sulla piattaforma dedicata alla Gara Servizi n. 1/2019 è sempre stato disponibile, fino all'aggiudicazione definitiva delle offerte, anche un apposito sistema di messaggistica che consentiva l'interlocuzione con la stazione appaltante.

³⁸⁰ Nella seconda email (interna a Sintexcal) si legge "*Vi giro un raffronto fatto con l'Impresa Bacchi di maggiori oneri della sicurezza dovuta all'emergenza COVID-19 Il confronto è stato fatto al fine di portare avanti una politica comune con l'Ente Appaltante Non appena possibile gradirei un confronto sull'argomento*". Nella precedente email di Impresa Bacchi a Sintexcal si legge: "[...] *facendo seguito agli accordi intercorsi con [Impresa Bacchi], uniamo alla presente quanto in oggetto, confronto maggiori OS per effetto della condizione di emergenza epidemiologica Il raffronto è condotto su base settimanale, considerando il listino che ha inviato settimana u.s. e quello da noi predisposto sulla base dell'esperienza vissuta in queste prime settimane di lavoro*"; nella email è riportata una tabella in cui è indicata la stima dei maggiori oneri di sicurezza settimanali per, rispettivamente, Impresa Bacchi e Sintexcal, in qualità di appaltatori; DOC66 e DOC87. Cfr. anche § 0 3. Altre evidenze sulle condotte nei confronti della stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019 e di condivisione di informazioni commercialmente sensibili.

³⁸¹ DOC338.

³⁸² DOC337. Cfr. anche § 0 F. Sulle altre evidenze in merito alle condotte nei confronti della stazione appaltante e lo scambio di informazioni in relazione alla Gara Servizi n. 1/2019.

che appare superare il confine di una mera collaborazione e la una consuetudine allo scambio di informazioni strategiche e sensibili tra le imprese, quali quelle relative alla partecipazione o meno ad una gara futura. Ci si riferisce in particolare ad una comunicazione *whatsapp* tra Itinera e Sintexcal dell'8 aprile 2021, in cui il rappresentante di Sintexcal chiede "Ciao, [...], voi la gara di Malpensa la fate?" e quello di Itinera risponde "No Non abbiamo il fatturato"; Sintexcal replica, "Addirittura Annamo beneeee"³⁸³. La circostanza, avanzata in sede di difesa sia da Itinera che da Sintexcal³⁸⁴, relativa al fatto che in data antecedente alla pubblicazione del bando della "gara Malpensa" (indetta da SEA per la manutenzione della pavimentazione dell'aeroporto di Milano Malpensa) vi fosse stato un rapporto di fornitura di conglomerato bituminoso tra le due imprese relativo alla precedente edizione della gara non giustifica la condivisione *ex ante* tra operatori concorrenti delle proprie strategie di partecipazione ad una gara; essendo per contro sempre possibile *ex post* (una volta depositate le offerte in sede di gara e noti gli esiti) contattare l'aggiudicatario al fine di proporre una fornitura commerciale di conglomerato bituminoso³⁸⁵.

258. In replica a quanto osservato da Sintexcal circa il fatto che alcune delle evidenze sopra descritte (ci si riferisce in particolare alla email interna a Sintexcal del 3 giugno 2019 con oggetto "Analisi Bacchi", allo scambio di email tra Sintexcal e Impresa Bacchi del 14 aprile 2020 sul "[...] Confronto listino oneri di sicurezza Covid19 e agli scambi *whatsapp* tra Itinera e Sintexcal del 2021) non avrebbero rilevanza ai fini probatori, in quanto riferite ad un momento successivo rispetto alla presentazione delle offerte (e alla definizione delle strategie di gara)³⁸⁶, si osserva che si tratta in realtà di documenti rilevanti ai fini della ricostruzione delle condotte d'impresa oggetto di accertamento, come sopra già ampiamente descritto, in quanto idonei a confermare un contesto di ampia e anomala collaborazione tra le tre imprese, anche al fine di pervenire alla effettiva aggiudicazione delle commesse oggetto di spartizione nella Gara Servizi n. 1/2019 a seguito della positiva verifica delle non anomalie delle offerte da parte della stazione appaltante e/o al mantenimento anche nel corso della commessa di una condotta comune nei confronti della stazione appaltante della Gara Servizi n. 1/2019.

259. In linea con la consolidata giurisprudenza in materia³⁸⁷, si ritiene pertanto che il complesso delle evidenze esogene e endogene raccolte in sede istruttoria, sopra illustrate e analizzate, siano sufficienti a dimostrare in modo univoco l'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza contestata. Il parallelismo delle condotte con riguardo alla presentazione da parte delle tre imprese dell'offerta per uno solo dei lotti a gara, senza sovrapposizioni, assistita dal ricorso a un anomalo sistema di subappalti reciproci è infatti qualificato da una pluralità di elementi di prova, anche in termini di indizi seri, precisi e concordanti, in merito alla presenza di un coordinamento illecito delle condotte di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi nella partecipazione alla Gara n. 1/2019.

³⁸³ DOC213.

³⁸⁴ DOC423, DOC427 e DOC444.

³⁸⁵ Cfr anche Consiglio di Stato, 21 giugno 2017, nn. 3057 e 3016 (I782 - Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi presso gli arsenali di Taranto, La Spezia ed Augusta: "In un contesto probatorio caratterizzato da una pluralità di evidenze, anche di natura indiziaria, una prova esogena assume sicura rilevanza nel processo di prova di un'intesa allorquando, pur non svelando contatti tra concorrenti relativi alla specifica ipotesi di concertazione oggetto di indagine, dia comunque conto di un contesto concertativo abituale tra le parti dell'intesa oggetto di indagine").

³⁸⁶ DOC423.

³⁸⁷ Consiglio di Stato, 9 maggio 2022, n. 3570 (I808 - Gara Consip FM4) e Consiglio di Stato, 21 marzo 2019, n. 1900, 1551, 1160, 1883 (I793 - Aumento prezzi cemento)

260. Nel successivo paragrafo si dimostrerà anche l'infondatezza delle spiegazioni alternative avanzate dalle parti a giustificazione delle condotte contestate e si replicherà puntualmente alle difese addotte dalle parti in merito alla riconducibilità dei subappalti reciproci, e della presentazione dell'offerta per uno solo dei lotti a gara, a decisioni lecite e razionali d'impresa.

g) Sulle spiegazioni alternative alle condotte contestate

261. L'attività istruttoria ha consentito di accertare che le spiegazioni alternative alle condotte contestate fornite dalle parti non risultano plausibili, o anche solo attendibili, in quanto in contraddizione con gli elementi fattuali e informativi raccolti (anche presso le parti) e/o prive dei necessari elementi di logicità, concordanza e coerenza narrativa³⁸⁸.

I subappalti reciproci

262. A fronte di dichiarazioni di ciascuna impresa parte circa il fatto che la scelta di dichiarare nella terna delle imprese subappaltate proprio le altre due imprese dipenderebbe dal fatto che *“si tratta di imprese serie, con cui si è più volte collaborato, e che sono pochi coloro che fanno conglomerati bituminosi in autostrada”* (Itinera)³⁸⁹; dal *“rapporto fiduciario che si è creato tra le tre imprese”* (Sintexcal)³⁹⁰; piuttosto che dalla circostanza che *“bisognava comunque scegliere soggetti in grado di svolgere il lavoro con requisiti molto stringenti. Per questo sicuramente abbiamo scelto Itinera e Sintexcal”* (Impresa Bacchi)³⁹¹, è stato riscontrato in sede istruttoria che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi avrebbero potuto indicare nella terna dei possibili subappaltatori solo imprese terze rispetto alle parti (e non interessate a partecipare ad alcuno dei lotti a gara), come infatti avvenuto in occasione della partecipazione delle tre imprese ad altre gare nel triennio 2018-2020 (nelle Regioni Lombardia, Piemonte e Emilia Romagna)³⁹², nonché alle Gare 2016³⁹³. Le attività di fresatura e di stesa dei conglomerati bituminosi sono d'altronde ampiamente diffuse sul territorio anche nel contesto della pavimentazione e della manutenzione stradale, oltretutto autostradale.

263. Itinera ha anche osservato che l'indicazione di imprese subappaltatrici non adeguatamente qualificate avrebbe esposto la società stessa al rischio di esclusione alla luce del disposto normativo di cui all'art. 80 del codice dei contratti che, all'epoca, sanzionava con l'esclusione dalla gara l'operatore economico il cui

³⁸⁸ Cfr. anche Consiglio di Stato, 12 febbraio 2020, n. 1046, I792 - Gare ossigenoterapia e ventiloterapia (*“Le cd. spiegazioni lecite alternative alla concertazione devono essere esaminate non solo nella loro astratta plausibilità, ma nel contesto in cui sono concretamente formulate e nel confronto con la documentazione acquisita in istruttoria e con i fatti che tale documentazione attesta e cessano di risultare attendibili quando la loro plausibilità rimane tale solo alla luce di un ragionamento generale ed astratto e sia in concreto non confermata dalla documentazione acquisita in istruttoria che ne contraddice la credibilità in concreto”*).

³⁸⁹ DOC120. Itinera ha anche affermato che *“Il numero dei subappaltatori offre maggiori garanzie di riuscita in quanto più squadre danno diritto a un punteggio maggiore”*, si tratta tuttavia di una valutazione poco comprensibile posto che né l'indicazione (o meno) della terna dei subappaltatori né le prestazioni dei subappaltatori (solo eventuali), sono in realtà valutate ai fini dell'attribuzione dei punteggi tecnici.

³⁹⁰ DOC338.

³⁹¹ DOC14. Cfr. anche § 0 B. Sui subappalti.

³⁹² Cfr. nota **Errorre. Il segnalibro non è definito.** e § 0 b) Sui subappalti.

³⁹³ Nella precedente procedura di gara del 2016, sia l'ATI Itinera/Impresa Bacchi (aggiudicataria di due dei lotti a gara) sia Sintexcal (che ha partecipato a due dei lotti a gara) hanno in effetti individuato una terna di imprese terze subappaltate diverse dalle parti. La presenza di numerose imprese terze rispetto alle parti in grado di svolgere in regime di subappalto le attività di fresatura e di stesa dei conglomerati è altresì avvalorato dall'elenco dei fornitori per le attività di posa del conglomerato e fresatura acquisito presso Itinera in sede ispettiva (DOC122).

subappaltatore fosse incorso nei motivi di esclusione di cui a tali commi³⁹⁴. Al riguardo si osserva tuttavia che l'impresa subappaltata era tenuta - in base alle regole di gara (art. 14.2 del disciplinare) – alla consegna all'impresa appaltante per il suo deposito in sede di offerta del c.d. DGUE (Documento di Gara unico Europeo) che consiste proprio in una dichiarazione formale dell'operatore sul soddisfacimento dei requisiti di idoneità e sull'assenza di situazioni di esclusione di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici, a garanzia sia della stazione appaltante sia dell'impresa appaltante che partecipa in proprio alla procedura di gara. Inoltre, la disciplina di cui all'art. 105 del codice dei contratti al tempo vigente prevedeva, testualmente, la possibilità per l'affidatario di *“sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80”*³⁹⁵.

264. La stessa Itinera ha peraltro dichiarato di disporre *“di un albo fornitori (opere di fresatura e di posa di conglomerato [categoria “subappalti edifici civili e industriali”] e impianti di produzione di conglomerato) di cui fanno parte imprese che rispondono a requisiti specifici”*³⁹⁶ alla cui sezione relativa alle opere di fresatura e posa del conglomerato (oggetto di subappalto) non risultavano tuttavia iscritte proprio Sintexcal e Impresa Bacchi³⁹⁷. La società, non contestando tale dato fattuale, ha fornito al riguardo spiegazioni non conferenti circa il fatto che Sintexcal era comunque presente nell'elenco dei fornitori di Itinera per la - diversa - prestazione di fornitura di conglomerato e che Impresa Bacchi, pur non essendo presente nell'elenco dei fornitori qualificati, sovente aveva collaborato con Itinera.

265. Impresa Bacchi ha invece sostenuto che l'indicazione di Itinera e Sintexcal nella terna delle imprese subappaltate dipende anche dal fatto che la coincidenza tra subappaltatori (per le attività di fresatura e stesa del conglomerato in cantiere) e fornitori della materia prima conglomerato bituminoso rappresenta un aspetto *“marcatamente importante”* per la massimizzazione delle *performance*, specie in caso di guasto/malfunzionamento degli impianti proprie³⁹⁸, laddove Itinera e Sintexcal *“disponevano di impianti di produzione non distanti dal luogo di esecuzione dei lavori, nonché operativi in orario notturno”*, di idonea capacità/performance e in grado di fornire conglomerato bituminoso come da capitolato della Gara n. 1/2019 e di prestare la disponibilità richiesta, in caso di emergenza, con un limitatissimo preavviso³⁹⁹.

266. Si tratta tuttavia di affermazioni che non trovano riscontro nelle evidenze istruttorie, posto che, da un lato, la fornitura di conglomerato bituminoso è una prestazione ben distinta dalle attività oggetto dei subappalti reciproci, che riguardano solo la fresatura (rimozione del precedente strato di asfalto con macchine fresatrici) e la stesa del conglomerato (il conglomerato bituminoso trasportato in cantiere con i camion con bilico viene riversato nelle macchine finitrici per la stesa del nuovo strato di asfalto); dall'altro, che in caso di guasto di uno degli impianti propri è sempre possibile, oltretutto economicamente razionale e tecnicamente efficiente, acquisire da impianti di soggetti terzi (indicati in sede di gara nella apposita

³⁹⁴ DOC427 e DOC444.

³⁹⁵ Si vedano in particolare l'art. 105, comma 7, del codice dei contratti al tempo vigente. (*“L'affidatario deposita il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmette altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 [...]”*) e comma 12 (*“L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80”*).

³⁹⁶ DOC120.

³⁹⁷ DOC122.

³⁹⁸ DOC14.

³⁹⁹ DOC420, DOC444.

dichiarazione di disponibilità degli impianti⁴⁰⁰ o di ulteriori terzi fornitori) esclusivamente la fornitura della materia prima conglomerato⁴⁰¹, come è peraltro prassi nel settore⁴⁰². Sintexcal ha ad esempio proceduto a realizzare alcuni limitati acquisti di conglomerato bituminoso da Impresa Bacchi nel contesto della esecuzione dei lavori di cui alla Gara Servizi n. 1/2019⁴⁰³, senza certamente procedere alla contestuale (onerosa) acquisizione degli ulteriori, ben distinti e non necessari, servizi di fresatura e stesa del conglomerato.

267. Con riferimento al dato di fatto che nessuna delle tre imprese - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi – ha poi avuto la necessità di attivare, in fase di esecuzione dell'appalto, i subappalti concordati con le altre imprese parti in sede di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019⁴⁰⁴, le tre imprese hanno indicato che tale circostanza non è da considerarsi come una anomalia posto che l'indicazione dei subappaltatori è stata effettuata in una prospettiva prudenziale, per l'ipotesi di situazioni imprevedute o di emergenza, e che l'effettiva attivazione dei subappalti tra le tre imprese era, nel caso di specie, da considerarsi un'ipotesi eccezionale e meramente eventuale⁴⁰⁵ considerata sia l'esperienza e la capacità logistica delle tre imprese (come anche dichiarata in sede difensiva⁴⁰⁶ e/o nelle relazioni a supporto della non anomalia delle offerte presentate in sede di gara)⁴⁰⁷, sia la circostanza che le regole di gara richiedevano una ridondanza nella capacità produttiva (diponibilità di una doppia attrezzatura di fresatura e di stesa)⁴⁰⁸.

⁴⁰⁰ Si ricorda che Impresa Bacchi ha dichiarato la diponibilità 6 di impianti per l'esecuzione dell'affidamento di cui alla Gara Servizi n. 1/2019 (1 proprio, 1 di Ecoasfalti, 3 di Itinera e 2 di Sintexcal), cfr. §0 Le dichiarazioni di disponibilità degli impianti.

⁴⁰¹ Itinera, Sintexcal e la stazione appaltante hanno infatti chiarito che l'acquisto di conglomerato bituminoso da terzi ai fini del soddisfacimento dell'appalto era comunque sempre possibile e nella piena disponibilità delle imprese, anche al di là della previa dichiarazione di disponibilità dell'impianto, e non rientra nelle prestazioni oggetto di subappalto. Sintexcal ha in particolare precisato che *“chi fornisce il conglomerato è un “fornitore” e non un subappaltatore, con la conseguenza che la Società non è vincolata ad utilizzare gli impianti che sono indicati al momento dell’offerta, ma potrà rifornirsi anche da altri operatori, ferma restando la necessità che questi ultimi dispongano dei requisiti richiesti dal bando (i.e. certificazione tecnica come impianti industriale e come ricetta di produzione)”* (DOC307); Itinera che *“La fornitura non è subappalto [...]”* (DOC308); per le dichiarazioni della stazione appaltante vedi DOC359. Si precisa altresì che la stazione appaltante ha chiarito come – a differenza di quanto argomentato da Sintexcal (DOC423) - non fosse in alcun caso richiesta una autorizzazione e/o qualificazione ex ante degli impianti e/o del conglomerato bituminoso di terzi, se del caso, utilizzati dall'affidatario in corso d'opera, essendo sufficiente che i materiali utilizzati siano conformi alle specifiche di cui al capitolato speciale (DOC359).

⁴⁰² Cfr. § 0 A. Il settore. Ad esempio Itinera ha indicato che *“la procedura interna prevede il ricorso all’ufficio acquisti e, in funzione delle necessità produttive, si procede all’acquisizione di forniture di conglomerato da impianti di terzi. [...] i lavori di manutenzione delle pavimentazioni autostradali sulla autostrada A7 (oggetto della Gara servizi n. 1/2019 di cui al procedimento 1845), così come quelli relativi all’autostrada A4 Milano-Torino e alla A33 Asti Cuneo, sono svolti facendo ricorso solo a impianti di proprietà. Per le altre tratte (infragruppo e non) vi può essere anche il ricorso a forniture di conglomerato da impianti di terzi. Ciò avviene in particolare per le aree di Piacenza e Parma”* (DOC336).

⁴⁰³ DOC35 (Sintexcal: *“In maniera marginale Sintexcal ha acquistato conglomerato da Bacchi”*). Vd. anche DOC423.

⁴⁰⁴ Cfr. in ultimo DOC372 e § 0 b) Sui subappalti.

⁴⁰⁵ Cfr. § 0 B. Sui subappalti.

⁴⁰⁶ Cfr. § 0 B. Sui subappalti. Sintexcal ha in particolare dichiarato che *“Sintexcal disponeva al momento dell’offerte (e dispone tutt’oggi) di tutte le attrezzature e l’esperienza per eseguire le attività subappaltate in prima persona”* e che l'effettivo ricorso al subappalto è *“un’eccezione”* funzionale ad acquisire quelle attività che fuoriescono da quelle della società (ad esempio il trasporto, il servizio di guardiana e la segnaletica) o dovuta all'impegno della società e dei suoi impianti su un numero consistente di cantieri (DOC423). Impresa Bacchi che *“il coinvolgimento del subappaltatore è meramente eventuale”*, dato che la società *“può contare sulle proprie risorse tecniche che sono ampiamente idonee ad assicurare lo svolgimento regolare di lavori di manutenzione [...]”* (DOC420).

⁴⁰⁷ DOC129, DOC312 (Sintexcal: *“Le maestranze a disposizione consentono di eseguire i lavori minimizzando le attività assegnate in subappalto [...]”*); DOC311. Vd. anche DOC6, con particolare riguardo alle relazioni tecniche a supporto delle offerte.

⁴⁰⁸ Cfr. anche le dichiarazioni di Impresa Bacchi: *“è lo stesso capitolato che tende a richiedere la ridondanza delle attrezzature [...] di talché, anche in assenza del subappaltatore è richiesto che la società disponga, anche in eccesso, della strumentazione necessaria [...] Come noto le imprese partecipanti dovevano dichiarare la disponibilità di un doppio impianto per la produzione di*

268. Si evidenzia tuttavia al riguardo che la decisione di ciascuna impresa di rendersi disponibile al subappalto nei confronti delle altre due imprese per due dei lotti a gara (la cui attivazione era solo ipotetica e, nel caso di specie, come visto, prevedibilmente assai remota) aveva un significativo costo opportunità implicito per l'impresa, ossia quello di impegnarsi a non presentare offerta per gli altri due lotti a gara e di avere quindi una minore possibilità (in un contesto concorrenziale) di riuscire ad aggiudicarsi uno dei lotti a gara.

269. L'accordo collusivo di spartizione dei lotti a gara raggiunto anche grazie al sistema dei subappalti reciproci, consentiva di compensare tale costo opportunità in ragione dell'impegno anche "formale" di ciascuna impresa a non presentare offerte in concorrenza con quelle delle altre due imprese, in un contesto in cui, come sopra già argomentato, il rischio di una concorrenza qualificata ad opera di imprese terze rispetto alle parti era remoto se non del tutto assente. In tale senso, il sistema di subappalti reciproci ha anche favorito la stabilità dell'accordo e ridotto il rischio di deviazioni, dato l'impegno sostanziale di ciascuna impresa a non fare offerte per gli altri lotti. Come visto, ciascuna impresa ha poi, in fatto, rispettato l'accordo collusivo presentando offerta solo per il lotto di competenza (in assenza di concorrenza) e i subappalti reciproci – mai attivati – hanno esercitato la loro funzione strumentale all'accordo e propedeutica anche ad evitare possibili deviazioni dallo stesso.

270. La disponibilità al subappalto da parte di un'impresa interessata a partecipare alla gara, era quindi una scelta palesemente irrazionale: a fronte di un guadagno atteso dai subappalti (meramente eventuale e di importo limitato), in un contesto genuinamente concorrenziale si aumentava esponenzialmente il rischio per l'impresa di non aggiudicarsi nessuno dei lotti a gara⁴⁰⁹.

271. La presenza del suddetto costo opportunità e la circostanza che un agire competitivo avrebbe comportato la presentazione di una offerta da parte delle imprese per più di un lotto a gara è poi d'altronde confermata – in termini di controfattuali – dalle condotte assunte dalle parti in occasione sia dell'ultima procedura di gara indetta da Milano Serravalle per il riaffidamento dei servizi di manutenzione ordinaria delle tratte in concessione (Gara Lavori n. 4/2021) sia delle precedenti Gare 2016 e Gare 2013. Nella Gara Lavori n. 4/2021 Impresa Bacchi ha, infatti, presentato offerta per tutti e tre i lotti a gara e Sintexcal per due dei tre lotti a base di gara; nelle Gare 2016 sia Sintexcal che l'ATI Itinera/Impresa Bacchi avevano presentato offerta per più di un lotto a gara e nelle Gare 2013 Itinera e Impresa Bacchi avevano presentato offerta individuale (in concorrenza tra loro) per tutti e tre i lotti a gara⁴¹⁰.

272. Si tratta d'altronde di commesse che erano considerate importanti per le imprese parti in ragione sia dell'importo a base di gara, sia del fatto si tratta di una stazione appaltante che realizza appalti ripetuti nel tempo⁴¹¹, come anche testimoniato dalla partecipazione delle tre imprese alle varie edizioni della gara, appena sopra richiamato (con la unica eccezione per Itinera della ultima Gara Lavori n. 4/2021, bandita successivamente e in pendenza del presente procedimento istruttorio).

conglomerato [...] avere la disponibilità di una doppia attrezzatura di fresatura e stesa", immediatamente usufruibili in caso di necessità (DOC420).

⁴⁰⁹ Le argomentazioni ora sviluppate valgono quindi anche a confutare quanto argomentato da Itinera circa il fatto che la società avrebbe dato la sua disponibilità al subappalto a Sintexcal e a Impresa Bacchi poiché, "nel caso in cui non fosse risultata aggiudicatrice del Lotto B avrebbe almeno avuto la possibilità di lavorare sugli altri due lotti in qualità di subappaltatore" (DOC427).

⁴¹⁰ Cfr. § 0 a) Sulla partecipazione ad uno solo dei lotti a gara e sugli impianti di produzione del conglomerato.

⁴¹¹ Per Sintexcal vedi anche DOC338.

273. Il descritto sistema di subappalti reciproci proprio tra le imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, tutte partecipanti alla Gara Servizi n. 1/2019 (ciascuna ad un lotto distinto) - piuttosto che solo ad imprese terze non interessate a partecipare alla procedura - risulta poi poco convincente anche sotto un profilo di efficienza. Posto che si trattava di appalti paralleli da realizzarsi nel medesimo arco temporale e con cantieri anche temporalmente sovrapposti, ciascuna impresa, dando la propria disponibilità al subappalto su due dei lotti a gara alle altre due imprese, ha in potenza (nella denegata ipotesi di effettiva attivazione dei subappalti, poi mai intervenuta) ridotto la propria capacità produttiva per poter riuscire a soddisfare in autonomia l'appalto sul "proprio" lotto. Si tratta, peraltro, di subappalti reciproci che, se attivati contestualmente, tenderebbero ad elidersi a vicenda. Al riguardo si evidenzia che lo stesso vincolo di aggiudicazione di uno solo lotto dei tre a gara era stato previsto dalla stazione appaltante proprio in considerazione del fatto che *"il periodo di esecuzione delle attività manutentive può essere il medesimo per ogni lotto funzionale, con possibile coincidenza temporale"*⁴¹².

274. In merito a quanto sostenuto dalle tre imprese circa il fatto che non è da considerarsi un'anomalia la circostanza che i subappalti possano anche non essere attivati - come nel caso dei subappalti reciproci tra le tre imprese nella Gara Servizi n. 1/2019 - si osserva quindi conclusivamente che ciò che risulta anomalo nel caso in esame non è, solo e tanto, la mancata attivazione dei subappalti concordati con le altre due imprese parti, quanto la circostanza che tale dato fattuale ulteriormente conferma come la scelta di procedere al descritto sistema dei subappalti reciproci, per le ragioni sopra esposte, non era né necessitata né rispondente alle logiche e dinamiche di un mercato concorrenziale, né efficiente .

La presentazione dell'offerta per uno solo dei lotti a gara e senza sovrapposizioni

275. Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi hanno inoltre sviluppato una serie di argomentazioni a giustificazione della scelta delle tre imprese di presentare offerta per uno solo dei lotti a gara, senza sovrapposizioni.

276. Le tre imprese hanno in particolare sostenuto che la decisione di partecipare unicamente allo specifico lotto a gara prescelto (lotto A per Sintexcal, lotto B per Itinera e lotto C per Impresa Bacchi) è dovuta a ragioni di convenienza economica e vantaggio logistico - in termini di vicinanza degli impianti di produzione di conglomerato bituminoso al luogo di esecuzione del servizio - tali per cui le tre imprese avrebbero ciascuna autonomamente deciso di presentare offerta (senza sovrapposizioni) solo per lo specifico lotto per il quale si trovavano nella condizione più favorevole⁴¹³.

277. Le argomentazioni delle tre imprese non trovano, tuttavia, conferma nelle evidenze acquisite agli atti e non risultano coerenti con i comportamenti concreti tenuti dalle medesime imprese nel settore.

278. In primo luogo, e in termini generali, l'attività istruttoria ha evidenziato che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi non limitavano e non limitano la propria area di operatività e di partecipazione concorrenziale alle gare ai territori strettamente limitrofi ai propri impianti di produzione di conglomerato

⁴¹² Nel disciplinare di gara era al riguardo indicato che *"Considerato che il periodo di esecuzione delle attività manutentive può essere il medesimo per ogni lotto funzionale, con possibile coincidenza temporale, si evidenzia che il numero massimo di lotti che Milano Serravalle aggiudicherà al medesimo operatore economico è 1"*, DOC1. Vd. anche DOC 8, laddove la stazione appaltante ha precisato, con riguardo al limite di aggiudicazione di un solo lotto, che questo ha il vantaggio di *"evitare che l'impresa non riesca a rispettare i tempi di intervento imposti dal capitolato e/o dalla offerte presentate in sede di gara in casi di interventi simultanei su più tratte; laddove l'aggiudicatario infatti è il medesimo su tratte diverse e la Stazione Appaltante richiede interventi manutentivi contestuali le imprese hanno mostrato in passato difficoltà a rendere la prestazione"*.

⁴¹³ Cfr. § 0 A. Sulla presentazione dell'offerta per uno solo dei lotti a gara e sugli impianti per la produzione di conglomerato bituminoso.

bituminoso (ad una distanza massima di 80 km, che individua l'ipotesi più restrittiva di operatività sostenuta da Itinera e Sintexcal).

279. Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi risultano infatti operare efficacemente su un territorio che ricomprende più regioni del nord-Italia⁴¹⁴. Itinera è una delle principali imprese del settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali ed opera, come dalla stessa anche affermato, su un territorio multiregionale (Lombardia Piemonte, Liguria e Emilia Romagna, quest'ultima limitatamente alle province di Parma e Piacenza)⁴¹⁵. Anche Sintexcal è uno dei principali operatori nazionali del settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali e ha indicato che l'operatività della società è estesa al territorio delle regioni Piemonte, Lombardia, Emilia-Romagna, Marche e Lazio⁴¹⁶. Quanto infine a Impresa Bacchi, la società ha osservato che l'area di attività dell'impresa interessa le regioni Piemonte, Lombardia e Emilia-Romagna⁴¹⁷.

280. La circostanza che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi siano tutte attive, storicamente e efficacemente, in un territorio ampio che comprende anche le regioni Lombardia e Piemonte - interessato dalle tratte in concessione a Milano Serravalle oggetto della Gara Servizi n. 1/2019 - è confermato anche dalle informazioni trasmesse dalle tre imprese sulla partecipazione alle gare per i lavori/servizi di manutenzione delle pavimentazioni autostradali nel triennio 2018-2020 (nelle Regioni Lombardia, Piemonte e Emilia Romagna), da cui risulta che tutte e tre le società hanno partecipato e si sono aggiudicate numerose e/o importanti gare (sia in forma individuale sia in ATI, anche con imprese terze rispetto alle parti) per la manutenzione di estese tratte autostradali, certamente non solo limitrofe ai propri impianti di produzione di conglomerato bituminoso⁴¹⁸.

281. L'attività istruttoria ha d'altronde anche evidenziato che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi avevano e hanno anche la possibilità - come è prassi del settore - di acquisire forniture di conglomerato bituminoso da imprese terze, così come di avvalersi anche di impianti di produzione di conglomerato bituminoso di imprese terze, ad eventuale completamento della propria offerta e al fine di ampliare la propria area di operatività al di là dello stretto raggio di capacità tecnica dei propri impianti.

282. La circostanza che le società operino abitualmente su territori estesi, anche avvalendosi di forniture di conglomerato da imprese terze, è stato confermato dalle stesse parti anche in occasione delle memorie difensive. Itinera ha indicato che **“è vero che la società opera su un territorio multiregionale, che comprende la Lombardia, il Piemonte, la Liguria e l'Emilia-Romagna [...], ma è anche vero che, con**

⁴¹⁴ Cfr. § 0 L'area geografica di operatività delle tre imprese e le evidenze relative alla partecipazione ad altre gare.

⁴¹⁵ Cfr. § 0 A. Il settore. Cfr. anche DOC129 (nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara Servizi n. 1/2019 Itinera ha sostenuto che *“La società esegue tutt'ora così come in passato interventi di tipologia analoga a quelli previsti in appalto sulla rete autostradale comparto nord Italia (A4 - A5 - A6 - A7 - A8 - A9 - A10 - A12 - A21 - A32 - A33 - A35)”*).

⁴¹⁶ Cfr. § 0 A. Il settore. Cfr. DOC312 (Sintexcal ha dichiarato nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara Servizi n. 1/2019, che *“Sintexcal si occupa di progettare, produrre, testare e costruire infrastrutture stradali in buona parte del territorio italiano [...] può contare su una rete capillare di siti produttivi [...] dispone di un ampio parco macchine”* e che *“controlla direttamente o tramite proprie controllate 11 impianti di produzione siti in Piemonte [3 impianti], Lombardia [2 impianti], Emilia Romagna [2 impianti], Marche [2 impianti] e Lazio [12 impianti]*).

⁴¹⁷ Cfr. § 0 A. Il settore. Cfr. anche DOC311 (Impresa Bacchi ha affermato nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara servizi n. 1/2019, che *“L'impresa è attualmente leader nel settore delle costruzioni infrastrutturali stradali, aeroportuali e ferroviarie”,* ricopre una *“posizione di rilievo nel contesto attuale del mercato nazionale”* e *“possiede una vasta attrezzatura e vanta un parco macchine di proprietà [...] che le consente di operare in modo autonomo in tutti i cantieri. Impresa Bacchi ha eseguito interventi di tipologia analoga a quelli previsti in appalto sulla rete autostradale comparto nord Italia (A1-A4-A7-A8-A9-A50-A50-A52)”*).

⁴¹⁸ DOC308 (Itinera), DOC307 e DOC323 (Sintexcal), DOC306 e DOC311 (Impresa Bacchi).

*riferimento a talune tratte autostradali – come quelle appunto che si trovano ad una distanza di circa 70/80 km dai suoi impianti [...] – i lavori di manutenzione delle pavimentazioni risultano assolutamente **più convenienti**, [...] rispetto a tratte più distanti e consentono, conseguentemente, alla società la **presentazione di un’offerta maggiormente competitiva**” (sottolineato in originale, enfasi aggiunta)⁴¹⁹. Sintexcal che “**se è vero che la fornitura di conglomerato da terzi costituisce la regola all’interno di quelle tratte che non permetterebbero la fornitura del materiale da parte di un solo impianto** [...] ove Sintexcal partecipa generalmente in RTI/ATI con altri operatori, nei casi in cui la Società dispone di impianti di proprietà che si pongono a distanza utile dalla tratta e che sono in grado di soddisfare autonomamente il fabbisogno di conglomerato, **Sintexcal non ha interesse a partecipare alla gara rifornendosi di materiale da parte di altri soggetti**” (sottolineato in originale, enfasi aggiunta)⁴²⁰.*

283. A differenza di quanto sostenuto dalle parti è stata poi riscontrata la presenza di numerosi e adeguati impianti di terzi di produzione di conglomerato bituminoso anche nel territorio interessato dalla Gara Servizi n. 1/2019⁴²¹, se del caso utilizzabili dalle parti a completamento della propria offerta. Circostanza questa d’altronde, di fatto, suffragata anche da Sintexcal nelle proprie memorie difensive, laddove numerosi impianti di produzione di conglomerato bituminoso localizzati nel territorio interessato dalla Gara Servizi n. 1/2019 non sono stati considerati fruibili dalla società non per ragioni tecniche, quanto piuttosto per motivi di “gradimento” legati ai “*rapporti commerciali pregressi con la Società titolare dell’impianto*” o indimostrate (“*comunque non avevano fornito disponibilità per la fornitura o che sono solite richiedere una contropartita eccessivamente onerosa*”) oppure ancora perché si tratta di impianti con un’area di operatività pressoché sovrapponibile a quella di Sintexcal (ma comunque idonei e utilizzabili se del caso dalle altre imprese parti)⁴²².

284. Da quanto sopra risulta quindi che la localizzazione degli impianti produttivi rispetto ai lotti a gara non rappresenta un vincolo assoluto nel contesto della decisione di partecipare ad una gara ed è, anzi, prassi nel settore fare ricorso anche a impianti/forniture di conglomerato da terzi a completamento dell’offerta (considerata anche la notevole estensione delle tratte autostradali che tipicamente formano oggetto di appalto).

285. Le evidenze istruttorie hanno, ad ogni modo, consentito di appurare che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi si trovavano nella condizione di partecipare a più di un lotto della Gara Servizi n. 1/2019 anche solo avvalendosi di impianti propri, di tal che - in assenza dell’accordo collusivo contestato - vi sarebbe stato per le stesse l’elevato rischio di almeno due offerte sovrapposte e in concorrenza per ogni lotto a gara.

⁴¹⁹ DOC427 e DOC444. Itinera ha anche osservato che l’indicazione nelle gare ASPI 2018 e 2017 (cui Itinera ha partecipato in ATI con Sintexcal e Impresa Bacchi) “*anche di numerosi impianti di produzione di conglomerato di terzi*” è da ricondursi alla “*considerevole estensione chilometrica delle tratte autostradali interessate dai lavori, e della specifica disciplina di lex specialis, che premiava significativamente la vicinitas degli impianti alla sede di esecuzione delle opere [...] ed era dunque strettamente funzionale ad incrementare le chance di aggiudicazione della commessa*” e che “*i maggiori costi legati al ricorso alla fornitura di impianti di produzione di terzi trovavano adeguata copertura in una base di gara assai capiente [...]*”, DOC427.

⁴²⁰ DOC423. Con riguardo alla gara ASPI del tronco A7 Pescara Sintexcal ha anche osservato che, “*trattandosi di un’autostrada che attraversa Emilia Romagna, Marche, Abruzzo, Molise e Puglia era necessario indicare [nelle dichiarazioni relative agli impianti depositate in sede di gara] impianti [di terzi] che fossero il più dislocati possibile lungo la tratta oggetto dell’appalto*” (DOC423).

⁴²¹ Cfr. § 0La presenza di impianti di terzi di cui le parti si sarebbero potute avvalere.

⁴²² In particolare 4 impianti sarebbero fuori zona; 3 inidonei e 10 idonei ma dichiarati da Sintexcal come comunque non adeguati per rapporti pregressi e/o altri motivi commerciali, e 6 opererebbero in un’area analoga a quella degli impianti propri di Sintexcal (DOC423).

286. In particolare, dal complesso degli elementi in fatto raccolti è risultato che il tempo massimo intercorrente tra la produzione e la stesa del conglomerato bituminoso può essere ragionevolmente individuato tra 1 ora e mezza e 2 ore e la corrispondente distanza di trasporto massima del conglomerato bituminoso nell'ordine di almeno di 90 km⁴²³ (laddove la distanza massima di 80 km individua l'ipotesi più restrittiva sostenuta dalle parti).

287. In questo contesto, l'analisi delle distanze massime delle tratte autostradali oggetto dei tre lotti a gara rispetto agli impianti di produzione di conglomerato bituminoso nella disponibilità di Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi⁴²⁴ (come indicati nelle dichiarazioni di disponibilità depositate in sede di offerta nella Gara Servizi n. 1/2019⁴²⁵) evidenzia che:

- tutte e tre le imprese disponevano di almeno un impianto proprio a distanze massime inferiori a 90 km (ed anche inferiori a 80 km) dalle tratte A50 e A51/A52 e avrebbero, pertanto, potuto presentare offerte in concorrenza per i lotti A e C della Gara Servizi n. 1/2019; Itinera disponeva inoltre di ulteriori due impianti (a Tortona) a una distanza di circa 90 km (86 km) dalla tratta A50 (lotto A);
- quanto alla tratta A7 (lotto B): *i*) Itinera disponeva di impianti propri a una distanza inferiore a 90 km (ed anche inferiore a 80 km) rispetto all'intera tratta autostradale; *ii*) l'impianto di Impresa Bacchi era a una distanza di soli 75 km avuto riguardo alla più ampia porzione del tracciato dell'autostrada A7 (tra Milano e Tortona) e inferiore a 90 km anche avuto riguardo alla limitata porzione di rete della A7 a sud di Tortona⁴²⁶.

288. Le tre imprese avrebbero quindi potuto presentare offerte competitive e in concorrenza tra loro per almeno due dei lotti a gara anche utilizzando solo impianti propri. Vi sarebbero in particolare potute essere tre offerte per i lotti A (A50) e C (A51/A52) da parte di Itinera, Sintexcal e Impresa e Bacchi e due offerte per il lotto B (A7) da parte di Itinera e Impresa Bacchi⁴²⁷.

289. La stessa presenza dell'asserito significativo "vantaggio logistico" di ciascuna impresa per uno solo dei lotti a gara, senza sovrapposizioni – che giustificerebbe la decisione unilaterale di ciascuna impresa presentare offerta per il singolo e specifico lotto preferito – non è in realtà suffragata dai dati raccolti in sede istruttoria.

290. In particolare, Impresa Bacchi e Sintexcal disponevano entrambe di impianti propri molto vicini sia alla tratta A50 che alla tratta A51/52 (a distanze inferiori o uguali a 45 km) e avrebbero quindi certamente – anche secondo i canoni restrittivi sostenuti dalle parti – potuto presentare offerte parimenti competitive

⁴²³ Cfr. § 0 A. Il settore.

⁴²⁴ Cfr.

Figura 1 e

Tabella 6 – distanza degli impianti delle parti dalle tratte **autostradali**.

⁴²⁵ Cfr.

Tabella 7 – dichiarazioni di disponibilità impianti di produzione di conglomerato nella Gara Servizi n. 1/2019.

⁴²⁶ Gli impianti di Sintexcal erano invece posizionati ad una distanza massima di 120 Km rispetto al punto più distante della tratta A7 (Serravalle Scrivia).

⁴²⁷ In merito a quanto osservato da Sintexcal circa il fatto che la partecipazione al Lotto B della gara non sarebbe risultata fattibile (DOC427), si rileva che la distanza massima degli impianti di Sintexcal rispetto a tale tratta è di 120 Km e pertanto (assumendo la trasportabilità del conglomerato fino ad almeno 90 km di distanza dall'impianto) l'eventuale fornitura di conglomerato da imprese terze non sarebbe comunque stata maggioritaria. Considerazioni analoghe valgono per Itinera con riguardo alla tratta A51/A52 e agli impianti della società localizzati a Tortona.

sui entrambi i lotti. Non considerando l'impianto di Itinera di Arluno (localizzato in provincia di Milano e che, come si vedrà oltre, Itinera sostiene non fosse in realtà utilizzabile per la Gara Servizi n. 1/2019) anche l'asserito vantaggio logistico di Itinera su Impresa Bacchi per la tratta A7 si riduce significativamente (la distanza massima degli impianti dalla tratta è di 70 km per Itinera e 90 km per Impresa Bacchi).

291. E' poi evidente una certa contraddittorietà nelle argomentazioni delle parti, riscontrabile anche nel fatto che, da un alto, le tre imprese sostengono che in ragione della localizzazione dei propri impianti ciascuna di esse poteva operare efficacemente solo su uno specifico lotto (senza sovrapposizioni) e, dall'altro, nelle dichiarazioni di disponibilità degli impianti, Impresa Bacchi e Itinera, hanno indicato come funzionali allo svolgimento del servizio (e quindi a distanza idonee) anche gli impianti delle altre due imprese. Impresa Bacchi ha al riguardo anche precisato che *"l'autostrada Milano - Genova [A7] arriva fino all'ingresso della tangenziale ovest di Milano [A50] e che in eventuali situazioni di emergenza ci si sarebbe quindi potuti avvalere [per l'esecuzione dei lavori relativi al Lotto C/tratta A50 della Gara Servizi n. 1/2019 partecipato da Impresa Bacchi] anche degli impianti di Itinera localizzati a Tortona [in prossimità della A7], nonché di quelli di Sintexcal [in provincia di Milano e Biella] (anch'essi indicati nell'offerta tecnica)"*⁴²⁸.

292. Ancora, la possibilità per Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi di presentare offerte competitive per più di un lotto a gara in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 e la circostanza che il vantaggio logistico non fosse strettamente connesso al singolo lotto sono - in termini controfattuali - ulteriormente confermate dalle già richiamate condotte tenute dalle parti in occasione della partecipazione alla Gara Lavori n. 4/2021, nonché nelle Gare 2016 e 2013 (con analoghe basi d'asta e per le medesime tratte autostradali).

293. Nella Gara Lavori n. 4/2021, infatti, Impresa Bacchi ha presentato offerta per tutte e tre le tratte a gara (senza peraltro differenziare l'entità del ribasso offerto tra i diversi lotti e ottenendo il medesimo punteggio tecnico su tutti i lotti) e Sintexcal per le tratte A50 e A51/52 (differenziando in ribasso di circa 3 punti percentuali e ottenendo il medesimo punteggio tecnico su entrambi i lotti), a testimonianza della possibilità, sotto il profilo tecnico e economico, di presentare offerte competitive e in concorrenza tra loro per più lotti a gara (Intera non ha invece ritento di partecipare alla nuova edizione della gara). In senso analogo, nelle Gare 2016 l'ATI Itinera/Impresa Bacchi e Sintexcal avevano presentato offerta sia per la tratta A50 che per la tratta A51/A52⁴²⁹; la tratta A7 era stata aggiudicata da Interstrade, successivamente acquisita da Itinera. Nelle Gare Lavori del 2013 Itinera e Impresa Bacchi avevano presentato offerta (individualmente) per tutti e tre i lotti a gara.

294. In occasione delle memorie finali, Itinera ha indicato che a seguito di alcuni sopralluoghi effettuati a gennaio 2019 era stato proposto dalla propria Direzione tecnica, sentito anche il Direttore costruzioni, *"lo smontaggio/vendita entro l'anno 2019"* dell'impianto di Arluno (localizzato a meno di 90 km sia dalla tratta A50 che dalla tratta A51/A52); che tale impianto nel febbraio 2019 (mese di pubblicazione del bando della Gara Servizi n. 1/2019) era fermo e bisognoso di *"manutenzione di mantenimento"*; e che l'impianto è poi stato ceduto nel maggio 2020. La società quindi, *"pur avendo indicato l'impianto di Arluno nella propria offerta [depositata il 22 marzo 2019] – avendone la disponibilità al momento della presentazione della stessa – non ne ha sostanzialmente tenuto conto"* ai fini della decisione relativa ai lotti della Gara Servizi

⁴²⁸ DOC337.

⁴²⁹ DOC35. Sintexcal ha peraltro sostenuto che *"da allora [gara del 2016] Sintexcal ha effettuato investimenti che l'hanno resa più autonoma nell'esecuzione del servizio"*

n. 1/2019 ai quali partecipare⁴³⁰. Le stesse argomentazioni difensive della società e le evidenze agli atti consentono, tuttavia, di sollevare dei ragionevoli dubbi in merito alla credibilità delle affermazioni di Itinera circa la concreta indisponibilità dell'impianto di Arluno. Non risulta, infatti, contestato da Itinera il fatto che nella dichiarazione di disponibilità degli impianti depositata da Itinera in occasione della Gara Servizi n. 1/2019 - ed anche in quella depositata da Impresa Bacchi⁴³¹ - tale impianto era stato indicato come "disponibile" e quindi idoneo e operativo⁴³². Analogamente, nella già citata email interna ad Itinera del 14 febbraio 2019 il Direttore costruzioni - pure pienamente a conoscenza dello stato e localizzazione degli impianti della società, della proposta di smontaggio/vendita di cui era stato anche destinatario, nonché della localizzazione delle tratte oggetto di gara anche in qualità di gestore uscente - aveva espressamente dato l'indicazione di partecipare a tutte e tre i lotti della Gara Servizi n. 1/2019 ("*Li facciamo con prezzi congrui*")⁴³³.

295. Sintexcal ha invece argomentato, nelle memorie finali, che la società era comunque soggetta a dei "*vincoli di partecipazione*" in quanto, per soddisfare i requisiti di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, aveva dovuto ricorrere all'avvalimento di Cogeis, che non era disponibile a concederlo per più lotti⁴³⁴. Si osserva sul punto che Sintexcal non ha prodotto alcuna documentazione a comprova della indisponibilità di Cogeis alla concessione dell'avvalimento per più di un lotto a gara, in un contesto in cui le regole di gara si caratterizzavano proprio per la presenza di un vincolo di aggiudicazione di un solo lotto a gara⁴³⁵, risultando del tutto residuale l'ipotesi di aggiudicazione di più di un lotto alla medesima impresa (in caso di unica offerta valida della stessa impresa su più lotti) e, quindi, anche l'eventuale "rischio" per Cogeis di dover (in concreto) prestare le garanzie connesse all'avvalimento su due o più offerte.

296. Ad ogni modo, si sottolinea al riguardo che anche assecondando ampiamente le difese di Itinera (indisponibilità dell'impianto di Arluno) e Sintexcal (accesso all'avvalimento per un solo lotto) e assumendo l'utilizzo solo di impianti propri, vi sarebbe stata comunque la possibile presenza - in un contesto concorrenziale - di almeno due offerte, sovrapposte e competitive, per ciascuno dei lotti a gara: Impresa Bacchi avrebbe potuto presentare offerta per tutti e tre i lotti a gara; Itinera almeno per lotto B (A7) e il lotto C (A50); Sintexcal per il lotto A (A51/A52) o per il lotto C (A50).

297. Non convince poi quanto osservato dalle parti circa il fatto che la decisione di presentare offerta per uno solo dei lotti della Gara Servizi n. 1/2019 dipenderebbe dal portafoglio lavori (Sintexcal⁴³⁶) e dal

⁴³⁰ DOC427.

⁴³¹ Si ricorda che Impresa Bacchi ha dichiarato la disponibilità, oltretutto del proprio impianto, anche di 1 impianto di Ecoasfalti, di 3 impianti di Itinera (due a Tortona e uno ad Arluno), e 2 impianti di Sintexcal.

⁴³² Cfr. §0 Le dichiarazioni di disponibilità degli impianti.

⁴³³ DOC176. Si ricorda inoltre che Itinera era, insieme a Impresa Bacchi (in ATI), l'operatore uscente delle precedenti edizioni della Gare 2016 (sempre di durata triennale) per i lotti relativi alle tratte A50 e A51/A52 e ha quindi ragionevolmente utilizzato o il proprio impianto di Arluno (indicato come fermo almeno dal febbraio 2019) o i due impianti di Tortona (asseritamente troppo distanti) per soddisfare le commesse.

⁴³⁴ Sintexcal ha in particolare indicato di non essere in grado di soddisfare il requisito relativo all' "*esecuzione di un servizio analogo*" per un importo minimo del 30% della base d'asta e di avere, pertanto, in data 22/02/2019 - immediatamente a valle dei chiarimenti della stazione appaltante del 21/02/2019 - incontrato Cogeis al fine di sondare la possibilità di una collaborazione, inizialmente individuata nella forma di ATI e poi in avvalimento, non essendo Cogeis interessata all'esecuzione materiale della commessa (DOC423).

⁴³⁵ Si ricorda inoltre che in caso di partecipazione a più di un lotto a gara l'operatore doveva dichiarare e comprovare i requisiti di capacità economico-finanziaria (anche tramite avvalimento) solo per il lotto di importo maggiore. Cfr. l'art. 7.2.2 del disciplinare ("*Requisiti di capacità economica e finanziaria*").

⁴³⁶ DOC423.

“rischio” che l’aggiudicazione di più di un lotto - nell’ipotesi residuale di cui all’art. 3 del disciplinare di presenza di una unica offerta della medesima impresa per più di un lotto a gara - avrebbe comportato una frammentazione di mezzi/risorse con ricadute sulla strutturazione dell’offerta e sulle *chance* di aggiudicazione (Itinera⁴³⁷).

298. Itinera e Sintexcal sono infatti due dei principali operatori del settore, sia nel Nord Italia che a livello nazionale, con ampie disponibilità impiantistiche e di risorse, in un contesto in cui le attività di manutenzione oggetto di appalto con la Gara Servizi n. 1/2019 erano comunque di entità piuttosto limitata. Ciascun lotto della Gara Servizi n. 1/2019 era infatti considerato da Itinera “piccolo” e addirittura inferiore alla soglia minima di interesse della società (10 milioni di euro di importo a base di gara)⁴³⁸. Tant’è che nella recente Gara Lavori n. 4/2021 (che parimenti prevedeva un vincolo di aggiudicazione di un solo lotto gara a ciascuna impresa con possibilità di deroga in caso di unica offerta valida su più lotti della medesima impresa) imprese di dimensioni ben minori rispetto a Itinera e Sintexcal (tra cui Impresa Bacchi, ma anche Preve e l’RTI Ronzoni S.r.l./Favini Costruzioni), a parità di “rischio”, hanno presentato offerta per più di un lotto a gara. Ancora, nelle Gare 2016, in cui non vi era il vincolo di aggiudicazione di un solo lotto per impresa (essendo i lavori di manutenzione per le tratte A50, A51/A52 e A7, banditi con procedure di gara separate), sia l’ATI Itinera/Impresa Bacchi che Sintexcal avevano partecipato a più di una gara, ritenendo pertanto un esito positivo, piuttosto che un “rischio”, quello di aggiudicarsi più di una delle tratte a gara. In senso analogo, Itinera (così come Impresa Bacchi) aveva partecipato a tutte e tre le Gare 2013. Si tratta poi di argomentazioni difensive che evidenziano una certa incoerenza anche rispetto alle contestuali decisioni di Itinera e Sintexcal di rendersi disponibili, con riguardo agli altri due lotti non partecipati, sia allo svolgimento in subappalto delle attività di fresatura e stesa del conglomerato (fino al 30% dell’importo dei relativi contratti e con impegno delle relative risorse e mezzi), sia alla fornitura di conglomerato (in forza delle dichiarazioni di messa a disposizione degli impianti di produzione, senza alcun limite di fornitura).

299. Impresa Bacchi ha affermato, in occasione dell’attività ispettiva, che il vincolo di aggiudicazione di un solo lotto di cui alla Gara Servizi n. 1/2019 “*rendeva inutile la partecipazione a più di un lotto*” e che “[...] *Le regole di gara erano formulate in modo particolare per cui partecipando a tutti e tre i lotti si sarebbe corso il rischio di aggiudicarsi il lotto meno favorevole*”⁴³⁹ e, successivamente in occasione delle memorie finali, che nella Gara Lavori n. 4/2021 Impresa Bacchi avrebbe invece potuto partecipare concorrendo per tutti e tre i lotti a gara in quanto, pur essendo stato confermato il vincolo di aggiudicazione di uno solo dei lotti a gara, vi era la “*possibilità di indicare il proprio ordine di preferenza in caso di più aggiudicazioni*”⁴⁴⁰.

300. Di nuovo, si tratta di argomentazioni che non possono essere condivise, in quanto, la presenza di un vincolo di aggiudicazione di un solo lotto non rendeva “inutile” la partecipazione a più di uno dei lotti a gara posto che, come sopra già osservato, questa risulta la migliore strategia per una impresa efficiente che

⁴³⁷ DOC427.

⁴³⁸ DOC120 (“[...] di norma, Itinera non partecipa a gare di ammontare inferiore a 10 milioni di euro [...]).

⁴³⁹ DOC14. Impresa Bacchi ha anche affermato che “*i requisiti del bando rendevano inefficiente partecipare in ATI*”. E poi di nuovo “*ribadisco che per come era strutturato il bando sarebbe stato inefficiente partecipare in ATI. [...] in ragione del disegno di gara, che consentiva l’aggiudicazione di un solo lotto*”. Vale a dire che se Impresa Bacchi, Itinera, e Sintexcal avessero, in ipotesi, partecipato in ATI alla Gara Servizi n. 1/2019 (come avvenuto in occasione di altre gare) - piuttosto che separatamente con il sistema dei subappalti reciproci - si sarebbero potute aggiudicare uno solo dei lotti a gara, piuttosto che tutti e tre separatamente, come poi avvenuto.

⁴⁴⁰ DOC420 e DOC444.

voglia massimizzare la probabilità di aggiudicazione di uno dei lotti a gara, in un contesto, quale quello in esame, in cui è stato appurato che per le tre imprese – e in particolare per Impresa Bacchi – era possibile presentare offerte competitive anche da un punto di vista economico e logistico per più di una delle tratte oggetto della Gara Servizi n. 1/2019 prima, e della Gara Lavori n. 4/2021.

301. Ugualmente non è fondato quanto osservato da Impresa Bacchi circa il fatto che il cambiamento della strategia di partecipazione dell'impresa alla Gara Lavori n. 4/2021 (offerta per tutti e tre i lotti a gara), rispetto alla Gara Servizi n. 1/2019 (offerta per il solo lotto C), sarebbe giustificato dalla possibilità di cui alle regole di gara di presentare un "ordine di preferenza".

302. In presenza di una procedura di gara competitiva a cui a ciascun lotto partecipano più operatori in concorrenza tra loro la possibilità di presentare un ordine di preferenza non assicura infatti, in ogni caso, la circostanza che all'impresa sia aggiudicato il lotto "preferito". La regola di aggiudicazione dei lotti premia, infatti, in primo luogo la convenienza economica dell'offerta per la stazione appaltante e asseconda solo in seconda battuta e ove possibile, le preferenze dell'impresa. Questo in un contesto in cui la partecipazione a più lotti con eventuale aggiudicazione del lotto non "preferito" (ma comunque profittevole) è una evenienza migliore per l'impresa a quella di assenza di aggiudicazione. Con riguardo alla Gara Lavori n. 4/2021 (le cui tratte a gara sono identiche a quelle della Gara Servizi n. 1/2019) è poi la stessa Impresa Bacchi ad affermare che *"pur avendo ottenuto l'aggiudicazione per tutti i [tre] lotti ha indicato quale lotto di preferenza il lotto C. Anche per mantenere la disponibilità quale fornitore/subappaltatore, qualora richiesto, anche per altri lotti, per i quali sarebbe stato, comunque, molto concorrenziale anche se in misura minore (per maggior distanza), come verificatosi frequentemente in appalti simili nei decenni precedenti"* (sottolineato aggiunto)⁴⁴¹.

303. Si ritiene quindi dimostrata l'infondatezza delle spiegazioni alternative avanzate dalle parti a giustificazione delle condotte contestate e la circostanza che la scelta di presentare offerta per uno solo dei lotti a gara, senza sovrapposizioni, sia stata l'esito della concertazione illecita contestata, anche grazie al sistema dei subappalti reciproci, piuttosto che di valutazioni autonome delle imprese.

304. In base alle evidenze sopra illustrate è altresì, e per contro, possibile concludere che Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi avevano la possibilità - sotto il profilo tecnico, logistico e economico di ordinaria attività - di presentare offerte competitive tra loro sovrapposte e che in un normale contesto di mercato, con dinamiche competitive non invalidate dalle condotte collusive oggetto del procedimento, la migliore strategia di partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 per ciascuna delle tre imprese avrebbe comportato la presenza di più offerte in concorrenza per ciascuno dei lotti a gara.

2. La segretezza

305. L'intesa contestata può considerarsi segreta posto che una parte significativa del supporto probatorio relativo al coordinamento delle condotte è costituito da scambi di *email*, contatti e documenti non conoscibili all'esterno e non palesati al pubblico.

306. Sul punto non risulta fondato quanto argomentato da Sintexcal circa il fatto che l'asserita intesa non sarebbe qualificabile come segreta in quanto l'elemento essenziale sul quale è ricostruita l'intesa, ovvero i subappalti reciproci, sono stati comunicati alla stazione appaltante in sede di offerta, nonché in ragione

⁴⁴¹ DOC444. In merito a quanto sostenuto da Impresa Bacchi circa il fatto che la decisione di partecipare a tutti e tre i lotti della Gara Lavori n. 4/2021 (piuttosto che ad un solo lotto come nella Gara Servizi n. 1/2019) dipenderebbe anche dal fatto che nella Gara Lavori n. 4/2021 la stazione appaltante si riservava la facoltà di aggiudicare più lotti allo stesso operatore laddove in uno o più lotti vi fosse stata un'unica offerta valida, ci si limita ad osservare che tale previsione era parimenti contenuta anche nelle regole della Gara Servizi n. 1/2019.

della circostanza che le evidenze sui contatti, incontri e gli scambi di email sono stati ricondotte dalle parti a interlocuzioni lecite senza che sia rinvenibile alcuna cautela volta a renderli non conoscibili.

307. In linea con la giurisprudenza in materia, non è infatti necessario che siano segreti tutti gli aspetti del cartello affinché sussista tale requisito⁴⁴². Nel caso di specie, la parte visibile della condotta illecita, ossia la partecipazione di ciascuna parte ad un solo lotto di gara (senza sovrapposizioni) con il contestuale ricorso ai subappalti reciproci, cela la vera finalità delle modalità partecipative e l'accordo spartitorio segreto raggiunto fra le parti.

308. Inoltre, la corrispondenza interna alle imprese (quali lo scambio di *email* interno a Itinera del 14 febbraio 2019 e le *email* interne a Sintexcal del 22 febbraio 2019 e del 3 giugno 2019) e la corrispondenza tra le imprese coinvolte (quali le *email* tra Sintexcal, Itinera e Impresa Bacchi del 21 e 22 febbraio 2019 e la *email* tra Sintexcal e Impresa Bacchi del 14 aprile 2020), che formano parte integrante del quadro probatorio, sono state acquisite solo grazie all'attività ispettiva presso le imprese, non erano note o pubblicamente conoscibili all'esterno delle imprese, né sono ascrivibili a interlocuzioni tra le parti lecite e "neutre" sotto il profilo concorrenziale, come sopra già argomentato.

309. Del resto, la stazione appaltante ha potuto rinvenire negli esiti di gara solo anomalie indiziarie di una possibile concertazione, rimettendo alla Autorità e ai suoi poteri investigativi il compito di far emergere l'illiceità della condotta.

3. Gli effetti dell'intesa

310. Per consolidata giurisprudenza nei casi di intese restrittive della concorrenza di ripartizione del mercato e fissazione dei prezzi, quale quella in esame, non è necessario quantificare gli effetti tangibili del comportamento sul mercato, posto che l'obiettivo del cartello è la prevenzione, la restrizione o la distorsione della concorrenza. Il fatto che le imprese adottino tali comportamenti lesivi della concorrenza indica quindi, di per sé, che le stesse hanno l'aspettativa di ottenere vantaggi significativi dalle proprie azioni, prevedendo cioè che il cartello abbia degli effetti sul mercato⁴⁴³.

311. Nel caso di specie, ad ogni modo, le evidenze raccolte mostrano come la Gara Servizi n. 1/2019 sia stata interessata, in ragione dell'intesa, da prezzi di aggiudicazione del servizio e da offerte tecniche non competitive.

312. Le parti del procedimento risultano infatti essere state in grado di distorcere il funzionamento del mercato – eliminando la concorrenza reciproca in sede di gara - in modo tale da potersi aggiudicare le procedure di gara con ribassi (nel range 20-26%) di molto inferiori rispetto a quelli riscontrati nelle precedenti edizioni della gara indette da Milano Serravalle nel 2016 (Gare 2016) e nel 2013 (Gare 2013), analoghe alla Gara Servizi n. 1/2019 per importi a base di gare, tratte autostradali oggetto di appalto e tipologia dei lavori di manutenzione affidati.

313. Le Gare 2016 e 2013 hanno, in particolare, visto la partecipazione di un numero elevato di concorrenti per ciascun lotto, l'aggiudicazione dei servizi con ribassi anche significativi (tra il 42-46% nelle Gare 2016, e tra il 27-43% nelle Gare 2013) e offerte in concorrenza tra Sintexcal e l'ATI Itinera/Impresa Bacchi (nelle Gare 2016) e tra Itinera e Impresa Bacchi (nelle Gare 2013)⁴⁴⁴.

⁴⁴² Cfr., tra l'altro, Consiglio di Stato, 21 marzo 2019, n. 1900 (I793 - Aumento prezzi cemento) e Consiglio di Stato, 6 ottobre 2020, nn. 5885, 5898, 5900, 5884, 5897, 5899 (I796 – Servizi di supporto e assistenza tecnica alla PA).

⁴⁴³ Cfr. Corte di Giustizia C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires (CB)* §49 e Consiglio di Stato, 27 agosto 2020, n. 5258 (I780 - Mercato del calcestruzzo in Veneto).

⁴⁴⁴ Cfr. § 0 c) Sulle offerte economiche nella Gara Servizi n. 1/2019 anche rispetto alle altre gare.

314. Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi hanno al riguardo sostenuto che la riduzione dello sconto offerto nella Gara Servizi n. 1/ 2019, rispetto alle Gare 2016, dipenderebbe anche dall'aumento del costo della materia prima bitume tra il 2016 e il 2019 e che l'intesa presuntivamente contestata non avrebbe quindi, secondo le parti, avuto effetti pregiudizievoli per la concorrenza, i consumatori o la stazione appaltante⁴⁴⁵.

315. È stato tuttavia verificato in sede istruttoria che variazioni di breve periodo (anche significative) del prezzo del bitume stradale sono un aspetto tipico del settore, lungo una linea di tendenza di lungo periodo di sostanziale stabilità e leggera decrescita (tra il 2013 e il 2021), con oscillazione che tendono a compensarsi tra loro nel tempo. Anche le dichiarazioni di Sintexcal acquisite in sede ispettiva confermano tale punto: *“Il costo della materia prima [...] non è cambiato in maniera sostanziale tra il 2016 e oggi [giugno 2021] ed è stato particolarmente basso nel 2020. Solo di recente si è verificato un incremento nei costi della materia prima che non incide comunque sulle commesse in essere”* (sottolineato aggiunto)⁴⁴⁶.

316. La circostanza che, al di là di oscillazioni di breve periodo, il prezzo del bitume stradale non sia cambiato in misura sostanziale nel tempo – e tra il 2013, 2016 e 2019 - è anche confermata laddove si prenda a riferimento un arco temporale di tre anni, corrispondente alla durata dell'appalto della Gara Servizi n. 1/2019 e delle precedenti analoghe procedure indette da Milano Serravalle nel 2013 e 2016⁴⁴⁷. Si sottolinea al riguardo che l'utilizzo di una media su tre anni, è giustificato dal fatto che, tipicamente, il periodo temporale rilevante su cui analizzare l'andamento storico di una variabile al fine di stimarne l'andamento futuro atteso (quale un prezzo, un tasso di interesse o altra variabile economica) è tipicamente direttamente connesso all'arco temporale rispetto al quale si ha interesse a stimarne l'andamento (nel caso di specie la durata triennale della commessa). Questo peraltro a maggior ragione ove la variabile, come nel caso di specie, sia soggetta a frequenti fluttuazioni, anche stagionali.

317. Si ritiene quindi di non poter condividere quanto argomentato dalle parti circa il fatto che la modalità corretta di previsione dell'andamento atteso della variabile prezzo del bitume lungo l'arco temporale triennale di durata della commessa sarebbe invece individuabile in un dato erratico quale il prezzo del bitume al momento dell'offerta e dalla sua tendenza nell'immediato futuro (per Impresa Bacchi⁴⁴⁸ e Sintexcal⁴⁴⁹), da medie mobili su archi temporali più brevi (di 9 mesi, sempre per Sintexcal⁴⁵⁰) o, addirittura, dalla mera osservazione dei soli *“prezzi correnti reali”* (per Itinera⁴⁵¹).

318. L'incidenza di eventuali variazioni nel prezzo del bitume sul livello delle offerte economiche nella Gara Servizi n. 1/2019 è inoltre inferiore rispetto a quella sostenuta dalle parti del procedimento, considerato che il peso del costo della materia prima bitume sull'offerta economica (esclusi gli oneri di sicurezza) è comunque relativamente limitato e nell'ordine del 25-30%⁴⁵².

⁴⁴⁵ DOC420, DOC423, DOC427, DOC444 e § 0 C. Sui ribassi offerti.

⁴⁴⁶ DOC35. Si ricorda inoltre che gli importi a base d'asta sono stati oggetto di periodica rivalutazione da parte della stazione appaltante anche alla luce dei prezzi stabiliti dai listini ANAS, cfr. 0 V. LE ARGOMENTAZIONI DELLA STAZIONE APPALTANTE SEGNALANTE.

⁴⁴⁷ Cfr. § 10 c) Sulle offerte economiche nella Gara Servizi n. 1/2019 anche rispetto alle altre gare, Figura 2 e Figura 3.

⁴⁴⁸ DOC444.

⁴⁴⁹ DOC427.

⁴⁵⁰ DOC427.

⁴⁵¹ DOC423.

⁴⁵² Esclusi i costi di trasporto (dati Sintexcal e Impresa Bacchi). Cfr.

319. Il dato di incidenza del costo della materia prima bitume è stato calcolato a partire dalle informazioni trasmesse dalle stesse imprese parti alla stazione appaltante ai fini della giustificazione della non anomalia delle offerte economiche depositate nella Gara Servizi n. 1/2019 e differisce dai dati di incidenza proposti dalle parti in quanto queste ultime hanno ritenuto di quantificare il peso del costo della materia prima bitume rispetto ai soli costi diretti della commessa (piuttosto che rispetto all'offerta economica), senza considerare quindi le spese generali e gli utili. Si tratta tuttavia di un approccio metodologico evidentemente non condivisibile posto che ciò che le tre imprese vogliono dimostrare è proprio il presunto effetto dell'incremento del costo del bitume sul ribasso offerto in termini di offerta economica (al netto dei soli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso), rispetto alla quale i costi diretti dell'impresa ne costituiscono solo una quota parte.

320. Secondo Sintexcal la competitività dell'offerta presentata da Sintexcal nella Gara Servizi n. 1/2019 sarebbe anche confermata dalla media dei ribassi offerti nella Gara lavori n. 4/2021, che non si sarebbero discostati eccessivamente da quelli della Gara Servizi n. 1/2019, risultando invece ben lontani da quelli delle Gare 2016⁴⁵³. Impresa Bacchi ha similmente osservato che il ribasso del 29,7% offerto dalla società nella Gara Lavori n. 4/2021 è assolutamente prossimo a quello della Gara Servizi n. 1/2019⁴⁵⁴.

321. Si osserva, tuttavia, che la media dei ribassi offerti da tutte le imprese partecipanti non è un dato rappresentativo della competitività di una procedura di gara, rilevando piuttosto il livello del ribasso massimo offerto (miglior prezzo) e la presenza di offerte in concorrenza (indicativa del fatto che l'osservato livello del ribasso massimo è l'esito di un processo competitivo)⁴⁵⁵. Ciò premesso, nella Gara Lavori n. 4/2021 le migliori offerte presentate (in un contesto genuinamente competitivo con rischio di concorrenza effettiva e qualificata tra le tre imprese parti del procedimento, poi avvenuta in concreto tra Impresa Bacchi e Sintexcal per i lotti relativi alle tratte A50 e A51/A52) sono risultate comunque superiori, in misura anche piuttosto significativa, rispetto ai ribassi riscontrati nella Gara Servizi n. 1/2019 (cfr. Tabella 13). Questo peraltro in un situazione in cui è verosimile, come anche osservato dalla stazione appaltante, che gli operatori abbiano dovuto tenere conto, nel calibrare il ribasso offerto, dell'andamento fortemente inflattivo dei prezzi delle materie prime che ha caratterizzato il 2021 e che ha reso addirittura necessario un intervento d'urgenza del Governo⁴⁵⁶ e la revisione in via eccezionale dei listini ANAS (alla base del calcolo degli importi base anche per le gare di manutenzione delle pavimentazioni autostradali quali quelle in esame)⁴⁵⁷.

⁴⁵³ DOC423 e DOC444.

⁴⁵⁴ DOC420.

⁴⁵⁵ Il dato relativo alla media dei ribassi offerti dalle imprese partecipanti ad una procedura di gara può essere peraltro soggetto a significative variazioni anche a fronte della partecipazione di una sola impresa poco competitiva (con offerta un ribasso estremamente contenuto).

⁴⁵⁶ Decreto Legge 17 marzo 2022 n. 50, "Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese a attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e crisi Ucraina", con particolare riguardo all'art. 26 "Disposizioni urgenti in materia di appalti pubblici di lavori" (che prevede tra l'altro l'aggiornamento dei prezzari utilizzati nelle procedure di gara in considerazione dell'incremento dei costi dei materiali e della materia prime) e all'art. 27 "Disposizioni urgenti in materia di concessioni di lavori" (che riconosce come gli "aumenti eccezionali dei materiali da costruzione, nonché dei carburanti e dei prodotti energetici" si riflettono anche sui costi dei lavori delle concessionarie autostradali).

⁴⁵⁷ Cfr. <https://www.stradeanas.it/elenco-prezzi>, dove si legge che "La terza emissione dell'Elenco Prezzi 2022 Rev.2 [cd. listino prezzi ANAS] è rilasciata a seguito del Decreto Legge n.50 del 17 maggio 2022, per far fronte agli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione, dei carburanti e dei prodotti energetici connessi alla crisi ucraina".

Tabella 13 – Ribassi massimi offerti

<i>Tratta a gara</i>	<i>Gara Servizi n. 1/2019</i>	<i>Gara Lavori n. 4/2021</i>	<i>Delta ribasso tra 2019 e 2021</i>
A51/ A52	22,93%	29,7%	6,77%
A7	20,00%	29,7%	9,70%
A50	25,65%	29,7%	4,05%

322. In merito a quanto argomentato da Sintexcal, circa il fatto che il confronto tra gli sconti offerti in occasione di gare realizzate a una distanza di tre anni non sarebbe corretto, anche in quanto la Gara Servizi n. 1/2019 prevedeva una diversa articolazione del peso dei punteggi tra l’offerta economica e l’offerta tecnica (30/70) rispetto alle precedenti Gare del 2016 (50/50), tale per cui si premiava di più l’offerta tecnica, si osserva che il differente peso dei punteggi economici e tecnici tra la Gara n. 1/2019 e le Gare 2016 è contenuto e che si tratta comunque di un parametro che - a fronte di una sostanziale identità dei lavori oggetto dell’appalto e degli importi a base di gara⁴⁵⁸ - non appare essersi riflesso in misura significativa sui ribassi di aggiudicazione tra le Gare del 2016 e quelle del 2013 (laddove queste ultime prevedevano l’aggiudicazione sulla base del solo criterio del prezzo).

323. Parimenti non si ritiene fondato quanto osservato da Impresa Bacchi circa il fatto che non sarebbe corretto realizzare un paragone tra la Gara Servizi n. 1/2019 e le Gare 2016, trattandosi di una gara di “servizi” e non di “lavori”⁴⁵⁹. La modifica della qualificazione della gara come di “servizi” piuttosto che di “lavori” ha infatti inciso solo (per quanto in misura rilevante) sui requisiti di partecipazione, senza che sia invece riscontrabile alcuna variazione significativa tra la Gara Servizi n. 1/2019 e le Gare 2016 con riguardo alla convenienza relativa dall’appalto per le imprese, posto che la tipologia di lavori oggetto di appalto e il relativo importo a base di gara erano pressoché identici⁴⁶⁰.

324. Le parti hanno anche indicato che i ribassi offerti nella Gara Servizi n. 1/2019 risultano in linea con i ribassi che si riscontrano in altre gare analoghe nel medesimo periodo (Itinera⁴⁶¹) e che a partire dal 2019 i ribassi offerti sono diminuiti “*assestandosi intorno al 20/25%*” (Impresa Bacchi⁴⁶²). Si deve tuttavia osservare che le gare portate ad esempio non costituiscono un valido controfattuale rispetto alla Gara Servizi n. 1/2019 in ragione delle loro diverse caratteristiche - in particolare in termini di basi d’asta, estensione delle tratte oggetto di appalto, caratteristiche dei lavori di manutenzione e anche localizzazione delle tratte rispetto agli impianti di produzione di conglomerato delle parti - e del fatto che si tratta di gare in cui non

⁴⁵⁸ La stazione appaltante ha al riguardo osservato che prezzi stabiliti dai listini ANAS relativi agli anni 2016 e 2018, presi come riferimento per le gare esperite nel 2016 e 2019, sono pressoché identici per le voci relative alle lavorazioni rilevanti per la manutenzione delle pavimentazioni autostradali, DOC359.

⁴⁵⁹ DOC420.

⁴⁶⁰ Cfr. anche nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

⁴⁶¹ DOC427.

⁴⁶² DOC14. Cfr. anche DOC420.

si è realizzata una concorrenza tra le parti⁴⁶³ (come invece avvenuto della Gare 2016, nelle Gare 2013 e nella Gara Lavori n. 4/2021).

325. È altresì controintuitivo il fatto che l'asserito significativo vantaggio logistico e economico che giustificerebbe – a detta delle tre imprese - la scelta di ciascuna impresa di presentare offerta per uno solo dei lotti di cui alla Gara Servizi n. 1/2019 (senza sovrapposizioni) abbia poi portato alla presentazione di ribassi relativamente contenuti e ampiamente inferiori a quelli delle procedure del 2016. La documentazione agli atti testimonia inoltre che, quantomeno Itinera⁴⁶⁴ e Impresa Bacchi⁴⁶⁵, ritenevano di poter godere di particolari ulteriori vantaggi di costo nella Gara Servizi n. 1/2019; vantaggi anche questi che non appaiono essersi riflessi nelle offerte economiche presentate in sede di gara. Con specifico riguardo a Sintexcal, la stessa società ha rilevato che l'offerta economica in occasione della Gara n. 1/2019 riflette *“lo scenario [più favorevole all'impresa] in cui i servizi sono resi in autonomia da Sintexcal, non contemplano l'ipotesi di subappalto poiché si tratta di una eventualità”*⁴⁶⁶, rispetto alle Gare del 2016, in relazione alle quali *“la partecipazione di Sintexcal con la previsione di subappalto di parte del servizio a Interstrade era motivata da una più limitata disponibilità di squadre, mezzi e capacità produttiva”*⁴⁶⁷; di nuovo dunque ci si sarebbe aspettata la possibilità per Sintexcal di presentare un'offerta economica più competitiva nella Gara Servizi n. 1/2019.

326. Con riguardo alle offerte tecniche presentate da Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, si è già pocanzi osservato che secondo quanto rappresentato dalla stazione appaltante le offerte tecniche relative alla sostituzione delle pavimentazioni autostradali sono state quantificate dalle tre imprese sulla base di una composizione della squadra e dei mezzi minima. Si ritiene quindi che, in un contesto competitivo, le imprese avrebbero potuto presentare offerte non solo differenziate tra loro ma anche migliorative, con un impatto ad esempio sulla durata dei cantieri dei lavori autostradali.

327. Si ricorda poi che la circostanza che alla gara abbia partecipato una sola impresa per ciascun lotto ha consentito alle tre imprese di vedersi assegnare dalla stazione appaltante il massimo punteggio possibile per l'offerta relativa ai sub criteri 1.1. e 1.2, in ragione dell'assenza di offerte comparative.

328. Conclusivamente, la neutralizzazione del confronto competitivo tra Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi in occasione della partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 ha quindi determinato sia un danno patrimoniale connesso all'ingiustificato maggior costo della commessa pubblica a carico ultimo della collettività, sia una perdita di efficienza e qualità prestazionale per i cittadini utenti del servizio autostradale.

⁴⁶³ Si tratta di gare a cui le tre imprese parti hanno partecipato in ATI tra loro, di gare a cui hanno partecipato due delle imprese parti in ATI tra loro senza che la terza impresa partecipasse alla medesima procedura e di gare a cui ha partecipato solo una delle tre imprese (in forma individuale o in ATI con imprese terze). Cfr. DOC306, DOC307, DOC308 e DOC311.

⁴⁶⁴ Itinera ha indicato, nella relazione a giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata nella Gara servizi n. 1/2019, che *“L'attuale dislocamento di cantieri condotti da ITINERA nel nord Italia, ed in particolare nella zona di Milano, e l'ubicazione dei propri magazzini (Tortona) e depositi temporanei (casello Bereguardo) lungo la tratta autostradale A7 Milano-Serravalle, risulta molto vantaggioso per i trasferimenti dei propri mezzi e personale in termini di tempo e costi, soprattutto nel caso di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria e di sostituzione delle risorse”* (sottolineato aggiunto), DOC129.

⁴⁶⁵ Impresa Bacchi ha affermato che di avere *“diversi cantieri attivi nel nord Italia, ed in particolare nella zona di Milano, di elevata importanza a carattere nazionale e risulta eccezionalmente favorevole e proficuo ipotizzare il rimpiego di risorse, quali staff di cantiere e parco macchine/attrezzature per il cantiere relativo al bando in oggetto. [...]”* (sottolineato aggiunto), DOC311.

⁴⁶⁶ DOC35.

⁴⁶⁷ DOC35.

4. L'imputazione soggettiva delle condotte di Sintexcal a General Beton

329. Secondo consolidata giurisprudenza comunitaria, esiste una presunzione relativa secondo cui una società controllante che detenga, direttamente o indirettamente, la totalità o la quasi totalità del capitale sociale di una società controllata può esercitare ed esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento e la politica commerciale della propria controllata⁴⁶⁸. Nel caso di specie il comportamento di Sintexcal può quindi essere imputato anche alla società controllante al 100% General Beton⁴⁶⁹, solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla controllata.

330. Le argomentazioni difensive avanzate sul punto da General Beton e Sintexcal⁴⁷⁰ non possono essere accolte in quanto non sono idonee a dimostrare che l'impresa controllata Sintexcal si comporta in maniera autonoma sul mercato, senza essere soggetta alla influenza determinante della propria controllante General Beton, laddove l'influenza determinante non si misura rispetto alla specifica condotta oggetto di contestazione ma, più in generale, rispetto alla possibilità per l'impresa controllante di influenzare la condotta economica e commerciale dell'impresa controllata sul mercato.

331. Non è infatti, necessario dimostrare l'implicazione personale della controllante nell'infrazione, ai fine dell'imputazione della condotta anche a quest'ultima, essendo sufficiente che impresa controllante e impresa controllata costituiscano un'unica unità economica⁴⁷¹.

332. La presunzione si fonda inoltre sulla constatazione secondo la quale, *“salvo circostanze del tutto eccezionali, una società che detenga la totalità o la quasi totalità del capitale di una controllata può, in considerazione di questa sola detenzione, esercitare un'influenza determinante sul comportamento di detta controllata”*⁴⁷².

333. La presenza di una influenza determinante della controllante sul comportamento di detta controllata non è in tal senso scalfita da meri dati logistici in ordine alla condivisione di sedi, uffici, infrastrutture, sistemi e siti produttivi⁴⁷³, né dalla circostanza che le due imprese operino in mercati diversi⁴⁷⁴, né infine dal fatto che General Beton non impartirebbe direttive a Sintexcal in ordine alla partecipazione alle gare. L'autonomia decisionale di cui gode Sintexcal ai sensi dello Statuto è inoltre quella ordinaria di una impresa con personalità giuridica distinta ma soggetta al controllo totalitario di un'altra impresa – General Beton – che nel caso di specie ha il potere di nominare il consiglio di amministrazione di Sintexcal nella sua interezza.

⁴⁶⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza C-97/08 P *Akzo Nobel e altri*, §§ 60-62 e Cfr. Tribunale, sentenze T-413/10 e T-414/10 *Socitrel and Companhia Previdente*, §§ 231, 256.

⁴⁶⁹ General Beton risulta detenere il controllo della totalità del capitale sociale di Sintexcal dal 1996.

⁴⁷⁰ Cfr. §0 H. Sull'imputabilità della condotta di Sintexcal a General Beton.

⁴⁷¹ Cfr. Tribunale, sentenza T-523/15 *Italmobiliare*, §44 ([...] *non è necessariamente una relazione di istigazione all'infrazione tra la società controllante e la controllata né, a maggior ragione, un'implicazione della prima in detta infrazione che consente alla Commissione di adottare, nei confronti della società controllante, la decisione che infligge ammende, ma il fatto che le società in questione costituiscano un'unica impresa ai sensi dell'articolo 101 TFUE* [...]).

⁴⁷² Cfr. Tribunale, sentenza T-523/15 *Italmobiliare*, §71.

⁴⁷³ Cfr. Tribunale, sentenza T-523/15 *Italmobiliare*, §59 ([...] *l'indipendenza operativa non prova, di per sé, che una controllata definisca il suo comportamento sul mercato in modo indipendente rispetto alla sua società controllante.* [...])

⁴⁷⁴ Cfr. Tribunale sentenza T-523/15 *Italmobiliare* §57 ([...] *per quanto riguarda l'argomento delle ricorrenti secondo cui la prima ricorrente non si è occupata della gestione diretta delle controllate a causa dello scarso interesse che l'attività di imballaggio alimentare presentava per essa, occorre sottolineare, sotto tale profilo, che il fatto che quest'ultima fosse attiva in un settore commerciale completamente diverso da quello delle sue controllate non esclude l'esercizio di un'influenza determinante sul comportamento di queste ultime* [...]).

334. Inoltre il gruppo Impresa Tonon S.p.A., a cui sono riconducibili General Beton e Sintexcal, è caratterizzato dalla presenza di rappresentanti della famiglia [T.] sia nella proprietà che nei ruoli direttivi di gestione delle varie società, tra cui anche General Beton e la sua controllata Sintexcal.

335. In particolare [T. Roberto] ricopre contestualmente il ruolo di presidente del consiglio di amministrazione di Sintexcal (con data di prima iscrizione al consiglio di amministrazione nel luglio 2015), di socio di General Beton (dal 2003)⁴⁷⁵, nonché di amministratore unico di Impresa Tonon S.p.A. (dal 2020) e di socio di Impresa Tonon S.p.A. (dal 1994)⁴⁷⁶, mentre [T. Gianfranco] è stato consigliere di Sintexcal tra il luglio 1996 e il dicembre 2020, consigliere di General Beton tra il giugno 1998 e il dicembre 2021 e procuratore di General Beton dal 1989 al 2022⁴⁷⁷.

336. Si tratta di elementi di significativa rilevanza che testimoniano l'unitarietà della gestione di General Beton e Sintexcal ad opera dei rappresentanti della medesima famiglia e la presenza di significativi legami e vincoli anche personali, oltre che economici e giuridici tra le due società.

337. Quanto sopra osservato in ordine alla presenza in concreto e nel caso di specie di una influenza determinata di General Beton su Sintexcal, consente altresì di superare i rilievi sollevati da tali imprese con riguardo alla recente giurisprudenza amministrativa nazionale del Consiglio di Stato⁴⁷⁸ che sottolinea il carattere non assoluto della presunzione e la necessità di valutarne la presenza nel caso concreto, al di là del mero vincolo di controllo.

338. Il principio della responsabilità personale e della personalità della pena, così come le disposizioni sanzionatorie in materia di recidiva dell'impresa e programmi di *compliance* adottati a livello di gruppo societario, si applicano quindi al caso di specie tenendo conto del fatto che General Beton e Sintexcal costituiscono un'unica impresa in senso antitrust. In particolare, nulla osta all'applicazione di una aggravante per recidiva all'unica impresa individuata da Sintexcal e General Beton (con responsabilità solidale al pagamento della sanzione) in ragione della precedente commissione di una violazione della normativa antitrust accertata nei confronti della sola General Beton.

339. Si rileva infine che quanto sopra risulta conforme alla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di unica entità economica e recidiva, come in ultimo anche richiamata anche nella sentenza C-882/19 Sumal al §49: *“il rapporto di solidarietà che unisce i membri di un'unità economica giustifica in particolare l'applicazione della circostanza aggravante della recidiva nei confronti della società madre sebbene quest'ultima non sia stata oggetto di precedenti procedimenti, che hanno dato luogo a una comunicazione degli addebiti e a una decisione. In una situazione del genere, appare determinante il precedente accertamento di una prima infrazione derivante dal comportamento di una società figlia con*

⁴⁷⁵ Il capitale sociale di General Beton è detenuto da Impresa Tonon S.p.A. (63% circa del capitale sociale) e da quattro membri della famiglia [T.] (con quote paritetiche del 9% circa), tra cui [T. Roberto].

⁴⁷⁶ Il capitale sociale di Impresa Tonon S.p.A. è detenuto da [T. Roberto] (25%), da altri due membri della famiglia [T.] (sempre con quote del 25%) e da Across Fiduciaria S.r.l.

⁴⁷⁷ Analoghe considerazioni, su periodi temporali diversi, valgono per altri membri della famiglia [T.]. Ad esempio [T. Giovanni] è stato consigliere Sintexcal tra il luglio 1996 e il luglio 2016, consigliere di General Beton tra il 1989 e il dicembre 2015 e procuratore di General Beton dal giugno 2016 al maggio 2021. [T. Walter] è invece procuratore speciale di Sintexcal dal 2021, amministratore delegato di General Beton (con data di prima iscrizione al consiglio di amministrazione nel 2004), nonché socio di General Beton e Impresa Tonon S.p.A.

⁴⁷⁸ Consiglio di Stato, 5 febbraio 2021, n. 1101 (A436 – Arenaways-Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri) e Consiglio di Stato, 6 settembre 2021, n. 6214 (I806 – Accordi tra operatori del settore dei servizi con elicottero).

la quale detta società madre, coinvolta nella seconda infrazione, formava già all'epoca della prima infrazione, una sola impresa ai sensi dell'articolo 101 TFUE”.

340. Nel caso in esame ciò vale evidentemente, se del caso a maggior ragione, posto che l'infrazione attuale è imputata (in solido con la controllata Sintexcal) alla medesima società madre (General Beton) già coinvolta nella precedente infrazione.

341. General Beton e Sintexcal hanno inoltre avuto la possibilità, nel presente procedimento, di confutare sia la presunzione dell'influenza determinante sia la presenza delle condizioni per contestare una recidiva⁴⁷⁹.

342. Ciò in un contesto in cui l'obiettivo di reprimere i comportamenti contrari alle norme in materia di concorrenza e di prevenirne e il ripetersi mediante sanzioni dissuasive sarebbe compromesso se un'impresa, modificando ad esempio la propria struttura giuridica con la creazione di nuove controllate, per definizione non perseguibili a titolo della prima infrazione, ma implicate nella commissione della nuova infrazione, fosse in grado di evitare la sanzione della recidiva⁴⁸⁰.

343. Si osserva infine, a meri fini tuzioristici, che nel caso di specie vi era altresì la presenza di una sola impresa anche all'epoca dell'accertamento della prima infrazione nel dicembre 2015⁴⁸¹. General Beton risulta infatti detenere il controllo della totalità del capitale sociale di Sintexcal dal 1996, in un contesto già caratterizzato nel 2015 dalla sovrapposizione di rappresentanti della medesima famiglia nelle proprietà e gestione delle due società e dai significativi legami e vincoli che ne derivano.

C. Il pregiudizio al commercio intraeuropeo

344. Il concetto di pregiudizio al commercio intraeuropeo deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri. La valutazione in base al criterio del pregiudizio al commercio dipende da una serie di fattori, che possono essere non decisivi se considerati singolarmente, e che comprendono la natura dell'accordo e della pratica, la natura dei prodotti a cui si applicano l'accordo o la pratica e la posizione e l'importanza delle imprese interessate⁴⁸².

345. In considerazione della rilevanza comunitaria della procedura di gara in questione e della posizione delle imprese parti nel settore della manutenzione delle pavimentanti autostradali nel nord-Italia, l'intesa ipotizzata risulta idonea ad influenzare in misura sensibile il commercio tra Stati membri ed è pertanto suscettibile di integrare una violazione dell'articolo 101 del TFUE.

VII. CONCLUSIONI

346. Sulla base degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria si conclude che l'intesa orizzontale segreta, restrittiva della concorrenza per oggetto, nella forma di un accordo o pratica concordata tra Itinera, Sintexcal

⁴⁷⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza su cause riunite C-93/13 P e C-123/13 P, *Eni SpA e Versalis SpA, già Polimeri Europa*, §93 (“*Indubbiamente [...] i diritti della difesa della persona giuridica alla quale si contesta la recidiva devono essere rispettati. Tuttavia, questo rispetto non impone [...] che questa persona giuridica sia stata in grado, nell'ambito delle procedure espletate a titolo di una prima infrazione, di negare che essa formasse con altri enti parimenti perseguiti una stessa unità economica. È importante semplicemente che sia garantito che detta persona giuridica sia in grado di difendersi nel momento in cui la recidiva le è contestata*”).

⁴⁸⁰ Cfr. Corte di Giustizia sentenza su cause riunite C-93/13 P e C-123/13 P cit., §92

⁴⁸¹ Provv. n. 25801 del 22 dicembre 2015, I780 – Mercato del calcestruzzo in Veneto.

⁴⁸² Cfr. 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, GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004.

e la sua controllata General Beton, e Impresa Bacchi, finalizzata alla ripartizione dei lotti a gara e alla eliminazione del reciproco confronto competitivo nella Gara Servizi n. 1/2019, costituisce una restrizione sensibile della concorrenza, in violazione dell'art. 101 del TFUE.

A. Gravità dell'intesa

347. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 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 in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida adottata ad esito di un procedimento istruttorio.

348. Secondo consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, per valutare la gravità di un'infrazione si deve tenere conto di un gran numero di fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa. Tra tali fattori rilevano principalmente la natura della restrizione della concorrenza nonché il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte.

349. Quanto alla natura dell'intesa in esame, sulla base delle risultanze istruttorie, è stato accertato che le imprese Itinera, Sintexcal e la sua controllata General Beton, e Impresa Bacchi, hanno posto in essere una intesa che si sostanzia in un cartello orizzontale segreto avente ad oggetto il condizionamento di una procedura di gara pubblica individuata dalla Gara Servizi n. 1/2019, con l'obiettivo di ripartirsi i lotti a gara e eliminare la concorrenza reciproca.

350. Si tratta di una condotta considerata tra le violazioni più gravi della normativa antitrust in quanto, per sua stessa connotazione, risulta idonea e destinata ad alterare in caso di aggiudicazione della procedura di gara pubblica come poi avvenuto nel caso di specie, per tutta la durata dell'affidamento, il normale gioco della concorrenza.

351. La gravità della condotta va inoltre qualificata alla luce del fatto che la procedura di gara condizionata è una gara di dimensione comunitaria con importi a base d'asta e aggiudicati di entità rilevante.

352. L'intesa ha avuto piena attuazione e ciò ha determinato - a differenza di quanto sostenuto dalle parti - effetti pregiudizievoli sul mercato e sui consumatori, in termini di maggior costo della commessa pubblica e di perdita di efficienza e qualità prestazionale, a danno ultimo della collettività e dei cittadini utenti del servizio autostradale.

353. L'intesa raggiunta è inoltre segreta e quindi ulteriormente pregiudizievole in quanto gli elementi della concertazione risultano difficili da rilevare anche nella loro piena portata.

354. Quanto al ruolo e alla rappresentatività delle imprese coinvolte, si osserva che la concertazione ha coinvolto i principali operatori del settore della pavimentazione autostradale nel territorio del nord-Italia.

355. L'analisi istruttoria ha inoltre consentito di appurare - diversamente da quanto argomentato da Sintexcal - che il settore delle pavimentazioni autostradali nel nord-Italia è concentrato e caratterizzato dalla presenza di un numero limitato di imprese medio grandi, cui si affiancano (poche) imprese di minore dimensioni e capacità logistica, prevalentemente attive a livello locale.

356. Il comportamento anticoncorrenziale accertato costituisce quindi un'infrazione molto grave dell'articolo 101 del TFUE.

B. Quantificazione della sanzione

357. Al fine di quantificare la sanzione occorre tenere presente quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, nonché i criteri interpretativi enucleati nelle "Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni

amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90" (di seguito, Linee guida), deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.

358. Seguendo i punti 7 e seguenti delle Linee guida, l'importo di base della sanzione si ottiene moltiplicando una percentuale del valore delle vendite, determinata in funzione del livello di gravità dell'infrazione alla durata della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione.

359. Con particolare riferimento alla collusione nell'ambito di procedure di gara di appalti pubblici, in base al punto 18 delle Linee guida, *"in generale, anche nei casi di collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, l'Autorità prenderà in considerazione il valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito. In linea di principio, tale valore corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione o comunque affidati ad esito di trattativa privata nelle procedure interessate dall'infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione ai sensi dei paragrafi precedenti"*.

360. Nel caso di specie, per ciascuna delle parti, il valore delle vendite interessate dall'illecito corrisponde all'importo oggetto di aggiudicazione (inclusivo degli oneri di sicurezza) nella Gara servizi n. 1/2019 interessata dalla collusione.

361. Non vi è motivo di derogare alle regole di individuazione del valore delle vendite di cui alle Linee guida, atteso che l'importo di aggiudicazione - piuttosto che all'utile derivato dalla commessa come richiesto da due della parti - costituisce il parametro di riferimento più idoneo a riflettere l'importanza economica dell'infrazione e rileva anche ai fini della certezza della sanzione, evitando che i dati possano essere viziati da comportamenti elusivi che non consentirebbero di raggiungere lo scopo dissuasivo della sanzione. L'importo di aggiudicazione rispecchia inoltre in modo completo l'ammontare delle vendite che le parti ritenevano di poter ricavare dall'illecito, senza quindi che sia necessaria alcuna correzione in ragione della natura "a misura" dell'appalto⁴⁸³.

362. Ai fini della determinazione dell'importo base della sanzione, al valore base come sopra determinato dovrà essere applicata una specifica percentuale individuata in funzione della gravità della violazione, per la quale si rinvia integralmente a quanto rappresentato ai paragrafi che precedono. Secondo le Linee guida, in particolare, la proporzione considerata deve essere fissata ad un livello che può raggiungere il 30% del valore delle vendite (punto 11).

363. Nel valutare la gravità della violazione, l'Autorità terrà conto in primo luogo della natura dell'infrazione (punto 12 delle Linee guida). In relazione al caso di specie, va considerato che le intese orizzontali segrete di ripartizione dei mercati e fissazione coordinata dei prezzi, ai sensi del punto 12 delle Linee guida, la percentuale del valore delle vendite considerata ai fini del calcolo dell'importo base *"sarà di regola non inferiore al 15%"*.

364. Ulteriori criteri di qualificazione della gravità, ai fini della scelta della percentuale da applicare al valore delle vendite, secondo il punto 14 delle Linee guida, sono: *i)* le condizioni di concorrenza nel mercato interessato (quali ad esempio, il livello di concentrazione, l'esistenza di barriere all'entrata); *ii)* la natura dei prodotti o servizi, con particolare riferimento al pregiudizio all'innovazione; *iii)* l'attuazione o meno della pratica illecita; *iv)* la rilevanza dell'effettivo impatto economico o, più in generale, degli effetti

⁴⁸³ Cfr. anche Tar Lazio, 24 aprile 2018, sentenza n. 4486, confermata da Consiglio di Stato, 23 novembre 2020, n. 7320 (I792 - Gare ossigenoterapia e ventiloterapia).

pregiudizievoli sul mercato e/o sui consumatori, qualora l’Autorità disponga di elementi che consentano una stima attendibile degli stessi.

365. In considerazione della gravità dell’infrazione contestata- come più sopra declinata avuto riguardo in particolare alla sua natura ed effettiva attuazione – ai fini del calcolo dell’importo base della sanzione è applicato un coefficiente di gravità del 15%.

366. Le osservazioni di Sintexcal circa il fatto che l’intesa in esame interessa una sola procedura di gara e avrebbe avuto una rilevanza e impatto economico limitato, anche sotto il profilo degli effetti, sono da considerarsi assorbite dal fatto che il coefficiente di gravità del 15% è quello minimo di norma applicato alle intese orizzontali segrete di ripartizione dei mercati⁴⁸⁴.

Tabella 14 – Calcolo dell’importo base

Parti	Fatturato specifico	Coefficiente di gravità	Importo base
Itinera	€ 7.910.341	15%	€ 1.186.551
Sintexcal/General Beton	€ 7.695.143	15%	€ 1.154.271
Impresa Bacchi	€ 7.363.172	15%	€ 1.104.476

367. Ai sensi dei punti 19 e 21 delle Linee guida, l’importo di base della sanzione, determinato come descritto nei paragrafi che precedono, potrà essere incrementato per tener conto di specifiche circostanze che aggravano (circostanze aggravanti) o attenuano (circostanze attenuanti) la responsabilità dell’autore della violazione.

368. Avuto riguardo alle circostanze aggravanti, l’importo di base potrà essere ulteriormente aumentato fino al 100% nel caso in cui la stessa impresa abbia precedentemente commesso una o più infrazioni simili o della stessa tipologia, in relazione all’oggetto o agli effetti, accertata/e dall’Autorità o dalla Commissione Europea, nei cinque anni precedenti l’inizio dell’infrazione oggetto di istruttoria (punto 22 delle Linee guida⁴⁸⁵).

369. Nel caso di specie rileva la partecipazione di General Beton ad una infrazione della stessa tipologia, accertata dall’Autorità con provvedimento n. 25081 del 22 dicembre 2015 caso (I780 – Mercato del calcestruzzo in Veneto) e relativa ad una fattispecie di intesa orizzontale segreta di ripartizione della clientela, assistita da fissazione dei prezzi di riferimento, in ragione della quale l’importo base della sanzione applicata in solido a General Beton e Sintexcal è aumentato del 20%⁴⁸⁶. Non si possono sul punto accogliere le argomentazioni difensive di Sintexcal e General Beton essendo il tenore letterale del punto 22 delle Linee guida inequivoco, nonché giustificato dalla circostanza che il *dies a quo* a partire dal quale l’impresa è tenuta ad essere consapevole di un rischio di recidiva coincide con la data di accertamento della condotta.

370. Tra le circostanze attenuanti, le Linee guida citano: *“l’adozione e il rispetto di uno specifico programma di compliance, adeguato e in linea con le best practice europee e nazionali. La mera esistenza*

⁴⁸⁴ Cfr. anche Consiglio di Stato, 21 marzo 2018, n. 1821 (I776 - Mercato della produzione di poliuretano espanso flessibile).

⁴⁸⁵ Testualmente “[...] l’importo di base potrà essere ulteriormente aumentato fino al 100% nel caso in cui la stessa impresa abbia precedentemente commesso una o più infrazioni simili o della stessa tipologia, in relazione all’oggetto o agli effetti, accertata/e dall’Autorità o dalla Commissione Europea, nei cinque anni precedenti l’inizio dell’infrazione oggetto di istruttoria. Per determinare il livello appropriato dell’incremento dell’importo di base da applicare nel caso di recidiva, l’Autorità terrà conto della natura e della relativa affinità sostanziale tra le violazioni accertate”.

⁴⁸⁶ Nel caso di specie l’inizio dell’infrazione è da ricondursi al periodo intercorrente tra la prima pubblicazione del bando (11/02/2019) e la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (22/03/2019) nella Gara Servizi n. 1/2019.

di un programma di compliance non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma (attraverso, ad esempio, un pieno coinvolgimento del management, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, l'organizzazione di attività di training adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e auditing)".

371. Le “Linee Guida sulla compliance antitrust” (di seguito, Linee guida compliance), deliberate dall’Autorità il 25 settembre 2018, prevedono tra l’altro che, nessuna attenuante potrà essere concessa a un’impresa recidiva che abbia già beneficiato di una riduzione della sanzione antitrust ad esito di una precedente istruttoria per aver adottato un programma di compliance, anche nel caso di modifiche del programma apportate dopo l’avvio del procedimento (punto 41) e che, con riferimento ai gruppi di società, nell’ambito di procedimenti antitrust che coinvolgono anche la controllante, affinché il programma di compliance di quest’ultima possa ritenersi adeguato, esso deve essere adottato e implementato a livello di gruppo (punto 43).

372. Al riguardo si rappresenta che Sintexcal ha comunicato il 3 dicembre 2021 l’adozione di un programma di compliance⁴⁸⁷ e che General Beton ha comunicato il 7 dicembre 2021 di avere aggiornato, rafforzato e modificato il programma di compliance già adottato dalla società nel 2015⁴⁸⁸ sia effettuando una nuova mappatura della aree di possibile rischio antitrust e del livello di rischio antitrust sia adottando un nuovo programma, aggiornato e rafforzato con riguardo ai meccanismi di *audit* e *due diligence*, e con meccanismi di raccordo rispetto ai programmi di compliance delle società controllate. General Beton ha inoltre rappresentato l’adozione di programmi di compliance antitrust anche da parte delle società controllate operative in Italia (ivi inclusa Sintexcal). Entrambe le società hanno allegato la documentazione relativa al contenuto e all’adozione dei citati programmi e chiesto il riconoscimento di una riduzione della sanzione a titolo di circostanza attenuante in misura anche superiore al 5% (Sintexcal) o al 10% (General Beton), in linea con quanto previsto al punto 23 delle Linee guida.

373. Il programma adottato dalla controllante General Beton nel 2015 ha tuttavia già formato oggetto di valutazione da parte dell’Autorità in occasione del caso I780 – Mercato del calcestruzzo in Veneto, con il riconoscimento di una circostanza attenuante specifica del 5%⁴⁸⁹. Non si ritiene pertanto di poter riconoscere una riduzione della sanzione a titolo di circostanza attenuante a General Beton e alla controllata Sintexcal in relazione all’adozione o modifica di un programma di *compliance* a livello di gruppo.

374. In replica alle difese di Sintexcal e General Beton sul punto, si rileva che l’eventuale riconoscimento di una attenuante per l’adozione dei programmi di *compliance* ad opera delle società è effettuata in base alle previsioni di cui alle Linee guida *compliance*, già in vigore al momento della notifica alle parti della comunicazione delle risultanze istruttorie, laddove queste testualmente prevedono che nessuna attenuante possa essere concessa a un’impresa recidiva che abbia già beneficiato di una riduzione della sanzione antitrust ad esito di una precedente istruttoria per aver adottato un programma di *compliance*, anche nel caso di modifiche del programma apportate dopo l’avvio del procedimento. Non rileva pertanto né la

⁴⁸⁷ DOC334.

⁴⁸⁸ DOC335.

⁴⁸⁹ Cfr. il provvedimento n. 25081 del 22 dicembre 2015, § 103.

circostanza che il precedente programma di *compliance* di General Beton sia stato valutato dall’Autorità (con riconoscimento di una attenuante) in un tempo precedente alla entrata in vigore delle Linee guida *compliance*, né la circostanza che General Beton abbia provveduto a modificare il proprio programma di *compliance* nel 2021, dopo l’avvio del procedimento.

375. Nessuna delle parti ha collaborato con l’Autorità nel corso del procedimento istruttorio al di là di quanto richiesto dagli obblighi di legge, pertanto, tale attenuante, prevista nelle linee guida, non può essere applicata a nessuno dei soggetti che ne ha fatto richiesta. Non è inoltre meritevole di accoglimento l’istanza di Impresa Bacchi in ordine al riconoscimento di una circostanza attenuante per il ruolo marginale nella partecipazione all’infrazione, in quanto tutte le imprese parti sono risultate parimenti coinvolte nel condizionamento della Gara Servizi n. 1/2019.

376. La sanzione così definita è irrogata in solido a Sintexcal e General Beton (punto 32 delle Linee guida).

377. Per nessuna delle parti la sanzione supera il limite edittale di cui all’articolo 15 della legge n. 287/90, individuato nel 10% del dal fatturato totale realizzato a livello mondiale dall’impresa nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida.

378. In ragione di quanto sopra esposto in ordine alla gravità delle condotta, all’applicazione di un coefficiente di gravità sul livello minimo del 15% e alla circostanza che la sanzione da irrogarsi in solido a General Beton e Sintexcal è anche ampiamente inferiore al massimo edittale⁴⁹⁰, non si ritiene che vi siano le condizioni per applicare il punto 34 delle Linee guida come richiesto da Sintexcal, risultando in particolare ingiustificato quanto osservato dalla società in merito al fatto che l’utilizzo degli ordinari criteri di calcolo comporterebbe l’applicazione di una sanzione eccessivamente afflittiva e non proporzionata rispetto alla rilevanza dell’infrazione contestata.

379. Le specifiche circostanze del caso concreto giustificano invece una deroga alle Linee guida ai sensi del punto 34 delle medesime, per quanto riguarda Impresa Bacchi, di dimensioni economiche significativamente inferiori rispetto alle altre parti del procedimento e per la quale il necessario effetto deterrente può essere conseguito irrogando una sanzione pari a 552.238 euro.

Tabella 15 – sanzione

Parti	Importo base	Aggravanti	Attenuanti	Sanzione	Sanzione finale post punto 34	Fatturato totale mondiale
Itinera	€ 1.186.551	-	-	€ 1.186.551	€ 1.186.551	€ 1.199.746.000
Sintexcal/General Beton	€ 1.154.271	20%	-	€ 1.385.126	€ 1.385.126	[omissis]
Impresa Bacchi	€ 1.104.476	-	-	€ 1.104.476	€ 552.238	€ 24.560.649

380. Si rileva infine che Impresa Bacchi ha presentato istanza di riconoscimento di incapacità contributiva ai sensi del punto 31 delle Linee guida, motivandola sulla base del deterioramento delle condizioni reddituali e finanziarie che verrebbe determinato dall’applicazione della sanzione. Dall’analisi dei dati di

⁴⁹⁰ Nonché inferiore al 10% del fatturato totale realizzato a livello mondiale da Sintexcal nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida.

bilancio di Impresa Bacchi risulta, tuttavia, che dall'applicazione della sanzione non deriva una sostanziale modifica delle condizioni di solvibilità dell'impresa, che rimarrebbero nel complesso buone. Infatti, il patrimonio netto rimarrebbe ampiamente positivo ad esito dell'applicazione della sanzione e gli indicatori che esprimono il rapporto mezzi propri/totale attività, mezzi propri/passività nette e mezzi propri/debiti totali, continuerebbero ad assumere valori non critici. Con riferimento alla situazione di liquidità dell'impresa, si osserva che anche a valle della sanzione, il capitale circolante netto della società risulterebbe ampiamente positivo e altri indicatori di liquidità, che esprimono il rapporto tra attività e passività correnti (i.e. il *current ratio* ed il *quick ratio*⁴⁹¹) continuerebbero a rappresentare una situazione di equilibrio. Peraltro, l'impresa si trova in una situazione di redditività adeguata, nella misura in cui sia l'EBITDA che il risultato di esercizio sono stati positivi negli ultimi tre anni. Per tali motivi, non si ritiene giustificato l'accoglimento dell'istanza di riconoscimento di incapacità contributiva presentata da Impresa Bacchi.

RITENUTO, pertanto, che le società Itinera S.p.A., Sintexcal S.p.A. in solido con la controllante General Beton Triveneta S.p.A., e Impresa Bacchi S.r.l. abbiano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) consistente in un'intesa orizzontale segreta di ripartizione del mercato avente ad oggetto il condizionamento dalla Gara Servizi n. 1/2019;

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che le società Itinera S.p.A., Sintexcal S.p.A., General Beton Triveneta S.p.A., e Impresa Bacchi S.r.l. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) consistente in un'intesa orizzontale segreta di ripartizione del mercato avente ad oggetto il condizionamento dalla Gara Servizi n. 1/2019;

b) Itinera S.p.A., Sintexcal S.p.A., General Beton Triveneta S.p.A., e Impresa Bacchi S.r.l. si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata di cui al punto a);

⁴⁹¹ Il *quick ratio* considera le attività correnti al netto delle rimanenze.

c) che, in ragione della gravità e durata dell'infrazione di cui al punto a) alle società riportate nella tabella che segue siano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie rispettivamente e complessivamente pari a quanto indicato nella seguente tabella:

Parte	SANZIONI
Itinera S.p.A.	€ 1.186.551
Sintexcal S.p.A. in solido con General Beton Triveneta S.p.A.	€ 1.385.126
Impresa Bacchi S.r.l.	€ 552.238

Le sanzioni amministrative di cui alla precedente lettera c) devono essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 241.

Il pagamento deve essere effettuato 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.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a 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 sarà 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'articolo 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

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

1847 - GARE D'APPALTO BANDITE DALL'ARSENALE MARINA MILITARE DI TARANTO
Provvedimento n. 30420

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Professor Michele Ainis;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTO il proprio provvedimento del 13 luglio 2021, n. 29759, con cui è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle imprese Co.m.e.r.i.n. S.r.l., COMES S.p.A., Electra S.r.l., IMET di IAIA Pierpaolo, Manutenzione Impianti e Bonifiche Meridionali S.r.l., Maren S.r.l., Officine Jolly S.r.l., Omega Engineering Marine S.r.l., Ricerca, Innovazione, Tecnologie (R.I.T.) S.r.l., Technomont Taranto S.r.l., TPS Taranto S.r.l., S.I.P.L.E.S S.r.l., Consorzio Chio.me, Chiome S.r.l. e Consorzio Navalmeccanico Taranto C.N.T., per accertare l'esistenza, almeno dal 2018, di un'intesa spartitoria tra tali società, tale da limitare il confronto concorrenziale nella partecipazione ad una serie di procedure di gara indette dall'Arsenale di Taranto, in violazione dell'articolo 101 TFUE;

VISTO il proprio provvedimento del 5 aprile 2022, n. 30105, con il quale è stata deliberata un'estensione soggettiva dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti della società IMET S.r.l. per accertare l'esistenza di violazioni della normativa a tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATA la complessità del procedimento istruttorio che riguarda un numero significativo di gare, su un arco temporale pluriennale, e di Parti del procedimento coinvolte nell'illecito;

CONSIDERATE la quantità e la complessità degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria e tuttora in corso di valutazione, nonché la necessità di assicurare alla parte un congruo termine per l'esercizio dei diritti di difesa anche in relazione all'ingente mole di documenti sui quali esercitare il contraddittorio;

CONSIDERATO pertanto, la necessità di elaborare compiutamente le informazioni contenute nella complessiva documentazione acquisita agli atti del procedimento, garantendo, al contempo, il più ampio esercizio del diritto di difesa e il pieno dispiegarsi del contraddittorio;

RITENUTO, pertanto, necessario prorogare il termine di chiusura del procedimento, attualmente fissato al 31 dicembre 2022;

DELIBERA

di prorogare al 30 giugno 2023 il termine di conclusione del procedimento.

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

C12487 - IN'S MERCATO/RAMO DI AZIENDA DICO

Provvedimento n. 30414

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2022;

SENTITA la Relatrice, Professoressa Elisabetta Iossa;

VISTO il Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTA la comunicazione della società IN's Mercato S.p.A., pervenuta in data 5 settembre 2022;

VISTA la richiesta di informazioni, inviata in data 3 ottobre 2022, con conseguente interruzione dei termini ai sensi dell'articolo 5, comma 3, del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTE le informazioni aggiuntive inviate dalla società IN's Mercato S.p.A., pervenute in data 14 novembre 2022;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. IN's Mercato S.p.A. (di seguito "IN's") è una società del Gruppo PAM, attivo nel commercio al dettaglio di prodotti alimentari e non alimentari di largo e generale consumo. Il Gruppo PAM, integralmente controllato dalla società Gecos – Generale di Commercio e Servizi S.p.A., opera nel settore sotto le insegne "Panorama", "PAM", "Pam local", "IN's" e gestisce una rete *franchising* contraddistinta dalle insegne "META", "Pam club", "Pam Express" e "Pam local". Il fatturato complessivamente realizzato dal gruppo PAM a livello nazionale, nel 2021, è stato pari a circa [2-3]* miliardi di euro.

2. Il Ramo d'azienda *target* è costituito da 54 punti vendita della tipologia *discount*, di proprietà di Cesed S.p.A. (2) e della sua controllata Dico S.p.A. (52), contraddistinti dalle insegne "TuoDi" e "Fresco Market". Il fatturato del 2021 attribuibile al Ramo d'azienda è di circa [100-517] milioni di euro.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

3. L'operazione in esame ha ad oggetto l'acquisizione, da parte del Gruppo PAM, di 54 punti vendita ubicati nelle regioni Lazio, Toscana, Umbria e Marche. Si tratta, in particolare, di 39 supermercati (dimensione compresa tra i 400 e i 2.499 mq) e 15 *superette* (dimensione compresa tra i 100 e i 399 mq).

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

4. L'operazione, per quanto riguarda i 52 punti vendita di Dico, è funzionale a dare completa esecuzione al piano concordatario omologato con provvedimento del Tribunale di Roma in data 21 giugno 2019.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

5. L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di parti di impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/90.

6. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90 non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE 139/04, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese interessate dall'operazione è stato superiore a 517 milioni di euro ed il fatturato realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dalle imprese oggetto di acquisizione è stato superiore a 31 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

Il mercato del prodotto

7. L'operazione in esame interessa il settore della grande distribuzione organizzata (GDO) di prodotti alimentari e non alimentari di largo consumo. Secondo la prassi consolidata dell'Autorità, nel settore della GDO operano, a livello nazionale, molteplici operatori, con dimensioni, caratteristiche e formule organizzative estremamente variegata. In particolare, la GDO viene solitamente suddivisa in: Grande Distribuzione (GD), nella quale sono comprese le grandi catene distributive organizzate in forma di impresa o di gruppo di imprese, e Distribuzione Organizzata (DO), di cui fanno parte le catene costituite da soggetti giuridici distinti, ma "legati" dalla comune adesione a formule associative di vario tipo, quali consorzi, unioni volontarie, società di servizi, cooperative di consumo, ecc..

8. All'interno della GDO possono distinguersi diverse categorie di punto vendita (ipermercati, supermercati, *superette* e *discount*) che si differenziano rispetto a un insieme di caratteristiche (dimensione, posizionamento, gamma di prodotti offerti, presenza di banchi del fresco, ecc.) che concorrono a determinarne la qualità e il livello di servizi offerti.

9. L'Autorità, ad esito di recenti approfondimenti istruttori nell'ambito di alcuni procedimenti per la valutazione di un'operazione di concentrazione nel settore del GDO¹, ha avuto modo di aggiornare la definizione dei mercati merceologici in tale settore, distinti per categoria dimensionale di punto vendita (mercati degli ipermercati, dei supermercati e delle *superette*).

10. L'operazione in esame, riguardando l'acquisizione di 39 supermercati e 15 *superette*, ha impatto sui mercati merceologici dei supermercati e delle *superette*. Il primo risulta composto da tutti i supermercati, dalle *superette*, dagli ipermercati e dai *discount*, ossia tutti i punti vendita da 100 mq in su. Il secondo è composto dalle *superette*, dai supermercati e dai *discount*, ovvero i punti vendita aventi una dimensione compresa tra i 100 e i 2.499 mq.

¹ Cfr. C12279 - DI PERDÌ/RAMI DI AZIENDA DI SMA E SOCIETÀ GENERALE DISTRIBUZIONE, provv. 28326 del 4 agosto 2020, in Boll. 34/2020; C12247B - BDC ITALIA-CONAD/AUCHAN, provv. n. 28163 del 25 febbraio 2020, in Boll. 10/2020; C12246 - FRATELLI ARENA/RAMI DI AZIENDA DI SMA-DISTRIBUZIONE CAMBRIA-ROBERTO ABATE, provv. n. 28038 del 20 dicembre 2019, in Boll. n. 52/2019.

Il mercato geografico

11. Sotto il profilo geografico, i mercati della GDO hanno dimensione locale, in considerazione dei comportamenti di acquisto dei consumatori e dell'importanza da questi attribuita alla prossimità dei punti vendita.

12. Nei recenti approfondimenti istruttori sopra citati, l'Autorità è pervenuta alla conclusione che la distanza che meglio rappresenta le abitudini di spesa della domanda è pari, nel caso dei supermercati, a 15 minuti di guida, mentre nel caso delle *superette* è limitata a 10 minuti di guida. Pertanto, i mercati geografici interessati dalla presente operazione sono, per i 39 supermercati, quelli delimitati da curve isocrone di 15 minuti di guida costruite intorno ai punti vendita oggetto di acquisizione e, per le 15 *superette*, quelli delimitati da curve isocrone di 10 minuti di guida.

Gli effetti dell'operazione

13. Il settore interessato dall'operazione in esame è quello della grande distribuzione organizzata, nel quale sono attive entrambe le Parti.

14. Nei 39 mercati locali dei supermercati considerati, sulla base dei dati forniti dalle Parti, l'operazione non appare in grado di alterare significativamente le condizioni concorrenziali. In 19 mercati locali, infatti, l'acquirente non risulta presente con propri punti vendita e l'operazione determina, pertanto, la mera sostituzione di un operatore con un altro. Nei 20 restanti mercati locali, la quota *post merger* risulta sempre inferiore al 10%, tranne in 4 casi in cui la quota combinata delle Parti rimane comunque inferiore al 25%.

15. Allo stesso modo, nei 15 mercati locali delle *superette*, sulla base dei dati forniti dalle Parti, l'operazione non è in grado di modificare l'assetto competitivo. In 7 mercati locali, infatti, l'acquirente non è presente con propri punti vendita e l'operazione determina, pertanto, la sostituzione di un operatore con un altro. Negli altri 8 mercati locali delle *superette*, solo in 5 casi la quota *post merger* supera il 10%, rimanendo in ogni caso inferiore al 20%.

16. Pertanto, alla luce delle contenute quote di mercato delle Parti e della presenza di numerosi e qualificati concorrenti, nei mercati locali dei supermercati e delle *superette* considerati l'operazione non risulta idonea ad alterare in maniera significativa l'assetto concorrenziale preesistente.

17. In conclusione, in ragione delle considerazioni sopra esposte, si ritiene che la concentrazione in esame non sia idonea a ostacolare in misura significativa la concorrenza effettiva nei mercati interessati e a determinare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non ostacola, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, in misura significativa la concorrenza effettiva nei mercati interessati e non comporta la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro delle Imprese e del Made in Italy.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

C12502 - NEXI/RAMO DI AZIENDA DI BPER BANCA

Provvedimento n. 30415

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Prof. Michele Ainis;

VISTO il Reg. (CE) n. 139/2004;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTA la comunicazione di Nexi S.p.A., pervenuta in data 16 novembre 2022;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Nexi S.p.A. (di seguito, anche "Nexi") è la *holding* di diritto italiano dell'omonimo gruppo (Gruppo Nexi) attivo principalmente in Italia e, dal 2021, anche a seguito dell'acquisizione del Gruppo Nets e della fusione per incorporazione di SIA S.p.A., nei Paesi nordici, baltici, DACH e del sud-est Europa. In particolare, il Gruppo Nexi è attivo nel settore dei servizi di pagamento, fornendo servizi di c.d. *merchant acquiring* e servizi connessi (inclusa la fornitura di terminali POS), di *processing*, *card issuing*, personalizzazione delle carte, *clearing* dei pagamenti, gestione delle c.d. *automated teller machines* ("ATM") e *corporate banking* digitale; inoltre, esso è attivo nella progettazione, realizzazione e gestione di infrastrutture e servizi tecnologici per istituzioni finanziarie, banche centrali, aziende ed enti pubblici, nonché nella fornitura di *capital market e network solution*.

Nexi non è attualmente sottoposta al controllo esclusivo o congiunto di alcun azionista¹; essa è quotata nel mercato telematico azionario italiano di Borsa Italiana ed è parte dell'indice FTSE MIB.

2. Il fatturato realizzato dal Gruppo Nexi nel 2021 è stato pari a circa [3-4]^{*} miliardi di Euro², di cui [2-3] miliardi di Euro realizzati in Italia.

3. Oggetto di acquisizione è un ramo di azienda, attualmente soggetto al controllo esclusivo di BPER Banca S.p.A., composto (i) da un complesso di attività e passività riconducibile all'esercizio dei servizi di *acquiring*, ossia di convenzionamento degli esercenti per i pagamenti con carta nonché (ii) dal 100% del capitale sociale della società Numera Sistemi e Informatica S.p.A. (di seguito, anche, "Numera"), a seguito del *carve out* di *business* non strettamente connessi all'attività di fornitura e gestione di terminali POS (complessivamente, di seguito, anche, "Ramo *Acquiring*"). Più nello specifico, il Ramo *Acquiring* include,

¹ Cfr. Caso C12373 – Nexi/SIA, Provvedimento AGCM del 12 ottobre 2021.

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

² Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

oltre all'attività di fornitura e gestione di terminali POS riconducibile a Numera, i rapporti di convenzionamento e fornitura/gestione di terminali POS, in corso al *closing* dell'operazione, il relativo personale, nonché i rapporti che saranno eventualmente instaurati dopo la conclusione dell'operazione, in virtù dei rapporti che continueranno a sussistere tra le Parti.

4. Il fatturato realizzato dal Ramo *Acquiring*, ai sensi dell'art. 16, comma 2, della l. 287/90³, è stato stimato pari a [100-517] milioni di Euro.

II. L'OPERAZIONE

5. L'operazione in esame consiste nell'acquisizione, da parte di Nexi del controllo esclusivo del Ramo *Acquiring*, come descritto.

6. In base a quanto dichiarato dalle Parti, l'operazione prevede altresì le seguenti clausole: (i) una clausola di non concorrenza, secondo la quale il Gruppo BPER si asterrà, per i due anni successivi all'esecuzione dell'operazione, dallo svolgere, direttamente o attraverso accordi commerciali o di *partnership* con terzi, attività di *merchant acquiring* e fornitura di terminali POS (e servizi correlati) in Italia, e, dunque, dal promuovere, commercializzare, distribuire, offrire, sviluppare e fornire servizi di *acquiring* e terminali POS diversi da quelli forniti dal Gruppo Nexi; (ii) dell'obbligo per il Gruppo BPER di promuovere e collocare, attraverso la propria rete di filiali e agenti, i prodotti e servizi di *merchant acquiring* offerti dal Gruppo Nexi [omissis] e (iii) un obbligo di non sollecitazione per un periodo[omissis], in virtù del quale il Gruppo BPER si impegna a non offrire, direttamente o indirettamente, l'assunzione o incarichi di servizio a dipendenti del Gruppo Nexi che siano coinvolti nelle medesime attività oggetto dell'operazione.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

7. L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di una parte d'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/90. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/04, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della stessa legge (come modificato dall'articolo 1, comma 177, della legge 4 agosto 2017, n. 124, in vigore dal 29 agosto 2017), in quanto il fatturato totale, calcolato in parte ai sensi dell'articolo 16, comma 2, della legge n. 287/90, realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 517 milioni di euro, e il fatturato realizzato individualmente, a livello nazionale, da almeno due di esse è superiore a 31 milioni di Euro. Inoltre, l'Operazione non ha dimensione comunitaria ai sensi dell'art. 1 del Regolamento UE n. 139/2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in quanto ciascuna delle Parti realizza più di due terzi del proprio fatturato totale nell'UE all'interno di un unico Stato dell'UE (l'Italia).

8. Per quel che concerne le restrizioni sopra descritte, occorre evidenziare che i patti di non concorrenza e di non sollecitazione illustrati in precedenza ai punti (i) e (iii), possono essere qualificati come accessori alla concentrazione comunicata, nella misura in cui contengono restrizioni direttamente connesse alla

³ Come modificato dall'articolo 32 della legge 5 agosto 2022, n. 118, Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021.

realizzazione dell'operazione e ad essa necessarie, purché la loro durata sia limitata a due anni⁴. Tali impegni, infatti, assunti dal venditore e a beneficio dell'acquirente, rispondono all'esigenza di garantire in favore quest'ultimo il trasferimento dell'effettivo valore dell'impresa, hanno una portata materiale e geografica circoscritta all'attività economica dell'impresa ceduta. Diversamente, non può essere considerata accessoria la clausola descritta al punto (ii) poiché contiene un vincolo di esclusiva e conferisce al Gruppo Nexi uno *status* di *partner* privilegiato e, come chiarito al punto 34 dalla Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni, “*gli obblighi che comportano quantitativi illimitati o l'esclusiva o che conferiscono uno status di fornitore o acquirente privilegiato, non sono necessari alla realizzazione della concentrazione*”.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

9. In ragione dell'attività svolta dalle Parti, l'operazione interessa la fornitura del servizio di *merchant acquiring*, ossia il servizio di convenzionamento dell' esercente e di fornitura di POS, che permette allo stesso di ricevere pagamenti attraverso strumenti elettronici.

a. Premessa: il contesto di mercato

10. In via del tutto preliminare, occorre osservare che, come già rilevato nell'ambito della recente istruttoria relativa al caso *C12373 - Nexi/SIA*⁵, negli ultimi anni il servizio di *merchant acquiring*, e più in generale il settore dei pagamenti di cui esso è parte, è stato interessato da una significativa evoluzione, stimolata anche dall'adozione di norme di armonizzazione a livello europeo⁶, che, agevolando l'attività transfrontaliera da parte delle imprese attive in tale settore, ha avuto riflessi importanti sulle stesse dinamiche concorrenziali.

11. Inoltre, l'elevata componente tecnologica, che interessa anche i servizi di *merchant acquiring* qui in esame, e gli elevati costi fissi che ne conseguono hanno indotto l'accentuarsi della specializzazione nel settore e, al contempo, un processo di consolidamento per far fronte agli investimenti in ricerca e sviluppo. Infatti, l'ampliamento del perimetro operativo e del numero di transazioni trattate consente di sfruttare economie di scala e di diversificazione e di incrementare i margini di profitto, generando risorse utili per il finanziamento dell'innovazione.

12. Nella stessa direzione, si era osservato che un'ulteriore spinta al processo di consolidamento derivava dalle scelte strategiche degli operatori tradizionali, ossia le banche che, per offrire servizi avanzati e innovativi anche nell'ambito dell'*acquiring*, oltre che per favorire la maggiore efficienza, si rivolgono a fornitori specializzati, mediante contratti di *outsourcing* o attraverso la cessione di interi rami di attività⁷.

⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni (G.U.C.E. 2005/C-56/03 del 5 marzo 2005).

⁵ Cfr. Caso C12373 – Nexi/SIA, Provvedimento AGCM del 12 ottobre 2021.

⁶ Cfr. Regolamento (CE) n. 2560/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro; Regolamento (UE) 2015/751 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta; Direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE; Direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE.

⁷ Tali dinamiche di consolidamento hanno caratterizzato l'intera industria dei pagamenti digitali a livello globale. Ad esempio, in ambito europeo, dal 2010 al 2017 si sono registrate più di 40 importanti operazioni di concentrazione nell'industria dei pagamenti

13. L'effetto del consolidamento è la presenza di soggetti che operano su base europea o financo globale e non più meramente nazionale.

14. L'operazione in esame si inserisce in questo contesto e si pone in linea con i *trend* di mercato descritti, trattandosi dell'acquisizione, da parte di un importante operatore tecnologico, non bancario, attivo a livello europeo (quale Nexi) del ramo di azienda *acquiring* che è attualmente controllato da una banca tradizionale (ossia BPER), attiva a livello sovranazionale. La *ratio* dell'operazione, secondo quanto dichiarato dalle Parti, è da rinvenirsi nella volontà di BPER di mantenere *standard* qualitativi e tecnologici adeguati per i propri clienti bancari, cedendo il *business* di *merchant acquiring* a un operatore tecnologico in grado di offrire una gamma integrata di soluzioni interamente sviluppate *in-house* e di affrontare la concorrenza crescente in un mercato internazionale e fortemente competitivo in termini di innovazione digitale, tecnologia ed efficienza.

b. Il mercato rilevante: la fornitura di servizi di retail merchant acquiring

15. Tanto premesso, il mercato interessato dalla presente operazione è quello della fornitura di servizi di *retail merchant acquiring* e di terminali POS e servizi correlati.

16. I servizi di *merchant acquiring* consistono in una serie di attività volte a consentire agli esercenti di accettare pagamenti tramite carta, sia presso i punti vendita tradizionali sia *online*, e di assicurarsi la successiva ricezione del denaro relativo a tali transazioni. Tali servizi includono: *i*) la commercializzazione di prodotti e servizi necessari e accessori all'accettazione di pagamenti *online*, al fine di consentire agli esercenti di accettare quanti più metodi di pagamento possibile; *ii*) l'attività di contrattualizzazione degli esercenti e la fornitura dell'infrastruttura tecnica (*hardware/software* – terminali POS) per l'accettazione di pagamenti e l'acquisizione di dati sulle transazioni; *iii*) il mantenimento e la gestione del rapporto con l'esercente; *iv*) la verifica dell'idoneità dell'esercente ad aderire al circuito di pagamento e la gestione del rapporto con i circuiti stessi; *v*) lo svolgimento di qualsiasi attività necessaria per compensare e regolare il trasferimento di denaro (*a*) all'issuer che ha emesso la carta di pagamento al consumatore, (*b*) al circuito di pagamento attraverso la cui rete è stata indirizzata la transazione e (*c*) all'esercente con riferimento all'operazione eseguita, al netto delle varie commissioni dovute al *merchant acquirer*; e *vi*) la fornitura di altri servizi vari e/o accessori relativi al *merchant acquiring*.

17. Dal lato dell'offerta i servizi elencati sono forniti agli esercenti dalle banche o dai Prestatori di Servizi di Pagamento - PSP; le banche, a loro volta, possono autoprodurre tali servizi o acquistarli all'ingrosso (a livello *wholesale*) dai PSP. Inoltre, come illustrato in precedenza, sono presenti nuove tipologie di operatori che si possono collocare essenzialmente nell'ambito delle *fintech* (quali ad esempio SumUp), che hanno sviluppato canali di distribuzione alternativi alle banche per fornire direttamente agli esercenti i terminali POS, in abbinamento al relativo servizio di *merchant acquiring*.

18. Di recente, anche in linea con i precedenti della Commissione europea⁸, l'Autorità⁹ ha individuato nel settore due mercati distinti: *i*) il mercato del *wholesale merchant acquiring*, che identificherebbe il solo livello all'ingrosso, in cui le banche acquistano i servizi dai PSP per poi rivenderli agli esercenti, e *ii*) il mercato del *retail merchant acquiring*, che identifica il livello di vendita dei servizi al dettaglio,

che, ad avviso della Commissione europea sono state motivate dalla volontà degli operatori internazionali di conseguire maggiori volumi di transazioni e massimizzare le economie di scala (Cfr. *Study on the application of the Interchange Fee Regulation*, 2020).

⁸ Cfr. decisione della Commissione del 26 giugno 2021, nel caso M.9759 – Nexi/Intesa Sanpaolo (Merchant acquiring business); decisione della Commissione del 10 settembre 2020, nel caso M.9776 – Worldline/Ingenico; decisione della Commissione dell'8 marzo 2021, nel caso M.10075 – Nexi/Nets.

⁹ Cfr. Caso C12373 – Nexi/SIA, Provvedimento AGCM del 12 ottobre 2021.

direttamente agli esercenti, sia da parte delle banche sia direttamente da parte dei PSP, entrambi inclusivi della fornitura di terminali POS e altri servizi correlati¹⁰.

19. Considerata l'attività svolta dal Ramo *Acquiring*, nel presente caso rilevano i servizi offerti a livello *retail*. In tale ipotesi, i servizi di *merchant acquiring* sono venduti agli esercenti affinché possano consentire alla propria clientela di effettuare i pagamenti tramite carta. Dal punto di vista della domanda, gli esercenti possono fornirsi di tali servizi dalla propria banca di riferimento che già offre loro i principali servizi bancari, da un'altra banca terza, da un PSP, e, più in prospettiva, da un operatore alternativo, nonché dal fornitore di servizi postali. Nel caso in cui l'esercente si rivolga alle banche – che in Italia rappresentano allo stato i principali fornitori di servizi di *merchant acquiring* a livello *retail* – queste possono fornire direttamente i servizi (se li internalizzano), riferire il cliente a un PSP o fornire i servizi che si procurano, a loro volta, a livello *wholesale*; la banca può offrire i servizi di *merchant acquiring* in abbinamento ad altri servizi di pagamento e/o ad altri servizi di natura creditizia e finanziaria. La prassi di mercato è quella di fornire le attività di *merchant acquiring* in abbinamento con i POS; di regola, gli esercenti richiedono generalmente tale abbinamento, con la parziale eccezione dei grandi esercenti (specialmente nella GDO) e degli esercenti *corporate*, che tendono a rifornirsi da produttori specializzati o ad avere una propria dotazione autonoma¹¹. Inoltre, dall'istruttoria svolta dall'Autorità nel già richiamato procedimento C12373 è emerso che l'eventuale cambio di fornitore è una scelta di regola sostenibile per il cliente.

20. Da tutto quanto esposto discende, dunque, che il mercato del prodotto comprenda sia la fornitura dei servizi di *retail merchant acquiring* sia la fornitura di POS.

21. Da un punto di vista geografico, in linea con quanto osservato dalla Commissione¹², il mercato del *retail merchant acquiring* appare essere ancora caratterizzato da una dimensione nazionale. Infatti, come di recente verificato dall'Autorità nel corso del predetto procedimento C12373, sebbene gli esercenti siano orientati a servirsi presso fornitori esteri, la grande maggioranza del mercato italiano a livello *retail* è servita da operatori nazionali o comunque dotati di un solido radicamento in Italia, e in particolare da operatori bancari (che sono nella loro interezza radicati nel mercato italiano). In tal senso, come posto in risalto anche dalla Commissione europea¹³, rilevano le specificità connesse al funzionamento del circuito Bancomat, ad oggi adottato dalla sostanziale totalità di operatori nazionali o comunque radicati in Italia. Infatti, nonostante la diffusione delle carte c.d. *co-badged* e la possibilità di avvalersi di carte di debito afferenti esclusivamente ai circuiti nazionali, i pagamenti tramite il circuito Bancomat rappresentano ancora una quota di mercato altamente significativa e rivestono una grande importanza per gli esercenti¹⁴.

¹⁰ La Commissione aveva individuato un mercato distinto per l'offerta di tali servizi, modificando tuttavia la sua prassi con riferimento a un'operazione che ha interessato specificamente il mercato italiano (il già richiamato caso M.9759), rispetto al quale la definizione di mercato è stata lasciata aperta, non avendo l'istruttoria fornito elementi univoci che deponessero a favore di un mercato a sé stante, distinto dai servizi di *acquiring*. L'istruttoria svolta dall'Autorità nel caso C12373 ha da un lato confermato la presenza di elementi idonei ad avvalorare la distinzione fra il mercato del *wholesale merchant acquiring* e il mercato del *retail merchant acquiring*, dall'altro ha fornito evidenze che militano a favore dell'inclusione della fornitura di POS e dei servizi correlati nei mercati rilevanti del *merchant acquiring*, senza che essi costituiscano un mercato distinto, in ragione del sostanziale abbinamento che si registra fra i servizi di *merchant acquiring* e la fornitura di POS e dei servizi correlati.

¹¹ Ciò è stato confermato anche dall'indagine di mercato commissionata dalle Parti, la quale ha messo in luce come non solo gli esercenti medio-piccoli abbiano una forte propensione all'approvvigionamento tramite il canale bancario (oltre il 75% con la banca principale) e in abbinamento con i servizi di *acquiring* (oltre l'80%), ma anche i grandi esercenti (il 75%), pur ricorrendo maggiormente a fornitori specializzati o direttamente ai produttori, e avendo un elevato livello di *switching* del fornitore.

¹² Cfr. decisione della Commissione del 26 giugno 2021, nel caso M.9759 – Nexi/Intesa Sanpaolo (*Merchant acquiring business*).

¹³ Cfr. caso M.9759 (cit.).

¹⁴ In merito alle dinamiche relative al circuito Bancomat si rinvia anche alla sezione sul mercato del *processing*.

22. Pertanto, allo stato, pur ravvisandosi una tendenza verso una dimensione sovranazionale, il mercato del *retail merchant acquiring* viene definito su base nazionale.

c. Gli effetti dell'operazione

23. Tenuto conto dei dati e delle informazioni fornite dalle Parti, si ritiene che l'operazione non sia tale da determinare preoccupazioni di natura concorrenziale.

24. Tale conclusione, come verrà illustrato nei paragrafi che seguono, muove dalle analisi delle evidenze quantitative legate alle quote di mercato detenute dalle Parti e dai concorrenti nel mercato rilevante, tenuto anche conto della loro evoluzione legata alle caratteristiche del modello di *business* di Nexi e alle dinamiche del settore, delle stesse dinamiche del settore dei pagamenti e in particolare dei servizi di *merchant acquiring* come sopra delineate, nonché della struttura del mercato.

25. L'insieme di queste analisi ha consentito di valutare l'assenza di effetti unilaterali derivanti dall'operazione sia in termini di sovrapposizioni orizzontali, sia dal punto di vista dei possibili profili verticali.

26. Nel mercato rilevante sopra definito operano sia Nexi sia il Ramo *Acquiring*. In particolare, Nexi offre i suoi servizi sia a livello *retail*, direttamente agli esercenti (tramite i modelli cosiddetti "Diretto" e "Referral")¹⁵ sia a livello *wholesale* alle banche (tramite il modello cosiddetto "Licensing")¹⁶.

27. In quest'ultimo modello, *Licensing*, rientra, fino alla realizzazione della presente operazione, anche il rapporto con BPER e, dunque, con il Ramo *Acquiring*; in particolare, fino a tale data Nexi fornisce a BPER a livello *wholesale* parte dei servizi di *merchant acquiring*, che poi BPER vende ai propri clienti esercenti.

28. Dal canto suo, il Ramo *Acquiring* offre ai propri clienti servizi di *retail merchant acquiring* che, come detto, in parte acquisisce da Nexi, per quel che afferisce ai pagamenti attraverso i circuiti internazionali e alla maggior parte dei terminali POS, e in parte produce internamente, per quel che concerne i pagamenti attraverso il circuito nazionale.

29. Sul punto, rileva osservare che mentre nei modelli *retail* (Diretto e *Referral*) il prezzo del servizio è stabilito direttamente da Nexi, nel modello *wholesale* (*Licensing*) sono le banche a determinare il prezzo e le altre condizioni economiche dei servizi di *acquiring*, che sono generalmente rivenduti ai propri clienti *retail* unitamente ad altri servizi bancari e finanziari.

30. Ciò detto, come si evince dalla Tabella 1 che segue, a valle dell'operazione, nel mercato del *retail merchant acquiring* le Parti verranno a detenere una quota congiunta pari al [35-40%], con un incremento attribuibile al Ramo *Acquiring* pari al [1-5%].

31. In proposito, le Parti hanno rappresentato che, in ragione delle dinamiche che contraddistinguono il settore e del grado di contendibilità che caratterizza la clientela (quanto meno quella delle Parti), nel periodo

¹⁵ Come anticipato, Nexi ha due modelli di *business* per il *merchant acquiring* a livello *retail*: (i) il modello di *business* "Diretto" e (ii) il modello di *business* "Referral". Sulla base delle informazioni fornite dalla società, secondo il modello Diretto, Nexi fornisce servizi di *merchant acquiring* direttamente agli esercenti, con i quali ha instaurato un proprio rapporto commerciale indipendente; secondo il modello Referral, invece, Nexi acquista il *merchant book* da una banca e di fatto utilizza quest'ultima come canale di distribuzione. I servizi di *merchant acquiring* sono, dunque, forniti agli esercenti tramite banche, che indirizzano gli esercenti a Nexi e forniscono loro supporto commerciale in cambio di una percentuale della commissione del *merchant acquirer*. Nexi utilizza questo modello con Intesa Sanpaolo, Monte dei Paschi di Siena, Banca Carige e Deutsche Bank; in tal caso, tali banche continuano di norma a fornire un'ampia gamma di altri servizi finanziari ai clienti in questione, mantenendo dunque il principale rapporto con essi in virtù di tutti gli altri servizi bancari e finanziari offerti.

¹⁶ L'offerta commerciale di Nexi nel mercato a livello *wholesale* è denominata modello di *business* Licensing. In base a tale modello, le banche acquistano servizi di *acquiring* all'ingrosso da *acquirer* come Nexi, li abbinano ad altri servizi bancari (ad es. depositi, *cash pooling*, assicurazioni e altri servizi finanziari) e poi vendono il prodotto confezionato a livello *retail* agli esercenti.

che va dal 2019 al terzo semestre 2022 si è registrato un complessivo *trend* di decrescita sia della quota di mercato del Gruppo Nexi, sia delle attività del Ramo *Acquiring*. Per conseguenza, come emerge dalla Tabella 1 che segue, la quota aggregata delle Parti è passata dal [45-50%] al [35-40%], con una diminuzione di [5-10] punti percentuali.

32. In particolare, nel periodo considerato, Nexi ha sperimentato una diminuzione della quota di oltre [5-10] punti percentuali, passando dal [40-45%] al [35-40%], con una variazione di circa il [10-15%] e, peraltro, con un andamento costantemente decrescente; parimenti, BPER ha registrato una diminuzione di circa [1-5] punti percentuali, passando dal [5-10%] al [1-5%].

Tabella 1: quote di mercato congiunte

	2019	2020	2021	2022 Q1-Q3
Parti	QdM (%)	QdM (%)	QdM (%)	QdM (%)
Gruppo Nexi	[40-45%]	[35-40%]	[35-40%]	[35-40%]
Ramo <i>Acquiring</i>	[5-10%]	[1-5%]	[1-5%]	[1-5%]
Quota congiunta	[45-50%]	[45-50%]	[45-50%]	[35-40%]

Fonte: dati forniti da Nexi.

33. Nel mercato in esame, seppur con quote individuali contenute, che sulla base dei dati forniti dalle Parti non superano individualmente il 10%, sono presenti numerosi e qualificati concorrenti sia di stampo tradizionale, quali, ad esempio, UniCredit ([5-10%]), ICCREA ([5-10%]), Banca Sella ([5-10%]) e Crédit Agricole ([1-5%]), sia PSP attivi a livello internazionale quali, Worldline – attivo anche tramite BNL/Axepta, SIX e Ingenico – ([5-10%]), JP Morgan Chase Merchant Services ([1-5%]), TSYS/Global Payments ([1-5%]), FIS/Worldpay ([1-5%]), Adyen ([1-5%]), sia Poste Italiane (tramite PostePay) ([1-5%]), nonché diversi *Alternative Player*, quali Stripe ([1-5%]), SumUp ([1-5%]) ed Elavon (*inferiore all'1%*).

34. In particolare, secondo stime fornite dalle Parti, negli ultimi due-tre anni¹⁷ concorrenti caratterizzati da un elevato grado di dinamismo hanno fatto registrare un tasso di crescita sostenuto, soprattutto ove confrontato al *trend* di Nexi. A titolo esemplificativo, le Parti rappresentano che un operatore come Worldline si è espanso sia organicamente, sia tramite acquisizioni (ad esempio, BNL/Axepta, SIX e Ingenico), arrivando circa al [5-10%]; JP Morgan Chase è cresciuta costantemente al traino di clienti come Amazon, Adobe Systems Software, Facebook e Netflix, con una quota stinata di circa al [1-5%]; Adyen è cresciuto contrattualizzando clienti del calibro di Spotify e arrivando al [1-5%]; SumUp ha continuato a espandersi attraverso una clientela composta prevalentemente da PMI; Stripe è entrata sul mercato al traino di clienti quali Deliveroo.

¹⁷ Si consideri che alcuni PSP e Alternative Player sono entrati nel mercato italiano solo nel 2020.

35. Sul punto, si consideri che la recente istruttoria svolta dall’Autorità nel caso C12373 ha evidenziato che l’eventuale cambio di fornitore dei servizi di *retail merchant acquiring*, pur nella complessità e nel carattere straordinario dell’operazione dal punto di vista organizzativo e gestionale, è una scelta di base sostenibile per i clienti, a sottolineare con ciò un grado di mobilità della domanda e contendibilità del mercato. Al riguardo, rilevano altresì le evidenze fornite dalle Parti in merito all’elevato grado di contendibilità degli esercenti serviti dal Gruppo Nexi, in particolare in relazione ai c.d. grandi esercenti, che rappresentano la parte più significativa, nonché più remunerativa, della clientela.

36. Con riferimento agli effetti dell’operazione, occorre altresì considerare che, come evidenziato in precedenza, parte dei servizi di *retail merchant acquiring* oggetto di acquisizione (ossia quelli afferenti ai circuiti internazionali unitamente a un’ampia parte dei terminali POS che il Ramo *Acquiring* colloca attualmente presso i propri clienti) sono acquisiti a livello *wholesale* da Nexi e solo rivenduti dal Ramo *Acquiring* ai clienti finali. Ad avviso delle Parti, nella misura in cui i terminali POS (i) recano il marchio di Nexi, (ii) sono gestiti da quest’ultima attraverso un *customer service* dedicato e (iii) i clienti di BPER identificano l’acquirer con il titolare del terminale POS, Nexi sarebbe già percepito da questi ultimi come il fornitore di *merchant acquiring*. Pertanto, in conseguenza della cessione del Ramo *Acquiring* vi sarebbe un passaggio di BPER da un modello *wholesale* (in cui la banca acquistava da Nexi per rivendere ai propri clienti) ad un modello in *Referral* (in cui ha ceduto il Ramo *Acquiring* e svolge il mero ruolo di distributore dei prodotti Nexi) che di fatto genererebbe una mera integrazione verticale. Rispetto a tali servizi, dunque, l’operazione determina effetti di natura orizzontale di carattere significativamente ridotto.

37. Quanto alla restante parte dei servizi di *retail merchant acquiring* (afferenti al circuito domestico e forniti storicamente *in-house* da BPER), stanti le caratteristiche dei servizi in esame, la concorrenza avrebbe ad oggetto la più ampia offerta di servizi bancari e finanziari da parte delle banche che un PSP quale Nexi non potrebbe influenzare, sussistendo semmai una concorrenza fra BPER e le altre banche, ivi incluse quelle che Nexi serve secondo il modello *Referral*. In ogni caso, sul mercato si registra la presenza di numerosi *acquirer* concorrenti.

38. Pertanto, considerata la presenza di numerosi e qualificati concorrenti, la mobilità effettiva e potenziale in termini di cambio fornitore di servizi di *acquiring*, nonché le dinamiche illustrate in termini di contendibilità degli esercenti serviti da Nexi, anche alla luce del modello di *business* dalla stessa adottato, e considerato che l’incremento imputabile all’operazione è inferiore al [1-5%], si ritiene che la quota di mercato complessivamente detenuta dall’entità *post-merger*, seppur significativa, non sia idonea a produrre effetti unilaterali tali da ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato del *retail merchant acquiring*.

39. L’operazione non appare idonea a creare un pregiudizio alla concorrenza nemmeno laddove si analizzassero eventuali profili di natura verticale derivanti dall’articolata presenza del Gruppo Nexi nell’offerta dei servizi di pagamento, e più in particolare, nei mercati a monte del *wholesale merchant acquiring* e del *processing*, nei quali, invece, il Ramo *Acquiring* non è attivo.

40. Come anticipato, i servizi di *wholesale merchant acquiring* sono quei servizi acquistati dalle banche direttamente dai PSP e poi rivenduti agli esercenti eventualmente in abbinamento ad altri prodotti e servizi (sia inerenti all’ambito dei pagamenti, sia altri servizi bancari, quali conto corrente, *cash pooling*, servizi finanziari e assicurativi)¹⁸. In questo senso, come detto, BPER era, prima dell’operazione, un acquirente di

¹⁸ Al riguardo, gli operatori bancari sentiti nell’ambito dell’istruttoria svolta per il procedimento C12373 hanno precisato che la scelta di esternalizzare le attività relative ai circuiti internazionali risponde principalmente a ragioni di competenza ed efficienza,

servizi di *wholesale merchant acquiring*, e in particolare dei servizi relativi alle transazioni sui circuiti internazionali.

41. Nexi, dal canto suo, opera nel mercato europeo dei servizi di *wholesale merchant acquiring* con una quota inferiore al [1-5%]. In questo contesto, in virtù della dimensione sovranazionale del mercato del *wholesale merchant acquiring*, in cui sono peraltro attivi numerosi e qualificati concorrenti quali Credit Mutuel, BPCE, Global Payments/TSYS, Elavon e Worldline, unitamente all'esiguità dei volumi del Ramo *Acquiring*, e considerato che Nexi era già fornitore dello stesso Ramo per i servizi relativi ai circuiti internazionali, si ritiene che l'operazione non rechi alcun rischio di preclusione né a danno dei *merchant acquirer* concorrenti di Nexi a livello *wholesale*, né a danno delle banche che operano a livello *retail*.

42. Parimenti, l'operazione non appare sollevare criticità rispetto all'attività a monte di *processing*. Brevemente, si ricorda che nell'ambito delle transazioni con carte di pagamento, l'attività di *processing* consiste in una serie di operazioni che il *processor* compie a vantaggio delle banche o di altre società che emettono carte di pagamento (*issuing processing*) o che convenzionano gli esercenti (*acquiring processing*)¹⁹. Trattasi di un'attività caratterizzata da una elevata componente tecnologica e regolata, in via generale, da *standard* comuni a livello comunitario²⁰.

43. Nella sua prassi decisionale, dal punto di vista merceologico, l'Autorità ha definito i servizi di *processing* quali distinti in due mercati rilevanti: i) il *processing* delle carte di debito nazionali, che sarà interessato da una profonda modifica del modello di funzionamento del Circuito Bancomat e che avrà un impatto rilevante sulla fornitura del servizio di *processing*²¹; e ii) il *processing* delle carte di pagamento internazionali; quest'ultimo in particolare potrebbe essere ulteriormente segmentato a seconda che il *processing* riguardi le carte di debito o di credito²². Dal punto di vista geografico, mentre per i primi servizi (*sub i*) la dimensione è rimasta nazionale, per i servizi di *processing* delle carte internazionali, la dimensione risulta europea vista la loro omogeneità e l'estensione dell'area di operatività dei fornitori oltre i confini nazionali.

stanti gli ingenti investimenti di natura tecnologica e di risorse umane necessarie per la gestione di tali circuiti, attività caratterizzate peraltro dalla presenza di forti economie di scala. Di regola, tali rapporti contrattuali si caratterizzano per una durata pluriennale, ma senza vincoli di esclusiva.

¹⁹ In particolare, è possibile distinguere fra: i) l'*acquiring processing*, che comprende le attività necessarie all'elaborazione tecnica e all'instradamento di una transazione sul versante dell'esercente, e include, tra l'altro, l'acquisizione e gestione dei contratti con gli esercenti, la gestione dei POS, delle transazioni, del clearing e del *settlement*, oltre che la produzione e spedizione dell'estratto conto esercenti e l'addebito delle commissioni; in questo senso, dalle informazioni agli atti emerge che i servizi di *processing* costituiscono un input importante per i servizi di *merchant acquiring*; inoltre, i servizi di *processing* sono offerti dal *processor* ai *merchant acquirer*, e dunque alle banche, spesso congiuntamente sia ai servizi di *merchant acquiring*, nei casi in cui le banche non producono in house il servizio di *acquiring* ma lo acquistano da terzi, sia ai servizi di POS; ii) l'*issuing processing*, che consiste nelle attività di elaborazione tecnica e instradamento di una transazione sul versante del titolare della carta, e include, tra l'altro, la gestione dei dati, delle autorizzazioni e delle posizioni contabili dei titolari, oltre alla gestione del blocco carte e dei parametri di sicurezza. Anche tali servizi possono essere forniti alle banche congiuntamente ai servizi di emissione e personalizzazione delle carte.

²⁰ Cfr. Regolamento (UE) 2015/751 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta.

²¹ In particolare, il nuovo modello sarà di tipo open source, caratterizzato da ampia interoperabilità e *standard* comuni a quelli attualmente utilizzati dai Circuiti internazionali. Da tale riforma dovrebbe quindi discendere una sostanziale assenza o comunque riduzione di particolari barriere regolamentari o tecnologiche, tali da consentire alle banche di rivolgersi ad una più ampia platea di *processor*, sia nazionali sia internazionali, analogamente a quanto avviene per i servizi di *processing* delle carte dei Circuiti internazionali, con un conseguente incremento del grado di concorrenza.

²² Cfr. ex multis decisione AGCM del 4 aprile 2007 nel caso C8190 - Società per i servizi bancari - SSB/Società Interbancaria per l'automazione - Cedborsa, decisione AGCM del 26 marzo 2009 nel caso C9817 - Istituto Centrale delle Banche Popolari Italiane/SI Holding, e decisione AGCM del 21 dicembre 2016 nel caso C12072 - SIA/P4CARDS-PFORCARDS.

44. Il Ramo *Acquiring* non è attivo nei mercati del *processing*, ma si approvvigionava di tali servizi per l'offerta dei servizi di *acquiring*. Nexi, dal canto suo, risulta avere una quota significativa soprattutto nel mercato del *processing* delle carte del circuito Bancomat, come emerso nel corso della recente istruttoria C12373. Considerato che prima dell'operazione il Ramo *Acquiring* si approvvigionava per tali servizi da Nexi, si ritiene che *post merger* la struttura dell'offerta rimarrà sostanzialmente invariata; ciò a maggior ragione se si considera che il Gruppo Nexi, a seguito della citata istruttoria relativa al caso C12373, è vincolata a fornire un'offerta non discriminatoria, chiara e trasparente in relazione alle attività di *acquiring processing* delle carte del Circuito Bancomat alle banche che effettuano attività di *merchant acquiring*, a condizioni non peggiorative rispetto a quelle di mercato contenute nei contratti in essere tra le Parti e le banche clienti, e se si considera, in ogni caso, l'incremento di quota marginale del Ramo *Acquiring* nel *retail merchant acquiring*. Ne discende che non appare plausibile che a valle dell'operazione vi sia un peggioramento delle condizioni concorrenziali nei suddetti mercati.

45. Alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene che l'operazione non sia idonea a produrre effetti di natura unilaterale tali da ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato del *retail merchant acquiring*, né parimenti siano configurabili potenziali effetti preclusivi di natura verticale nei mercati presi in esame e che pertanto, anche sotto tale profilo l'operazione non sia idonea a determinare criticità di natura concorrenziale.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non ostacola, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, in misura significativa la concorrenza effettiva nel mercato interessato e non comporta la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante;

RITENUTO, altresì, che il patto di non sollecitazione intercorso tra le parti è accessorio alla presente operazione nei soli limiti sopra descritti e che l'Autorità si riserva di valutare, laddove ne sussistano i presupposti, il suddetto patto che si realizzi oltre il tempo indicato;

RITENUTO, infine, che la clausola di cui al punto *sub ii)* sopra descritta non può essere considerata accessoria alla presente operazione e che l'Autorità si riserva di valutarla, laddove sussistano i presupposti;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

C12503 - AXPO ITALIA-CANARBINO/RAMO DI AZIENDA DI GREEN NETWORK

Provvedimento n. 30416

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2022;

SENTITA la Relatrice, Professoressa Elisabetta Iossa;

VISTO il Reg. (CE) n. 139/2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTA la comunicazione delle società Axpo Italia S.p.A. e Canarbino S.p.A. pervenuta il 16 novembre 2022;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Axpo Italia S.p.A. ("Axpo Italia") è la società italiana del gruppo Axpo, attivo a livello internazionale nei settori energetici. In particolare, Axpo Italia è interamente controllata dalla società di diritto svizzero Axpo Holding A.G., le cui azioni sono detenute dai cantoni della Svizzera nordorientale e da società di servizi pubblici cantonali. Axpo Italia è prevalentemente attiva nella commercializzazione all'ingrosso e al dettaglio di energia elettrica e gas naturale, oltre che nel *trading* di prodotti energetici e di certificati ambientali. Il gruppo Axpo, nell'ultimo esercizio chiuso il 30 settembre 2021, ha realizzato un fatturato consolidato pari a circa 5,3 miliardi di euro, di cui [2-3]* miliardi realizzati in Italia.

2. Canarbino S.p.A. ("Canarbino") è la società *holding* dell'omonimo gruppo, attivo, attraverso proprie controllate, principalmente in Italia nell'approvvigionamento e rivendita di gas naturale all'ingrosso e al dettaglio e, in misura minore, nell'approvvigionamento e vendita di energia elettrica. Canarbino è controllata da una persona fisica, che detiene la quota maggioritaria del capitale sociale, mentre ulteriori quote di minoranza sono detenute da un'altra persona fisica e dalla società VNG Italia S.r.l.. Il Gruppo Canarbino, nell'ultimo esercizio chiuso il 31 marzo 2022, ha realizzato un fatturato consolidato pari a circa 1,6 miliardi di euro, di cui [1-2] miliardi realizzati in Italia.

3. Oggetto di acquisizione è un ramo d'azienda, attualmente controllato da Green Network S.p.A. ("ramo d'azienda GN" o la "*target*"). Tale ramo d'azienda comprende:

- a) tutti i diritti di proprietà intellettuale, ivi compreso il marchio registrato "Green Network" e tutti i suoi derivati, i brevetti, il *know-how*, le banche dati, il sito *web*, e le relative licenze;
- b) i beni mobili concessi a titolo di "*fringe benefit*" ai lavoratori di cui al successivo punto (c)(iii);
- c) i rapporti giuridici in essere, tra cui:

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

- i. i contratti di fornitura di energia elettrica e gas naturale ai clienti di Green Network che saranno acquisiti alla data di trasferimento del ramo d'azienda;
- ii. i contratti di agenzia specificamente individuati all'interno delle pattuizioni contrattuali;
- iii. i contratti di lavoro subordinato in corso con i lavoratori dipendenti di Green Network alla data di trasferimento del ramo d'azienda.

4. Il fatturato riferibile al ramo d'azienda oggetto di acquisizione, disponibile in relazione al periodo novembre 2021 – settembre 2022, è pari a circa [100-517] milioni di euro, di cui [100-517] realizzati in Italia.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

5. Le Parti hanno notificato l'acquisizione indiretta da parte di Axpo Italia e Canarbino, per il tramite della società comune Energia Pulita S.r.l. ("Energia Pulita" o "EPU"), del ramo d'azienda appartenente a Green Network S.p.A., nel contesto della procedura di concordato preventivo aperta nei confronti di quest'ultima (nel seguito anche, "Operazione"). Energia Pulita è un'impresa comune non concentrativa partecipata al 50% da Axpo Italia e al 50% da Canarbino¹. Nell'ambito della presente operazione, EPU si configura quindi come un mero veicolo dell'acquisizione del controllo congiunto da parte di Axpo Italia e Canarbino sul ramo d'azienda GN.

6. L'acquisizione da parte di EPU del ramo d'azienda GN è stata disposta dal Tribunale di Roma in via definitiva in data 18 ottobre u.s. ad esito di una procedura competitiva indetta dal medesimo tribunale nell'ambito della più ampia procedura di concordato preventivo². Il trasferimento del ramo d'azienda avverrà al verificarsi di alcune condizioni sospensive, tra cui l'approvazione dell'operazione di concentrazione da parte delle competenti autorità *antitrust*.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

7. L'Operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo congiunto di parte di un'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera *b*), della legge n. 287/90. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90 in quanto, pur ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE 139/04, ciascuna delle imprese interessate realizza oltre i due terzi del proprio fatturato totale UE in Italia (*cfr.* medesimo art. 1 Reg. 139/04). L'Operazione è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge in quanto il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 517 milioni di euro e il fatturato totale realizzato individualmente, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, da almeno due delle imprese interessate è stato superiore a 31 milioni di euro.

¹ In data 12 luglio 2022, Axpo Italia ha acquisito il 50% del capitale sociale di Energia Pulita, precedentemente controllata interamente da Canarbino. A seguito di una consultazione avviata con i servizi della Commissione europea, quest'ultima ha ritenuto che Energia Pulita non potesse essere considerata un'impresa comune a pieno titolo (*cfr.* lettera contenente il parere formulato dai servizi della Direzione generale Concorrenza allegata dalle Parti al formulario di notifica).

² Concordato preventivo n. 82/2021, aperto presso il Tribunale di Roma ai sensi degli artt. 160 e ss. della Legge Fallimentare.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

I mercati rilevanti e gli effetti dell'Operazione

8. In ragione dell'operatività del ramo d'azienda *target*, i mercati coinvolti dall'Operazione sono: mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica, ulteriormente distinto in base alle caratteristiche della clientela (*cf. infra*); mercato della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti finali di piccole dimensioni.

Mercati della vendita di energia elettrica a clienti domestici e non domestici³

9. Nella prassi dell'Autorità, il mercato della vendita di energia elettrica a grandi clienti non domestici allacciati in alta e media tensione si differenzia da quello delle vendite a clienti allacciati in bassa tensione in virtù soprattutto delle caratteristiche della domanda, molto più mobile rispetto agli utenti di minori dimensioni e spesso in grado anche di interagire direttamente con i produttori. Per questi stessi motivi, la dimensione geografica di tale mercato nella prassi dell'Autorità viene considerata nazionale. Su tale mercato nel 2021 Axpo deteneva una quota del [5-10%], mentre sia la quota di Canarino sia quella riferibile al ramo d'azienda *target* erano largamente inferiori all'1%. In questo mercato, dunque, la quota delle Parti appare complessivamente limitata e l'apporto del ramo d'azienda acquisito estremamente ridotto.

10. Per i mercati della vendita di energia elettrica a clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione, l'Autorità nella propria consolidata prassi ha invece considerato ambiti geografici più ristretti di quello nazionale, anche in considerazione dell'importanza del ruolo storicamente svolto a livello locale dalle società di vendita in regime di maggior tutela, come noto collegate alle società che detengono la concessione (locale) per il servizio di distribuzione.

11. Nel dettaglio, le Parti hanno informato che le quote congiunte detenute a livello provinciale si attestano sempre al di sotto del 2%, con la sola eccezione di Varese ([1-5%]), La Spezia ([5-10%]), Lucca ([5-10%]) e Sud Sardegna ([5-10%]) per la vendita a clienti domestici in bassa tensione e delle province di Lucca ([1-5%]) e La Spezia ([5-10%]) per la vendita a clienti non domestici in bassa tensione. Peraltro, in tutti questi mercati, l'incremento di quota di mercato riferibile alla concentrazione è trascurabile, rimanendo in tutti i casi inferiore all'1%. L'Operazione non appare dunque suscettibile di incidere significativamente sulla concorrenza nei mercati della vendita di energia elettrica a clienti non domestici e domestici allacciati in bassa tensione, anche in considerazione del fatto che in tali mercati sono attivi in tutti i contesti geografici operatori qualificati e di primo piano a livello nazionale.

Mercato della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti finali di piccole dimensioni⁴

12. Considerazioni analoghe valgono anche per il settore del gas naturale, interessato, in ragione dell'operatività del ramo d'azienda *target*, solo per quel che concerne il mercato della vendita al dettaglio a clienti finali di piccole dimensioni.

13. L'Autorità ha tradizionalmente considerato tale mercato di dimensione locale, pur essendosi recentemente interrogata sulla possibilità di considerare un mercato più ampio. A ogni modo, nel caso di specie, si rileva come l'esito della valutazione dell'Operazione non cambierebbe quale che sia la dimensione geografica considerata. I dati forniti dalle Parti, di dettaglio regionale, attestano che le quote detenute congiuntamente non superano mai il 5%, con un incremento dovuto alla concentrazione ovunque

³ Cfr. a titolo esemplificativo C12425 - Iren/Alegas, di cui al provv. n. 29986 dell'8 febbraio 2022, in Boll. n. 7/2022.

⁴ Cfr. a titolo esemplificativo C12425, cit..

di entità trascurabile, largamente inferiore all'1% del mercato. L'Operazione non appare quindi suscettibile di incidere significativamente sulla concorrenza neppure nel mercato della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti di piccole dimensioni, altresì considerando che - anche in questa attività - operano in tutti i contesti geografici concorrenti qualificati e di primo piano a livello nazionale.

14. Tutte le valutazioni concorrenziali espresse con riferimento a ciascuno dei mercati rilevanti menzionati non mutano anche tenendo in considerazione l'ulteriore espansione dell'attività delle società acquirenti riferibile alla distinta operazione di concentrazione notificata in pari data da Axpo Italia S.p.A. e Canarbino S.p.A. e concernente l'acquisizione del controllo congiunto su Italian Gas S.r.l., società parimenti attiva con quote di mercato trascurabili nei settori della commercializzazione di energia elettrica e gas naturale.

15. Alla luce delle considerazioni che precedono, la concentrazione in esame non appare quindi idonea a ostacolare in misura significativa la concorrenza effettiva nei mercati interessati e a determinare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante.

RITENUTO, pertanto, che l'Operazione in esame non ostacola, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, in misura significativa la concorrenza effettiva nei mercati interessati e non comporta la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro delle Imprese e del Made in Italy.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

C12504 - AXPO ITALIA-CANARBINO/ITALIAN GAS

Provvedimento n. 30417

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2022;

SENTITA la Relatrice, Professoressa Elisabetta Iossa;

VISTO il Reg. (CE) n. 139/2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTA la comunicazione delle società Axpo Italia S.p.A. e Canarbino S.p.A. pervenuta il 16 novembre 2022;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Axpo Italia S.p.A. ("Axpo Italia") è la società italiana del gruppo Axpo, attivo a livello internazionale nei settori energetici. In particolare, Axpo Italia è interamente controllata dalla società di diritto svizzero Axpo Holding A.G., le cui azioni sono detenute dai cantoni della Svizzera nordorientale e da società di servizi pubblici cantonali. Axpo Italia è prevalentemente attiva nella commercializzazione all'ingrosso e al dettaglio di energia elettrica e gas naturale, oltre che nel *trading* di prodotti energetici e di certificati ambientali. Il gruppo Axpo, nell'ultimo esercizio chiuso il 30 settembre 2021, ha realizzato un fatturato consolidato pari a circa 5,3 miliardi di euro, di cui [2-3]* miliardi realizzati in Italia.

2. Canarbino S.p.A. ("Canarbino") è la società *holding* dell'omonimo gruppo, attivo – attraverso proprie controllate - principalmente in Italia nell'approvvigionamento e rivendita di gas naturale all'ingrosso e al dettaglio e, in misura minore, nell'approvvigionamento e vendita di energia elettrica. Canarbino è controllata da una persona fisica, che detiene la quota maggioritaria del capitale sociale, mentre ulteriori quote di minoranza sono detenute da un'altra persona fisica e dalla società VNG Italia S.r.l.. Il Gruppo Canarbino, nell'ultimo esercizio chiuso il 31 marzo 2022, ha realizzato un fatturato consolidato pari a circa 1,6 miliardi di euro, di cui [1-2] miliardi realizzati in Italia.

3. Italian Gas S.r.l. ("Italian Gas" o la "*target*") è una società attiva prevalentemente nella fornitura di gas naturale ed energia elettrica a clienti finali, operante in alcune regioni dell'Italia centrale e meridionale, e attualmente controllata da due persone fisiche. Italian Gas, nell'ultimo esercizio chiuso il 31 dicembre 2021, ha realizzato un fatturato pari a circa 25 milioni di euro, di cui [10-31] realizzati in Italia.

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

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

4. Le Parti hanno notificato l'acquisizione indiretta da parte di Axpo Italia e Canarmino, per il tramite della società comune Energia Pulita S.r.l. ("Energia Pulita" o "EPU"), di una partecipazione del 55% del capitale sociale di Italian Gas S.r.l., mentre la restante quota del 45% sarà mantenuta da uno dei soci persone fisiche attuali (nel seguito anche, "Operazione"). Energia Pulita è un'impresa comune non concentrativa partecipata al 50% da Axpo Italia e al 50% da Canarmino¹. Nell'ambito della presente operazione, EPU si configura quindi come un mero veicolo dell'acquisizione del controllo congiunto da parte di Axpo Italia e Canarmino su Italian Gas.

5. L'acquisizione da parte di EPU del 55% di Italian Gas è regolata da un accordo di investimento ("Accordo"), sottoscritto da EPU e dai soci di Italian Gas in data 13 settembre 2022. I patti parasociali convenuti tra le Parti non appaiono in grado di qualificare il socio persona fisica che rimarrà titolare del 45% del capitale sociale della *target* quale ulteriore soggetto controllante in forma congiunta Italian Gas, la quale dunque – a valle dell'Operazione – sarà soggetta al controllo congiunto delle sole Axpo Italia e Canarmino². Il *closing* dell'Operazione è soggetto ad alcune condizioni sospensive, tra cui l'approvazione della stessa da parte delle competenti autorità *antitrust*.

6. Per quanto rileva nella presente sede, si osserva altresì che gli accordi tra le Parti prevedono anche un patto di non concorrenza (Art. 15 dell'Accordo) ai sensi del quale i soci di Italian Gas "[*omissis*]".

7. Gli impegni di cui al paragrafo precedente sono assunti per un periodo di [*omissis*] anni dalla data di sottoscrizione dell'Accordo o, qualora allo scadere del termine, [*omissis*] (cfr. Art. 15.2).

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

8. L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo congiunto di un'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera *b*), della legge n. 287/90. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90 in quanto, pur ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE 139/04, ciascuna delle imprese interessate realizza oltre i due terzi del proprio fatturato totale UE in Italia (cfr. medesimo art. 1 Reg. 139/04). L'Operazione è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge in quanto il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 517 milioni di euro e il fatturato totale realizzato individualmente, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, da almeno due delle imprese interessate è stato superiore a 31 milioni di euro³.

9. L'obbligo di non concorrenza sopra descritto può essere considerato una restrizione accessoria all'Operazione, purché sia limitato geograficamente all'area d'attività dell'impresa acquisita e non ecceda

¹ In data 12 luglio 2022, Axpo Italia ha acquisito il 50% del capitale sociale di Energia Pulita, precedentemente controllata interamente da Canarmino. A seguito di una consultazione avviata con i servizi della Commissione europea, quest'ultima ha ritenuto che Energia Pulita non potesse essere considerata un'impresa comune a pieno titolo (cfr. lettera contenente il parere formulato dai servizi della Direzione generale Concorrenza allegata dalle Parti al formulario di notifica).

² A titolo esemplificativo, le "Materie Rilevanti Assembleari" di cui all'Art. 5.5 dei Patti Parasociali, le quali prevedono la necessaria unanimità dei soci per la loro approvazione, appaiono quelle di natura straordinaria (es. aumenti di capitale, messa in liquidazione, fusioni/scissioni ecc.) la cui decisione di comune accordo tra i soci è considerata rientrare nella normale tutela dei diritti dei soci di minoranza (cfr. Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del Regolamento CE n. 139/2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, 2008/C-95/01, punto 66).

³ Si precisa, a tal fine, che secondo i criteri per l'individuazione delle imprese interessate nelle operazioni di concentrazione, in questo caso i fatturati rilevanti per il superamento della seconda soglia risultano essere quelli di Axpo Italia e Canarmino (cfr. Comunicazione della Commissione sulla nozione di imprese interessate 98/C-66/03).

la durata di due anni, considerato che gli acquirenti sono già presenti nel mercato ed il patto è quindi connesso al solo avviamento dell'azienda⁴.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

I mercati rilevanti e gli effetti dell'Operazione

10. In ragione dell'operatività dell'impresa *target*, i mercati coinvolti dall'Operazione sono: mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica, ulteriormente distinto in base alle caratteristiche della clientela (*cf. infra*); mercato dell'approvvigionamento e vendita all'ingrosso di gas naturale; mercato della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti finali di piccole dimensioni.

Mercati della vendita di energia elettrica a clienti domestici e non domestici⁵

11. Nella prassi dell'Autorità, il mercato della vendita di energia elettrica a grandi clienti non domestici allacciati in alta e media tensione si differenzia da quello delle vendite a clienti allacciati in bassa tensione in virtù soprattutto delle caratteristiche della domanda, molto più mobile rispetto agli utenti di minori dimensioni e spesso in grado anche di interagire direttamente con i produttori. Per questi stessi motivi, la dimensione geografica di tale mercato nella prassi dell'Autorità viene considerata nazionale. Su tale mercato nel 2021 Axpo deteneva una quota del [5-10%], mentre sia la quota di Canarmino sia quella riferibile all'impresa *target* erano largamente inferiori all'1%. In questo mercato, dunque, la quota delle Parti appare complessivamente limitata e l'apporto della *target* estremamente ridotto.

12. Per i mercati della vendita di energia elettrica a clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione, l'Autorità nella propria consolidata prassi ha invece considerato ambiti geografici più ristretti di quello nazionale, anche in considerazione dell'importanza del ruolo storicamente svolto a livello locale dalle società di vendita in regime di maggior tutela, come noto collegate alle società che detengono la concessione (locale) per il servizio di distribuzione.

13. Nel dettaglio, le Parti hanno informato che le quote congiunte detenute a livello provinciale si attestano sempre al di sotto del 2%, con la sola eccezione di Varese ([1-5%]), La Spezia ([5-10%]), Lucca ([5-10%]) e Sud Sardegna ([5-10%]) per la vendita a clienti domestici in bassa tensione e delle province di Lucca ([1-5%]), La Spezia ([5-10%]) e Campobasso ([5-10%]) per la vendita a clienti non domestici in bassa tensione. Peraltro, in tutti questi mercati, l'incremento di quota di mercato riferibile alla concentrazione è trascurabile, rimanendo in tutti i casi inferiore all'1% (tranne nel caso di Campobasso, dove è la *target* a detenere una base clienti più consistente). L'Operazione non appare quindi suscettibile di incidere significativamente sulla concorrenza nei mercati della vendita di energia elettrica a clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione, anche in considerazione del fatto che in tali mercati sono attivi in tutti i contesti geografici operatori qualificati e di primo piano a livello nazionale.

Mercato dell'approvvigionamento e vendita all'ingrosso di gas naturale

14. Nel mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas naturale, considerato nella prassi dell'Autorità di dimensione nazionale⁶, nel 2021 Axpo deteneva una quota del [1-5%], mentre sia la quota

⁴ Si veda, al riguardo, la Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni (2005/C-56/03), in particolare par. 20.

⁵ Cfr. a titolo esemplificativo C12425 - Iren/Alegas, di cui al provv. n. 29986 dell'8 febbraio 2022, in Boll. n. 7/2022.

⁶ Cfr. a titolo esemplificativo C12276 - A2A Energia/ASM Energia, di cui al provv. n. 28107 del 28 gennaio 2020, in Boll. n. 7/2020.

di Canarbino sia della *target* erano largamente inferiori all'1%. Anche in questo mercato, dunque, la quota delle Parti appare complessivamente limitata e l'apporto della *target* estremamente ridotto, non rilevandosi effetti concorrenziali di rilievo derivanti dall'Operazione.

Mercato della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti finali di piccole dimensioni ⁷

15. Considerazioni analoghe valgono anche per il mercato della vendita al dettaglio del gas naturale, interessato, in ragione dell'operatività della *target*, solo per quel che concerne i clienti finali di piccole dimensioni.

16. L'Autorità ha tradizionalmente considerato tale mercato di dimensione locale, pur essendosi recentemente interrogata sulla possibilità di considerare un mercato più ampio. Ad ogni modo, nel caso di specie, si rileva come l'esito della valutazione dell'Operazione non cambierebbe quale che sia la dimensione geografica considerata. I dati forniti dalle Parti, di dettaglio regionale, attestano che le quote detenute congiuntamente non superano mai il 5%, con un incremento dovuto alla concentrazione ovunque di entità trascurabile, largamente inferiore all'1% del mercato, tranne che in Molise (dove Italian Gas raggiunge una quota del [1-5%] pre *merger*). L'Operazione non appare quindi suscettibile di incidere significativamente sulla concorrenza neppure nel mercato della vendita al dettaglio di gas naturale a clienti di piccole dimensioni, altresì considerando che - anche in questa attività - operano in tutti i contesti geografici concorrenti qualificati e di primo piano a livello nazionale.

17. Tutte le valutazioni concorrenziali espresse con riferimento a ciascuno dei mercati rilevanti menzionati non mutano anche tenendo in considerazione l'ulteriore espansione dell'attività delle società acquirenti riferibile alla distinta operazione di concentrazione notificata in pari data da Axpo Italia S.p.A. e Canarbino S.p.A. e concernente l'acquisizione del controllo congiunto sul ramo d'azienda di Green Network S.p.A. in concordato preventivo, parimenti attivo con quote di mercato trascurabili nei settori della commercializzazione di energia elettrica e gas naturale.

18. Alla luce delle considerazioni che precedono, la concentrazione in esame non appare quindi idonea a ostacolare in misura significativa la concorrenza effettiva nei mercati interessati e a determinare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non ostacola, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, in misura significativa la concorrenza effettiva nei mercati interessati e non comporta la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante;

RITENUTO, altresì, che gli obblighi di non concorrenza pattuiti tra le Parti sono accessori alla presente Operazione nei soli limiti sopra descritti e che l'Autorità si riserva di valutare i suddetti patti che si realizzino oltre tali limiti;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro delle Imprese e del Made in Italy.

⁷ Cfr. a titolo esemplificativo C12425, cit..

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

C12506 - HIG CAPITAL/POLYGON*Provvedimento n. 30418*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Professor Michele Ainis;

VISTO il Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTO l'atto della società H.I.G. Capital LLC, pervenuto in data 25 novembre 2022;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. H.I.G. Capital LLC (di seguito, H.I.G.) è una società di investimento di diritto statunitense a capo dell'omonimo gruppo (di seguito, gruppo H.I.G.) *leader* nel *private equity* e attività alternative.

2. Il gruppo H.I.G. è in ultima istanza controllato – direttamente e congiuntamente – da due persone fisiche, entrambe fondatrici e Co-CEO di H.I.G.. Ciascuna detiene individualmente il 50% delle azioni con diritto di voto e congiuntamente il 100% delle azioni con diritto di voto.

3. Nel 2021 il gruppo H.I.G. ha realizzato a livello mondiale un fatturato consolidato pari a circa [30-40]* miliardi di euro, di cui circa [3-4] miliardi di euro per vendite nell'Unione Europea e circa [1-2] miliardi di euro per vendite in Italia.

4. Polygon S.p.A. (di seguito, Polygon), la cui denominazione fino al 2021 era Tecnologie Sanitarie S.p.A., è una società attiva nell'ingegneria clinica e, in particolare, nella gestione e manutenzione delle apparecchiature biomedicali e dispositivi diagnostici per immagini.

5. Il capitale sociale di Polygon è detenuto per il 51% dalla famiglia Zanzi (0,9% direttamente e 50,1% tramite la *holding* familiare Fab S.r.l.), per il 34% dalla famiglia Militenda e per il 5% da una persona fisica. Il restante 10% del capitale è rappresentato da azioni proprie di Polygon.

6. Nel 2021 Polygon ha realizzato a livello mondiale un fatturato pari a circa [100-517] milioni di euro, interamente realizzato nell'Unione Europea, di cui circa [100-517] milioni di euro per vendite in Italia.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

7. L'operazione consiste nell'acquisto da parte di H.I.G., per il tramite della sua controllata Luna BidCo S.r.l., di una quota partecipativa pari al 100% del capitale sociale di Polygon¹. Si precisa che l'operazione

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

¹ L'operazione di concentrazione è altresì soggetta alla c.d. normativa Golden Power di cui al decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, come convertito in legge e successivamente modificato, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

ha ad oggetto la sola società Polygon e non anche la sua (unica) controllata Polygon S.r.l., la quale – prima dell'esecuzione (c.d. *closing*) dell'operazione – verrà ceduta da Polygon.

8. Lo S.P.A. prevede che – per la durata massima di 4 anni dal *closing* dell'operazione e limitatamente al territorio italiano e spagnolo² – i venditori non svolgano attività concorrente al *business* di Polygon. Più nel dettaglio, i venditori si impegnano a:

- non assumere o detenere, né direttamente, né indirettamente, tramite interposta persona, partecipazioni o interessenze in qualsiasi impresa, individuale o sociale, affare o azienda, che eserciti attività in concorrenza con quella di Polygon, esclusa l'assunzione di partecipazioni inferiori al 2% in società quotate su un mercato regolamentato in Italia o all'estero;
- non svolgere in qualsiasi forma, né direttamente né indirettamente, tramite interposta persona, attività in concorrenza con l'attività di Polygon;
- non assumere, in via diretta o indiretta, la qualifica di dipendente – e non prestare servizi in favore – di persone che svolgano, in qualunque forma, attività in concorrenza con l'attività di Polygon;
- non offrire, direttamente o indirettamente, tramite interposta persona, l'assunzione o incarichi di lavoro, sollecitare l'assunzione o il conferimento di incarichi a una qualunque persona che ricopra il ruolo di amministratore, dipendente, agente, collaboratore o consulente di Polygon, fatta comunque eccezione per eventuali offerte di lavoro o di collaborazione a persone che rispondano autonomamente a ricerche generali di una determinata figura professionale, purché non “*tailor-made*”;
- non sollecitare i fornitori o clienti di Polygon al fine di convincerli a interrompere le loro relazioni commerciali con Polygon ovvero a modificare negativamente i termini e/o le condizioni di tali relazioni commerciali.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

9. L'operazione comunicata costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90, in quanto comporta l'acquisizione del controllo esclusivo di un'impresa.

10. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/04, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 517 milioni di euro e il fatturato realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate è stato superiore a 31 milioni di euro.

11. Il patto di non concorrenza sottoscritto dalle parti e descritto nel paragrafo precedente può essere ritenuto direttamente connesso e necessario alla realizzazione dell'operazione di concentrazione in esame, in quanto funzionale alla salvaguardia del valore dell'impresa acquisita, a condizione che esso sia limitato temporalmente ad un periodo di tre anni, e non impedisca ai venditori di acquistare o detenere azioni a soli fini di investimento finanziario³.

12. Il patto di non sollecitazione sottoscritto dalle parti e descritto nel paragrafo precedente può essere ritenuto direttamente connesso e necessario alla realizzazione dell'operazione di concentrazione in esame,

² Dove Polygon è attiva seppur generando un fatturato del tutto modesto.

³ [Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle operazioni di concentrazione (2005/C 56/03) pubblicata in GUCE del 5 marzo 2005.]

in quanto funzionale alla salvaguardia del valore dell'impresa acquisita, a condizione che esso sia limitato temporalmente ad un periodo di tre anni⁴.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

Il mercato del prodotto

13. Dal punto di vista merceologico, in considerazione dell'attività della società oggetto di acquisizione, l'operazione interessa il mercato della manutenzione sui dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia, sui dispositivi di diagnostica per immagini a tecnologia non complessa e sugli apparecchi biomedicali.

14. Il mercato in questione si pone come mercato "a valle" rispetto a quello "a monte" della produzione e commercializzazione di dispositivi medici (di diagnostica per immagini e biomedicali). In relazione a quest'ultimo, né H.I.G. né Polygon sono attive.

15. L'attività di manutenzione di cui al mercato in esame può essere svolta internamente dagli ospedali stessi o – come più frequentemente accade – essere affidata in *outsourcing* a due categorie di soggetti: da un lato gli *Original Equipment Manufacturers* (di seguito, OEMs) e dall'altro i manutentori terzi indipendenti (*Independent Service Operators* – di seguito, ISOs). I primi sono operatori integrati a monte che, oltre alla vendita del singolo dispositivo medico, offrono in aggiunta la relativa manutenzione sul medesimo (in e fuori garanzia). I secondi invece operano esclusivamente a valle sui dispositivi che gli OEMs hanno in precedenza venduto alle strutture sanitarie.

16. L'attività di manutenzione può essere mirata su singoli dispositivi e in tali casi la durata del contratto è normalmente pari a 1-3 anni o, come sempre più spesso accade, può inserirsi in un vero e proprio rapporto di durata medio-lunga (di solito intorno ai 3-5 anni, ma in alcuni casi anche di più) avente ad oggetto l'intero parco installato (cd. *global service*).

17. Quanto all'oggetto della prestazione, il servizio di manutenzione comprende la manutenzione preventiva e correttiva, oltre a una vasta gamma di servizi eventuali e puramente accessori come il collaudo delle apparecchiature, la consulenza tecnica, la formazione del personale e la gestione delle attrezzature informatiche.

18. Dal punto di vista merceologico, nei recenti provvedimenti di codesta Autorità⁵, il mercato in questione è stato ulteriormente suddiviso a seconda che il dispositivo oggetto di manutenzione sia (i) un dispositivo di diagnostica per immagini ad alta tecnologia, (ii) un dispositivo di diagnostica per immagini a tecnologia non complessa e (iii) apparecchi biomedicali.

19. Tuttavia ai fini della presente operazione non appare necessario pervenire ad una esatta definizione del mercato del prodotto in quanto la valutazione concorrenziale dell'operazione non muterebbe.

⁴ [Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle operazioni di concentrazione (2005/C 56/03) pubblicata in GUCE del 5 marzo 2005.]

⁵ [Cfr. provvedimento AGCM n. 30189 del 7 giugno 2022, Caso C12456 – F2i Medtech/Althea Group, provvedimento AGCM n. 28620 del 30 marzo 2021, Caso A517 – Mercati di Manutenzione di Dispositivi Diagnostici, provvedimento AGCM n. 25593 del 5 agosto 2015, Caso C12007 – Gere/Ingegneria Biomedica Santa Lucia.]

Il mercato geografico

20. Dal punto di vista geografico, la dimensione del mercato si presenta come nazionale⁶. Ciò in ragione del fatto che la domanda dei servizi di manutenzione è costituita da strutture sanitarie pubbliche e private che acquistano beni e servizi con procedure anche centralizzate da soggetti aggregatori a livello nazionale o regionale; dal lato dell'offerta, invece, l'attività di manutenzione e il rispetto dei tempi di intervento richiede la presenza sul territorio di una rete di vendita e logistica su scala nazionale per la gestione del parco installato.

Effetti dell'operazione

21. Nel mercato "a monte" della produzione e commercializzazione di dispositivi medici (di diagnostica per immagini e biomedicali), né Polygon né H.I.G. sono attive.

22. Nel mercato "a valle" della manutenzione sui dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia, sui dispositivi di diagnostica per immagini a tecnologia non complessa e sugli apparecchi biomedicali, Polygon detiene quote inferiori al 20% sia nel mercato complessivo, sia in ciascuno dei tre segmenti in cui tale mercato può essere suddiviso, mentre H.I.G. non è attiva.

23. In tale mercato sono presenti numerosi e qualificati concorrenti.

24. Alla luce delle considerazioni che precedono, la concentrazione in esame non appare quindi idonea a ostacolare in misura significativa la concorrenza effettiva nel mercato interessato e a determinare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non ostacola, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, in misura significativa la concorrenza effettiva nel mercato interessato e non comporta la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante;

RITENUTO, altresì, che gli obblighi di non concorrenza e di non sollecitazione interscambiati tra le parti sono accessori alla presente operazione nei soli limiti sopra descritti e che l'Autorità si riserva di valutare i suddetti patti che si realizzino oltre i limiti ivi indicati;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro delle Imprese e del made in Italy.

⁶ [Cfr. provvedimento AGCM n. 30189 del 7 giugno 2022, Caso C12456 – F2i Medtech/Althea Group, provvedimento AGCM n. 28620 del 30 marzo 2021, Caso A517 – Mercati di Manutenzione di Dispositivi Diagnostici, provvedimento AGCM n. 25593 del 5 agosto 2015, Caso C12007 – Gere/Ingegneria Biomedica Santa Lucia.]

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1874 – TARIFFA PER LA REVISIONE DEI VEICOLI A MOTORE

Roma, 16 dicembre 2022

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a seguito del ricevimento di una segnalazione relativa alla fornitura dei servizi di revisione degli autoveicoli attraverso l'offerta di sconti sulle tariffe, nell'esercizio dei propri poteri di segnalazione di cui all'art. 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nella sua riunione del 13 dicembre 2022 ha inteso svolgere le seguenti osservazioni.

L'Autorità si è già occupata, nella segnalazione AS1555¹, del tema della derogabilità della tariffa prevista dall'art. 2 del Decreto Ministeriale 2 agosto 2007, n. 161, evidenziando che la fissazione di una tariffa per le operazioni di revisione dei veicoli a motore deve ritenersi abrogata per effetto delle misure di liberalizzazione che hanno eliminato dall'ordinamento le restrizioni all'esercizio delle attività economiche che non siano giustificate da esigenze imperative di interesse generale e costituzionalmente rilevanti.

Più nel dettaglio, l'art. 80, comma 12, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada) e, di conseguenza, l'art. 2 del Decreto Ministeriale 2 agosto 2007, n. 161, che fissa la tariffa per le revisioni eseguite dalle officine autorizzate, secondo l'Autorità devono ritenersi abrogati dall'art. 34 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, in legge 22 dicembre 2011, n. 214 *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici (SALVA-ITALIA)*, ai sensi del quale «la disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità. Sono abrogate le seguenti restrizioni disposte dalle norme vigenti: [...] f) l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi [...]». Analoghe disposizioni erano già contenute nel d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011, n. 148, *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo (manovra bis)* il quale, all'art. 3, prevede l'abrogazione delle norme recanti «l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi».

¹ Cfr. Segnalazione AS1555 del 14 novembre 2018, in boll. 2/2019.

L'Autorità prende atto della comunicazione del 14 gennaio 2019, con cui codesto Ministero ha fornito la propria ricostruzione normativa concludendo che l'attività di revisione dei veicoli è attività pubblicistica, anche quando esercitata da soggetti privati espressamente autorizzati, e che quindi la tariffa ha natura giuridica di tassa e non risulterebbe abrogata.

Alla luce di tale comunicazione, tenuto conto dell'incertezza giuridica che ancora vige su questo specifico tema, l'Autorità auspica che la tariffa di cui trattasi, quando richiesta da operatori privati, venga espressamente abrogata. Ciò consentirebbe alle officine autorizzate di operare in un regime di piena concorrenza garantendo ai consumatori di poter beneficiare di consistenti riduzioni di prezzo. Infatti, le esigenze di tutela della sicurezza stradale, sottese allo stringente regime di autorizzazione previsto per l'esercizio dell'attività di revisione da parte dei privati, non possono giustificare anche il mantenimento di una tariffa. Ciò, in quanto, il regime autorizzatorio e i relativi controlli, previsti dalla disciplina di settore, già tutelano il mantenimento di un adeguato livello qualitativo del servizio. La previsione di una tariffa non appare quindi necessaria e proporzionata a garantire la qualità del servizio e, di conseguenza, la connessa esigenza di tutela della sicurezza stradale.

L'Autorità invita a comunicare, entro un termine di quarantacinque giorni dalla ricezione della presente segnalazione, le determinazioni assunte con riguardo a quanto evidenziato.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

DIRITTI TELEVISIVI

SR43 - LEGA CALCIO SERIE A/ASSEGNAZIONE DIRITTI AUDIOVISIVI CAMPIONATI DI CALCIO 2024/2025 - 2025/2026 - 2026/2027

Provvedimento n. 30425

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Professor Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il Decreto Legislativo 9 gennaio 2008, n. 9, recante *“Disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi e relativa ripartizione delle risorse”*;

VISTO, in particolare, l'articolo 6, comma 1, del citato Decreto Legislativo, in base al quale la Lega Nazionale Professionisti è tenuta a predeterminare, per le competizioni calcistiche di propria competenza, linee guida *“per la commercializzazione dei diritti audiovisivi recanti regole in materia di offerta e di assegnazione dei diritti audiovisivi medesimi, criteri in materia di formazione dei relativi pacchetti e le ulteriori regole”*, in modo da garantire ai partecipanti alle procedure competitive *“condizioni di assoluta equità, trasparenza e non discriminazione”*;

VISTO, inoltre, l'articolo 6, comma 6, dello stesso Decreto Legislativo, in cui è stabilito che l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato verifichino, per i profili di rispettiva competenza, la conformità delle linee guida ai principi e alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 9/2008 e le approvino entro sessanta giorni dal ricevimento delle stesse;

VISTE le Linee Guida di cui al Decreto Legislativo n. 9/2008, trasmesse dalla Lega Nazionale Professionisti Serie A in data 17 ottobre 2022 e successivamente modificate con comunicazione del 5 dicembre 2022;

VISTI i contributi forniti in data 14 novembre 2022 da alcuni operatori delle telecomunicazioni e da un soggetto attivo nella commercializzazione dei diritti audiovisivi, nell'ambito della consultazione pubblica indetta dall'Autorità con delibera del 26 ottobre 2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LA LEGA NAZIONALE PROFESSIONISTI SERIE A

1. La Lega Nazionale Professionisti Serie A (di seguito, anche *“Lega Calcio Serie A”* o *“Lega Serie A”* o *“LNPA”*) associa in forma privatistica le società sportive affiliate alla Federazione Italiana Gioco Calcio (*“FIGC”*) che partecipano al Campionato di Serie A e che, a tal fine, si avvalgono delle prestazioni di calciatori professionisti. Essa organizza le seguenti competizioni sportive: Campionato di Serie A, Coppa Italia, Supercoppa, Campionato Primavera, Coppa Italia Primavera e Supercoppa Primavera.

2. La Lega Serie A, in qualità di organizzatore delle competizioni suddette, ai sensi del Decreto Legislativo 9 gennaio 2008, n. 9 (c.d. Decreto Melandri), è contitolare, insieme alle società sportive che partecipano agli eventi, dei diritti audiovisivi relativi alle competizioni che organizza. Secondo le previsioni del suddetto Decreto e dell'articolo 1, comma 3, lettera k), dello Statuto-Regolamento della Lega Serie A, quest'ultima è il soggetto preposto alla commercializzazione dei diritti audiovisivi relativi alle competizioni che organizza¹.

3. In applicazione dell'articolo 6 del Decreto Legislativo 9 gennaio 2008, n. 9 (di seguito, "Decreto Legislativo n. 9/2008", "Decreto Melandri" o semplicemente il "Decreto"), la Lega Serie A ha trasmesso in data 17 ottobre 2022 le Linee Guida per la vendita centralizzata dei diritti audiovisivi relativi alle stagioni sportive 2024/2025 - 2025/2026 - 2026/2027 (di seguito, "Linee Guida").

II. IL CONTENUTO DELLE LINEE GUIDA

4. Le Linee Guida riguardano i diritti audiovisivi sportivi relativi alle seguenti competizioni nazionali di calcio, organizzate dalla Lega Serie A: Campionato di Serie A, Coppa Italia, Supercoppa, Campionato Primavera, Coppa Italia Primavera, Supercoppa Primavera.

5. Per tali competizioni, la Lega Serie A procederà alla vendita centralizzata dei diritti audiovisivi di natura primaria (diritti di prima messa in onda degli eventi) e secondaria (diritti di trasmissione delle repliche, delle sintesi e delle immagini salienti degli eventi).

6. La Lega Serie A espletterà distinte procedure competitive di vendita centralizzata e formerà più pacchetti che si differenziano tra loro a seconda del mercato cui sono destinati e del carattere di esclusiva o non esclusiva del loro sfruttamento. La composizione di ogni pacchetto e la disciplina che ne regola lo sfruttamento saranno descritte nel corrispondente invito a presentare offerte e seguiranno i criteri indicati nelle Linee Guida che di seguito vengono descritti.

7. Le Linee Guida definiscono i criteri di formazione dei seguenti pacchetti di diritti: (i) pacchetti esclusivi destinati al territorio nazionale; (ii) pacchetti non esclusivi destinati al territorio nazionale; (iii) pacchetti di diritti secondari da offrire agli operatori delle piattaforme digitali e *social media*; (iv) pacchetti

¹ L'articolo 1, comma 3, dello Statuto-Regolamento della Lega Serie A, prevede che tale ente: "a. promuove, in ogni sede e con ogni mezzo consentito, gli interessi generali e collettivi delle società associate, rappresentandole nei casi consentiti dalla legge o dall'ordinamento federale, uniformando la propria attività e l'organizzazione interna a criteri di efficienza, trasparenza, parità di trattamento; b. organizza, nel rispetto di quanto previsto al comma 3 dell'art. 9 dello Statuto Federale, il Campionato di Serie A, la Supercoppa di Lega, il Campionato Primavera, la Supercoppa Primavera; c. organizza, previa, se necessaria, delega da parte di altra Lega la Coppa Italia e la Coppa Italia Primavera; d. stabilisce i calendari delle competizioni ufficiali di cui sub b. e c. e ne fissa date ed orari; e. regolamenta, anche per la tutela della regolarità tecnica e disciplinare delle competizioni e per motivi connessi alla sicurezza, le modalità di accesso di operatori, radio cronisti e fotografi negli spazi soggetti ai poteri degli ufficiali di gara; f. regolamenta, anche per la tutela della regolarità tecnica e disciplinare delle competizioni e per motivi connessi alla sicurezza, i rapporti fra le società e i mezzi di informazione per il solo esercizio del diritto di cronaca radiofonica e televisiva e per assicurare le modalità di accesso, in conformità con le vigenti leggi; g. assicura la distribuzione interna delle risorse finanziarie; h. assicura la diffusione, anche attraverso mezzi informatici, dei principali atti e documenti associativi alle proprie associate che informa periodicamente sulla propria attività e sulle questioni di interesse comune; i. definisce, d'intesa con le categorie interessate, i limiti assicurativi contro i rischi a favore dei tesserati e svolge attività consultiva attinente al trattamento pensionistico degli stessi; j. rappresenta le società nella stipula degli accordi di lavoro e nella predisposizione dei relativi contratti tipo; k. in qualità di organizzatore della competizione nel senso definito dal decreto legislativo 9 gennaio 2008 n. 9 (di seguito: Decreto), nonché contitolare dei diritti audiovisivi di cui al Decreto e relativi alle competizioni che organizza, li commercializza; l. rappresenta le società associate nei loro rapporti con la F.I.G.C., con le altre Leghe e, previo rilascio di delega specifica da ogni singola società, con i terzi; m. detta norme di gestione delle società, nell'interesse collettivo, e riscontra l'osservanza di queste e delle disposizioni emanate in materia dalla F.I.G.C. da parte delle società stesse; n. rappresenta le società associate nella tutela di ogni altro interesse collettivo".

audio (per le trasmissioni radiofoniche); (v) pacchetti destinati al mercato internazionale; (vi) pacchetti destinati alla commercializzazione dei diritti di c.d. *betting*, NFT e diritti connessi al Metaverso.

Criteri di formazione dei pacchetti esclusivi

8. I criteri in materia di formazione dei pacchetti di diritti audiovisivi esercitabili su base esclusiva nel territorio nazionale sono disciplinati al punto 23 delle Linee Guida e vengono distinti in: a) criteri comuni a tutte le forme di trasmissione per utenti domestici e per esercizi commerciali degli eventi delle competizioni organizzate dalla Lega Calcio Serie A; b) criteri relativi alle sole trasmissioni integrali in esclusiva, in tempo reale e per utenti domestici delle immagini degli eventi del Campionato di Serie A (escluse interazioni tra i campi per la simultanea visione degli eventi in un unico contesto). Resta fermo quanto disposto al comma 4 dell'articolo 9 del Decreto Melandri².

9. Il punto 23 ha cura di precisare, in un distinto punto c), che i criteri relativi alle sole trasmissioni integrali in esclusiva, in tempo reale e per gli esercizi commerciali, delle immagini degli eventi del Campionato di Serie A (escluse per esempio interazioni tra i campi per la simultanea visione degli eventi in un unico contesto) saranno identici ai criteri che saranno adottati per gli utenti domestici.

a) Criteri comuni a tutte le forme di trasmissione

10. Per quanto concerne i criteri comuni a tutte le forme di trasmissione, la Lega Serie A afferma che i singoli pacchetti vengono formati tenuto conto delle condizioni di mercato e quindi, ai fini dell'esercizio dei diritti audiovisivi, per singola piattaforma (vendita "per piattaforma") o secondo modalità di vendita che mettano in concorrenza le diverse piattaforme (vendita "per prodotto") ovvero con entrambe le modalità per una o più competizioni o per determinati eventi. Inoltre, la Lega Serie A intende tenere conto dello sviluppo tecnologico ed economico delle varie piattaforme e dell'evoluzione dei *device*. Viene precisato che la predisposizione di offerte mirate alla singola piattaforma, tuttavia, non deve essere sostitutiva dell'offerta per le piattaforme storiche e a maggiore diffusione. Inoltre, gli inviti a presentare offerte possono consentire particolari forme di sfruttamento che prescindono dal tipo di accesso. La commercializzazione consentirà la trasmissione in chiaro di immagini salienti e di immagini correlate.

11. Per la commercializzazione dei pacchetti di diritti esclusivi degli eventi relativi alle competizioni diverse dalla Serie A (Coppa Italia, Supercoppa Italiana e Competizioni Primavera), la Lega Serie A procederà in conformità dell'articolo 7, comma 8, del Decreto Melandri³, che prevede di poter commercializzare anche un unico pacchetto per le trasmissioni in diretta. Quanto alle interviste ai tesserati, verrà predisposta una disciplina che valorizzi i contributi diretti dei protagonisti degli eventi.

12. L'equilibrio dei pacchetti tra contenuto dei diritti audiovisivi offerti e relativo prezzo minimo è individuato secondo ragionevolezza, tenendo conto della necessità di formare pacchetti commercialmente interessanti per gli operatori della comunicazione, anche in relazione alle aspettative degli utenti e alle modalità tecniche di fruizione degli eventi, fermo restando che i pacchetti possono essere tra loro di diverso contenuto e di diverso valore economico, il tutto al fine di favorire la competizione tra operatori e di

² "È fatto divieto a chiunque di acquisire in esclusiva tutti i pacchetti relativi alle dirette, fermi restando i divieti previsti in materia di formazione di posizioni dominanti".

³ "Alla commercializzazione dei diritti audiovisivi relativi alle competizioni delle categorie professionistiche calcistiche inferiori al campionato di serie A e degli altri sport professionistici a squadre oggetto del presente decreto, nonché quelle relative alle Coppe nazionali e agli ulteriori eventi organizzati sulla base dell'esito delle competizioni, si applicano le disposizioni di cui alle sezioni I, II e III del presente capo, con esclusione degli articoli 8, commi 2 e 3, e 9, comma 4, nonché le disposizioni di cui alle sezioni IV e V del presente capo ad eccezione dell'articolo 14, comma 4".

permettere a più operatori di proporre al pubblico gli eventi di maggiore interesse. Nel caso di pacchetti per prodotto, ad esempio, l'equilibrio dovrà essere ottenuto considerando l'ambito di estensione dell'esclusiva e le caratteristiche degli eventi, quali il grado di appetibilità degli stessi, definito in relazione al seguito dei club che vi partecipano o alla data e ora di trasmissione e alla presenza contemporanea di altri eventi.

13. Le Linee Guida prevedono una riserva in favore delle società sportive per la commercializzazione dei diritti nel caso di esito negativo dell'assegnazione centralizzata. Inoltre, gli inviti a presentare offerte conterranno l'indicazione relativa alla messa a disposizione da parte di Lega Calcio Serie A del segnale audiovisivo degli eventi. Agli assegnatari di determinati pacchetti potrà essere conferito il diritto di fruire di integrazioni delle immagini degli eventi e/o di accedere a particolari modalità produttive e verrà predisposta una disciplina per gli sfruttamenti pubblicitari concessi agli assegnatari. È fatta salva la facoltà della Lega Calcio Serie A e delle società sportive di dare autonomamente corso, nel rispetto della normativa applicabile, a sfruttamenti pubblicitari non espressamente concessi agli assegnatari e/o individuati nei corrispondenti inviti a presentare offerte.

b) Criteri relativi alle sole trasmissioni integrali in esclusiva, in tempo reale e per utenti domestici delle immagini degli eventi del Campionato di Serie A

14. In ordine alle trasmissioni integrali in esclusiva, in tempo reale e per utenti domestici delle immagini degli eventi del Campionato di Serie A, le Linee Guida prevedono innanzitutto che l'offerta iniziale al mercato include, qualunque sia la modalità di vendita, un numero minimo di dirette pari all'80% degli eventi.

15. In applicazione del principio dell'equilibrio tra pacchetti, la Lega Calcio Serie A precisa che il pacchetto più piccolo include: a) almeno un quarto delle gare del pacchetto più grande, qualunque sia la modalità di vendita (a titolo di esempio, se il pacchetto più grande ha ad oggetto 132 gare, il pacchetto più piccolo deve includerne almeno 33); e, in ogni caso, b) il pacchetto più piccolo includerà gare giocate in slot singolo nella fascia serale (dalle ore 18.00 in poi) nell'arco del Campionato in numero pari almeno alla metà delle gare contenute in tale pacchetto.

16. In caso di vendita per piattaforma o in caso di vendita con entrambe le modalità per piattaforma e per prodotto (c.d. vendita mista), la commercializzazione degli eventi include un numero minimo di tre eventi relativi alla trasmissione integrale delle gare.

17. Ai soli fini di fissare i limiti relativi al numero di gare per pacchetto, le piattaforme vengono suddivise in tre fasce: la prima fascia, composta dalla piattaforma satellitare; la seconda fascia, composta dalla piattaforma digitale terrestre; la terza fascia, che ricomprende le rimanenti piattaforme (piattaforma *Internet*, piattaforma *wireless* per le reti mobili, piattaforma IPTV, ecc.).

18. In ogni caso, è fatto divieto per un singolo operatore di acquisire in esclusiva tutti i diritti di trasmissione degli eventi in diretta su tutte le piattaforme, in ossequio al divieto di posizioni dominanti di cui all'articolo 9, comma 4, del Decreto Melandri.

19. In caso di vendita "per prodotto" la commercializzazione degli eventi include minimo due pacchetti aventi ad oggetto la trasmissione integrale in esclusiva delle gare, con divieto per un singolo operatore di acquisire in esclusiva tutti i pacchetti contenenti le dirette, nel rispetto del divieto di posizioni dominanti di cui all'articolo 9, comma 4, del Decreto Legislativo n. 9/2008.

20. Le Linee Guida esprimono l'auspicio che il sistema sopra configurato favorisca gli investimenti per l'acquisizione dei diritti, riducendo il rischio che alcuni pacchetti rimangano invenduti, aumenti il numero degli utenti/consumatori che possono fruire della visione degli eventi e vada incontro alle richieste dei consumatori/utenti.

c) Criteri di formazione dei pacchetti non esclusivi

21. Quanto alla formazione dei pacchetti non esclusivi destinati al territorio nazionale (punto 24 delle Linee Guida), la Lega Serie A afferma il principio che lo sfruttamento dei diritti non esclusivi è consentito in forme che non pregiudichino lo sfruttamento dei diritti esclusivi. Nello specifico, verrà predisposta la commercializzazione di un pacchetto di diritti non esclusivi esercitabili in chiaro nell'intero territorio nazionale per la trasmissione di immagini salienti da determinarsi all'atto dell'offerta al mercato. Inoltre, verrà riservata a favore dell'emittenza locale una quota di diritti relativi alle immagini salienti.

22. La Lega Serie A potrà convertire da non esclusivi a esclusivi e viceversa i diritti non assegnati o abbinare diritti non esclusivi ai pacchetti esclusivi purché ciò non comporti pregiudizio alcuno a carico degli operatori che abbiano già acquisito diritti esclusivi per il territorio italiano. La LNPA potrà anche valutare, in base alle condizioni di mercato, la possibilità di commercializzare pacchetti relativi alle dirette in forma non esclusiva, in alternativa a oppure in combinazione con pacchetti esclusivi.

d) Criteri di formazione degli altri pacchetti di diritti

23. In ragione delle continue evoluzioni in ambito digitale, la Lega Calcio Serie A potrà valutare, sia a livello nazionale che internazionale, l'opportunità di offrire al mercato specifici pacchetti di diritti secondari relativi a immagini salienti e/o correlate, in forma esclusiva e/o non esclusiva, destinati allo sfruttamento su piattaforme digitali, incluso su piattaforme di *social media*, anche al fine di promuovere le competizioni, intercettare nuovi segmenti di pubblico e rispondere a sempre più diffuse abitudini di consumo.

24. Per quanto riguarda i pacchetti relativi ai diritti audio, verrà predisposto un pacchetto di diritti con le dirette di tutti gli eventi del Campionato di Serie A da esercitare su base esclusiva e/o non esclusiva in ambito nazionale. Inoltre, verranno predisposti anche dei pacchetti destinati a operatori in ambito locale o nazionale o in entrambi gli ambiti, esercitabili su base non esclusiva, che comprenderanno fino a un massimo di estratti sonori in diretta di eventi del Campionato di Serie A. Tali pacchetti saranno individuati in modo tale che la loro durata non pregiudichi lo sfruttamento dei pacchetti degli altri assegnatari e faccia salvo l'esercizio del diritto di cronaca.

La Lega si riserva di confezionare pacchetti di diritti radiofonici anche per le competizioni diverse dal Campionato di Serie A.

25. Per ciò che concerne i pacchetti di diritti audiovisivi destinati al mercato internazionale, le Linee Guida hanno cura di precisare al punto 27 che i criteri di formazione di tali pacchetti terranno conto delle continue dinamiche evolutive dei mercati di riferimento rispetto a determinate aree geografiche, attraverso la distribuzione di un proprio Canale edito tenendo conto delle specificità richieste nei diversi territori. Pertanto, la LNPA attuerà forme di commercializzazione orientate alle suddette logiche di mercato e potrà, anche rispetto a singole aree geografiche, procedere alla commercializzazione dei diritti audiovisivi operando in proprio con apposite sue strutture o mediante l'identificazione di uno o più intermediari.

26. In entrambi i casi il soggetto o i soggetti assegnatari dei diritti audiovisivi devono obbligarsi ad attuare una strategia di distribuzione e diffusione orientata a salvaguardare la fruizione degli eventi nei territori esteri in cui sia forte la presenza di comunità italiane a beneficio delle quali può essere previsto un livello minimo di diffusione anche in lingua italiana, orientata a massimizzare la visibilità degli eventi. La Lega Calcio Serie A potrà altresì commercializzare diritti radiofonici nei territori esteri nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 15 del Decreto Melandri.

27. La Lega Calcio Serie A si riserva inoltre, sia a livello nazionale che a livello internazionale, di commercializzare i diritti c.d. *betting* nonché i diritti per la realizzazione di *Non Fungible Tokens* (NFT) e

i diritti connessi al Metaverso, nonché eventuali successive evoluzioni in relazione ai diritti connessi a tecnologie di futura invenzione, che siano oggetto di prodotti riferiti alle intere competizioni organizzate dalla Lega Calcio Serie A. I predetti diritti verranno commercializzati con modalità scelte a discrezione della stessa LNPA.

28. Inoltre, in ragione della modalità di commercializzazione adottata, la LNPA si riserva di inserire all'interno dei pacchetti ovvero di commercializzare uno o più pacchetti di c.d. "Pick", in base ai quali il licenziatario avrà il diritto di esercitare la scelta di alcune delle gare da inserire nei propri pacchetti.

Le procedure di assegnazione

29. Il punto 30 delle Linee Guida stabilisce che la commercializzazione dei diritti audiovisivi si svolge in base alle regole del diritto privato, evidenziando che all'atto dell'espletamento delle procedure competitive e dell'assegnazione dei diritti audiovisivi compresi nei pacchetti, la LNPA opera nell'esercizio della sua autonomia privata.

Agli inviti a presentare offerte per i pacchetti di diritti audiovisivi esercitabili nel territorio nazionale possono aderire gli operatori della comunicazione e gli intermediari indipendenti per i quali, al momento della presentazione dell'offerta, non siano in corso procedure concorsuali o procedure di liquidazione.

30. Se previsto dalla normativa vigente, gli operatori della comunicazione devono essere in possesso del titolo abilitativo, anche se acquisito in altro Stato dello Spazio Economico Europeo, per la trasmissione sul territorio italiano mediante una delle piattaforme previste nel pacchetto di diritti audiovisivi o, nel caso di vendita per singola piattaforma, devono essere in possesso del titolo abilitativo, se previsto dalla normativa, per la trasmissione sul territorio italiano mediante la piattaforma in questione.

31. I soggetti, per essere ammessi a partecipare alle procedure di assegnazione:

- devono essere primari operatori del settore nazionale e internazionale, intendendosi per tali gli operatori in grado di disporre di una capacità distributiva con adeguata copertura del territorio nazionale (*"dispongano di capacità trasmissiva in grado di raggiungere almeno l'80% della popolazione italiana nel territorio nazionale riguardo ai pacchetti per il mercato nazionale"*), dei mezzi e dell'organizzazione necessari a supportare le attività conseguenti all'assegnazione, di adeguate garanzie di solvibilità e di risorse economiche, proprie o garantite dai soci, tali da assicurare l'esatto adempimento delle obbligazioni contemplate dall'assegnazione, secondo criteri che saranno indicati negli inviti a presentare offerte;
- non devono trovarsi in situazione di controllo ai sensi del comma 1 dell'articolo 2359 del Codice Civile rispetto ad altri operatori della comunicazione o a intermediari indipendenti partecipanti alla procedura per i medesimi pacchetti. Si precisa che tale situazione costituisce causa di esclusione dalla procedura relativa agli specifici pacchetti.

32. Agli inviti a presentare offerte per i pacchetti di diritti audiovisivi esercitabili nel territorio internazionale possono aderire operatori della comunicazione, agenzie e altri intermediari di qualsiasi nazionalità. I soggetti ammessi a partecipare alle procedure di assegnazione per il territorio internazionale devono possedere comprovata capacità nel settore della distribuzione internazionale dei diritti audiovisivi riferiti al calcio, in particolare sulla base di un proprio *management* esperto di tali mercati internazionali, di mezzi e organizzazione sufficienti a supportare le attività conseguenti all'assegnazione, di adeguate garanzie di solvibilità e di risorse economiche, proprie o garantite dai soci, tali da assicurare l'esatto adempimento delle obbligazioni contemplate dall'assegnazione secondo criteri che saranno indicati negli inviti a presentare offerte.

33. Non sono comunque ammessi a partecipare a procedure competitive operatori della comunicazione e/o intermediari per i quali, al momento della presentazione dell'offerta, siano in corso procedure concorsuali o procedure di liquidazione. Non sono altresì ammessi a partecipare i soggetti con i quali sia pendente un contenzioso per mancato o ritardato pagamento di corrispettivi previsti nei contratti di licenza aventi ad oggetto diritti audiovisivi assegnati in esito a procedure competitive precedenti, eccezion fatta per quei soggetti che abbiano corredato l'offerta con garanzia fideiussoria per il pagamento di ogni importo maturato e non ancora corrisposto. Resta inteso che nel caso di pagamento integrale di tali importi, antecedentemente alla presentazione dell'Offerta, la suddetta garanzia non sarà condizione di ammissibilità dell'Offerta stessa.

34. In conformità alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 9/2008, l'intermediario indipendente ammesso a partecipare alle procedure competitive relative al territorio nazionale non può trovarsi in situazione di controllo o collegamento (ai sensi dei commi 13, 14 e 15 dell'articolo 43 del Decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177) rispetto agli operatori della comunicazione, alla Lega Calcio Serie A e/o agli organizzatori degli eventi. Si precisa che, nei casi sopra indicati, saranno esclusi dalla procedura ambedue i soggetti che si trovino in rapporto di controllo o collegamento ai sensi delle disposizioni citate. Si procederà ugualmente all'esclusione quando le offerte di due o più operatori partecipanti alla gara siano imputabili, sulla base di univoci elementi, a un unico centro decisionale.

L'intermediario indipendente deve, inoltre, possedere comprovata capacità nel settore della distribuzione nazionale dei diritti audiovisivi, in particolare sulla base di un proprio *management* esperto di tale mercato nazionale, di mezzi e organizzazione sufficienti a supportare le attività conseguenti all'assegnazione, di adeguate garanzie di solvibilità e di risorse economiche, proprie o garantite dai soci, tali da assicurare l'esatto adempimento delle obbligazioni contemplate dall'assegnazione secondo criteri che saranno indicati negli inviti a presentare offerte. Non sono comunque ammessi a partecipare a procedure competitive intermediari indipendenti per i quali, al momento della presentazione dell'offerta, siano in corso procedure concorsuali o procedure di liquidazione.

35. In base al punto 32 delle Linee Guida, la notizia dell'avvio di procedure competitive relative a pacchetti offerti in esclusiva e dei relativi termini per l'invio delle offerte è pubblicata "*su due quotidiani a diffusione nazionale*", sul sito ufficiale della Lega Calcio Serie A e diffusa mediante apposito comunicato stampa in pari data.

Nel sito ufficiale della Lega Calcio Serie A saranno analiticamente descritti i contenuti dei pacchetti offerti al mercato, unitamente alle condizioni essenziali di assegnazione. I termini di presentazione delle offerte sono fissati secondo criteri di ragionevolezza e comunque, tenuto anche conto dell'eventuale portata innovativa della configurazione dei pacchetti, non sono inferiori a quindici giorni dalla data di pubblicazione dell'invito a presentare offerte, in modo da garantire a tutti i soggetti potenzialmente interessati uguali opportunità di presentare la propria offerta, con piena conoscenza delle condizioni essenziali di assegnazione.

36. Ogni offerta di acquisizione deve essere redatta in conformità al modello predisposto dalla LNPA inserito all'interno dei relativi inviti a offrire, in lingua italiana e/o in lingua inglese nel caso di offerte per il mercato internazionale, su carta intestata dell'offerente e sottoscritta dal legale rappresentante *pro tempore* o da un procuratore speciale autorizzato con scrittura privata autenticata o con atto pubblico, da allegare all'offerta stessa. Le offerte devono essere depositate in modalità telematica tramite una piattaforma di cui la Lega Calcio Serie A darà opportuna informazione nei relativi inviti a offrire. Le offerte sono, così come ricevute, custodite e conservate su tale piattaforma.

37. Entro il giorno lavorativo successivo al termine di presentazione delle offerte un notaio incaricato dalla Lega Calcio Serie A e/o l'Amministratore Delegato o altro funzionario dallo stesso incaricato, introduce la chiave privata di cifratura nella piattaforma, sino ad allora custodita presso il notaio stesso, e così si procede all'apertura delle offerte.

38. In base al punto 35, la LNPA valuta l'ammissibilità delle offerte in base ai criteri previsti nelle Linee Guida e ammette a partecipare alla procedura i soli soggetti, tra gli offerenti, che (i) siano in possesso dei, e incondizionatamente accettino, i requisiti, i limiti e gli obblighi tutti previsti nelle Linee Guida e nel pertinente invito a offrire; (ii) offrano garanzie di adempimento che la Lega Calcio Serie A giudichi soddisfacenti con giudizio discrezionale.

La LNPA considererà come irricevibili le offerte sottoposte a qualsiasi tipo di condizione.

39. Delle offerte che risultano ammesse a partecipare alla procedura, la LNPA redige graduatoria con apposito verbale sulla base del prezzo contemplato da ciascuna offerta, lo sottopone all'approvazione dell'Assemblea della Lega Calcio Serie A appositamente convocata e che si riunirà in un termine inferiore ai cinque giorni dal termine di presentazione delle offerte e procede in tale sede all'assegnazione dei diritti.

40. L'Assemblea della Lega Calcio Serie A procede all'assegnazione dei diritti al soggetto che abbia presentato l'offerta più alta, purché superiore al prezzo minimo, sempre che siano rispettate tutte le altre condizioni previste dalle Linee Guida e dagli inviti a presentare offerte. Viene redatto apposito verbale delle assegnazioni che viene inviato in via riservata all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e viene reso pubblico, mediante pubblicazione sul sito ufficiale della Lega Calcio Serie A, l'elenco dei licenziatari e dei pacchetti a ciascuno di essi assegnati.

41. In base al punto 36, il prezzo dei diritti audiovisivi è di volta in volta individuato ovvero approvato dalla LNPA secondo ragionevolezza alla luce delle condizioni di mercato in modo da essere adeguato al contenuto del pacchetto. A prescindere dalla procedura di vendita adottata per ciascun pacchetto, il prezzo dei diritti determinato dalla LNPA in relazione a un pacchetto non attribuisce in alcun caso al relativo assegnatario il diritto di contestazione del prezzo determinato a carico degli assegnatari di altri pacchetti.

42. Nel caso di uno o due pacchetti non assegnati (punto 37 delle Linee Guida), la Lega Calcio Serie A decide se attivare dall'inizio una nuova procedura competitiva o dare corso a trattative private, procedendo con questa seconda modalità, in particolare, *“quando le condizioni della procedura competitiva svolta e/o i suoi esiti rendano ingiustificati o sproporzionati, anche nell'interesse di una tempestiva assegnazione [,] gli oneri o i tempi di una nuova procedura competitiva (a titolo esemplificativo nel caso in cui vi fosse un unico offerente o le offerte ricevute fossero di entità vicina al raggiungimento del prezzo minimo): in entrambi i casi la Lega si riserva di apportare modifiche ai pacchetti medesimi. Inoltre, la Lega procederà a trattativa privata quando i tempi necessari per la nuova procedura risultino inadeguati rispetto all'avvio del nuovo Campionato”*.

Dell'avvio di trattative private viene dato invito a partecipare sul sito ufficiale della Lega Calcio Serie A nel termine massimo di trenta giorni dalla data fissata per l'apertura delle offerte o dalla data in cui i diritti rientrano nella disponibilità della Lega Calcio Serie A.

43. Alle trattative private sono ammessi tutti i soggetti che abbiano comunicato la propria manifestazione di interesse rispondendo all'invito a parteciparvi. Il termine per l'adesione alla trattativa privata non può essere inferiore a due giorni lavorativi né superiore a un massimo di quattro giorni lavorativi. Ciascuna trattativa privata deve avvenire entro sessanta giorni dalla data di ricezione delle adesioni alla stessa.

Ogni trattativa privata relativa ai diritti esclusivi da esercitarsi nel territorio nazionale si svolgerà in un'unica giornata presso la sede della Lega Calcio Serie A. I soggetti partecipanti saranno uditi contestualmente ma

separatamente in apposite sale. Eventuali modifiche ai pacchetti saranno comunicate dalla Lega Calcio Serie A in sede di trattativa, al termine della quale ognuno dei partecipanti dovrà presentare l'offerta mediante deposito della stessa in busta chiusa consegnata al notaio presente nella sede della Lega Calcio Serie A incaricato della ricezione. Il notaio procederà all'apertura delle buste entro il giorno lavorativo successivo alla presentazione delle offerte. Fino a tale termine massimo le offerte saranno custodite presso il notaio. Dell'esito di ciascuna trattativa privata viene data notizia sul sito ufficiale della Lega Calcio Serie A.

44. Qualora, in sede di trattativa privata, nel corso dei suddetti sessanta giorni, la LNPA non riceva alcuna offerta o riceva offerte ritenute insufficienti, può intraprendere nuove procedure competitive ovvero proseguire la trattativa privata per un massimo di ulteriori trenta giorni, sulla base anche di nuove composizioni dei pacchetti.

L'eventuale esito negativo delle procedure competitive deve essere dichiarato dalla competente Assemblea della Lega Calcio Serie A.

Resta ferma, per ognuna delle suddette ipotesi, la facoltà di non assegnare e la facoltà di distribuzione diretta, e di procedere alla commercializzazione del Canale come descritto successivamente.

45. Il punto 38, con riferimento ai pacchetti di diritti audiovisivi esclusivi relativi alle dirette di una determinata competizione, prevede che la Lega Serie A si riserva di non procedere all'assegnazione di nessuno dei pacchetti laddove le offerte non permettano l'aggiudicazione dell'intero sistema di diritti audiovisivi esclusivi posti in vendita.

46. Pertanto, qualora anche uno solo dei detti pacchetti posti in vendita non riceva un'offerta pari o superiore al prezzo minimo, la Lega Calcio Serie A ha facoltà, riservandosi in entrambi i casi di apportare modifiche ai pacchetti medesimi:

a) di avviare una nuova procedura competitiva per i pacchetti relativi alle dirette, coniugando in tal modo la possibilità di riformulare l'offerta dei pacchetti – quando questi non sono aggiudicati – con le garanzie associate alle procedure competitive; oppure

b) di passare a trattativa privata nei termini e con le modalità previsti al precedente paragrafo 37. In tale ipotesi, l'eventuale fase della trattativa privata deve essere comunque improntata al rispetto dei principi propri delle procedure competitive, tenendo conto, in particolare, dell'esigenza di garantire ai partecipanti alla procedura in questione condizioni di assoluta equità, trasparenza e non discriminazione.

Restano fermi, per ognuna delle suddette ipotesi, la facoltà di non assegnare e di distribuzione diretta, e di procedere alla commercializzazione del Canale come descritto al successivo punto 57.

47. Dell'avvio di trattative private verrà data notizia sul sito ufficiale della Lega Serie A mediante pubblicazione di apposito invito a partecipare. Alle trattative private saranno ammessi tutti i soggetti che abbiano manifestato il proprio interesse rispondendo all'invito a parteciparvi.

48. Nel caso di pacchetti rientrati nella disponibilità della LNPA a seguito della risoluzione di un contratto di licenza o per altra causa, tale soggetto organizzatore si riserva di intraprendere nuove procedure competitive tramite invito a offrire o trattative private (riservandosi di apportare modifiche ai pacchetti) o utilizzare i diritti audiovisivi attraverso il proprio Canale di cui al successivo punto 57.

49. Le tipologie dei diritti audiovisivi esercitabili sia su base esclusiva sia su base non esclusiva vengono di massima determinate dalla Lega Calcio Serie A contestualmente all'avvio delle procedure competitive relative ai diritti audiovisivi offerti per le dirette in territorio nazionale e, in pendenza dei relativi contratti di licenza, possono essere modificate purché non vengano pregiudicati i diritti audiovisivi primari esclusivi.

50. L'assegnazione dei pacchetti non esclusivi sarà perfezionata dalla LNPA nei confronti di tutti gli operatori che, in possesso dei necessari requisiti, accettino le condizioni di vendita offrendo il prezzo richiesto.

51. È facoltà della Lega Calcio Serie A accettare adesioni ai pacchetti non esclusivi anche nel corso o dopo il decorso della prima o della seconda stagione sportiva cui le presenti Linee guida sono riferite. In tale caso il corrispettivo è dovuto dall'operatore pro rata temporis in relazione alla durata affettiva della licenza ove ne ricorrano i presupposti. Infine, per tali pacchetti la LNPA ha la facoltà di accettare richieste di assegnazione la cui efficacia retroagisca all'inizio della stagione sportiva in corso al momento della richiesta, previa corresponsione dell'intero corrispettivo.

52. È altresì facoltà della LNPA concedere alle emittenti locali che formulino richiesta di assegnazione di un pacchetto di diritti non esclusivi il diritto di recedere dalla licenza per quella o quelle stagioni sportive in cui nessuna squadra del bacino di utenza dell'emittente locale interessata disputi la competizione oggetto del pacchetto in questione.

53. Qualora la LNPA, ai sensi dell'articolo 7, comma 4, del Decreto Melandri⁴, intenda procedere all'assegnazione di tutti i diritti audiovisivi di una competizione esercitabili nel territorio italiano a un intermediario indipendente, svolgerà un'apposita procedura competitiva. L'assegnazione dei diritti avviene tramite procedura competitiva avente i medesimi criteri previsti per l'assegnazione diretta dei diritti esclusivi (punto 40).

Diritti assegnati e non esercitati

54. Ciascun assegnatario deve obbligarsi a esercitare i diritti audiovisivi nel rispetto delle Linee Guida e di tutte le prescrizioni dell'invito a presentare offerte relativo al pacchetto ad esso aggiudicato, del Regolamento Produzioni Audiovisivi, delle Linee Editoriali, degli altri regolamenti e delle comunicazioni della Lega Calcio Serie A nonché della normativa sportiva nazionale e internazionale in quanto applicabili e nel rispetto del Codice Media e Sport e di tutte le disposizioni finalizzate a reprimere condotte antisportive legate al mondo dei giochi e delle scommesse.

55. Ai sensi dell'articolo 11, comma 6, del Decreto Legislativo n. 9/2008 è fatto divieto agli operatori della comunicazione assegnatari di sub-licenziare a terzi e comunque consentire loro l'esercizio di diritti audiovisivi.

56. Ai sensi dell'articolo 11, comma 8, del Decreto Legislativo n. 9/2008, l'intermediario indipendente assegnatario dei diritti audiovisivi è tenuto a sub-concedere in licenza i diritti stessi senza modificare i pacchetti e con modalità eque, trasparenti e non discriminatorie prevedendo nei contratti di sub-licenza stipulati con gli operatori il diritto discrezionale per la Lega Calcio Serie A di risolvere, previa diffida ad adempiere, l'assegnazione al licenziatario e di subentrare nei suddetti contratti qualora le condizioni patrimoniali dell'intermediario indipendente (ritardo superiore ai trenta giorni nel pagamento di una delle rate di licenza) siano divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che il licenziatario adempia tempestivamente o presti, altrettanto tempestivamente, idonea garanzia. Inoltre è fatto obbligo a tutti gli assegnatari dei diritti di imporre agli utilizzatori finali dei prodotti audiovisivi (utenti privati ed esercizi commerciali) il divieto di far uso dei prodotti audiovisivi per lo

⁴ "Al fine di perseguire il miglior risultato nella commercializzazione dei diritti audiovisivi sul mercato nazionale, l'organizzatore della competizione può individuare, attraverso un'apposita procedura competitiva, un intermediario indipendente a cui concedere in licenza tutti i diritti audiovisivi relativi ad una competizione. L'organizzatore della competizione non può procedere all'assegnazione di tutti i diritti audiovisivi all'intermediario indipendente prima che siano decorsi quarantacinque giorni dalla comunicazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato dei risultati e dei criteri adottati nella procedura competitiva".

svolgimento, anche indiretto, di attività diverse dalla mera visione delle immagini degli eventi in via autonoma o in abbinamento ad altri diritti, salvo che tali attività non siano espressamente consentite.

57. L'operatore della comunicazione assegnatario di uno o più pacchetti che, nel corso di durata del contratto di licenza, non intenda o non possa esercitare diritti audiovisivi ad esso aggiudicati in relazione a uno o più eventi della competizione, è tenuto a darne comunicazione alla Lega Calcio Serie A con un preavviso di almeno quindici giorni rispetto alla data dell'evento/eventi considerato/i.

Nei casi previsti dall'articolo 12, comma 1, del Decreto Legislativo n. 9/2008, l'operatore della comunicazione è tenuto a darne comunicazione alla Lega Calcio Serie A con un preavviso di almeno quindici giorni rispetto alla data dell'evento/i considerato/i.

Nei suddetti casi, così come nel caso che la Lega Calcio Serie A abbia avuto notizia, ragionevolmente attendibile e di cui abbia avuto poi riscontro, che l'assegnatario non eserciterà diritti audiovisivi, o nel caso in cui sussistano ragioni oggettivamente verificate per le quali i diritti audiovisivi non siano esercitati, la Lega Calcio Serie A provvede ad aggiudicare tali diritti audiovisivi non esercitati ad altri operatori della comunicazione mediante trattativa privata esperita ai sensi del paragrafo 37 o a esercitarli direttamente con le modalità previste ai precedenti paragrafi 17 e 19.

I diritti audiovisivi che non siano esercitati dall'assegnatario – a livello nazionale – devono essere offerti anche alle emittenti locali, che possono esercitarli in diretta solo se non siano esercitati parimenti in diretta, nelle stesse fasce orarie, eventi assegnati ad altri assegnatari. Tuttavia, nel caso di gare del Campionato di Serie A, le emittenti locali, cui fossero offerti e successivamente assegnati diritti audiovisivi non esercitati dagli assegnatari, possono esercitare i diritti audiovisivi medesimi, se in diretta, solo in forma ad accesso condizionato a pagamento, ovvero, se non a pagamento, in differita con decorrenza dalle ore 24.00 del giorno in cui si disputano le gare. Ai fini delle precedenti previsioni, la Lega Calcio Serie A pubblica sul proprio sito ufficiale l'offerta rivolta alle emittenti locali e il tariffario ad esse riservato e assegna i diritti su basi non discriminatorie a tutte le emittenti locali che ne facciano richiesta.

Fatto salvo quanto sopra previsto, il contratto di licenza stipulato con l'operatore della comunicazione resta invariato nelle sue previsioni e il corrispettivo da esso dovuto alla Lega Calcio Serie A in esito all'assegnazione non può essere in alcun modo ridotto o altrimenti modificato.

I diritti audiovisivi si considerano esercitati qualora l'evento venga trasmesso, almeno in parte, in diretta o in differita, attraverso la piattaforma o una delle piattaforme indicate nel relativo pacchetto di diritti audiovisivi.

58. In caso di mancato rispetto da parte dell'assegnatario delle condizioni essenziali previste dal Decreto Legislativo n. 9/2008, dalle Linee Guida, dall'invito a presentare offerte ovvero dal contratto di licenza, come specificate nella relativa documentazione contrattuale, la LNPA ha facoltà di dichiarare decaduta l'assegnazione e risolvere di diritto il relativo contratto di licenza.

Nel caso sopra previsto la Lega Calcio Serie A può procedere ad assegnare i suddetti diritti mediante invito a trattativa privata per quanto riguarda i diritti relativi al territorio nazionale ovvero tramite le modalità che verranno stabilite nei contratti di licenza per i diritti internazionali, o a esercitarli direttamente.

L'offerta del canale

59. In caso di mancata assegnazione di pacchetti di diritti audiovisivi di dirette, la Lega Calcio Serie A potrà gestire e commercializzare un proprio Canale, in modalità a pagamento, di cui avrà piena responsabilità editoriale e che produrrà direttamente (punto 45 delle Linee Guida).

60. In particolare, la Lega Calcio Serie A si è riservata, come indicato nel paragrafo 17 delle Linee Guida, di dare corso alle iniziative che le sono consentite in forza dell'art. 13 del Decreto Melandri nel caso di esito negativo di procedure competitive e, comunque, nel caso di mancata assegnazione di pacchetti di diritti audiovisivi di dirette. In tale ipotesi la Lega Calcio Serie A potrà commercializzare un proprio Canale, in modalità a pagamento, di cui avrà piena responsabilità editoriale e produttiva.

61. Il Canale lineare *et/ on demand* sarà commercializzato in modalità B2C (business to consumer) o in modalità B2B2C (business to business to consumer) in forma non esclusiva verso gli operatori della comunicazione, anche mediante accordo di distribuzione con soggetti terzi, da individuarsi senza vincolo di procedure e in regime di autonomia privata.

III. I CONTRIBUTI ALLA CONSULTAZIONE PUBBLICA

62. Il 26 ottobre 2022 è stata avviata la consultazione pubblica concernente le Linee Guida predisposte dalla Lega Serie A e trasmesse in data 17 ottobre 2022.

63. I contributi alla consultazione pubblica sono pervenuti in data 14 novembre 2022 da parte di due operatori attivi nella commercializzazione di diritti audiovisivi che hanno articolato una richiesta di chiarimenti alla LNPA su alcuni punti delle Linee Guida.

64. In data 21 novembre 2022, la LNPA ha avuto accesso al contenuto dei contributi nella loro versione non riservata.

65. Di seguito si procede a una sintetica descrizione del contenuto dei contributi per area tematica.

66. In via preliminare, nel contributo prodotto da un operatore attivo nella commercializzazione di diritti audiovisivi, è stato rappresentato che le Linee Guida menzionano in termini generici il progetto del c.d. Canale di Lega, auspicando maggiore chiarezza riguardo alla modalità di commercializzazione dei diritti rimasti invenduti, onde evitare condizioni economiche di sfruttamento dei diritti più favorevoli per alcuni operatori o che gli accordi possano produrre gli stessi effetti di un'assegnazione. Viene evidenziata inoltre l'esigenza di comprendere in dettaglio gli *standard* qualitativi, di quantità e programmazione e le tipologie di *audience* che riguardano il Canale di Lega. In merito a tale commercializzazione da parte della LNPA, è stata rappresentata la necessità di escludere l'ipotesi di una commercializzazione dei diritti invenduti per una "diversa e maggiore durata" rispetto a quella dei diritti messi in vendita.

67. In generale, nei contributi pervenuti viene osservato che il mercato italiano dei servizi video *on demand* a pagamento ha registrato negli ultimi due anni (periodo giugno 2020-2022) un andamento sostanzialmente *flat* in termini di numero complessivo di abbonati. Peraltro, è stata evidenziata una tendenza negativa rispetto al segmento di utenza di appassionati di sport disposti a sottoscrivere un servizio video a pagamento. La prospettiva segnalata è quella di un mercato stagnante o potenzialmente in flessione rispetto al passato sia in considerazione del proliferare delle offerte, che mettono l'utente di fronte a decisioni di bilanciamento e ottimizzazione delle spese di intrattenimento, sia del recente scenario macroeconomico, che rende queste valutazioni ancora più impellenti.

68. Per quanto concerne i criteri per la formazione dei pacchetti, è stato sottolineato che i meccanismi di assegnazione devono consentire un pieno equilibrio tra i pacchetti stessi. Sul punto, si lamenta un'eccessiva genericità con specifico riguardo alle condizioni di equilibrio e proporzione tra i pacchetti.

69. Peraltro, è stato fatto presente che rispetto alla formulazione in concreto dei pacchetti, modificabili anche nel passaggio alla fase delle trattative private, la LNPA gode di un elevato grado di discrezionalità come anche in ordine ai poteri di modifica del *format* e agli orari della competizione.

70. Nei contributi viene rilevato come tale discrezionalità non consente, nella fase di predisposizione delle Linee Guida, di poter valutare la presenza o meno di eventuali vincoli competitivi, determinando di fatto l'impossibilità per i soggetti partecipanti di elaborare valutazioni compiute sui possibili scenari e sui relativi investimenti da sostenere per la partecipazione alle procedure per l'assegnazione dei diritti audiovisivi sportivi.

71. In ogni caso, un operatore di servizi audiovisivi nel proprio contributo ha auspicato una minore frammentazione dei pacchetti di diritti secondari aventi ad oggetto immagini salienti e/o correlate per le piattaforme digitali e su piattaforme di *social media*. Tale frammentazione, secondo l'operatore, rappresenta un ostacolo alla cessione dei diritti di sfruttamento degli eventi di Serie A nelle forme derivate dal *live*. Si auspica, di conseguenza, che tali diritti secondari siano considerati essenziali e parte integrante dei pacchetti di diritti *live*, al fine di non pregiudicare la concorrenza e non depauperare il valore dei pacchetti principali.

72. Inoltre, il medesimo operatore auspica maggiore chiarezza circa le potenziali implicazioni dei pacchetti di diritti con attività proposte da società di *betting* (oltre che NFT e Metaverso), con particolare attenzione all'entità, all'ampiezza e ai margini di sfruttamento di tali diritti.

73. Nei contributi viene messo in rilievo che la diffusione delle immagini salienti e/o correlate mediante commercializzazione ad aggiudicatari diversi dall'aggiudicatario del pacchetto principale degli eventi per il territorio italiano su piattaforme digitali e su *social media* comporta un importante depauperamento di valore per l'aggiudicatario del pacchetto principale dei diritti in Italia.

74. Inoltre, è stata evidenziata la necessità di una disciplina più approfondita per gli sfruttamenti pubblicitari concessi agli assegnatari, annunciata dalla LNPA, con riguardo alle modalità e al grado di autonomia e flessibilità per il soggetto licenziatario.

IV. VALUTAZIONI

Considerazioni preliminari

75. L'obiettivo fondamentale del Decreto Legislativo n. 9/2008 è quello di realizzare un mercato trasparente ed efficiente dei diritti audiovisivi. A tal fine, gli articoli 6 e 7 del Decreto impongono all'organizzatore della competizione di mettere tutti gli operatori di tutte le piattaforme in condizione di concorrere per acquisire i diritti audiovisivi, attraverso apposite procedure competitive idonee a garantire ai partecipanti condizioni di assoluta equità, trasparenza e non discriminazione. In tale contesto, il predetto Decreto Legislativo prevede un intervento *ex ante* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che valuta e approva le Linee Guida predisposte dall'organizzatore della competizione prima di procedere alla gara.

76. Ai sensi dell'articolo 6, comma 1, del Decreto, le Linee Guida devono prevedere regole in materia di offerta e di assegnazione dei diritti audiovisivi, criteri in materia di formazione dei relativi pacchetti e ulteriori regole in modo da garantire ai partecipanti alle procedure competitive condizioni di assoluta equità, trasparenza e non discriminazione.

77. Tali regole riguardano il complesso dei diritti audiovisivi oggetto della procedura di commercializzazione indetta dalla LNPA considerata l'ampia definizione di diritto audiovisivo adottata dall'articolo 2, lettera o), del Decreto Melandri⁵. Essa, oltre a ricomprendere espressamente "*l'utilizzazione*

⁵ "Articolo 2- Definizioni

1. Ai fini del presente decreto legislativo si intende per:

o) «diritti audiovisivi»: i diritti esclusivi, di durata pari a cinquanta anni dalla data in cui si svolge l'evento, che comprendono:

delle immagini dell'evento [...] per finalità di abbinamento delle immagini dell'evento a giochi e scommesse e per lo svolgimento delle relative attività” (lettera o), numero 6), si caratterizza per una formulazione ampia, tale da ricomprendere anche lo sfruttamento di contenuti audiovisivi digitali attraverso piattaforme innovative, come quelli fruibili attraverso il Metaverso, oltre a quelli relativi a un segmento separato della domanda, quali ad esempio i diritti *betting*.

78. Ciò posto, l’Autorità intende effettuare osservazioni in merito alle Linee Guida trasmesse dalla Lega Nazionale Professionisti Serie A il 5 dicembre 2022, ritenendo opportuno ricordare che laddove in sede di predisposizione concreta dei pacchetti e di assegnazione finale i soggetti interessati non si attengano alle sue indicazioni o comunque adottino condotte tali da pregiudicare la concorrenza nell’acquisizione dei diritti oltre che nei mercati posti a valle, con pregiudizio per i consumatori, essa è chiamata a intervenire, ricorrendo ai poteri che la Legge n. 287/1990 e gli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (“TFUE”) le conferiscono.

79. In particolare, in questa sede, l’Autorità è chiamata a esaminare le Linee Guida ai fini dell’approvazione, previo accertamento, per i profili di competenza, della conformità delle stesse ai principi e alle disposizioni del Decreto Melandri (articolo 6, comma 6).

80. All’uopo, le valutazioni di seguito svolte avranno ad oggetto unicamente il testo delle Linee Guida trasmesso dalla LNPA, tenendo conto delle principali osservazioni pervenute nell’ambito della consultazione pubblica e, più in generale, delle dinamiche competitive che si sono manifestate nel territorio nazionale con riferimento alla commercializzazione dei diritti audiovisivi per le competizioni organizzate dalla LNPA.

81. Con riguardo a un’altra ipotesi di commercializzazione dei diritti audiovisivi, quale la realizzazione di un canale tematico diretto della LNPA, allo stato formulata come alternativa nelle Linee Guida rispetto alla distribuzione dei contenuti attraverso l’assegnazione a licenziatari terzi, si rileva che, ai sensi degli articoli 6 e 7 del Decreto Legislativo n. 9/2008, essa esula dalla valutazione da operare in sede di esame delle Linee Guida.

82. Si osserva che la predetta disposizione, lungi dal configurare un carattere preferenziale a una forma distributiva indiretta, come paventato nei contributi pervenuti, si limita a stabilire che *“nel rispetto dei principi di libera concorrenza e nei limiti delle disposizioni comunitarie vigenti e fermi restando gli obblighi assunti con i contratti di licenza, l’organizzatore della competizione può realizzare una propria piattaforma”*. Ciò posto, non si rinviene allo stato alcuna disposizione nelle Linee Guida che si ponga in

1) la fissazione e la riproduzione, diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, delle immagini dell’evento, in qualunque luogo in cui l’evento si svolge;

2) la comunicazione al pubblico delle riprese, fissazioni e riproduzioni, nonché la loro messa a disposizione del pubblico in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, su reti di comunicazione elettronica. Tale diritto non si esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico delle immagini dell’evento;

3) la distribuzione con qualsiasi modalità, compresa la vendita, dell’originale e delle copie delle riprese, fissazioni o riproduzioni dell’evento. Il diritto di distribuzione non si esaurisce nel territorio della Comunità europea se non nel caso di prima vendita effettuata o consentita dall’avente diritto in uno Stato membro;

4) il noleggio ed il prestito dell’originale e delle copie delle fissazioni dell’evento. La vendita o la distribuzione, sotto qualsiasi forma, non esauriscono il diritto di noleggio e di prestito;

5) la fissazione, elaborazione o riproduzione, in tutto o in parte, delle emissioni dell’evento per nuove trasmissioni o ritrasmissioni o per nuove fissazioni aventi ad oggetto l’evento;

6) l’utilizzazione delle immagini dell’evento per finalità promozionali e pubblicitarie di prodotti e servizi, nonché per finalità di abbinamento delle immagini dell’evento a giochi e scommesse e per lo svolgimento delle relative attività;

7) la conservazione delle fissazioni delle immagini dell’evento ai fini della costituzione di un archivio o banca dati da riprodurre, elaborare, comunicare al pubblico e distribuire in qualunque modo e forma nei termini che precedono, a partire dalla mezzanotte dell’ottavo giorno che segue alla disputa dell’evento medesimo”.

contrasto con i principi indicati nell'articolo 13, limitandosi il punto 45 a fare riferimento alla mera circostanza fattuale della mancata assegnazione dei diritti a un soggetto terzo.

83. Pertanto tale ipotesi non è allo stato oggetto della presente valutazione. Come accennato, resta invece impregiudicata la valutazione ai sensi della Legge n. 287/1990 e degli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE") del contenuto dei contratti di distribuzione che la LNPA eventualmente porrà in essere con gli operatori interessati.

84. In merito ai costi di accesso al segnale, agli *standard* qualitativi e alle modalità della produzione televisiva, su cui sono state svolte considerazioni in sede di consultazione pubblica, si osserva che la disciplina è demandata all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ai sensi dell'articolo 4, comma 7, del Decreto Melandri. Pertanto, esse non sono oggetto della presente valutazione.

Le dinamiche competitive in tema di commercializzazione dei diritti calcistici

85. Ai fini della valutazione del contenuto delle Linee Guida trasmesse dalla LNPA, oltre che delle modalità di commercializzazione che il soggetto che predisporrà il bando intenderà adottare, appare utile in questa sede svolgere alcune considerazioni sull'attuale stato delle dinamiche competitive fra gli operatori che hanno commercializzato i diritti audiovisivi in esame nel triennio 2021-2024.

86. Al riguardo, è utile tenere conto dell'assegnazione dei diritti per la visione del Campionato di Serie A nel precedente ciclo 2021/2024 a un nuovo operatore attivo nella distribuzione sulla piattaforma *Internet*, dopo che i precedenti cicli di commercializzazione avevano visto l'assegnazione della gran parte degli eventi in esame a un operatore attivo su una piattaforma tradizionale.

87. Giova, al riguardo, richiamare quanto rilevato dall'Autorità nell'ambito del provvedimento di chiusura del caso *C12207 – Sky Italia/R2*, ove nel considerare la particolare importanza della presenza delle partite di Serie A in un *bouquet* di offerta di contenuti premium è stato osservato che *“A conferma della estrema rilevanza delle partite di calcio di serie A trasmesse in diretta, dai risultati della survey emerge che oltre la metà degli utenti che includono tale contenuto nel loro abbonamento (segnatamente il 56,9%) provvederebbe a disdire l'intero abbonamento laddove la serie A non fosse più disponibile”*.

88. Allo stesso tempo occorre evidenziare, accanto alla natura *premium* dei contenuti televisivi sportivi della Serie A per i mercati della televisione a pagamento, la circostanza che, in un momento di sviluppo particolarmente delicato della rete a banda larga e ultralarga, è necessario garantire lo svolgimento di dinamiche competitive virtuose della domanda di servizi per gli operatori attivi in tale comparto, laddove nel precedente ciclo di commercializzazione la disponibilità dei contenuti audiovisivi della Serie A ha potuto rappresentare una importante leva commerciale anche per la commercializzazione dei servizi di connettività limitata soltanto a taluni operatori.

89. Ciò posto, l'articolazione dei pacchetti dovrà necessariamente essere tale da consentire a diversi operatori, a prescindere dalla piattaforma di riferimento in cui operano, di rappresentare reciprocamente alternative in grado di esercitare una pressione concorrenziale in termini di abbassamento del livello generale dei prezzi praticati ai consumatori finali per la visione delle partite della LNPA e in termini di qualità (ad esempio, disponibilità delle trasmissioni in 4K).

90. In generale, la possibilità di offerte da parte di più operatori, senza la previsione di esclusive o di altri meccanismi contrattuali aventi un contenuto o effetto analogo, caratterizzati da vincoli con durata pluriennale, ha l'effetto di stimolare una concorrenza fra diversi operatori basata sul prezzo e sulla qualità del servizio. Ciò determina un beneficio non solo a favore dei consumatori in termini di abbassamento dei

prezzi di fruizione del servizio, ma anche della stessa LNPA, che potrebbe ricevere richieste di assegnazione al rialzo da parte di diversi operatori anche laddove intenda operare una distribuzione diretta.

91. Infine, si auspica che l'assegnazione possa permettere la creazione di offerte all'ingrosso – che siano disponibili contemporaneamente su più piattaforme e più operatori *pay-tv* – tramite l'assegnazione a soggetti non verticalmente integrati o mediante la commercializzazione diretta agli utenti, utilizzando i servizi tecnici delle piattaforme esistenti.

I pacchetti e la loro articolazione

92. In ordine ai pacchetti e alla loro articolazione, il punto 23 delle Linee Guida presenta una formulazione delle previsioni volta a fornire alcune indicazioni generali in merito alla composizione dei singoli pacchetti e all'esigenza che gli stessi contengano eventi fra loro coincidenti, oltre che al numero massimo di pacchetti che possono essere assegnati a un singolo soggetto.

93. Più nello specifico, i criteri di formazione dei pacchetti presenti nelle Linee Guida prevedono una disciplina generale riguardante tutti i pacchetti (punto 23, lettera i), recante “*criteri comuni a tutte le forme di trasmissione per utenti domestici e per esercizi commerciali degli eventi delle competizioni organizzate dalla Lega Calcio Serie A*”, integrata da ulteriori previsioni per le “*trasmissioni integrali in esclusiva, in tempo reale e per utenti domestici delle immagini degli eventi del Campionato di Serie A*” (punto 23, lettera ii).

94. Con riferimento ai criteri di formazione dei pacchetti previsti, la lettera ii) del punto 23, applicabile alle trasmissioni integrali destinate tanto a utenti domestici del Campionato di Serie A quanto a soggetti attivi nell'esercizio di attività di intrattenimento in locali commerciali, prevede due criteri di determinazione dell'equilibrio dei pacchetti:

- a) criterio quantitativo: il pacchetto più piccolo include almeno un quarto delle gare del pacchetto più grande, qualunque sia la modalità di vendita;
- b) criterio qualitativo: il pacchetto più piccolo include gare giocate in finestra oraria singola (dalle ore 18.00 in poi) nell'arco del Campionato in numero pari almeno alla metà delle gare contenute in tale pacchetto.

95. Inoltre, in caso di vendita per piattaforma o in caso di vendita mista si prevede che la commercializzazione degli eventi includa un numero minimo di tre pacchetti aventi ad oggetto la trasmissione integrale delle gare. Le piattaforme vengono suddivise in tre fasce (I. satellitare; II. digitale terrestre; III. *Internet* e rimanenti piattaforme). Oltre al divieto posto dalla cosiddetta *no single buyer rule*, con riguardo ai pacchetti formati per prodotto, la commercializzazione degli eventi include minimo due pacchetti aventi a oggetto la trasmissione integrale in esclusiva delle gare, con divieto per un singolo operatore di acquisire in esclusiva tutti i pacchetti contenenti le dirette, nel rispetto del divieto di posizioni dominanti di cui all'articolo 9, comma 4, del Decreto Legislativo n. 9/2008.

96. Si ritiene che tali criteri – sebbene caratterizzati da un certo livello di dettaglio – non consentono in questa fase di apprezzare l'effettivo equilibrio che si verrà a determinare in sede di predisposizione dei pacchetti e, dunque, di poter verificare in concreto la conformità dei pacchetti, che saranno definiti in sede di invito a offrire, al citato articolo 8 del Decreto Melandri. Infatti, tale equilibrio non dipende esclusivamente dal numero di pacchetti e dal numero di eventi ricompreso in ciascun pacchetto, ma anche dalle squadre partecipanti a ciascun evento, dalle fasce orarie di trasmissione, dall'eventuale presenza di partite in più pacchetti.

97. Pertanto, in merito ai criteri individuati al fine di preservare un equilibrio competitivo, si osserva che tali criteri devono portare alla predisposizione di pacchetti conformi ai principi di equità, trasparenza e non discriminazione, con specifico riferimento all'effettivo equilibrio tra i medesimi, specialmente in termini qualitativi e di appetibilità degli eventi. In particolare, i pacchetti relativi ai diritti esclusivi dovrebbero essere predisposti in modo equilibrato allo scopo di favorire la competizione tra operatori, permettendo loro di proporre al pubblico gli eventi di maggiore interesse.

98. Al riguardo, come anche rilevato in precedenti interventi⁶, l'Autorità ritiene preferibile la predisposizione di pacchetti che stimolino la concorrenza nel mercato a valle della *pay-tv*, permettendo a più operatori *pay-tv* di poter trasmettere buona parte della Serie A, moltiplicando le piattaforme di distribuzione, e accentuando la sostituibilità – e quindi la concorrenza – tra operatori *pay-tv*, con beneficio degli utenti in termini di maggiore scelta e minori prezzi.

99. In sede di predisposizione degli inviti a offrire, tale obiettivo può essere raggiunto mediante la creazione del più ampio numero di pacchetti che per il loro contenuto siano tali da stimolare la concorrenza fra più operatori, soprattutto nuovi entranti. In altri termini, occorre che i pacchetti siano disegnati in modo tale da sviluppare offerte ai consumatori finali in concorrenza e non complementari. Ciò, in particolare, può essere raggiunto attraverso un'eliminazione delle esclusive con pacchetti che abbiano una parte consistente di eventi condivisi. Al fine di ampliare il numero degli operatori rileva altresì l'assegnazione preferenziale a editori non verticalmente integrati e l'obbligo di predisposizione di offerte di canali all'ingrosso per gli assegnatari.

Procedure di assegnazione

100. In ordine alle regole di gara, si osserva che nel complesso le Linee Guida non presentano profili di criticità. Restano alcune previsioni suscettibili di essere meglio chiarite in sede di formulazione degli inviti a offrire da parte della LNPA. Esse riguardano tanto l'assegnazione dei diritti relativi alla visione delle competizioni nel territorio nazionale quanto i c.d. diritti internazionali.

101. Alla luce delle specifiche modalità di vendita, con l'aggiudicazione al soggetto che abbia presentato l'offerta valida più alta senza che vi sia un'influenza delle altre offerte presentate nell'aggiudicazione, si ritiene possibile ammettere il solo criterio del controllo, sebbene esteso anche al controllo di fatto, come motivo di esclusione dell'offerta. Tuttavia, si ritiene necessario che le situazioni di collegamento tali da ricondurre due offerte al medesimo centro decisionale rilevino ai fini dell'ammissibilità delle offerte alla procedura di gara.

Conclusioni

102. Alla luce delle considerazioni svolte si ritiene di poter approvare, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, le Linee Guida in esame, ai sensi dell'articolo 6, comma 6, del Decreto Legislativo n. 9/2008, fermi restando i poteri di intervento dell'Autorità ai sensi della predetta disciplina, della Legge n. 287/1990 e degli articoli 101 e 102 del TFUE.

CONSIDERATO che resta impregiudicato il potere dell'Autorità di valutare la conformità degli inviti a offrire e della procedura di vendita dei diritti audiovisivi oggetto del presente provvedimento alla disciplina *antitrust* nazionale e comunitaria e al Decreto Legislativo n. 9/2008 e di procedere alla verifica di eventuali

⁶ Provvedimento n. 24879 del 9 aprile 2014, caso *SR21 – Lega Calcio Serie A-Linee Guida campionati di calcio 2015/2016-2017/2018*, paragrafi 56, 57 (Bollettino n. 19 del 12 maggio 2014) e provvedimento n. 20034 del 1° luglio 2009, caso *SR9 – Lega Calcio-Linee Guida campionati di calcio 2010/11-2012/2013*.

violazioni della predetta disciplina nel caso in cui la Lega Nazionale Professionisti Serie A, in sede di predisposizione concreta dei pacchetti e di assegnazione finale, non si attenga alle indicazioni dell'Autorità e tale comportamento pregiudichi la concorrenza nell'acquisizione degli specifici diritti e nei mercati posti a valle, con pregiudizio per i consumatori;

RITENUTO che, in relazione agli aspetti attinenti alla configurazione dei pacchetti, le Linee Guida dovranno tenere conto delle indicazioni sopra formulate, affinché siano pienamente conformi alla disciplina *antitrust* nazionale e euro-unitaria e ai principi e alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 9/2008;

RITENUTO, pertanto, di poter approvare, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, le Linee Guida in esame ai sensi dell'articolo 6, comma 6, del Decreto Legislativo n. 9/2008;

DELIBERA

di approvare, ai sensi dell'articolo 6, comma 6, del Decreto Legislativo n. 9/2008, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, le Linee Guida della Lega Nazionale Professionisti Serie A, nella versione da ultimo comunicata in data 5 dicembre 2022, aventi ad oggetto la commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi relativi alle seguenti competizioni nazionali di calcio da essa organizzate per le stagioni 2024/2025 - 2025/2026 - 2026/2027: Campionato di Serie A, Coppa Italia, Supercoppa, Campionato Primavera, Coppa Italia Primavera, Supercoppa Primavera.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e sarà pubblicato nel bollettino dell'Autorità.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

IP359 - UNIEURO/MONCLICK VENDITE ON LINE-PROBLEMI VARI

Provvedimento n. 30421

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*” e successive modificazioni (di seguito, *Codice del Consumo*);

VISTO, in particolare, l'art. 27, comma 12, del *Codice del Consumo*, in base al quale in caso di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza o a quelli inibitori o di rimozione degli effetti, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro e nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTA la propria delibera n. 29937 del 3 dicembre 2021, con la quale l'Autorità ha accertato due pratiche commerciali scorrette poste in essere da Unieuro S.p.A. (di seguito, anche “Unieuro”) e dalla controllata Monclick S.r.l. (di seguito, anche “Monclick”, congiuntamente indicati come “Professionisti” o “Società”), nell'attività di vendita *online* attraverso i rispettivi siti internet *unieuro.it* e *monclick.it* (di seguito, “Siti”), consistenti: nella scorrettezza delle informazioni sulle caratteristiche delle offerte nonché del processo di vendita *online* (*pratica A*); nell'adozione di modalità illecite di gestione della fase successiva all'acquisto *online*, relativamente alla consegna dei prodotti, al *tracking* delle spedizioni, all'assistenza post-vendita e ai diritti di recesso e rimborso dei consumatori (*pratica B*);

VISTA la propria delibera n. 30201 del 14 giugno 2022, con la quale l'Autorità ha contestato a Unieuro e a Monclick la violazione dell'art. 27, comma 12, del *Codice del Consumo*, per non avere ottemperato alla suddetta delibera n. 29937 del 3 dicembre 2021;

VISTA la propria decisione del 31 agosto 2021, con la quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, in accoglimento dell'istanza dei Professionisti, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, al fine di assicurare il diritto di difesa della parte richiedente.

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Premessa

1. Con provvedimento n. 29937 del 3 dicembre 2021 (di seguito “Provvedimento”), di chiusura del procedimento PS11770, l'Autorità ha accertato che i Professionisti hanno posto in essere, nell'ambito dell'attività di vendita *online* attraverso i rispettivi Siti, due pratiche commerciali scorrette.

2. In particolare, la prima pratica scorretta (A), relativa alla fase precontrattuale di promozione dei prodotti *online* e al momento della conclusione del contratto di acquisto, comprende i seguenti comportamenti in violazione degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del *Codice del Consumo*: *i*) l'omessa/ingannevole indicazione

sulla disponibilità dei prodotti, in quanto i beni prospettati come *disponibili* non risultavano fisicamente presenti nei magazzini delle Società. Inoltre, per Monclick è stata ritenuta scorretta la mancata indicazione del fatto di operare in *dropshipping* unitamente alle inesatte informazioni diffuse nella sezione web “*Chi siamo*”, orientate a far ritenere ai consumatori che Monclick disponesse di propri magazzini; *ii*) le modalità scorrette di gestione del processo di vendita *online*, con specifico riguardo all'immediato addebito di pagamento e/o al blocco del *plafond*, al momento dell'ordine *online* e quindi prima del perfezionamento del contratto, facendo poi frequentemente ricorso all'annullamento unilaterale degli ordini di acquisto; *iii*) l'omessa/ingannevole prospettazione dei tempi di consegna dei prodotti acquistati *online*.

3. La seconda pratica (B), riguardante la fase successiva all'acquisto *online*, concerne le seguenti condotte illecite ai sensi degli articoli 20, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo: *i*) la ritardata/mancata consegna dei prodotti venduti sui Siti e già pagati dai consumatori; *ii*) l'omissione di informazioni relative al tracking e allo stato di spedizione degli ordini; *iii*) l'ostacolo all'esercizio dei diritti di recesso e/o rimborso dei consumatori a seguito della ritardata/mancata consegna dei prodotti e/o dell'annullamento unilaterale dell'ordine¹; *iv*) l'omessa/inadeguata fornitura del servizio di assistenza post-vendita.

4. Alla luce di quanto precede, l'Autorità ha vietato l'ulteriore diffusione e continuazione delle descritte pratiche commerciali scorrette, disponendo che le Società comunicassero, entro sessanta giorni dalla notifica del Provvedimento – avvenuta in data 23 dicembre 2021 – le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui ai punti a) e b) del Provvedimento.

II. Le iniziative assunte da Unieuro e Monclick in ottemperanza alla diffida

5. In data 22 febbraio 2022 (prot. 21742), i Professionisti hanno trasmesso, con il medesimo invio, separate relazioni di ottemperanza e il successivo 14 marzo 2022 sono stati sentiti in audizione.

6. In data 28 marzo 2022, i Professionisti hanno depositato le versioni integrate e definitive delle rispettive relazioni di ottemperanza, nelle quali hanno dichiarato di aver attuato o avviato le iniziative di seguito esposte in forma sintetica.

7. Con riguardo alla pratica A e in particolare alle modalità di prospettazione dei prodotti venduti *online*, sul sito di Unieuro erano indicati come (a) “*Disponibili*”, i soli prodotti presenti nella piattaforma di Piacenza, per i quali i sistemi informatici garantivano la presenza nei magazzini di Unieuro, e (b) “*Ordinabili previa verifica della disponibilità*” i prodotti non presenti presso il magazzino di Piacenza, per i quali la Società si riservava di verificare la disponibilità presso i punti vendita. Sul sito di Monclick, invece, tutti i beni erano presentati - nelle schede prodotto - come “*disponibili*” e, dal mese di gennaio 2022, accanto a tale dicitura è stato inserito un “pulsante” all'interno di un cerchietto rosso, cliccando il quale si apriva un *popup* contenente la seguente informazione: “*Dopo che avrai effettuato l'ordine, verificheremo l'effettiva disponibilità del prodotto presso i magazzini dei nostri fornitori e, in caso positivo, ti invieremo un e-mail di conferma di accettazione dell'ordine*”. Inoltre, Monclick ha modificato la sezione “*Chi siamo*” del sito internet eliminando la voce “*Trasparenza*” (dove erano presenti affermazioni che lasciavano

¹ Nello specifico, gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei consumatori erano riconducibili, per Unieuro, all'impossibilità di effettuare il reso su richiesta del cliente a causa dell'inadeguata procedura di generazione di RMA (non automatica), alla modalità manuale di gestione dei rimborsi secondo un processo connotato da tempi lunghissimi e al mancato sblocco degli soldi congelati dei clienti per un numero elevato di ordini cancellati; per Monclick, all'articolata procedura di gestione dell'intera pratica di rimborso, connotata dallo svolgimento di una pluralità di attività da parte delle funzioni interne preposte, ivi incluso il coordinamento con i corrieri e i fornitori dei prodotti, per il ritiro del bene e il rientro effettivo della merce “*presso il punto logistico del fornitore*”. Assumeva inoltre valenza ostruzionistica, per entrambi i Professionisti, la *policy* aziendale che imponeva di attendere la verifica dello stato d'integrità dei prodotti restituiti dai consumatori prima di effettuare i rimborsi.

intendere il possesso di magazzini) nonché evidenziando di operare in *dropshipping* attraverso la seguente dicitura: “*Monclick è una società di e-commerce specializzata nella vendita di prodotti di Informatica, Elettronica, Elettrodomestici, Giochi e Telefonia consegnati su tutto il territorio italiano. Fondata nel 2005, è oggi uno dei primi e-tailer italiani del settore high-tech ed opera in dropshipping*”.

8. In relazione al processo di vendita *online*, i Professionisti hanno continuato a procedere all'immediato blocco del *plafond* al momento dell'ordine del prodotto, “*dopo averne verificato sui propri sistemi l'effettiva disponibilità*”, per poi effettuare la richiesta di addebito della somma quando il prodotto è consegnato al corriere. Secondo le Società, il rischio di annullamento dopo il blocco del *plafond* sarebbe del “*tutto marginale*”, visto che, prima di procedere all'autorizzazione, sarebbe verificata la presenza del prodotto ordinato in almeno uno dei punti vendita (presso i magazzini di Unieuro nel caso di Monclick) tramite il sistema gestionale e l'introduzione di una soglia di sicurezza che permetterebbe di mostrare i prodotti come disponibili sul sito “*solo se presenti nei magazzini dei punti vendita in almeno [omissis]* unità*”. Tali accorgimenti avrebbero reso i casi di annullamento unilaterale per indisponibilità dei prodotti prossimi allo zero per Unieuro - che invierebbe anche un *coupon* di valore variabile in funzione delle circostanze del caso concreto (“*tra cui in primis il valore dell'ordine annullato*”) - e di poco superiori all'1% per Monclick, la quale ha sottolineato che tuttavia “*già informa preventivamente i consumatori che l'effettiva disponibilità dei prodotti visibili sul sito verrà verificata dopo l'effettuazione dell'ordine*”.

9. Quanto alla pratica B e in particolare alle modalità illecite di gestione della fase successiva all'acquisto *online*, Unieuro ha dichiarato che le misure attuate per garantire la disponibilità dei prodotti venduti *online* e migliorare lo *standard* di servizio dei corrieri avrebbero determinato una rilevante riduzione delle ipotesi di mancata consegna, asseritamente risultate inferiori all'1% nei primi due mesi del 2022. Monclick non ha fornito alcun dato in proposito. I Professionisti avrebbero inoltre modificato i propri processi interni (*tracking*) per consentire a tutti i clienti la possibilità di monitorare costantemente lo stato delle spedizioni dei prodotti acquistati *online*, ricevendo informazioni dettagliate e aggiornate, attraverso un'interfaccia semplice e chiara². Per effetto di tali misure Unieuro sarebbe stata in grado di tracciare fino alla consegna circa il [90%-100%] degli ordini spediti e Monclick il [90%-100%].

10. Con riferimento ai diritti di recesso e rimborso dei consumatori, le Società avrebbero attuato una serie di misure volte a facilitare le modalità di esercizio del diritto di recesso e garantire il rimborso con tempi certi (14 giorni) utilizzando lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore, salvo ritardi del cliente nel rispedire la merce o consegnarla al punto vendita³. I Professionisti hanno in proposito anche modificato la censurata *policy* aziendale che subordinava il *rimborso* alla previa verifica dell'integrità dei prodotti, prevedendo che la restituzione dell'intero importo (ivi incluse le spese di spedizione) sia effettuata entro il termine di 14 giorni dalla data di comunicazione della volontà di recedere, riservandosi la facoltà di

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

² Rilevano in tal senso: il nuovo processo di etichettatura automatizzata degli ordini *home delivery* di Unieuro (principale fornitore di Monclick), volto a garantire un piena tracciabilità di tutti i prodotti spediti dalla piattaforma Unieuro; le nuove modalità informative sul *tracking* degli ordini presenti sul sito *web*, che sono uniformi per tutti i corrieri e contengono uno specifico campo dedicato alla data della prevista consegna; la possibilità per il consumatore di accedere anche alla pagina di *tracking* del corriere e l'accesso diretto e immediato del *customer care* di entrambi i Professionisti a tutte le informazioni relative al *tracking* al fine di aggiornare i consumatori sullo stato dei loro ordini.

³ A tale proposito rilevano le procedure automatizzate volte a consentire ai consumatori di ottenere in autonomia, accedendo alla propria area personale sui Siti dei Professionisti, il codice RMA (*Return Merchandise Authorization*) attestante l'autorizzazione al reso, da apporre sull'etichetta del pacco da restituire, nonché la facoltà del cliente, in alternativa, di rivolgersi direttamente al *customer care*.

trattenere il rimborso finché non abbiano ricevuto i prodotti o il consumatore non abbia dimostrato di aver rispedito i beni, a seconda di quale situazione si verifichi prima. In merito poi al servizio di assistenza post-vendita, i Professionisti avrebbero attuato misure tali da consentire un sensibile miglioramento della prestazione in termini di riduzione dei tempi medi di gestione dei *ticket* nonché di attesa per la risposta del *call center* (Unieuro)⁴ e in termini di significativo aumento del numero di chiamate prontamente gestite dal *call center* (Monclick)⁵.

11. Sulla base degli elementi desumibili dalle predette relazioni di ottemperanza, ritenuti inidonei ad eliminare completamente i profili di scorrettezza accertati al termine del procedimento principale (PS11770), e alla luce di alcune segnalazioni pervenute all'Autorità dopo la notifica del Provvedimento⁶, è emersa la continuazione delle medesime condotte illecite oggetto di censura da parte dell'Autorità, orientate nel complesso a diffondere informazioni ingannevoli sulle caratteristiche delle offerte commerciali, a gestire in modo scorretto il processo di vendita *online* e ad ostacolare i diritti di recesso e rimborso dei consumatori.

III. L'avvio e l'iter del procedimento di inottemperanza

12. In ragione di quanto sopra, l'Autorità, con delibera n. 30201 del 14 giugno 2022, ha avviato il presente procedimento IP359, volto a contestare ai Professionisti la violazione di cui all'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, per non aver ottemperato al Provvedimento n. 29937 del 3 dicembre 2021 nonché a irrogare l'eventuale sanzione pecuniaria prevista dalla richiamata norma.

13. In particolare, con specifico riferimento alle condotte ritenute scorrette nell'ambito della pratica A, è emersa la reiterazione delle seguenti condotte: *i*) utilizzo da parte di Monclick di modalità scorrette per indicare la disponibilità dei prodotti, senza informare adeguatamente i consumatori in merito alla

⁴ In particolare, le iniziative di Unieuro concernono: a) l'integrazione del sistema di *ticketing* del *customer care* con la barriera telefonica, in modo da permettere l'apertura automatica di un *ticket* tramite l'interazione con l'*interactive voice response* (IVR), il riconoscimento immediato dei clienti che contattano il *customer care* e la pronta identificazione degli ordini oggetto di richiesta di supporto; b) l'incremento delle risorse dedicate al *customer care* e il raddoppio del monte ore del personale in *outsourcing*; c) l'introduzione di molteplici processi volti al monitoraggio costante delle segnalazioni e dei possibili disagi che potrebbero derivare ai consumatori dai processi di spedizione e/o lavorazione degli ordini; d) l'istituzione di uno *steering committee* composto dai rappresentanti di varie funzioni interne al fine di individuare e risolvere eventuali criticità nella gestione degli ordini.

⁵ Le misure attuate da Monclick riguardano: a) l'implementazione di un processo di monitoraggio quotidiano delle opinioni negative rilasciate dai consumatori sulle varie piattaforme dedicate all'assistenza clienti e le relative analisi mensili; b) la sottoscrizione di una *partnership* con una piattaforma di raccolta di recensioni certificate per le aziende; c) l'adozione di un processo per l'individuazione delle problematiche ricorrenti e la definizione di nuove procedure al fine di risolverle; d) l'istituzione di uno *steering committee* composto dai rappresentanti di varie funzioni interne per risolvere le criticità; e) un piano di formazione per gli addetti al *customer care*; f) un meccanismo di *screening* preliminare delle informazioni fornite dal cliente per consentire all'assistenza di rispondere velocemente alle richieste nonché uno strumento di gestione delle istanze inviate al *customer care*, volto a categorizzare automaticamente le richieste, individuare le priorità ed elaborare statistiche sulle problematiche più ricorrenti (da marzo 2022).

⁶ Si vedano, in proposito, le seguenti segnalazioni: prot. 26456 del 14 marzo 2022 e prot. 23365 del 28 febbraio 2022 sull'impossibilità di procedere nei mesi di febbraio e marzo 2022 all'acquisto sul Sito Unieuro di prodotti in offerta prospettati come disponibili, a causa dell'esaurimento scorte o in quanto "Si è verificato un errore, uno o più prodotti nel carrello non sono momentaneamente più disponibili"; prot. 95357 del 24 dicembre 2021 e prot. 26182 del 11 marzo 2022 (Unieuro) nonché prot. 45695 del 3 giugno 2022 (Monclick) per l'annullamento unilaterale di ordini aventi ad oggetto prodotti presentati come disponibili; prot. 95525 del 27 dicembre 2021 sull'omessa indicazione dei tempi di consegna (Monclick); prot. 95501 del 24 dicembre 2022, prot. 95990 del 28 dicembre 2022 e prot. 29387 del 25 marzo 2022 relative a Unieuro nonché prot. 14849 del 25 gennaio 2022 per Monclick, sul mancato rispetto dei tempi di consegna originariamente prospettati; prot. 10797 del 7 gennaio 2022 e prot. 10978 del 10 gennaio 2022 sull'omessa consegna dei prodotti acquistati online dai consumatori sul Sito Unieuro nei mesi di novembre/dicembre 2021; prot. 10379 del 4 gennaio 2022, prot. 18019 dell'8 febbraio 2022 e prot. 13177 del 18 gennaio 2022 sul ritardo nella corresponsione del rimborso da parte di Unieuro a seguito del recesso dei clienti; prot. 15379 del 26 gennaio 2022 sull'omessa informativa sul recesso da parte di Monclick.

circostanza che i prodotti non sono disponibili presso i magazzini del professionista e devono essere forniti da operatori terzi; *ii*) omissione informativa da parte dei Professionisti sui tempi di consegna dei prodotti venduti *online*, in quanto Unieuro e Monclick non indicavano - tanto nella *homepage* quanto nelle schede prodotto - la data di consegna dell'ordine, limitandosi a prevedere un termine *standard* nelle rispettive Condizioni generali di vendita (CGV) e rinviando alle informazioni rese nelle *mail* di accettazione dell'ordine; *iii*) attuazione da parte delle due Società dell'immediato blocco del *plafond*, con conseguente congelamento dell'importo corrispondente al prezzo di acquisto, al momento dell'ordine *online* e prima del perfezionamento del contratto, sulla base della facoltà di annullamento degli ordini ancora disciplinata nelle rispettive condizioni generali di vendita⁷.

14. Per quanto concerne i comportamenti illeciti riconducibili alla pratica commerciale scorretta B, alcune evidenze documentali acquisite agli atti dopo la notifica del Provvedimento sembravano atte a configurare la possibile reiterazione da parte dei due Professionisti di condotte connotate dai medesimi profili di illiceità già censurati nel Provvedimento, con particolare riferimento alle fattispecie di mancata consegna e ostacolo all'esercizio dei diritti di recesso e rimborso dei consumatori.

15. Il provvedimento di avvio del presente procedimento di inottemperanza (IP359) alla Delibera n. 29937 del 3 dicembre 2021 è stato notificato alle Società il 21 giugno 2022. Con comunicazione del 25 luglio 2022 (prot. 58046), al fine di consentire alle Società di esercitare compiutamente il loro diritto di difesa, sono state accolte l'istanza di proroga del termine per depositare scritti difensivi, posticipato al 21 settembre 2022, e la richiesta di essere sentiti in audizione.

16. Con comunicazione del 24 agosto 2022 (prot. 64658), i Professionisti hanno trasmesso "*un set di slide contenenti una preliminare indicazione delle misure che Unieuro e Monclick potrebbero considerare di adottare al fine di venire incontro alle preoccupazioni manifestate dall'AGCM nel provvedimento d'avvio*".

17. In data 7 settembre 2022 (prot. 67738) è stata comunicata ai Professionisti la proroga di 55 (cinquantacinque) giorni del termine di conclusione del procedimento al fine di assicurare il pieno esercizio del diritto di difesa e un adeguato contraddittorio.

18. In data 13 settembre 2022 si è svolta l'audizione dei Professionisti che, il successivo 22 settembre 2022, hanno depositato una nota (prot. 71678) recante la comunicazione delle ulteriori misure "*che si impegnano ad adottare per superare definitivamente le preoccupazioni manifestate dall'AGCM nel provvedimento di avvio*" del procedimento di inottemperanza.

19. In data 7 novembre 2022 (prot. 85834) è stata trasmessa ai Professionisti la comunicazione del termine per la presentazione di memorie conclusive.

IV. Le risultanze del procedimento

20. Dagli elementi emersi nel corso del procedimento risulta che i Professionisti hanno reiterato alcune condotte ritenute illecite nel Provvedimento, riconducibili alla pratica commerciale scorretta A, e in particolare relative alla diffusione di informazioni ingannevoli sulle caratteristiche delle offerte commerciali, con specifico riferimento alla disponibilità e ai tempi di consegna di prodotti, nonché alla gestione con modalità scorrette del processo di acquisto *online*. Diversamente, per quanto attiene ai comportamenti relativi alla pratica commerciale scorretta B, relativi alla gestione della fase post-vendita,

⁷ Si fa riferimento agli articoli 2.1 e 5.8 delle CGV di Unieuro e alle sezioni C5-C6 e C7 delle CGV di Monclick, nelle versioni vigenti al momento dell'avvio del presente procedimento.

non sono emersi dagli atti del procedimento elementi tali da configurare una reiterazione da parte dei Professionisti delle condotte censurate nel Provvedimento.

La reiterazione delle condotte concernenti l'ingannevolezza delle informazioni relative alla disponibilità dei prodotti, al modello di business in dropshipping e ai tempi di consegna degli ordini

21. Dalle evidenze agli atti risulta in primo luogo che Monclick ha continuato a utilizzare modalità scorrette per indicare la disponibilità dei prodotti, qualificando tutti i beni offerti in vendita *online* come “disponibili”, sebbene in realtà i prodotti non siano fisicamente nella disponibilità del Professionista.

22. La circostanza che nelle schede prodotto presenti sul sito di Monclick, accanto alla persistente dicitura “disponibile”, fosse stata inserita una piccola icona che il consumatore doveva “cliccare” per aprire un *pop-up* dove era presente la vaga informazione circa il fatto che, dopo aver effettuato l'ordine, Monclick avrebbe verificato l'effettiva disponibilità del prodotto “*presso i magazzini dei nostri fornitori*”, non era idonea a superare la portata ingannevole della prospettazione dei prodotti come “disponibili”, in ragione della genericità delle informazioni fornite, peraltro in un momento successivo all'aggancio, e del fatto che comunque la loro conoscibilità era subordinata ad un'attivazione da parte del consumatore.

23. La scorrettezza delle predette modalità informative adottate da Monclick è aggravata dalla circostanza che la Società continuava ad omettere l'informazione circa il fatto di operare in *dropshipping* e, dunque, di non detenere la disponibilità materiale della merce commercializzata sul proprio Sito (indicandola come “disponibile”), dovendosi invece approvvigionare presso fornitori terzi che provvedono all'evasione degli ordini. A tale proposito, risultava insufficiente la nuova formulazione della sezione “*Chi siamo*” del sito *web* di Monclick, in quanto il Professionista si limitava a fornire solo incidentalmente e con modalità inadeguate la circostanza di operare in *dropshipping*, inserendola in una pagina *web* non coinvolta dal processo di acquisto e la cui consultazione era meramente eventuale, a fronte invece della persistente prospettazione di tutti i prodotti offerti in vendita come *disponibili*.

24. La società Unieuro ha invece adottato la dicitura “*ordinabile previa verifica della disponibilità*” per indicare, in modo chiaro e adeguato, la medesima tipologia di prodotti, ossia beni non fisicamente presenti nel magazzino centrale, in relazione ai quali si riserva di verificare la disponibilità “*presso i magazzini dei Punti Vendita o altrove*”.

25. Dagli atti del procedimento risulta inoltre che entrambi i Professionisti hanno perseverato nell'omissione informativa sui tempi di consegna dei prodotti venduti *online*, pretermettendo di indicare - tanto nella *homepage* quanto nelle schede prodotto - la data di consegna dell'ordine e limitandosi a prevedere un termine *standard* nelle rispettive Condizioni generali di vendita (CGV) e rinviare alle successive informazioni contenute nelle *mail* di accettazione dell'ordine.

La reiterazione della condotta relativa alla scorrettezza delle modalità di gestione del processo di vendita online

26. In base agli atti del procedimento, i Professionisti hanno continuato, anche dopo la notifica del Provvedimento, a disporre l'immediato blocco del *plafond*, con conseguente congelamento dell'importo corrispondente al prezzo di acquisto, al momento dell'ordine *online* e prima del perfezionamento del contratto, riservandosi di esercitare la facoltà di annullamento degli ordini ancora disciplinata nelle rispettive condizioni generali di vendita⁸. In base alla disciplina contrattuale delle Società, infatti, la

⁸ Si fa riferimento agli articoli 2.1 e 5.8 delle CGV di Unieuro e alle sezioni C5, C6 e C7 delle CGV di Monclick, nelle versioni vigenti al momento dell'avvio del presente procedimento.

presentazione di prodotti acquistabili sui rispettivi Siti *web* costituiva invito ad offrire e l'ordine inviato *online* dal cliente valeva quale proposta contrattuale di acquisto; il contratto si considerava concluso solo dopo l'accettazione da parte della Società (che nel caso di Monclick continuava a essere tacita)⁹. In aggiunta, Monclick ha mantenuto la previsione secondo cui provvedeva all'addebito sulla carta di credito (non più solo al blocco del *plafond*) nell'eventualità che l'ordine risulti ancora aperto oltre il 23° giorno dalla data di inoltro, anche se in anticipo sulla consegna materiale della merce, al fine di evitare la scadenza di autorizzazione della transazione (24 giorni)¹⁰.

V. Le misure definitive presentate dai Professionisti con comunicazione del 22 settembre 2022

27. I Professionisti, nella citata comunicazione del 22 settembre 2022 nonché nella memoria conclusiva, hanno presentato ulteriori misure ritenute “*idonee a superare definitivamente le preoccupazioni manifestate dall'AGCM nel provvedimento di avvio*” relativamente ai tre profili oggetto di specifica censura, quindi relativamente a: *i)* chiarimenti sul modello di *business* di Monclick e sulla disponibilità dei prodotti; *ii)* indicazioni dei tempi di consegna degli ordini; *iii)* modifica del paradigma contrattuale e blocco del *plafond*.

Le nuove informazioni sul modello di business di Monclick

28. Al fine di superare le criticità riguardanti l'omissione informativa sul modello di *business*, Monclick a partire dal 30 settembre 2022 ha adottato nuove modalità informative volte a rappresentare ai consumatori le specificità del proprio schema di vendita e, quindi, la circostanza di operare in *dropshipping*, vendendo prodotti che sono a catalogo ma che si trovano nel magazzino del fornitore. In particolare, Monclick ha inserito, nella parte alta della *homepage* del proprio sito *internet*, un riquadro contenente la dicitura “*Il nostro Dropshipping*”, come si vede nell'immagine sotto riportata.



29. Cliccando su tale riquadro, gli utenti sono rinviati a una *landing page* intitolata “*Dropshipping*” nella quale sono forniti maggiori dettagli sul modello di vendita della Società e, in particolare, si specifica quanto segue: “*Il dropshipping è il nostro modello di business, una soluzione snelle ed efficiente di e-commerce.*”

⁹ Si fa riferimento agli articoli 2.1 delle CGV di Unieuro e alle sezioni B.1 e C.3 delle CGV di Monclick, nelle versioni vigenti al momento dell'avvio del presente procedimento.

¹⁰ Cfr. sezione D.2 CGV, nella versione vigente al momento dell'avvio del presente procedimento.

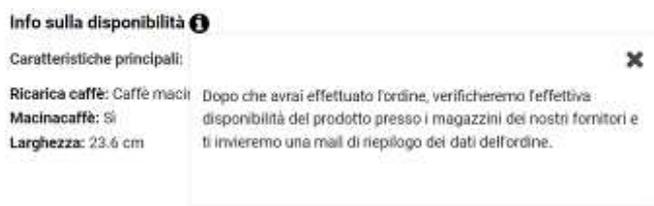
Vendiamo prodotti che abbiamo a catalogo organizzandone la spedizione direttamente dal **magazzino dei nostri fornitori**, scelti tutti con estrema cura”. Sono inoltre spiegate le modalità di funzionamento del dropshipping nel seguente modo “Il funzionamento è molto semplice: quando acquisti uno o più prodotti sul nostro sito, trasmettiamo in automatico il tuo ordine al fornitore che possiede materialmente la merce nel suo magazzino”. Una volta ricevute tutte le informazioni, monitoriamo che si occupi di **evadere correttamente l'ordine**, provvedendo sia all'imballaggio sia alla consegna presso il tuo indirizzo.” (grassetto in originale). Tale processo è graficamente rappresentato nella seguente immagine:



Le nuove modalità informative sulla disponibilità dei prodotti

30. Con riguardo alle modalità di prospettazione della disponibilità dei prodotti nelle offerte pubblicate sul Sito, sempre a decorrere dal 30 settembre 2022, Monclick ha proceduto ad eliminare nelle schede prodotto la dicitura “disponibile”, oggetto di specifica censura nel Provvedimento, sostituendola con la dicitura “Info sulla disponibilità” seguita dall'icona **i**, come rappresentato nell'immagine seguente.

31. Cliccando sull'icona **i**, si apre un riquadro (pop up) in cui si chiarisce che gli ordini, una volta ricevuti, sono soggetti alla verifica della disponibilità del prodotto presso il magazzino del fornitore; il testo del messaggio è di seguito riportato.



32. In aggiunta a tali chiarimenti e integrazioni, con riferimento a tutti i prodotti dei quali Monclick sia consapevole che non possono essere venduti (ad esempio perché non sono al momento presenti nei magazzini dei fornitori), il pulsante “*Aggiungi al carrello*” (benché in questo caso il bene nella scheda risulti “non disponibile”) è disattivato e non “cliccabile”, impedendo così al consumatore di procedere all’ordine di acquisto.

L’introduzione di indicazioni sui tempi di consegna degli ordini

33. Al fine di colmare il *deficit* informativo connesso alla mancata informativa sui tempi di consegna degli ordini relativi agli acquisti *online*, nella comunicazione del 22 settembre 2022, i Professionisti hanno dichiarato l’intenzione di indicare, entro il 7 dicembre 2022, per tutti i prodotti esposti sui rispettivi siti *internet*, sin dalle schede iniziali (scheda prodotto) e fino alla pagina di pagamento, una stima indicativa del periodo di consegna della merce (es: «*consegna a domicilio stimata tra il ... e il*»), che il cliente visualizza fino alla chiusura del carrello.

34. A fianco della suddetta apparirà un *overtext* (o una diversa soluzione grafica) volto a chiarire le modalità di calcolo della stima visualizzata dal cliente, nella quale viene specificato che i tempi di consegna indicati sono frutto di un’analisi delle statistiche sui dati di consegna in possesso di Unieuro e Monclick. Peraltro, tale *overtext* (o diversa soluzione grafica) fornirà ai consumatori la possibilità di accedere ad un’ulteriore pagina nella quale sono ulteriormente esplicitate le logiche sottostanti e le variabili che possono impattare sulle stime di consegna.

35. Tale modifica è stata implementata sul sito *unieuro.it*, come risulta dall’immagine della pagina *web* relativa a una scheda-prodotto del processo di acquisto di Unieuro, acquisita agli atti alla data del 6 dicembre 2022¹¹ e di seguito riprodotta.

¹¹ Cfr. verbale di acquisizione agli atti del 6 dicembre 2022.

36. Come si evince dall'immagine sopra riprodotta (tratta dal sito *unieuro.it*), al fine di visualizzare le informazioni sulle modalità di calcolo della stima della “Data di consegna”, è necessario cliccare sul *link* ipertestuale [?], inserito dopo la dicitura “Consegna a domicilio stimata 9/12/2022-13/12/2022”. Dopo aver cliccato su tale collegamento, si apre il seguente messaggio sulla “Data di consegna”:

Data di consegna
Stima indicativa

L'intervallo di date per la consegna è una stima indicativa calcolata in base alle statistiche delle informazioni di consegna in possesso della società.

I tempi effettivi di consegna potrebbero variare in caso di: consegne nelle isole, in zone di montagna o in aree logisticamente disagiate, periodi legati alle principali festività e ricorrenze oppure a circostanze straordinarie.

Si precisa inoltre che i prodotti acquistati in Preorder saranno spediti a domicilio a partire dalla data di uscita degli stessi, indicata nella pagina del prodotto.

Per maggiori dettagli sui criteri di calcolo delle tempistiche [clicca qui](#).

37. Analoga modifica risulta implementata, alla medesima data del 6 dicembre 2022, anche sul sito di Monclick, come emerge dall'immagine della pagina *web* relativa a una scheda-prodotto del processo di acquisto di Monclick, di seguito riprodotta.

PASTRA STRADAPELLI DYSON
Corrale Edizione speciale Pervinca e Rosé Offerta Tasso 0%
 Tasso Zero 10 rate
 Sono 1 una recensione

Cod. 556R0SE22 | EAN: 5025155075828

Info sulla disponibilità ⓘ
 Caratteristiche principali:
 Acquistabile solo 1 pezzo per cliente
 Temperatura massima: 210 °C
 Ionizzatore: No
 Sistema riscaldamento: r.d.
 N. impostazioni colore: 3
Vai alla scheda tecnica

Ottini almeno 3 pezzi? Richiedi una quotazione

Servizi
 Assistenza estesa Copertura Cura capelli e capelli 1 anno - € 12,90
 Assistenza estesa Copertura Cura corpo e capelli 2 anni - € 19,90
 Assistenza estesa Copertura Cura corpo e capelli 3 anni - € 29,90

€ 478,90
 IVA esclusa: € 392,54
 Offerta valida fino ad esaurimento scorte
€ 47,80 / mese

Aggiungi al carrello
 Aggiungi alla lista dei desideri

Modalità di pagamento accettate:
 American Express, Banche, Carta di Credito, PayPal, Prestito

VISA, Ag2i

Consegna espressa: gratuita
 Vedi tutte

Consegna stimata: 09/12/2022 - 14/12/2022

38. Nel caso di Monclick, la dicitura “*Consegna stimata*” rappresenta un *link* ipertestuale cliccando il quale si apre il messaggio sulla “*Consegna stimata*” di seguito riportato:

 **Consegna stimata** ✕

L'intervallo di date per la consegna è una stima indicativa calcolata in base alle statistiche delle informazioni di consegna in possesso della società.

I tempi effettivi di consegna potrebbero variare in base al metodo di pagamento, all'area geografica (esempio: consegne nelle isole, in zone di montagna o in aree logisticamente disagiate), al fornitore, alla tipologia di consegna (espressa o su appuntamento), ai periodi legati alle principali festività e ricorrenze oppure a circostanze straordinarie.

Si precisa inoltre che i prodotti acquistati in Preorder saranno spediti a domicilio a partire dalla data di uscita degli stessi, indicata nella pagina del prodotto.

[Per maggiori dettagli sui criteri di calcolo delle tempistiche clicca qui](#)

Il processo di vendita online: la modifica del paradigma contrattuale e blocco del plafond

39. Per superare il profilo di censura enucleato nel Provvedimento con riguardo alla scorrettezza delle modalità di gestione del processo di vendita *online*, connessa all'immediato blocco del *plafond*/addebito di pagamento al momento dell'ordine ma prima del perfezionamento del contratto, i Professionisti, in relazione a tutti i prodotti in *home delivery* presenti sui siti di Unieuro e Monclick, hanno invertito a partire dal 31 ottobre 2022 il modello contrattuale, passando dall'attuale invito ad offrire all'offerta al pubblico, in modo tale da procedere al blocco del *plafond* (o, all'addebito dell'importo nei casi in cui non sia previsto il

precedente blocco del *plafond*) contestualmente alla conclusione del contratto e indipendentemente dalle eventuali verifiche sulla disponibilità del prodotto¹².

40. A tal fine, sono state modificate le condizioni generali di vendita di Unieuro e Monclick che, nella nuova versione attualmente in vigore, chiariscono espressamente che:

- *“il contratto di vendita si perfeziona nel momento in cui il cliente, dopo aver accettato le presenti condizioni di vendita e verificato se il prodotto sia “disponibile” o “ordinabile previa verifica della disponibilità” procede con le operazioni di pagamento (con riferimento al pagamento tramite carta di credito, l’operazione di pagamento si considera processata quando l’istituto bancario di riferimento ha autorizzato il solo impegno dell’importo relativo al Prodotto oggetto dell’Ordine (il c.d. blocco del plafond) per un importo pari al prezzo dei prodotti oggetto dell’Ordine) secondo le modalità previste per il metodo di pagamento scelto dal Cliente”* (art. 2.1. delle Condizioni Generali di Vendita di Unieuro);

- *“Il tuo Ordine è considerato a tutti gli effetti di legge come una accettazione dell’offerta effettuata da Monclick per i Prodotti inclusi nell’Ordine, considerati ciascuno singolarmente. In particolare, il tuo contratto di vendita con Monclick deve intendersi perfezionato nei seguenti momenti, a seconda della modalità di pagamento da te scelta in fase di Procedura di Emissione dell’Ordine: (i) carta di credito, carta di credito prepagata: il contratto si perfeziona nel momento in cui tu invii l’ordine e l’istituto bancario di riferimento provvede ad autorizzare il solo impegno dell’importo relativo al Prodotto oggetto dell’Ordine (il c.d. blocco del plafond) per un importo pari al prezzo dei prodotti oggetto dell’Ordine”* (lettera B delle Condizioni Generali di Vendita di Monclick).

VI. Le argomentazioni delle Parti

41. Nella memoria acquisita agli atti in data 23 novembre 2022 (prot. 92416), i Professionisti hanno sottolineato di aver *“puntualmente ottemperato alla diffida contenuta nel provvedimento sanzionatorio dello scorso 3 dicembre”*, attraverso l’insieme delle misure implementate già nell’imminenza dell’adozione del Provvedimento e di quelle ulteriori da ultimo introdotte a partire dal 30 settembre 2022. In particolare, ad avviso delle Società, le misure da ultimo adottate consentirebbero di: (i) chiarire ulteriormente ai consumatori che Monclick opera in modalità *dropshipping*; (ii) invertire il modello contrattuale prevedendo che il *plafond* dei consumatori venga bloccato contestualmente alla conclusione del contratto con Unieuro e Monclick; e (iii) indicare fin dalle schede prodotto una stima dei tempi di consegna dei prodotti offerti in vendita sui siti delle Società.

42. In tale contesto, l’asserita efficacia delle misure adottate non potrebbe essere messa in discussione dalle ultime ed esigue segnalazioni (7 a carico di Unieuro e 2 a carico di Monclick, a fronte di diverse migliaia di ordini processati) pervenute a partire dallo scorso 10 agosto 2022, essendo espressione - come riconosciuto nella *Comunicazione del termine per la presentazione di memorie conclusive* - di fenomeni fisiologici in alcun modo rappresentativi di una effettiva reiterazione delle condotte illecite. In aggiunta a tali rilievi, i Professionisti hanno evidenziato come (i) la maggior parte di tali segnalazioni riguardi condotte

¹² Il nuovo paradigma contrattuale è applicabile ai seguenti metodi di pagamento: carte di credito, Paypal (che per Unieuro prevede il blocco del *plafond* e per Monclick prevede attualmente l’addebito dell’ordine senza preventivo blocco del *plafond*), Pre Order, Klarna. Diversamente, (i) con esclusivo riferimento a Monclick, qualora il consumatore utilizzasse il bonifico bancario, l’efficacia del contratto è sottoposta anche alla condizione sospensiva dell’incasso del pagamento, che dovrà avvenire entro 5 giorni dalla conclusione del contratto, (ii) nel caso di finanziamento tramite Agos (che non prevede alcun blocco del *plafond*), l’efficacia del contratto tra consumatore e le Società è sottoposta alla condizione sospensiva del perfezionamento del contratto di finanziamento tra il consumatore e Agos.

diverse da quelle accertate nel Provvedimento e (ii) in ogni caso, Unieuro e Monclick siano prontamente intervenute al fine di soddisfare le richieste dei consumatori.

43. I Professionisti hanno infine richiesto che “– a fronte del loro continuo impegno nell’adattamento dei propri assetti e processi secondo le questioni a mano a mano emerse nel confronto istruttorio con gli Uffici – venga riconosciuta l’assenza dei presupposti per l’irrogazione di una sanzione o, in subordine, la sussistenza dei presupposti per l’irrogazione di una sanzione solo simbolica.” A tale proposito, le Società hanno osservato che l’ottemperanza alla delibera dell’Autorità del 3 dicembre 2021 consisterebbe “in un processo di progressivo adattamento”, non solo per la necessità di programmare ed eseguire modifiche organizzative che impattano su un sistema complesso ma anche per “l’imprescindibile confronto con gli Uffici sulle misure adottate”, che avrebbero comunque condotto alla progressiva eliminazione delle preoccupazioni enunciate nel provvedimento di avvio del presente procedimento.

44. Ciò sarebbe corroborato anche dall’esame dei precedenti dai quali emergerebbe che i professionisti che hanno dato prova di aver adottato, anche progressivamente, una serie di misure volte a garantire una corretta ottemperanza tramite “miglioramenti sostanziali rispetto alla situazione precedente” e “livelli di performance comunque migliori”, non hanno ricevuto sanzioni (o sanzioni meramente simboliche)¹³.

45. I professionisti hanno al riguardo sottolineato di essersi attivati fin dall’adozione del Provvedimento sanzionatorio al fine di ottemperare allo stesso, “intervenedo significativamente su tutti i loro processi interni e attuando un articolato set di misure volte a venire incontro alle preoccupazioni dell’AGCM”, in esito alle quali - sin dai primi mesi del 2022 - Unieuro e Monclick avrebbero: (i) registrato un notevole calo degli annullamenti per indisponibilità della merce sul canale *home delivery*; (ii) ampliato il parco corrieri e previsto, per i corrieri tecnici, dei meccanismi di *bonus/malus* al fine di rendere le consegne più celeri ed efficienti; (iii) registrato una rilevante riduzione delle mancate consegne; (iv) garantito la tracciabilità degli ordini grazie ai nuovi processi di etichettatura, rendendo le ipotesi di irreperibilità del tutto remote; e (v) ridotto i tempi medi di gestione delle richieste di assistenza post-vendita, tutte debitamente evase.

46. In conclusione, a fronte delle ulteriori misure adottate e rappresentate nella memoria conclusiva, i professionisti hanno ribadito l’auspicio che “nel caso di specie vengano riconosciuti i presupposti per la non irrogazione di una sanzione o, in subordine, per l’irrogazione di una sanzione solo simbolica, che tenga conto non solo dei risultati di cui anche la CRI dà atto ma anche della sostanziale impossibilità di considerare perduranti le infrazioni – come la CRI sembra invece ipotizzare – nel corso del lungo e articolato confronto in cui man mano sono stati individuati i residuali interventi di attenuazione (considerati anche i minimali impatti documentati) ritenuti necessari a una piena ottemperanza”.

VII. Valutazioni

47. Alla luce del complesso degli elementi emersi nel procedimento, nel merito si ritiene che il comportamento posto in essere dai Professionisti costituisca inottemperanza alla lettera a) del dispositivo della delibera n. 29937 del 3 dicembre 2021, in quanto sulla base delle evidenze acquisite in atti, i Professionisti risultano aver reiterato condotte già ritenute illecite dall’Autorità ai sensi degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo.

¹³ A tale proposito, i professionisti hanno richiamato i seguenti casi: IP346 – ASPI – Disagi sulla rete autostradale; A521C – Attività di intermediazione della domanda di servizi taxi nel comune di Torino-Inottemperanza; IP286 – Ryanair – Cancellazione Voli; A480B – Incremento prezzo farmaci Aspen- Inottemperanza; A428C – Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia.

48. In particolare, come esplicitato nel provvedimento di avvio del presente procedimento e ampiamente illustrato nei paragrafi del presente provvedimento relativi alle risultanze del procedimento, dagli elementi documentali in atti è emerso che dopo la notifica del Provvedimento sanzionatorio, in primo luogo, Monclick ha continuato a fornire sul proprio sito *web* indicazioni ingannevoli sulla *disponibilità* dei prodotti, qualificando tutti i beni offerti in vendita *online* come “*disponibili*” sebbene non fossero fisicamente presenti nei magazzini della Società, omettendo di informare i consumatori circa il fatto di operare in *dropshipping*, senza detenere la disponibilità materiale della merce commercializzata, che viene richiesta a un fornitore terzo a seguito della ricezione dell’ordine di acquisto.

49. A tale proposito, le iniziative poste in essere da Monclick a decorrere dal 30 settembre 2022, consistenti nell’inserire sul proprio Sito *web* specifici chiarimenti in merito al proprio modello di *business* (*dropshipping*) nonché nell’eliminare dalle schede prodotto la dicitura *disponibile* per i prodotti offerti in vendita *online* e al contempo disattivare il pulsante “*Aggiungi al carrello*” per i prodotti che non possono essere venduti, risultano costituire misure idonee a interrompere la reiterazione dell’illecito, superando il censurato profilo di correttezza della condotta consistente nel prospettare come “*disponibili*” prodotti che non sono fisicamente nella disponibilità del Professionista.

50. In secondo luogo, entrambi i Professionisti hanno perseverato nell’omettere di informare i consumatori in merito alle tempistiche di consegna dei prodotti offerti in vendita *online*, reiterando il *deficit* informativo già sanzionato per aver omesso un’informazione rilevante di cui il consumatore medio ha bisogno fin dal primo contatto per poter prendere una decisione consapevole di acquisto.

51. A tale specifico riguardo, le modifiche implementate dai Professionisti entro il 7 dicembre 2022, come effettivamente riscontrato in esito a una rilevazione d’ufficio del 6 dicembre 2022, attraverso l’indicazione nelle schede prodotto dei tempi di consegna a domicilio dei prodotti offerti in vendita *online*, sono atte a superare pienamente l’omissione ingannevole censurata nel Provvedimento e nuovamente rilevata in sede di avvio del presente procedimento, in quanto ai consumatori è fornita, in modo adeguato e tempestivo, un’informazione rilevante e necessaria al fine di assumere una decisione consapevole di natura commerciale.

52. Infine, le due Società hanno proseguito la propria attività di *e-commerce* attraverso modalità scorrette di gestione del processo di vendita *online*, disponendo l’immediato blocco del *plafond*/addebito per l’importo corrispondente al prezzo di acquisto del bene al momento dell’ordine *online* (e quindi in una fase precedente alla conclusione del contratto) e il successivo annullamento unilaterale dell’ordine, sulla base dell’ampia facoltà contrattualmente prevista (prima del sorgere delle obbligazioni e dei diritti derivanti dalla conclusione del negozio).

53. La misura correttiva implementata dai Professionisti a decorrere dal 31 ottobre 2022 al fine di eliminare tale profilo di scorrettezza, consistente nell’inversione del modello contrattuale, risulta idonea a porre fine alla continuazione dell’illecito in quanto per effetto di tale modifica contrattuale il blocco del *plafond* avverrà solo in un momento successivo alla conclusione del contratto di acquisto, quando saranno già insorte le obbligazioni di Unieuro e Monclick.

54. Alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene che il comportamento posto in essere dai Professionisti costituisca inottemperanza alla delibera dell’Autorità n. 29937 del 3 dicembre 2021, in quanto configura la reiterazione di condotte di cui alla lettera a) del dispositivo della predetta delibera, in violazione dell’articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo.

VIII. Quantificazione della sanzione

55. Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

56. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

57. Sotto il profilo della gravità della violazione rilevano per entrambi i Professionisti i seguenti elementi: *i)* la significativa dimensione economica di Unieuro S.p.A., che nell'esercizio chiuso al 28 febbraio 2022 ha conseguito ricavi pari a quasi 3 miliardi di euro (€ 2.928.472.000) con un *Adjusted EBITDA* di circa € 170 milioni corrispondente ad una percentuale di circa il 5,8% dei ricavi, e della sua controllata Monclick che ha registrato nell'esercizio chiuso al 28 febbraio 2022 ricavi pari a € 75.241.545; *ii)* l'appartenenza, per entrambe le società, a un importante gruppo (Gruppo Unieuro) che in Italia si colloca ai vertici del settore della distribuzione di elettronica di consumo ed elettrodomestici, con conseguente sfruttamento della notorietà e della credibilità acquisita presso il pubblico; *iii)* la specificità del settore dell'*e-commerce*, che pone il consumatore acquirente in una posizione di inevitabile asimmetria informativa rispetto ai venditori *online*; *iv)* l'ampia reiterazione delle condotte illecite, in ragione delle informazioni veicolate a mezzo *internet* e delle modalità di vendita *on-line*, dotate della capacità di raggiungere rapidamente un numero elevatissimo di consumatori localizzati sull'intero territorio nazionale; *v)* la pluralità dei profili di illiceità reiterati e la specifica tipologia delle infrazioni, le quali afferiscono ad una fase molto delicata del rapporto di consumo, quella del primo contatto pubblicitario in cui si verifica l'effetto di "aggancio" del consumatore sulla base della prospettazione delle caratteristiche dell'offerta commerciale, e sono altresì connotate da un significativo grado di offensività in ragione delle modalità scorrette e insidiose del complessivo processo di acquisto *online*, atteso l'immediato addebito/blocco del corrispettivo a prescindere dall'effettiva conclusione del contratto di acquisto a distanza e/o dall'annullamento unilaterale degli ordini.

58. Per quanto concerne la durata, dagli elementi acquisiti in atti emerge che l'inottemperanza alla diffida di cui alla lettera a) del Provvedimento è stata perpetrata dai Professionisti per quasi un anno, a partire dal 23 dicembre 2021, data di notifica della Delibera n. 29937 del 3 dicembre 2021, sino a cessare nel mese di dicembre 2022, attesa la tempistica di implementazione delle misure correttive e tenuto conto della natura unitaria della pratica commerciale scorretta A oggetto di reiterazione da parte dei professionisti.

59. Sulla base di tali elementi, si ritiene di irrogare a Unieuro S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria pari a € 3.000.000 (tremilioni di euro) e a Monclick S.r.l. una sanzione amministrativa pecuniaria pari a € 1.200.000 (unmilione duecentomila euro).

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che il comportamento della società Unieuro S.p.A. e della società Monclick S.r.l., consistito nell'aver violato la delibera del 3 dicembre 2021 n. 29937, costituisce inottemperanza a quest'ultima;

b) di comminare a Unieuro S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di € 3.000.000 (tremilioni di euro);

c) di comminare a Monclick S.r.l. una sanzione amministrativa pecuniaria di € 1.200.000 (unmilione duecentomila euro).

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato 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.

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

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

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

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. *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

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

PS12298 - FACILE ENERGY-ATTIVAZIONI NON RICHIESTE*Provvedimento n. 30422*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2022;

SENTITA la Relatrice Professoressa Elisabetta Iossa;

VISTA la Parte II, Titolo III e la Parte III, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTA la comunicazione del 27 aprile 2022, con cui è stato avviato il procedimento PS12298 nei confronti della società Facile Energy S.r.l.;

VISTO il proprio provvedimento del 27 aprile 2022, con il quale è stato disposto l'accertamento ispettivo, ai sensi dell'art. 27, commi 2 e 3, del Codice del Consumo, presso la sede di Facile Energy;

VISTO il proprio provvedimento del 31 maggio 2022, n. 30166, con il quale è stata deliberata l'adozione della misura cautelare, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo;

VISTO il proprio provvedimento del 21 giugno 2022, n. 30212, con il quale è stata deliberata l'adozione d'ufficio della misura cautelare, nonché il conseguente provvedimento del 12 luglio 2022, n. 30244, con il quale è stata deliberata la conferma di tale misura cautelare, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo;

VISTA la comunicazione del 24 giugno 2022, con cui è stato esteso il procedimento alle condotte consistenti nella fatturazione degli oneri generali di sistema agli utenti, in un periodo di fornitura nel quale la normativa primaria e la regolazione attuativa hanno previsto e prorogato l'azzeramento delle componenti tariffarie a copertura di tali oneri e nella diffusione di informazioni ingannevoli in sede di risposta ai reclami dei consumatori relativi all'addebito ingiustificato dei predetti oneri di sistema;

VISTE le decisioni del 13 settembre 2022 e dell'11 ottobre 2022, con cui, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta una proroga del termine di conclusione del procedimento, per esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. Facile Energy S.r.l. (di seguito anche "Facile Energy" o "la Società"), in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lett. *b*), del Codice del Consumo. La Società è attiva nella vendita di gas naturale e di energia elettrica a clienti finali nel mercato libero. In base all'ultimo documento contabile disponibile, relativo all'esercizio finanziario del 2021, la Società ha realizzato ricavi pari a oltre 12 milioni di euro¹.

¹ In particolare, per il 2021 i ricavi ammontano a 12.326.549 euro (fonte Telemaco Infocamere).

2. Le associazioni di consumatori **Adiconsum Padova, Adiconsum dei Laghi-Sede di Varese, Centro Tutela Consumatori Utenti, Federconsumatori Arezzo, Federconsumatori Toscana, Federconsumatori Trieste, Unione Nazionale Consumatori** in qualità di segnalanti.

3. Le associazioni di consumatori **CO.DI.CI. ONLUS e CO.DI.CI. Lombardia**, in qualità di intervenienti.

II. LE CONDOTTE OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

4. Il procedimento concerne i comportamenti posti in essere dal Professionista, quantomeno dal 2021², relativamente all'attività di fornitura di servizi di energia elettrica e gas erogati dallo stesso sul mercato libero, consistenti in:

A) una pratica commerciale scorretta articolata nelle seguenti condotte: *i)* la conclusione di contratti e l'attivazione di forniture di energia elettrica e/o gas naturale, in assenza di una corrispondente manifestazione di volontà del consumatore alla sottoscrizione del contratto, ovvero in virtù di firme false; *ii)* la diffusione di informazioni ingannevoli, le omissioni informative e gli indebiti condizionamenti, al fine di ottenere la conclusione dei contratti; *iii)* gli ostacoli all'esercizio dei diritti contrattuali da parte dell'utente; *iv)* l'indebita disalimentazione (o minaccia di sospensione) dei punti di prelievo.

B) una pratica commerciale scorretta consistente nell'addebito in fattura degli "oneri di sistema", in contrasto con la disposizione che prevede l'azzeramento degli stessi e la diffusione di informazioni ingannevoli in sede di risposta ai reclami dei consumatori relativi a tale ingiustificato addebito.

C) violazioni delle norme a tutela dei consumatori nella conclusione di contratti a distanza attraverso la conclusione di contratti secondo procedure che non appaiono rispettose dei diritti attribuiti al consumatore dagli artt. 49 e segg. del Codice del Consumo come modificati dal d. lgs. 21/2014 di recepimento della Direttiva 2011/83/UE (c.d. *consumer rights*).

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

5. In base a varie segnalazioni dei consumatori (circa 70 al momento dell'avvio del procedimento)³, e all'esito di informazioni acquisite ai fini dell'applicazione del *Codice del Consumo*⁴ in relazione alle condotte sopra indicate, in data 5 maggio 2022, è stato notificato al Professionista l'avvio del procedimento istruttorio n. PS12298 del 27 aprile 2022 per possibile violazione degli artt. 20, 21, 22, 24, 25, 26 lett. *f)* in combinato disposto con l'articolo 66 *quinquies*, 49, 50, 51, 52, 53, 54 e 55 del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 del Codice del Consumo.

6. Al fine di acquisire elementi utili alla valutazione delle fattispecie oggetto di esame, in data 5 maggio 2022 è stato svolto, presso la sede di Facile Energy S.r.l., un accertamento ispettivo.

7. Contestualmente all'avvio del procedimento istruttorio, è stato avviato altresì un procedimento cautelare, in ragione della attualità e della gravità delle condotte contestate.

² *Cfr.* segnalazione prot. n. 58732 del 13 luglio 2021.

³ Le segnalazioni citate nelle note in calce al presente Provvedimento sono esemplificative – e non esaustive – dei profili di scorrettezza delle condotte poste in essere dal Professionista e qui contestate.

⁴ *Cfr.* verbale di acquisizione agli atti del 3 marzo 2022.

8. In data 31 maggio 2022, l’Autorità ha deliberato di adottare il provvedimento cautelare n. 30166, ritenendo ancora sussistenti le esigenze cautelari rappresentate. Tale provvedimento aveva ad oggetto la sospensione provvisoria di ogni attività svolta dal professionista, diretta: *i)* all’attivazione di contratti di fornitura di energia elettrica e gas mediante *teleselling*; *ii)* alla richiesta di pagamento delle forniture in pendenza di reclami e *iii)* all’effettuazione o alla minaccia di disalimentazione del punto di prelievo in pendenza di reclami o senza congruo preavviso.

9. In data 26 maggio 2022, la Società ha fornito le informazioni richieste nell’ambito della comunicazione di avvio, corredate da una memoria difensiva⁵.

10. Successivamente, in data 24 giugno 2022 (prot. 50566), il procedimento è stato esteso oggettivamente, essendo emersi dal materiale ispettivo e dalle segnalazioni nel frattempo pervenute (alcune delle quali veicolate da associazioni di consumatori nonché trasmesse dall’ARERA) ulteriori possibili profili di scorrettezza ascrivibili a Facile Energy, con riferimento alle condotte consistenti: *i)* nella fatturazione degli oneri generali di sistema, in un periodo nel quale la normativa primaria e la regolazione attuativa hanno previsto e prorogato l’azzeramento delle componenti tariffarie a copertura di tali oneri; e *ii)* nella diffusione di informazioni ingannevoli in sede di risposta ai reclami dei consumatori relativi all’addebito ingiustificato dei predetti oneri di sistema, condotte suscettibili di integrare una violazione degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo. Contestualmente, ritenendo sussistenti esigenze di estrema gravità, urgenza e indifferibilità, l’Autorità ha adottato, in data 21 giugno 2022, un nuovo provvedimento cautelare, *inaudita altera parte*, avente ad oggetto la sospensione, da parte di Facile Energy, di ogni attività diretta a fatturare e addebitare gli oneri di sistema in vigenza di atti normativi che ne escludono l’applicazione.

11. Nella riunione del 12 luglio 2022, l’Autorità ha deliberato di confermare il predetto provvedimento cautelare *inaudita altera parte* del 21 giugno 2022.

12. A fronte delle suddette decisioni del Collegio, Facile Energy ha presentato nell’ordine: *i)* in data 17 maggio 2022 (prot. 41422) la memoria difensiva *ex art.* 8, co. 2 del Regolamento in relazione al sub-procedimento cautelare; *ii)* in data 14 giugno 2022 (prot. 47716) la relazione sulle misure adottate in ottemperanza al provvedimento cautelare n. 30166 del 31 maggio 2022; *iii)* in data 30 giugno 2022 (prot. 51215) la relazione sulle misure adottate in ottemperanza al provvedimento cautelare *inaudita altera parte* del 21 giugno 2022; *iv)* in data 1° luglio 2022 (prot. 51703 e 51704) la memoria, corredata da documenti, relativa alla conferma del provvedimento cautelare *inaudita altera parte* del 21 giugno 2022.

13. Il 10 maggio 2022, Facile Energy ha chiesto l’accesso agli atti del fascicolo istruttorio, effettuato in pari data; in esito a successive analoghe richieste, pervenute in data 23 giugno, 6 settembre e 17 ottobre 2022, la Società ha avuto accesso al medesimo fascicolo rispettivamente in data 24 giugno, 8 settembre e 17 ottobre 2022.

14. In data 7 e 8 giugno 2022 sono giunte, rispettivamente da parte dell’associazione di consumatori CO.DI.CI. Onlus e CO.DI.CI. Lombardia, le istanze di partecipazione al procedimento istruttorio, l’accoglimento delle quali è stato comunicato alle Parti, rispettivamente, in data 8 e 13 ottobre 2022.

15. In data 21 giugno 2022, la Società ha formulato una proposta di impegni.

16. In data 14 luglio 2022, è stato comunicato alla Società il rigetto della proposta di impegni, deliberato dall’Autorità in data 12 luglio 2022.

17. In data 16 agosto 2022, la Società ha formulato una nuova proposta di impegni, integrativa della precedente.

⁵ Docc. prott. nn. 43716 e 43890 del 26 maggio 2022.

18. In data 5 settembre 2022, si è svolta l'audizione dei rappresentanti del Professionista.

19. In data 14 settembre 2022, è stato comunicato alla Società il rigetto per inammissibilità della nuova proposta di impegni, come dalla stessa formulata ed integrata, deliberato dall'Autorità in data 13 settembre 2021⁶.

20. Il 7 ottobre 2022 è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento⁷.

21. Il 28 ottobre 2022, Facile Energy ha depositato documentata memoria conclusiva⁸ e, in pari data, sono stati richiesti i pareri ai sensi dell'art. 27, comma 1-*bis*, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni, all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni⁹ (di seguito anche AGCOM) e all'Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (di seguito anche ARERA)¹⁰, pervenuti entrambi in data 29 novembre 2022¹¹.

2) Le evidenze acquisite

22. Preliminarmente, è opportuno evidenziare che le condotte contestate a Facile Energy riguardano una pluralità di condotte illecite che trovano conferma in plurime evidenze, che includono non soltanto le denunce pervenute all'Autorità (ammontanti a circa 500 alla data di chiusura istruttoria), ma anche dalle evidenze ispettive, dai riscontri documentati depositati da Facile Energy¹² e da rilevazioni d'ufficio¹³.

23. In merito alle segnalazioni, pervenute a partire dal mese di luglio 2021, si registra un flusso via via crescente nei primi mesi del 2022 che ha appunto portato all'avvio del procedimento e ad un conseguente accertamento ispettivo per la necessità di provare e confermare la sistematicità delle condotte variamente segnalate dai consumatori. Infatti, solo alla luce della valutazione degli elementi emergenti dalle ripetute segnalazioni è stato possibile delineare un quadro non episodico o di mero disservizio quanto invece di una possibile pratica commerciale scorretta disponendo, quindi, l'avvio del procedimento istruttorio.

24. Dai vari elementi acquisiti nell'ambito del procedimento in oggetto emerge il seguente quadro.

Pratica sub A)

25. Preliminarmente, si forniscono alcuni significativi dati quantitativi in merito alle condotte oggetto di contestazione. In particolare, si evidenzia che tali condotte sono state e continuano ad essere oggetto di numerose denunce (circa cinquecento sono le segnalazioni pervenute nel corso dell'intero *iter* del procedimento), che hanno trovato puntuale riscontro nell'attività ispettiva svolta¹⁴, dalla quale sono emerse numerose e significative evidenze che confermano e corroborano, anche sotto il profilo quantitativo, le doglianze espresse dai consumatori. Sotto questo profilo, l'ampiezza del fenomeno concernente le forniture

⁶ Doc. prot. n. 69529 del 14 settembre 2022.

⁷ Doc. prot. n. 75881 del 7 ottobre 2022.

⁸ Doc. prot. n. 82749 del 28 ottobre 2022.

⁹ Docc. prott. nn. 83201 e 83202 del 28 ottobre 2022.

¹⁰ Docc. prott. nn. 83207 e 83208 del 28 ottobre 2022.

¹¹ Doc. prot. n. 24241 del 29 novembre 2022 (parere AGCOM) e doc. prot. n. 94403 del 29 novembre 2022 (parere ARERA).

¹² Cfr. in particolare risposta alla richiesta di informazioni formulata contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento, resa con memoria prott. nn. 43716 e 43890 del 26 maggio 2022, nonché memorie prott. nn. 41422 del 17 maggio 2022 e prott. 51703 e 51704 del 1° luglio 2022.

¹³ Cfr. verbale di acquisizione agli atti del 15 marzo 2022.

¹⁴ Cfr. verbale accertamento ispettivo del 5 maggio 2022.

non richieste di energia/gas emerge anche da alcuni dati emblematici, di cui si è dato conto anche nel verbale ispettivo. Si consideri, al riguardo, che: 1) la Società ha ricevuto, nella sola giornata in cui si è svolta l'ispezione (fino alle ore 16:00), oltre 600 messaggi vocali registrati dai propri clienti nella segreteria telefonica; 2) sono stati acquisiti circa 1.800 reclami inviati (tramite posta elettronica) dai consumatori in poco più di un mese (dal 22 marzo al 5 maggio 2022), circa 500 dei quali risultavano non ancora gestiti dalla Società (oltre a quelli ricevuti in aggiunta, via PEC e via *chat*, che non è stato possibile quantificare). **26.** In proposito, i riscontri forniti dalla Società stessa nella memoria del 17 maggio 2022 confermano la consistenza delle criticità esistenti nella gestione dei reclami, come dimostra una comunicazione del marzo 2022, allegata alla stessa, inviata alle agenzie *partner* della Società¹⁵, nella quale la stessa Facile Energy prende atto dell'aumento delle doglianze dei propri clienti.

i) Conclusione di contratti e attivazione di forniture di energia elettrica e/o gas naturale, in assenza di una corrispondente manifestazione di volontà del consumatore alla sottoscrizione del contratto, ovvero in virtù di firme false.

27. Le risultanze istruttorie hanno confermato le criticità che numerosi denunciati hanno lamentato sia in fase preistruttoria sia nel prosieguo del procedimento, senza soluzione di continuità, afferenti alla circostanza che Facile Energy procede alla conclusione di contratti e all'attivazione di forniture di energia elettrica e/o gas naturale -prevalentemente mediante il canale *teleselling* ma anche attraverso modalità di vendita a domicilio, c.d. *porta o porta*, senza avere preventivamente acquisito il consenso del consumatore. In particolare, i segnalanti hanno costantemente evidenziato, nelle proprie denunce, di essere venuti a conoscenza di avere aderito alle offerte del mercato libero di Facile Energy solo dopo la ricezione della c.d. "lettera di benvenuto", con la quale il Professionista comunica l'accettazione della proposta di adesione alle offerte di energia elettrica o gas, da parte dei clienti stessi, anche a fronte di un mero contatto telefonico¹⁶ o, in alcuni casi, pure in assenza sia di un contatto telefonico sia di una visita a domicilio da parte di un agente/procacciatore del Professionista¹⁷.

28. Da alcuni reclami dei consumatori risulta altresì che la documentazione contrattuale asseritamente fornita dal Professionista come allegata a tale "lettera di benvenuto", ovvero il plico contrattuale menzionato in calce alla stessa (segnatamente le Condizioni Generali di Fornitura -CGF-, le Condizioni Tecnico-Economiche -CTE-, la Scheda di confrontabilità e la Scheda di Sintesi) non è mai pervenuta ai clienti¹⁸.

29. In taluni casi, la fornitura non richiesta è stata attivata a seguito di visite a domicilio da parte degli agenti della società Facile Energy, anche in caso di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'intestatario

¹⁵ Cfr. all. 2 della memoria.

¹⁶ Cfr. ad es. segnalazioni prott. nn. 69499 del 7 settembre 2021, 89785 del 1° dicembre 2021, 15999 del 28 gennaio 2022 e, da ultimo, 75041 del 5 ottobre 2022.

¹⁷ Cfr. ad es. segnalazioni prott. nn. 74933 del 30 settembre 2021, 16043 del 28 gennaio 2022, 20886 del 17 febbraio 2022, 21343 del 21 febbraio 2022, 24905 del 7 marzo 2022, 28532 del 22 marzo 2022 e, da ultimo, 72359 del 26 settembre 2022, 74905 del 5 ottobre 2022 e 74984 del 5 ottobre 2022.

¹⁸ Cfr. ad es. segnalazioni prott. nn. 10177 del 3 gennaio 2022, 16043 del 28 gennaio 2022, 25729 del 10 marzo 2022 e, da ultimo, 74984 del 5 ottobre 2022 e 75321 del 6 ottobre 2022.

della fornitura energetica¹⁹, che, al pari di altri utenti²⁰, ha espressamente disconosciuto la firma apposta sui moduli contrattuali.

30. Gli aspetti ora evidenziati trovano puntuale riscontro nella documentazione ispettiva, dalla quale è emerso che, in una molteplicità di casi e con riferimento a svariate centinaia di consumatori, il Professionista, attraverso l'operato delle proprie agenzie *partner*, attiva sistematicamente forniture non richieste in capo a consumatori ignari (salvo poche eccezioni) di essere stati contattati al fine di essere contrattualizzati, i quali vengono a conoscenza della nuova fornitura solo a seguito del recapito di una "welcome letter" o dei solleciti di pagamento e degli avvisi di riduzione di potenza e/o disattivazione del punto di prelievo, nonostante il mancato recapito delle bollette insolute o anche in pendenza di reclami; infine, sia in tali casi sia senza che il preavviso sia stato recapitato correttamente e tempestivamente, numerosi clienti subiscono la disalimentazione, sovente anche nonostante l'avvenuto pagamento delle fatture.

31. A fronte delle numerose attivazioni non richieste, sono state rinvenute in ispezione speculari e sistematiche doglianze relative alla mancata acquisizione di un valido consenso alla sottoscrizione del contratto e alla richiesta di avvalersi del diritto di ripensamento e/o recesso²¹: gli eventuali riscontri da parte di Facile Energy si basano su risposte standardizzate e dilatorie, attraverso la semplice comunicazione dell'avvenuta valida conclusione di un contratto tramite *teleselling*, con l'eventuale allegazione della relativa registrazione²² e dell'abusata precisazione secondo cui la decorrenza dell'esercizio del diritto di ripensamento sarebbe fissata al momento della conclusione del contratto telefonico²³.

32. Peraltro, in sede ispettiva non è stato riscontrato alcun caso di accoglimento dei reclami per attivazioni non richieste²⁴, mentre la gestione delle istanze di ripensamento non prevede alcun tracciamento e/o archiviazione delle stesse, se non il semplice inserimento su fogli *Excel* che riportano alcuni dati di massima e, salvo sporadiche eccezioni, non indicano l'esito dell'esercizio del diritto²⁵. Inoltre, non essendo, tali istanze, gestite in tempo reale, le forniture di servizi vengono attivate anche in caso di esercizio tempestivo

¹⁹ Cfr. ad es. segnalazione prot. n. 60733 del 21 luglio 2021.

²⁰ Cfr. ad es. segnalazione prot. n. 58732 del 13 luglio 2021.

²¹ Cfr. ad es. le *e-mail* 2022-05-03 1124, 2022-04-06 1728, 2022-04-07 1819, acquisite nella cartella *RECLAMI RISPOSTE.zip* (doc. 1348 del fascicolo ispettivo).

²² Cfr. ad es. l'*e-mail* 2022-05-02 1548, acquisita nella cartella *RECLAMI RISPOSTE.zip* (doc. 1348 del fascicolo ispettivo). Risposte di tale tenore continuano a pervenire ai clienti, come testimoniato ad es., da ultimo, dalle segnalazioni prott. nn. 74301 del 3 ottobre 2022 e 74905 del 5 ottobre 2022, comprensive delle copie di *e-mail* inviate dal Professionista (rispettivamente il 30 e 12 settembre 2022) conformi a tale schema.

²³ Cfr. ad es. le *e-mail* 2022-04-15 1227 e 2022-04-28 1256, acquisite nella cartella *RECLAMI RISPOSTE.zip* (doc. 1348 del fascicolo ispettivo), nelle quali Facile Energy replica all'associazione di consumatori ADOC, affermando che "In ogni caso i 14 giorni per esercitare il diritto di ripensamento decorrono, come previsto dalla normativa, dal giorno della stipula contrattuale e non dal ricevimento del documento" e che sostenere che il termine per l'esercizio del diritto di ripensamento decorra dal ricevimento della *welcome letter* "è un'inesattezza in quanto i 14 giorni intercorrono dal momento di stipula contrattuale, come disciplinato dalle delibere ARERA".

²⁴ Al contrario, in vari casi la correttezza dell'attivazione tramite *teleselling* viene confermata attraverso risposte laconiche e stereotipate alle precise argomentazioni dei consumatori: cfr. ad es. le *e-mail* 2022-05-02 1059 e 2022-05-02 1613, acquisite nella cartella *RECLAMI RISPOSTE.zip* (doc. 1348 del fascicolo ispettivo), nelle quali alle reiterate doglianze dello stesso consumatore viene risposto semplicemente "con la presente sono a comunicarle che ha stipulato un contratto telefonico mediante *teleselling* che allego nella presente", con conseguente allegazione delle medesime registrazioni telefoniche ad entrambe le *e-mail* di risposta di Facile Energy; ancora, l'*e-mail* 2022-04-07 1814, acquisita nel medesimo documento ispettivo, nella quale il riscontro fornito dal Professionista è testualmente: "Da quanto si evince dalle telefonate in oggetto non ravvisiamo anomalie, a nostro avviso il contratto risulta valido e vincolante essendo state inviate le CTE a seguito della stipula contrattuale".

²⁵ Cfr. doc. 1197 del fascicolo ispettivo.

del diritto di recesso da parte dei consumatori (anche secondo le tempistiche prospettate da Facile Energy e a seguito di conferma di riconoscimento del ripensamento da parte di quest'ultima).

33. Il contenuto delle più recenti segnalazioni dei consumatori, che continuano a pervenire con afflusso continuo, testimonia che la condotta in esame, lungi dall'essere cessata, persiste, nonostante le rassicurazioni fornite dalla Società nelle varie memorie depositate, in ordine alla asserita cessazione della stessa²⁶.

ii) Diffusione di informazioni ingannevoli, omissioni informative e indebiti condizionamenti, al fine di ottenere la conclusione dei contratti.

34. Sotto il profilo delle modalità adottate per la vendita a distanza dei servizi di fornitura di energia elettrica e/o gas, effettuata in prevalenza tramite *teleselling*, è emerso come gli agenti della società Facile Energy non informino i consumatori in modo chiaro e comprensibile, prima che gli stessi siano vincolati contrattualmente, circa l'identità del Professionista e le caratteristiche e il prezzo dell'offerta, nonché della possibilità di esercitare il diritto di recesso nei termini previsti, fornendo informazioni non rispondenti al vero, inesatte o incomplete circa lo scopo delle visite o delle chiamate e le obbligazioni nascenti dal contratto²⁷.

35. In particolare, secondo quanto denunciato dai consumatori, gli agenti di vendita di cui si avvale Facile Energy sono soliti contrattualizzare gli utenti di altri fornitori qualificandosi come agenti di quest'ultimi e/o dichiarando, contrariamente al vero, che Facile Energy sarebbe stata incaricata dagli stessi di subentrare per un breve periodo nel rapporto di fornitura, garantendone la prosecuzione in presenza di difficoltà di natura tecnica insorte a carico dell'originario fornitore²⁸.

36. Nei numerosi reclami rinvenuti in sede ispettiva, a riprova di quanto illustrato, i consumatori hanno denunciato di essere stati contattati dagli agenti attraverso il canale telefonico, il più delle volte con modalità manifestamente pretestuose, ad esempio presentandosi come operatori del loro attuale fornitore e carpando il consenso all'attivazione della fornitura da parte di Facile Energy, incaricata da questi di sopperire ad alcune difficoltà tecniche nell'erogazione dei servizi energetici²⁹. O, ancora, presentandosi sempre come operatori del fornitore in essere, dipendenti dell'ARERA o di imprecisati enti di tutela dei consumatori chiedendo la conferma dei dati personali per poi utilizzarli strumentalmente nella registrazione relativa alla acquisizione del consenso telefonico alla sottoscrizione del contratto³⁰. Infatti, in alcuni casi, i consumatori hanno lamentato l'artificialità della registrazione, nella quale la persona che fornisce dati personali e

²⁶ Cfr. ad es., da ultimo, segnalazioni prott. nn. 81744 del 26 ottobre 2022, 82137 del 27 ottobre 2022, 82150 del 27 ottobre 2022 (relativa a un'attivazione non richiesta con decorrenza dall'agosto 2022).

²⁷ Cfr. ad es. segnalazioni prott. nn. 87791 del 23 novembre 2021, 12185 del 13 gennaio 2022, 26423 del 14 marzo 2022, 32321 del 5 aprile 2022.

²⁸ Cfr. ad es. segnalazioni prott. nn. 58291 del 12 luglio 2021, 72748 del 22 settembre 2021, 73232 del 23 settembre 2021, 84480 del 9 novembre 2021, 84712 del 10 novembre 2021, 88910 del 26 novembre 2021, 88998 del 29 novembre 2021, 89515 del 30 novembre 2021, 89785 del 1° dicembre 2021, 10177 del 3 gennaio 2022, 12010 del 13 gennaio 2022, 21346 del 21 febbraio 2022, 23018 del 25 febbraio 2022, 25706 del 9 marzo 2022, 31901 del 4 aprile 2022 e successive integrazioni, 33685 dell'11 aprile 2022, 35022 del 15 aprile 2022, 35081 del 15 aprile 2022 e, da ultimo, 74562 e 74564 del 3 ottobre 2022 e 75163 del 5 ottobre 2022.

²⁹ Si veda ad es. il file *reclami18-tele3*, acquisito nella cartella *scansioni 050522.zip* (doc. 1 del fascicolo ispettivo).

³⁰ Si vedano ad es. i file *reclami4-pl1.pdf*, *reclami21-tele1*, *reclami22-tele1*, *reclami31-team1*, *reclami34-team1*, acquisiti nella cartella *scansioni 050522.zip* (doc. 1 del fascicolo ispettivo).

consenso non sarebbe il cliente contrattualizzato³¹. Il più delle volte, dall'ascolto di tali registrazioni, emerge che i destinatari di tali contatti telefonici sono soggetti deboli, in prevalenza in ragione dell'età avanzata³² e/o in quanto invalidi³³, ai quali sovente le informazioni relative alla natura del contratto e alle condizioni economiche di fornitura vengono illustrate con una velocità tale da renderle scarsamente intelleggibili³⁴ e conseguentemente le conferme sono rese dagli stessi nella maggior parte dei casi senza alcuna consapevolezza o, in alcuni casi anche in evidente stato confusionale³⁵.

37. Anche in questo caso, la prosecuzione delle condotte è attestata da numerose segnalazioni pervenute ininterrottamente anche nel corso della fase istruttoria³⁶.

iii) Ostacoli all'esercizio dei diritti contrattuali da parte dell'utente.

38. Nel corso del procedimento è emerso che la Società oppone significativi ostacoli all'esercizio dei diritti contrattuali da parte dei consumatori, quali in particolare la sistematica pretesa del pagamento dei consumi fatturati, inviando solleciti e diffide pur in pendenza di reclami degli utenti volti a disconoscere il contratto o a contestare l'attivazione non richiesta della fornitura³⁷, o addirittura dopo la comunicazione di accoglimento degli stessi (come testimoniato anche da segnalazioni pervenute a ridosso del termine della fase istruttoria)³⁸, e il costante ostacolo all'esercizio del diritto di recesso fornendo informazioni poco chiare o fuorvianti, omettendo di inviare la lettera di accettazione dell'offerta sottoscritta dal cliente (o inviandola tardivamente) e la documentazione contrattuale, oltre che l'informativa sul recesso al domicilio

³¹ Si vedano ad es. le e-mail 2022-04-15 1304 e 13042022-04-12 1129, acquisite nella cartella *RECLAMI RICEVUTI.zip* (doc. 1347 del fascicolo ispettivo). Nella prima la reclamante afferma quanto segue: "ho ricevuto la registrazione telefonica secondo la quale io avrei concluso un contratto con FACILE.ENERGY.

Le registrazioni sono due e la prima parte è palesemente manomessa e non riportante la mia voce, conversazione che io non avevo mai sentito prima e riposte che non ho dato io a quelle domande, nella quale mi verrebbe proposto il cambio di fornitura da una voce incomprensibile e chiesto conferma di questa attivazione, conferma che io non ho mai dato.

Mi viene inoltre chiesto di confermare il giorno 18/03/2022 e l'ora 16:56 della chiamata e la voce che risponde non è la mia e da verifiche telefoniche effettuate sul mio telefono non ci sono telefonate all'ora da voi dichiarata 16:56 e questo è prova di truffa da parte vostra".

Simili alterazioni sono lamentate altresì in varie segnalazioni pervenute successivamente allo svolgimento dell'attività ispettiva, quali ad esempio, da ultimo, le denunce prott. nn. 69525 del 14 settembre 2022, 73374 del 28 settembre 2022 e 75260 del 6 ottobre 2022.

³² Si vedano ad es. i file *reclami24-tele1*, *reclami28-tele1*, acquisiti nella cartella *scansioni 050522.zip* (doc. 1 del fascicolo ispettivo), il messaggio vocale doc. 1359 del fascicolo ispettivo, dai quali emerge l'attivazione di forniture nei confronti di consumatori ultranovantenni.

³³ Si vedano ad es. i file *reclami15-tele11*, *reclami25-tele1*, acquisiti nella cartella *scansioni 050522.zip* (doc. 1 del fascicolo ispettivo).

³⁴ Cfr. ad es. la registrazione acquisita come doc. 65 del fascicolo ispettivo.

³⁵ Cfr. ad es. le registrazioni acquisite come docc. 50 e 51 del fascicolo ispettivo.

³⁶ Cfr. ad es., da ultimo, segnalazioni prott. nn. 81588 del 25 ottobre 2022 e 81665 del 26 ottobre 2022.

³⁷ Cfr. ad es. segnalazioni prott. nn. 87791 del 23 novembre 2021, 29805 del 28 marzo 2022, 32774 del 7 aprile 2022 e, da ultimo, 75321 del 6 ottobre 2022.

³⁸ Cfr. ad es., da ultimo, segnalazione prot. n. 82325 del 27 ottobre 2022, integrativa di una precedente, nella quale viene lamentata l'emissione di nuove fatture, seguite dal relativo sollecito di pagamento, pur a seguito di due comunicazioni con cui Facile Energy dichiara di procedere all'annullamento del contratto e allo storno delle fatture emesse e alla restituzione di quanto eventualmente pagato dal consumatore, in applicazione dell'art. 66 *quinquies* del Codice del Consumo. Doglianze simili sono espresse nella segnalazione prot. n. 81918 del 6 ottobre 2022.

del consumatore e, in aggiunta, ritenendo intempestivo il diritto di ripensamento validamente esercitato entro i termini desumibili dalla presunta data di conclusione del contratto³⁹.

39. I predetti ostacoli all'esercizio dei diritti dei consumatori si concretano altresì nell'impossibilità di contattare il servizio clienti di Facile Energy ai numeri indicati nonché nell'inadeguata e tardiva trattazione dei reclami e delle richieste di chiarimenti, rimaste prive di riscontri seri e sostanziali, che vadano oltre il mero invio di risposte stereotipate, palesemente errate o inconferenti⁴⁰.

40. I riscontri ispettivi hanno consentito di verificare, su un piano generale, come i reclami ricevuti dal Professionista non risultino categorizzati, tracciati e gestiti secondo le modalità indicate dall'ARERA nella Delibera 21 luglio 2016 413/2016/R/com⁴¹: addirittura, in numerose risposte standardizzate, i consumatori che inviano reclami tramite PEC vengono semplicemente invitati a inoltrarli, tramite posta non certificata, agli indirizzi e-mail "*clienti@facile.energy*" o "*reclami@facile.energy*" attraverso non meglio motivate asserzioni quali, ad esempio, "*non utilizziamo la PEC per rispondere a reclami da clienti, quindi se ha o avrà problemi potrà scrivere direttamente a questa mail*", oppure "*Al fine di ricevere assistenza dagli uffici preposti, Vi invitiamo a contattare esclusivamente mediante mail i seguenti recapiti dedicati: clienti@facile.energy o reclami@facile.energy*"⁴². In vari casi, tali riscontri vengono forniti dalla Società diversi giorni dopo la ricezione del reclamo⁴³.

41. Ancora, come rilevato nel verbale dell'attività ispettiva, neppure i reclami e le richieste di assistenza ricevuti telefonicamente sono gestiti in tempo reale, dal momento che le poche risorse destinate all'assistenza telefonica sono in grado di gestire un numero di istanze di gran lunga inferiore a quelle

³⁹ Cfr. ad es. segnalazioni prott. nn. 56841 del 5 luglio 2021, 10497 del 4 gennaio 2022, 20985 del 17 febbraio 2022, 21346 del 21 febbraio 2022, 26996 del 16 marzo 2022, 27411 del 17 marzo 2022, 27700 del 18 marzo 2022, 32321 del 5 aprile 2022 e, da ultimo, 73374 del 28 settembre 2022, 75153 del 5 ottobre 2022, 75260 del 6 ottobre 2022 e 75383 del 6 ottobre 2022.

⁴⁰ Cfr. ad es. segnalazioni prott. nn. 67539 del 30 agosto 2021 e successive integrazioni, 88998 del 29 novembre 2021, 12185 del 13 gennaio 2022, 18101 dell'8 febbraio 2022, 25077 del 7 marzo 2022, 29805 del 28 marzo 2022, 32321 del 5 aprile 2022, 32774 del 7 aprile 2022 e, da ultimo, 69525 del 14 settembre 2022 e 75761 del 7 ottobre 2022.

⁴¹ Così sintetizzate nell'Atlante del Consumatore: "*Il venditore deve inviare risposte scritte a tutti i reclami nei quali siano indicati almeno nome e cognome del cliente, indirizzo di fornitura, indirizzo postale (se è diverso da quello di fornitura) o e-mail, servizio (elettrico, del gas o entrambi) al quale si riferisce il reclamo.*

La risposta del venditore deve essere motivata, formulata con parole d'uso comune e conforme al Glossario e alla Bolletta 2.0 e deve contenere almeno:

il riferimento al reclamo scritto del cliente (serve a verificare i tempi di risposta);

un nome e un riferimento organizzativo del venditore incaricato di fornire, se necessario, eventuali ulteriori chiarimenti;

alcune informazioni contrattuali (servizio - elettrico, del gas o entrambi -, tipologia di fornitura e, per i reclami sulle tariffe da parte di clienti in regime di maggior tutela, il tipo di tariffa o di condizione economica applicata: domestico residente, domestico non residente ecc.);

Per quanto riguarda i contenuti del reclamo, la risposta deve riportare:

la valutazione documentata del venditore rispetto alla fondatezza o meno della lamentela presentata nel reclamo, accompagnata dai riferimenti normativi o contrattuali applicati (ossia il venditore deve indicare e documentare se ha operato in modo conforme al contratto e alla normativa applicabile);

la descrizione e i tempi delle azioni correttive attuate dal venditore per risolvere il problema lamentato dal cliente;

l'elenco della documentazione allegata;

per i reclami in cui si evidenziano possibili errori di fatturazione, la risposta deve contenere la verifica dei consumi anche se la bolletta contestata risulta corretta".

⁴² Cfr. ad es. le e-mail 2022-05-02 1816 e 2022-04-07 1808, acquisite nella cartella RECLAMI RISPOSTE.zip (doc. 1348 del fascicolo ispettivo).

⁴³ Cfr. ad es. l'e-mail 2022-04-07 1312, acquisite nella cartella RECLAMI RISPOSTE.zip (doc. 1348 del fascicolo ispettivo), nella quale l'avvocato di un consumatore scrive: "*Spettabile Società, in allegato comunicazione che riporto anche in calce. Segnalo che il reclamo è stato inviato il 30.3 u.s. mediante pec all'indirizzo facile.energy@pec.it e solo il 6.4 u.s. ho ricevuto Vs riscontro con cui mi chiedevate di inoltrare il reclamo agli indirizzi email verso i quali oggi si procede. Pertanto, essendo già decorsi 8 giorni dal primo invio, questi saranno computati per il calcolo dei termini del reclamo, ad ogni effetto di legge".*

ricevute quotidianamente, mentre la stragrande maggioranza di queste, inoltrate attraverso i messaggi registrati in segreteria, nonché i numerosi reclami inviati tramite posta elettronica e *fax*, non trovano riscontro anche a distanza di tempo e nonostante le reiterate sollecitazioni da parte dei consumatori.

iv) Indebita disalimentazione (o minaccia di sospensione) dei punti di prelievo.

42. Infine, Facile Energy affianca sistematicamente all'indebita pretesa del pagamento della fornitura - in pendenza del reclamo presentato dai consumatori, anche in assenza di recapito della documentazione contrattuale e delle fatture oggetto della richiesta di pagamento (o a seguito di recapito tardivo e a ridosso dell'intimazione ad adempiere delle stesse) - la minaccia o l'esecuzione di interventi di riduzione di potenza e/o di disalimentazione del punto di prelievo, non precedute dal relativo preavviso⁴⁴.

43. Peraltro, la conferma del mancato recapito delle fatture, oltre che dalle denunce dei consumatori, è stata fornita, nel periodo a ridosso dell'avvio del procedimento, anche da una comunicazione posta in risalto sull'homepage del sito *web* del Professionista, contenente un avvertimento relativo a generici rallentamenti nel recapito delle bollette cartacee per cause non meglio precisate e indipendenti da Facile Energy⁴⁵.

44. In proposito, la documentazione ispettiva (anche attraverso le cennate repliche da parte del Professionista in essa rinvenute) consente di desumere come appaia del tutto inadeguata e priva di tracciabilità la gestione, oltre che dei reclami stessi, dei pagamenti, delle fatture (sovente non recapitate ai consumatori prima della scadenza) e delle raccomandate recanti i solleciti di pagamento e i preavvisi di riduzione potenza/disalimentazione (spesso inviate in pendenza di reclami e/o successivamente al pagamento avvenuto o recapitate con considerevole ritardo)⁴⁶. Tale situazione determina, in svariati casi, il mancato rispetto della procedura prevista dalla regolazione nei casi di omesso pagamento delle fatture, al fine di pre-avvisare l'utente della riduzione di potenza o del distacco della fornitura, con il risultato che molti consumatori (spesso di età avanzata o addirittura appartenenti a categorie non disalimentabili)⁴⁷ rimangano improvvisamente privi dell'erogazione dei servizi energetici e pure ignari di avere insoluti da saldare⁴⁸, se non addirittura della attivazione della fornitura da parte di Facile Energy⁴⁹, e con un ingiustificato protrarsi dei tempi di riattivazione delle forniture disalimentate o di ripristino della potenza⁵⁰.

⁴⁴ Cfr. ad es. segnalazioni prott. nn. 67539 del 30 agosto 2021 e successive integrazioni, 74933 del 30 settembre 2021, 82591 del 2 novembre 2021, 23018 del 25 febbraio 2022, 29805 del 28 marzo 2022 e, da ultimo, 71792 del 22 settembre 2022.

⁴⁵ Cfr. verbale di acquisizione del 3 marzo 2022.

⁴⁶ Cfr. ad es. l'*e-mail* 2022-04-07 1745, 2022-04-07 1822, 2022-05-03 0953, 22-04-29 1829 acquisite nella cartella *RECLAMI RISPOSTE.zip* (doc. 1348 del fascicolo ispettivo).

⁴⁷ Cfr. ad es. l'*e-mail* 2022-03-29 1604, acquisita nella cartella *RECLAMI RICEVUTI.zip* (doc. 1347 del fascicolo ispettivo), il messaggio vocale doc. 1358 del fascicolo ispettivo. Cfr. ad es. segnalazione prot. n. 70131 del 16 settembre 2022.

⁴⁸ Cfr. ad es. l'*e-mail* 2022-04-07 1745, acquisita nella cartella *RECLAMI RISPOSTE.zip* (doc. 1348 del fascicolo ispettivo) e i messaggi vocali docc. 1372 e 1375 del fascicolo ispettivo.

⁴⁹ Cfr. ad es. l'*e-mail* 2022-04-14 1548, acquisita nella cartella *RECLAMI RISPOSTE.zip* (doc. 1348 del fascicolo ispettivo). Analoghe doglianze sono contenute, da ultimo, ad es. nella segnalazione prot. n. 74961 del 5 ottobre 2022.

⁵⁰ Cfr. ad es. l'*e-mail* 2022-05-03 1006, acquisita nella cartella *RECLAMI RISPOSTE.zip* (doc. 1348 del fascicolo ispettivo), nella quale viene lamentato un ritardo di oltre 20 giorni. Analoghe doglianze sono contenute, da ultimo, ad es. nella segnalazione prot. n. 75761 del 7 ottobre 2022.

45. Inoltre, ricorrenti doglianze da parte dei consumatori riguardano l'addebito diretto su conto corrente dell'importo delle fatture, anteriore alla ricezione delle stesse⁵¹, nonché la duplice ricezione di fatture, per lo stesso periodo, tanto dal precedente fornitore quanto da Facile Energy⁵².

46. Anche i comportamenti appena descritti risultano ancora attuali, trovando riscontro in varie segnalazioni pervenute nel corso della fase istruttoria⁵³.

Pratica sub B)

47. Ulteriore condotta ascrivibile a Facile Energy è costituita dall'addebito in fattura degli "oneri di sistema" in contrasto con la previsione normativa che prevede l'azzeramento degli stessi⁵⁴ e alla diffusione di informazioni ingannevoli in sede di risposta ai reclami dei consumatori relativi a tale ingiustificato addebito.

Sulla base delle denunce pervenute all'Autorità⁵⁵, è emerso che il Professionista ha continuato ad addebitare tali oneri nelle fatture emesse da novembre 2021 ad agosto 2022, rigettando le richieste di rimborso dei clienti, diffondendo altresì informazioni fuorvianti e ingannevoli in sede di riscontro ai reclami dei clienti.

48. In proposito, dall'esame della documentazione acquisita agli atti, è emerso come il Professionista non solo fosse consapevole di addebitare oneri dei quali i consumatori contestavano la legittimità dell'applicazione, ma fornisse risposte alle richieste di rimborso avanzate dagli stessi consumatori - oltre che tardive - del tutto fuorvianti, alla luce della normativa sopra menzionata.

Infatti, in data 20 febbraio 2022, il servizio di gestione dei reclami di Facile Energy negava ad un utente la restituzione dei predetti oneri sostenendo che "*Negli oneri di sistema vi sono sia voci statali (azzerate come da decreto legge) che voci imputabili al fornitore, le stesse risultano esplicitate in CTE e non sono interessate dal sopraccitato decreto*"⁵⁶. In data 16 aprile 2022, il Professionista forniva -dopo oltre un mese- il riscontro ad una richiesta di rimborso di tali oneri affermando che "*Alla voce oneri di sistema, vengono fatturati sia importi definiti dall'Autorità, rimossi come indicato dal DL che voci definite dal fornitore*",

⁵¹ Cfr. ad es. l'e-mail 2022-05-02 1802, acquisita nella cartella RECLAMI RISPOSTE.zip (doc. 1348 del fascicolo ispettivo) e il messaggio vocale doc. 1360 del fascicolo ispettivo.

⁵² Cfr. ad es. l'e-mail 2022-04-07 1822, acquisita nella cartella RECLAMI RISPOSTE.zip (doc. 1348 del fascicolo ispettivo). Analoghe doglianze sono contenute, da ultimo, ad es. nella segnalazione prot. n. 72814 del 27 settembre 2022.

⁵³ Cfr. ad es., da ultimo, segnalazioni prott. nn. 82020 del 26 ottobre 2022,

⁵⁴ Tali oneri costituiscono voci di spesa di natura tariffaria a carico dei clienti finali di energia elettrica e gas, configurati dalla regolazione vigente come maggiorazioni dei corrispettivi del servizio di distribuzione, addebitati in bolletta e destinati ad essere trasferiti dagli operatori energetici alla Cassa per i servizi Energetici ed Ambientali o al Gestore dei Servizi Energetici (GSE) a seconda della natura delle componenti.

In considerazione della necessità e dell'urgenza di introdurre misure di sostegno a famiglie e soggetti in condizione di fragilità economica e fisica finalizzate al contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico e del gas naturale, gli oneri di sistema sono stati azzerati fino al 30 giugno 2022 per gli utenti domestici, grazie a specifiche previsioni inserite nei dd.l. n. 130 del 27 settembre 2021 e n. 17 del 1° marzo 2022 nonché nella l. 30 dicembre 2021 n. 234 (c.d. "Legge Bilancio 2022") e attuate attraverso le delibere ARERA 30 dicembre 2021 n. 635/2021/R/com e 31 gennaio 2022 35/2022/R/eel.

⁵⁵ Cfr. ad es., denunce prott. nn. 44299 del 27 maggio 2022, 45460 del 1° giugno 2022, 46459, 46479, 46485 e 46490 dell'8 giugno 2022, 46782 del 9 giugno 2022, 47221 del 10 giugno 2022, 47474 del 13 giugno 2022 e 47544 del 13 giugno 2022, 52491 del 5 luglio 2022 (nella quale si lamenta il recapito in data 4 luglio 2022 di una fattura contenente l'addebito di oneri di sistema con scadenza 1° luglio 2022), 53793 dell'11 luglio 2022 (nella quale si lamenta il recapito in data 6 luglio 2022 di una fattura contenente l'addebito di oneri di sistema con scadenza 1° luglio 2022) e 53948 dell'11 luglio 2022 (nella quale si lamenta il recapito in data 4 luglio 2022 di una fattura contenente l'addebito di oneri di sistema con scadenza 1° luglio 2022). Inoltre, la memoria presentata in data 30 giugno 2022 (prot. n. 51517) dall'associazione di consumatori Centro Tutela Consumatori Utenti sottopone all'Autorità denunce relative al recapito di fatture contenenti oneri di sistema a fine giugno 2022.

⁵⁶ Cfr. e-mail 2022-04-07 1821, acquisita nella cartella RECLAMI RISPOSTE.zip (doc. 1348 del fascicolo ispettivo).

per poi rispondere all'immediata replica della consumatrice con l'espressione *“Non mettiamo in dubbio le Sue competenze, ma come sicuramente sa, il fornitore può secondo quanto indicato in CTE fatturare nelle voci in oggetto importi non di competenza statale”*⁵⁷. In sede ispettiva è stata rinvenuta la risposta fornita in data 2 maggio 2022 dalla Società a uno dei reiterati reclami presentati dal Centro Tutela Consumatori Utenti, allegato alla menzionata segnalazione, in base alla quale *“le spese addebitate sotto la voce oneri di sistema non sono spese statali ma esclusivamente spese interne aziendali mentre gli altri oneri sono sia di nostra competenza che del distributore”*⁵⁸. Infine, un analogo reclamo pervenuto al Professionista in data 29 aprile u.s. risultava ancora privo di riscontro⁵⁹.

49. Inoltre, anche dalle fatture allegate a varie segnalazioni ricevute a partire dal mese di febbraio 2022⁶⁰, si evince l'addebito sostanzialmente generalizzato degli oneri di sistema da parte di Facile Energy.

50. A sostegno di tali evidenze depone altresì la documentazione che, in data 6 giugno u.s., l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) ha trasmesso all'Autorità, per i profili di competenza, pervenutale dallo Sportello per il consumatore Energia e Ambiente⁶¹. Tale documentazione consta delle segnalazioni di consumatori afferenti alle condotte già contestate a Facile Energy nella comunicazione di avvio del procedimento in oggetto, in alcune delle quali si lamenta, *inter alia*, *“la fatturazione degli oneri generali di sistema per un periodo di fornitura per il quale, ai sensi della normativa primaria e della regolazione attuativa, vigeva l'azzeramento delle componenti tariffarie a copertura dei predetti oneri”*. A sua volta, lo Sportello per il consumatore Energia e Ambiente, nella propria lettera di trasmissione all'ARERA, sottolineava come tale applicazione in fattura degli oneri generali di sistema, nonostante l'intervento del legislatore di azzeramento delle componenti tariffarie a copertura dei predetti oneri, potesse costituire una condotta *“potenzialmente riguardante tutti i clienti della società”*.

51. Ulteriore conferma di tale ingiustificato addebito proviene dallo stesso Professionista, che nella propria memoria del 1° luglio 2022 ha sostenuto che l'inserimento della voce *“oneri di sistema”* sarebbe avvenuto a seguito di un'errata modalità di addebito nella fattura di alcune voci previste nelle condizioni tecnico-economiche sottoscritte dal cliente in sede di stipula (ulteriori rispetto ai costi per la materia prima, agli oneri di dispacciamento e trasporto e alle imposte), quali un *“contributo per la copertura dei costi di approvvigionamento dell'energia verde”* e un *“corrispettivo a copertura dei costi di garanzia”*: tali voci di costo, unitamente alla componente UC3, sarebbero state indicate nella tabella *“Oneri di sistema”* per un errore del sistema di fatturazione. Secondo il Professionista, al di là *“dell'evidente erroneità nella collocazione delle voci, si tratta di costi esplicitati nelle condizioni tecnico economiche e legittimamente applicati dal venditore e non di oneri di sistema che, come detto, Facile Energy non addebita”*, oltre che evidenziati nel dettaglio di fatturazione, come sarebbe desumibile dai documenti richiamati (entrambi allegati alla memoria); tuttavia, l'asserito errore di fatturazione non risulta comprovato da alcun elemento che dimostri l'effettiva classificazione contabile degli importi in tal modo percepiti. Inoltre, Facile Energy, nel ritenere *“indubitabile che gli addebiti contestati dai consumatori e dalle loro associazioni riguardano,*

⁵⁷ Cfr. e-mail 2022-04-07 1501, acquisita nella cartella RECLAMI RISPOSTE.zip (doc. 1348 del fascicolo ispettivo),

⁵⁸ Cfr. e-mail 2022-05-02 1755, acquisita nella cartella RECLAMI RISPOSTE.zip (doc. 1348 del fascicolo ispettivo).

⁵⁹ Cfr. e-mail 2022-04-29 0850, acquisita nella cartella RECLAMI RICEVUTI.zip (doc. 1347 del fascicolo ispettivo).

⁶⁰ Cfr. ad es. denunce prott. nn. 21346 del 21 febbraio 2022, 42864 del 23 maggio 2022 e 44520 del 30 maggio 2022.

⁶¹ Cfr. comunicazione ARERA trasmessa ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b), del Protocollo d'intesa integrativo in materia di tutela del consumatore, prot. n. 45986.

per contro, importi legittimamente addebitati e dovuti” ha affermato di essere “Pur consapevole che, in alcuni casi, le risposte ai reclami dovrebbero essere meglio contestualizzate”.

52. Infine, si rileva come dalle bollette allegate alle denunce più recenti⁶² e dalle informazioni fornite dal Professionista in data 15 settembre 2022 (in risposta alla relativa richiesta formulata nel corso dell’audizione tenutasi in data 5 settembre 2022⁶³), risulti che a partire da metà luglio 2022 gli oneri di sistema siano indicati come pari a zero mentre le componenti di commercializzazione asseritamente fatturate erroneamente, evidenziate soltanto nella fattura di dettaglio, siano confluite nella macro-voce “Vendita”, la cui sussistenza non trova riscontro nelle condizioni tecnico-economiche di fornitura⁶⁴.

Violazioni sub C)

53. Al riguardo, dalle risultanze istruttorie già illustrate è emerso che Facile Energy, nelle procedure di conclusione dei contratti a distanza, non rispetta i requisiti di forma previsti dalle norme del Codice del Consumo, in particolare ritenendo di vincolare il consumatore all’offerta telefonica, sulla base del mero (il più delle volte asserito) consenso alla registrazione telefonica, senza informare preliminarmente il consumatore circa le modalità di conclusione del contratto (e, in particolare, circa la possibilità di utilizzo del supporto durevole in luogo della forma scritta ai fini dello scambio delle dichiarazioni confermativa), senza mettere automaticamente a disposizione di tutti i consumatori il supporto durevole ove è memorizzata la registrazione telefonica contenente la proposta del contratto né il supporto durevole contenente la conferma della registrazione della propria accettazione, nonché omettendo di inviare il plico contrattuale e di effettuare il relativo tracciamento. Inoltre, il Professionista non consente una chiara individuazione del *dies a quo* della decorrenza del termine di legge di 14 giorni per l’esercizio del diritto di ripensamento e frappone ostacoli al tempestivo esercizio del diritto di ripensamento.

IV LE ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE DEL PROFESSIONISTA

54. Il Professionista ha replicato alle contestazioni in esame e prospettato una serie di misure, da ultimo richiamate nella propria memoria finale del 28 ottobre 2022⁶⁵, che avrebbe asseritamente adottato ai fini della cessazione delle condotte contestate.

55. In particolare, nella prima memoria difensiva, pervenuta in data 17 maggio 2022 (prot. 41422), il Professionista ha sostenuto come le contestazioni di cui alla comunicazione di avvio si fondassero su un numero esiguo di denunce (all’epoca 71, ricevute dall’Autorità tra il mese di luglio 2021 e sino all’aprile 2022), a fronte dei numerosi contratti stipulati da Facile Energy nel medesimo periodo ([60.000-70.000]*) e, conseguentemente, l’intervento dell’Autorità non risultasse conforme al principio di proporzionalità dell’azione amministrativa. Inoltre, la Società ha sostenuto che le denunce riguarderebbero principalmente le contrattualizzazioni effettuate mediante *teleselling*, attività svolta da terzi soggetti, su cui Facile Energy non avrebbe immediato controllo⁶⁶: nonostante l’asserita sporadicità e scarsa incidenza percentuale delle

⁶² Cfr. ad es. denuncia prot. n. 74491 del 3 ottobre 2022.

⁶³ Cfr. verbale dell’audizione del 5 settembre 2022, doc. prot. n. 71601 del 21 settembre 2022.

⁶⁴ Come osservato anche, ad es., nelle segnalazioni prott. nn. 71898 del 22 settembre 2022 e 75260 del 6 ottobre 2022.

⁶⁵ Doc. prot. n. 82749 del 28 ottobre 2022.

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

⁶⁶ In particolare, Facile Energy ha precisato che delle 71 denunce, 6 sarebbero state inviate da “*soggetti del tutto sconosciuti alla società in quanto mai registrati nelle proprie anagrafiche*”; altre 5 sarebbero riconducibili a disalimentazioni di utenze “*apparentemente*

segnalazioni rispetto al numero totale di attivazioni effettuate (inferiore all'1% dei contratti totali stipulati), la Società si sarebbe attivata prontamente ed efficacemente nei confronti delle agenzie *partner* a seguito delle denunce ricevute già prima dell'avvio del procedimento, nell'ottica di evitare un danno reputazionale⁶⁷, implementando misure e linee guida improntate al rispetto del Codice del Consumo e del Codice di condotta commerciale dell'ARERA nonché dei principi di correttezza, lealtà e trasparenza, sia nella propria attività commerciale sia nella gestione dei rapporti con la clientela, e in particolare nella trattazione dei reclami⁶⁸: in particolare, la Società avrebbe emanato linee guida stringenti sia nei confronti delle agenzie *partner* sia per *“l'attività di back office, quella dedicata alla gestione dei reclami e della morosità, ivi inclusa quella che concerne le richieste di pagamento in pendenza di reclamo da parte del cliente finale e le disalimentazioni conseguenti alle morosità dei clienti finali”*⁶⁹.

56. Inoltre, già in data 15 marzo 2022, Facile Energy, a seguito dell'aumento dei reclami e delle recensioni negative, avrebbe invitato *“tutti i collaboratori commerciali ad analizzare le modalità della propria struttura nel procacciamento dei contratti e rientrare in una corretta condotta di vendita”*, attraverso una comunicazione diramata tramite *e-mail* e allegata alla memoria⁷⁰ e, in data 1° aprile 2022, avrebbe integrato le proprie linee guida, inviando ai *partner* commerciali una comunicazione tramite PEC (sostanzialmente reiterata in data 16 maggio 2022), per avvertirli che, con riferimento ai contratti stipulati dal mese di aprile 2022, i clienti con età compresa tra i 75 e gli 85 anni, ferma la necessità di una particolare cautela nei

riguardanti contratti non richiesti”, ma (a parte un caso conclusosi con il risarcimento del danno patito dalla consumatrice, a seguito di conciliazione) conterrebbero *“contestazioni per contratto non richiesto pervenute solo dopo che i singoli clienti avevano ricevuto e consumato energia elettrica e/o gas naturale e le relative fatture e solo a seguito della lettera di costituzione in mora ritenevano comodo eccepire un'erronea stipula”*. Le residue 60 segnalazioni sarebbero, invece, relative a *“ipotetiche attivazioni non richieste di cui Facile.Energy non può essere ritenuta responsabile operando sul mercato, anche, per mezzo di società di teleselling alle quali erano state fornite linee guida stringenti”*.

⁶⁷ Anzi, Facile Energy ha affermato di ritenersi *“doppiamente vittima e danneggiata: da un lato, il soggetto che si vede attivare la fornitura o sollecitare un pagamento vede nell'azienda un soggetto negativo, dall'altro, la Società si trova a dover pagare somme al teleseller per un servizio che possiamo definire eufemisticamente non adeguato che, forse, nei mesi successivi riuscirà a farsi rimborsare”*.

⁶⁸ A dire del Professionista, ciò sarebbe immediatamente percepibile, in primo luogo, dal tasso percentuale di contratti attivati rispetto a quello dei contratti di cui i *teleseller* procurano la stipula, in relazione al quale il dato numerico del periodo 1° luglio 2021-30 aprile 2022 evidenzerebbe che *“a fronte di [80.000-90.000] contratti di cui il settore commerciale ha procurato la stipula (teleselling e altri canali con preminenza del settore teleselling), Facile.Energy ha attivato [60.000-70.000] contratti”*, non accogliendo il 22,5% delle proposte contrattuali: tale elevata percentuale sarebbe indice di *“una condotta prudente che tende a non attivare utenze che presentano dati incongrui, non completi, siano oggetto di istanze di indennizzo da parte di altri fornitori, non siano in linea con le indicazioni aziendali circa l'età etc.”*

⁶⁹ In relazione a tale secondo gruppo di attività, le linee guida prevedrebbero: *i)* quanto ai reclami relativi ad attivazioni e contratti non richiesti, di non richiedere o sollecitare il pagamento, anche attraverso la costituzione in mora, fino alla definizione del reclamo in senso negativo; *ii)* la necessità inderogabile che ogni cliente moroso, il cui contratto non sia oggetto di reclamo per attivazione/contratto non dovuto, riceva formale costituzione in mora e diffida di pagamento con contestuale preavviso di disalimentazione, in ossequio ai Testi integrati morosità elettrica e gas adottati da ARERA e, dall'altro, che solo nel caso di mancato pagamento delle somme dovute, decorso il preavviso previsto dalle vigenti normative, il cliente possa essere disalimentato; *iii)* coerentemente con quanto affermato, nessuna delle segnalazioni ricevute dall'Autorità attesterebbe episodi di disalimentazione non preceduta da preavviso scritto.

⁷⁰ Cfr. All. 2 della memoria. Il testo della comunicazione prevede quanto segue: *“da circa 30 giorni stiamo subendo un'impennata delle lamentele da parte di clienti che lamentano di essere stati raggirati in fase di stipula del contratto telefonico, spacciandosi l'operatore preposto, per altra compagnia energetica (ENEL, EDISON, ENI, HERA ecc.)*.

Tali lamentele stanno intasando i nostri recapiti costringendo il servizio clienti ad uno spreco di tempo incalcolabile, solo al fine di tamponare la suddetta cattiva vendita.

Le recensioni a noi indebitamente assegnate risultando sempre più negative e ci espongono ad un rischio crescente di denunce per tali violazioni alle forze dell'ordine ed alle associazioni dei consumatori.

La nostra azienda, al fine di tutelare la propria immagine e l'attività, sta creando una statistica sull'operato dei collaboratori commerciali che non rispettano quanto da noi indicato contrattualmente e disposto dalla normativa vigente sulla corretta condotta commerciale.

Al fine di non incorrere nella sospensione del rapporto lavorativo per le suddette cause, invitiamo tutti i collaboratori commerciali ad analizzare le modalità della propria struttura nel procacciamento dei contratti e rientrare in una corretta condotta di vendita”.

contatti con essi, saranno accettati solo in presenza di modalità di pagamento delle bollette tramite IBAN e che i clienti di età superiore agli 85 anni non saranno accettati⁷¹. In data 16 maggio, poi, sarebbero state inviate lettere di richiesta informazioni circa le segnalazioni ricevute e contestazione dei comportamenti adottati dalle società di *teleselling* di cui il Professionista si avvale⁷².

57. In aggiunta a ciò, la Società riferisce di aver adottato prontamente alcune misure correttive, diramando al proprio personale incaricato della gestione del *back office*, dei pagamenti e dei reclami una circolare enucleante i seguenti principi⁷³:

- 1) qualsiasi reclamo, in qualsiasi forma pervenuto, deve essere categorizzato come “reclamo contratto non richiesto” con conseguente inserimento dell’utenza tra quelle non sollecitabili né disalimentabili anche qualora pervenuto successivamente ai termini fissati dalla regolamentazione settoriale e/o dopo l’invio di sollecito o diffida con preavviso di disalimentazione in assenza di precedenti segnalazioni/reclami da parte del cliente finale;
- 2) la non attivabilità e, qualora attivata, l’immediato blocco di ogni procedura volta al recupero di somme eventualmente fatturate a seguito dell’erogazione di energia elettrica e/o gas naturale, fino a definizione del reclamo che, qualora accolto, non comporterà alcun addebito a carico del reclamante;
- 3) la possibilità di esercitare il diritto di ripensamento, in qualsiasi forma o modalità esso sia esercitato, mediante accoglimento della relativa istanza anche qualora tardiva rispetto al termine di legge.

58. Il Professionista, nella memoria finale, ha riproposto espressamente le misure che aveva sostenuto di aver già adottato nella relazione sull’attuazione del provvedimento cautelare n. 30166 del 31 maggio 2022, presentata in data 14 giugno 2022 (prot. 47716). In tale relazione, dopo aver svolto in via preliminare brevi considerazioni sull’asserito progressivo miglioramento della trattazione dei reclami pervenuti alla Società e sulla circostanza che il reperimento in sede ispettiva di un elevato numero degli stessi ancora privi di riscontro non rappresentasse un significativo indice di criticità (in quanto da una parte dovuto all’eccezionale concentrazione di un anomalo numero di doglianze in un breve periodo e dall’altro da considerarsi fisiologico alla luce delle tempistiche di trattazione dei reclami previste dalla regolazione), Facile Energy ha elencato le misure asseritamente adottate e in corso di adozione, allegando la relativa documentazione. Tali misure ricalcano quelle precedentemente illustrate, aggiungendo il disconoscimento automatico dei contratti conclusi da tre agenzie (*omissis*) il cui operato è ritenuto censurabile da Facile Energy in caso di reclami per attivazioni non richieste nonché la previsione, in via programmatica, di meccanismi e modalità di controllo sull’operato delle agenzie di *teleselling*, da introdurre sia attraverso una modifica dei contratti in essere (con la rimodulazione di incentivi, penali e *audit*) sia con l’effettuazione di una terza chiamata di controllo per confermare l’effettiva volontà del cliente di procedere all’attivazione della fornitura.

59. Quanto all’ingiustificato addebito degli oneri di sistema e all’ingannevolezza e ommissività dei riscontri ai relativi reclami, Facile Energy ha sostenuto⁷⁴ che le condotte alla stessa ascritte configurerebbero

⁷¹ Cfr. All. 3 e 4 della memoria.

⁷² Cfr. All. 5 e 6 della memoria.

⁷³ Cfr. All. 7 della memoria.

⁷⁴ Cfr. relazione di ottemperanza al cautelare *inaudita altera parte* presentata il 30 giugno 2022 (prot. 51215) e memoria relativa alla conferma del provvedimento cautelare *inaudita altera parte* del 21 giugno 2022, presentata in data 1° luglio 2022 (prot. 51703 e 51704).

“asserzioni prive di fondamento, formulate in assenza di un completo quadro documentale”, in quanto il Professionista:

i) avrebbe immediatamente cessato l’addebito degli oneri di sistema alla clientela finale successivamente all’azzeramento di tali oneri da parte del legislatore e dell’ente regolatorio di settore ARERA, in ossequio del dettato normativo del disposto del d.l. n. 130 del 27 settembre 2021 e n. 17 del 1° marzo 2022, nonché nella l. 30 dicembre 2021 n. 234 (c.d. “Legge Bilancio 2022”), attuate attraverso le delibere ARERA 30 dicembre 2021 n. 635/2021/R/com e 31 gennaio 2022 35/2022/R/eel;

ii) “pur avendo dato riscontri non sempre ineccepibili, di fatto”, non avrebbe diffuso informazioni fuorvianti o ingannevoli, atteso che gli addebiti riguardavano oneri commerciali, chiaramente indicati nelle condizioni tecnico economiche di fornitura, seppur erroneamente inseriti nella voce “oneri di sistema” e, segnatamente, un *contributo per la copertura dei costi di approvvigionamento dell’energia verde* e un *corrispettivo a copertura dei costi di garanzia*: tali voci di costo, unitamente alla *componente UC3*, sarebbero state indicate nella tabella “Oneri di sistema” per un errore del sistema di fatturazione.

60. Nella memoria conclusiva, il Professionista ha rilevato, sulla base di due grafici che ricostruiscono l’andamento dei reclami per attivazioni non richieste (allegati e ed f alla memoria), come questi ultimi raggiungerebbero i punti di più alta incidenza in relazione alle attivazioni effettuate nel periodo da marzo a maggio 2022, quindi immediatamente precedente sia l’avvio del procedimento sia l’adozione delle misure illustrate da parte di Facile Energy.

61. In proposito, il Professionista ha sostenuto che, successivamente all’adozione di tali misure, i predetti reclami avrebbero subito “un fortissimo ridimensionamento a far data dalle attivazioni del mese di giugno 2022 e per i mesi successivi con una linea di tendenza positiva ben evincibile dall’analisi dei citati grafici. Dato interessante è quello che emerge dall’analisi dei reclami pervenuti a codesta Autorità a far data dal mese di settembre: la maggior parte dei reclami, infatti, limitatamente ai contratti non richiesti, riguarda le attivazioni del periodo marzo-maggio (148) mentre per i successivi mesi i reclami sono in totale 16 dei quali 9 relativi alle attivazioni di giugno, 5 a quelle di luglio, 1 a quelle di agosto ed 1 a quelle di settembre (allegato f)”. Ciò a fronte di 3.199 attivazioni effettuate nel mese di luglio e 3.377 nel mese di agosto.

62. Infine, Facile Energy ha ribadito di aver emanato rigorose linee guida, destinate ad essere consolidate e inviate ai soggetti esercenti il servizio di *teleselling* nell’ambito di una campagna di ricontrattualizzazione degli stessi. Inoltre, ha sostenuto di accogliere tutti i reclami fondati per attivazione/contratto non richiesto con rimborso, in favore dei reclamanti, anche degli importi da questi eventualmente pagati (allegato g della memoria); di non richiedere, sin dal mese di luglio 2022, il pagamento delle fatture dei clienti i quali abbiano presentato un reclamo per attivazione/contratto non richiesto; di inviare regolarmente il plico contrattuale e la relativa documentazione alla clientela nel rispetto dei termini del codice di condotta commerciale e del Codice del Consumo; di agevolare l’esercizio del diritto di ripensamento anche oltre i termini di legge; di fornire tempestivo ed esaustivo riscontro entro i termini di legge ai reclami. Quanto all’indebita disalimentazione (o minaccia di sospensione) dei punti di prelievo, la Società ha sostenuto di aver sospeso ogni attività in tal senso a seguito dell’avvio del procedimento, fino alla completa definizione del reclamo, precisando che “A causa di eventuali errori di sistema, può succedere che tali utenze siano oggetto di sollecito ma, in tali casi, il Cliente è sin da subito avvisato che qualora l’utenza sia oggetto di reclamo per contratto non richiesto, la diffida deve essere considerata del tutto priva di valore e conseguenze”.

V. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

63. Poiché le condotte oggetto del presente provvedimento sono state poste in essere anche attraverso mezzi di telecomunicazione, e in particolare *teleselling* e *Internet*, il 28 ottobre 2022 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo⁷⁵.

64. Con comunicazione pervenuta in data 29 novembre 2022⁷⁶, la suddetta Autorità ha espresso il parere richiesto. In primo luogo ha rilevato, che il *teleselling* “è strumento particolarmente invasivo della vita privata, che sottopone il soggetto contattato, virtuale fruitore dei servizi offerti, a una sollecitazione non richiesta sia rispetto al contenuto che al momento in cui essa avviene. Tale tecnica di contatto, creando un rapporto fondato su quanto comunicato dal professionista, è suscettibile di ingenerare una ragionevole fiducia nell'interlocutore, rendendo in tal modo possibile l'omissione di informazioni ovvero la fornitura di informazioni fuorvianti o non corrispondenti al vero” e che *Internet* “è una rete di comunicazione globale, in grado di offrire velocemente all'utente una vasta sequenza di informazioni atte a influenzarne il comportamento”.

65. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha poi considerato che, “con riferimento al caso di specie, i mezzi di comunicazione utilizzati, in relazione al servizio offerto dai Professionisti, risultano idonei a sviluppare un significativo impatto sui consumatori che, sulla base delle informazioni ricevute tramite *teleselling* e lette nel Sito web dei Professionisti, potrebbero essere indotti ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbero preso, così sviluppando in concreto la piena potenzialità promozionale delle comunicazioni su citate”.

66. Pertanto, detta Autorità ha ritenuto che, “allo stato della documentazione in atti, nel caso di specie, *Internet* e il *teleselling* siano strumenti idonei a influenzare significativamente la realizzazione” delle pratiche commerciali oggetto di parere.

VI. PARERE DELL'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE

67. Poiché le condotte oggetto del presente provvedimento riguardano il settore energetico, in data 28 ottobre 2022 è stato richiesto il parere all'Autorità di regolazione per l'Energia, Reti e Ambiente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 27, comma 1-bis, del Codice del Consumo, introdotto dall'art. 1, comma 6, lett. a), del D.Lgs. n. 21/2014⁷⁷.

68. Con comunicazione pervenuta in data 29 novembre 2022⁷⁸, la suddetta Autorità ha espresso il proprio parere svolgendo le considerazioni che si riportano in sintesi.

69. ARERA ha premesso che le pratiche commerciali contestate a Facile Energy coinvolgono tematiche rilevanti dal punto di vista regolatorio⁷⁹ e che, nell'analisi delle stesse, le valutazioni espresse nel parere

⁷⁵ Docc. prott. nn. 83201 e 83202 del 28 ottobre 2022.

⁷⁶ Doc. prot. n. 24241 del 29 novembre 2022.

⁷⁷ Docc. prott. nn. 83207 e 83208 del 28 ottobre 2022.

⁷⁸ Doc. prot. n. 94403 del 29 novembre 2022.

⁷⁹ Poiché afferenti: “a) alla modalità di conclusione e consegna dei contratti di fornitura; b) agli obblighi in tema di formazione del personale commerciale nonché quelli relativi alla promozione delle offerte contrattuali, con specifico riguardo alla riconoscibilità e regole di comportamento del personale commerciale; c) agli obblighi informativi e di trasparenza nella fase di offerta e di stipula del contratto di fornitura; d) alla classificazione e gestione dei reclami scritti e delle richieste scritte di informazioni; e) alla disalimentazione senza preavviso del punto di prelievo/punto di riconsegna in caso di morosità di clienti finali disalimentabili;

non entrano nel merito dell'eventuale violazione del *Codice del Consumo* bensì attengono esclusivamente a eventuali profili di non conformità rispetto alle disposizioni regolatorie ritenute maggiormente significative anche in ragione della specificità settoriale.

70. ARERA quindi ha precisato che le condotte afferenti alla modalità di conclusione dei contratti di fornitura, agli obblighi in tema di formazione del personale commerciale nonché quelli relativi alla promozione delle offerte contrattuali e agli obblighi informativi e di trasparenza nella fase di offerta e di stipula del contratto di fornitura, essendo state poste in essere da Facile Energy a decorrere quantomeno da inizio 2021 e risultando ancora in corso, “*rilevano le disposizioni contenute sia nel testo del Codice di condotta commerciale di cui all’Allegato A alla deliberazione 366/2018/R/COM vigente fino al 30 giugno 2021 sia nel testo del Codice di condotta commerciale attualmente in vigore*”, e quindi nel testo del Codice di condotta commerciale vigente dal 1° luglio 2021, come modificato e integrato dalle deliberazioni 426/2020/R/COM e 97/2021/R/COM”.

Il Codice di Condotta commerciale

71. Con riguardo alla regolazione di settore interessata, l’ARERA ha estesamente richiamato le previsioni del “*Codice di Condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali*”⁸⁰, che rappresenta una specificazione settoriale della normativa generale in tema di tutela dei consumatori, adottato con l’obiettivo generale di prevenire condotte pregiudizievoli per i clienti finali (inclusi i clienti non domestici di piccole dimensioni) nel momento in cui ricevono offerte per la conclusione di contratti di fornitura di energia elettrica e/o gas naturale di mercato libero. ARERA ha sottolineato come tale obiettivo sia perseguito in particolare “*attraverso specifici obblighi di trasparenza ed informazione imposti ai venditori, anche qualora agiscano per mezzo di soggetti terzi per la promozione di offerte contrattuali e/o la conclusione di contratti*”.

72. ARERA ha posto in evidenza come il Codice di condotta commerciale preveda all’art. 3, comma 1, come principio generale, “*che i venditori forniscano in modo trasparente, completo e non discriminatorio le informazioni relative alle proprie offerte contrattuali e adottino ogni ragionevole misura per soddisfare le esigenze di informazione e assistenza dei clienti nella valutazione di tali offerte. A tal fine indicano, in tutta la modulistica e nelle comunicazioni commerciali, un recapito cui il cliente può rivolgersi per ottenere informazioni relative all’offerta*”⁸¹.

Il nuovo testo (vigente dal 1° luglio 2021)

73. Il nuovo testo del Codice di Condotta commerciale conferma le disposizioni in tema di formazione del personale commerciale contenute nella versione previgente, prevedendo all’art. 4 che i venditori debbano

f) all’annullamento degli oneri generali di sistema.”.

⁸⁰ Cfr. all’allegato A della deliberazione 28 giugno 2018, 366/2018/R/COM come modificato ed integrato dalla deliberazione 27 ottobre 2020, 426/2020/R/COM (di seguito: 426/2020/R/COM), le cui previsioni sono entrate in vigore a partire dal 1° luglio 2021 (ad eccezione delle innovazioni in materia di variazioni unilaterali ed evoluzioni automatiche di cui agli artt. 13 e 14, efficaci a partire dall’1° ottobre 2021, come disposto dalla deliberazione 97/2021/R/COM).

⁸¹ “*In dettaglio il Codice di condotta commerciale disciplina: le modalità di diffusione da parte dei venditori delle informazioni relative alle offerte commerciali; la formazione del personale commerciale, sua riconoscibilità e relative regole di comportamento; i criteri per la comunicazione dei prezzi di fornitura del servizio di energia elettrica e di gas naturale; le informazioni minime da fornire nelle comunicazioni a scopo commerciale; le informazioni preliminari alla conclusione del contratto per i contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali e per quelli rientranti in dette categorie; i criteri di redazione dei contratti di fornitura e loro contenuto; la consegna del contratto e il diritto di ripensamento; la variazione unilaterale dei contratti; le schede di confrontabilità; la scheda sintetica*”.

provvedere a fornire al personale, incaricato a qualunque titolo delle attività finalizzate alla promozione di offerte contrattuali o alla conclusione di contratti, una formazione tale da garantire la conoscenza delle caratteristiche di tali offerte, del contenuto del Codice di condotta commerciale e dei diritti riconosciuti ai clienti finali, garantendone l'aggiornamento. Inoltre, l'art. 8, rubricato "*Riconoscibilità e regole di comportamento del personale commerciale*", prescrive, al comma 1, che i venditori assicurino la riconoscibilità del personale incaricato a qualunque titolo delle attività finalizzate alla promozione di offerte contrattuali e alla conclusione di contratti.

74. Inoltre, introduce, a partire dal 1° luglio 2021, una revisione dei criteri di comunicazione dei prezzi di fornitura, di cui all'art. 5, prevedendo l'obbligo per i venditori di indicare i corrispettivi dovuti dai clienti finali per la prestazione del servizio nel loro valore unitario al lordo delle perdite di rete, specificando inoltre che i corrispettivi unitari dovuti in proporzione al consumo di energia elettrica o di gas naturale debbano essere indicati esclusivamente in €/kWh o €/Smc, mentre i corrispettivi unitari dovuti in misura fissa sono indicati esclusivamente in €/POD/anno o €/PdR/anno, quelli in proporzione alla potenza impegnata esclusivamente in €/kW, mentre quelli per eventuali prelievi di energia reattiva esclusivamente in €/kvarh.

75. Inoltre, dal 1° luglio 2021, il venditore assolve gli obblighi informativi preliminari alla sottoscrizione del contratto, fornendo al cliente finale, in occasione della proposta e in ogni caso prima della conclusione del contratto di fornitura, la Scheda sintetica⁸². Inoltre, esclusivamente per le forniture di energia elettrica, gas naturale e congiunte dei clienti domestici, è prevista la consegna della Scheda di confrontabilità, che fornisce un confronto, per livelli di consumo, tra la spesa annua stimata dell'offerta contrattuale del venditore e la spesa annua stimata del servizio di maggior tutela/tutela gas, entrambe al netto delle imposte⁸³.

76. L'art. 9, comma 4, del Codice di condotta commerciale specifica, poi, che, nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali con un cliente finale domestico, le informazioni preliminari alla conclusione del contratto sono fornite su supporto cartaceo o, se il cliente finale domestico è d'accordo, su un altro mezzo durevole. Tra le informazioni preliminari alla conclusione del contratto è previsto, tra l'altro, che il venditore, nel caso di contratto concluso a distanza o fuori dei locali commerciali con un cliente finale domestico, fornisca anche informazioni specifiche riguardo all'esercizio del diritto di ripensamento.

Considerazioni in merito alle condotte contestate al Professionista

77. Nel merito, ARERA ha affermato che, con riferimento "*alle condotte contestate al venditore, alla luce di quanto sopra illustrato, sembrerebbero violate le prescrizioni dettate dal Codice di condotta commerciale in tema di formazione del personale commerciale nonché di riconoscibilità e regole di comportamento del personale commerciale medesimo. Ciò in quanto le previsioni di cui agli artt. 4 e 8 del*

⁸² La Scheda sintetica, in sostituzione della Nota informativa, è un nuovo strumento che riassume tutti gli obblighi informativi, in capo al venditore, relativi all'offerta, in formato standardizzato e comprensibile per il cliente finale, da consegnare a tutti i clienti alimentati in bassa tensione e/o con consumi di gas naturale complessivamente non superiori a 200.000 Smc/anno. Tale scheda contiene, tra l'altro: l'identità e i recapiti del venditore; la denominazione commerciale e il codice dell'offerta; la validità temporale dell'offerta e la durata contrattuale; i metodi e le tempistiche di fatturazione e di pagamento; la descrizione sintetica degli sconti e di prodotti o servizi aggiuntivi; le eventuali garanzie richieste al cliente finale; informazioni sulle modalità e tempistiche di esercizio del diritto di ripensamento e di recesso nonché sulla gestione dei reclami; il codice identificativo o nominativo dell'agente commerciale. La Scheda sintetica nella specifica sezione "Condizioni economiche" contiene, inoltre, gli indicatori sintetici di prezzo, espressi secondo i criteri di cui sopra.

⁸³ La scheda in questione contiene, inoltre, informazioni circa gli eventuali ulteriori oneri previsti dal contratto di fornitura e i corrispettivi previsti a fronte di servizi accessori (art. 19), le modalità di calcolo degli aggiornamenti dei corrispettivi soggetti a indicizzazione/variazione in base al contratto (art. 20), gli eventuali sconti e/o bonus dell'offerta (art. 21), altri aspetti specifici dell'offerta quali, a titolo di esempio, ulteriori premi, vantaggi, garanzie di origine dell'energia.

Codice di condotta commerciale sopra richiamate trovano applicazione nei confronti del venditore anche in tutti i casi nei quali quest'ultimo si avvalga di soggetti terzi incaricati a qualunque titolo delle attività finalizzate alla promozione di offerte commerciali e alla conclusione di contratti. La diffusione, da parte delle agenzie incaricate da Facile Energy della promozione e vendita delle forniture energetiche, di informazioni non veritiere, inesatte o incomplete - ad esempio circa l'identità del Professionista, lo scopo delle visite a domicilio o dei contatti telefonici, l'esercizio del diritto di recesso/ripensamento - potrebbe essere indice di una non adeguata formazione del personale commerciale e di un inefficace sistema di controlli, richiesti invece dagli artt. 4 e 8 del Codice di condotta commerciale”.

78. Inoltre, parimenti disattese sembrerebbero *“le disposizioni del Codice di condotta commerciale in materia di contratti di fornitura di energia elettrica e/o gas conclusi fuori dai locali commerciali o a distanza che prescrivono la consegna o trasmissione al cliente finale della documentazione contrattuale e, in caso di contratto a distanza, del supporto durevole contenente la conferma del contratto nonché, in caso di contratto negoziato fuori dai locali commerciali, la consegna della copia del contratto firmato o la conferma del contratto su supporto cartaceo o su un altro mezzo durevole se il cliente finale acconsente”.*

79. Ancora, la condotta del professionista sembrerebbe non conforme alla regolazione di settore *“secondo la quale il venditore è tenuto, sia in fase precontrattuale sia in fase contrattuale, di applicare al cliente finale importi preventivamente comunicati e determinati secondo i criteri in precedenza evidenziati. A tale riguardo è, infatti, necessario che tutte le spese e i corrispettivi relativi agli oneri fatturati ai clienti finali trovino specifico e adeguato riscontro all'interno della documentazione contrattuale”.*

80. Del pari, secondo ARERA, *“la condotta del Professionista sembrerebbe porsi in violazione delle disposizioni del TIQV sopra richiamate relativamente ai termini e alle modalità ivi previste di trattazione dei reclami, come nei casi in cui il venditore non abbia risposto al reclamo nei termini previsti dalla regolazione o la risposta fornita non risulti motivata e documentata con riferimento alla criticità lamentata dal cliente”*⁸⁴.

81. Inoltre, il Professionista sembrerebbe non aver rispettato le disposizioni *“che prescrivono al venditore, in caso di morosità di clienti finali disalimentabili, l'obbligo di inviare una comunicazione di costituzione in mora, secondo le modalità e le tempistiche definite dall'Autorità, prima che venga effettuata la richiesta di sospensione della fornitura all'impresa distributrice”*⁸⁵.

82. Infine, dopo aver richiamato i propri interventi di attuazione della normativa primaria in tema di annullamento degli oneri di sistema (e aver precisato di aver esplicitato anche nella propria regolazione⁸⁶, il principio che dispone il totale trasferimento ai clienti finali dei benefici delle disposizioni delle deliberazioni dell'Autorità relative agli oneri generali e alle ulteriori componenti nel settore elettrico e gas), l'Autorità di regolazione ha rilevato che la condotta ascritta in proposito al Professionista *“sembrerebbe contrastare con le prescrizioni dettate anche dalla regolazione attuativa delle norme legislative in materia*

⁸⁴ Come precisato nel parere, con il “Testo integrato della regolazione della qualità dei servizi di vendita di energia elettrica e di gas naturale” (TIQV), di cui all' Allegato A alla deliberazione 21 luglio 2016, 413/2016/R/com, come successivamente modificato e integrato, *“l'Autorità ha disciplinato, tra l'altro, la gestione dei reclami tra il venditore e il cliente finale, prevedendo una serie di regole stringenti e di indennizzi a beneficio dei clienti finali con l'obiettivo di garantire maggiore tempestività e migliore qualità del servizio da parte dei venditori, anche al fine di minimizzare il numero di reclami non risolti nel rapporto diretto tra i clienti finali e i propri fornitori”.*

⁸⁵ Come previsto dal “Testo integrato morosità elettrica” (TIMOE), di cui all' Allegato A alla delibera 29 maggio 2015, 258/2015/R/com, e dall' omologo “Testo integrato morosità gas” (TIMG), di cui all' Allegato A alla delibera 21 luglio 2011, ARG/gas 99/11, come successivamente integrati e modificati.

⁸⁶ Cfr. deliberazione 141/2022/R/com e con le successive delibere 295/2022/R/com e 462/2022/R/com.

di annullamento degli oneri generali di sistema, nel momento in cui dovesse risultare che lo stesso ha fatturato tali oneri al cliente finale successivamente al loro ricordato annullamento da parte del legislatore” e che gli oneri di sistema “vengono applicati come maggiorazione della tariffa di distribuzione e non riguardano, dunque, quelle componenti commerciali pur liberamente definibili dal venditore del mercato libero ed applicabili al cliente finale se previste nel contratto di fornitura”.

83. In particolare, poi, ha precisato che “*non potrebbero essere fatturati come oneri generali di sistema corrispettivi posti a copertura dei costi di approvvigionamento dell’energia verde o posti a copertura dei costi di garanzia, come sembrerebbe nel caso di specie*”, dal momento che la fatturazione di corrispettivi posti a copertura delle attività di natura commerciale del venditore deve avvenire nel rispetto dell’art. 5 del Codice di condotta commerciale, ai sensi del quale “*i corrispettivi non possono avere la stessa denominazione dei corrispettivi unitari, componenti o elementi definiti dall’Autorità ad eccezione del caso in cui i valori dei suddetti corrispettivi siano fissati pari a quelli vigenti definiti dall’Autorità*”.

VII. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

VII.1. Premessa

84. Il procedimento in esame concerne le condotte sopra indicate poste in essere da Facile Energy a far data dal 2021 e riconducibili a due distinte pratiche commerciali scorrette e a violazioni delle norme a tutela dei consumatori nella conclusione di contratti a distanza:

A) la prima pratica commerciale scorretta consiste nell’acquisizione sul mercato libero di nuovi clienti domestici e di clienti non domestici di piccola dimensione attraverso la conclusione di contratti e attivazione di forniture di energia elettrica e/o gas naturale, in assenza di una corrispondente manifestazione di volontà del consumatore alla sottoscrizione del contratto, attraverso la comunicazione di informazioni ingannevoli, omissioni informative e indebiti condizionamenti, nonché, a seguito della conclusione dei contratti, nell’opposizione di ostacoli all’esercizio dei diritti contrattuali da parte dell’utente e nell’indebita disalimentazione (o minaccia di sospensione) dei punti di prelievo;

B) la seconda pratica commerciale scorretta consiste nell’addebito in fattura degli “oneri di sistema”, in contrasto con le disposizioni normative e regolamentari che ne hanno previsto l’azzeramento, nonché nella diffusione di informazioni ingannevoli in sede di risposta ai reclami dei consumatori relativi a tale ingiustificato addebito;

C) le violazioni delle norme a tutela dei consumatori nella conclusione di contratti a distanza consistono nella conclusione di contratti secondo procedure che non appaiono rispettose dei diritti attribuiti al consumatore dagli artt. 49 e segg. del Codice del Consumo come modificati dal d. lgs. 21/2014 di recepimento della Direttiva 2011/83/UE (c.d. *consumer rights*).

VII.2. Questioni preliminari

85. Preliminarmente, giova effettuare alcune precisazioni relative all’avvio del procedimento e alle argomentazioni difensive della Parte.

86. In primo luogo, si rappresenta che, a fronte del rilievo del Professionista secondo cui il numero di segnalazioni alla base dell’avvio del procedimento sarebbe esiguo rispetto al totale delle attivazioni validamente effettuate, non assurge ad elemento escludente la scorrettezza della pratica commerciale. In proposito si osserva che, ai fini della qualificazione dell’illiceità del comportamento, non è necessario dimostrare la sua concreta attuazione pregiudizievole nei confronti dei consumatori quanto, piuttosto, una

potenzialità lesiva per le scelte di questi ultimi, che consenta di ascrivere la condotta nel quadro dell'illecito di mero pericolo, come sostenuto da giurisprudenza ormai consolidata⁸⁷.

87. Pertanto, la doglianza appare del tutto infondata, anche con riferimento all'asserita violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, dal momento che le segnalazioni assumono in generale una funzione di impulso dell'intervento dell'Autorità, lungi dal circoscrivere *a priori* la portata e la consistenza della pratica da accertare. Tanto più che, nel caso di specie, le denunce iniziali sono risultate indicative di un fenomeno protratto nel tempo e di ingenti proporzioni: l'intensificarsi delle segnalazioni, passate attraverso un incessante afflusso dalle circa 70 pervenute al momento dell'avvio - di cui la gran parte nei primi mesi del 2022 - alle circa 500 del termine dell'istruttoria, testimonia la continuità e la consistenza della pratica, che l'Autorità, come evidenziato in precedenza, ha inizialmente monitorato nel corso di alcuni mesi (a partire da luglio del 2021), al fine di valutarne la sistematicità e delineare un quadro attendibile e tendenzialmente completo delle condotte.

88. Tale continuo afflusso di denunce vale a rilevare come, in linea generale, le misure prospettate dal Professionista e illustrate unitamente alle relative argomentazioni difensive, appaiano alquanto generiche e prive di reale efficacia e incisività, a prescindere dall'effettiva adozione o dalla previsione di una futura introduzione: le numerose segnalazioni di consumatori pervenute senza soluzione di continuità, a dispetto delle "rigorose linee guida" che Facile Energy avrebbe adottato con l'intento di porre fine (o quantomeno argine) ad alcune delle criticità contestate, testimoniano come i comportamenti tenuti dal Professionista e dalle agenzie *partner* (del cui operato lo stesso risponde) risultino molto distanti dall'essere emendati dai relativi profili di scorrettezza.

89. Del pari, risulta priva di pregio l'argomentazione secondo cui Facile Energy sarebbe addirittura danneggiata dall'operato scorretto delle agenzie, del quale non sarebbe responsabile. Anche in questo caso, la giurisprudenza riconosce senza dubbi di sorta che il Professionista risponde anche per l'operato dei propri collaboratori⁸⁸.

90. Anche l'ARERA, nel proprio parere, conviene su quest'ultimo punto, rilevando che con riferimento "alle condotte contestate al venditore, alla luce di quanto sopra illustrato, sembrerebbero violate le prescrizioni dettate dal Codice di condotta commerciale in tema di formazione del personale commerciale nonché di riconoscibilità e regole di comportamento del personale commerciale medesimo. Ciò in quanto le previsioni di cui agli artt. 4 e 8 del Codice di condotta commerciale sopra richiamate trovano applicazione nei confronti del venditore anche in tutti i casi nei quali quest'ultimo si avvalga di soggetti terzi incaricati a qualunque titolo delle attività finalizzate alla promozione di offerte commerciali e alla conclusione di contratti. La diffusione, da parte delle agenzie incaricate da Facile Energy della promozione

⁸⁷ Si veda da ultimo la sentenza n. 13144/2022 del T.A.R. del Lazio, secondo cui "Va in primo luogo escluso che la scorrettezza della pratica commerciale sia in qualche modo legata al numero di segnalazioni pervenute, ovvero all'incidenza che essa ha avuto sui consumatori: come ormai pacifico in giurisprudenza, le pratiche vietate dal codice del consumo sono illecite di pericolo, relativamente ai quali non è necessaria la effettiva lesione del bene giuridico protetto dalla norma (Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2022, n. 161; similmente, nella giurisprudenza europea è stata reputata illecita anche una pratica che coinvolgeva un singolo consumatore v. Corte Giust. Ue, sez. I, 16 aprile 2015, causa C-388/13)".

⁸⁸ Si veda ancora la sentenza n. 13144/2022 del T.A.R. del Lazio, che, con riferimento a un'ipotesi simile a quella oggetto del presente provvedimento, precisa: "dal complesso degli atti raccolti si può facilmente inferire la negligenza dei professionisti sanzionati, atteso che essi erano consapevoli delle criticità derivanti dall'esternalizzazione del procacciamento di nuova clientela; ciononostante, non venivano (fino all'intervento dell'Agcm) implementate procedure che potessero ridurre il rischio di comportamenti illeciti da parte degli agenti e dei collaboratori come, esemplificativamente, bonus legati alla genuinità dei contratti sottoscritti, ovvero penalità per contratti per i quali poi venivano attivate le procedure di recesso (v. Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2022, n. 3826, che chiarisce ampiamente come il professionista risponda anche per l'operato dei propri collaboratori)".

e vendita delle forniture energetiche, di informazioni non veritiere, inesatte o incomplete - ad esempio circa l'identità del Professionista, lo scopo delle visite a domicilio o dei contatti telefonici, l'esercizio del diritto di recesso/ripensamento - potrebbe essere indice di una non adeguata formazione del personale commerciale e di un inefficace sistema di controlli, richiesti invece dagli artt. 4 e 8 del Codice di condotta commerciale".

VII.3 Valutazione di merito

Pratica commerciale A)

91. Le risultanze istruttorie evidenziano che i comportamenti sopra descritti, posti in essere dal Professionista con riferimento alla fornitura di energia elettrica e di gas naturale, hanno determinato un significativo fenomeno di attivazioni non richieste da parte di Facile Energy, in violazione degli articoli 20, 24, 25 e 26, lettera f), in combinato disposto con l'art. 66 *quinquies*, del Codice del Consumo, attraverso le seguenti condotte materiali, tutte parimenti connotate da profili di aggressività quali: (i) l'acquisizione di contratti di fornitura senza il consenso del consumatore (in assenza di sottoscrizione o manifestazione di volontà in tal senso); (ii) la comunicazione di informazioni ingannevoli, ovvero l'omissione di informazioni rilevanti circa l'identità del professionista, lo scopo della visita o della telefonata, le obbligazioni nascenti dal contratto o dal contatto telefonico, al fine di ottenere un'adesione non consapevole alla proposta di contratto; (iii) l'imposizione di ostacoli non contrattuali onerosi o sproporzionati all'esercizio dei diritti contrattuali da parte del consumatore; (iv) l'indebita disalimentazione dei punti di prelievo.

92. Le risultanze sopra descritte evidenziano altresì che le condotte commerciali menzionate, avvenute nell'ambito delle procedure di vendita predisposte dal Professionista, hanno inciso sul rapporto di consumo, alterando profondamente la libertà di scelta dei consumatori. Si ribadisce che tali condotte, di seguito illustrate, riguardano le modalità di informazione, proposizione e conclusione di nuovi contratti di fornitura e rappresentano distinte articolazioni di un'unica pratica commerciale scorretta afferente in generale alle modalità di vendita dei propri servizi.

i) Conclusione di contratti e/o attivazione di forniture in assenza di sottoscrizione o manifestazione di volontà contrattuale, ovvero in virtù di firme false, attraverso i canali teleselling e door to door

93. Le attività di promozione e commercializzazione dei servizi di gas e luce svolte da Facile Energy sono prevalentemente di tipo *push*, ovvero attuate attraverso telefonate e visite a domicilio effettuate da agenti incaricati dal Professionista, modalità che possono prestarsi a comportamenti scorretti degli agenti, quali l'acquisizione di contratti senza il consenso del consumatore, anche attraverso l'utilizzo di registrazioni telefoniche artefatte.

94. È pertanto onere del Professionista, che decide di avvalersi di questi legittimi canali di acquisizione di clienti, predisporre procedure e sistemi di controllo tali da impedire che l'acquisizione di nuovi clienti avvenga in maniera scorretta. Inoltre, a fronte comunque della possibilità di contratti e attivazioni non richieste generati da tali modalità di vendita, appare essenziale garantire pure che il consumatore possa sciogliersi facilmente e in breve tempo da qualsiasi vincolo derivante dall'instaurazione non voluta di un rapporto contrattuale.

95. Le risultanze istruttorie mostrano che Facile Energy è venuta meno alla diligenza professionale richiesta nel contesto appena descritto mettendo in atto un sistema di acquisizione dei nuovi clienti nel mercato libero dell'energia e del gas che, per le sue caratteristiche, consente il verificarsi delle attivazioni non richieste proprio nei termini oggetto di indagine nel corso del procedimento.

96. In particolare, dagli elementi agli atti, risulta che in diversi casi i consumatori hanno contestato l'acquisizione da parte del Professionista di richieste di attivazione di fornitura in assenza della corrispondente manifestazione di volontà, ovvero della sottoscrizione del contratto da parte dell'intestatario dell'utenza o, in prevalenza, dell'espressione di un valido consenso telefonico. Tali condotte, in diversi casi, hanno portato all'attivazione delle relative forniture di energia elettrica o di gas naturale, con successiva indebita fatturazione dei consumi.

97. Oltretutto, i segnalanti, come riferito nella descrizione della condotta, hanno costantemente evidenziato, in numerose denunce, di essere venuti a conoscenza di avere aderito alle offerte del mercato libero di Facile Energy solo dopo la ricezione della c.d. "lettera di benvenuto", e finanche in assenza sia di un contatto telefonico sia di una visita a domicilio da parte di un agente/procacciatore del Professionista, o a seguito di telefonate delle quali hanno contestato la genuinità della registrazione o anche a seguito della ricezione di solleciti di pagamento e/o preavvisi di disalimentazione o depotenziamento/disalimentazione del punto di prelievo.

98. Al riguardo, lo stesso Professionista, nelle proprie difese, ha ammesso l'esistenza di comportamenti scorretti posti in essere dalle agenzie, e in particolar modo da tre di queste, quantomeno nel periodo aprile-maggio del 2022.

99. Le condotte descritte, rappresentate dall'acquisizione di proposte di adesione in assenza di sottoscrizione o di manifestazione di volontà da parte dei consumatori, ovvero sulla base di firme false o di *vocal order* riferibili a soggetti diversi dall'intestatario della fornitura, integrano fattispecie di pratiche commerciali aggressive, in quanto comportano un indebito condizionamento che limita o è, comunque, idoneo a limitare considerevolmente la libertà di scelta e di comportamento del consumatore e quindi viola gli articoli 20, 24, 25 del Codice del Consumo.

100. In caso di attivazione di fornitura di energia elettrica e di gas naturale, esse integrano anche la violazione dell'articolo 26, comma 1, lettera f), del medesimo Codice che annovera, tra le condotte considerate in ogni caso aggressive, il comportamento del Professionista che esiga, come nel caso di specie, *"il pagamento immediato o differito (...) di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto (...)"* posto che, come visto, il Professionista ha richiesto il pagamento delle forniture di energia elettrica e di gas naturale attivate in assenza del consenso del consumatore.

101. Peraltro, tale condotta risulta in contrasto con l'art. 66 *quinquies*, ai sensi del quale *"Il consumatore è esonerato dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta di beni acqua, gas, elettricità o di prestazione non richiesta di servizi, vietate dall'articolo 20, comma 5, e dall'articolo 26, comma 1, lettera f), del presente Codice. In tali casi, l'assenza di una risposta da parte del consumatore in seguito a tale fornitura non richiesta non costituisce consenso"*.

ii) Diffusione di informazioni ingannevoli, omissioni informative, e indebiti condizionamenti, al fine di ottenere la conclusione dei contratti e adozione di modalità di conclusione dei contratti tramite vendite a distanza e vendite fuori dei locali commerciali che non garantiscono i diritti stabiliti dal Codice del Consumo

102. Dalla documentazione acquisita agli atti si evince che, in vari casi, i consumatori sono stati indotti a sottoscrivere o ad aderire a proposte commerciali per l'attivazione di una fornitura di energia elettrica e/o gas naturale nel mercato libero, sulla base di informazioni non veritiere o incomplete, circa l'identità del fornitore, la natura delle obbligazioni derivanti dal contratto, nonché le caratteristiche dell'offerta, veicolate dagli agenti stessi durante la visita al proprio domicilio ovvero durante il contatto telefonico.

103. Come emerso dalle evidenze istruttorie, Facile Energy ha avuto contezza, in molti casi, del fatto che i reclami dei consumatori derivavano proprio dalla comunicazione di informazioni ingannevoli e/o ambigue da parte degli agenti da essa incaricati della promozione delle offerte commerciali – in particolare tramite contatto telefonico - in ordine all’effettiva conclusione del contratto da parte del consumatore, spesso rassicurato del fatto che, contrariamente al vero, nessun vincolo era sorto, ovvero che dall’adesione all’offerta non sarebbe derivato il cambio di fornitore di energia elettrica e/o gas.

104. I consumatori hanno lamentato, altresì, di essere stati contattati da agenti che, pur operando per conto di Facile Energy, si sarebbero spacciati per operatori di aziende concorrenti, o anche per dipendenti del proprio fornitore che comunicavano la necessità di ricevere temporaneamente la prestazione dei servizi da Facile Energy per cause in realtà insussistenti.

105. La procedura predisposta dal Professionista per lo svolgimento dell’attività di *teleselling* non appare idonea a contrastare il fenomeno delle attivazioni non consapevoli, come testimoniato sia dall’afflusso continuo di segnalazioni dei consumatori, anche successivamente all’asserita adozione di “misure rigorose” da parte della Società, sia dalla tardività di predisposizione delle predette misure -peraltro in buona parte indimostrata- (tra le quali l’introduzione di un’ulteriore telefonata di controllo della conclusione del contratto e di un meccanismo di controllo dell’operato delle agenzie attraverso strumenti contrattuali e incentivi basati sulla qualità delle attivazioni, non ancora implementati).

106. Sotto quest’aspetto, l’esame dei *vocal order* acquisiti nel corso degli accertamenti ispettivi e/o allegati alle segnalazioni rivela la velocità di “lettura” dello *script* e la formulazione incessante delle domande, attraverso le quali il consumatore è sollecitato dal *teleseller* con toni incalzanti a rispondere affermativamente attraverso la proposizione veloce e ravvicinata dei quesiti: conseguentemente, la possibilità di comprensione delle informazioni ricevute risulta quasi inesistente.

107. Ciò, oltretutto, in un settore nel quale il contesto informativo è caratterizzato da un’elevata asimmetria informativa che caratterizza l’intero processo di formazione della volontà contrattuale del consumatore. Nello specifico, siffatte modalità di proposizione delle offerte commerciali di energia elettrica e gas, tramite il canale telefonico, non consentono di comprendere nel dettaglio le caratteristiche delle offerte stesse, tanto più che, come desumibile dalle segnalazioni pervenute e dalle risultanze ispettive, buona parte dei soggetti contrattualizzati sono di età elevata e/o deboli e vulnerabili.

108. Conseguentemente, l’onere di controllare la correttezza delle modalità di acquisizione del consenso da parte del Professionista è estremamente elevato. Al contrario, Facile Energy non ha allestito un efficace e sistematico meccanismo di monitoraggio e controllo sull’attività degli agenti che potesse, di fatto, evitare il verificarsi di simili condotte.

109. Inoltre, la dimostrazione dell’inidoneità delle modalità di prospezzazione delle offerte commerciali è data dalla numerosità dei reclami per disconoscimento del contratto e dai ripensamenti dei consumatori, quale manifestazione di condotte commerciali non corrette.

110. Alla luce delle considerazioni svolte, i comportamenti descritti, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, appaiono non solo ingannevoli, in violazione degli articoli 21 e 22 del Codice del Consumo, ma nel contempo anche aggressivi, in quanto idonei a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore medio in violazione degli articoli 24 e 25 del Codice del Consumo, in quanto, tenuto conto della complessità dell’offerta commerciale, della razionalità limitata dei consumatori e delle significative asimmetrie informative che contraddistinguono il settore, le modalità di informazione del consumatore e la conseguente acquisizione e verifica del suo consenso, adottate dal Professionista, sono idonee a indurre in errore il consumatore con riferimento alle informazioni rilevanti concernenti la natura

e lo scopo del contatto, le caratteristiche e le condizioni contrattuali dell'offerta, fino a limitarne notevolmente la capacità di prendere una decisione consapevole in merito all'offerta del Professionista. Tale condotta, poi, non risulta conforme al livello di ordinaria diligenza ragionevolmente esigibile, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo. In particolare, non si riscontra che il Professionista abbia adottato, con la diligenza professionale che gli è richiesta, misure idonee a tenere i consumatori al riparo dalle conseguenze dei comportamenti illeciti contestati, annullando sollecitamente gli effetti dei medesimi comportamenti, senza onere alcuno per gli stessi.

111. Infine, si rileva quanto affermato in proposito dall'ARERA, secondo la quale la condotta del Professionista sembrerebbe non conforme alla regolazione di settore laddove *“il venditore è tenuto, sia in fase precontrattuale sia in fase contrattuale, di applicare al cliente finale importi preventivamente comunicati e determinati secondo i criteri in precedenza evidenziati. A tale riguardo è, infatti, necessario che tutte le spese e i corrispettivi relativi agli oneri fatturati ai clienti finali trovino specifico e adeguato riscontro all'interno della documentazione contrattuale”*.

iii) Ostacoli all'esercizio dei diritti dei consumatori

112. Le evidenze in atti palesano che Facile Energy non ha adottato procedure idonee a garantire l'esercizio del diritto di ripensamento/recesso da parte dei propri clienti. Sulla base della documentazione acquisita, si evidenzia come il Professionista abbia fornito, al riguardo, informazioni poco chiare o fuorvianti, quando non omesso di fornirle, in merito alla decorrenza del diritto di ripensamento, anche omettendo di inviare il relativo modulo, ostacolando così l'esercizio del diritto stesso, da parte del consumatore.

113. Dai riscontri sistematicamente forniti da Facile Energy è emerso che quest'ultima fa decorrere il termine per l'esercizio del diritto di ripensamento dal momento del *vocal order* e non, secondo quanto previsto dal disposto normativo, dal ricevimento della lettera di accettazione del Professionista -della proposta di adesione all'offerta commerciale da parte del cliente-; inoltre, le evidenze ispettive hanno rivelato come la gestione delle istanze di ripensamento non preveda alcun tracciamento e/o archiviazione delle stesse e, salvo sporadiche eccezioni, né l'indicazione dell'esito dell'esercizio del diritto di ripensamento e di come le stesse spesso non siano lavorate in tempo reale. Ciò comporta che la Società ha in svariati casi negato il diritto di ripensamento pur tempestivamente esercitato dai nuovi clienti, nel termine prescritto, con la motivazione del decorso di un periodo superiore a quello previsto.

114. L'esercizio del diritto di ripensamento risulta inoltre ostacolato dalla mancata messa a disposizione del consumatore, da parte del Professionista, del supporto durevole dal quale risulta (a seguito di registrazione della telefonata) la conclusione del contratto, mediante lo scambio delle dichiarazioni confermate dell'offerta, e dal mancato invio del plico contrattuale. Tale circostanza determina, di fatto, un'ulteriore limitazione degli strumenti a disposizione del consumatore stesso, al fine di verificare, ed eventualmente contestare, la regolare avvenuta conclusione del contratto.

115. Si osserva, al riguardo, che è onere del Professionista che decide di avvalersi dei legittimi canali di acquisizione, quali il *teleselling* e il “porta a porta”, garantire che il consumatore possa esercitare, agevolmente e in breve tempo, l'esercizio del diritto di ripensamento nel caso di attivazione non voluta di un rapporto contrattuale.

116. Ed ancora, è emerso che il Professionista, indipendentemente dall'eventuale richiesta di recesso, pretende il pagamento della fornitura anche a fronte dei reclami degli utenti volti a disconoscere il contratto o a contestare l'attivazione non richiesta della fornitura, anche inviando solleciti e diffide pur in pendenza di reclami stessi e, inoltre, non adotta un sistema di gestione dei reclami e delle richieste di informazioni e

chiarimenti da parte dei consumatori idoneo a consentirne tempestiva e adeguata trattazione. In proposito, giova evidenziare come nelle proprie difese il Professionista abbia ammesso esplicitamente anche la sussistenza di solleciti di pagamento inviati indebitamente, precisando che *“A causa di eventuali errori di sistema, può succedere che tali utenze siano oggetto di sollecito ma, in tali casi, il Cliente è sin da subito avvisato che qualora l’utenza sia oggetto di reclamo per contratto non richiesto, la diffida deve essere considerata del tutto priva di valore e conseguenze”*.

117. Nel parere reso da ARERA viene evidenziato, in relazione all’inadeguatezza e all’eventuale tardività dei riscontri ai reclami, che *“la condotta del Professionista sembrerebbe porsi in violazione delle disposizioni del TIQV ... relativamente ai termini e alle modalità ivi previste di trattazione dei reclami, come nei casi in cui il venditore non abbia risposto al reclamo nei termini previsti dalla regolazione o la risposta fornita non risulti motivata e documentata con riferimento alla criticità lamentata dal cliente”*.

118. Alla luce di quanto sopra esposto, i comportamenti consistenti nell’imposizione di ostacoli non contrattuali, onerosi o sproporzionati all’esercizio dei diritti contrattuali da parte dei consumatori, integrano una violazione dell’art. 25 lett. d) del Codice del Consumo, nella misura in cui le condotte dilatorie, omissive, oltre che la gestione rallentata delle istanze e le richieste di pagamento, risolvendosi in un *“ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora il consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad altro professionista”*, sono idonee a generare in capo al consumatore un indebito condizionamento, tale da limitare la sua libertà di scelta in relazione a dette facoltà. Sotto tale ultimo profilo, la condotta viola anche gli articoli 24 e 25 del Codice del Consumo.

119. Inoltre, a Facile Energy è ascrivibile anche in relazione a tale condotta una carenza di diligenza professionale, in violazione dell’articolo 20, comma 2, del Codice del Consumo.

iv) Indebita disalimentazione (o minaccia di sospensione) dei punti di prelievo.

120. Dalle evidenze istruttorie si evince come Facile Energy affianchi in maniera pressoché sistematica all’invio dei solleciti e delle diffide di pagamento la minaccia o l’esecuzione di interventi di riduzione di potenza e/o di disalimentazione del punto di prelievo, non precedute dal relativo preavviso (come richiesto, invece, dalla regolazione), spesso anche in assenza di recapito delle fatture oggetto della richiesta di pagamento (o a seguito di recapito tardivo e a ridosso dell’intimazione ad adempiere delle stesse), quando non della documentazione contrattuale e della *welcome letter* o anche nonostante l’assenza di insoluti, così da esporre i consumatori (anche anziani e/o appartenenti a categorie protette) al rischio di vedersi improvvisamente privi dell’erogazione dell’energia elettrica e/o del gas in modo del tutto imprevedibile e indebito.

121. Anche in questo caso, le evidenze ispettive non hanno consentito di ravvisare l’adozione da parte della Società di meccanismi di tracciamento dei preavvisi di riduzione di potenza o disalimentazione, la cui assenza e/o inefficienza è confermata dalla già riferita circostanza che nelle proprie difese il Professionista ammetta esplicitamente l’esistenza di *“errori di sistema”* che in alcuni casi determinano l’invio ingiustificato di diffide: *“A causa di eventuali errori di sistema, può succedere che tali utenze siano oggetto di sollecito ma, in tali casi, il Cliente è sin da subito avvisato che qualora l’utenza sia oggetto di reclamo per contratto non richiesto, la diffida deve essere considerata del tutto priva di valore e conseguenze”*.

122. In proposito, nel parere reso da ARERA si rileva pure che il Professionista sembrerebbe non aver rispettato le disposizioni *“che prescrivono al venditore, in caso di morosità di clienti finali disalimentabili, l’obbligo di inviare una comunicazione di costituzione in mora, secondo le modalità e le tempistiche definite*

dall'Autorità, prima che venga effettuata la richiesta di sospensione della fornitura all'impresa distributrice", come previsto dal "Testo integrato morosità elettrica" (TIMOE), di cui all'Allegato A alla delibera 29 maggio 2015, 258/2015/R/com, e dall'omologo "Testo integrato morosità gas" (TIMG), di cui all'Allegato A alla delibera 21 luglio 2011, ARG/gas 99/11, come successivamente integrati e modificati.

123. In ogni caso, la condotta in esame implica una palese violazione degli articoli 24 e 25 del Codice del Consumo, limitandone notevolmente la libertà di scelta e di comportamento dei consumatori, per via dell'indebito condizionamento a pagare importi contestati a fronte della minaccia di sospensione della fornitura -quando non direttamente dell'avvenuta disalimentazione-, pur di evitare l'ingiustificato distacco della propria utenza, Del pari, è ravvisabile anche in relazione a tale condotta un'evidente carenza di diligenza professionale, in violazione dell'articolo 20, comma 2, del Codice del Consumo.

Pratica commerciale B)

124. Dalle risultanze istruttorie emerge, come seconda pratica commerciale scorretta ascrivibile a Facile Energy, l'addebito in fattura nel periodo da novembre 2021 ad agosto 2022 degli "oneri di sistema" in contrasto con le previsioni normative che prevede l'azzeramento degli stessi e alla diffusione di informazioni ingannevoli in sede di risposta ai reclami dei consumatori relativi a tale ingiustificato addebito.

125. In proposito, varie segnalazioni, anche qualificate, in prevalenza con allegate fatture riportanti l'ingiustificato addebito di tale voce, comprovano tale circostanza, confermata peraltro dagli stessi scritti difensivi del Professionista, che la giustificano come un mero errore di fatturazione di alcune voci di diversa natura. Tuttavia, le risposte fornite da Facile Energy, che ingannevolmente presentano gli oneri di sistema come costi di natura commerciale, discrezionalmente determinati dalla Società, lasciano trasparire la piena consapevolezza da parte della stessa dell'infondatezza dell'addebito di tali oneri in fattura, tentando di giustificarlo confondendo i consumatori in merito alla relativa natura.

126. Sul punto, l'ARERA ha rilevato nel proprio parere che gli oneri di sistema "*vengono applicati come maggiorazione della tariffa di distribuzione e non riguardano, dunque, quelle componenti commerciali pur liberamente definibili dal venditore del mercato libero ed applicabili al cliente finale se previste nel contratto di fornitura*" e "*non potrebbero essere fatturati come oneri generali di sistema corrispettivi posti a copertura dei costi di approvvigionamento dell'energia verde o posti a copertura dei costi di garanzia, come sembrerebbe nel caso di specie*", dal momento che la fatturazione di corrispettivi posti a copertura delle attività di natura commerciale del venditore deve avvenire nel rispetto dell'art. 5 del Codice di condotta commerciale, ai sensi del quale "*i corrispettivi non possono avere la stessa denominazione dei corrispettivi unitari, componenti o elementi definiti dall'Autorità ad eccezione del caso in cui i valori dei suddetti corrispettivi siano fissati pari a quelli vigenti definiti dall'Autorità*".

127. Tale pratica presenta profili di aggressività, in violazione degli articoli 24 e 25 del Codice del Consumo, consistenti nell'ingiustificata inclusione in fattura di importi non dovuti per espressa previsione normativa, con conseguente indebito condizionamento dei clienti, indotti alla corresponsione di tali somme, nonché di ingannevolezza, consistenti nella diffusione di informazioni omissive e fuorvianti in sede di risposta ai reclami dei consumatori, in violazione degli articoli 21 e 22 del Codice del Consumo. Comune a entrambi i profili è la mancanza di diligenza professionale richiesta dall'art. 20 del Codice del Consumo.

Condotta sub C): la violazione delle norme a tutela dei consumatori nella conclusione di contratti a distanza

128. Le vendite, nei mercati energetici, attuate attraverso tecniche di comunicazione a distanza, nel caso di specie prevalentemente attraverso il *teleselling*, si possono prestare a comportamenti scorretti degli agenti, allo scopo di pervenire all'acquisizione del consenso del consumatore alla conclusione del contratto. E' pertanto onere del Professionista che decide di avvalersi di tale legittimo canale di vendita, rispettare la disciplina introdotta dal D. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 di recepimento della Direttiva 2011/83/UE (*Consumer Rights*).

129. Al riguardo, le risultanze istruttorie evidenziano che Facile Energy, nelle procedure di conclusione dei contratti a distanza, non rispetta i requisiti di forma previsti dall'articolo 51 del Codice del Consumo, in particolare ritenendo di vincolare il consumatore all'offerta telefonica, sulla base del mero (il più delle volte asserito) consenso alla registrazione telefonica, senza informare preliminarmente il consumatore circa le modalità di conclusione del contratto (e, in particolare, circa la possibilità di utilizzo del supporto durevole in luogo della forma scritta ai fini dello scambio delle dichiarazioni confermative), senza mettere automaticamente a disposizione di tutti i consumatori il supporto durevole ove è memorizzata la registrazione telefonica contenente la proposta del contratto né il supporto durevole contenente la conferma della registrazione della propria accettazione, nonché omettendo di inviare il plico contrattuale e di effettuare il relativo tracciamento. Inoltre, il Professionista non consente una chiara individuazione del *dies a quo* della decorrenza del termine di legge di 14 giorni per l'esercizio del diritto di ripensamento e frappone ostacoli al tempestivo esercizio del diritto di ripensamento.

130. In proposito, nel proprio parere, ARERA ha rilevato che sembrerebbero disattese *“le disposizioni del Codice di condotta commerciale in materia di contratti di fornitura di energia elettrica e/o gas conclusi fuori dai locali commerciali o a distanza che prescrivono la consegna o trasmissione al cliente finale della documentazione contrattuale e, in caso di contratto a distanza, del supporto durevole contenente la conferma del contratto nonché, in caso di contratto negoziato fuori dai locali commerciali, la consegna della copia del contratto firmato o la conferma del contratto su supporto cartaceo o su un altro mezzo durevole se il cliente finale acconsente”*.

131. La procedura di conclusione dei contratti negoziati a distanza sopra descritta, adottata da Facile Energy, risulta pertanto in contrasto con gli articoli 49, 51, 52, 53, 54 e 55 del Codice del Consumo.

VIII. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

132. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

133. In caso di procedimento che abbia ad oggetto una pluralità di illeciti amministrativi accertati, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come in presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale, ascritte alla responsabilità dei professionisti, si applica il criterio del cumulo materiale delle sanzioni, in luogo del cumulo giuridico (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 209 del 19 gennaio 2012).

134. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o

attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

135. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto, nella fattispecie in esame: della *i*) dimensione economica del Professionista, che ha generato ricavi per oltre 12 milioni di euro nell'anno 2021, in crescita rispetto agli oltre 4 milioni del 2020; *ii*) della diffusione della pratica commerciale a livello nazionale; nonché *iii*) dell'idoneità della stessa ad arrecare significativi pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali a numerosi consumatori, in buona parte anziani e/o vulnerabili.

136. Con riguardo alla pratica commerciale *sub A*), nel valutare la gravità della violazione, si tiene conto in primo luogo della dimensione della Società. Al riguardo, secondo i dati forniti dalla Società nella risposta alla richiesta di informazioni formulata contestualmente all'avvio del procedimento⁸⁹, i contratti attivi a fine aprile 2022 erano [60.000-70.000], a fronte di un valore delle vendite pari a [10.000.000-15.000.000] € nel 2021 e in significativa crescita nel 2022, registrandosi relativamente ai soli primi quattro mesi un fatturato di [15.000.000-20.000.000] €. Si tiene inoltre conto della specificità del settore, nel quale il consumatore acquirente si trova in una posizione di inevitabile asimmetria informativa rispetto al Professionista; della modalità di diffusione dell'offerta realizzata anche attraverso *Internet*, strumento suscettibile di raggiungere una molteplicità di consumatori, e *teleselling*, strumento particolarmente invasivo; dell'entità complessiva del pregiudizio economico potenzialmente derivante - e in fatto derivato - ai consumatori dall'attivazione non richiesta di forniture energetiche e dalle conseguenti richieste di pagamento dei relativi consumi.

137. Per quanto riguarda la durata della pratica commerciale *sub A*), dagli elementi disponibili in atti risulta che è stata posta in essere da inizio 2021⁹⁰ ed è ancora in corso.

138. Alla luce di quanto esposto si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Facile Energy S.r.l. nella misura di 1.200.000 euro.

139. Con riguardo alla pratica commerciale *sub B*), nel valutare la gravità della violazione, si tiene conto della dimensione della Società come già sopraindicato; della specificità del settore, nel quale il consumatore acquirente si trova in una posizione di inevitabile asimmetria informativa rispetto al Professionista; dell'entità complessiva del pregiudizio economico potenzialmente derivante - e in fatto derivato - ai consumatori dall'ingiustificato addebito di importi non dovuti per espressa previsione legislativa⁹¹.

140. Per quanto riguarda la durata della pratica commerciale *sub B*), dagli elementi disponibili in atti risulta che è stata posta in essere a decorrere da novembre 2021 ed è cessata ad agosto 2022.

141. Alla luce di quanto esposto, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Facile Energy nella misura di 700.000 euro.

142. Con specifico riferimento alle condotte *sub C*), ai fini della valutazione in termini di gravità della fattispecie, rileva la specifica tipologia delle infrazioni, le quali afferiscono ad una fase molto delicata del rapporto di consumo, in cui al consumatore devono essere fornite tutte le informazioni precontrattuali necessarie ad assumere una scelta di consumo consapevole.

⁸⁹ Cfr. memoria prott. nn. 43716 e 43890 del 26 maggio 2022.

⁹⁰ Cfr. segnalazione prot. n. 58732 del 13 luglio 2021.

⁹¹ Considerando i [50.000-80.000] contratti attivi ad aprile 2022 e l'importo unitario di circa 27 euro degli oneri di sistema addebitati ai consumatori, l'importo degli oneri ingiustificatamente addebitati in tale mese può stimarsi orientativamente in circa [1.500.000-2.000.000] €; peraltro, la pratica risulta essere durata da ottobre 2021 ad agosto 2022.

143. Per quanto riguarda la durata delle condotte sub C), dagli elementi disponibili in atti risulta che sono state poste in essere da inizio 2021⁹² e sono ancora in corso.

144. Alla luce di quanto esposto, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Facile Energy nella misura di 100.000 euro.

RITENUTO, pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e in conformità al parere dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale *sub A)*, consistente nell'aver concluso contratti non richiesti e attivato forniture non richieste di energia elettrica in assenza di una corrispondente manifestazione di volontà con richiesta di pagamento dei corrispettivi non dovuti, nonché, sulla base di informazioni ingannevoli, omissive o indebiti condizionamenti, ostacolato l'esercizio del diritto di ripensamento dei consumatori e minacciato o effettuato indebite disalimentazioni dei punti di prelievo, risulta scorretta ai sensi delle disposizioni di cui agli articoli 20, comma 2, 21, 22, 24, 25 e 26, lettera f), in combinato disposto con l'art. 66 *quinquies* del Codice del Consumo;

RITENUTO, pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e in conformità al parere dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale *sub B)*, consistente nell'addebito ingiustificato degli "oneri di sistema", in violazione delle disposizioni normative che ne hanno disposto l'azzeramento, nonché nella diffusione di informazioni omissive e fuorvianti in merito agli stessi, risulta scorretta ai sensi delle disposizioni di cui agli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo;

RITENUTO, pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e in conformità al parere dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, sulla base delle considerazioni suesposte, che il parere dell'Autorità di regolazione dell'energia reti e l'ambiente, sulla base delle considerazioni suesposte, che le condotte *sub C)*, consistenti nella conclusione di contratti a distanza senza rispettare le procedure previste dalla normativa a tutela dei consumatori, risultano lesive degli artt. 49, 51, 52, 53, 54 e 55 del Codice del Consumo;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II, lett. A), del presente provvedimento, posta in essere da Facile Energy S.r.l., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, 22, 24, 25 e 26, lettera f), in combinato disposto con l'art. 66 *quinquies* del Codice del Consumo e ne vieta l'ulteriore continuazione;

b) che la pratica commerciale descritta al punto II, lett. B), del presente provvedimento, posta in essere da Facile Energy S.r.l., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una violazione degli artt. 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo;

c) che le condotte descritte al punto II, lett. C), del presente provvedimento, poste in essere da Facile Energy S.r.l., costituiscono, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una violazione degli artt. 49, 51, 52, 53, 54 e 55 del Codice del Consumo e ne vieta l'ulteriore continuazione;

⁹² Cfr. segnalazione prot. n. 58732 del 13 luglio 2021.

d) di irrogare alla società Facile Energy S.r.l. in relazione alla violazione di cui al punto *a)* una sanzione amministrativa pecuniaria di 1.200.000 euro (un milione duecentomila euro);

e) di irrogare a Facile Energy S.r.l. in relazione alla violazione di cui al punto *b)* una sanzione amministrativa pecuniaria di 700.000 euro (settecentomila euro);

f) di irrogare a Facile Energy S.r.l. in relazione alla violazione di cui al punto *c)* una sanzione amministrativa pecuniaria di 100.000 euro (centomila euro);

g) che la società Facile Energy S.r.l. comunichi all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del presente procedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui ai punti *a)* e *c)*.

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato 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.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a 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'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

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

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. *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'art. 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

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

PS12323 - ARIIX-NEWAGE

Provvedimento n. 30423

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie” (di seguito, Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTA la comunicazione del 24 maggio 2022, con cui è stato avviato il procedimento PS12323 nei confronti delle società Ariix Italy S.r.l., NewAge Beverages Inc. e Unstoppable Generation S.r.l.;

VISTI i propri provvedimenti ispettivi del 24 maggio 2022, con i quali sono stati disposti accertamenti ispettivi, ai sensi dell’art. 27, commi 2 e 3, del Codice del Consumo, presso le sedi di Ariix Italy S.r.l. e Unstoppable Generation S.r.l.;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. Ariix Italy S.r.l. (di seguito “Ariix”), in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, lett. *b*), del Codice del Consumo.

Ariix, controllata dalla società di diritto statunitense Ariix LLC, commercializza in Italia attraverso il sito <https://ariix.newage.com/> prodotti per il dimagrimento e la cura del corpo. Ariix LLC è parte del Gruppo NewAge.

Nell’esercizio 2021 ARIIX ha realizzato un fatturato per vendite in Italia pari a [30-40]* milioni di euro.

2. NewAge, Inc. (già NewAge Beverages Inc.) (di seguito “NewAge”), in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, lett. *b*), del Codice del Consumo. NewAge, con sede nel Colorado (USA), è il *registrant* del sito *web* <https://ariix.newage.com/> ed è titolare a livello globale del sistema di vendita NewAge, realizzato in Italia da Ariix. NewAge è attiva a livello globale nella distribuzione di prodotti dimagranti e per la cura del corpo.

Nel corso del 2021 ha realizzato un fatturato consolidato di circa [300-500] milioni di dollari. NewAge, unitamente ad altre società parte del Gruppo (tra le quali Ariix LLC, socio unico di Ariix) è stata ammessa alla procedura c.d. di “Chapter 11” ai sensi dello “United States Bankruptcy Code”, a seguito di richiesta volontaria, avendo registrato una posizione debitoria totale di [100-150] milioni di dollari. In data 8

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

settembre 2022, le quotazioni delle azioni di NewAge sono state sospese dal mercato azionario di riferimento (il “NASDAQ”)¹.

3. Unstoppable Generation S.r.l. (di seguito Unstoppable), in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, lett. *b*), del Codice del Consumo. Il capitale sociale di Unstoppable è detenuto da tre persone fisiche. Unstoppable svolge attività di organizzazione di eventi, anche di carattere formativo. Nel 2021 Unstoppable ha realizzato un fatturato pari a circa 118.000 euro.

II. LE PRATICHE COMMERCIALI OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

4. Il procedimento concerne i comportamenti posti in essere dai professionisti, consistenti: **A)** nell’implementazione di un sistema di vendita c.d. “piramidale”; **B)** nella promozione, da parte degli incaricati alla vendita, dei prodotti ARIIX/NewAge attraverso i *social media* mediante modalità che non chiariscono adeguatamente la finalità commerciale dei messaggi pubblicati e il ruolo dell’incaricato; **C)** nell’immissione in commercio di due integratori (“*Slendeeeriz Gocce Day&Night*” e “*Tahitian Noni*”) in assenza della preventiva notifica al Ministero della Salute prevista dalle norme vigenti.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L’iter del procedimento*

5. In relazione alle pratiche commerciali sopra descritte, in data 26 maggio 2022 è stato comunicato alle Parti l’avvio del procedimento istruttorio PS12323 per presunta violazione degli articoli 20, 21, 22 commi 1 e 2, 23, comma 1, lett. aa), i) e p), del Codice del Consumo. In tale sede, sulla base delle informazioni acquisite in atti², veniva ipotizzato che: **A)** Ariix e Unstoppable avessero implementato un sistema di vendite piramidale, in contrasto con il dettato dell’art. 23, comma 1, lett. p), del Codice del Consumo; **B)** Ariix e Unstoppable avessero realizzato una forma di *marketing* occulto in quanto i venditori non chiarivano il proprio ruolo commerciale e non utilizzavano forme appropriate di *disclaimer*, in contrasto con gli artt. 20, 21, 22, commi 1 e 2, 23, comma 1, lett. aa), del Codice del Consumo; **C)** gli integratori citati fossero commercializzati senza aver superato gli specifici controlli da parte del Ministero della Salute normativamente previsti, in violazione degli artt. 20, 21, commi 1, lett. b), 3 e 4, e 23, comma 1, lettera i), del Codice del Consumo.

6. In data 26 maggio 2022 sono state effettuate verifiche ispettive presso la sede legale e la sede operativa di Ariix, nonché presso la sede legale ed operativa di Unstoppable.

7. Rispettivamente, nelle date del 21 e del 24 giugno 2022, Unstoppable e Ariix hanno depositato memorie e fornito le informazioni richieste nella Comunicazione di avvio del procedimento.

8. Ariix e Unstoppable hanno avuto accesso agli atti del procedimento nelle date del 13 giugno e del 26 ottobre 2022.

9. In data 15 settembre 2022 è stata comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria, ai sensi dell’art. 16, comma 1, del Regolamento.

¹ La procedura di “Chapter 11” (assimilabile ad un concordato preventivo), è in fase di definizione, con il perfezionamento della vendita/cessione dei vari asset (tra i quali anche le partecipazioni azionarie di alcune delle società facenti parte del Gruppo, inclusa Ariix) e divisioni/settori aziendali.

² Cfr. doc. 1 agli atti del fascicolo.

10. In data 19 settembre 2022 le Parti hanno formulato un'istanza di proroga del termine infra-procedimentale di conclusione della fase istruttoria, che è stata accolta in data 21 settembre 2022, fissando al 7 novembre 2022 il termine di conclusione della fase istruttoria.

11. In data 7 novembre 2022 le Parti hanno prodotto memorie conclusive.

2) *Le evidenze acquisite*

i) **Pratica sub A): il sistema di vendita “piramidale”**

12. Nell'ambito della pratica in oggetto NewAge è il *registrant* del sito aziendale <https://ariix.newage.com>, dedicato alla vendita dei prodotti NewAge. Ariix, parte del Gruppo NewAge, è la società che attualmente cura la vendita di tali prodotti in Italia³, sia tramite il citato sito *web*, che attraverso una rete di oltre 40.000 “incaricati” alla vendita.

In tale rete svolge un ruolo preminente la *community* che fa riferimento a Unstoppable, interamente dedicata alle vendite di prodotti NewAge/ARIIX⁴.

13. Sul sito <https://ariix.newage.com>, Ariix e NewAge promuovono l'ingresso nella rete di vendita come “*Un sistema straordinario per trasformare il vostro ordinario*”, affermando, tra le altre cose, che “*La nostra rete globale di Incaricati è impegnata nel proporre soluzioni per migliorare la salute e lo stile di vita di chiunque, ovunque. Se state pensando a come, anche voi, potreste trasformare la vostra vita fisicamente o dal punto di vista reddituale, non cercate oltre. NewAge ha il portafoglio di prodotti, la piattaforma digitale e il programma di monetizzazione perfetto per voi per migliorare questi aspetti, insieme a tanti altri. NewAge non è un tempo o un luogo, ma un nuovo modo di pensare, un nuovo modo di vivere, un nuovo modo di offrire, un nuovo modo di prosperare, un giorno nuovo e migliore - un modo nuovo e migliore*”.

La sezione “*membership-rewards*” del sito enfatizza poi i vantaggi ottenibili dall'acquisizione dello *status* di “incaricato” rispetto a quella di semplice cliente⁵ o di sottoscrittore⁶, perché permette di accedere a numerosi vantaggi tra cui bonus in danaro e commissioni; essa si conclude con l'invito “*Unitevi al nostro team e guadagnate*” (grassetto nell'originale) e mostra il tasto “*Diventate un incaricato*”.

Nella sezione “*social-network-marketing*” si afferma: “***Valutata al 1° posto per Pay-out. Ricompensandovi al massimo con una divisione equa dei profitti, il nostro piano compensi in attesa di brevetto è letteralmente la più pagante nel nostro ambiente. Le persone apprezzano e si fidano delle raccomandazioni degli amici più di tutte le altre forme di pubblicità. Questo è il modo attraverso cui vi consentiamo di trasformare i vostri follower, i “mi piace”, le visualizzazioni e le recensioni in denaro sonante, utilizzando la nostra esclusiva linea di prodotti, nei luoghi e nei modi che preferite e con le persone che amate. Le vostre referenze sono un metodo molto semplice di diversificare le vostre fonti di reddito attraverso il potere della connessione tra esseri umani e quella digitale, con lo scopo di sbloccare potenziali guadagni mai immaginati.***”. Segue il *link* al Piano Compensi della società, che illustra le opportunità di reddito offerte.

14. Il vigente Piano Compensi di Ariix e NewAge (di seguito, il “*Piano Compensi*” o “*PC*”)⁷ descrive le modalità di ingresso e di crescita all'interno del sistema di vendita in esame.

³ Ariix è anche destinataria delle richieste di contatto da parte dei consumatori.

⁴ Cfr. Verbale ispettivo Unstoppable del 26 maggio 2022.

⁵ I “*Clienti al dettaglio*” sono consumatori non iscritti ad ARIIX che acquistano i prodotti al prezzo di vendita al pubblico.

⁶ I “*sottoscrittori*” o “*Clienti preferenziali*” sono consumatori iscritti ad ARIIX che possono accedere ad un prezzo scontato fino al 30% rispetto al prezzo di vendita al pubblico.

⁷ Documento denominato “*NAB_Compensation Plan PPT_10-2021_EU-ITA_v03*” acquisito presso la sede operativa di Ariix a Seregno (MB).

15. Il Piano Compensi prevede che l’Incaricato possa guadagnare sia dalla vendita diretta di prodotti New Age (lucrando sul margine tra prezzo di cessione all’incaricato e prezzo di vendita al pubblico), sia attraverso commissioni legate alle vendite effettuate da altri incaricati appartenenti alla rete di affiliati creata dall’incaricato stesso. Il Piano Compensi si sofferma a lungo sulle modalità di costruzione dei *team* di incaricati alle vendite, i quali possono essere aggiunti ad un *team* già esistente (c.d. “*espansione verticale*”) ovvero possono essere posizionati su nuove linee (c.d. “*espansione orizzontale*”).

16. L’ingresso nella rete di vendita (in qualità di neo-incaricati) è soggetto al versamento di una *fee* pari a 30 euro.

Per realizzare gli obiettivi reddituali prospettati, il “neo-incaricato” deve attivare la sua c.d. “*income position*”, attraverso l’acquisto di prodotti per 200 PV (ossia “*punti valore*”)⁸.

17. Una volta attivata la propria posizione all’interno della rete, il neo venditore può scegliere il “*livello di business*” al quale ambire.

Il Piano prevede quattro “*livelli di business*” - che dal livello più basso al più elevato vengono denominati “*Activated*”, “*Business*”, “*Elite*” e “*Ultimate*”. Ciascun livello di *business* raggiunto nelle prime quattro settimane dall’attivazione “*sblocca benefici e vantaggi A VITA*”, secondo il seguente schema⁹:

Livello di business	Activated	Business	Elite	Ultimate
PV richiesti	200	500	1.000	1.500
Linee	2	3	4	5
Bonus Doppi	✓	✓	✓	✓
Power Re-Entry™	✓	✓	✓	✓
% Bonus Nuovo Volume	15%	20%	25%	30%
Status Gold*	✓	✓	✓	✓

*Ad eccezione di USA, Canada e Giappone

Fig. 1

18. Come emerge dalla precedente Figura 1, il “*Livello di Business*” raggiunto dipende sia dal fatturato ottenuto nelle prime quattro settimane (ossia, “*PV richiesti*” in Fig. 1), sia dall’ampiezza della rete degli affiliati del singolo incaricato nel medesimo periodo (ossia il numero di “*Linee*” attivate in Fig. 1). Sulla base di tali parametri è determinata la commissione - il c.d. “*Bonus Nuovo Volume*” - che ciascun incaricato percepirà “*sugli acquisti effettuati da nuovi clienti e Incaricati alle Vendite durante le loro prime quattro settimane*”.¹⁰ Più elevato il livello di *business* raggiunto nelle prime 4 settimane – in termini di nuove vendite generate e di nuove linee attivate – maggiore il Bonus percentuale riconosciuto all’incaricato.

⁸ 1 PV corrisponde a circa 1 dollaro.

⁹ L’espansione della rete può avvenire aggiungendo i nuovi affiliati a *team* esistenti (c.d. “*espansione verticale*”) ovvero posizionandoli su nuove linee man mano che diventano disponibili (c.d. “*espansione orizzontale*”).

¹⁰ Il vigente Piano Compensi specifica che il “*Bonus Nuovo Volume*” sostituisce il precedente “*Bonus Team Lead*”, di cui alla Comunicazione di Avvio.

Inoltre, livelli di *business* più elevati permettono di sbloccare vantaggi aggiuntivi (bonus doppi, Power Re-Entry, Status Gold).

19. Il Piano Compensi confronta le commissioni ottenibili dalla vendita di 100 PV di prodotti ad un nuovo cliente da parte di un incaricato posizionato al livello iniziale (“*Activated*”) e quello di un incaricato che si trovi al livello di *business* più elevato (“*Ultimate*”): il primo otterrà da tale transazione un guadagno pari a 15 dollari, il secondo guadagnerà invece 30 dollari dalla medesima operazione (cfr. Fig. 2):

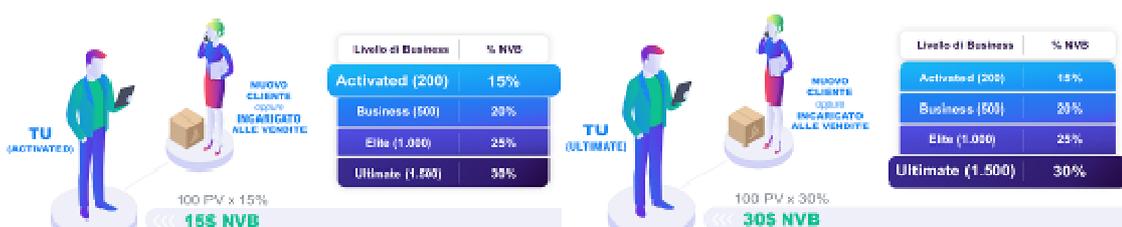


Fig. 2

20. Periodicamente, inoltre, Ariix offre agli incaricati la possibilità di qualificarsi ad un livello di *business* più elevato, a seconda della *performance* realizzata in un determinato periodo di quattro settimane¹¹.

21. Il Piano Compensi prevede la possibilità di guadagnare anche dalle vendite effettuate regolarmente dagli affiliati dell’Incaricato, attraverso la c.d. “*Commissione di Base*”. Si tratta di uno strumento che consente all’incaricato di “ricevere pagamenti, settimana dopo settimana” nella forma di una commissione del 15% sulle vendite realizzate (o sugli acquisti in auto-consumo effettuati) dai soggetti che compongono le linee attivate. Il Piano Compensi prospetta la possibilità di ottenere fino a 2.000 \$ di commissioni a settimana per ciascuna Linea attivata¹².

22. Gli incaricati che si qualificano per il livello di *business* “*Ultimate*” possono accedere a un ulteriore strumento di guadagno collegato all’ampiezza della rete di affiliati, rappresentato dal c.d. “*matching bonus*”. Tale bonus consente a ciascun incaricato di guadagnare “una % da TUTTE le Commissioni di base dei tuoi team, fino alla settimana “generazione” di Incaricati alle vendite, “inclusi gli incaricati che sponsorizzi e quelli che loro sponsorizzano!”.

23. Il Piano Compensi prevede infine un “requisito qualificante” per mantenere attiva la propria posizione all’interno della rete di vendita, consistente nel realizzare un “fatturato minimo” di 100 PV ogni quattro settimane. In caso di mancato raggiungimento di tale soglia, la posizione dell’incaricato verrà disattivata e non gli sarà possibile ottenere alcun tipo di remunerazione sulle vendite dei propri affiliati. La piattaforma a disposizione degli Incaricati contiene una apposita funzione, detta “*Autoship*”, che si imposta in modo da effettuare un ordine automatico e ricorrente ogni 4 settimane. Tale ordine “andrebbe impostato idealmente nella settimana di qualifica. In questo modo vi assicurerete di essere sempre attivi!”, evitando di perdere il diritto alle commissioni¹³.

24. I PV richiesti per i diversi livelli di *business* e per soddisfare il suddetto “requisito qualificante” possono essere accumulati “vendendo o acquistando prodotti NewAge”. Più specificamente, al

¹¹ Cfr. Memoria Ariix del 7 novembre 2022.

¹² Il Piano prevede che in questo caso qualsiasi differenza residua viene trasferita al Periodo di commissioni successivo.

¹³ Cfr. doc. “*Training Autoship*”, acquisito nell’ispezione presso Ariix Italia.

raggiungimento di ciascun *target* concorrono i PV ottenuti dalla “*vendita di prodotti a Clienti al dettaglio o Clienti preferenziali*”, nonché gli acquisti in autoconsumo.

25. Dai dati forniti da Ariix e NewAge risulta che il [50-55%] delle vendite totali realizzate da ARIIX nel 2021 è rappresentato da acquisti effettuati “in autoconsumo” da soggetti appartenenti alla rete di vendita. La quota di acquisti attribuibile al mercato esterno alla rete di vendita è invece pari al [45-50%].

ii) Pratica sub B): il marketing occulto

26. La seconda contestazione oggetto del procedimento concerne la promozione, da parte degli incaricati alla vendita, dei prodotti ARIIX/NewAge attraverso i *social media* mediante modalità che non chiariscono adeguatamente la finalità commerciale dei messaggi pubblicati e il ruolo dell’incaricato.

27. Al riguardo rileva il documento rinvenuto presso la sede operativa di Ariix a Seregno (MB) e denominato “*LADY NETWORK-Azioni giornaliere su Instagram*”¹⁴. Il documento, destinato ai venditori appartenenti al gruppo delle c.d. “Lady Network” (un importante “sottogruppo” degli aderenti alla *community* di Unstoppable che conterebbe circa 22.000 membri) illustra sinteticamente le modalità di comportamento da tenere principalmente su *Instagram* e, più in generale, sui diversi *social media*.

28. Si tratta di indicazioni assai puntuali, a partire dall’opportunità di scrivere “2-3 *POST AL GIORNO*”, cercando di inserire i giusti argomenti (“*gli # giusti*”) e di fare descrizioni “*corte, no prolisse (60-120 caratteri)*”. Le c.d. “*stories*”¹⁵ di *Instagram*, secondo il documento, rappresentano “*il modo più immediato, e anche il più divertente, per mostrare la vera te (nella tua quotidianità) a chi ti segue*”. Il documento prosegue specificando che “*nelle stories puoi - e devi - permetterti di essere più vera*” (enfasi aggiunta).

29. Quanto agli argomenti da affrontare nelle *stories*, il documento suggerisce alcuni temi che non dovrebbero mancare e, tra questi: “*Le tue nuove abitudini (alimentari e non, mostra cosa stai cucinando, qual è la tua routine di bellezza al mattino, la sera, ecc....)*”. Il passaggio si chiude con l’osservazione che “*Le storie sono il posto giusto per raccontare come ti trovi con i prodotti che usi, puoi mostrarli e far vedere che tu per prima li utilizzi e come lo fai*” (enfasi aggiunta). In altri termini, occorre mostrare “*La tua quotidianità anche se non è perfetta*” (enfasi aggiunta).

30. Un ulteriore suggerimento, finalizzato a rintracciare potenziali nuovi clienti, consiste nel fare una “*ricerca per #*” (ossia per argomenti), considerato “*il modo più semplice per interagire con persone che hanno i tuoi stessi interessi*”. L’obiettivo deve essere quello di farsi notare “*da persone che sono potenzialmente già interessate a quello che tu condividi regolarmente*”; nel caso in cui “*non si crea un’interazione nei 5 giorni successivi*” al primo contatto, si suggerisce di abbandonarlo e di spostarsi su altri potenziali clienti.

31. Un secondo documento, denominato “*LADY NETWORK - Azioni giornaliere – Planning*”¹⁶, invita i membri del gruppo Facebook a proporre “*il business alle tue amicizie che ritieni abbiano un bel profilo*”. Ancora una volta, vengono date indicazioni precise su come intervenire sui *social media* al fine di ampliare il più possibile la rete dei potenziali venditori. A tal proposito, il manuale invita i membri del gruppo ad attenzionare quotidianamente “*i profili delle tue amicizie [...] e laddove trovi un profilo interessante [...] mostrale l’opportunità*”¹⁷ mandando questo messaggio: “*Ciaooo bella, come staiii? È da un po' che ti*

¹⁴ Cfr. documento denominato “*Fw_2 file azioni*” nell’indice del fascicolo.

¹⁵ Le *Instagram Stories*, o *Storie* di *Instagram*, sono testi, foto e brevi video (dalla durata massima di 15 secondi) inseribili nel proprio profilo su *Instagram* in una sezione dedicata, dove restano visibili per 24 ore.

¹⁶ Cfr. documento “*Fw_2 file azioni*” cit.

¹⁷ Si fa riferimento all’“opportunità di vendita diretta”, ossia all’entrata nella rete NewAge come Incaricato alle vendite.

osservo e oggi ho deciso di provare a chiedertelo, che tanto ad essere coraggiose non si fa mai male :) ... cosa mi risponderesti se ti dicessi che ti vorrei nel mio teaaam?"".

32. La declinazione delle indicazioni fornite da Ariix nelle linee guida emerge ad esempio in alcuni *post* in atti, nei quali i venditori si presentano come semplici consumatori e riportano la loro esperienza personale di un “percorso” di dimagrimento (cfr., a titolo esemplificativo, le immagini in fig. 3):

(versione omissata)



Fig. 3

33. Come può evincersi dalle immagini che precedono, in entrambe le *stories*, coerentemente con le indicazioni delle linee guida Ariix, le venditrici cercano di “mostrare la vera te (nella tua quotidianità)”, facendo riferimento ad episodi di vita privata (“dieta del minestrone”, “disperazione più totale”, ecc.). L’unica indicazione dei legami esistenti tra Ariix e le autrici dei *post* è l’hashtag #ariix.

Segue: il ruolo di Unstoppable

34. Unstoppable Generation s.r.l. organizza eventi destinati agli incaricati alla vendita di Ariix, tra cui i membri della “community” Unstoppable Generation; tutti membri di tale *community* sono infatti venditori Ariix¹⁸.

In particolare, la società ha organizzato la *convention* di lancio dell’attività di Ariix in Italia¹⁹, tenutasi nell’ottobre 2019.

35. I soci di Unstoppable sono Incaricati alle vendite di Ariix, in virtù di contratti stipulati a titolo personale con quest’ultima e sono membri della *community* Unstoppable Generation.

iii) Pratica sub C): la vendita di prodotti senza autorizzazione ministeriale

36. La terza contestazione oggetto del procedimento riguarda l’immissione in commercio di due integratori (“*Slenderiz Gocce Day&Night*” e “*Tahitian Noni*”) in assenza della preventiva notifica al Ministero della Salute prevista dalle norme vigenti.

37. Nell’ambito del procedimento istruttorio è emerso che tali prodotti sarebbero stati notificati al Ministero della Salute con le denominazioni “*Day pre-meal drops*” (codice 114929) e “*Night soothing bedtime drops*” (codice 114931) e, di conseguenza, sarebbero inseriti nell’elenco degli integratori notificati²⁰.

38. È inoltre emerso che il prodotto denominato “*Tahitian Noni*” non è un integratore alimentare, ma piuttosto una “*bevanda pastorizzata aromatizzata prodotta con diversi succhi di frutta*”.

IV. LE ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE DEI PROFESSIONISTI

IV.1 Le argomentazioni di ARIIX e New Age

39. I professionisti contestano quanto affermato nella comunicazione del termine conclusivo della fase istruttoria secondo cui il sistema di vendite in esame si alimenterebbe con il contributo dei partecipanti/aderenti alla rete di vendita, rilevando in merito che il contributo di tali soggetti sarebbe stato limitato, nel 2021, a circa [0-5] milioni di euro, ossia un importo non in grado di finanziare l’intero sistema di vendite e remunerazioni; infatti, le provvigioni complessivamente erogate agli incaricati (nel 2021) sono state pari a [10-30] milioni di euro, ossia un importo “*pressoché coincidente*” con quello relativo alle vendite di prodotti NewAge/Ariix a terzi consumatori finali/clienti, pari, sempre nel 2021, a [10-30] milioni di euro. Di conseguenza, sarebbe “*evidente come quello di Ariix/NewAge sia un sistema che si finanzia -e che è finanziariamente in grado di erogare provvigioni agli incaricati- sulla base delle vendite di prodotti*”.

40. ARIIX e NewAge osservano che un sistema “piramidale”, secondo i criteri individuati dalla Corte di Giustizia Europea²¹, “è caratterizzato dal fatto che la sua perpetuazione richiede l’adesione di un numero sempre crescente di nuovi partecipanti onde finanziare i corrispettivi versati ai membri già presenti. Esso implica altresì che gli aderenti più recenti sono meno suscettibili di ricevere un corrispettivo a fronte della loro partecipazione. Tale sistema cessa di essere redditizio allorché la crescita del numero degli aderenti,

¹⁸ Cfr. Verbale ispettivo Unstoppable del 26 maggio 2022.

¹⁹ Cfr. Verbale ispettivo Unstoppable del 26 maggio 2022 e risposta alla richiesta di informazioni del 21 giugno 2022.

²⁰ I prodotti “Day pre-meal drops” e “Night soothing bedtime drops” sono rinvenibili a pag. 147 dell’elenco degli integratori notificati per impresa notificatrice, al sito https://www.salute.gov.it/portale/temi/documenti/integratori/registro_integratori_per_impresa.pdf.

²¹ Cfr., *ex plurimis*, Corte di Giustizia Europea, Sentenza in data 3/4/2014, nella causa C-515/12 – “4Finance”, paragrafo 22.

che teoricamente dovrebbe tendere all'infinito affinché il sistema perduri, non basta più a finanziare i corrispettivi promessi a tutti i partecipanti"²².

41. A detta delle due società "nulla di tutto ciò avviene nel sistema NewAge/Ariix", altrimenti non si giustificerebbero i cospicui importi erogati nel 2021 ai componenti della propria rete di vendita a titolo di provvigioni (*cfr. supra*); provvigioni che verrebbero finanziate dalle vendite di prodotti Ariix/NewAge, e non con la mera "crescita del numero degli aderenti".

42. I professionisti hanno prodotto dati dai quali emergerebbe che Ariix e NewAge "svolgono un'effettiva attività commerciale" dei loro prodotti. In questa prospettiva, essi osservano che il valore degli acquisti *pro capite* per ciascuno degli incaricati alle vendite è quantificabile, nel 2021, in [0-1.000] euro (IVA inclusa) su base annua²³, corrispondenti ad appena [0-50] euro (IVA inclusa) mensili. Tale esiguo esborso mensile non sarebbe neppure sufficiente, da solo, a far raggiungere il requisito qualificante previsto dal Piano Compensi (ossia i 100 PV, corrispondenti a circa 100 Euro, ogni quattro settimane), con la conseguenza per cui i restanti [50-100] euro sarebbero necessariamente "rappresentati da vendite a clienti/consumatori finali di Ariix/NewAge intermedie dal singolo incaricato".

43. Tanto premesso, a detta di ARIIX non sarebbero emersi elementi che indichino la sussistenza di un'infrazione, ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. p), del Codice del Consumo.

In ogni caso, le società ARIIX e NewAge, "alla luce dell'oggettiva incertezza del quadro normativo e della linea di demarcazione tra vendita piramidale e "lecito" marketing multilivello", comunicano che stanno valutando di introdurre alcune modifiche al Piano Compensi.

44. Quanto alla pratica *sub B*), i professionisti osservano anzitutto come la medesima contestazione si fonderebbe unicamente su due documenti, allegati a un'e-mail, che conterrebbero – secondo la comunicazione del termine conclusivo della fase istruttoria - indicazioni di comportamento sui *social media* rivolte agli incaricati alle vendite Ariix aderenti al gruppo *social* denominato "Lady Network".

45. La comunicazione del termine conclusivo della fase istruttoria difetterebbe di elementi che possano far ritenere che le suddette *slide* siano state effettivamente utilizzate dagli incaricati come punto di riferimento nell'ambito della propria attività sui *social network*. Difatti, le indicazioni contenute nelle *slide* non riguarderebbero le modalità di promozione dei prodotti da parte degli incaricati, ma si limiterebbero a fornire consigli indirizzati a guidare gli incaricati nel percorso di ampliamento della propria rete di contatti sui *social network*.

46. Ariix e NewAge hanno sottolineato che gli incaricati sono tenuti a palesare le finalità commerciali e pubblicitarie perseguite in qualsiasi comunicazione di carattere commerciale volta a sponsorizzare i prodotti Ariix/NewAge.

Infatti, l'art. 9.6 del Contratto regolante il rapporto di incaricato con Ariix prevede l'obbligo di ciascun incaricato – al primo contatto con qualsivoglia potenziale cliente – di "immediatamente: (a) presentarsi con il proprio nome e cognome; (b) far presente di essere un Incaricato e fornire informazioni relative ai Prodotti e – qualora richiesto – l'Opportunità; (c) far presente lo scopo di tale contatto, ossia la promozione della vendita dei Prodotti e/o l'introduzione alla -o l'illustrazione della- Opportunità" (intendendosi per "Opportunità" l'"opportunità di vendita diretta", ossia la possibilità di diventare un Incaricato alle vendite Ariix). Inoltre, l'art. 2.4.1 del Policy Manual ribadisce che "I Brand Partner devono

²² Cfr. Sentenza Corte di giustizia cit.

²³ Tale valore è ottenuto dividendo l'importo degli acquisti per autoconsumo (pari a [10-30] milioni di euro, secondo i dati comunicati nella memoria del 7 novembre 2022) per il numero di incaricati alle vendite (pari a oltre [30.000-50.000] persone).

indicare chiaramente quanto segue nei loro annunci: (a) i Brand Partner devono chiaramente indicare il proprio nome, (b) “Brand Partner di NewAge”, (c) “(inserire il marchio qui) è un marchio di NewAge, Inc e delle sue affiliate”.

47. I professionisti rilevano che l’istruttoria avrebbe trascurato quei documenti dai quali emergerebbe l’impegno profuso dai medesimi nella attività di *compliance*, con l’obiettivo di assicurare che gli incaricati rispettino l’obbligo di fornire chiara indicazione ai consumatori della propria qualifica e delle finalità commerciali perseguite. In tale prospettiva, ad esempio, il documento denominato “ID7719894 claim post Facebook Instagram”²⁴ riporta lo scambio di *email* tra l’ufficio *compliance* di Ariix e un’incaricata, cui viene richiesto di apportare una serie di correzioni ai propri *post* su Instagram e Facebook. Più specificamente, l’ufficio *compliance* di Ariix chiede che “Deve essere inserito il logo di Incaricato alle Vendite di Ariix, oppure Inserire #IndependentRepresentative sempre nella parte iniziale della pagina e i suoi dati di contatto nome, cognome”.

48. Ariix e NewAge hanno rimarcato le iniziative già intraprese nelle attività di *compliance*. Più specificamente, Ariix: (i) si è impegnata nell’assicurare un’adeguata e costante formazione ai propri incaricati, tramite l’organizzazione di *training online*, nonché di *webinar* formativi organizzati con cadenza mensile; (ii) predispone *newsletter* periodiche a beneficio degli incaricati, nelle quali – relativamente alla creazione e diffusione di contenuti su *social network*, siti *internet* e *blog* - è ribadito l’obbligo di rendere manifesta la propria qualifica di incaricato, utilizzando ad esempio l’hashtag “#NewAgeBrandPartner” o “#ARIIXIndependentRepresentative”, nonché il divieto di esporre *claim* scorretti rispetto alle proprietà dei prodotti o vantii rispetto ai guadagni conseguiti tramite l’attività di venditore; (iii) si è dotata di un adeguato sistema di monitoraggio di possibili condotte contrarie alle *policies*, nonché di un apparato sanzionatorio idoneo a reprimere le eventuali violazioni, la cui operatività è affidata ad una apposita funzione all’interno delle due società.

49. Infine, a detta di Ariix e NewAge la fattispecie in esame sarebbe molto diversa da quella esaminata e sanzionata dall’Autorità nel caso PS11050 - GRUPPI SEGRETI FACEBOOK- PRODOTTI JUICE PLUS+²⁵. Infatti, nel caso in esame non vi sarebbero evidenze che Ariix/NewAge abbiano in alcuna occasione suggerito o tantomeno espressamente invitato gli incaricati a dissimulare nei confronti dei consumatori l’intento promozionale delle attività svolte sui *social network*.

IV.2 Le argomentazioni di Unstoppable

50. In via preliminare, Unstoppable osserva che, contrariamente a quanto si assume nella comunicazione del termine conclusivo della fase istruttoria, non vi è alcun legame, di qualsiasi natura, tra la società Unstoppable Generation S.r.l., destinataria della comunicazione del termine conclusivo della fase istruttoria, e la *community* denominata “Unstoppable Generation” (di seguito, la “Community”), che avrebbe partecipato alla commissione dei presunti illeciti²⁶.

51. Infatti, Unstoppable Generation S.r.l. non ha rapporti commerciali, se non per l’organizzazione di eventi, né con Ariix/NewAge, né tantomeno con gli incaricati alle vendite e, dunque, non sarebbe coinvolta ad alcun titolo nella vendita dei prodotti Ariix/NewAge.

²⁴ Cfr. documento 15.2.14 di cui all’indice del fascicolo.

²⁵ Cfr. Provvedimento n. 27612 del 27 marzo 2019 relativo al caso PS11050 - GRUPPI SEGRETI FACEBOOK- PRODOTTI JUICE PLUS+.

²⁶ Peraltro, la Community non sarebbe qualificabile come un’entità giuridica, essendo composta dalle migliaia di utenti che operano sui social media in totale autonomia ed a titolo meramente personale.

52. Il professionista rileva inoltre che la *Community* non ha nulla a che vedere con la società Unstoppable, “*se non la mera denominazione sociale*”, essendo composta esclusivamente da incaricati alle vendite di Ariix e non di Unstoppable.

53. Inoltre, la *Community* “*esiste ed è attiva sui social media dal 2013, ben prima della costituzione della società Unstoppable Generation S.r.l., avvenuta nel 2016*”²⁷: la *Community*, pertanto, non solo non sarebbe stata “fondata” da Unstoppable, ma sarebbe un soggetto del tutto autonomo rispetto a quest’ultima e sarebbe costituita da soggetti completamente indipendenti da Unstoppable, in quanto incaricati alle vendite di Ariix.

V. PARERE DELL’AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

54. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa tramite *internet*, in data 8 novembre 2022 è stato richiesto il parere all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell’art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

55. Con parere pervenuto in data 29 novembre 2022, la suddetta Autorità ha rilevato che *internet* è uno strumento idoneo a influenzare significativamente la realizzazione della pratica commerciale in esame. Nel caso di specie, infatti, i mezzi di comunicazione utilizzati, in relazione al servizio offerto dai Professionisti, risultano idonei a sviluppare un significativo impatto sui consumatori i quali, sulla base delle informazioni ricevute tramite i *social media* ovvero lette nel Sito *web* dei Professionisti, potrebbero essere indotti ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbero preso, così sviluppando in concreto la piena potenzialità promozionale delle comunicazioni su citate.

VI. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

VI.1 Questioni preliminari: la responsabilità delle Parti

56. Le condotte sopra descritte *sub* A) e B) integrano distinte pratiche commerciali scorrette, ai sensi degli artt. 20, 21, 22, comma 1 e 2, 23, comma 1, lett. aa) e p) del Codice del Consumo.

57. Devono considerarsi responsabili delle suddette pratiche Ariix e NewAge. NewAge è la società a capo dell’omonimo gruppo internazionale cui appartiene, tra le altre, Ariix LLC, socio unico di Ariix. Inoltre, NewAge è il *registrant* del sito *web* <https://ariix.newage.com/>, ed è titolare a livello globale del sistema di vendita NewAge.

Tale sistema è stato realizzato in Italia da Ariix. Ariix definisce il piano compensi e le linee guida di comportamento degli incaricati di vendita e fornisce a questi ultimi indicazioni volte all’espansione della rete di vendita.

58. Per ciò che concerne Unstoppable Generation S.r.l., dalle risultanze istruttorie è emerso che essa non è coinvolta nell’attività di vendita dei prodotti Ariix/NewAge ed è un soggetto giuridicamente distinto dalla *community* denominata “Unstoppable Generation”, costituita da venditori di Ariix.

Allo stato, sulla base degli elementi in atti, deve quindi ritenersi che Unstoppable Generation S.r.l. sia estranea alle condotte oggetto del presente procedimento.

²⁷ Cfr. Verbale ispettivo Unstoppable del 26 maggio 2022, pag. 3.

VI.2 Valutazioni

Pratica A)

59. Il sistema di vendite Ariix/NewAge è un sistema di vendita multilivello che viene presentato come in grado di *“migliorare la salute e lo stile di vita di chiunque, ovunque”* ovvero prospettando importanti prospettive *“dal punto di vista reddituale”*.

Il sito ufficiale dei professionisti, nel presentare le opportunità di guadagno aperte a coloro che decidono di diventare incaricati alla vendita di Ariix, sottolinea come tali guadagni derivino anche dalla possibilità *“di trasformare i vostri follower, i “mi piace”, le visualizzazioni e le recensioni in denaro sonante [sfruttando] il potere della connessione tra esseri umani e quella digitale, con lo scopo di sbloccare potenziali guadagni mai immaginati”*.

60. Il Consiglio di Stato²⁸ ha recentemente richiamato i principi delineati dalla Corte di Giustizia²⁹ in merito ai sistemi di vendita c.d. “piramidali”, ribadendo in particolare che sono vietati i *«sistemi di promozione a carattere piramidale»*, ai sensi dell’allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29³⁰, in presenza di tre precise condizioni cumulative, ossia che: 1) *“la promozione sia basata sulla promessa che il consumatore avrà la possibilità di realizzare un beneficio economico”*; 2) *“l’avveramento di tale promessa dipende dall’ingresso di altri consumatori in un siffatto sistema”*; 3) *“la parte più consistente delle entrate che consentono di finanziare il corrispettivo promesso ai consumatori non risulta da un’attività economica reale”*, quanto piuttosto dal continuo ingresso di nuovi partecipanti che di fatto “alimenta” e sostiene tutto il sistema.

61. Nel caso di specie ricorrono le suddette condizioni per la configurabilità di un sistema di vendita *“piramidale”*.

Ariix, infatti, prospetta l’adesione al proprio sistema di vendita come un sistema per *“trasformare la vostra vita fisicamente o dal punto di vista reddituale”* e *“sbloccare potenziali guadagni mai immaginati”*, grazie allo sfruttamento della propria rete *social* (cfr. *supra*, § 13). Il Piano Compensi sopra sinteticamente descritto viene poi presentato come il *“più pagante nel nostro ambiente”*.

62. L’avveramento delle prospettive di guadagno dipende dall’ingresso di altri consumatori. Il Piano Compensi, infatti, prevede strumenti di remunerazione (bonus nuovo valore, commissione di base, *matching bonus*, ecc.) che incentivano la creazione di nuove linee di vendita e l’ampliamento di quelle esistenti al fine di lucrare sulle vendite realizzate dai propri affiliati. I guadagni prospettati a ciascun Incaricato appaiono dunque direttamente proporzionali all’ampiezza della rete che ciascuno di essi è in grado di creare, oltre che alle vendite a clienti terzi.

Gli stessi suggerimenti forniti ai venditori attraverso i documenti concernenti le modalità di comportamento sui *social media* orientano ad espandere il numero dei propri affiliati piuttosto che la vendita dei prodotti.

63. I dati forniti da Ariix indicano che il [50-55%] delle vendite totali realizzate dalla società nel 2021 è rappresentato da acquisti attribuibili a soggetti appartenenti alla rete di vendita, mentre la quota di acquisti attribuibile al mercato esterno alla rete di vendita si ferma al [45-50%].

²⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 321, inerente al procedimento PS8202-*Organo Gold Italia*.

²⁹ Cfr. Sentenza della Corte di Giustizia del 3 aprile 2014, C-515/12, punto 20.

³⁰ Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

Emerge quindi che oltre la metà delle entrate di Ariix proviene non da un’*“attività economica reale”* - ossia da vendite a consumatori esterni alla rete di vendita - bensì dall’autoconsumo di soggetti appartenenti alla stessa rete.

64. La rilevanza degli acquisti in autoconsumo per la sostenibilità economica del sistema di vendita in esame non può essere sottovalutata, come invece fanno i professionisti quando sostengono che *“quello di Ariix/NewAge [è] un sistema che si finanzia – e che è finanziariamente in grado di erogare provvigioni agli incaricati - sulla base delle vendite di prodotti; diversamente, non sarebbe stato certo possibile liquidare oltre [10-30] milioni di euro di provvigioni nel solo 2021!”*.

Al riguardo, si osserva che le provvigioni rappresentano soltanto una parte dei costi complessivi di Ariix, che è stimabile in poco più del [40-60] % ove si assuma che i costi complessivi nel 2021 siano pari a quelli del 2020³¹. Seguendo l’argomentazione dei professionisti, secondo cui i ricavi da vendite a terzi ([10-30] milioni di euro) coprono le provvigioni ([10-30] milioni di euro), i rimanenti costi del sistema di vendita (i costi di acquisto/fabbricazione dei prodotti, pari nel 2020 a 11,5 milioni di euro, nonché i costi per servizi diversi dalle provvigioni, stimabili in oltre [0-5] milioni di euro³²) non possono che essere coperti dai ricavi per acquisti in auto-consumo (pari a [10-30] milioni di euro). Pertanto, ove non vi fossero questi ultimi ricavi, il sistema di vendita Ariix non sarebbe economicamente sostenibile, perché le vendite a terzi sarebbero sufficienti a coprire soltanto poco più della metà dei costi di Ariix³³.

Ne deriva che i ricavi da autoconsumo sono fondamentali per assicurare la sostenibilità economica del sistema di vendita Ariix/NewAge.

Poiché i ricavi da autoconsumo sono direttamente correlati al numero degli aderenti al sistema, si può dunque concludere che la sua sostenibilità economica dipende strettamente dagli ingressi nel sistema stesso. Di qui, infatti, le inequivocabili sollecitazioni al reclutamento di nuovi incaricati.

65. I professionisti, inoltre, per negare il peso dell’auto-consumo nel sistema di vendite in esame utilizzano un’argomentazione intrinsecamente contraddittoria, secondo cui il valore degli acquisti *pro capite* mensile ([0-50] euro) non sarebbe neppure sufficiente a far raggiungere il requisito qualificante previsto dal Piano Compensi (ossia 100 PV, corrispondenti a circa 100 Euro, ogni quattro settimane). Ciò posto, si osserva che replicando il ragionamento proposto dalle Parti, si può mostrare che neanche le vendite medie mensili a terzi effettuate da ciascun incaricato consentirebbero il raggiungimento del requisito qualificante di cui sopra: infatti, le vendite mensili a terzi per Incaricato risultano inferiori a 50 PV, con la conseguenza che l’Incaricato dovrebbe effettuare ogni mese un autoconsumo superiore alle vendite a terzi per soddisfare il requisito qualificante³⁴.

³¹ Il bilancio 2021 di Ariix non è stato ancora approvato. Nel bilancio 2020 i costi complessivi sono stati pari a circa 34 milioni di euro (al lordo della variazione delle rimanenze, che è negativa). Dividendo l’importo delle provvigioni pagate nel 2021 ([10-30] milioni di euro) per il totale dei costi 2020 si ottiene la percentuale riportata nel testo.

³² Poco meno del 34% dei costi complessivi 2020 (al lordo della variazione delle rimanenze) era rappresentato dai costi di acquisto/fabbricazione dei prodotti. Il 65% di tali costi era rappresentato da “Costi per servizi”, che includono, oltre alle provvigioni agli Incaricati, i costi di telefonia, elettricità, pubblicità, eventi formativi, i compensi ad amministratori ecc. Il rimanente era costituito dal costo del lavoro e da altre voci minori.

³³ Assumendo tali costi pari a circa 34 milioni di euro, come nel bilancio 2020.

³⁴ Infatti, dividendo l’importo delle vendite a terzi nel 2021 (pari a [10-30] milioni di euro, secondo i dati riportati nei punti 27 e 35 della memoria del 7 novembre 2022) per il numero di incaricati alle vendite (pari a oltre [30.000-50.000] persone), si ottiene il valore di [0-1.000] euro, pari a [0-50] euro su base mensile: le vendite medie mensili a terzi non consentirebbero ad un incaricato di soddisfare il requisito minimo e sarebbe dunque necessario ricorrere all’autoconsumo per oltre metà di tale requisito.

In realtà, la predisposizione di un'apposita funzione "Autoshop" per effettuare in modo automatico l'ordine - che assicura il soddisfacimento del requisito qualificante - conferma da sola l'importanza dell'autoconsumo nel sistema di vendita Ariix.

66. Pertanto, il sistema di vendita Ariix/NewAge possiede i connotati di un sistema "piramidale", in contrasto con il dettato dell'art. 23, comma 1, lett. p), del Codice del Consumo.

Pratica B)

67. I *post* su Facebook e Instagram presenti in atti (*cf. fig. 3*) si presentano come la narrazione dell'esperienza personale di consumatori che hanno assunto i prodotti Ariix/NewAge ottenendone benefici. I *post* declinano nel concreto le indicazioni e i suggerimenti che Ariix fornisce nei suoi documenti ai venditori, che, pertanto, non si qualificano come tali sui *social network* utilizzati.

Infatti, ad indurre i venditori a non manifestare la finalità commerciale del contatto con il consumatore è proprio la strategia di vendita adottata da Ariix, che nelle linee guida incentiva la condivisione di esperienze di consumo non necessariamente autentiche.

68. Dalle indicazioni fornite da Ariix ai propri venditori emerge che gli stessi sono invitati a proporsi essenzialmente come consumatori, facendo largo uso dei *social network*, costruendo la propria immagine pubblica di venditore/consumatore, senza insistere sulla necessità di palesare le finalità commerciali e pubblicitarie perseguite, al fine di reclutare nuove adesioni.

69. L'utilizzo da parte dei venditori di registri comunicativi che creano commistione tra l'ambito privato e professionale e dissimulano l'intento promozionale delle informazioni condivise sui *social media* costituisce una fattispecie di pratica commerciale considerata in ogni caso ingannevole ai sensi dell'articolo 23, lettera aa), del Codice del Consumo.

70. Si tratta di una tecnica promozionale che si avvale della minor attenzione e del minor grado di approfondimento propri dei canali di comunicazione *social*, per aggirare i naturali meccanismi di difesa e reazione dei consumatori.

71. Nelle proprie difese i professionisti hanno sostenuto che gli incaricati sono tenuti a palesare le finalità commerciali perseguite in qualsiasi comunicazione di carattere commerciale, ai sensi dell'art. 9.6 del Contratto regolante il rapporto di incaricato con Ariix e ai sensi dell'art. 2.4.1 del Policy Manual.

In realtà, il contenuto delle clausole citate appare contraddetto dai *post* agli atti e dalle Linee Guida del gruppo "Lady Network", dai quali emerge una equivoca commistione tra il ruolo di consumatore e il ruolo di venditore degli Incaricati Ariix.

Nei *post*, l'indicazione a fondo pagina dell'hashtag *#ariix* – peraltro insieme ad un gran numero di altri *hashtag* – non è idonea a disvelare il contesto nel quale avviene l'interazione *social*: un venditore che si rappresenta come consumatore per promuovere l'adesione al sistema Ariix e la vendita dei prodotti Ariix/NewAge.

Le "Linee Guida" del gruppo Lady Network suggeriscono modalità di strutturazione dei *post* e delle interazioni *social* (commenti ai *post*, *likes*, decisione di seguire o meno un certo profilo, gestione dei *follower* ecc.) che consapevolmente confondono il piano dell'esperienza personale e della genuina interazione sociale con quello commerciale volto a individuare persone che potrebbero essere inseriti nella rete di vendita e consumo dei prodotti Ariix/NewAge.

72. In conclusione, l'assenza o l'inadeguatezza di indicazioni volte a segnalare l'intento commerciale delle suddette comunicazioni risultano in contrasto con gli artt. 20, 21, 22, comma 1 e 2, 23, comma 1, lett. aa), del Codice del Consumo.

Pratica C)

73. Dagli elementi acquisiti non ha trovato, invece, conferma la contestazione circa la commercializzazione dei prodotti “*Slendeez Gocce Day&Night*” e “*Tahitian Noni*” in mancanza della prescritta notifica al Ministero della Salute.

VII. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

74. Ai sensi dell’art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l’Autorità dispone l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

75. In caso di procedimento che abbia ad oggetto una pluralità di illeciti amministrativi accertati, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come in presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale, ascritte alla responsabilità dei professionisti, si applica il criterio del cumulo materiale delle sanzioni, in luogo del cumulo giuridico (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 6232 del 15 ottobre 2020).

76. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall’art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all’art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell’opera svolta dall’impresa per eliminare o attenuare l’infrazione, della personalità dell’agente, nonché delle condizioni economiche dell’impresa stessa.

77. Con riferimento alla dimensione economica dei professionisti, si rileva che NewAge Inc. è attiva a livello globale nella distribuzione di prodotti dimagranti e per la cura del corpo e nel corso del 2021 ha realizzato un fatturato consolidato di circa [300-500] milioni di dollari. La società è stata ammessa alla procedura prevista dal Chapter 11 dello United States Bankruptcy Code, avendo registrato una posizione debitoria di oltre 100 milioni di dollari.

Ariix Italy S.r.l. cura la vendita dei prodotti NewAge sul territorio italiano e gestisce il sistema di vendita oggetto del presente procedimento. Nel corso del 2021 ha realizzato in Italia un fatturato pari a [35-40] milioni di euro. Nel 2020 e nel 2019 (ultimi due esercizi per cui si dispone di un bilancio approvato) la società è stata in utile.

Pratica A)

78. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto della elevata potenzialità offensiva dell’adozione di uno schema distributivo di carattere piramidale e della significativa penetrazione della pratica commerciale, suscettibile di coinvolgere un numero molto elevato di consumatori sull’intero territorio nazionale, essendo stata posta in essere mediante i nuovi canali *social* di comunicazione.

79. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che le pratiche commerciali sono state poste in essere dal maggio 2020, data di avvio del sistema di vendite Ariix/NewAge in Italia, e sono tutt’ora in corso.

80. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l’importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile ad Ariix e NewAge, in solido, per la pratica *sub A)* nella misura di 1.000.000 (*unmilione*) di euro.

81. In considerazione della situazione economica del gruppo NewAge, che presenta condizioni economiche non positive ed è attualmente soggetta ad una procedura assimilabile al concordato preventivo,

si ritiene congruo rideterminare l'importo della sanzione in solido per le due società inerente alla pratica *sub A*) nella misura di 800.000 (*ottocentomila*) euro.

Pratica B)

82. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto della insidiosità derivante dall'omessa trasparenza della qualifica e dell'intento promozionale perseguito dagli Incaricati alla vendita di Ariix e della significativa penetrazione della pratica commerciale, suscettibile di coinvolgere un numero molto elevato di consumatori sull'intero territorio nazionale, in quanto è stata posta in essere mediante i nuovi canali *social* di comunicazione.

83. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che le pratiche commerciali sono state poste in essere dal maggio 2020, data di avvio del sistema di vendite Ariix/NewAge in Italia, e sono tutt'ora in corso.

84. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile ad Ariix e NewAge, in solido, per la pratica *sub B*) nella misura di 200.000 (*duecentomila*) euro.

85. In considerazione della situazione economica del gruppo NewAge, che presenta condizioni economiche non positive ed è attualmente soggetta ad una procedura assimilabile al concordato preventivo, si ritiene congruo rideterminare l'importo della sanzione in solido per le due società inerente alla pratica *sub B*) nella misura di 160.000 (*centosessantamila*) euro.

RITENUTO, pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale *sub A*), consistente nell'aver realizzato un sistema di vendite "piramidale", risulta scorretta ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. p) del Codice del Consumo;

RITENUTO, inoltre, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale *sub B*), consistente nell'aver promosso sui *social media* la vendita dei prodotti ARIIX/NewAge attraverso modalità che non chiariscono adeguatamente la finalità commerciale dei messaggi pubblicati, risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22, comma 1 e 2, 23, comma 1, lett. *aa*) del Codice del Consumo;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II *sub A*), del presente provvedimento, posta in essere dalle società Ariix e NewAge, costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. p), del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) che la pratica commerciale descritta al punto II *sub B*), del presente provvedimento, posta in essere dalle società Ariix e NewAge, costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22, comma 1 e 2, 23, comma 1, lett. *aa*), del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

c) di irrogare in solido alle società Ariix Italy S.r.l. e NewAge Inc., in relazione alla pratica di cui al punto II lett. A), una sanzione amministrativa pecuniaria di 800.000 € (*ottocentomila* euro);

d) di irrogare in solido alle società Ariix Italy S.r.l. e NewAge Inc, in relazione alla pratica di cui al punto II lett. *B)*, una sanzione amministrativa pecuniaria di 160.000 € (centosessantamila euro);

e) che i professionisti comunichino all'Autorità, entro il termine di 90 giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alle diffide di cui ai punti *a)* e *b)*.

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato 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.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a 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'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

====

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

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. *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'art. 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

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

PS12458 - ACEA-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA

Provvedimento n. 30426

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 29 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie” (di seguito, Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento PS12458 del 12 dicembre 2022, volto a verificare l’esistenza di violazioni degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo da parte della società Acea Energia S.p.A.;

VISTO, in particolare, il proprio provvedimento del 12 dicembre 2022 con il quale, ai sensi dell’articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo è stato disposto che la società Acea Energia S.p.A. a) *sospenda provvisoriamente l’applicazione delle nuove condizioni economiche indicate nelle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale del contratto inviate prima del 10 agosto o nelle comunicazioni di proposta di rinnovo delle condizioni economiche inviate dopo il 10 agosto, confermando fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente applicate, comunicando individualmente ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni, e con la medesima forma, l’applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero, nel caso in cui i termini di perfezionamento delle nuove comunicazioni non siano ancora scaduti, l’inefficacia delle modifiche proposte; b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche;*

VISTA la memoria presentata da Acea Energia S.p.A., pervenuta in data 21 dicembre 2022, e la successiva comunicazione del 23 dicembre 2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. La società Acea Energia S.p.A. (di seguito “Acea”, il “Professionista” o la “Società”), attiva nella fornitura di servizi di energia elettrica e gas sul mercato libero, in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, comma 1, lett. *b*), del Codice del Consumo.

2. Le associazioni di consumatori Confconsumatori Lazio e Unione per la Difesa dei Consumatori - U.Di.Con.

II. IL FATTO

3. Sulla base delle numerose segnalazioni di consumatori e microimprese¹ e della documentazione acquisita ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo, risulta che il Professionista, nel periodo maggio-ottobre 2022, ha inviato complessivamente [omissis]* comunicazioni ai propri clienti titolari di contratti di fornitura nel mercato libero a prezzo fisso, con le quali preannunciava la modifica delle condizioni economiche del rapporto di fornitura².

4. In particolare, tra il 4 maggio e il 25 luglio 2022, sulla base delle informazioni fornite dalla Società³, Acea ha inviato [omissis] comunicazioni di proposte di modifica unilaterale del contratto contenenti nuove condizioni economiche applicabili, con decorrenza iniziale compresa tra settembre e dicembre 2022, fornendo generiche motivazioni a sostegno delle prospettate modifiche di prezzo⁴. Tali comunicazioni nella maggior parte dei casi, riportavano il riferimento ad una scadenza risalente nel tempo, prorogata ai sensi di quanto previsto dalle Condizioni Generali di Fornitura e mantenuta invariata fino ad una nuova comunicazione della medesima⁵, e il preavviso della decorrenza delle nuove condizioni economiche a partire da una scadenza successiva a quella risultante da tale proroga⁶.

5. Nello specifico, si rileva che le comunicazioni inviate ai vari consumatori avevano ad oggetto: "PROPOSTA DI MODIFICA UNILATERALE" e riportavano quanto segue:

"Gentile Cliente, le condizioni economiche dell'offerta XXX relative alla tua fornitura luce indicata qui sotto sono scadute il giorno XXX e a partire da questa data le abbiamo prorogate ai sensi di quanto previsto nelle Condizioni Generali di Fornitura e sono attualmente in vigore.

A partire dall'ultimo trimestre del 2021 lo scenario energetico è sensibilmente cambiato e il prezzo dell'energia ha visto un importante incremento.

Il prezzo medio di riferimento dell'energia nel Servizio di Maggior Tutela per il primo semestre 2022 è di 274,6 €/MWh ovvero +327% rispetto allo stesso semestre del 2021.

¹ Circa 30 segnalazioni, pervenute a far data dal 23 settembre 2022.

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

² A fronte delle comunicazioni inviate, Acea ha registrato [omissis] interruzioni/cessazioni della fornitura di energia elettrica o gas (che precisa non essere necessariamente dovute alla ricezione della comunicazione, in quanto il dato è stato ricavato come differenza della base clienti tra maggio e ottobre 2022).

³ Cfr. risposta alla richiesta di informazioni del 18 ottobre 2022, prot. n. 78619, resa con comunicazione del 4. novembre 2022, prot. n. 85309.

⁴ In particolare, secondo il Professionista, "A partire dall'ultimo trimestre del 2021 lo scenario energetico è sensibilmente cambiato e il prezzo dell'energia ha visto un importante incremento", rendendo necessario un adeguamento delle offerte.

⁵ Cfr. risposta Acea del 12 dicembre 2022, prot. 97429

⁶ Il richiamo sembra riferito, a seconda delle versioni delle CGF, all'art. 25.6, ai sensi del quale "Le condizioni economiche saranno applicate per il periodo indicato nell'Allegato "Condizioni Economiche" [indicativamente 12/24 mesi] a cui il Cliente ha aderito e allo scadere del periodo le stesse si intenderanno prorogate, ferma restando la facoltà del Fornitore di applicare variazioni unilaterali ai sensi di quanto previsto al precedente art. 16", o all'art. 26.6, secondo cui "Le condizioni [...] economiche saranno applicate per il periodo indicato nell'Allegato "Condizioni Economiche" [indicativamente 12/24 mesi] a cui il Cliente ha aderito. Allo scadere del periodo le stesse potranno essere modificate dal Fornitore. Il tal caso il Fornitore comunicherà, con un preavviso di almeno 90 giorni, le nuove condizioni economiche mediante una comunicazione scritta (cartacea o digitale). In assenza della predetta comunicazione, le Condizioni Economiche vigenti (a cui il Cliente ha aderito inizialmente, ovvero a lui successivamente comunicate con la modalità di cui al presente articolo) si intenderanno prorogate di tre mesi in tre mesi. Resta salva la facoltà del Cliente di esercitare il diritto di recesso con un preavviso di un mese, dandone comunicazione mediante raccomandata da inviare o tramite il nuovo Fornitore con le modalità indicate all'articolo 8. In assenza di recesso le nuove condizioni economiche si considereranno accettate dal Cliente".

Questa situazione rende necessario anche da parte nostra un adeguamento della tua attuale offerta che non applicheremo con la scadenza della stessa ma successivamente a partire dal giorno XXX e per i successivi XXX mesi.”. Oppure: “Questa situazione rende necessario anche da parte nostra un adeguamento delle attuali offerte. Per non applicarti un prezzo bloccato che potrebbe non essere per te vantaggioso modifichiamo la tua offerta da prezzo fisso a prezzo indicizzato (PUN) che segue l’andamento del mercato. Questo a partire dal giorno XXX per i successivi XXX mesi”.

Acea, inoltre, nell’ambito della medesima comunicazione, ha indicato la facoltà del cliente di recedere senza oneri dal contratto in essere scegliendo un nuovo fornitore (“*Ti ricordiamo che, come riportato nelle condizioni generali, puoi recedere in qualsiasi momento e senza oneri dal presente contratto di fornitura, scegliendo un nuovo fornitore che provvederà ad esercitare il recesso per tuo conto e in tuo nome secondo le modalità previste dalla normativa vigente.*”) o disattivando la fornitura (“*Se invece vuoi disattivare la fornitura puoi farlo, con un preavviso di un mese, recandoti presso i nostri sportelli oppure con la web-form disponibile nell’area riservata XXX sul nostro sito XXX*”) (Cfr. Figg. 1 e 2).

6. Dalle informazioni fornite da Acea risulta che i punti di fornitura ai quali sono state applicate le nuove condizioni economiche, a decorrere dal 10 agosto 2022, erano, a fine ottobre 2022, [omissis].

Fig. 1

Proposta di modifica unilaterale di contratto

Le condizioni economiche dell'offerta ACEA UNICA relative alla tua fornitura luce indicata qui sotto sono scadute il giorno 31/03/2019 e a partire da questa data le abbiamo prorogate ai sensi di quanto previsto nelle Condizioni Generali di Fornitura e sono attualmente in vigore.

Intestatario fornitura: OMISSIS
 POD: OMISSIS
 Indirizzo di fornitura luce: OMISSIS

A partire dall'ultimo trimestre del 2021 lo scenario energetico è sensibilmente cambiato e il prezzo dell'energia ha visto un importante incremento.

Questa situazione rende necessario anche da parte nostra un adeguamento delle attuali offerte. Per non applicarti un prezzo bloccato che potrebbe non essere per te vantaggioso modifichiamo la tua offerta da prezzo fisso a prezzo indicizzato (PUN) che segue l'andamento del mercato. Questo a partire dal giorno 01/01/2023 per i successivi 12 mesi.

Le nuove condizioni economiche che ti saranno applicate sono riportate di seguito e le troverai indicate in bolletta con il nome Acea Prezzo Chiaro.

Tabella 1 (valori al netto di imposta)

Componenti		Unità di misura	Valore
Componente energia (Incluse perdite)	F0	€/KWh	PUN Medio incluse perdite*
	F1	€/KWh	PUN Medio incluse perdite*
	F2	€/KWh	PUN Medio incluse perdite*
	F3	€/KWh	PUN Medio incluse perdite*
Commercializzazione fissa		€/anno	156,00
Sbilanciamento (Incluse perdite)		€/KWh	0,000000



Acea Energia
 Sede Legale: P.zza Ottaviano, 2 00184 Roma
 P.IVA 07605891000 REA 1084226



Service Clienti
 800 18 28 28 gratuito da fissa
 06 48992011 da cellulare



Scopri di più su acea.it
 servizi offerte tariffe
 o scarica l'app MyAcea Energia

Proposta di modifica unilaterale di contratto



Spread (Incluse perdite)	F0	€/KWh	0,033060
	F1	€/KWh	0,033060
	F2	€/KWh	0,033060
	F3	€/KWh	0,033060

* La componente energia è pari a PUN*(D+L) dove L è il fattore di correzione per tener conto delle perdite di rete (attualmente pari a 0,025). PUN: indice che ogni mese coincide con la media aritmetica del Prezzo Unico Nazionale(€/kWh) (differenziato nelle fasce orarie F1, F2 e F3 oppure monorario) così come determinato dal Gestore dei Mercati Energetici e consultabile sia sul sito acea.it che su www.mercatoelettrico.org. Applicheremo il valore F0 nel caso di contatore non a fasce diversamente per i contatori a fasce il prezzo applicato è F1, F2 e F3 in base agli orari qui sotto indicati.

Legenda fasce:

- F0 tutte le ore di tutti i giorni
- F1 da lunedì a venerdì dalle 8:00 alle 18:00, esclusi i giorni festivi
- F2 da lunedì a venerdì dalle 7:00 alle 8:00 e dalle 18:00 alle 23:00. Sabato dalle 7:00 alle 23:00
- F3 da lunedì a sabato dalle 23:00 alle 7:00, domenica e festivi tutto il giorno

Con questa nuova offerta non sono previsti bonus, sconti o penali.

Continueranno, inoltre, ad essere addebitati i costi relativi ai servizi di trasmissione, distribuzione e misura e gli oneri generali (come definiti dagli Allegati alla Delibera 568/2019/R/eel e s.m.l. e periodicamente aggiornati da Arera), i corrispettivi per il servizio di dispacciamento di cui all'articolo 24 dell'allegato A alla delibera 107/2009 (TIS), così come applicati da Terna tenendo conto delle perdite di rete, nonché il corrispettivo mercato della capacità (delibera 566/2021/R/EEL) pari al valore definito dall'Arera per il servizio di maggior tutela, tenendo conto delle perdite di rete, il corrispettivo di cui all'articolo 25 del TIS ai clienti finali aventi diritto alla maggior tutela, il corrispettivo di cui all'articolo 25bis del TIS ai clienti finali aventi diritto alla salvaguardia e il corrispettivo di cui all'articolo 25ter del TIS ai clienti finali aventi diritto al servizio a tutela graduale, così come applicati da Terna ad Acea Energia.

Tutte le componenti indicate sono da intendersi al netto delle imposte che verranno applicate. Le imposte e le relative aliquote sono consultabili sul sito dell' ARERA (Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente) all'indirizzo <http://www.arera.it>

Restano ferme tutte le altre condizioni contrattuali afferenti al contratto da te sottoscritto.

Fig. 2

Proposta di modifica unilaterale di contratto

le condizioni economiche dell'offerta ACEA INSIEME relative alla tua fornitura luce indicata qui sotto sono scadute il giorno 31/03/2022 e a partire da questa data le abbiamo prorogate ai sensi di quanto previsto nelle Condizioni Generali di Fornitura e sono attualmente in vigore.

Intestatario fornitura: OMISSIS
 POD: OMISSIS
 Indirizzo di fornitura luce: OMISSIS

A partire dall'ultimo trimestre del 2021 lo scenario energetico è sensibilmente cambiato e il prezzo dell'energia ha visto un importante incremento.

Il prezzo medio di riferimento dell'energia nel Servizio di Maggior Tutela per il primo semestre 2022 è di 274,6 €/MWh ovvero +327% rispetto allo stesso semestre del 2021.

Questa situazione rende necessario anche da parte nostra un adeguamento della tua attuale offerta che non applicheremo con la scadenza della stessa ma successivamente a partire dal giorno 01/01/2023 e per i successivi 12 mesi.

Le nuove condizioni economiche che ti saranno applicate sono riportate di seguito e le troverai indicate in bolletta con il nome Acea Prezzo Bloccato.

Tabella 1 (valori al netto di imposta)

Componenti		Unità di misura	Valore
Componente energia (incluse perdite)*	FO	€/KWh	0,220400
	F1	€/KWh	0,235387
	F2	€/KWh	0,225579
	F3	€/KWh	0,200013
Commercializzazione fissa		€/anno	90,00
Sbilanciamento (incluse perdite)		€/KWh	0,000000



Acea Energia
Sede Legale: Via Ostiense, 2 00154 Roma
P.VA 0760386003 REA 102420



Servizio Clienti
800 38 38 38 gratuito da fissa
06 49992005 da cellulare



Scopri di più su acea.it
accedi all'area riservata
e scarica l'app MyAcea Energia

MERCATO LIBERO

Proposta di modifica unilaterale di contratto

ace
energia
POD LUCE, PO GAS, HD RE

*Applicheremo il valore FO nel caso di contatore non a fascia diversamente per i contatori a fascia il prezzo applicato è F1, F2 e F3 in base agli orari qui sotto indicati

Legenda fasce:

- FO tutte le ore di tutti i giorni
- F1 da lunedì a venerdì dalle 8:00 alle 18:00, esclusi i giorni festivi
- F2 da lunedì a venerdì dalle 7:00 alle 8:00 e dalle 18:00 alle 23:00. Sabato dalle 7:00 alle 23:00
- F3 da lunedì a sabato dalle 23:00 alle 7:00, domenica e festivi tutto il giorno

Con questa nuova offerta non sono previsti bonus, sconti o penali.

Continueranno, inoltre, ad essere addebitati i costi relativi ai servizi di trasmissione, distribuzione e misura e gli oneri generali (come definiti dagli Allegati alla Delibera 568/2019/R/eei e s.m.i. e periodicamente aggiornati da Arera), i corrispettivi per il servizio di dispacciamento di cui all'articolo 24 dell'allegato A alla delibera 107/2009 (T15), così come applicati da Terna tenendo conto delle perdite di rete, nonché il corrispettivo mercato della capacità (delibera 566/2021/R/EEL) pari al valore definito dall'Arera per il servizio di maggior tutela, tenendo conto delle perdite di rete, il corrispettivo di cui all'articolo 25 del T15 ai clienti finali aventi diritto alla maggior tutela, il corrispettivo di cui all'articolo 25bis del T15 ai clienti finali aventi diritto alla salvaguardia e il corrispettivo di cui all'articolo 25ter del T15 ai clienti finali aventi diritto al servizio a tutele gradualità, così come applicati da Terna ad Acea Energia.

Tutte le componenti indicate sono da intendersi al netto delle imposte che verranno applicate. Le imposte e le relative aliquote sono consultabili sul sito dell' ARERA (Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente) all'indirizzo <http://www.arera.it>

Restano ferme tutte le altre condizioni contrattuali afferenti al contratto da te sottoscritto.

7. In data 10 agosto 2022 è entrato in vigore l'art. 3 del Decreto-Legge 9 agosto 2022 n. 115 (c.d. Decreto Aiuti bis), convertito in Legge del 21 settembre 2022, n. 142 ai sensi del quale: "1. *Fino al 30 aprile 2023 è sospesa l'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa fornitrice di energia elettrica e gas naturale di modificare unilateralmente le condizioni generali di contratto relative alla definizione del prezzo ancorché sia contrattualmente riconosciuto il diritto di recesso alla controparte.* 2. *Fino alla medesima data di cui al comma 1 sono inefficaci i preavvisi comunicati per le suddette finalità prima della data di entrata in vigore del presente decreto, salvo che le modifiche contrattuali si siano già perfezionate*".

8. A seguito dell'entrata in vigore della predetta norma, vari consumatori, invocando la sospensione dell'efficacia delle modifiche unilaterali del prezzo precedentemente comunicate ma non ancora perfezionate, hanno presentato apposito reclamo ad Acea, la quale ha rigettato le istanze adducendo quale motivazione -di carattere *standard*- l'asserito perfezionamento della modifica alla data della notifica della relativa comunicazione al consumatore, con una risposta del seguente tenore: "*Gentile Cliente, in merito alla Sua richiesta, e dalle verifiche effettuate dalla Scrivente Società, Le comuniciamo che in data XXX, è stato destinatario della lettera di modifica unilaterale delle condizioni generali di contratto relative alla fornitura di gas naturale/energia elettrica.*

La sopra citata lettera di modifica unilaterale, che troverà anche in allegato alla presente, Le è stata inviata prima della pubblicazione del Decreto Aiuti Bis in Gazzetta ufficiale avvenuta in data 10 agosto 2022 e quindi è stata perfezionata entro i termini previsti dalla legge" (enfasi aggiunta).

Per questo motivo Le confermiamo che procederemo con l'applicazione della nuova offerta XXX, avente le condizioni economiche riportate in tabella sottostante, nelle tempistiche indicate nella lettera a Lei pervenuta."⁷. (Cfr. Fig. 3).

Fig. 3

Gentile Cliente,
in merito alla Sua richiesta, e dalle verifiche effettuate dalla Scrivente Società, Le comuniciamo che in data 19/07/2022, è stato destinatario della lettera di modifica unilaterale delle condizioni generali di contratto relative alla fornitura di gas naturale/energia elettrica.

La sopra citata lettera di modifica unilaterale, che troverà anche in allegato alla presente, Le è stata inviata prima della pubblicazione del Decreto Aiuti Bis in Gazzetta ufficiale avvenuta in data 10 agosto 2022 e quindi è stata perfezionata entro i termini previsti dalla legge.

Per questo motivo Le confermiamo che procederemo con l'applicazione della nuova offerta ACEA FASTCLICK, avente le condizioni economiche riportate in tabella sottostante, nelle tempistiche indicate nella lettera a Lei pervenuta.

9. Particolarmente significativa, a tal proposito, è la replica fornita da Acea, in data 27 settembre 2022, al reclamo inviato da un legale per conto del proprio cliente, in data 22 settembre 2022⁸, nella quale il Professionista, dopo aver fornito un riscontro (in data 1° settembre a una comunicazione di inefficacia della modifica unilaterale inviata dall'avvocato in data 24 agosto) basato sul modello appena riportato, ha

⁷ Cfr., a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, segnalazioni del 23 settembre 2022, prot. n. 71945 e successive integrazioni; del 12 ottobre 2022, prot. n. 77037 e successive integrazioni; del 17 ottobre 2022, prot. n. 77943 e successive integrazioni.

⁸ Cfr. segnalazione del 23 settembre 2022, prot. n. 71945 e successive integrazioni.

argomentato ulteriormente la propria posizione in merito al preteso perfezionamento della predetta modifica alla data “di ricezione o presunta ricezione della comunicazione da parte del cliente”, data la natura di quest’ultima di dichiarazione unilaterale recettizia:

“Gentile Avvocato, replichiamo alla Sua comunicazione per chiarirle quanto segue.

Come a Lei noto, l’art. 3, comma 2 del DL Aiuti bis convertito con modificazioni dalla legge 21 settembre 2022, n. 142, stabilisce che sono inefficaci i preavvisi comunicati per le finalità di modifica unilaterale delle condizioni generali di contratto in relazione alla definizione del prezzo prima della data di entrata in vigore del medesimo decreto, salvo che le modifiche contrattuali si siano già perfezionate.

Trattandosi di una dichiarazione unilaterale recettizia, il perfezionamento della modifica contrattuale avviene alla data di ricezione o presunta ricezione della comunicazione da parte del cliente (enfasi aggiunta). *Il Codice di Condotta Commerciale, che non è in contrasto con l’art. 3, comma 2 sopra citato, stabilisce una presunzione relativa di conoscenza per cui, fatta salva prova contraria, la suddetta comunicazione si presume ricevuta trascorsi 10 giorni dall’invio effettuato da parte del venditore.*

Nel suo caso, la modifica comunicata in data 19 luglio u.s., è stata a lei recapitata in data 25 luglio u.s., pertanto le modifiche contrattuali si sono perfezionate in pari data e ben prima del 10 agosto u.s. Viceversa la data di decorrenza, ossia la data di efficacia delle nuove condizioni che le abbiamo indicato (nel suo caso, 01/01/2023) non riguarda e non è da confondersi con il perfezionamento delle modifiche contrattuali, già avvenuto, ma rappresenta esclusivamente il termine iniziale di applicazione delle nuove condizioni”.

Peraltro, nel caso di specie, la modifica unilaterale comporta il passaggio dall’offerta “Fastclick” a prezzo fisso, sottoscritta a dicembre 2021, con validità 12 mesi e con proroga automatica, a una nuova offerta, denominata “Acea Prezzo Chiaro”, a prezzo variabile. In calce al contratto sottoscritto dal segnalante, inoltre, è presente la seguente precisazione:

“Luce 100% Green. L’offerta prevede che l’energia elettrica fornita è attestata da “Garanzia d’Origine” ossia dalla certificazione elettronica che attesta l’origine rinnovabile delle fonti utilizzate per la produzione di energia elettrica. Acea Energia si impegna al rispetto della disciplina stabilita dalla delibera ARERA ARG/elt/104/11 e s.m.i.”.

10. Un altro consumatore ha lamentato il passaggio, a seguito di una “Proposta di modifica unilaterale del contratto” pervenuta in data 25 marzo 2022, a partire dai consumi relativi al mese di settembre, dall’offerta luce “Acea Unica” all’offerta “Acea Prezzo Bloccato”, con conseguente aumento del prezzo del Kwh in fattura rilevato dallo stesso da 0,089 € a tariffe oscillanti tra 0,164 e 0,189 €⁹.

11. Successivamente al 14 settembre 2022, Acea ha inviato ad altri clienti [omissis] comunicazioni con le quali, diversamente dalle precedenti missive, indicava le nuove condizioni economiche applicabili a seguito della scadenza -imprecisata- dell’offerta vigente, nonché la data di decorrenza delle stesse.

Le missive, che riportavano in epigrafe “**PROPOSTA DI RINNOVO DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE. Offerta XXX per la tua fornitura di gas naturale - Comunicazione delle nuove condizioni economiche**”, avevano il seguente, generico, contenuto: **“ti ricordiamo che le condizioni economiche dell’offerta relative alla tua fornitura gas indicata qui sotto sono in scadenza.**

Ti comunichiamo quindi le nuove Condizioni economiche dell’offerta che saranno valide ed efficaci dal giorno XXX e per i successivi XXX mesi.

Restano invariate le Condizioni Generali di Contratto già applicate alla fornitura nella vigenza dell’offerta in scadenza e ad oggi consultabili nel nostro sito XXX.

⁹ Cfr. segnalazione del 5 dicembre 2022, prot. n. 95723.

Ti ricordiamo che, come riportato nelle condizioni generali, puoi recedere in qualsiasi momento e senza oneri dal presente contratto di fornitura, scegliendo un nuovo fornitore che provvederà ad esercitare il recesso per tuo conto e in tuo nome secondo le modalità previste dalla normativa vigente.

Se invece vuoi disattivare la fornitura puoi farlo, con un preavviso di un mese, recandoti presso i nostri sportelli oppure con la webform disponibile nell'area riservata XXX sul nostro sito XXX”.

12. Acea, quindi, nella medesima comunicazione e analogamente alle lettere inviate prima della fine di luglio 2022, ha indicato la facoltà del cliente di recedere senza oneri dal contratto in essere o scegliendo un nuovo fornitore o disattivando la fornitura (Fig. 4).

Fig. 4

Proposta di rinnovo delle condizioni economiche 

Roma, 20/10/2022

Offerta Acea Chiara Casa per la tua fornitura di gas naturale - Comunicazione delle nuove condizioni economiche.

ti ricordiamo che le condizioni economiche dell'offerta relative alla tua fornitura gas indicata qui sotto sono in scadenza.

Intestatario fornitura: OMISSIS
 PDR: OMISSIS
 Indirizzo di fornitura gas: OMISSIS

Ti comuniciamo quindi le nuove Condizioni economiche dell'offerta che saranno valide ed efficaci dal giorno 01/02/2023 e per i successivi 12 mesi.
 Restano invariate le Condizioni Generali di Contratto già applicate alla fornitura nella vigenza dell'offerta in scadenza e ad oggi consultabili nel nostro sito acea.it.

Ti ricordiamo che, come riportato nelle condizioni generali, puoi recedere in qualsiasi momento e senza oneri dal presente contratto di fornitura, scegliendo un nuovo fornitore che provvederà ad esercitare il recesso per tuo conto e in tuo nome secondo le modalità previste dalla normativa vigente.
 Se invece vuoi disattivare la fornitura puoi farlo, con un preavviso di un mese, recandoti presso i nostri sportelli oppure con la webform disponibile nell'area riservata MyAcea Energia sul nostro sito www.acea.it.

La nuova offerta Acea Chiara Casa ti permetterà di pagare il gas in base all'andamento del mercato all'ingrosso e ti garantirà la massima trasparenza, infatti, in qualsiasi momento potrai verificare il valore dell'indice PSV che ti applichiamo per il gas sul nostro sito www.acea.it.

Ti inviamo con questa comunicazione i documenti economici dell'offerta dove puoi trovare tutti i dettagli della stessa.

La nuova offerta gas è con compensazione delle emissioni di CO2 ottenuta tramite l'acquisto di crediti di carbonio certificati.

Per un confronto in termini di spesa annua personalizzata delle offerte presenti nel mercato libero sulla base del tuo consumo effettivo puoi utilizzare il Portale Offerte Luce e Gas www.ilportaleofferte.it.

Se non l'hai ancora fatto, ti invitiamo a iscriverti al nostro programma fedeltà Acea con Te, che ti riserva ogni giorno sorprese e premi per te e la tua famiglia, oltre alla possibilità di partecipare ad eventi esclusivi.
 L'iscrizione è semplice e gratuita, ti aspettiamo su www.aceacontate.it

Cordiali saluti,
 Acea Energia

13. Dunque, a partire da metà settembre 2022, ovvero dopo l'entrata in vigore del decreto suddetto che ha sospeso l'efficacia delle modifiche unilaterali, Acea ha mutato - solo formalmente- l'oggetto delle missive

(da “*Proposta di modifica unilaterale*” a “*Proposta di rinnovo delle condizioni economiche*”) continuando, nella sostanza, a comunicare le modifiche del prezzo della fornitura, riconoscendo alla controparte lo speculare diritto di recesso dal contratto, senza oneri.

14. A conferma del cambiamento, meramente formale, del contenuto delle comunicazioni inviate dal Professionista alla propria clientela, rileva, tra le altre, la denuncia di una consumatrice che ha segnalato di aver ricevuto due missive, relative a due utenze gas a lei intestate e localizzate presso il medesimo indirizzo, con le quali la stessa Acea comunicava le nuove condizioni economiche dei contratti di fornitura. Tuttavia, nella prima lettera, del 10 agosto 2022, la Società comunicava la “*Proposta di modifica unilaterale*” delle condizioni economiche applicabili ad una delle due offerte, asseritamente in scadenza in data 30 novembre 2022, mentre la seconda lettera, del 16 settembre 2022, recava una “*Proposta di rinnovo delle condizioni economiche*”, contenente la “*Comunicazione delle nuove condizioni economiche*”, destinate a sostituire, a decorrere dal 1° dicembre 2022, quelle indicate come “*in scadenza*” imprecisata¹⁰.

15. In entrambe le comunicazioni risulta quindi non chiara per il consumatore la scadenza delle condizioni economiche di fornitura, nel primo caso sulla base di un ripetuto rinnovo tacito di condizioni economiche pattuite in tempi risalenti, nel secondo caso il dato relativo alla scadenza è totalmente omesso.

16. A seguito della richiesta di informazioni dell’Autorità del 18 ottobre 2022, Acea ha sostenuto “*Con espresso riferimento alle comunicazioni di modifica unilaterale inviate dopo la data del 25 luglio e sino all’11 agosto*” di essersi “*spontaneamente determinata a non applicare le modifiche indicate nelle suddette comunicazioni intendendone sospesa l’efficacia in ossequio a quanto previsto dall’art. 3 del Decreto Legge 115/2022 (c.d. Decreto Aiuti bis), convertito in Legge 21 settembre 2022, n.142*”. Quindi, la Società ha affermato che, a far data dall’entrata in vigore dell’articolo 3 del DL 115/2022, “*nelle comunicazioni di modifica unilaterale, ha ricordato, conformemente a quanto previsto dalla richiamata disciplina regolatoria, a tutti i clienti destinatari delle modifiche unilaterali la facoltà di esercitare in qualsiasi momento il recesso dal contratto di fornitura, secondo i termini previsti dalle condizioni generali di contratto*”.

17. Anche con riferimento alle comunicazioni relative alle “*Proposte di rinnovo*”, inviate a decorrere da metà settembre 2022, Acea ha ricevuto reclami e comunicazioni di inefficacia, alle quali ha risposto con un nuovo *format* di rigetto basato sull’inapplicabilità dell’articolo 3 del DL 115/2022 ai rinnovi a scadenza, del seguente tenore:

“*Gentile cliente,*

La lettera di rinnovo delle condizioni economiche risulta invece valida ed efficace poiché non rientrante dell’ambito di applicazione del DL Aiuti Bis trattandosi appunto di un rinnovo a scadenza dell’attuale offerta e non di una modifica unilaterale di un’offerta nel corso della sua vigenza.”¹¹, senza tuttavia fornire neppure in tale sede la puntuale informazione relativa all’effettiva scadenza dell’offerta.

18. In proposito, assume particolare rilievo la situazione di un segnalante¹² che, avendo ricevuto in data 17 giugno 2022 una “*Proposta di modifica unilaterale di contratto*” in relazione alla fornitura di energia elettrica e in data 17 ottobre 2022 una “*Proposta di rinnovo delle condizioni economiche*” della fornitura

¹⁰ Cfr. segnalazione del 20 ottobre 2022. prot. n. 79684. Analoga situazione è riferita nella segnalazione del 17 novembre 2022. prot. n. 90833, con riferimento alle forniture di energia elettrica e gas.

¹¹ Cfr. ad es. segnalazione del 30 novembre 2022. prot. n. 94515, alla quale è allegata una risposta, conforme allo *standard* indicato, fornita da Acea in data 29 novembre 2022.

¹² Cfr. segnalazione dell’8 novembre 2022. prot. n. 86139.

di gas naturale, ha ricevuto, in risposta ai due reclami inviati, due rigetti modellati ciascuno sul *format* relativo alla tipologia di proposta ricevuta (e, quindi, rispettivamente giustificati con l'avvenuto perfezionamento della modifica e con l'inapplicabilità della disposizione del DL 115/2022 ai rinnovi a scadenza).

III. IL PROVVEDIMENTO DELL'AUTORITÀ DEL 12 DICEMBRE 2022 N. 30397

19. L'Autorità, con delibera adottata in data 12 dicembre 2022, ha disposto che, ai sensi dell'art. 27, comma 3 del Codice del Consumo e dell'art. 8, comma 3 del Regolamento, la società Acea Energia S.p.A. sospendesse l'applicazione delle nuove condizioni economiche relative alle forniture di energia elettrica e gas inviate alla propria clientela, confermando fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente vigenti, comunicando individualmente ai consumatori interessati tale sospensione, riconoscendo a coloro che hanno esercitato il diritto di recesso - a seguito delle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data - la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche.

20. In particolare, l'Autorità, ha ritenuto che sussistessero i presupposti per l'adozione di misure cautelari provvisorie nei confronti del Professionista, ritenendo che le modifiche delle condizioni economiche preannunciate, sia prima sia dopo l'agosto 2022, configurassero l'esercizio dello *ius variandi*, idoneo ad incidere su un elemento essenziale del rapporto di fornitura, in quanto la presunta scadenza delle offerte è apparsa artificiosamente prospettata da Acea alla propria clientela, al solo scopo di aggirare l'inibizione relativa alle modifiche unilaterali del prezzo dell'energia elettrica e del gas introdotta dal legislatore con l'art. 3 del D.L. 115/2022.

21. Sotto il profilo del *periculum in mora*, è stata rilevata l'indifferibilità dell'intervento poiché la condotta sopra descritta era in atto ed era caratterizzata da un elevato grado di offensività, in quanto idonea ad indurre in errore, nelle more del procedimento, tutti i destinatari delle comunicazioni sopra descritte in merito alla pretesa inapplicabilità dell'art. 3 del DL 115/2022, nonché a ostacolarne ingiustamente l'esercizio dei diritti previsti da tale norma fino alla scadenza del 30 aprile 2023, arrecando agli stessi considerevoli danni economici, a seguito dell'applicazione di condizioni economiche fortemente peggiorative (pari anche a 4 o 5 volte quelle previste dall'offerta corrente).

IV. LE ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE DEL PROFESSIONISTA

22. Nella relazione di ottemperanza pervenuta in data 19 dicembre 2022¹³, la società Acea Energia ha comunicato le misure proposte per dare attuazione al provvedimento cautelare *inaudita altera parte* del 12 dicembre 2022.

23. Con riguardo al punto *sub a)* del dispositivo del predetto provvedimento, il Professionista ha dichiarato preliminarmente che intende sospendere provvisoriamente l'applicazione delle nuove condizioni economiche indicate nelle comunicazioni di modifica unilaterale/rinnovo.

24. A tal fine, nel mese di gennaio 2023 la Società invierà a ciascun consumatore interessato dalle comunicazioni di modifica unilaterale o rinnovo (fatti salvi eventuali problemi di recapito o variazione anagrafica) una comunicazione nella stessa forma per informarli della sospensione dell'applicazione delle nuove condizioni economiche fino al 30 aprile 2023 e, qualora queste siano già applicate, del ripristino

¹³ Comunicazione prot. 99770 del 19 dicembre 2022.

delle condizioni vigenti al momento della comunicazione. In ogni caso, Acea Energia ha precisato che applicherà a partire dal 30 aprile 2023 le nuove condizioni già comunicate.

25. Con riguardo al punto *sub b)* del dispositivo del provvedimento cautelare, il Professionista ha dichiarato che ai consumatori che, secondo le stime dello stesso, hanno esercitato il proprio diritto di recesso dalla fornitura in essere a seguito della modifica/rinnovo delle condizioni economiche (individuati in *[omissis]*) verrà inviata nel mese di gennaio 2023 una comunicazione corredata da un modulo (da restituire compilato entro il 30 gennaio) per avvalersi della possibilità di ritorno in fornitura presso Acea alle precedenti condizioni economiche.

26. Peraltro, il Professionista ha precisato che i tempi dello *switching* comporteranno, verosimilmente, che tale ritorno in fornitura possa decorrere effettivamente dal 1° aprile 2023 (a causa sia dei tempi tecnici necessari sia dell'elevato numero di CTE vigenti per i clienti interessati, circa 400)¹⁴.

27. Nella successiva memoria difensiva pervenuta in data 21 dicembre 2022¹⁵, il Professionista ha in primo luogo ricostruito le modalità di rinnovo delle condizioni economiche di fornitura, precisando che la relativa disciplina va tenuta distinta dall'esercizio dello *ius variandi* (in quanto il rinnovo comporta la costituzione di un rapporto contrattuale "nuovo", sulla base di condizioni essenziali "nuove", dopo la scadenza del rapporto precedente, mentre all'esercizio dello *ius variandi* consegue la modifica di una componente di un rapporto contrattuale in corso e durante il suo periodo di esecuzione), così sintetizzate sulla base delle condizioni generali di contratto di Acea Energia:

“(i) prima della scadenza del “periodo di validità” e di esecuzione del rapporto, la Società può comunicare, con il dovuto anticipo, il nuovo prezzo della somministrazione applicabile in occasione del rinnovo e la durata delle nuove condizioni economiche;

(ii) nel caso in cui Acea Energia non effettui tale comunicazione, conformemente al principio espresso dall’art. 1474 cod. civ., le condizioni economiche si rinnovano alle medesime condizioni praticate dal venditore nel corso del “periodo di validità” e di esecuzione venuto a scadenza;

(iii) in ogni caso, resta ferma la facoltà del cliente di recedere in qualsiasi momento dal contratto di somministrazione (recte: di non accettare il nuovo prezzo e così uscire dal rapporto contrattuale)”.

28. Quindi, la Società ha rappresentato di aver dovuto, a fronte dell'aumento del costo del principale fattore produttivo, rivedere le proprie politiche commerciali ed i prezzi praticati per la fornitura di energia, trasmettendo di conseguenza ai propri clienti alcune comunicazioni denominate come *“proposte di modifica unilaterale dei contratti”*; secondo il Professionista, *“Si trattava, in ogni caso, di comunicazioni che di fatto corrispondevano a rinnovi con aggiornamento del prezzo, dal momento che erano dichiaratamente destinate ad intervenire successivamente alla scadenza del periodo di validità dell’offerta”* e che, a seguito dell'aumento dei costi di approvvigionamento, proponevano condizioni economiche connotate da un aumento dei prezzi rispetto a quelle praticate in precedenza.

29. Acea Energia, dopo il decorso di 10 giorni dall'invio delle comunicazioni di modifica unilaterale, conformemente a quanto previsto dall'art. 13 del Codice di Condotta Commerciale approvato da ARERA, che precisa che le comunicazioni inviate ai clienti si intendono pervenute all'indirizzo del cliente una volta che sono decorsi dieci giorni dall'invio, ha ritenuto che le comunicazioni fossero pervenute a conoscenza dei destinatari e, quindi, perfezionate. Secondo il Professionista le comunicazioni di modifica unilaterale,

¹⁴ Acea Energia ha reso noto di aver ricevuto *[omissis]* reclami in merito alle comunicazioni di modifica/rinnovo delle condizioni economiche, solo *[omissis]* dei quali corrispondenti a punti di fornitura successivamente cessati.

¹⁵ Comunicazione prot. 100176 del 21 dicembre 2022.

essendo espressione di un diritto potestativo che si esercita attraverso un negozio unilaterale recettizio, avrebbero prodotto il perfezionamento delle modifiche al momento in cui sono pervenute a conoscenza del consumatore (ai sensi del combinato disposto degli artt. 1334 e 1335 cod. civ.). In ogni caso ha ribadito che le comunicazioni di modifica unilaterale inviate dopo la data del 25 luglio e sino all'11 agosto non sono state applicate.

30. A seguito dell'entrata in vigore della norma di cui all'art. 3 del d.l. n. 115 del 2022 Acea Energia ritiene di essersi “*strettamente attenuta alla più rigorosa interpretazione del dato normativo poc’anzi rappresentata, limitandosi:*

(i) *ad implementare gli aggiornamenti di prezzo preannunciati nelle comunicazioni che, alla data dell'entrata in vigore dell'art. 3 cit., potevano ritenersi già perfezionate, perché erano decorsi i 10 giorni dall'invio della comunicazione previsti dall'art. 13 del Codice di Condotta Commerciale approvato da ARERA;*

(ii) *a comunicare le condizioni economiche applicabili in occasione del rinnovo delle offerte che venivano in scadenza”.*

31. In proposito, il Professionista contesta l'interpretazione del predetto art. 3 che ritiene desumibile dalla lettura del provvedimento cautelare dell'Autorità, secondo cui tale norma si applicherebbe non solo alle modifiche unilaterali di condizioni economiche ancora valide ed efficaci ma ad “*ogni variazione delle condizioni economiche dei contratti di fornitura*” tra cui rientrano anche gli eventuali aggiornamenti del prezzo conseguenti alla scadenza del periodo di validità delle condizioni economiche, e ribadisce che, mentre le modifiche unilaterali sono inibite (con eccezione di quelle che si siano già perfezionate), non sussiste alcuna limitazione alla facoltà di prevedere degli aggiornamenti di prezzo in occasione del rinnovo delle condizioni economiche delle offerte.

32. Conseguentemente, Acea Energia ha chiesto di non confermare il provvedimento cautelare, ribadendo tale richiesta nella successiva comunicazione del 23 dicembre 2022¹⁶, con la quale ha trasmesso copia dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato, sez. VI, 22 dicembre 2022, n. 5986.

V. VALUTAZIONI

33. Alla luce di quanto emerso in atti, a seguito delle memorie difensive pervenute da parte di Acea Energia S.p.A., successivamente alla data del 12 dicembre 2022, e fatta salva ogni diversa valutazione nel procedimento principale, devono ritenersi sussistenti il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* posti a fondamento del provvedimento cautelare adottato *inaudita altera parte* nei limiti di quanto in seguito si preciserà e in considerazione del contenuto dell'ordinanza del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2022, n. 05986.

34. In primo luogo, le lettere di preavviso indirizzate agli utenti fino a fine luglio 2022 qualificano espressamente le nuove condizioni economiche di fornitura come frutto di modifiche unilaterali, che si sarebbero perfezionate nel momento stesso della conoscenza da parte del consumatore, secondo quanto emerso dai riscontri ai reclami forniti da Acea.

A tale riguardo si rileva, in primo luogo, che la norma di cui al citato art. 3, di carattere eccezionale e derogatorio in ragione della situazione eccezionale in essere, prevede espressamente l'inefficacia di tutti gli avvisi e delle modifiche delle condizioni economiche già comunicati dalle imprese, salvo che ne sia prevista

¹⁶ Comunicazione prot. 100984 del 23 dicembre 2022.

la decorrenza in data antecedente al 10 agosto 2022, momento dell'entrata in vigore del citato Decreto Legge.

Il “*perfezionamento*” delle modifiche unilaterali del prezzo di fornitura non può invece essere ricondotto, come sostenuto dal Professionista, al mero invio/ricezione della comunicazione di preavviso, quindi a valere per tutte le comunicazioni che sono state inviate prima della entrata in vigore della disposizione normativa, sia per espresso contrasto con il citato disposto normativo sia in ragione della natura pattizia e non unilaterale del contratto di fornitura di energia e gas e di ogni clausola che lo compone, la cui valenza deve infatti essere ricondotta non solo all'invio di una proposta di modifica ma anche alla sua espressa o tacita accettazione da parte del consumatore, secondo i termini minimi previsti dalla regolazione, proprio al fine di non compromettere la sua libertà di scelta e di fornitura di un servizio essenziale come l'energia e il gas.

35. Resta fermo peraltro che non è stata comprovata alcuna comunicazione di sospensione o revoca inviata agli stessi destinatari delle proposte di modifica unilaterale delle condizioni economiche, neppure per quelle inviate dal 25 luglio all'11 agosto, se non in ottemperanza al provvedimento cautelare, mentre si conferma che almeno fino alla metà di ottobre 2022, la Società continuasse a rigettare i reclami sulla base dell'asserito perfezionamento delle comunicazioni medesime.

36. Con riferimento alle comunicazioni inviate successivamente al 10 agosto, si evidenzia che, diversamente da quanto sostenuto dal Professionista, in ordine alla errata interpretazione dell'art. 3 del Decreto Aiuti *bis*, da parte dell'Autorità, quest'ultima, attraverso l'adozione di misure cautelari, ha invero inteso bloccare, nell'ambito dei contratti a tempo indeterminato, le modifiche unilaterali delle condizioni economiche delle forniture, comunicate dalla società di vendita alla propria clientela, in ragione della non precisata ma soltanto asserita scadenza del periodo di validità delle condizioni economiche di offerta.

L'assenza di tale elemento, unitamente al *modus operandi* assunto dalla società nell'interlocuzione con gli utenti, ha indebitamente condizionato gli stessi nell'esercizio di un loro diritto, non essendo posti nella condizione di poter comprendere se le variazioni applicate dal professionista fossero legittime, tenuto conto del disposto del Decreto Aiuti *bis*.

37. Infatti, finanche le comunicazioni denominate da Acea - dopo l'entrata in vigore del Decreto Aiuti *bis* - “*Proposta di rinnovo delle condizioni economiche*” (cfr. fig. 4), indicavano genericamente che “*le condizioni economiche dell'offerta relative alla tua fornitura ... sono in scadenza*” (enfasi aggiunta), senza tuttavia precisare la data effettiva della stessa.

38. La circostanza che la scadenza del periodo di validità delle condizioni economiche di fornitura fosse ignota alla generalità dei consumatori, è testimoniata dalle varie denunce agli atti del fascicolo - che continuano ad affluire - con le quali gli stessi consumatori contestano la sussistenza di una scadenza effettiva e, soprattutto, predeterminata, la quale giustificerebbe il rinnovo delle condizioni economiche di fornitura durante la vigenza dell'articolo 3 del Decreto Aiuti *bis*.

39. Alla luce, dunque, degli elementi fattuali emersi dall'analisi della documentazione complessivamente acquisita agli atti, risulta che le offerte sottoscritte nel corso degli anni da una gran parte degli utenti destinatari delle comunicazioni in oggetto non fossero effettivamente e genuinamente in scadenza: l'iniziale periodo di validità delle offerte stesse era, in molti casi, abbondantemente decorso e tacitamente prorogato, in assenza di una esplicita predeterminazione o comunicazione di uno specifico termine di vigenza delle condizioni economiche di fornitura e comunque senza che il professionista abbia comprovato il rispetto del termine di scadenza conseguente alle diverse e tacite proroghe.

40. Ne consegue che la condotta in esame, cioè l'asserito rinnovo delle condizioni economiche di fornitura, non è stato frutto - almeno nella gran parte dei casi - della effettiva, predeterminata e nota scadenza delle condizioni economiche di offerta, realizzandosi così, nella sostanza, l'elusione dell'obbligo, di cui al citato art. 3, di sospensione dell'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa fornitrice di modificare unilateralmente il prezzo dell'energia. Pertanto, anche le comunicazioni che richiamano la scadenza dell'offerta, senza però che la stessa fosse specificamente indicata, ovvero predeterminata e predeterminabile, lungi dal configurare "*un rinnovo contrattuale liberamente pattuito dalle parti*", integrano una fattispecie di modifica unilaterale, sospesa *ex* articolo 3 del Decreto Aiuti *bis* sino al 30 aprile 2023. Con la conseguenza che un tale *modus operandi* integra una pratica commerciale scorretta suscettibile di ostacolare il diritto contrattuale degli utenti a non vedere temporaneamente aumentate le condizioni economiche delle loro forniture, condizionandoli indebitamente al pagamento di maggiorazioni in realtà non applicabili durante la vigenza della norma suddetta.

41. Giova, pertanto, ribadire che l'Autorità non ha impedito alle società di vendita, come affermato da Acea, di comunicare "*un aumento del prezzo in occasione del rinnovo delle condizioni economiche scadute*", ma ha impedito l'esercizio massivo e generalizzato dello *ius variandi* rispetto a condizioni economiche non in scadenza previste nell'ambito di un contratto di fornitura a tempo indeterminato, in vigenza del divieto di cui si discute.

42. In conclusione dunque, e anche in considerazione del contenuto della richiamata ordinanza del Consiglio di Stato resa avverso un altro provvedimento cautelare dell'Autorità su condotte analoghe, si ritiene di confermare il provvedimento cautelare adottato dall'Autorità nell'adunanza del 12 dicembre 2022, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, limitatamente a tutte le comunicazioni di rinnovo/aggiornamento/variazione delle condizioni economiche di offerta prive di una chiara, effettiva predeterminata o predeterminabile scadenza e quindi conosciuta o conoscibile dai consumatori di contratti a tempo indeterminato.

43. Sotto il profilo del *periculum in mora*, si rileva la persistenza delle esigenze già evidenziate nel provvedimento del 12 dicembre 2022 atteso che le misure comunicate dalla parte, oltre che in stretta attuazione del citato provvedimento, sono in gran parte non ancora implementate e pertanto la condotta sopra descritta è in atto ed è caratterizzata da un elevato grado di offensività in ragione dell'immediato e grave pregiudizio economico derivante dall'applicazione di nuove condizioni economiche fortemente peggiorative (pari anche a 4 o 5 volte quelle previste dall'offerta corrente).

RITENUTO, pertanto, che gli elementi acquisiti confermano, nei limiti di quanto sopra evidenziato, la sussistenza dei presupposti indicati nella delibera del 12 dicembre 2022, che giustificano la parziale conferma della misura adottata, fatta ovviamente salva ogni ulteriore e/o diversa valutazione nel procedimento principale;

DELIBERA

di revocare parzialmente il provvedimento adottato il 12 dicembre 2022 nei confronti della società Acea Energia S.p.A. confermandolo nella sola parte in cui dispone che la stessa:

a) sospenda provvisoriamente l'applicazione delle nuove condizioni economiche indicate nelle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale del contratto inviate prima del 10 agosto o nelle comunicazioni di proposta di rinnovo delle condizioni economiche inviate dopo il 10 agosto, per le quali

avuto riguardo a contratti a tempo indeterminato non era specificamente individuata o comunque predeterminabile una scadenza delle stesse, confermando fino all'effettiva scadenza ovvero fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente vigenti, comunicando individualmente ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni, e con la medesima forma, l'applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero, nel caso in cui i termini di perfezionamento delle nuove comunicazioni non siano ancora scaduti, l'inefficacia delle modifiche proposte;

b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data, avuto riguardo a contratti a tempo indeterminato per i quali non era specificamente individuata o comunque predeterminabile una scadenza delle condizioni economiche di fornitura, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche fino all'effettiva scadenza ovvero fino al 30 aprile 2023;

c) che la società Acea Energia S.p.A. comunichi all'Autorità l'avvenuta esecuzione del presente provvedimento di sospensione e le relative modalità entro 5 giorni dal ricevimento del presente provvedimento, inviando una relazione dettagliata nella quale vengano illustrate le iniziative assunte in ottemperanza a quanto disposto sub *a)* e *b)*.

È fatta salva ogni ulteriore e/o diversa valutazione nel procedimento principale.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento sarà comunicato 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 comunicazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

Si ricorda che, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, del Regolamento, la presente decisione di sospensione deve essere immediatamente eseguita a cura del Professionista e che il ricorso avverso il provvedimento di sospensione dell'Autorità non sospende l'esecuzione dello stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

PS12459 - HERA COMM-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA

Provvedimento n. 30427

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 29 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento PS12459 del 12 dicembre 2022, volto a verificare l'esistenza di violazioni degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo da parte della società Hera Comm S.p.A.;

VISTO, in particolare, il proprio provvedimento del 12 dicembre 2022 con il quale, ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo, è stato disposto che la società Hera Comm S.p.A. *a) sospenda provvisoriamente l'applicazione delle nuove condizioni economiche indicate nelle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale del contratto inviate prima del 10 agosto o nelle comunicazioni di proposta di rinnovo delle condizioni economiche inviate dopo il 10 agosto, confermando fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente applicate, comunicando individualmente ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni, e con la medesima forma, l'applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero, nel caso in cui i termini di perfezionamento delle nuove comunicazioni non siano ancora scaduti, l'inefficacia delle modifiche proposte; b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche;*

VISTA la memoria presentata da Hera Comm S.p.A., pervenuta in data 20 dicembre 2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. La società Hera Comm S.p.A. (di seguito “Hera”, il “Professionista” o la “Società”), attiva nella fornitura di servizi di energia elettrica e gas sul mercato libero, in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. *b*), del Codice del Consumo.

2. Le associazioni di consumatori Confconsumatori Lazio e Unione per la Difesa dei Consumatori - U.Di.Con.

II. IL FATTO

3. Sulla base delle informazioni acquisite, ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo, il Professionista, nell'ambito dell'attività di vendita di energia elettrica e gas, promuove diverse offerte commerciali le cui condizioni economiche di fornitura, generalmente quelle a prezzo fisso, risultano avere una durata determinata, prevedendosi spesso una loro tacita proroga di 6 mesi in 6 mesi, salvo diversa comunicazione al cliente in forma scritta¹.

4. Sulla base delle numerose segnalazioni di consumatori e microimprese² che hanno aderito alle predette offerte commerciali, risulta che, a partire da maggio 2022, i clienti titolari di contratti a prezzo fisso hanno ricevuto una comunicazione da parte della società Hera recante nell'oggetto la dicitura: *“proposta di modifica unilaterale del contratto di fornitura di energia elettrica”* (enfasi aggiunta)³. Con tali comunicazioni Hera informava i clienti che *“la validità delle condizioni economiche erano in scadenza”* e che a partire da una certa data (e.g. 1° settembre 2023), come previsto dal contratto, sarebbero state applicate nuove condizioni economiche in sostituzione delle precedenti. Nella comunicazione Hera informava il cliente dell'incremento del prezzo di fornitura e rammentava che nelle condizioni generali di contratto si sarebbero potuti trovare tutti i dettagli sulle modalità di recesso⁴ (Fig. 1).

Fig. 1

Imola, GG/MM/AAAA

Oggetto: proposta di modifica unilaterale del contratto di fornitura di energia elettrica.

Gentile Cliente,

come previsto dal suo contratto di fornitura Energia Elettrica (riferimenti in calce), le ricordiamo che l'attuale offerta è prossima alla scadenza e la informiamo che dal 01/09/2022 le verranno applicate le condizioni economiche dettagliate in Allegato che prevedono un prezzo a copertura della componente energia, che seguirà l'andamento del Prezzo Unico Nazionale (PUN). Abbiamo inoltre il piacere di informarla che, a seguito dell'impegno della nostra Società per la sostenibilità ambientale, **l'energia fornita sarà 100% GREEN**, quindi prodotta esclusivamente da fonti rinnovabili e garantita da certificati “GO” (Garanzie di Origine) per tutta la durata della fornitura.

Nel rispetto del Codice di Condotta Commerciale per la vendita di energia elettrica e gas, definito dall'Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), Le ricordiamo che qualora non intendesse accettare la presente proposta, ha facoltà di scegliere una nostra nuova offerta oppure di recedere dal contratto di fornitura in essere in qualsiasi momento e senza oneri, con preavviso di un mese, decorrente a partire dal primo giorno del mese successivo a quello in cui Hera Comm riceverà la comunicazione di recesso da parte del fornitore da lei prescelto.

L'applicazione delle condizioni economiche previste in Allegato le saranno applicate senza la necessità di alcuna formalità ulteriore da parte Sua.

¹ Cfr. gli allegati 4 alla risposta di Hera del 31 ottobre 2022 prot. 0083251.

² Si tratta di oltre 100 segnalazioni pervenute a partire da ottobre 2022.

³ Cfr. *inter alia* segnalazioni prot. 0083406 del 31 ottobre 2022, prot. 0079175 del 19 ottobre 2022; prot. 0079171 del 19 ottobre 2022; prot. 0079986 del 20 ottobre 2022; prot. 0079621 del 20 ottobre 2022.

⁴ Cfr. allegato 1 – invii maggio – alla risposta di Hera del 31 ottobre 2022 prot. 0083251.

Per qualunque chiarimento o ulteriore informazione, Le ricordiamo che è a sua disposizione il nostro Servizio Clienti dedicato raggiungibile al numero **800.087.593** (numero gratuito anche per le chiamate da cellulare), attivo dal lunedì al venerdì dalle 8:00 alle 22:00 ed il sabato dalle 8:00 alle 18:00.

Distinti saluti

Hera Comm S.p.A.

5. In data 10 agosto 2022 è entrato in vigore l'art. 3 del Decreto-Legge 9 agosto 2022, n. 115 (c.d. Decreto Aiuti *bis*), convertito in Legge del 21 settembre 2022 n. 142, ai sensi del quale: “1. *Fino al 30 aprile 2023 è sospesa l'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa fornitrice di energia elettrica e gas naturale di modificare unilateralmente le condizioni generali di contratto relative alla definizione del prezzo ancorché sia contrattualmente riconosciuto il diritto di recesso alla controparte.* 2. *Fino alla medesima data di cui al comma 1 sono inefficaci i preavvisi comunicati per le suddette finalità prima della data di entrata in vigore del presente decreto, salvo che le modifiche contrattuali si siano già perfezionate*”.

6. A seguito dell'emanazione del menzionato art. 3 DL n. 115/2022, Hera, come risulta dalle segnalazioni ricevute⁵, non avrebbe revocato le citate precedenti comunicazioni le cui modifiche non si erano ancora perfezionate.

7. In merito a tali comunicazioni, i consumatori hanno quindi segnalato che esse non rispetterebbero il divieto di modifica delle condizioni economiche così come disposto dall'art. 3 del D.L. n. 115/2022⁶⁷.

8. Al riguardo il Professionista era solito replicare che “*le ipotesi in questione non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 3 del Decreto Legge 9 agosto 2022, n. 115, [...] che ha sospeso fino al prossimo 30 aprile 2023 l'efficacia esclusivamente delle clausole contrattuali che consentono al fornitore di modificare unilateralmente le condizioni economiche durante la loro vigenza, ovvero non ancora giunte alla loro naturale scadenza*”⁸.

9. Sul punto il Professionista, nella sua risposta alla richiesta di informazioni dell'Autorità del 3 novembre 2022, ha confermato di avere inviato alla propria clientela le predette comunicazioni recanti in oggetto la dicitura “*proposta di modifica unilaterale del contratto di fornitura*”, e che queste ultime sono sempre state inviate a fronte della scadenza delle precedenti condizioni di fornitura con le modalità e i tempi previsti dal contratto sottoscritto dal singolo cliente. Ciò anche se, nella sostanza, non si trattava di una modifica unilaterale in quanto – come già affermato dal Professionista – non veniva comunicata una variazione delle condizioni economiche “*in corso di validità*”, bensì il rinnovo delle condizioni economiche alla relativa scadenza contrattuale. Hera ha affermato quindi che è per questo motivo che è possibile rinvenire tale dicitura sulle comunicazioni di rinnovo delle condizioni economiche in scadenza, inviate fino al mese di luglio 2022 (cfr. figura 1 sopra).

⁵ Cfr. *inter alia* segnalazione del 23 novembre 2022, prot. 0092449; segnalazione del 19 ottobre 2022, prot. 0079171; segnalazione del 20 ottobre 2022, prot. 007962.

⁶ Cfr. *inter alia* segnalazione del 23 novembre 2022, prot. 0092449; segnalazione del 19 ottobre 2022, prot.

⁷ ; segnalazione del 20 ottobre 2022, prot. 007961.

⁸ Cfr. *inter alia* segnalazione del 19 ottobre 2022, prot. 0079171.

10. Successivamente all'entrata in vigore del DL n. 115/2022, Hera ha riferito di aver continuato ad inviare alla propria clientela le comunicazioni di aggiornamento delle condizioni economiche a seguito di scadenza dell'offerta utilizzando un diverso *format*⁹.

11. In particolare, la comunicazione aveva come oggetto: "proposta di rinnovo delle condizioni economiche del contratto di fornitura di energia elettrica in scadenza".

Con tali comunicazioni Hera ha informato i clienti che la validità delle condizioni economiche erano in scadenza e che a partire da una certa data (e.g. 1° gennaio 2023), secondo quanto previsto dal contratto, sarebbero state applicate nuove condizioni economiche in sostituzione delle precedenti. Nella comunicazione¹⁰ Hera informava il cliente dell'aumento del prezzo di fornitura e rammentava che nelle Condizioni Generali di Contratto si sarebbero potuti trovare tutti i dettagli sulle modalità di recesso. (Fig. 2).

Fig. 2

Imola, GG/MM/AAAA

Oggetto: proposta di rinnovo delle condizioni economiche del contratto di fornitura di energia elettrica in scadenza il 31/12/2022.

Gentile Cliente,

come previsto dal suo contratto di fornitura energia elettrica (riferimenti in calce), la informiamo che dal 01/01/2023 le verranno applicate le condizioni dettagliate in Allegato che consistono nell'aggiornamento delle condizioni economiche che concorrono alla definizione del "Prezzo al giorno".

Abbiamo inoltre il piacere di informarla che, a seguito dell'impegno della nostra Società per la sostenibilità ambientale, **l'energia fornita sarà 100% GREEN**, quindi prodotta esclusivamente da fonti rinnovabili e garantita da certificati "GO" (Garanzie di Origine) per tutta la durata della fornitura.

L'applicazione delle condizioni economiche previste in Allegato le saranno applicate senza la necessità di alcuna formalità ulteriore da parte sua.

Le ricordiamo che qualora non intendesse accettare la presente proposta, ha facoltà di scegliere una nostra nuova offerta oppure di recedere dal contratto di fornitura in essere in qualsiasi momento e senza oneri. A tale fine la richiesta di switching dovrà essere inoltrata dal nuovo fornitore al Sistema Informativo Integrato (SII) entro il decimo giorno del mese precedente l'avvio della fornitura.

Per qualunque chiarimento o ulteriore informazione, Le ricordiamo che è a sua disposizione il nostro Servizio Clienti dedicato raggiungibile al numero **800.087.593** (numero gratuito anche per le chiamate da cellulare), attivo dal lunedì al venerdì dalle 8:00 alle 22:00 ed il sabato dalle 8:00 alle 18:00.

Per un confronto in termini di spesa annua personalizzata delle offerte presenti nel mercato libero sulla base del suo consumo effettivo può utilizzare il Portale Offerte Luce e Gas www.ilportaleofferte.it.

12. Anche in merito a tali comunicazioni, alcuni consumatori hanno segnalato che esse non rispetterebbero il divieto di modifica delle condizioni economiche così come disposto dall'art. 3 del DL n. 115/2022¹¹.

⁹ Cfr. *inter alia* segnalazione del 30 novembre 2022, prot. 0094464; segnalazione del 28 novembre 2022, prot. 0093984.

¹⁰ Cfr. allegato 1 – invii settembre – alla risposta di Hera del 31 ottobre 2022 prot. 0083251.

¹¹ Cfr. *inter alia* segnalazione del 05 dicembre 2022, prot. 0095748; prot. 0091001 del 17/ novembre 2022; prot. 0089011 del 15 novembre 2022; prot. 0093886 del 28 novembre 2022; prot. 0094433 del 30 novembre 2022.

13. In questi casi il Professionista era solito replicare che “*le ipotesi di rinnovo delle condizioni economiche giunte a scadenza – come nel Suo caso – non rientrano nell’ambito di applicazione dell’art. 3 del Decreto-Legge 9 agosto 2022, n. 115, recante “Misure urgenti in materia di energia, emergenza idrica, politiche sociali e industriali”, che ha sospeso, fino a prossimo 30 aprile 2023, l’efficacia esclusivamente delle clausole contrattuali che consentono al fornitore di modificare unilateralmente le condizioni economiche durante la loro vigenza, ovvero non ancora giunte alla loro naturale scadenza*”¹².

14. Altri consumatori hanno anche segnalato di avere subito degli aumenti delle condizioni economiche di fornitura senza mai avere ricevuto dei preavvisi al riguardo¹³.

15. Il Professionista, nella sua risposta alla richiesta di informazioni dell’Autorità del 3 novembre 2022, ha affermato che: “*nel caso di condizioni economiche con validità (i.e. durata) contrattualmente prestabilita, ha previsto un meccanismo di rinnovo che prevede di comunicare al cliente le nuove condizioni economiche (da applicare alla scadenza delle precedenti) utilizzando, convenzionalmente, le medesime modalità e termini di preavviso di cui all’art. 13.1 del Codice di Condotta Commerciale [comunicazione separata e non in bolletta; preavviso di tre mesi decorrenti dal primo giorno del mese successivo a quello di ricevimento della comunicazione da parte del cliente: il cliente è libero di decidere di proseguire la fornitura alle nuove condizioni economiche di rinnovo oppure se non intende proseguire nella fornitura alla scadenza delle condizioni economiche può sottoscrivere un contratto con un altro operatore (switching)]*”.

16. Secondo quanto affermato dal Professionista il totale complessivo di tali comunicazioni inviato alla propria clientela risulta pari a [omissis]*.

III. IL PROVVEDIMENTO DELL’AUTORITÀ DEL 12 DICEMBRE 2022 N. 30397

17. L’Autorità, con delibera adottata in data 12 dicembre 2022, ha disposto che, ai sensi dell’art. 27, comma 3 del Codice del Consumo e dell’art. 8, comma 3 del Regolamento, la società Hera sospendesse l’applicazione delle nuove condizioni economiche relative alle forniture di energia elettrica e gas inviate alla propria clientela, confermando fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente vigenti, comunicando individualmente ai consumatori interessati tale sospensione, riconoscendo a coloro che hanno esercitato il diritto di recesso - a seguito delle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data - la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche.

18. In particolare, l’Autorità, ha ritenuto che sussistessero i presupposti per l’adozione di misure cautelari provvisorie nei confronti del Professionista, ritenendo che le modifiche delle condizioni economiche preannunciate, sia prima sia dopo l’agosto 2022, configurassero l’esercizio dello *ius variandi*, idoneo ad incidere su un elemento essenziale del rapporto di fornitura, in quanto la presunta scadenza delle offerte è apparsa artificiosamente prospettata dal Professionista alla propria clientela, al solo scopo di aggirare l’inibizione relativa alle modifiche unilaterali del prezzo dell’energia elettrica e del gas introdotta dal legislatore con l’art. 3 del D.L. 115/2022.

¹² Cfr. *inter alia* segnalazione prot. 0094433 del 30 novembre 2022.

¹³ Cfr. *inter alia* segnalazione prot. 0080553 del 21 ottobre 2022; prot. 0080255 del 21 ottobre 2022; prot. 0080127 del 20 ottobre 2022; prot. 0091739 del 21 novembre 2022;

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

19. Sotto il profilo del *periculum in mora*, è stata rilevata, *prima facie*, l'indifferibilità dell'intervento poiché la condotta sopra descritta era in atto ed era caratterizzata da un elevato grado di offensività, in quanto idonea ad indurre in errore, nelle more del procedimento, tutti i destinatari delle comunicazioni sopra descritte in merito alla pretesa inapplicabilità dell'art. 3 del DL 115/2022, nonché a ostacolarne ingiustamente l'esercizio dei diritti previsti da tale norma fino alla scadenza del 30 aprile 2023, arrecando agli stessi considerevoli danni economici, a seguito dell'applicazione di condizioni economiche fortemente peggiorative (pari anche a 4 o 5 volte quelle previste dall'offerta corrente).

IV. LE ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE DEL PROFESSIONISTA

20. Nella relazione di ottemperanza pervenuta in data 20 dicembre 2022¹⁴, la Hera ha comunicato le misure proposte per dare attuazione al provvedimento cautelare d'ufficio del 12 dicembre 2022.

21. Con riguardo al punto *sub a)* del dispositivo del predetto provvedimento, il Professionista ha dichiarato preliminarmente che intende sospendere provvisoriamente l'applicazione delle nuove condizioni economiche indicate nelle comunicazioni di modifica unilaterale/rinnovo.

22. A tal fine, nel mese di gennaio 2023 la Società invierà a ciascun consumatore interessato dalle comunicazioni di modifica unilaterale o rinnovo una comunicazione nella stessa forma per informarli della sospensione dell'applicazione delle nuove condizioni economiche fino al 30 aprile 2023 e, qualora queste siano già applicate, del ripristino delle condizioni vigenti al momento della comunicazione.

23. Con riguardo al punto *sub b)* del dispositivo del provvedimento cautelare, il Professionista ha dichiarato che ai consumatori che, secondo le stime dello stesso, hanno esercitato il proprio diritto di recesso dalla fornitura in essere a seguito della modifica/rinnovo delle condizioni economiche, stante il contenuto delle misure cautelari e la necessità di comprendere la norma di riferimento anche in relazione ai vincoli imposti in materia di *privacy* e di tutela del consumatore, le lettere saranno definite entro i primi giorni di gennaio ed inviate successivamente ma sempre nello stesso mese di gennaio.

24. Nella memoria difensiva, pervenuta in data 20 dicembre 2022¹⁵, il Professionista ha ricostruito le modalità di rinnovo delle condizioni economiche di fornitura, precisando che la relativa disciplina va tenuta distinta dall'esercizio dello *ius variandi*.

25. Quindi, la Società ha rappresentato di aver dovuto, a fronte dell'aumento del costo del principale fattore produttivo, rivedere le proprie politiche commerciali ed i prezzi praticati per la fornitura di energia, trasmettendo di conseguenza ai propri clienti alcune comunicazioni denominate come "*proposte di modifica unilaterale dei contratti*"; secondo il Professionista, esse consistono in realtà, in ordinari rinnovi di condizioni economiche alla scadenza contrattualmente prevista.

26. In sintesi, le condizioni economiche di Hera Comm con validità (*i.e.* durata) contrattualmente prestabilita contengono un meccanismo di rinnovo che prevede, in alternativa alla loro proroga tacita, il diritto di Hera Comm di comunicare al cliente le nuove condizioni economiche che saranno applicate alla scadenza delle precedenti. Tale comunicazione, ancorché non rappresenti l'esercizio dello *ius variandi*, è stata convenzionalmente effettuata da Hera Comm con le modalità ed i termini di preavviso di cui all'art. 13.1 del Codice di Condotta Commerciale. In tal modo Hera Comm avrebbe inteso applicare ai rinnovi le

¹⁴ Comunicazione prot. 0099783 del 20 dicembre 2022.

¹⁵ Comunicazione prot. 0100132 del 20 dicembre 2022.

medesime tutele (in termini informativi e di preavviso) previste per il cliente finale per le modifiche unilaterali.

27. Quanto al contenuto di tali comunicazioni esso, secondo il Professionista, sarebbe chiaro in quanto viene fornita al cliente indicazione della scadenza delle condizioni economiche prevista contrattualmente, che coincide con l'applicazione delle nuove condizioni di prezzo proposte in sede di rinnovo.

28. In aggiunta, il Professionista contesta l'interpretazione del predetto art. 3 che ritiene desumibile dalla lettura del provvedimento cautelare dell'Autorità, secondo cui tale norma si applicherebbe non solo alle modifiche unilaterali di condizioni economiche ancora valide ed efficaci ma ad "ogni variazione delle condizioni economiche dei contratti di fornitura" tra cui rientrano anche gli eventuali aggiornamenti del prezzo conseguenti alla scadenza del periodo di validità delle condizioni economiche, e ribadisce che, mentre le modifiche unilaterali sono inibite (con eccezione di quelle che si siano già perfezionate), non sussiste alcuna limitazione alla facoltà di prevedere degli aggiornamenti di prezzo in occasione del rinnovo delle condizioni economiche delle offerte.

29. Conseguentemente, Hera Comm ha chiesto di non confermare il provvedimento cautelare.

V. VALUTAZIONI

30. Alla luce di quanto emerso in atti, a seguito delle memorie difensive pervenute da parte di Hera Comm S.p.A., successivamente alla data del 12 dicembre 2022, in considerazione del contenuto dell'ordinanza del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2022, n. 05986 resa su un altro provvedimento cautelare dell'Autorità, devono ritenersi insussistenti, allo stato, i presupposti che hanno giustificato l'adozione della misura cautelare in data 12 dicembre 2022. Ed invero, gli elementi raccolti portano a ritenere, *prima facie*, che le condotte contestate integrino variazioni delle condizioni economiche effettivamente in scadenza di contratti a tempo indeterminato.

31. Ne discende che deve ritenersi non più sussistente il *periculum in mora* posto a fondamento del provvedimento cautelare adottato *inaudita altera parte*.

RITENUTO, pertanto, che gli elementi acquisiti non confermano la sussistenza dei presupposti, indicati nella delibera del 12 dicembre 2022, che giustificano la sospensione della condotta contestata, fatta salva ogni diversa valutazione nel procedimento principale;

DELIBERA

di revocare il provvedimento cautelare del 12 dicembre 2022.

È fatta salva ogni ulteriore e/o diversa valutazione nel procedimento principale.

Il presente provvedimento sarà comunicato 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 comunicazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della

Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

PS12460 - ENI PLENITUDE-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA

Provvedimento n. 30428

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 29 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie” (di seguito, Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento PS12460 del 12 dicembre 2022, volto a verificare l’esistenza di violazioni degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo da parte della società Eni Plenitude S.p.A.;

VISTO, in particolare, il proprio provvedimento del 12 dicembre 2022 con il quale, ai sensi dell’articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo è stato disposto che la società Eni Plenitude S.p.A. a) *sospenda provvisoriamente l’applicazione delle nuove condizioni economiche indicate nelle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale del contratto inviate prima del 10 agosto o nelle comunicazioni di proposta di rinnovo delle condizioni economiche inviate dopo il 10 agosto, confermando fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente applicate, comunicando individualmente ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni, e con la medesima forma, l’applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero, nel caso in cui i termini di perfezionamento delle nuove comunicazioni non siano ancora scaduti, l’inefficacia delle modifiche proposte; b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche;*

VISTA la memoria presentata da Eni Plenitude S.p.A., pervenuta in data 20 dicembre 2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. La società Eni Plenitude S.p.A. (di seguito “Eni”, la Società o il “Professionista”) attiva nella fornitura di servizi di energia elettrica e gas sul mercato libero, in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, comma 1, lett. b), del Codice del Consumo.

2. Le Associazioni di Consumatori: Movimento Consumatori (sezione di Molfetta), Lega Consumatori Treviso, Movimento Consumatori (sezione di Torino).

II. IL FATTO

3. Secondo informazioni acquisite d'ufficio, ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo, il Professionista nell'ambito dell'attività di vendita di energia elettrica e gas, promuove diverse offerte commerciali le cui condizioni economiche di fornitura, generalmente quelle a prezzo fisso, risultano avere una durata iniziale determinata (generalmente 12/24/36 mesi), salva la facoltà del professionista, di cui all'art. 11 delle Condizioni generali di Contratto, di variare unilateralmente le stesse per giustificato motivo, secondo le modalità previste dalla regolazione di settore¹.

4. In particolare, i contratti di Eni prevedono generalmente quanto segue in merito alle c.d. Modalità di rinnovo dei corrispettivi o a seconda dei casi di c.d. variazione delle condizioni economiche: *“Con un anticipo di almeno novanta giorni rispetto alla scadenza del loro periodo di validità, Eni gas e luce comunicherà in forma scritta al Cliente le nuove condizioni economiche di somministrazione, nonché il relativo periodo di validità. In assenza di tale comunicazione, le presenti Condizioni Economiche, inclusi i corrispettivi e gli eventuali sconti, s'intenderanno prorogate fino a nuova comunicazione da parte di Eni gas e luce, effettuata sempre con un preavviso minimo di novanta giorni. E' fatta salva per il Cliente la facoltà di esercitare il diritto di recesso di cui all'Art. 10 delle CGC”*.

5. Sulla base delle segnalazioni dei consumatori e delle microimprese che hanno aderito alle predette offerte commerciali², risulta che, a partire dal mese di maggio 2022, i clienti titolari di contratti a prezzo fisso, hanno ricevuto una comunicazione da parte della società Eni recante nell'oggetto la dicitura: *“Come cambia il tuo contratto n. xxx dal xxx”*. Con tali comunicazioni Eni informava i clienti che la validità delle condizioni economiche erano in scadenza e che a partire da una certa data (e.g. 1° settembre 2023), come previsto dal contratto, sarebbero state applicate nuove condizioni economiche in sostituzione delle precedenti (enfasi aggiunta). Nella comunicazione Eni informava il cliente di quanto sarebbe aumentata la spesa annua a seguito delle nuove condizioni di fornitura e rammentava che nelle Condizioni Generali di Contratto si sarebbero potuti trovare tutti i dettagli sulle modalità di recesso³ (Fig. 1).

¹ Cfr. art. 13 Codice di condotta commerciale ARERA, deliberazione 27 ottobre 2020 426/2020/R/COM.

² Oltre 150 segnalazioni a partire da ottobre 2022.

³ Cfr. segnalazione del 20 ottobre 2022 prot. 79822.

Fig. 1

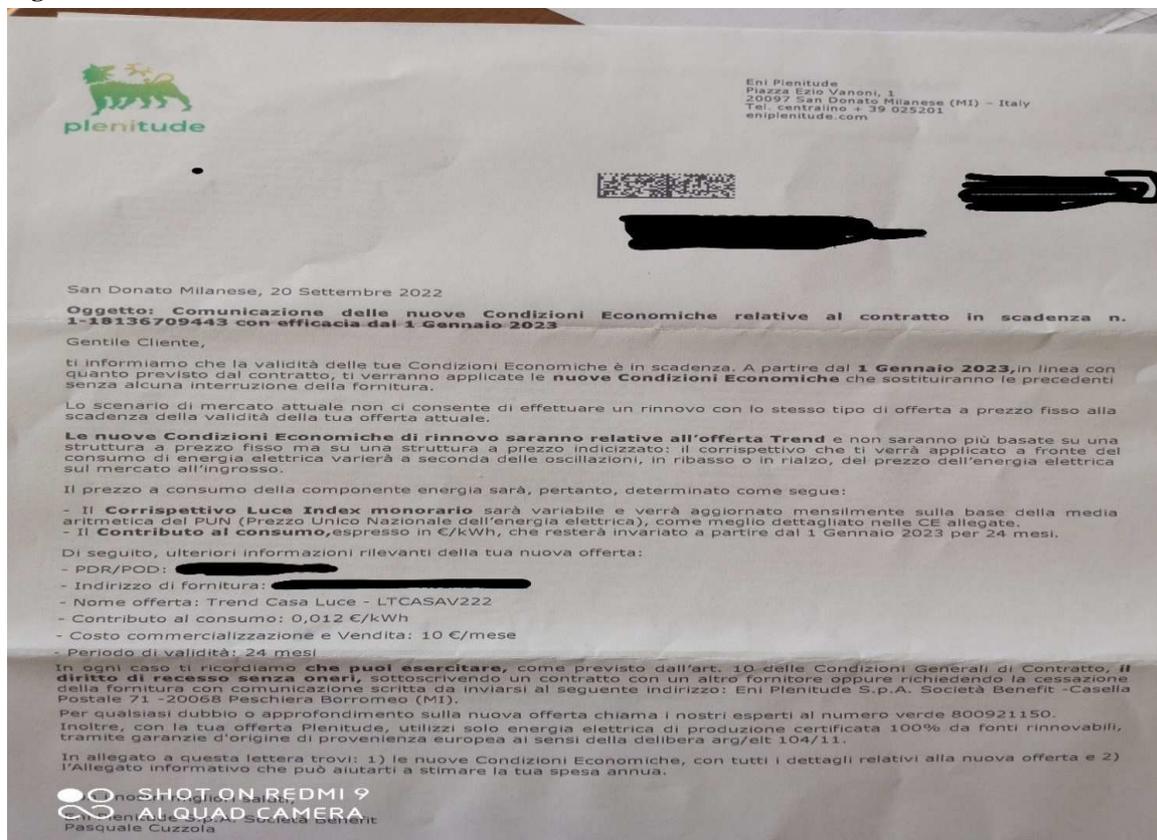


5. In data 10 agosto 2022 è entrato in vigore l'art. 3 del Decreto Legge 9 agosto 2022 n. 115, convertito in Legge del 21 settembre 2022, n. 142 (cd. Decreto Aiuti *bis*), ai sensi del quale: "1. *Fino al 30 aprile 2023 è sospesa l'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa fornitrice di energia elettrica e gas naturale di modificare unilateralmente le condizioni generali di contratto relative alla definizione del prezzo ancorché sia contrattualmente riconosciuto il diritto di recesso alla controparte. 2. Fino alla medesima data di cui al comma 1 sono inefficaci i preavvisi comunicati per le suddette finalità prima della data di entrata in vigore del presente decreto, salvo che le modifiche contrattuali si siano già perfezionate*".

6. A seguito dell'emanazione dell'art. 3 del Decreto Aiuti *bis*, Eni non è intervenuta sulle precedenti comunicazioni ed ha continuato ad inviare alla propria clientela una comunicazione di aggiornamento delle condizioni economiche a seguito di scadenza dell'offerta secondo un diverso *format*. In particolare, la comunicazione aveva come oggetto: "Comunicazione delle nuove condizioni economiche relative al contratto in scadenza n. xxx, con efficacia dal xxx" (enfasi aggiunta). Con tali comunicazioni Eni informava i clienti che la validità delle condizioni economiche erano in scadenza e che a partire da una certa data (e.g. 1° gennaio 2023) secondo quanto previsto dal contratto, sarebbero state applicate nuove condizioni economiche in sostituzione delle precedenti. Nella comunicazione⁴ Eni informava il cliente di quanto sarebbe aumentata la spesa annua e rammentava che nelle condizioni generali di contratto si sarebbero potuti trovare tutti i dettagli sulle modalità di recesso. (Fig. 2)

⁴ Cfr. segnalazione del 19 ottobre 2022 prot. 0079402.

Fig. 2



7. In merito alle prime tipologie di comunicazioni (cfr. figura 1), i consumatori hanno quindi segnalato che il Professionista non rispetterebbe il divieto di modifica delle condizioni economiche così come disposto dall'art. 3 del Decreto Aiuti *bis*.

8. Sul punto la Società ha sempre replicato agli utenti che le variazioni comunicate non configurano modifiche unilaterali sospese dall'art. 3 del Decreto Aiuti-*bis*, in quanto rappresentano una mera proposta di aggiornamento dei corrispettivi giunti a naturale scadenza contrattuale con le modalità e i tempi previsti dal contratto sottoscritto dal singolo cliente, come confermato anche nella sua risposta alla richiesta di informazioni dell'Autorità del 3 novembre 2022⁵.

9. Al riguardo, tuttavia, alcuni consumatori hanno anche denunciato che il Professionista ha ritenuto - indiscriminatamente - come in procinto di scadenza contratti (*recte*, clausole di prezzo o di "offerte") che in realtà in scadenza non lo erano, stante anche la circostanza che la scadenza stessa risultava spesso ignota alla clientela. Si considerino, ad esempio, i seguenti casi, tra gli altri:

⁵ Comunicazione di ENI del 3 novembre 2022 prot. 0084499. Nella propria risposta il Professionista ha infine elencato il numero dei clienti domestici e c.d. micro-business che dal 10 agosto fino al 18 ottobre hanno ricevuto questo tipo di comunicazioni.

- un consumatore segnala di aver stipulato con Eni un contratto nell'ottobre del 2019 la cui scadenza era prevista (a seguito di rinnovo) a fine febbraio del 2023, quando invece Eni nella comunicazione inviata al cliente riteneva di potere applicare un nuovo prezzo (ovviamente maggiore del precedente) a decorrere dal 1° gennaio 2023⁶;
- un altro consumatore segnala di aver stipulato con Eni un contratto datato 30 marzo 2018 la cui scadenza sarebbe avvenuta dodici mesi dopo, successivamente sempre tacitamente rinnovato. Ciò nonostante ha ricevuto da Eni, in data 20. maggio 2022, una lettera con la quale la stessa Società comunicava che il contratto di fornitura di gas in questione era in scadenza il 31 agosto 2022 e che dal 1 settembre 2022, e quindi in un termine di scadenza da ritenersi incompatibile con la data originaria del contratto, le sarebbero state applicate nuove e più onerose condizioni economiche⁷;
- un consumatore segnala di aver stipulato con Eni un contratto il 18 gennaio 2013 con tariffa LLINK08 poi variato in LLINK181_RGL, che prevedeva un corrispettivo di 0,063 €/kWh per 24 mesi con la clausola secondo la quale "*con un anticipo di almeno novanta giorni rispetto alla scadenza, Eni comunicherà in forma scritta al Cliente i nuovi valori dei Corrispettivi Luce. In assenza di tale comunicazione, il valore vigente dei corrispettivi s'intenderà prorogato di sei mesi in sei mesi (nel corso dei quali rimarranno invariabili) fino a nuova comunicazione da parte di Eni*". Il consumatore fa presente, tuttavia, che Eni con comunicazione del 20 settembre 2022 indicava un nuovo prezzo di fornitura (ovviamente maggiore del precedente) a decorrere dal 1° gennaio 2023, ovvero a partire da una data incompatibile con i citati termini di scadenza, termini che erano stati oggetto di analogo variazione unilaterale nel maggio 2022⁸;
- un altro consumatore ancora segnala di avere sottoscritto, dal 1° ottobre 2019, un contratto di fornitura gas con Eni, prorogato alla naturale scadenza del 1° ottobre 2021 per ulteriori 12 mesi. Il consumatore fa presente, tuttavia, che Eni le ha inviato una comunicazione del 20 maggio 2022 con la quale riteneva di potergli applicare a seguito di scadenza un nuovo prezzo di fornitura (ovviamente maggiore del precedente) a decorrere dal 1° settembre 2022, ovvero a partire da una data incompatibile con i citati termini di scadenza⁹;
- un altro consumatore segnala di avere stipulato con Eni, in data 14 ottobre 2015, un contratto per la somministrazione di energia elettrica e dal 1 ottobre 2019 un contratto di fornitura gas, prorogato alla scadenza del 1° ottobre 2021. Lo stesso consumatore fa presente di avere ricevuto comunicazioni di rinnovo contrattuale per la fornitura di luce e gas, rispettivamente, in data 13 e 17 giugno 2019, le quali indicavano entrambe come data di inizio validità il 1° ottobre 2019 per un periodo di 24 mesi. Pertanto il consumatore stesso ritiene che le nuove scadenze contrattuali restavano fissate al 30 settembre 2021 e che in assenza di ulteriori comunicazioni, le medesime scadenze si erano, come da contratto, tacitamente prorogate di sei mesi in sei mesi e quindi al 31 marzo 2022 una prima volta e al 30 settembre 2022 una seconda volta; il consumatore segnala tuttavia che Eni gli ha inviato delle comunicazioni, datate 20 maggio 2022, con le quali gli anticipava l'applicazione di un nuovo prezzo (ovviamente maggiore del precedente), in vista della

⁶ Segnalazione del 19 ottobre 2022 prot. 0079009.

⁷ Segnalazione del 31 ottobre 2022 prot. 0083254.

⁸ Segnalazione del 31 ottobre 2022 prot. 0083293.

⁹ Segnalazione del 2 novembre 2022 prot. 0083808.

scadenza delle offerte a decorrere dal 1° settembre 2022, ovvero a partire da una data incompatibile con i citati termini di scadenza¹⁰.

- ancora un altro consumatore segnala di aver attivato un contratto con Eni in data 1° marzo 2020 con validità di 24 mesi e conseguente scadenza dell'offerta al 28 febbraio 2022, data in cui la stessa si è automaticamente rinnovata (secondo il consumatore per ulteriori 24 mesi), come previsto dalle condizioni contrattuali. Il consumatore rappresenta tuttavia che Eni, in data 22 settembre 2022, gli comunicava il nuovo prezzo di fornitura (ovviamente maggiore del precedente) a decorrere dal 1° gennaio 2023, ovvero a partire da una data incompatibile con i citati termini di scadenza¹¹.

10. Dalle segnalazioni emerge come Eni, a fronte di questo tipo di contestazioni, abbia risposto in modo standardizzato limitandosi sempre a confermare la validità delle comunicazioni di rinnovo inviate¹².

11. Si rileva, dunque, che le condizioni economiche delle offerte iniziali sono state rinnovate ad un prezzo significativamente più oneroso del precedente, a prescindere dalla effettiva data di scadenza del periodo di validità delle stesse.

III. IL PROVVEDIMENTO DELL'AUTORITÀ DEL 12 DICEMBRE 2022 N. 97565

12. L'Autorità, con delibera adottata in data 12 dicembre 2022, ha disposto che ai sensi dell'art. 27, comma 3 del Codice del Consumo e dell'art. 8, comma 3 del Regolamento, la società Eni Plenitude S.p.A. sospendesse l'applicazione delle nuove condizioni economiche relative alle forniture di energia elettrica e gas inviate alla propria clientela, confermando fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente vigenti, comunicando individualmente ai consumatori interessati tale sospensione, riconoscendo a coloro che hanno esercitato il diritto di recesso -a seguito delle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data- la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche.

13. In particolare, l'Autorità, ha ritenuto che sussistessero i presupposti per l'adozione di misure cautelari provvisorie nei confronti del Professionista, ritenendo che le modifiche delle condizioni economiche preannunciate, sia prima sia dopo l'agosto 2022, configurassero l'esercizio dello *ius variandi*, idoneo ad incidere su un elemento essenziale del rapporto di fornitura, in quanto la presunta scadenza delle offerte è apparsa artificialmente prospettata da Eni alla propria clientela, al solo scopo di aggirare l'inibizione relativa alle modifiche unilaterali del prezzo dell'energia elettrica e del gas introdotta dal legislatore con l'art. 3 del D.L. 115/2022.

14. Sotto il profilo del *periculum in mora*, è stata rilevata l'indifferibilità dell'intervento poiché la condotta sopra descritta era in atto ed era caratterizzata da un elevato grado di offensività, in quanto idonea ad indurre in errore, nelle more del procedimento, tutti i destinatari delle comunicazioni sopra descritte in merito alla pretesa inapplicabilità dell'art. 3 del DL n. 115/2022, nonché a ostacolarne ingiustamente l'esercizio dei diritti previsti da tale norma fino alla scadenza del 30 aprile 2023, arrecando agli stessi considerevoli danni economici, a seguito dell'applicazione di condizioni economiche fortemente peggiorative (pari anche a 4 o 5 volte quelle previste dall'offerta corrente).

¹⁰ Segnalazione del 7 novembre 2022 prot. 0085486.

¹¹ Segnalazione del 17 novembre 2022 prot. 0091063.

¹² Cfr. *inter alia* allegato 4 alla segnalazione del 7 novembre 2022 prot. 0085486.

IV. LE ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE DEL PROFESSIONISTA

15. Nella relazione di ottemperanza pervenuta in data 20 dicembre 2022¹³, la società Eni ha comunicato le misure proposte per dare attuazione al provvedimento cautelare d'ufficio del 12 dicembre 2022.

16. Con riguardo all'invio delle comunicazioni menzionate di cui punti *a)* e *b)* del Provvedimento la Società ha al momento reputato che, massimizzando gli sforzi, tutto ciò potrebbe essere effettuato entro la fine del mese di gennaio. La fatturazione dovrebbe infatti necessariamente seguire un flusso successivo data l'esigenza di completare le attività di *roll-back*: in questo senso, le precedenti condizioni economiche dei clienti potranno essere ripristinate e conseguentemente applicate alla prima bolletta utile del 2023.

17. In ragione delle complessità summenzionate, le attività di emissione della fatturazione verso i clienti oggetto del Provvedimento e l'invio di ulteriori lettere di rinnovo sono state al momento sospesi.

18. Nella successiva memoria difensiva pervenuta in data 21 dicembre 2022¹⁴, il Professionista, in sintesi, ha affermato che l'Autorità avrebbe erroneamente interpretato l'art. 3, impedendo alle società di apportare non soltanto le modifiche unilaterali durante il periodo di validità delle condizioni economiche ma avrebbe altresì impedito di comunicare un aumento del prezzo in occasione del rinnovo delle condizioni economiche scadute.

19. A tal fine ha ricostruito le modalità di rinnovo delle condizioni economiche di fornitura, precisando che la relativa disciplina va tenuta distinta dall'esercizio dello *ius variandi*. Secondo il Professionista, una volta terminato il periodo di validità previsto dalle condizioni economiche (di norma pari a 12, 24 o 36 mesi), si presentano due possibilità: inviare un aggiornamento delle condizioni economiche oppure prorogare tacitamente le precedenti condizioni economiche e ciò fino a nuova comunicazione del professionista e non invece per un predeterminato o analogo periodo di validità (ossia per ulteriori 12, 24 o 36 mesi)¹⁵.

20. Inoltre, la Società ha rappresentato di aver dovuto, non per motivi speculativi ma a fronte dell'aumento del costo del principale fattore produttivo, rivedere le proprie politiche commerciali ed i prezzi praticati per la fornitura di energia.

21. Quanto alle modalità con cui venivano effettuate tali comunicazioni prima dell'entrata in vigore dell'art. 3 del DL n. 115/2022, Eni afferma che esse risultano "*chiare ed idonee a rappresentare ai consumatori gli elementi di contesto necessari per comprenderne la portata e gli effetti*". Sul punto sarebbe sufficiente osservare che la comunicazione sopra riportata (fig. 1) chiarisce immediatamente sin dalla prima riga che la validità delle condizioni economiche è in scadenza e subito dopo viene indicata la data a partire dalla quale verranno applicate le nuove condizioni economiche.

22. A seguito dell'entrata in vigore della norma di cui all'art. 3 del D.L. n. 115 del 2022 (c.d. Decreto Aiuti *bis*), convertito con modificazioni dalla L. n. 142 del 2022, Eni ritiene che tutte le attività di rinnovo sono state poste in essere a fronte dell'effettiva scadenza delle condizioni economiche precedentemente applicate.

23. In proposito, il Professionista contesta l'interpretazione del predetto art. 3 che ritiene desumibile dalla lettura del provvedimento cautelare dell'Autorità, secondo cui tale norma si applicherebbe non solo alle modifiche unilaterali di condizioni economiche ancora valide ed efficaci ma ad "*ogni variazione delle*

¹³ Comunicazione prot. 0099809 del 20 dicembre 2022.

¹⁴ Comunicazione prot. 0100183 del 21 dicembre 2022.

¹⁵ Cfr. punti 15 e 19 della memoria del Professionista (prot. 0100183 del 21 dicembre 2022).

condizioni economiche dei contratti di fornitura” tra cui rientrano anche gli eventuali aggiornamenti del prezzo conseguenti alla scadenza del periodo di validità delle condizioni economiche, e ribadisce che, mentre le modifiche unilaterali sono inibite (con eccezione di quelle che si siano già perfezionate), non sussiste alcuna limitazione alla facoltà di prevedere degli aggiornamenti di prezzo in occasione del rinnovo delle condizioni economiche delle offerte.

24. Conseguentemente, Eni chiede di revocare o comunque sospendere il provvedimento cautelare.

V. VALUTAZIONI

25. Alla luce di quanto emerso in atti, a seguito delle memorie difensive pervenute da parte di Eni Plenitude S.p.A., successivamente alla data del 12 dicembre 2022, e fatta salva ogni diversa valutazione nel procedimento principale, devono ritenersi sussistenti il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* posti a fondamento del provvedimento cautelare adottato *inaudita altera parte* nei limiti di quanto in seguito si preciserà e in considerazione del contenuto dell’ordinanza del Consiglio di Stato, del 22 dicembre 2022, n. 05986.

26. Con riferimento alle comunicazioni inviate sia prima che dopo il 10 agosto, si evidenzia che, diversamente da quanto sostenuto dal Professionista, in ordine alla errata interpretazione dell’art. 3 del DL Aiuti *bis*, da parte dell’Autorità, quest’ultima, attraverso l’adozione di misure cautelari, ha invero inteso bloccare, nell’ambito dei contratti a tempo indeterminato, le modifiche unilaterali delle condizioni economiche delle forniture, comunicate dalla società di vendita alla propria clientela, in ragione della non precisata, ma soltanto asserita scadenza del periodo di validità delle condizioni economiche di offerta. L’assenza di tale elemento, unitamente al *modus operandi* assunto della società nell’interlocuzione con gli utenti, ha indebitamente condizionato gli stessi nell’esercizio di un loro diritto, non essendo posti nella condizione di poter comprendere se le variazioni applicate dal professionista fossero legittime, tenuto conto del disposto del Decreto Aiuti *bis*.

27. Infatti, da un lato, le lettere di preavviso indirizzate agli utenti fino a fine luglio 2022 (cfr. figura 1), di cui non è stata comprovata alcuna comunicazione di sospensione o revoca, qualificano le nuove condizioni economiche di fornitura come frutto di iniziative unilaterali nelle quali vi è un generico richiamo alla scadenza delle offerte precedenti. Dall’altro, le comunicazioni di ENI dopo l’entrata in vigore del Decreto Aiuti *bis* (cfr. fig. 2) indicavano genericamente che la validità delle condizioni economiche era in scadenza senza tuttavia precisare la data effettiva della stessa.

28. Né tantomeno nelle condizioni generali di contratto veniva predeterminata la specifica durata delle condizioni economiche nelle ipotesi in cui queste ultime fossero state già rinnovate tacitamente senza alcuna variazione; si trattava di offerte che restavano valide fino a nuova comunicazione del professionista.

29. La circostanza che la scadenza del periodo di validità delle condizioni economiche di fornitura fosse ignota alla generalità dei consumatori, è testimoniata dalle varie denunce agli atti del fascicolo - che continuano ad affluire - con le quali gli stessi consumatori contestano la sussistenza di una scadenza effettiva e, soprattutto, predeterminata, che giustificherebbe il rinnovo delle condizioni economiche di fornitura durante la vigenza dell’articolo 3 del Decreto Aiuti *bis*.

30. Alla luce, dunque, degli elementi fattuali emersi dall’analisi della documentazione complessivamente acquisita agli atti, risulta che le offerte sottoscritte nel corso degli anni da una gran parte degli utenti destinatari delle comunicazioni in oggetto non fossero effettivamente e genuinamente in scadenza: l’iniziale periodo di validità delle offerte stesse era, in molti casi, abbondantemente decorso e tacitamente prorogato,

in assenza di una esplicita predeterminazione o comunicazione di uno specifico termine di vigenza delle condizioni economiche di fornitura e comunque senza che il Professionista abbia comprovato il rispetto del termine di scadenza conseguente alle diverse e tacite proroghe.

31. Ne consegue che la condotta in esame, cioè l'asserito rinnovo delle condizioni economiche di fornitura, non è stato frutto - almeno in gran parte dei casi - della effettiva, predeterminata e nota scadenza delle condizioni economiche di offerta, realizzandosi così, nella sostanza, l'elusione dell'obbligo di cui al citato art. 3, di sospensione dell'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa fornitrice di modificare unilateralmente il prezzo dell'energia. Pertanto, anche le comunicazioni che richiamano la scadenza dell'offerta, senza però che la stessa fosse specificamente indicata, ovvero predeterminata e predeterminabile, lungi dal configurare "*un rinnovo contrattuale liberamente pattuito dalle parti*", integrano invero una fattispecie di modifica unilaterale, sospesa *ex* articolo 3 del Decreto Aiuti *bis* sino al 30 aprile 2023. Con la conseguenza che un tale *modus operandi* integra una pratica commerciale scorretta suscettibile di ostacolare il diritto contrattuale degli utenti a non vedere temporaneamente aumentate le condizioni economiche delle loro forniture, condizionandoli indebitamente al pagamento di maggiorazioni in realtà non applicabili durante la vigenza della norma suddetta.

32. Giova, pertanto, ribadire che l'Autorità non ha impedito alle società di vendita di comunicare un aumento del prezzo in occasione del rinnovo delle condizioni economiche scadute, ma ha impedito l'esercizio massivo e generalizzato dello *ius variandi* rispetto a condizioni economiche non in scadenza previste nell'ambito di un contratto di fornitura a tempo indeterminato, in vigenza del divieto di cui si discute.

33. In conclusione, dunque, e anche in considerazione del contenuto della richiamata ordinanza del Consiglio di Stato resa avverso un altro provvedimento cautelare dell'Autorità su condotte analoghe, si ritiene di confermare il provvedimento cautelare adottato dall'Autorità nell'adunanza del 12 dicembre 2022, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, limitatamente a tutte le comunicazioni di rinnovo/aggiornamento/variazione delle condizioni economiche di offerta prive di una chiara, effettiva predeterminata o predeterminabile scadenza e quindi conosciuta o conoscibile dai consumatori di contratti a tempo indeterminato.

34. Sotto il profilo del *periculum in mora*, si rileva la persistenza delle esigenze già evidenziate nel provvedimento del 12 dicembre 2022 atteso che le misure comunicate dalla parte, oltre che in stretta attuazione del citato provvedimento, sono in gran parte non ancora implementate e pertanto la condotta sopra descritta è in atto ed è caratterizzata da un elevato grado di offensività in ragione dell'immediato e grave pregiudizio economico derivante dall'applicazione di nuove condizioni economiche fortemente peggiorative (pari anche a 4 o 5 volte quelle previste dall'offerta corrente).

RITENUTO, pertanto, che gli elementi acquisiti confermano, nei limiti di quanto sopra evidenziato, la sussistenza dei presupposti, indicati nella delibera del 12 dicembre 2022, che giustificano la parziale conferma della misura adottata, fatta ovviamente salva ogni ulteriore e/o diversa valutazione nel procedimento principale;

DELIBERA

di revocare parzialmente il provvedimento adottato il 12 dicembre 2022 nei confronti della società Eni Plenitude S.p.A., confermandolo nella sola parte in cui dispone che la stessa:

a) sospenda provvisoriamente l'applicazione delle nuove condizioni economiche indicate nelle comunicazioni inviate prima del 10 agosto o nelle analoghe comunicazioni di proposta di rinnovo delle condizioni economiche inviate dopo il 10 agosto, per le quali avuto riguardo a contratti a tempo indeterminato non era specificamente individuata o comunque predeterminabile una scadenza delle stesse, confermando fino all'effettiva scadenza ovvero fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente vigenti, comunicando individualmente ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni, e con la medesima forma, l'applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero, nel caso in cui i termini di perfezionamento delle nuove comunicazioni non siano ancora scaduti, l'inefficacia delle modifiche proposte;

b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione di modifica delle condizioni economiche inviate prima del 10 agosto o successivamente a tale data, avuto riguardo a contratti a tempo indeterminato per i quali non era specificamente individuata o comunque predeterminabile una scadenza delle condizioni economiche di fornitura, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche fino all'effettiva scadenza ovvero fino al 30 aprile 2023;

c) che la società Eni Plenitude S.p.A. comunichi all'Autorità l'avvenuta esecuzione del presente provvedimento di sospensione e le relative modalità entro 5 giorni dal ricevimento del presente provvedimento, inviando una relazione dettagliata nella quale vengano illustrate le iniziative assunte in ottemperanza a quanto disposto sub a) e b).

È fatta salva ogni ulteriore e/o diversa valutazione nel procedimento principale.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento sarà comunicato 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 comunicazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

Si ricorda che, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, del Regolamento, la presente decisione di sospensione deve essere immediatamente eseguita a cura del Professionista e che il ricorso avverso il provvedimento di sospensione dell'Autorità non sospende l'esecuzione dello stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

PS12461 - ENEL ENERGIA-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA

Provvedimento n. 30429

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 29 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento PS12461 del 12 dicembre 2022, volto a verificare l’esistenza di violazioni degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo da parte della società Enel Energia S.p.A.;

VISTO, in particolare, il proprio provvedimento del 12 dicembre 2022 con il quale, ai sensi dell’articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo è stato disposto che la società Enel Energia S.p.A. a) *sospenda provvisoriamente ogni attività diretta a comunicare e ad applicare la variazione o il rinnovo delle condizioni economiche dei contratti in scadenza, confermando, fino al 30 aprile 2023, le condizioni di fornitura precedentemente applicate, comunicando individualmente ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni, e con la medesima forma, l’applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero, nel caso in cui i termini di perfezionamento delle nuove comunicazioni non siano ancora scaduti, l’inefficacia delle modifiche proposte; b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione delle nuove condizioni economiche inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche;*

VISTA la memoria presentata da Enel Energia S.p.A., pervenuta in data 21 dicembre 2022, e la successiva comunicazione del 23 dicembre 2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. La società Enel Energia S.p.A. (di seguito “EE”, il “Professionista” o la “Società”), attiva nella fornitura di servizi di energia elettrica e gas sul mercato libero, in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, comma 1, lett. b), del Codice del Consumo.

2. Le associazioni di consumatori Confconsumatori Lazio e Unione per la Difesa dei Consumatori - U.Di.Con..

II. IL FATTO

3. Sulla base delle numerose segnalazioni di consumatori e microimprese¹ e della documentazione acquisita ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo, risulta che il Professionista, nel periodo maggio-ottobre 2022, ha inviato complessivamente [omissis]^{*} comunicazioni ai propri clienti titolari di contratti di fornitura nel mercato libero a prezzo fisso, con le quali preannunciava la modifica delle condizioni economiche del rapporto di fornitura².

4. In particolare, tra il 3 maggio e il 5 agosto 2022, EE ha inviato [omissis] comunicazioni con le quali ha preannunciato agli utenti le “nuove condizioni economiche” applicabili, a decorrere da settembre a dicembre 2022, senza fornire, tuttavia, alcuna motivazione a sostegno delle prospettate modifiche di prezzo. Infatti, le missive risultano prive sia del richiamo all'articolo 13.4 delle Condizioni Generali di Fornitura, che attribuisce al Fornitore, in presenza di un giustificato motivo, la facoltà di variare unilateralmente le condizioni economiche, sia di alcun riferimento alla eventuale scadenza delle offerte vigenti.

5. Al riguardo, risulta che EE disciplina le modalità di “rinnovo” delle condizioni economiche nelle Condizioni Generali di Fornitura le quali prevedono che il Fornitore possa modificare le condizioni economiche dandone comunicazione in forma scritta al Cliente con un anticipo di almeno 90 giorni rispetto alla data di scadenza. Qualora allo scadere del periodo di applicabilità delle offerte il Fornitore non abbia comunicato alcuna variazione delle Condizioni Economiche, le stesse, a seconda dell'offerta sottoscritta, “si intenderanno prorogate per un analogo periodo di validità” ovvero “si intenderanno prorogate fino a diversa comunicazione scritta da parte di Enel Energia, che avverrà in ogni caso con anticipo di 3 mesi, rispetto alla decorrenza della variazione che verrà proposta”.

6. Le comunicazioni inviate ai vari consumatori avevano pertanto ad oggetto: “**NUOVE CONDIZIONI ECONOMICHE PER L'OFFERTA LUCE/GAS**” e riportavano quanto segue: “Ciao XXX, siamo felici di averti con noi e con questa lettera ci teniamo a rinnovare l'impegno e la passione che da sempre ci guidano verso l'offerta di vantaggi creati su misura per te e la ricerca dell'eccellenza. [...] Comunicare con te in modo sempre trasparente è una priorità per noi. Di seguito trovi le nuove condizioni economiche della tua offerta XXX che saranno applicate a partire dal XXX per un periodo di xxx mesi”.

Enel Energia, inoltre, nell'ambito della medesima comunicazione, ha indicato la facoltà del cliente di recedere senza oneri dal contratto in essere scegliendo un nuovo fornitore (“se non vuoi accettare le nuove condizioni economiche proposte, hai il diritto di recedere dal nostro contratto di fornitura, senza oneri. A tal fine puoi scegliere un nuovo fornitore, che provvederà ad esercitare il diritto di recesso in tuo nome [...]”), disattivando la fornitura (“puoi disattivare la fornitura, inviando una raccomandata all'indirizzo [...]”) ovvero di essere fornito alle condizioni previste dalla maggior tutela (“Ti ricordiamo che, in alternativa al recesso e qualora ne abbia diritto, puoi richiedere di essere fornito dallo stesso esercente alle condizioni economiche e contrattuali previste dal Servizio di Tutela Gas”) (cfr. Fig. 1).

¹ Cfr. circa 300 segnalazioni di consumatori, pervenute a far data dal 22 settembre 2022.

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

² In particolare risulta che i siti destinatari delle suddette comunicazioni di rinnovo e nei cui confronti hanno trovato applicazione le nuove condizioni economiche, a far data dal 1° settembre 2022 e fino al 31 ottobre 2022, sono pari a [omissis]. A fronte delle comunicazioni di rinnovo, Enel Energia ha registrato [omissis] interruzioni/cessazioni della fornitura di energia elettrica o gas.

Fig.1

Roma, 05/08/2022



Nuove condizioni economiche per l'offerta Luce

POD n. [redacted]
sito in VIA [redacted]

Ciao [redacted]

siamo felici di averti con noi e con questa lettera ci teniamo a rinnovare l'impegno e la passione che da sempre ci guidano verso l'offerta di vantaggi creati su misura per te e la ricerca dell'eccellenza.

Per te che sei cliente Enel Energia ricordati dei vantaggi del nostro programma fedeltà completamente gratuito ENELPREMIA WOW! Potrai ottenere bonus in bolletta, tantissime opportunità di sconto per i tuoi acquisti quotidiani e molti altri premi. Non sei ancora iscritto? Cosa aspetti? Subito per te un premio di benvenuto! Inquadra il QR code per scaricare L'APP ed iscriverti. In alternativa contatta il nostro Servizio Clienti al numero verde 800.900.860 o recati presso lo Spazio Enel a te più vicino. Per maggiori informazioni e regolamento vai su enel.it.



Comunicare con te in modo sempre trasparente è una priorità per noi. Di seguito trovi le nuove condizioni economiche della tua offerta **Luce 30** che saranno applicate a partire dal **01/12/2022 per un periodo di 12 mesi**.

- **prezzo della componente energia pari a 0,2513 euro/kWh** (IVA e imposte escluse) valido tutte le ore del giorno e della notte; tale prezzo è **perdite di rete incluse** applicate come definite, pubblicate, e aggiornate da ARERA e attualmente pari a 10,2%;
- **corrispettivo di commercializzazione e vendita (poi anche CCV Luce) pari a 144 euro/pod/anno** (IVA e imposte escluse) da corrispondere su base mensile. Tale voce sostituisce l'analogo corrispettivo prezzo commercializzazione vendita (poi anche PCV ARERA).]

7. In data 10 agosto 2022 è entrato in vigore l'art. 3 del Decreto-Legge 9 agosto 2022, n. 115 (c.d. Decreto Aiuti bis), convertito in Legge del 21 settembre 2022 n. 142, ai sensi del quale: "1. **Fino al 30 aprile 2023 è sospesa l'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa** fornitrice di energia elettrica e gas naturale **di modificare unilateralmente le condizioni generali di contratto relative alla definizione del prezzo ancorché sia contrattualmente riconosciuto il diritto di recesso alla controparte**. 2. **Fino alla medesima data di cui al comma 1 sono inefficaci i preavvisi comunicati per le suddette finalità prima della data di entrata in vigore del presente decreto, salvo che le modifiche contrattuali si siano già perfezionate**".

8. A seguito dell'entrata in vigore della predetta norma, i consumatori, invocando la sospensione dell'efficacia delle modifiche unilaterali del prezzo precedentemente comunicate ma non ancora perfezionate, hanno presentato apposito reclamo ad EE, la quale ha rigettato le istanze adducendo quale motivazione - di carattere *standard* - l'intervenuta scadenza delle offerte sottoscritte dalla clientela.

In particolare, Enel ha utilizzato il seguente modello di risposta tipizzata: "Le precisiamo che la nostra comunicazione del xxx non è diretta a modificare anticipatamente le condizioni di prezzo con lei pattuite, né a interrompere le vigenti condizioni di fornitura prima della loro scadenza. Con la nostra lettera, le

abbiamo invece comunicato le condizioni economiche di cui le potrà beneficiare dopo la scadenza della sua offerta già fissata al xxx, fermo in ogni caso il suo diritto di recedere dal contratto” (enfasi aggiunta).

9. A titolo esemplificativo, si veda tra le altre³, la denuncia di un utente della società EE per la fornitura di energia elettrica dal 9 settembre 2019, il quale ha lamentato di aver ricevuto, in data 19 luglio 2022, una comunicazione da parte di EE, denominata “Nuove condizioni economiche per l’offerta luce”, con la quale venivano indicate, per l’appunto, le condizioni economiche da applicarsi a partire dal 1° novembre 2022, le quali prevedevano un aumento del prezzo della materia prima energia di circa il 200%, passando da € 0,097 a 0,28 € per la fascia arancione e da 0,075 €/kWh a 0,233€/kWh per la fascia blu.

Il successivo 23 settembre 2022, il segnalante ha richiesto al fornitore la sospensione dell’efficacia delle modifiche comunicate, tenuto conto dell’entrata in vigore del DL 115/2022 e della sua conversione in L. 142/2022.

Il 19 ottobre 2022, EE ha rigettato tale istanza argomentando che la comunicazione di luglio non era diretta a modificare le condizioni di prezzo pattuite ma a stabilire “le condizioni economiche, di cui le potrà beneficiare, dopo la scadenza della sua offerta già fissata al 1° novembre 2022, fermo in ogni caso il suo diritto di recedere dal contratto”.

Nella comunicazione di luglio, giova ribadirlo, EE non aveva fatto alcun riferimento alla scadenza dell’offerta sottoscritta dallo stesso cliente.

10. Un altro consumatore⁴, titolare di un contratto di fornitura di energia elettrica a prezzo fisso e invariabile per 12 mesi, sottoscritto ad ottobre 2020, ha segnalato di aver ricevuto, in data 30 giugno 2022, una comunicazione denominata “Nuove condizioni economiche per l’offerta luce”, con la quale venivano esposte le nuove condizioni economiche da applicarsi a partire dal 1° ottobre 2022. Le nuove condizioni economiche prevedevano un aumento del prezzo della materia prima energia di circa il 300% passando da 0,079 €/kWh a 0,24 €/kWh.

A seguito del reclamo del cliente, in data 30 settembre 2022, EE ha rigettato l’istanza argomentando, analogamente al precedente caso, che la comunicazione di giugno non era diretta a modificare le condizioni di prezzo pattuite ma a stabilire “le condizioni economiche, di cui lui potrà beneficiare, dopo la scadenza della sua offerta già fissata [...] al 30 settembre 2022 per la fornitura di luce, fermo in ogni caso il suo diritto di recedere dal contratto”.

Anche in questa circostanza, nella comunicazione di giugno non vi era alcun riferimento alla scadenza dell’offerta sottoscritta dal cliente.

11. Successivamente al 10 agosto 2022, EE ha inviato ad altri clienti [omissis] comunicazioni con le quali, diversamente dalle precedenti missive, indicava le nuove condizioni economiche applicabili a seguito di una imprecisata scadenza dell’offerta vigente nonché la data di decorrenza delle stesse.

Le missive, che riportavano in epigrafe “**LA TUA OFFERTA LUCE/GAS È IN SCADENZA**”, avevano il seguente, generico, contenuto: “le condizioni economiche della tua offerta sono in scadenza. Ti inviamo, dunque, a completamento ed integrazione del tuo contratto, le condizioni economiche della tua offerta XXX che saranno applicate a partire dal XXX per un periodo di XXX mesi. Tali condizioni, fisse e bloccate per il periodo sopra indicato, sono al momento le più vantaggiose di Enel Energia e risultano migliorative

³ Cfr. segnalazioni del 02.11.2022, prot. n. 83741; del 17.11.2022, prot. n. 90967; del 17.11.2022, prot. n. 90663; del 16.11.2022, prot. n. 89912; del 03.11.2022, prot. n. 84543; del 02.11.2022, prot. n. 84084; del 31.10.2022, prot. n. 83277; del 24.10.2022 prot. n. 80688.

⁴ Cfr. segnalazione del 28.11.2022, prot. n. 94028.

rispetto al prezzo all'ingrosso dell'energia (PUN), fortemente influenzato da fattori critici e dalle fluttuazioni del mercato”

Enel Energia, nella medesima comunicazione e analogamente alle lettere inviate prima del 10 agosto, indica la facoltà del cliente di recedere senza oneri dal contratto in essere o scegliendo un nuovo fornitore o disattivando la fornitura o scegliendo di essere serviti in regime di maggior tutela (Fig. 2).

Fig. 2

Roma, 26/10/2022



La tua offerta Luce è in scadenza

POD n.
 sito

Ciao

siamo felici di averti con noi e con questa lettera ci teniamo a confermare l'impegno e la passione che da sempre ci guidano verso l'offerta di vantaggi creati su misura per te e la ricerca dell'eccellenza.

Per te che sei cliente Enel Energia ricordati dei vantaggi del nostro programma fedeltà completamente gratuito ENELPREMIA WOW! Potrai ottenere bonus in bolletta, tantissime opportunità di sconto per i tuoi acquisti quotidiani e molti altri premi. Non sei ancora iscritto? Cosa aspetti? Subito per te un premio di benvenuto! Inquadra il QR code per scaricare L'APP ed iscriverti. In alternativa contatta il nostro Servizio Clienti al numero verde 800.900.860 o recati presso lo Spazio Enel a te più vicino. Per maggiori informazioni e regolamento vai su enel.it.



Comunicare con te in modo sempre trasparente è una priorità per noi. Le condizioni economiche della tua offerta sono in scadenza. Ti inviamo, dunque, a completamento ed integrazione del tuo contratto, le condizioni economiche della tua offerta Luce 30 che saranno applicate a partire dal 01/03/2023 per un periodo di 36 mesi (3 anni). Tali condizioni, fisse e bloccate per il periodo sopra indicato, sono al momento le più vantaggiose di Enel Energia e risultano migliorative rispetto al prezzo all'ingrosso dell'energia (PUN), fortemente influenzato da fattori critici e dalle fluttuazioni del mercato.

- **prezzo della componente energia pari a 0,259 euro/kWh (IVA e imposte escluse) valido tutte le ore del giorno e della notte; tale prezzo è perdite di rete incluse applicate come definite, pubblicate, e aggiornate da ARERA e attualmente pari a 10,2%;**
- **corrispettivo di commercializzazione e vendita (poi anche CCV Luce) pari a 144 euro/pod/anno (IVA e imposte escluse) da corrispondere su base mensile. Tale voce sostituisce l'analogo corrispettivo prezzo commercializzazione vendita (poi anche PCV ARERA).**

12. Ancora a titolo esemplificativo, un altro consumatore, titolare dal 19 dicembre 2018 di un contratto per la fornitura di energia elettrica, che prevedeva un prezzo della componente energia fisso e invariabile per 12 mesi dalla data di attivazione della fornitura, ha segnalato⁵ di aver ricevuto, in data 6 settembre 2022, una comunicazione denominata “La tua offerta Luce è in scadenza” con la quale - per la prima volta - venivano indicate le nuove condizioni economiche applicabili a partire dal 1° gennaio 2023, valide per un periodo di 36 mesi. Le nuove condizioni economiche prevedono un aumento del prezzo della materia prima energia di circa il 400% passando da 0,068 €/kWh a 0,25 €/kWh.

Si noti che la lettera di settembre 2022 è stata, evidentemente, inviata ben oltre il termine di scadenza - di 12 mesi - dell'offerta inizialmente sottoscritta dal cliente.

⁵ Cfr. segnalazione del 28 ottobre 2022, prot. n. 83179.

13. Anche in altri casi analoghi ai precedenti, un paio di consumatori riferiscono ad esempio, di avere sottoscritto un contratto con EE, rispettivamente, nel mese di giugno 2014 e di gennaio 2016, e di avere ricevuto per la prima volta, rispettivamente, in data 6 settembre 2022 e 12 ottobre 2022, una comunicazione con la quale la stessa Società preannunciava il rinnovo delle condizioni economiche di fornitura a seguito della scadenza delle offerte⁶.

14. Ancora un altro consumatore ha denunciato di aver ricevuto, in data 6 settembre 2022, due comunicazioni denominate “*La tua offerta Luce è in scadenza*” e “*La tua offerta Gas è in scadenza*”, con le quali EE anticipava le nuove condizioni economiche applicabili ai contratti di fornitura di gas ed energia elettrica a seguito dell’asserita scadenza delle offerte⁷.

Si evidenzia che il contratto per la fornitura del gas prevedeva un prezzo fisso per 12 mesi, mentre quello per la luce un prezzo fisso per 36 mesi. Nonostante ciò, le due diverse comunicazioni riportavano la medesima data (1° gennaio 2023) a partire dalla quale, a seguito della scadenza -non precisata- delle offerte sottoscritte, sarebbero state applicate le nuove condizioni economiche.

15. In un altro caso, il titolare di un contratto di fornitura di energia elettrica, sottoscritto a dicembre 2018, che prevedeva un prezzo della componente energia biorario fisso e invariabile per 12 mesi dalla data di attivazione della fornitura, ha denunciato di aver ricevuto, in data 12 ottobre 2022 una comunicazione denominata “*La tua offerta Luce è in scadenza*” con la quale EE indicava il nuovo prezzo di fornitura della energia. Ancora una volta, le nuove condizioni economiche prevedevano un aumento del prezzo della materia prima di circa il 300%, passando da 0,0864 €/kWh a 0,2959 €/kWh per la fascia arancione e da 0,0806 €/kWh a 0,2402 €/kWh per la fascia blu⁸.

Anche in questo caso si rileva che la lettera di ottobre 2022 è stata, evidentemente, inviata ben oltre il termine di 12 mesi di scadenza dell’offerta inizialmente sottoscritta.

16. In tutti i casi in cui il professionista ha fornito un riscontro ai reclami dei consumatori che eccepivano la sospensione dell’efficacia delle modifiche comunicate, ai sensi dell’art. 3 del Decreto Aiuti *bis*, EE ha utilizzato lo stesso modello standard di risposta (già inviato agli utenti che contestavano le precedenti comunicazioni aventi ad oggetto “*NUOVE CONDIZIONI ECONOMICHE*”) nel quale rappresentava: “*Le precisiamo che la nostra comunicazione del xxx non è diretta a modificare anticipatamente le condizioni di prezzo con lei pattuite, né a interrompere le vigenti condizioni di fornitura prima della loro scadenza. Con la nostra lettera, le abbiamo invece comunicato le condizioni economiche di cui le potrà beneficiare dopo la scadenza della sua offerta già fissata al xxx, fermo in ogni caso il suo diritto di recedere dal contratto*” (enfasi aggiunta).

17. Dunque, dopo il 10 agosto 2022, ovvero dopo l’entrata in vigore del suddetto decreto che ha sospeso l’efficacia delle modifiche unilaterali, EE ha mutato - solo formalmente - l’oggetto delle missive (da “*NUOVE CONDIZIONI ECONOMICHE*” a “*LA TUA OFFERTA E’IN SCADENZA*”) continuando, nella sostanza, a comunicare le modifiche del prezzo della fornitura, riconoscendo alla controparte lo speculare diritto di recesso, senza oneri, dal contratto, negando, di fatto, la natura giuridica di modifica unilaterale delle variazioni di prezzo preannunciate.

⁶ Cfr. segnalazioni del 28 ottobre 2022, prot. n. 82894 e del 24 ottobre 2022, prot. n. 80674.

⁷ Cfr. segnalazione del 17.11.2022, prot. n. 90789. Analogamente, segnalazione del 14.11.2022, prot. n. 88751.

⁸ Cfr. segnalazione del 28.11.2022, prot. n. 93763.

In entrambe le comunicazioni, quelle inviate prima e quelle dopo il 10 agosto, risulta comunque non chiara per il consumatore la scadenza delle condizioni economiche di fornitura: nel primo caso non si fa menzione di alcuna scadenza, nel secondo caso il dato relativo alla scadenza è totalmente generico.

18. A conferma del cambiamento, meramente formale, del contenuto delle comunicazioni inviate da EE alla propria clientela, rileva, tra le altre, la denuncia di un consumatore che ha segnalato di aver ricevuto due missive, relative alle due utenze per la fornitura di gas, sottoscritte entrambe a gennaio 2017, con le quali la stessa EE comunicava le nuove condizioni economiche dei contratti di fornitura. Tuttavia, nella prima lettera del 5 agosto 2022, la Società indicava le “*Nuove condizioni economiche per l’offerta gas*”, applicabili all’offerta sottoscritta dallo stesso utente per il punto di fornitura sito in Andora (SV), mentre nella seconda lettera del 6 settembre 2022, EE rappresentava “*La tua offerta Gas è in scadenza*”, con riferimento al punto di fornitura sito a Piacenza (PC), precisando “*a completamento ed integrazione del tuo contratto, le condizioni economiche dell’offerta*”⁹.

In entrambi i casi, le nuove condizioni economiche prevedono un aumento del prezzo della materia prima gas di circa il 400% passando da 0,29 €/kWh a 1,48 €/kWh. Il segnalante riferisce di non aver mai ricevuto prima nessuna comunicazione, da parte di EE, afferente alle modifiche delle condizioni economiche né altre comunicazioni relative a termini di durata e di applicabilità delle condizioni economiche in essere.

19. A seguito della richiesta di informazioni dell’Autorità, del 18 ottobre 2022, EE ha confermato che, a far data dall’entrata in vigore dell’articolo 3 del DL 115/2022, non avrebbe dato corso a modifiche unilaterali delle condizioni economiche contrattuali, ma avrebbe inviato esclusivamente comunicazioni di rinnovo delle condizioni economiche dell’offerta sottoscritta dal cliente. In particolare, EE ha fatto presente che il nuovo prezzo proposto costituisce “*una integrazione del contratto con un elemento essenziale ormai venuto meno, oltretutto il prezzo, la cui durata, si ripete era a termine*”.

III. IL PROVVEDIMENTO DELL’AUTORITÀ DEL 12 DICEMBRE 2022 N. 30400

20. L’Autorità, con delibera adottata in data 12 dicembre 2022, ha disposto che, ai sensi dell’art. 27, comma 3 del Codice del Consumo e dell’art. 8, comma 3 del Regolamento, la società Enel Energia S.p.A. sospendesse l’applicazione delle nuove condizioni economiche relative alle forniture di energia elettrica e gas inviate alla propria clientela, confermando fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente vigenti, comunicando individualmente ai consumatori interessati tale sospensione, riconoscendo a coloro che hanno esercitato il diritto di recesso - a seguito delle comunicazioni di aggiornamento delle condizioni economiche inviate prima del 10 agosto o di rinnovo delle stesse inviate successivamente a tale data - la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche.

21. In particolare, l’Autorità ha ritenuto che sussistessero i presupposti per l’adozione di misure cautelari provvisorie nei confronti del Professionista, ritenendo che le modifiche delle condizioni economiche preannunciate, sia prima sia dopo l’agosto 2022, configurassero l’esercizio dello *ius variandi*, idoneo ad incidere su un elemento essenziale del rapporto di fornitura, in quanto la presunta scadenza delle offerte è apparsa artificialmente prospettata da Enel Energia alla propria clientela, al solo scopo di aggirare l’inibizione relativa alle modifiche unilaterali del prezzo dell’energia elettrica e del gas introdotta dal legislatore con l’art. 3 del D.L. 115/2022.

⁹ Cfr. segnalazione del 21 novembre 2022. prot. n. 91565.

22. Sotto il profilo del *periculum in mora*, è stata rilevata l'indifferibilità dell'intervento poiché la condotta sopra descritta era in atto ed era caratterizzata da un elevato grado di offensività, in quanto idonea ad indurre in errore, nelle more del procedimento, tutti i destinatari delle comunicazioni sopra descritte in merito alla pretesa inapplicabilità dell'art. 3 del DL 115/2022, nonché a ostacolarne ingiustamente l'esercizio dei diritti previsti da tale norma fino alla scadenza del 30 aprile 2023, arrecando agli stessi considerevoli danni economici, a seguito dell'applicazione di condizioni economiche fortemente peggiorative (pari anche a 4 o 5 volte quelle previste dall'offerta corrente).

IV. LE ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE DEL PROFESSIONISTA

23. Nella memoria difensiva pervenuta in data 21 dicembre 2022¹⁰, il Professionista, dopo aver descritto la struttura del contratto di somministrazione proposto alla clientela, ha affermato che l'Autorità avrebbe erroneamente interpretato l'art. 3 citato, impedendo alle società di apportare non soltanto le modifiche unilaterali durante il periodo di validità delle condizioni economiche ma avrebbe altresì imposto agli operatori di continuare a praticare le medesime condizioni economiche anche successivamente alla loro naturale scadenza. A tal fine ha ricostruito le modalità di rinnovo delle condizioni economiche di fornitura, precisando che la relativa disciplina va tenuta distinta dall'esercizio dello *ius variandi*.

24. In proposito, il Professionista ribadisce che, mentre le modifiche unilaterali sono inibite, non sussiste alcuna limitazione alla facoltà di prevedere degli aggiornamenti di prezzo in occasione del rinnovo delle condizioni economiche delle offerte. La correttezza di tale interpretazione sarebbe dimostrata sia dai lavori parlamentari della legge di conversione del Decreto Aiuti *bis* sia dal comunicato congiunto AGCM-ARERA nel quale si chiarirebbe che i rinnovi delle offerte Placet non costituiscono un'ipotesi di variazione unilaterale.

25. Il Professionista, inoltre, riferisce che le modalità con cui sono stati comunicati i "rinnovi" sarebbero frutto della interpretazione che la Società ha dato all'art. 3 del Decreto Aiuti *bis* e, pertanto, tale condotta sarebbe priva dei profili di ingannevolezza e di aggressività. Conseguentemente, EE ha chiesto di non confermare il provvedimento cautelare.

26. Il 23 dicembre 2022, successivamente all'intervento della ordinanza cautelare del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2022, n. 05986, EE ha comunicato di aver avviato le verifiche sulla riconducibilità di tutte le comunicazioni inviate alla clientela ai rinnovi e non a *ius variandi* e di voler provvedere alle "eventuali rettifiche" dei casi che non siano stati correttamente classificati.

V. VALUTAZIONI

27. Alla luce di quanto emerso in atti, a seguito delle memorie difensive pervenute da parte di Enel Energia S.p.A., successivamente alla data del 21 dicembre 2022, e fatta salva ogni diversa valutazione nel procedimento principale, devono ritenersi sussistenti il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* posti a fondamento del provvedimento cautelare adottato *inaudita altera parte* nei limiti di quanto in seguito si preciserà e in considerazione del contenuto dell'ordinanza del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2022, n. 05986.

28. Preliminarmente, si evidenzia che, diversamente da quanto sostenuto dal Professionista, in ordine alla errata interpretazione dell'art. 3 del DL Aiuti *bis*, da parte dell'Autorità, quest'ultima, attraverso l'adozione

¹⁰ Comunicazione prot. 100179 del 21 dicembre 2022.

di misure cautelari, ha invero inteso bloccare gli incrementi del prezzo delle forniture, comunicati dalla società di vendita alla propria clientela, in ragione dapprima dell'assenza di qualsiasi riferimento alla scadenza delle condizioni economiche di offerta e quindi della non precisata ma soltanto asserita scadenza del periodo di validità delle medesime. L'assenza di tale elemento, unitamente al *modus operandi* assunto dalla società nell'interlocuzione con gli utenti, ha indebitamente condizionato gli stessi nell'esercizio di un loro diritto, non essendo posti nella condizione di poter comprendere se le variazioni applicate dal professionista fossero legittime, tenuto conto del disposto del Decreto Aiuti *bis*.

29. Infatti, in disparte le comunicazioni inviate prima del 10 agosto 2022 che non fornivano alcuna motivazione e/o scadenza giustificativa delle prospettate modifiche di prezzo, finanche le comunicazioni denominate da EE - dopo l'entrata in vigore del Decreto Aiuti *bis* - "*La tua offerta è in scadenza*" (cfr. fig. 2), indicavano genericamente "*le condizioni economiche della tua offerta sono in scadenza*" (enfasi aggiunta), senza tuttavia in alcun modo indicare e precisare la data effettiva della stessa.

30. Né tantomeno nelle condizioni generali di fornitura di taluni contratti veniva predeterminata la specifica durata delle condizioni economiche nelle ipotesi in cui queste ultime fossero state già rinnovate tacitamente senza alcuna variazione.

31. La circostanza che la scadenza del periodo di validità delle condizioni economiche di fornitura fosse ignota alla generalità dei consumatori, è testimoniata dalle numerosissime denunce agli atti del fascicolo - che continuano ad affluire senza soluzione di continuità - con le quali gli stessi consumatori contestano la sussistenza di una scadenza effettiva e, soprattutto, predeterminata, che giustificherebbe il rinnovo delle condizioni economiche di fornitura durante la vigenza dell'articolo 3 del Decreto Aiuti *bis*.

32. Alla luce, dunque, degli elementi fattuali emersi dall'analisi della documentazione complessivamente acquisita agli atti, risulta che le offerte sottoscritte nel corso degli anni da una gran parte degli utenti destinatari delle comunicazioni in oggetto non fossero effettivamente in scadenza: l'iniziale periodo di validità delle offerte stesse era, in molti casi, abbondantemente decorso e tacitamente prorogato, in assenza di una esplicita predeterminazione o comunicazione di uno specifico termine di vigenza delle condizioni economiche di fornitura e comunque senza comprovare il rispetto del termine di scadenza conseguente alle diverse e tacite proroghe.

33. Ne consegue che la condotta in esame, cioè l'asserito rinnovo delle condizioni economiche di fornitura, non è stato frutto - almeno in gran parte dei casi - della effettiva, predeterminata e nota scadenza delle condizioni economiche di offerta, realizzandosi così, nella sostanza, l'elusione dell'obbligo, di cui al citato art. 3, di sospensione dell'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa fornitrice di modificare unilateralmente il prezzo dell'energia. Pertanto, sia le comunicazioni che non menzionano la scadenza dell'offerta, sia quelle che la richiamano genericamente, senza però che la stessa fosse specificamente indicata, ovvero predeterminata e predeterminabile, lungi dal configurare "*un rinnovo contrattuale liberamente pattuito dalle parti*", integrano invero una fattispecie di modifica unilaterale, sospesa *ex* articolo 3 del Decreto Aiuti *bis* sino al 30 aprile 2023. Con la conseguenza che un tale *modus operandi* integra una pratica commerciale scorretta suscettibile di ostacolare il diritto contrattuale degli utenti a non vedere temporaneamente aumentate le condizioni economiche delle loro forniture, condizionandoli indebitamente al pagamento di maggiorazioni in realtà non applicabili durante la vigenza della norma suddetta.

34. Giova, pertanto, chiarire che l'Autorità non ha impedito alle società di vendita, come affermato da EE, di comunicare "*un aumento del prezzo in occasione del rinnovo delle condizioni economiche scadute*", ma

ha stigmatizzato, e dunque sospeso, l'invio massivo e generalizzato di comunicazioni aventi ad oggetto, di fatto, modifiche unilaterali del prezzo di fornitura, in vigore del divieto di cui si discute.

35. In conclusione, dunque, e anche in considerazione del contenuto della richiamata ordinanza del Consiglio di Stato resa avverso un altro provvedimento cautelare dell'Autorità su condotte analoghe, si ritiene di confermare il provvedimento cautelare adottato dall'Autorità nell'adunanza del 12 dicembre 2022, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, limitatamente a tutte le comunicazioni di rinnovo/aggiornamento/variazione delle condizioni economiche di offerta prive di una chiara, effettiva predeterminata o predeterminabile scadenza e quindi conosciuta o conoscibile dai consumatori a contratto a tempo indeterminato.

36. Sotto il profilo del *periculum in mora*, si rileva la persistenza delle esigenze già evidenziate nel provvedimento del 12 dicembre 2022 atteso che EE non ha comunicato alcuna misura attuativa del provvedimento cautelare e pertanto la condotta sopra descritta è in atto ed è caratterizzata da un elevato grado di offensività in ragione dell'immediato e grave pregiudizio economico derivante dall'applicazione di nuove condizioni economiche fortemente peggiorative (pari anche a 4 o 5 volte quelle previste dall'offerta corrente).

RITENUTO, pertanto, che gli elementi acquisiti confermano, nei limiti di quanto sopra evidenziato, la sussistenza dei presupposti, indicati nella delibera del 12 dicembre 2022, che giustificano la parziale conferma della misura adottata fatta salva, ovviamente, ogni ulteriore e/o diversa valutazione nel procedimento principale;

DELIBERA

di revocare parzialmente il provvedimento adottato il 12 dicembre 2022 nei confronti della società Enel Energia S.p.A., confermandolo nella sola parte in cui dispone che la stessa:

a) sospenda provvisoriamente ogni attività diretta a comunicare e ad applicare la variazione o il rinnovo delle condizioni economiche dei contratti in scadenza, avuto riguardo ai contratti a tempo indeterminato per i quali non era specificamente individuata o comunque predeterminabile una scadenza delle stesse, confermando fino all'effettiva scadenza ovvero fino al 30 aprile 2023, le condizioni di fornitura precedentemente vigenti, comunicando individualmente ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni, e con la medesima forma, l'applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero, nel caso in cui i termini di perfezionamento delle nuove comunicazioni non siano ancora scaduti, l'inefficacia delle modifiche proposte;

b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione delle nuove condizioni economiche inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data, avuto riguardo ai contratti a tempo indeterminato per i quali non era specificamente individuata o comunque predeterminabile una scadenza delle condizioni economiche di fornitura, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche fino all'effettiva scadenza ovvero fino al 30 aprile 2023;

c) che la società Enel Energia S.p.A. comunichi all'Autorità l'avvenuta esecuzione del presente provvedimento di sospensione e le relative modalità entro 5 giorni dal ricevimento del presente

provvedimento, inviando una relazione dettagliata nella quale vengano illustrate le iniziative assunte in ottemperanza a quanto disposto *sub a) e b)*.

È fatta salva ogni ulteriore e/o diversa valutazione nel procedimento di merito.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento sarà comunicato 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 comunicazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

Si ricorda che, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, del Regolamento, la presente decisione di sospensione deve essere immediatamente eseguita a cura del Professionista e che il ricorso avverso il provvedimento di sospensione dell'Autorità non sospende l'esecuzione dello stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

PS12462 - EDISON-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA

Provvedimento n. 30430

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 29 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento PS12462 del 12 dicembre 2022, volto a verificare l’esistenza di violazioni degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo da parte della società Edison Energia S.p.A.;

VISTO, in particolare, il proprio provvedimento del 12 dicembre 2022 con il quale, ai sensi dell’articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo è stato disposto che la società Edison Energia S.p.A. a) *sospenda provvisoriamente l’applicazione delle nuove condizioni economiche indicate nelle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale del contratto inviate prima del 10 agosto o nelle comunicazioni di proposta di rinnovo delle condizioni economiche inviate dopo il 10 agosto, confermando fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente applicate, comunicando individualmente ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni, e con la medesima forma, l’applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero, nel caso in cui i termini di perfezionamento delle nuove comunicazioni non siano ancora scaduti, l’inefficacia delle modifiche proposte; b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche;*

VISTA la memoria presentata da Edison Energia S.p.A., pervenuta in data 19 dicembre 2022, e la successiva comunicazione del 21 dicembre 2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. La società Edison Energia S.p.A. (di seguito, “Edison”, il “Professionista” o la “Società”) attiva nella fornitura di servizi di energia elettrica e gas sul mercato libero, in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, comma 1, lett. *b*), del Codice del Consumo.

2. Le associazioni di consumatori Adiconsum Sardegna e Federconsumatori Bergamo.

II. IL FATTO

3. Secondo informazioni acquisite d'ufficio ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo il Professionista, nell'ambito dell'attività di vendita di energia elettrica e gas, promuove diverse offerte commerciali le cui condizioni economiche di fornitura, generalmente quelle a prezzo fisso, risultano avere una durata determinata (12/24 mesi).

4. Secondo le Condizioni Generali di Contratto, *“qualora al termine del periodo di applicabilità delle Condizioni economiche non sia stata effettuata detta comunicazione da parte del FORNITORE, le condizioni economiche si intenderanno tacitamente prorogate di anno in anno”* (cfr. art. 4). In passato Edison ha rinnovato in modo automatico tali condizioni, in assenza di preventive comunicazioni¹.

5. Sulla base delle segnalazioni dei consumatori e delle microimprese² che hanno aderito alle predette offerte commerciali risulta che, almeno a partire dal mese di maggio 2022, i clienti titolari di contratti di utenza a prezzo fisso hanno ricevuto una *“proposta di modifica unilaterale del contratto”* (enfasi aggiunta) da parte della società Edison³.

6. Con tale comunicazione, Edison ha fatto presente che *“essendo il suo attuale contratto di fornitura con offerta LUCE PREZZO FISSO in scadenza il [...], per continuare a garantirle un vantaggio competitivo attraverso i prodotti Edison, desideriamo sottoporle l'offerta”* Edison World per i clienti residenziali e Edison premium per le piccole e medie imprese⁴ (enfasi aggiunta). Alla medesima comunicazione vengono allegate, fra l'altro, *“le nuove condizioni economiche di dettaglio”*, nonché indicata la facoltà del cliente di recedere senza oneri dal contratto in essere, precisando che *“Le ricordiamo infine che se non desidera rinnovare la sua fornitura con Edison alle nuove condizioni, può esercitare il diritto di recesso tramite il suo nuovo fornitore entro e non oltre il giorno 10 (dieci) del mese precedente la data di cambio venditore”* (Fig. 1).

¹ Cfr. segnalazioni del 28 ottobre 2022, prot. n. 82939, relativo ad un'offerta attiva dal 1° febbraio 2021, della durata di 12 mesi, che non risulta essere stata seguita da successive comunicazioni di rinnovo; del 22 novembre 2022, prot. n. 92205, relativo ad una fornitura attiva da 5 anni, in cui il segnalante rappresenta che *“nessuna modifica contrattuale mi è stata in precedenza comunicata e da me sottoscritta”*; del 28 novembre 2022, prot. 94140, relativo ad un'offerta attiva dal 26 settembre 2019, della durata di 12 mesi che non risulta essere stata seguita da successive comunicazioni di rinnovo; del 29 novembre 2022, prot. 94335, relativo ad un'offerta attiva dal 1° settembre 2019 della durata di 12 mesi e tacitamente prorogata; si vedano inoltre le segnalazioni di cui alla nota precedente.

² Circa oltre 130 segnalazioni pervenute dall'8 agosto 2022.

³ In proposito, l'art. 16.2 delle Condizioni generali di Contratto stabilisce la facoltà del Professionista di variare unilateralmente le condizioni contrattuali per giustificato motivo, secondo le modalità previste dalla regolazione di settore.

⁴ Ai sensi dell'art. 4 delle Condizioni Generali di Contratto *“Le condizioni economiche saranno applicabili per X mesi a partire dalla data di attivazione, salvo diversa durata eventualmente indicata sul documento di Condizioni Economiche, riferita esclusivamente al periodo applicativo delle condizioni economiche stesse, fermo restando la durata indeterminata del CONTRATTO, e allo scadere di tale periodo potranno essere modificate dal FORNITORE. In tal caso, il FORNITORE comunicherà al CLIENTE le nuove condizioni economiche entro il termine di 3 (tre) mesi antecedenti la scadenza iniziata e/o prorogata delle stesse, mediante comunicazione scritta (cartacea o digitale). Qualora il CLIENTE non eserciti il diritto di recesso nei termini e con le modalità previste all'articolo 11, le nuove condizioni economiche si intenderanno tacitamente accettate da parte del CLIENTE. Qualora al termine del periodo di applicabilità delle Condizioni economiche non sia stata effettuata detta comunicazione da parte del FORNITORE, le condizioni economiche si intenderanno tacitamente prorogate di anno in anno”* (enfasi aggiunta).

FIG. 1

Oggetto: **Proposta di modifica unilaterale del contratto**

Gentile Cliente,

con la presente, le comuniciamo che, essendo il suo attuale contratto di fornitura con offerta LUCE PREZZO FISSO in scadenza il 30/09/2022, per continuare a garantirle un vantaggio competitivo attraverso i prodotti Edison, desideriamo sottoporle l'offerta **EDISON WORLD LUCE**.

Ecco tutti i vantaggi della nuova offerta a lei riservata:

- **Garanzia di pagare l'energia quanto la paghiamo noi con un piccolo contributo mensile**
- **Bolletta semplice da leggere**
- **Zero costi di attivazione, zero cauzioni e zero modifiche al contatore**

All'interno di questa comunicazione può trovare le Condizioni Generali di contratto, le nuove Condizioni Economiche di dettaglio che saranno valide per 12 mesi a partire dal giorno successivo a quello di scadenza del suo attuale contratto, e la Scheda Sintetica EDISON WORLD LUCE. Le ricordiamo che può trovare la stima della spesa annua all'interno della Scheda Sintetica allegata a questa comunicazione, nella sezione SPESA ANNUA STIMATA IN €/ANNO (ESCLUSE IMPOSTE E TASSE).

Per continuare il suo rapporto di fornitura di Energia Elettrica ed accedere subito ai vantaggi dell'offerta **EDISON WORLD LUCE** non dovrà fare nulla. Pensiamo a tutto noi.

Le ricordiamo infine che se non desidera rinnovare la sua fornitura con Edison alle nuove condizioni, può esercitare il diritto di recesso tramite il suo nuovo fornitore entro e non oltre il giorno 10 (dieci) del mese precedente la data di cambio venditore. Per informazioni sulla spesa personalizzata e su altre offerte disponibili nel mercato può consultare il Portale Offerte Luce e Gas www.ilportaleofferte.it.

Cordiali saluti

Servizio Clienti Edison Energia

La presente comunicazione non annulla eventuali azioni in corso previste in caso di morosità.

7. Le comunicazioni trasmesse alle microimprese seguono il medesimo *format* di cui alla Fig. 1, ma non è precisata la data di scadenza del contratto (“*con la presente, le comuniciamo che, essendo il suo attuale contratto di fornitura in scadenza e per continuare a garantirle un vantaggio competitivo attraverso i prodotti Edison, desideriamo sottoporle l'offerta EDISON PREMIUM LUCE INDEX*”).

8. In data 10 agosto 2022 è entrato in vigore l'art. 3 del Decreto Legge 9 agosto 2022 n. 115 (c.d. Decreto *Aiuti-bis*), convertito in Legge del 21 settembre 2022, n. 142, ai sensi del quale: “1. *Fino al 30 aprile 2023 è sospesa l'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa fornitrice di energia elettrica e gas naturale di modificare unilateralmente le condizioni generali di contratto relative alla definizione del prezzo ancorché sia contrattualmente riconosciuto il diritto di recesso alla controparte. 2. Fino alla medesima data di cui al comma 1 sono inefficaci i preavvisi comunicati per le suddette finalità prima della data di entrata in vigore del presente decreto, salvo che le modifiche contrattuali si siano già perfezionate*”.

9. A seguito dell'entrata in vigore della predetta norma, i consumatori, invocando la sospensione dell'efficacia delle modifiche unilaterali del prezzo precedentemente comunicate ma non ancora perfezionate, hanno presentato apposito reclamo a Edison per rappresentare che le modifiche contrattuali

erano sospese come previsto dall'art. 3 del Decreto *Aiuti-bis* e richiedere di mantenere invariate le condizioni contrattuali in essere⁵.

10. Il Professionista, nel fornire un riscontro ai reclami, in taluni casi ha comunicato la necessità di attendere “*delucidazioni dai riparti competenti*”⁶; in altri ha annullato le modifiche unilaterali del contratto precedentemente comunicate.

11. In particolare, da talune segnalazioni, emerge che Edison ha dapprima comunicato ai clienti che “*ci risulta che la legge sarà valida dai contratti che andranno a rinnovo da settembre 2012 in poi. Nel caso il DL sia da considerarsi retroattivo da agosto, procederemo alla ri fatturazione e allo storno del contratto nuovo proposto per il rinnovo*”⁷. Da altre segnalazioni, risulta che la Società ha risposto ai reclami dei consumatori informando di non tenere conto della comunicazione di modifica unilaterale precedentemente trasmessa, da ritenersi annullata in considerazione di quanto stabilito dal Decreto *Aiuti-bis*⁸.

Protocollo: 8015728256

Milano, 29.08.2022

Riferimento: Sua comunicazione del 27.08.2022 , Nostro prot. n. 4022185322.

Tipo Servizio: Gas

Tipologia di fornitura: cliente finale del Mercato Libero

N° PDR: IT001E42917921

Oggetto: DECRETO AIUTI BIS

Gentile Cliente,

In riferimento alla sua comunicazione in oggetto, e in seguito alle opportune verifiche, Le comuniciamo che il decreto aiuti bis, varato dal governo, prevede, rispetto al tema della sospensione delle modifiche unilaterali dei contratti di fornitura di energia elettrica e gas natural, un blocco alle modifiche delle condizioni generali del contratto di luce e gas del mercato libero.

Pertanto, si annullano i rinnovi delle condizioni contrattuali da settembre .

Cordiali Saluti

Servizio Clienti Edison Energia

⁵ Cfr., a titolo esemplificativo e non esaustivo, segnalazioni del 24 ottobre 2022, prot. n. 81121 e del 14 ottobre 2022, prot. n. 77616.

⁶ Cfr. segnalazione del 14 novembre 2022, prot. n. 88179.

⁷ Cfr. segnalazione del 4 novembre 2022, prot. n. 85299.

⁸ Cfr. segnalazioni del 20 ottobre 2022, prot. n. 79585 e del 14 novembre 2022, prot. n. 88658.

12. In altri casi ancora, il consumatore, in seguito alla comunicazione di modifica unilaterale di Edison, ha contattato tramite *chat* o al telefono quest'ultima, venendo informato che *“i rinnovi contrattuali sono bloccati sino ad aprile 2023”* e che avrebbe continuato ad applicarsi il prezzo dell'originaria offerta⁹.

13. Dalle denunce agli atti, risulta inoltre che successivamente il Professionista ha proceduto ugualmente ad applicare le nuove condizioni, informando gli utenti solo *a posteriori*, a seguito di eventuali reclami, di ritenere giustificata ed efficace la variazione in quanto comunicata a seguito di scadenza e non coperta dal Decreto *Aiuti-bis*.

14. In particolare, in un caso Edison ha comunicato, a luglio 2022, la nuova offerta in sostituzione di una precedente in scadenza il 31 ottobre 2022; in data 28 agosto 2022 ha poi annullato la predetta nuova offerta sulla base del Decreto *Aiuti-bis* e solo il 07 novembre 2022 ha confermato l'intenzione di applicare le nuove condizioni di prezzo *“al termine del periodo di preavviso”*, nonostante il periodo di validità dell'offerta sottoscritta dal cliente fosse già decorso¹⁰.

15. Un altro consumatore ha denunciato che la Società, dopo aver comunicato, il 14 maggio 2022, nuove condizioni di offerta a decorrere dal 1° settembre 2022, in data 18 agosto 2022 ha comunicato che, tenuto conto dell'entrata in vigore del Decreto *Aiuti-bis*, le condizioni di offerta proposte sarebbero state annullate. La Società ha, tuttavia, poi ugualmente applicato le nuove condizioni economiche, considerandole in vigore dal 1° settembre 2022, senza alcun preavviso; Edison ha poi rettificato la propria precedente comunicazione solo in data 17 ottobre 2022, in risposta a un nuovo reclamo del cliente, affermando che il Decreto *Aiuti-Bis* non si applica alle proposte di rinnovo e che *“non avendo ricevuto alcuna comunicazione di recesso da parte Sua, Edison Energia S.p.A. ha provveduto ad applicare e fatturare le nuove condizioni di prezzo debitamente comunicate”*¹¹.

16. Taluni segnalanti hanno inoltre lamentato che Edison, in risposta ai loro reclami, ha comunicato che *“non possiamo garantirVi il rinnovo del Vostro attuale contratto alle stesse condizioni economiche per altri 12 mesi”*, prospettando la nuova proposta non più a prezzo fisso ma variabile¹².

17. Da altre segnalazioni risulta poi che la Società ha inviato le comunicazioni di modifica dell'offerta anche in data anteriore a quella dell'originaria scadenza delle condizioni economiche.

Ad esempio, un consumatore ha lamentato di aver ricevuto da Edison, in data 6 agosto 2022, una proposta di modifica unilaterale del contratto con la quale si comunicava che l'offerta sottoscritta era in scadenza e che, a partire dal 30 novembre 2022, sarebbero state applicate nuove condizioni economiche. In realtà, l'offerta risulta essere stata sottoscritta in data 28 febbraio 2022 con un prezzo bloccato per 12 mesi e, dunque, valida almeno fino al 28 febbraio 2023¹³.

Anche da un'altra segnalazione emerge che Edison ha ammesso di aver *“provveduto a comunicare le nuove condizioni economiche in sostituzione di quelle in scadenza oppure scadute”*¹⁴ (enfasi aggiunta).

⁹ Cfr. segnalazione del 16 novembre 2022, prot. n. 89714; si veda anche segnalazione del 21 ottobre 2022, prot. n. 80146.

¹⁰ Cfr. segnalazione del 14 novembre 2022, prot. n. 88658; in senso analogo cfr. anche segnalazioni del 20 ottobre 2022, prot. n. 79585, del 21 ottobre 2022, prot. n. 80146 e del 26 novembre 2022, prot. n. 89714.

¹¹ Cfr. segnalazione del 20 ottobre 2022, prot. n. 79585.

¹² Cfr. segnalazioni del 4 novembre 2022, prot. n. 85125 e del 30 novembre 2022, prot. n. 94713.

¹³ Cfr. segnalazione del 14 ottobre 2022, prot. n. 77616.

¹⁴ Cfr. segnalazione del 28 novembre 2022, prot. n. 93731, documento allegato che riporta una *chat* con il servizio clienti.

18. Dalle segnalazioni risulta anche che Edison, nel rispondere agli utenti che hanno presentato reclamo avverso le comunicazioni di modifica delle offerte, ha trasmesso missive aventi ad oggetto “*rinnovo con cambio offerta*”¹⁵.

19. Un segnalante, in particolare, ha lamentato che il Professionista ha proposto, in sostituzione delle condizioni economiche in scadenza, un’offerta commerciale totalmente diversa (non più a prezzo fisso, ma variabile); secondo il segnalante, ciò non è consentito dal contratto, in base al quale può essere modificata la sola componente economica, ma non la tipologia di offerta applicata, da fisso a variabile¹⁶.

20. Diversi consumatori hanno altresì lamentato che la nuova offerta si basa su un “*fantomatico ricalcolo in base al PUN ... molto complicato da capire*”¹⁷, che “*è stata modificata una parte sostanziale del contratto e non solo il prezzo dell’energia*”¹⁸ e che il prezzo è significativamente maggiore rispetto alle precedenti condizioni applicate, nel caso del gas del 101%¹⁹.

21. Successivamente al 10 agosto 2022, la Società non risulta avere comunicato ufficialmente la sospensione delle suddette comunicazioni di “*modifica unilaterale*” (di cui alla Fig. 1); essa ha invece continuato ad inviare alla propria clientela aggiornamenti delle condizioni economiche sulla base di un diverso *format*, avente ad oggetto “*Rinnovo delle condizioni economiche*”. In tali comunicazioni, analogamente alle precedenti *sub* Fig. 1, è indicata una nuova offerta non a prezzo fisso ma variabile (Fig. 2). Il contenuto di queste ultime comunicazioni è pressoché identico al precedente *format* delle comunicazioni di “*modifica unilaterale*”.

¹⁵ Cfr. segnalazione del 21 ottobre 2022, prot. n. 80146.

¹⁶ Cfr. segnalazione del 30 novembre 2022, prot. n. 94713. Si vedano, inoltre, segnalazioni del 19 ottobre 2020, prot. n. 79248 e del 24 ottobre 2022, prot. n. 81121.

¹⁷ Cfr. segnalazione del 20 ottobre 2022, prot. n. 79677.

¹⁸ Cfr. segnalazione del 14 novembre 2022, prot. n. 88658. Si veda anche segnalazione del 30 novembre 2022, prot. n. 94713: “*Nel caso concreto, Edison ha modificato l’intero contratto e non solo le condizioni economiche relative alla fornitura della materia prima...*”.

¹⁹ Cfr. segnalazione del 20 ottobre 2022, prot. n. 79801.

Fig. 2

Oggetto: **Rinnovo delle Condizioni Economiche.**

Gentile Cliente,

con la presente, Le comunichiamo che le sue attuali condizioni economiche scadranno il 31/01/2023, e, pertanto, Le sottoponiamo le nuove condizioni economiche dell'Offerta **EDISON WORLD LUCE PLUS**.

Ecco tutti i vantaggi della nuova offerta a lei riservata:

- **Garanzia di pagare l'energia quanto la paghiamo noi con un piccolo contributo mensile**
- **Bolletta semplice da leggere**
- **Zero costi di attivazione, zero cauzioni e zero modifiche al contatore**

All'interno di questa comunicazione può trovare le nuove Condizioni Economiche di dettaglio che saranno valide per 12 mesi a partire dal giorno successivo a quello di scadenza delle sue attuali condizioni economiche e la Scheda Sintetica EDISON WORLD LUCE PLUS. Le ricordiamo che può trovare la stima della spesa annua all'interno della Scheda Sintetica allegata a questa comunicazione, nella sezione SPESA ANNUA STIMATA IN €/ANNO (ESCLUSE IMPOSTE E TASSE). Le precisiamo che, fatto salvo quanto sopra previsto, resta ferma e invariata tutta la restante documentazione contrattuale già in suo possesso.

Per continuare il suo rapporto di fornitura di Energia Elettrica ed accedere subito ai vantaggi dell'offerta **EDISON WORLD LUCE PLUS** non dovrà fare nulla. Pensiamo a tutto noi.

Le ricordiamo infine che se non desidera rinnovare la sua fornitura con Edison alle nuove condizioni, può esercitare il diritto di recesso tramite il suo nuovo fornitore entro e non oltre il giorno 10 (dieci) del mese precedente la data di cambio venditore. Per informazioni sulla spesa personalizzata e su altre offerte disponibili nel mercato può consultare il Portale Offerte Luce e Gas www.ilportaleofferte.it.

Cordiali saluti

Servizio Clienti Edison Energia

La presente comunicazione non annulla eventuali azioni in corso previste in caso di morosità.

22. Anche le comunicazioni inviate alle microimprese seguono un simile *format* (Fig. 2), salvo il fatto che continua a non essere indicata la data di scadenza del contratto (“*con la presente, Le comunichiamo che le sue attuali condizioni economiche sono in scadenza e, pertanto, Le sottoponiamo le nuove condizioni economiche dell'Offerta EDISON PREMIUM LUCE INDEX*”).

23. Il Professionista, in data 28 ottobre 2022, ha fornito riscontro ad una richiesta di informazioni inviata dall'Autorità in data 18 ottobre 2022, rappresentando di aver comunicato, in vista della naturale scadenza delle condizioni economiche dei singoli contratti, proposte di rinnovo secondo le tempistiche previste dalle condizioni generali di contratto e di avere proposto non più offerte a prezzo fisso ma variabile, con “*valori di prezzo il più possibile allineati ai valori all'ingrosso*”.

Tra il 1° maggio 2022 e il 22 ottobre 2022 sono state inviate *[omissis]** comunicazioni di rinnovo, di cui *[omissis]* a clienti domestici e *[omissis]* a PMI.

Le nuove condizioni economiche sono state applicate a *[omissis]* utenti (*[omissis]* clienti domestici e *[omissis]* PMI).

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

Il numero di utenti che hanno deciso di non rinnovare le condizioni economiche dei contratti alla data del 22 di ottobre 2022 è [omissis] ([omissis] clienti domestici e [omissis] PMI).

III. IL PROVVEDIMENTO DELL'AUTORITÀ DEL 12 DICEMBRE 2022 N. 30401

24. L'Autorità, con delibera adottata in data 12 dicembre 2022, ha disposto che, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo e dell'art. 8, comma 3, del Regolamento, la società Edison Energia S.p.A. sospendesse l'applicazione delle nuove condizioni economiche relative alle forniture di energia elettrica e gas inviate alla propria clientela, confermando fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente vigenti, comunicando individualmente ai consumatori interessati tale sospensione, riconoscendo a coloro che hanno esercitato il diritto di recesso - a seguito delle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data - la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche.

25. In particolare, l'Autorità, ha ritenuto che sussistessero i presupposti per l'adozione di misure cautelari provvisorie nei confronti del Professionista, ritenendo che le modifiche delle condizioni economiche applicate, sia prima sia dopo l'agosto 2022, configurassero l'esercizio del *ius variandi*, idoneo ad incidere su un elemento essenziale del rapporto di fornitura, in quanto la presunta scadenza delle offerte è apparsa artificiosamente prospettata da Edison alla propria clientela, al solo scopo di aggirare l'inibizione relativa alle modifiche unilaterali del prezzo dell'energia elettrica e del gas introdotta dal legislatore con l'art. 3 del D.L. 115/2022; d'altra parte, Edison è risultata aver applicato le condizioni economiche previste dalla nuova offerta anche laddove aveva comunicato agli utenti che queste erano da ritenersi annullate e in assenza di alcuna previa comunicazione.

26. Sotto il profilo del *periculum in mora*, è stata rilevata l'indifferibilità dell'intervento poiché la condotta sopra descritta era in atto ed era caratterizzata da un elevato grado di offensività, in quanto idonea ad indurre in errore, nelle more del procedimento, tutti i destinatari delle comunicazioni sopra descritte in merito alla pretesa inapplicabilità dell'art. 3 del D.L. 115/2022, nonché a ostacolarne ingiustamente l'esercizio dei diritti previsti da tale norma fino alla scadenza del 30 aprile 2023, arrecando agli stessi considerevoli danni economici, a seguito dell'applicazione di condizioni economiche fortemente peggiorative.

IV. LE ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE DEL PROFESSIONISTA

27. Nella relazione di ottemperanza pervenuta in data 19 dicembre 2022²⁰, la società Edison ha comunicato le misure proposte per dare attuazione al provvedimento cautelare d'ufficio del 12 dicembre 2022.

28. In proposito, il Professionista ha dichiarato che a decorrere dal 13 dicembre 2022 ha sospeso l'applicazione di qualsiasi variazione di prezzo per i propri clienti e ha congelato fino al 30 aprile 2023 gli effetti di ogni variazione di condizioni economiche proposta.

29. Più in particolare, la Società ha disposto il congelamento, fino al 30 aprile 2023, dei processi di fatturazione per i clienti per i quali si sono perfezionate nuove condizioni economiche di fornitura, precisando che comunicherà all'Autorità entro il 31 gennaio 2023 le modalità per il riavvio del processo di fatturazione alle condizioni previgenti la data di entrata in vigore del Decreto.

30. Edison ha inoltre dichiarato di avere avviato le procedure per comunicare in forma scritta e individualmente ai consumatori interessati l'applicazione delle precedenti condizioni di fornitura ovvero

²⁰ Comunicazione prot. n. 99525 del 19 dicembre 2022.

l'inefficacia delle modifiche proposte e che rappresenterà all'Autorità le modalità e i termini per l'invio di tali comunicazioni entro il 31 dicembre 2022.

31. La Società ha altresì sospeso i processi di riscossione delle fatture emesse successivamente al 10 agosto 2022, relative a rapporti contrattuali oggetto di revisione delle condizioni economiche dopo l'entrata in vigore del Decreto e non ancora saldate; essa ha inoltre dato avvio alle procedure per comunicare ai clienti che abbiano esercitato il recesso contrattuale le precedenti condizioni di fornitura.

32. Nella successiva memoria difensiva pervenuta in data 21 dicembre 2022²¹, il Professionista ha rappresentato di essere soggetto al controllo esclusivo di Edison S.p.A. e di acquistare da quest'ultima l'energia elettrica e gas naturale al valore di mercato (PUN e PSV) tramite contratti che escludono trasferimenti di marginalità tra le due società.

33. Edison ha inoltre precisato che, su un totale di [omissis] di contratti stipulati, [omissis] prevedono condizioni economiche valide per un determinato periodo di tempo, con successivo aggiornamento del prezzo sulla base delle nuove condizioni di mercato, salvo il diritto del cliente di recedere dal contratto; la restante parte dei contratti sono a mercato libero con offerte *placet* ([omissis]), o nel comparto del servizio di Tutela gas ([omissis]).

34. Nel merito, Edison ha ribadito che, nonostante il sensibile aumento dei prezzi del gas e dell'energia elettrica degli ultimi mesi, ha provveduto a proporre, solo nel caso dei contratti in scadenza, a partire dal mese di marzo del 2022 e nel rispetto del termine di tre mesi di preavviso, il passaggio da prezzo fisso a prezzo variabile. Ciò al fine di consentire ai clienti di beneficiare di eventuali future riduzioni dei prezzi di mercato.

35. Il provvedimento cautelare determina la proroga del termine di validità dei prezzi, oltre la loro scadenza contrattuale, per più di [omissis] contratti (oltre a [omissis] contratti in scadenza tra la notifica del provvedimento cautelare e il 30 aprile 2023), determinando un danno emergente tra i [omissis] di Euro, che è destinato a riflettersi sul Gruppo (la Società ha registrato [omissis] di Euro di perdite nel periodo gennaio-ottobre 2022).

36. Il Professionista ha quindi contestato l'interpretazione del predetto art. 3 che ritiene desumibile dalla lettura del provvedimento cautelare dell'Autorità, secondo cui tale norma si applica non solo alle modifiche unilaterali di condizioni economiche ancora valide ed efficaci ma ad "*ogni variazione delle condizioni economiche dei contratti di fornitura*". Ha in particolare precisato di avere in passato indicato, in taluni casi, nell'oggetto dei preavvisi di aggiornamento la dicitura "*proposta di modifica unilaterale di contratto*" in quanto ha utilizzato i modelli predisposti per le modifiche unilaterali, che prevedono una serie di garanzie aggiuntive in favore del cliente finale secondo quanto stabilito dall'art. 13 del Codice di Condotta Commerciale.

37. Conseguentemente, Edison ha chiesto di non confermare il provvedimento cautelare, che rischierebbe di aggravare i risultati economico-finanziari dell'azienda e del Gruppo, con un pregiudizio economico grave e irreparabile. Infatti, anche a prescindere dai danni reputazionali e di avviamento, eventuali richieste di conguaglio *ex post* comporterebbero serie difficoltà nella gestione dei rapporti con la clientela.

²¹ Comunicazione prott. nn. 100206 e 100208 del 21 dicembre 2022.

V. VALUTAZIONI

38. Alla luce di quanto emerso in atti, a seguito delle memorie difensive pervenute da parte di Edison Energia S.p.A., successivamente alla data del 12 dicembre 2022, e fatta salva ogni diversa valutazione nel procedimento principale, devono ritenersi sussistenti il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* posti a fondamento del provvedimento cautelare adottato *inaudita altera parte* nei limiti di quanto in seguito si preciserà e in considerazione del contenuto dell'ordinanza del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2022, n. 05986.

39. Con riferimento alle comunicazioni inviate da Edison, si evidenzia che, diversamente da quanto sostenuto dal Professionista in ordine alla errata interpretazione dell'art. 3 del Decreto *Aiuti-bis* da parte dell'Autorità, quest'ultima, attraverso l'adozione di misure cautelari, ha invero inteso bloccare gli incrementi del prezzo delle forniture, applicati dalla società di vendita alla propria clientela, in ragione della non precisata ma soltanto asserita scadenza del periodo di validità delle condizioni economiche di offerta. La condotta della Società nell'applicazione delle nuove offerte, unitamente al *modus operandi* assunto nell'interlocuzione con gli utenti, ha indebitamente condizionato gli stessi nell'esercizio di un loro diritto, non ponendoli nella condizione di poter comprendere se le variazioni applicate dal Professionista fossero legittime, tenuto conto del disposto del Decreto *Aiuti-bis*.

40. Infatti – anche a prescindere dal fatto che il Professionista ha modificato la tipologia di offerta, non più a prezzo fisso ma a prezzo variabile, condotta che sarà approfondita nel corso del procedimento – Edison risulta avere proceduto ad annullare le comunicazioni inviate prima del 10 agosto proprio in considerazione dell'entrata in vigore del citato art. 3 del Decreto *Aiuti-bis*, applicando poi le nuove condizioni economiche senza alcuna previa e distinta comunicazione.

Invero, i consumatori ritenevano che avrebbe continuato ad applicarsi il prezzo dell'offerta originaria, automaticamente rinnovata, mentre non erano in alcun modo avvertiti che, nonostante la comunicazione di annullamento della modifica trasmessa, sarebbe stata comunque applicata la nuova offerta.

41. A ciò si aggiunga che Edison risulta aver talvolta prospettato le nuove condizioni economiche senza rispettare l'effettiva scadenza e anche con riferimento a contratti per i quali non era ancora decorso il periodo iniziale di validità contrattualmente previsto.

42. Ancora, nel caso delle microimprese, la Società ha comunicato, sia prima che dopo il 10 agosto 2022, le nuove condizioni economiche di fornitura facendo riferimento alla asserita scadenza della precedente offerta, ma nelle missive trasmesse non vi era alcuna indicazione della data di tale scadenza, inizialmente prevista o rinnovata nel corso del rapporto contrattuale.

43. Alla luce, dunque, degli elementi fattuali emersi dall'analisi della documentazione complessivamente acquisita agli atti, risulta palese che le condizioni economiche sottoscritte nel corso degli anni da numerosi utenti destinatari delle comunicazioni in oggetto non fossero effettivamente e genuinamente in scadenza: infatti, l'iniziale periodo di validità delle offerte stesse, in taluni casi non era ancora decorso; in altri era invece già decorso e tacitamente prorogato, anche e proprio a seguito dell'annullamento da parte di Edison della comunicazione di modifica e delle rassicurazioni da questa fornite che avrebbe continuato ad applicarsi il prezzo dell'originaria offerta.

44. Ne consegue che, l'asserito rinnovo delle condizioni economiche di fornitura da parte di Edison non è stato frutto - almeno in buona parte dei casi - della effettiva, predeterminata e nota scadenza delle condizioni economiche di offerta, realizzandosi così, nella sostanza, l'elusione dell'obbligo, di cui al citato art. 3, di

sospensione dell'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa fornitrice di modificare unilateralmente il prezzo dell'energia.

45. Pertanto, sia l'applicazione automatica delle nuove offerte, sia le comunicazioni che richiamano la scadenza dell'offerta, senza però che la stessa fosse specificamente indicata, ovvero predeterminata e predeterminabile, lungi dal configurare “*un rinnovo contrattuale liberamente pattuito dalle parti*”, integrano invero una fattispecie di modifica unilaterale, sospesa *ex* articolo 3 del Decreto *Aiuti-bis* sino al 30 aprile 2023, nonché una pratica commerciale scorretta suscettibile di ostacolare il diritto contrattuale degli utenti a non vedere temporaneamente aumentate le condizioni economiche delle loro forniture, condizionandoli indebitamente al pagamento di maggiorazioni in realtà non applicabili durante la vigenza della suddetta norma.

46. Giova, pertanto, ribadire che l'Autorità non ha affatto inteso affermare – come sostenuto da Edison – che non sarebbero più consentite “*le comunicazioni di aggiornamento delle condizioni economiche alla scadenza*”, ma ha impedito l'esercizio dello *ius variandi* rispetto a condizioni economiche non in scadenza previste nell'ambito di un contratto di fornitura a tempo indeterminato, in vigenza del divieto di cui si discute.

47. In conclusione, dunque, e anche in considerazione del contenuto della richiamata ordinanza del Consiglio di Stato resa avverso un altro provvedimento cautelare dell'Autorità su condotte analoghe, si conferma il provvedimento cautelare, adottato dall'Autorità nell'adunanza del 12 dicembre 2022, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, limitatamente a tutte le modifiche delle condizioni economiche a prescindere dalla loro effettiva scadenza, così come a tutte le comunicazioni di rinnovo/aggiornamento/variazione delle condizioni economiche di offerta prive di una chiara, effettiva predeterminata o predeterminabile scadenza e quindi conosciuta o conoscibile dai consumatori di contratti a tempo indeterminato.

48. Sotto il profilo del *periculum in mora*, si rileva la persistenza delle esigenze già evidenziate nel provvedimento del 12 dicembre 2022 atteso che le misure comunicate dalla parte, oltre che in stretta attuazione del citato provvedimento, sono in gran parte non ancora implementate e pertanto la condotta sopra descritta è in atto ed è caratterizzata da un elevato grado di offensività in ragione dell'immediato e grave pregiudizio economico derivante dall'applicazione di nuove condizioni economiche fortemente peggiorative.

RITENUTO, pertanto, che gli elementi acquisiti confermano, nei limiti di quanto sopra evidenziato, la sussistenza dei presupposti, indicati nella delibera del 12 dicembre 2022, che giustificano la parziale conferma della misura adottata, fatta ovviamente salva ogni ulteriore e/o diversa valutazione nel procedimento principale;

DELIBERA

di revocare parzialmente il provvedimento adottato il 12 dicembre 2022 nei confronti della società Edison Energia S.p.A. confermandolo nella sola parte in cui dispone che la stessa:

a) sospenda provvisoriamente l'applicazione delle nuove condizioni economiche indicate nelle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale del contratto inviate prima del 10 agosto o nelle comunicazioni di proposta di rinnovo delle condizioni economiche inviate dopo il 10 agosto, avuto riguardo a contratti a tempo indeterminato per i quali non era specificamente individuata o comunque

predeterminabile una scadenza delle stesse, confermando fino all'effettiva scadenza ovvero fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente vigenti, comunicando individualmente ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni, e con la medesima forma, l'applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero, nel caso in cui i termini di perfezionamento delle nuove comunicazioni non siano ancora scaduti, l'inefficacia delle modifiche proposte;

b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data, avuto riguardo a contratti a tempo indeterminato per i quali non era specificamente individuata o comunque predeterminabile una scadenza delle condizioni economiche di fornitura, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche fino all'effettiva scadenza ovvero fino al 30 aprile 2023;

c) che la società Edison Energia S.p.A. comunichi all'Autorità l'avvenuta esecuzione del presente provvedimento di sospensione e le relative modalità entro 5 giorni dal ricevimento del presente provvedimento, inviando una relazione dettagliata nella quale vengano illustrate le iniziative assunte in ottemperanza a quanto disposto sub *a)* e *b)*.

È fatta salva ogni ulteriore e/o diversa valutazione nel procedimento principale.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento sarà comunicato 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 comunicazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

Si ricorda che, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, del Regolamento, la presente decisione di sospensione deve essere immediatamente eseguita a cura del Professionista e che il ricorso avverso il provvedimento di sospensione dell'Autorità non sospende l'esecuzione dello stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

PS12468 - ENGIE ITALIA-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA

Provvedimento n. 30431

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 29 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento PS12468 del 12 dicembre 2022, volto a verificare l’esistenza di violazioni degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo da parte della società ENGIE Italia S.p.A.;

VISTO, in particolare, il proprio provvedimento del 12 dicembre 2022 con il quale, ai sensi dell’articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo è stato disposto che la società ENGIE Italia S.p.A. a) *sospenda provvisoriamente l’applicazione delle nuove condizioni economiche indicate nelle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale del contratto inviate prima del 10 agosto o nelle comunicazioni di proposta di aggiornamento delle condizioni economiche inviate dopo il 10 agosto, confermando fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente applicate, comunicando individualmente ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni, e con la medesima forma, l’applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero, nel caso in cui i termini di perfezionamento delle nuove comunicazioni non siano ancora scaduti, l’inefficacia delle modifiche proposte; b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di aggiornamento delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche;*

VISTA la memoria presentata da ENGIE Italia S.p.A., pervenuta in data 20 dicembre 2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. La società ENGIE Italia S.p.A. (di seguito, “ENGIE”, il “Professionista”, o la “Società”) attiva nella fornitura di servizi di energia elettrica e gas sul mercato libero, in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, comma 1, lett. b), del Codice del Consumo.

2. Le associazioni di consumatori Movimento Consumatori.

II. IL FATTO

3. Secondo informazioni acquisite d'ufficio, ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo, il Professionista, nell'ambito dell'attività di vendita di energia elettrica e gas, promuove diverse offerte commerciali le cui condizioni economiche di fornitura, generalmente quelle a prezzo fisso, risultano avere una durata determinata (12/24/36 mesi), salva la facoltà, di cui all'art. 7.1 delle Condizioni generali di Contratto¹, di variare unilateralmente le stesse per giustificato motivo, secondo le modalità previste dalla regolazione di settore².

Inoltre, le Condizioni tecnico economiche stabiliscono, alla voce “Durata condizioni e rinnovo”, che **“all'approssimarsi del termine del periodo di validità dei corrispettivi di cui sopra, nel rispetto del preavviso di cui all'art. 7 delle Condizioni Generali del Contratto (CGC) ENGIE invierà al Cliente una comunicazione scritta contenente il relativo aggiornamento e il nuovo periodo di validità”** (enfasi aggiunta).

4. Sulla base delle segnalazioni dei consumatori e delle microimprese³ che hanno aderito alle predette offerte commerciali risulta che, almeno a partire dal mese di maggio 2022, i clienti titolari di contratti a prezzo fisso hanno ricevuto una comunicazione da parte della società ENGIE, avente ad oggetto **“Aggiornamento condizioni economiche della fornitura Codice Cliente n. [...] e proposta modifica unilaterale del contratto”** (enfasi aggiunta).

In particolare, con tale comunicazione ENGIE ha informato la propria clientela che **«il termine di validità delle “Condizioni Tecnico Economiche”, relative al contratto di fornitura da Lei sottoscritto, è decorso e, pertanto, in osservanza di quanto previsto dalle “Condizioni generali di fornitura”, da Lei accettate, ENGIE si riserva la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni economiche»**⁴ (Fig. 1).

¹ Ai sensi dell'art. 7 delle Condizioni Generali di Contratto **“Il Fornitore si riserva la facoltà di modificare unilateralmente il presente Contratto. Nell'ipotesi in cui per giustificato motivo si renda necessario il ricorso da parte del Fornitore a tale facoltà, quest'ultimo ne darà comunicazione in forma scritta al Cliente, con un preavviso non inferiore ai 3 mesi rispetto alla decorrenza delle variazioni, considerandosi decorrente il suddetto termine dal primo giorno del mese successivo a quello di ricevimento da parte del cliente stesso”**.

² Cfr. art. 13 Codice di condotta commerciale ARERA, deliberazione 27 ottobre 2020 426/2020/R/COM.

³ Circa oltre 100 segnalazioni pervenute dal 27 settembre 2022.

⁴ Cfr., a titolo esemplificativo e non esaustivo, segnalazione del 14 novembre 2022, prot. n. 0088173, contenente la comunicazione di ENGIE del 15 luglio 2022.

Fig. 1

L230056641_PRI-00723A-017533-00000 - 2327294050Z2222
SOPR.MILNCRANZV1 14.40

Milano li 20/06/2022

OGGETTO Aggiornamento condizioni economiche della fornitura Codice Cliente n. [redacted] e proposta modifica unilaterale del contratto (Ns.rif. [redacted])

Gentile Cliente,
la ringraziamo per tutti gli anni trascorsi con ENIGIE!

Come forse avrà notato, il termine di validità delle "Condizioni Tecnico Economiche", relative al contratto di fornitura di energia da Lei sottoscritto, è decorso e, pertanto, in osservanza di quanto previsto dalle "Condizioni generali di fornitura", da Lei accettate, ENIGIE si riserva la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni economiche, come di seguito meglio indicato, in ragione delle mutate condizioni di mercato.

Infatti, come probabilmente a Lei noto, negli ultimi mesi abbiamo assistito ad un'eccezionale dinamica di aumento dei prezzi delle materie prime verso i massimi storici - i cui rialzi sono causati dall'impennata delle quotazioni internazionali dell'energia elettrica e del gas naturale, dall'aumento delle aliquote dei permessi di emissione di CO2 e dalla forte domanda di gas.

Troverà di seguito le nuove modalità di calcolo dei corrispettivi della fornitura e le nuove condizioni che **verranno applicate a partire dal 01/10/2022 per i prossimi 24 mesi**.
Resta inteso che tutte le altre condizioni previste dal Contratto resteranno valide ed invariate.

SPESA PER LA MATERIA ENERGIA ELETTRICA		SPESA PER LA MATERIA GAS NATURALE	
CORRISPETTIVO ENERGIA FISSO (CEF)	0,2250 €/kWh	CORRISPETTIVO PREZZO FISSO (CPF)	1,0270 €/5mc <small> riferito ad un PCS di 0,03832 GJ/5mc</small>
COMPONENTE COMMERCIALIZZAZIONE AL DETTAGLIO <small>in luogo della corrispondente componente PCV definita dall'ARERA nel TIV (Del. 303/2012/R/est e s.m.i.)</small>	Fissa: 5,82 €/mese Variabile: 0,0000 €/kWh	COMPONENTE COMMERCIALIZZAZIONE AL DETTAGLIO <small>in luogo della corrispondente componente CVD definita dall'ARERA nel TIV (Del. 303/2012/R/est e s.m.i.)</small>	Fissa: 5,61 €/mese Variabile: 0,00795 €/5mc <small> riferito ad un PCS di 0,03832 GJ/5mc</small>


Per ringraziarla della fiducia che ci ha dimostrato
le abbiamo riservato dei corrispettivi che le garantiranno la
qualità del nostro servizio, sicurezza e competitività per i prossimi 24 mesi.

La informiamo che ha comunque facoltà di recedere dal Contratto senza alcun onere a suo carico, con le modalità e nei termini indicati all'art. 3 CGC:

- **Recesso esercitato senza il fine di cambiare fornitore:** dovrà inoltrare una comunicazione scritta a mezzo raccomandata a/r all'indirizzo ENIGIE Italia S.p.A. - Milano Cordusio - Casella Postale n. 242 - 20123 Milano, riportando nell'oggetto il Codice Cliente.
- **Recesso esercitato per cambiare fornitore:** la comunicazione verrà effettuata dal nuovo fornitore come previsto dalla regolazione vigente e il recesso sarà effettivo a partire dalla data di decorrenza delle condizioni precedentemente proposte solo se il nuovo fornitore provvederà a presentare l'apposita richiesta entro il giorno 10 del mese precedente, in alternativa sarà effettivo dalla prima data utile successiva.

Nel caso in cui non ricevessimo alcuna comunicazione di recesso compatibile con le tempistiche di applicazione delle modifiche proposte, le modifiche si intendono approvate e la fornitura in essere continuerà pertanto a svolgersi secondo le nuove condizioni, dando comunque seguito all'eventuale richiesta di recesso alla prima data utile.

ENGIE Italia S.p.A.

5. In data 10 agosto 2022 è entrato in vigore l'art. 3 del Decreto-Legge 9 agosto 2022 n. 115 (c.d. Decreto *Aiuti-bis*), convertito in Legge del 21 settembre 2022, n. 142, ai sensi del quale: "1. *Fino al 30 aprile 2023 è sospesa l'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa fornitrice di energia elettrica e gas naturale di modificare unilateralmente le condizioni generali di contratto relative alla definizione del prezzo ancorché sia contrattualmente riconosciuto il diritto di recesso alla controparte.* 2. *Fino alla medesima data di cui al comma 1 sono inefficaci i preavvisi comunicati per le suddette finalità prima della data di entrata in vigore del presente decreto, salvo che le modifiche contrattuali si siano già perfezionate*".

6. A seguito dell'entrata in vigore della predetta norma i consumatori, invocando la sospensione dell'efficacia delle modifiche unilaterali del prezzo precedentemente comunicate ma non ancora perfezionate, hanno presentato apposito reclamo a ENIGIE, la quale ha rigettato le istanze, adducendo quale motivazione l'intervenuta scadenza delle offerte sottoscritte dalla clientela.

7. In particolare, la Società ha rappresentato che le variazioni comunicate non configurano modifiche unilaterali sospese dall'art. 3 del Decreto *Aiuti-bis*, in quanto rappresentano una mera proposta di “aggiornamento dei **corrispettivi giunti a naturale scadenza contrattuale**” e ha affermato che “*ha ricevuto la comunicazione del [...], in quanto il prezzo contrattualmente previsto per la sua fornitura ha durata fissa di 12 mesi. Essendo il prezzo giunto alla sua naturale scadenza, la nostra comunicazione è semplicemente finalizzata a proporle, secondo quanto già previsto dal suo contratto in relazione alle modalità di aggiornamento dei corrispettivi giunti a naturale scadenza contrattuale, l'aggiornamento dello stesso, non configurandosi come modifica unilaterale proposta dall'operatore per giustificato motivo. Resta inteso che tutte le altre condizioni previste dal suo Contratto resteranno valide ed invariate*”⁵ (enfasi aggiunta).

8. In altri casi, la Società ha rilevato che “*l'aggiornamento delle condizioni economiche come previsto dall'art. 13 del Codice di condotta commerciale, si configura come una **evoluzione automatica** dallo stesso previsto*”⁶ (enfasi aggiunta).

9. In altri casi ancora, ENGIE in risposta ad un reclamo, ha comunicato al cliente che “*ha ricevuto la comunicazione datata [...], in quanto il prezzo contrattualmente previsto per la sua fornitura aveva durata fissa di 12 mesi. Con riferimento all'ambito di applicazione dell'art 3 DL Aiuti-bis da Lei citato, convertito in legge 142/2022, come chiarito dal comunicato congiunto dell'Arera e dell'AGCM del 13 ottobre ultimo scorso, e ribadito da quest'ultima Autorità nell'ambito delle informazioni richieste per verificare l'adempimento da parte delle società di vendita degli obblighi derivanti dalla suddetta normativa, alle proposte di rinnovo delle condizioni contrattuali a seguito di scadenza della validità delle condizioni economiche di fornitura, come nel Suo caso, non è applicabile la normativa citata poiché tali proposte non hanno il carattere di unilateralità in quanto era già contrattualmente previsto la durata determinata di validità per prezzo applicato e giunto a scadenza*”⁷.

10. Un segnalante, ad esempio, ha lamentato di aver ricevuto, in data 11 agosto 2022, una comunicazione di “*modifica unilaterale*” da parte di ENGIE (di cui alla Fig. 1) e che quest'ultima, in riscontro al suo reclamo, in data 31 agosto 2022 ha risposto che tale comunicazione “*è semplicemente finalizzata a proporle, secondo quanto già previsto dal suo contratto in relazione alle modalità di aggiornamento dei **corrispettivi giunti a naturale scadenza contrattuale**, l'aggiornamento dello stesso, non configurandosi come modifica unilaterale proposta a discrezione dell'operatore*” (enfasi aggiunta).

Il segnalante ha evidenziato, tuttavia, che la data di decorrenza delle nuove condizioni economiche è successiva all'entrata in vigore del Decreto *Aiuti-bis* e che, pertanto, la prospettata “*modifica unilaterale*” è da ritenersi sospesa, sebbene la Società rappresenti, in riscontro al reclamo, che non ritiene applicabile il Decreto *Aiuti-bis* ai predetti aggiornamenti tariffari, trattandosi di corrispettivi giunti a scadenza⁸.

11. Successivamente al 10 agosto 2022 la Società non risulta avere sospeso o annullato le precedenti comunicazioni di “*modifica unilaterale*” (di cui alla Fig. 1). Essa ha invece continuato ad inviare alla propria clientela aggiornamenti delle condizioni economiche utilizzando un diverso *format* di comunicazione.

⁵ Cfr., in particolare, segnalazioni del 12 ottobre 2022, prot. n. 0076857; del 19 ottobre 2022, prot. n. 0078994; del 30 ottobre 2022, prot. n. 0083290.

⁶ Cfr. segnalazione del 4 novembre 2022, prot. n. 0084961, contenente la comunicazione di ENGIE del 3 novembre 2022.

⁷ Cfr. segnalazione del 17 novembre 2022, prot. n. 0090711; del 24 novembre 2022, prot. n. 0092959, integrata in data 1° dicembre 2022, prot. n. 0094890.

⁸ Cfr. segnalazione del 7 novembre 2022, prot. n. 0086053.

eventuali rinnovi intervenuti nel corso del rapporto contrattuale¹¹. In altri casi, risulta inoltre che la Società ha proceduto all'aggiornamento delle condizioni economiche a prescindere dalla reale scadenza dell'offerta.

14. In particolare, in un caso emerge che il contratto originario prevedeva un prezzo fisso per 12 mesi dall'attivazione della fornitura, avvenuta in data 1° febbraio 2021, con scadenza dunque a febbraio 2022 e poi tacitamente rinnovato; al riguardo, ENGIE ha comunicato l'applicazione delle nuove condizioni a decorrere dal 1° ottobre 2022, asserendo che *“il termine di validità delle “Condizioni Tecnico Economiche”, relative al contratto di fornitura di energia da Lei sottoscritto è decorso”*, sebbene queste in realtà scadessero dopo diversi mesi. In seguito al reclamo del consumatore, ENGIE ha ribadito che, tenuto conto del comunicato congiunto ARERA/AGCM *“alle proposte di rinnovo delle condizioni contrattuali a seguito di scadenza della validità delle condizioni economiche di fornitura, come nel Suo caso, non è applicabile [l'art. 3 del Decreto Aiuti-bis]”*, pur in assenza di una effettiva scadenza del contratto¹² (enfasi aggiunta).

15. Ancora, in un altro caso le nuove condizioni sono state applicate da ENGIE a far data dal 1° ottobre 2022, a fronte di un'offerta scaduta in data 1° dicembre 2021, rispetto alla quale la Società non aveva provveduto a comunicare le nuove condizioni secondo i termini, rinnovando dunque in modo automatico le condizioni economiche ivi previste¹³.

16. Da un'altra segnalazione emerge che il contratto è stato attivato il 1° febbraio 2021, con durata 12 mesi; nella comunicazione di aggiornamento Engie informa che le nuove condizioni saranno applicate a partire dal 1° ottobre 2022, ossia con quattro mesi di anticipo rispetto alla scadenza¹⁴.

17. Dalle segnalazioni emerge pure che le offerte iniziali a prezzo fisso per 12 mesi sono state rinnovate alla scadenza effettiva non solo a un prezzo fisso significativamente maggiore, ma anche per una durata di 24 mesi, ossia per un periodo di gran lunga superiore rispetto all'offerta inizialmente sottoscritta¹⁵.

18. Il Professionista, in data 31 ottobre 2022, ha fornito riscontro ad una richiesta di informazioni trasmessa dall'Autorità in data 18 ottobre 2022, rappresentando che, dal 1° maggio al 31 ottobre 2022, ha inviato ai propri clienti esclusivamente comunicazioni aventi ad oggetto l'aggiornamento delle condizioni economiche dell'offerta giunta a naturale scadenza contrattuale.

19. ENGIE ha inoltre fatto presente che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 3 del Decreto *Aiuti-bis*, ha utilizzato un *format* di comunicazione che conteneva il riferimento alla proposta di modifica unilaterale, in quanto gli aggiornamenti delle condizioni economiche giunte a scadenza sono gestiti operativamente con le stesse modalità delle modifiche unilaterali, di cui alle previsioni regolatorie.

¹¹ Cfr. segnalazione del 9 novembre 2022, prot. n. 0086625, contenente il contratto dell'11 settembre 2018 con prezzo fisso per 24 mesi e la comunicazione di ENGIE del 15 luglio 2022, con cui comunica che *“il prezzo della fornitura da lei sottoscritto è in scadenza”* e applicazione delle nuove condizioni a partire dal 1° novembre 2022; segnalazione del 10 novembre 2022, prot. n. 0087363, contenente un contratto del 1° dicembre 2018, e la comunicazione di ENGIE del 13 ottobre 2022, con cui comunica che il prezzo *“sta per giungere alla scadenza naturale”* e l'applicazione delle nuove condizioni a partire dal 1° febbraio 2023; segnalazione del 21 novembre 2022, prot. n. 0091738, contenente un contratto del 4 settembre 2018 e la comunicazione di ENGIE del 15 luglio 2022, con cui comunica che il prezzo *“è in scadenza”* e l'applicazione delle nuove condizioni a partire dal 1° novembre 2022.

¹² Cfr. segnalazione del 17 novembre 2022, prot. n. 0090711.

¹³ Cfr. segnalazione del 4 novembre 2022, prot. n. 0084961.

¹⁴ Cfr. segnalazione del 16 dicembre 2022, prot. n. 0099321.

¹⁵ Cfr., ad esempio, segnalazioni del 2 novembre 2022, prot. nn. 0083718, 0083853, 0084087; del 3 novembre 2022, prot. nn. 0084831, 0084832, 0084865.

20. Successivamente all'entrata in vigore del citato art. 3, al fine di evitare eventuali fraintendimenti, è stato adottato un nuovo *format* di comunicazione in cui non si fa riferimento alle modifiche unilaterali.

21. Il Professionista ha altresì rilevato che per taluni clienti, a causa di inavvertenze informatiche, non ha proceduto tempestivamente all'aggiornamento delle condizioni economiche alla loro naturale scadenza. In tali casi, la Società risulta aver inviato le comunicazioni in data successiva a quella della predetta scadenza dell'offerta¹⁶.

22. Dal 1° maggio al 31 ottobre 2022, ENGIE ha trasmesso complessivamente [*omissis*]* comunicazioni e ha applicato gli aggiornamenti a [*omissis*] punti di fornitura gas ed energia elettrica.

III. IL PROVVEDIMENTO DELL'AUTORITÀ DEL 12 DICEMBRE 2022 N. 30402

23. L'Autorità, con delibera adottata in data 12 dicembre 2022, ha disposto che ai sensi dell'art. 27, comma 3 del Codice del Consumo e dell'art. 8, comma 3 del Regolamento, la società ENGIE Italia S.p.A. sospendesse l'applicazione delle nuove condizioni economiche relative alle forniture di energia elettrica e gas inviate alla propria clientela, confermando fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente vigenti, comunicando individualmente ai consumatori interessati tale sospensione, riconoscendo a coloro che hanno esercitato il diritto di recesso - a seguito delle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di aggiornamento delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data - la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche.

24. In particolare, l'Autorità, ha valutato che sussistessero i presupposti per l'adozione di misure cautelari provvisorie nei confronti del Professionista, ritenendo che le modifiche delle condizioni economiche preannunciate, sia prima sia dopo l'agosto 2022, configurassero l'esercizio dello *ius variandi*, idoneo ad incidere su un elemento essenziale del rapporto di fornitura, in quanto la presunta scadenza delle offerte è apparsa artificiosamente prospettata da ENGIE alla propria clientela, al solo scopo di aggirare l'inibizione relativa alle modifiche unilaterali del prezzo dell'energia elettrica e del gas introdotta dal legislatore con l'art. 3 del D.L. n. 115/2022.

25. Sotto il profilo del *periculum in mora*, è stata rilevata l'indifferibilità dell'intervento poiché la condotta sopra descritta era in atto ed era caratterizzata da un elevato grado di offensività, in quanto idonea ad indurre in errore, nelle more del procedimento, tutti i destinatari delle comunicazioni sopra descritte in merito alla pretesa inapplicabilità dell'art. 3 del D.L. n. 115/2022, nonché a ostacolarne ingiustamente l'esercizio dei diritti previsti da tale norma fino alla scadenza del 30 aprile 2023, arrecando agli stessi considerevoli danni economici, a seguito dell'applicazione di condizioni economiche fortemente peggiorative.

IV. LE ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE DEL PROFESSIONISTA

26. Nella relazione di ottemperanza pervenuta in data 20 dicembre 2022¹⁷, ENGIE ha comunicato le misure proposte per dare attuazione al provvedimento cautelare.

In particolare, con riguardo al punto *sub a)* del dispositivo, il Professionista ha dichiarato di avere già avviato le procedure interne volte ad individuare e, ove necessario, confermare (i) il numero totale dei

¹⁶ Cfr. segnalazione del 4 novembre 2022, prot. n. 0084961.

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

¹⁷ Comunicazione prot. n. 99803 del 20 dicembre 2022.

clienti cui sono state inviate dal 1° maggio al 13 dicembre le comunicazioni di aggiornamento delle condizioni economiche, e (ii) i recapiti e/o contatti cui inviare le relative comunicazioni ove necessario.

27. Quanto alle misure che la Società intende adottare, nel caso dei clienti per i quali sono già decorsi i termini contrattuali e regolamentari per l'applicazione delle condizioni economiche aggiornate, essa provvederà a comunicare, con la medesima forma utilizzata per le precedenti comunicazioni, ossia tramite posta ordinaria, di aver sospeso l'applicazione delle nuove condizioni economiche comunicate, ripristinando provvisoriamente e fino al 30 aprile 2023 quelle precedentemente applicate.

28. Nel caso, invece, dei clienti per i quali non hanno ancora trovato applicazione le condizioni economiche aggiornate, benché già comunicate, ENGIE provvederà a comunicare, con la medesima forma utilizzata per le precedenti comunicazioni, ossia tramite posta ordinaria, l'inefficacia delle comunicazioni di aggiornamento delle condizioni economiche comunicate e che continueranno ad applicarsi provvisoriamente e fino al 30 aprile 2023 le attuali condizioni economiche.

29. ENGIE ha altresì confermato di non avere più inviato, a partire dal 13 dicembre 2022, data di notifica del Provvedimento Cautelare, ulteriori comunicazioni di aggiornamento delle condizioni economiche in scadenza entro il 30 aprile 2023, continuando ad applicare le condizioni economiche oggi in essere fino alla medesima data.

30. Con riguardo al punto *sub b)* del dispositivo del provvedimento cautelare, il Professionista ha dichiarato che provvederà ad inviare una comunicazione ai consumatori che hanno esercitato il proprio diritto di recesso dalla fornitura in essere a seguito della modifica/rinnovo delle condizioni economiche (individuati in *[omissis]*) per informare gli stessi del loro diritto a rientrare in fornitura con ENGIE alle condizioni economiche precedenti l'aggiornamento, con efficacia fino al 30 aprile 2023.

31. Nella successiva memoria difensiva, pervenuta in data 27 dicembre 2022¹⁸, il Professionista ha rappresentato di non ritenere sussistenti i presupposti, in fatto e in diritto, necessari per l'adozione del provvedimento cautelare e di non avere attuato alcuna modifica unilaterale delle condizioni contrattuali in vigore con i propri clienti, oggetto invece del divieto introdotto dall'art. 3 del D.L. n. 115/2022.

32. La Società ha precisato di essersi limitata ad inviare comunicazioni di aggiornamento delle condizioni economiche in scadenza in relazione a rapporti di fornitura di energia elettrica e gas con clienti domestici e microimprese che prevedevano espressamente una durata determinata delle medesime condizioni economiche e che precisavano le modalità e tempistiche di comunicazione delle nuove condizioni.

33. ENGIE ha altresì ribadito che, a causa di problemi informatici, per circa 15.000 forniture le comunicazioni di aggiornamento delle condizioni economiche sono state inviate con tempistiche non in linea con quanto previsto dalle condizioni contrattuali. In particolare, tali comunicazioni sono state inviate il 20 giugno 2022, con effetto dal 1° ottobre 2022 e riguardavano anche forniture le cui CE erano scadute nel 2020 e 2021. Ad avviso della Parte, si tratterebbe di casi sporadici (pari al *[omissis]* del totale degli aggiornamenti inviati nel 2022) che non figurano una condotta ai sensi del Codice del Consumo, anche considerato che i relativi invii sono avvenuti prima dell'adozione del Decreto *Aiuti-bis*, e che i propri contratti non prevedono la possibilità di rinnovo tacito e perciò i clienti hanno potuto beneficiare di condizioni economiche più convenienti.

34. Il Professionista contesta, infine, la ricostruzione dei fatti sulla base delle segnalazioni menzionate nel Provvedimento e ritiene assenti i profili di mancata diligenza e/o aggressività della propria condotta,

¹⁸ Comunicazione prot. n. 100276 del 27 dicembre 2022.

nonché il requisito del *periculum in mora*, anche considerato che il provvedimento cautelare provoca un danno alla Società pari a circa [omissis] euro e un impatto economico negativo per l'intero settore di circa 4-5 miliardi di euro. ENGIE richiede quindi la revoca del provvedimento cautelare.

V. VALUTAZIONI

35. Alla luce di quanto emerso in atti, a seguito delle memorie difensive pervenute da parte di ENGIE Italia S.p.A., successivamente alla data del 12 dicembre 2022, e fatta salva ogni diversa valutazione nel procedimento principale, devono ritenersi sussistenti il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* posti a fondamento del provvedimento cautelare adottato *inaudita altera parte* nei limiti di quanto in seguito si preciserà e in considerazione del contenuto dell'ordinanza del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2022, n. 05986.

36. Con riferimento sia alle comunicazioni inviate fino a fine luglio che a quelle comunicate successivamente al 10 agosto, si evidenzia che non risulta condivisibile quanto sostenuto dal Professionista in ordine al fatto che non sussisterebbero i presupposti per l'adozione del provvedimento cautelare, in quanto questi non avrebbe attuato alcuna modifica unilaterale delle condizioni contrattuali in vigore con i propri clienti, oggetto invece del divieto introdotto dall'art. 3 del Decreto Legge n. 115/2022. Al riguardo, si osserva che l'Autorità, attraverso l'adozione di misure cautelari, ha inteso bloccare, nell'ambito dei contratti a tempo indeterminato, le modifiche unilaterali delle condizioni economiche delle forniture, comunicate dalla società di vendita alla propria clientela, in ragione della non precisata ma soltanto asserita scadenza del periodo di validità delle condizioni economiche di offerta.

L'assenza di tale elemento, unitamente al *modus operandi* assunto della Società nell'interlocuzione con gli utenti, ha indebitamente condizionato gli stessi nell'esercizio di un loro diritto, non ponendoli nella condizione di poter comprendere se le variazioni applicate dal professionista fossero legittime, tenuto conto del disposto del Decreto *Aiuti-bis*.

37. Infatti, finanche le comunicazioni denominate da ENGIE - dopo l'entrata in vigore del Decreto *Aiuti-bis* - "Aggiornamento condizioni economiche della fornitura" (cfr. fig. 2), indicavano genericamente che "il prezzo della fornitura da lei sottoscritto **sta per giungere alla scadenza naturale contrattualmente prevista**", senza tuttavia precisare la data effettiva della stessa (enfasi aggiunta).

38. Inoltre, pur in assenza di una specifica previsione contrattuale in tema di rinnovo¹⁹, la stessa ENGIE ha ammesso di avere in passato "prorogato di fatto le CE più convenienti per gli stessi clienti"²⁰ senza indicare una scadenza predeterminata.

39. La circostanza che la scadenza del periodo di validità delle condizioni economiche di fornitura fosse in taluni casi ignota ai consumatori è testimoniata dalle denunce agli atti del fascicolo e dalle informazioni fornite dalla parte, da cui emerge che alcune offerte non erano in realtà ancora scadute o erano stata tacitamente prorogate senza che fosse in alcun modo previsto il nuovo periodo di validità, per cui non sussisteva affatto una scadenza effettiva e, soprattutto, predeterminata, che potesse giustificare il rinnovo delle condizioni economiche di fornitura durante la vigenza dell'articolo 3 del Decreto *Aiuti-bis*.

¹⁹ Cfr. Condizioni tecnico economiche, "Durata condizioni e rinnovo", secondo cui "All'approssimarsi del termine del periodo di validità dei corrispettivi di cui sopra, nel rispetto del preavviso di cui all'art. 7 delle Condizioni Generali del Contratto (CGC) ENGIE invierà al Cliente una comunicazione scritta contenente il relativo aggiornamento e il nuovo periodo di validità" (enfasi aggiunta).

²⁰ Cfr. Comunicazione prot. n. 101276 del 27 dicembre 2022, pag. 6.

40. Quanto sopra è stato d'altra parte confermato dallo stesso Professionista che, nella risposta alla richiesta di informazioni del 31 ottobre 2022, ha riconosciuto che in taluni casi non ha tempestivamente proceduto all'aggiornamento delle condizioni economiche alla loro naturale scadenza e ha inviato l'aggiornamento delle condizioni economiche in data successiva a quella della predetta scadenza dell'offerta²¹.

41. Alla luce, dunque, degli elementi fattuali emersi dall'analisi della documentazione complessivamente acquisita agli atti, risulta che le offerte sottoscritte da una gran parte degli utenti destinatari delle comunicazioni in oggetto non fossero effettivamente e genuinamente in scadenza: l'iniziale periodo di validità delle offerte stesse, infatti, in taluni casi non era ancora decorso, in altri era già decorso e tacitamente prorogato, in assenza di una esplicita predeterminazione o comunicazione di uno specifico termine di vigenza delle condizioni economiche di fornitura e comunque senza comprovare il rispetto del termine di scadenza conseguente alle diverse e tacite proroghe.

42. Ne consegue che la condotta in esame, ossia l'asserito rinnovo delle condizioni economiche di fornitura, non è stato frutto - almeno in buona parte dei casi - della effettiva, predeterminata e nota scadenza delle condizioni economiche di offerta, realizzandosi così, nella sostanza, l'elusione dell'obbligo, di cui al citato art. 3, di sospensione dell'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa fornitrice di modificare unilateralmente il prezzo dell'energia. Pertanto, anche le comunicazioni che richiamano la scadenza dell'offerta, senza però che la stessa fosse specificamente indicata, ovvero predeterminata e predeterminabile, lungi dal configurare "*un rinnovo contrattuale liberamente pattuito dalle parti*", integrano invero una fattispecie di modifica unilaterale, sospesa ex articolo 3 del Decreto *Aiuti-bis* sino al 30 aprile 2023. Con la conseguenza che un tale *modus operandi* rappresenta una pratica commerciale scorretta suscettibile di ostacolare il diritto contrattuale degli utenti a non vedere temporaneamente aumentate le condizioni economiche delle loro forniture, condizionandoli indebitamente al pagamento di maggiorazioni in realtà non applicabili durante la vigenza della norma suddetta.

43. Giova, pertanto, ribadire che l'Autorità non ha affatto inteso affermare - come sostenuto da ENGIE - che non sarebbe più consentito effettuare comunicazioni di aggiornamento delle condizioni economiche in scadenza, ma ha impedito l'esercizio dello *ius variandi* rispetto a condizioni economiche non in scadenza previste nell'ambito di un contratto di fornitura a tempo indeterminato, in vigenza del divieto di cui si discute.

44. In conclusione, dunque, e anche in considerazione del contenuto della richiamata ordinanza del Consiglio di Stato resa avverso un altro provvedimento cautelare dell'Autorità su condotte analoghe, si ritiene di confermare il provvedimento cautelare adottato dall'Autorità nell'adunanza del 12 dicembre 2022, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, limitatamente a tutte le comunicazioni di rinnovo/aggiornamento/variazione delle condizioni economiche di offerta di contratti a tempo indeterminato prive di una chiara, effettiva, predeterminata o predeterminabile scadenza e quindi conosciuta o conoscibile dai consumatori di contratti a tempo indeterminato.

45. Sotto il profilo del *periculum in mora*, si rileva la persistenza delle esigenze già evidenziate nel provvedimento del 12 dicembre 2022 atteso che le misure comunicate dalla parte, oltre che in stretta attuazione del citato provvedimento, sono in gran parte non ancora implementate e pertanto la condotta sopra descritta è in atto ed è caratterizzata da un elevato grado di offensività in ragione dell'immediato e

²¹ Cfr. Comunicazione prot. n. 83246 del 31 ottobre 2022.

grave pregiudizio economico derivante dall'applicazione di nuove condizioni economiche fortemente peggiorative.

RITENUTO, pertanto, che gli elementi acquisiti confermano, nei limiti di quanto sopra evidenziato, la sussistenza dei presupposti indicati nella delibera del 12 dicembre 2022, che giustificano la parziale conferma della misura adottata, fatta ovviamente salva ogni ulteriore e/o diversa valutazione nel procedimento principale;

DELIBERA

di revocare parzialmente il provvedimento adottato il 12 dicembre 2022 nei confronti della società ENGIE Italia S.p.A. confermandolo nella sola parte in cui dispone che la stessa:

a) sospenda provvisoriamente l'applicazione delle nuove condizioni economiche indicate nelle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale del contratto inviate prima del 10 agosto o nelle comunicazioni di proposta di aggiornamento delle condizioni economiche inviate dopo il 10 agosto, avuto riguardo a contratti a tempo indeterminato per i quali non era specificamente individuata o comunque predeterminabile una scadenza delle stesse, confermando fino all'effettiva scadenza ovvero fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente vigenti, comunicando individualmente ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni, e con la medesima forma, l'applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero, nel caso in cui i termini di perfezionamento delle nuove comunicazioni non siano ancora scaduti, l'inefficacia delle modifiche proposte;

b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di aggiornamento delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data, avuto riguardo a contratti a tempo indeterminato per i quali non era specificamente individuata o comunque predeterminabile una scadenza delle condizioni economiche di fornitura, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche fino all'effettiva scadenza ovvero fino al 30 aprile 2023;

c) comunichi all'Autorità l'avvenuta esecuzione del presente provvedimento di sospensione e le relative modalità entro 5 giorni dal ricevimento del presente provvedimento, inviando una relazione dettagliata nella quale vengano illustrate le iniziative assunte in ottemperanza a quanto disposto sub a) e b).

È fatta salva ogni ulteriore e/o diversa valutazione nel procedimento principale.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento sarà comunicato 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 comunicazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

Si ricorda che, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, del Regolamento, la presente decisione di sospensione deve essere immediatamente eseguita a cura del Professionista e che il ricorso avverso il provvedimento di sospensione dell'Autorità non sospende l'esecuzione dello stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

PS12470 - A2A ENERGIA-MODIFICHE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA

Provvedimento n. 30432

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 29 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento PS12470 del 12 dicembre 2022, volto a verificare l’esistenza di violazioni degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo da parte della società A2A Energia S.p.A.;

VISTO, in particolare, il proprio provvedimento del 12 dicembre 2022 con il quale, ai sensi dell’articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo è stato disposto che la società A2A Energia S.p.A. *a) sospenda ogni attività diretta a comunicare e ad applicare la variazione o il rinnovo delle condizioni economiche dei contratti in scadenza, confermando, fino al 30 aprile 2023, le condizioni di fornitura precedentemente applicate, comunicando individualmente ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni, e con la medesima forma, l’applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero, nel caso in cui i termini di perfezionamento delle nuove comunicazioni non siano ancora scaduti, l’inefficacia delle modifiche proposte; b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione di proposta di modifica unilaterale inviata prima del 10 agosto o di rinnovo delle condizioni economiche inviata successivamente a tale data, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche;*

VISTA la comunicazione presentata da A2A Energia S.p.A., pervenuta in data 20 dicembre 2022, e la successiva memoria del 21 dicembre 2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. La società A2A Energia S.p.A. (di seguito “A2A”, il “Professionista” o la “Società”), attiva nella fornitura di servizi di energia elettrica e gas sul mercato libero, in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, comma 1 lett. b), del Codice del Consumo.

2. L’associazione di consumatori Unione per la Difesa dei Consumatori - U.Di.Con..

II. IL FATTO

3. Sulla base delle numerose segnalazioni di consumatori e microimprese¹ e della documentazione acquisita ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo, risulta che il Professionista, nel periodo maggio-ottobre 2022, ha inviato complessivamente [omissis]* comunicazioni ai propri clienti titolari di contratti di fornitura nel mercato libero a prezzo fisso, con le quali preannunciava la modifica delle condizioni economiche del rapporto di fornitura.

4. In particolare, a partire da maggio 2022, A2A ha inviato ai propri clienti una comunicazione denominata **“PROPOSTA DI MODIFICA UNILATERALE DEL CONTRATTO”** con la quale, a seguito della revisione della proposta commerciale, è stata comunicata la nuova offerta commerciale e le nuove condizioni economiche (peggiorative rispetto alle precedenti) applicabili al contratto di fornitura vigente. Le suddette comunicazioni indicavano: *“Gentile xxx, in relazione al tuo attuale contratto di fornitura che ti ha garantito un prezzo fisso e invariabile della componente materia prima per tutto il periodo di fornitura, ti informiamo che a seguito della revisione della nostra proposta commerciale, la tua offerta non è più disponibile. Per i prossimi xxx anni di fornitura, siamo lieti di proporti l'offerta xxx che, in continuità con quanto previsto dalla tua attuale offerta, ti permetterà di beneficiare dei vantaggi del prezzo fisso e di metterti al riparo da eventuali rincari”* (enfasi aggiunta).

A2A, inoltre, nella medesima comunicazione, ha riconosciuto al consumatore la possibilità *“di esercitare il diritto di recesso aderendo ad un'altra offerta di fornitura”* o chiedendo *“la cessazione dell'utenza, con le modalità previste dalle Condizioni Generali di Fornitura”*. (Cfr. Fig. 1)

¹ Cfr. circa 40 segnalazioni di consumatori, pervenute a far data dal 27 settembre 2022.

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

Fig.1

FORNITURA DI GAS NATURALE – Proposta di modifica unilaterale del contratto di fornitura

Codice PDR: Fornitura di:

Gentile

in relazione al tuo attuale contratto di fornitura a mercato libero “Prezzo Sicuro Gas” che ti ha garantito un prezzo fisso e invariabile della componente materia prima per tutto il periodo di fornitura, ti informiamo che, a seguito della revisione della nostra proposta commerciale, la tua offerta non è più disponibile.

Per i prossimi due anni di fornitura, siamo lieti di proporti l’offerta “A2A Start Gas” che, in continuità con quanto previsto dalla tua attuale offerta, ti permetterà di continuare a beneficiare dei vantaggi del prezzo fisso e di metterti al riparo da eventuali rincari.

A questo [link](#) puoi scaricare le Condizioni Particolari di Fornitura (comprendenti delle condizioni economiche dell’offerta), che avranno decorrenza dal 01/12/2022, e che ti invitiamo a conservare.

A fronte dei nuovi corrispettivi, di seguito la stima della tua prossima spesa annua (escluse imposte e comprensiva di sconti) e la variazione attesa rispetto alla tariffa attualmente in vigore:

Consumo annuo (Smc)	Stima (€/anno)	Variazione (€/anno)
AMBITO TARIFFARIO: Ambito Nord Orientale		
120	253,76	152,65
480	673,82	524,55
700	925,28	751,82
1400	1.725,37	1.474,96
2000	2.408,97	2.094,79
5000	5.823,00	5.193,95

I valori indicati in tabella sono calcolati alla data dell’offerta e possono subire variazioni nel periodo di validità dell’offerta, a seguito di provvedimenti dell’Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA). Tali valori sono calcolati per un livello dei coefficienti P e C pari a: P=0,03852 GJ/Smc e C=1.

5. In data 10 agosto 2022 è entrato in vigore l’art. 3 del Decreto Legge 9 agosto 2022 n. 115 (cd. Aiuti *bis*), convertito in Legge del 21 settembre 2022, n. 142 ai sensi del quale: “1. **Fino al 30 aprile 2023 è sospesa l’efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all’impresa fornitrice di energia elettrica e gas naturale di modificare unilateralmente le condizioni generali di contratto relative alla definizione del prezzo ancorché sia contrattualmente riconosciuto il diritto di recesso alla controparte.** 2. **Fino alla medesima data di cui al comma 1 sono inefficaci i preavvisi comunicati per le suddette finalità prima della data di entrata in vigore del presente decreto, salvo che le modifiche contrattuali si siano già perfezionate**” (enfasi aggiunta).

6. A seguito dell’entrata in vigore della predetta norma, i consumatori, invocando la sospensione dell’efficacia delle modifiche unilaterali del prezzo precedentemente comunicate ma non ancora perfezionate, hanno presentato apposito reclamo ad A2A, la quale ha rigettato le istanze precisando, in evidente antinomia con quanto indicato in epigrafe alle comunicazioni inviate le quali, giova ribadirlo, erano denominate “**PROPOSTA DI MODIFICA UNILATERALE DEL CONTRATTO**”, che tali lettere non hanno ad oggetto una proposta di modifica unilaterale ai sensi dell’art. 3 del DL Aiuti *bis* bensì integrano una proposta di rinnovo dell’offerta vigente a seguito della sua imminente scadenza.

7. In particolare, A2A ha utilizzato il seguente modello di risposta: “Egregio xxx, [...] Dalle opportune verifiche effettuate a seguito della Sua segnalazione è emerso che il contratto di fornitura di energia elettrica in oggetto, relativo al POD xxx, prevede l’applicazione dell’offerta xxx, con prezzo della quota

energia fisso per xxx mesi. Per tale tipologia di offerta, le relative Condizioni Particolari di Fornitura prevedono espressamente che, prima della scadenza del periodo di validità dei prezzi stabiliti, venga inviata una comunicazione con le condizioni applicabili in caso di rinnovo. Conseguentemente, Le abbiamo inviato una proposta di rinnovo con l'indicazione delle condizioni economiche per i successivi xxx mesi, valide a partire dal giorno successivo a quello di scadenza dei prezzi applicati, ovvero dal xxx. Precisiamo, pertanto, che la suddetta comunicazione relativa alle condizioni economiche applicabili, in caso di rinnovo, alla naturale scadenza del periodo di validità originariamente fissato dalle Condizioni Particolari di fornitura, non costituisce un'ipotesi di modifica unilaterale ai sensi dell'art. 3 del D.L. 115 del 09.08.2022".

8. A tale riguardo, si veda la segnalazione di un cliente² di A2A, titolare di un contratto per la fornitura di gas a far data dal 26 novembre 2016, il quale, dichiarando di non aver mai ricevuto prima comunicazioni "delle nuove condizioni anno per anno", denuncia di essere stato destinatario, per la prima volta, in data 7 agosto 2022, di una "Proposta di modifica unilaterale del contratto di fornitura" con la quale, a seguito della revisione della proposta commerciale e della indisponibilità dell'offerta vigente, A2A ha indicato le nuove condizioni economiche (peggiorative rispetto alle precedenti) applicabili al contratto di fornitura vigente a partire dal 1° dicembre 2022. Il nuovo prezzo prevede una variazione in aumento della stima di spesa per il nuovo anno. A titolo esemplificativo, per un consumo annuo di 700 Smc è stimato un aumento della spesa annua pari a 106,16 €.

A seguito del reclamo dell'utente, A2A ha rigettato l'istanza affermando che la lettera di proposta di modifica unilaterale del 7 agosto 2022 in realtà rappresenterebbe una *proposta di rinnovo [...]*, precisando che "il rinnovo contrattuale non rientra nelle casistiche di "modifiche unilaterali dei contratti in quanto le condizioni applicate alla Sua precedente offerta non sono variate per tutti i mesi di validità e sono arrivate a naturale scadenza", pertanto, "la comunicazione dell'aggiornamento dell'offerta, alla scadenza del periodo di validità, originariamente fissato dalle Condizioni Particolari di Fornitura, con cessazione naturale delle relative condizioni economiche, non costituisce un'ipotesi di modifica unilaterale ai sensi dell'art. 3 del D.L. 115 del 09.08.2022".

9. Un altro consumatore³ ha segnalato di aver ricevuto, in data 17 luglio 2022, una comunicazione di A2A denominata "Proposta di modifica unilaterale del contratto di fornitura" con la quale, analogamente al precedente caso, a seguito della revisione della proposta commerciale e della indisponibilità dell'offerta vigente, il Professionista ha indicato le nuove condizioni economiche, ancora una volta peggiorative rispetto alle precedenti, da applicarsi al contratto di fornitura di energia elettrica vigente. Il nuovo prezzo prevede una variazione in aumento della stima di spesa per il nuovo anno. A titolo esemplificativo, per un consumo annuo di 2200kWh, ad una potenza di 3 kW, è stimato un aumento della spesa annua pari a 545,88 €.

A seguito del reclamo, A2A ha rigettato l'istanza affermando che la comunicazione di luglio "relativa alle condizioni economiche applicabili, in caso di rinnovo, alla naturale scadenza del periodo di validità originariamente fissato dalle Condizioni Particolari di Fornitura non costituisce un'ipotesi di modifica unilaterale ai sensi dell'art. 3 del D.L. 115 del 09.08.2022" ma "una proposta di rinnovo con l'indicazione delle condizioni economiche per i successivi 24 mesi, valide a partire dal giorno successivo a quello di scadenza dei prezzi applicati, ovvero dal 01/11/2022".

² Cfr. segnalazione del 24 ottobre 2022, prot. n. 80709.

³ Cfr. segnalazione del 2 novembre 2022, prot. n. 83730.

10. Successivamente al 10 agosto 2022, A2A ha inviato ad altri clienti una comunicazione non più denominata “proposta di modifica unilaterale”, nella quale, richiamando genericamente la “*prossima*” scadenza del periodo di validità dell’offerta vigente, ha indicato le caratteristiche della nuova offerta e in particolare le nuove condizioni economiche (anche questa volta peggiorative rispetto alle precedenti), precisando che la comunicazione inviata non costituisce un’ipotesi di modifica unilaterale del contratto e riconoscendo al consumatore, analogamente alle comunicazioni inviate prima del 10 agosto 2022, la possibilità di esercitare il diritto di recesso.

Per le missive con le quali è stata comunicata la scadenza dell’offerta, A2A ha utilizzato due modelli dal contenuto standard che differiscono solo per alcuni aspetti formali.

11. Il primo tipo di comunicazione reca la seguente titolazione: “**SCADENZA DEL PERIODO DI VALIDITA’ E CESSAZIONE NATURALE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE – NUOVA OFFERTA APPLICABILE DAL XXX**”, e riportano il seguente, generico, contenuto: “*Gentile xxx, per i prossimi xxx anni di fornitura, ti proponiamo l’offerta xxx che, in continuità con quanto previsto dalla tua attuale offerta xxx di prossima scadenza e non più disponibile, ti permetterà di continuare a beneficiare del prezzo fisso e invariabile della componente materia prima, per metterti al riparo da eventuali rincari. Allegate alla presente trovi le Condizioni Particolari di Fornitura con i dettagli della nuova offerta, che in caso di rinnovo, troveranno applicazione dal xxx. Ti invitiamo a leggerle attentamente e a conservarle, precisandoti che la comunicazione delle nuove condizioni economiche, alla scadenza del periodo di validità originariamente fissato dalle Condizioni Particolari di Fornitura, non costituisce un’ipotesi di modifica unilaterale del contratto o delle Condizioni Generali di Fornitura, bensì il pieno adempimento da parte di A2A Energia degli impegni originariamente assunti nei tuoi confronti*”. (Cfr. Fig. 2)

Fig.2



Milano, 18/09/2022

Rif.: AEN/PAD/MAV [REDACTED]

FORNITURA DI ENERGIA ELETTRICA – Scadenza del periodo di validità e cessazione naturale delle condizioni economiche - Nuova offerta applicabile dal 01/01/2023

Codice POD: [REDACTED] (Potenza Impegnata 3,00 kW – Opzione: BIORARIA)

Fornitura di [REDACTED]

Gentile [REDACTED]

per i prossimi due anni di fornitura, ti proponiamo l'offerta "A2A Start Luce" che, in continuità con quanto previsto dalla tua attuale offerta "Prezzo Sicuro Verde" di prossima scadenza e non più disponibile, ti permetterà di continuare a beneficiare del prezzo fisso e invariabile della componente materia prima, per metterti al riparo da eventuali rincari.

Allegate alla presente trovi le Condizioni Particolari di Fornitura con i dettagli della nuova offerta che, in caso di rinnovo, troveranno applicazione dal 01/01/2023. Ti invitiamo a leggerle attentamente e a conservarle, precisandoti che la comunicazione delle nuove condizioni economiche, alla scadenza del periodo di validità originariamente fissato dalle Condizioni Particolari di Fornitura, non costituisce un'ipotesi di modifica unilaterale del contratto o delle Condizioni Generali di Fornitura, bensì il pieno adempimento da parte di A2A Energia degli impegni originariamente assunti nei tuoi confronti.

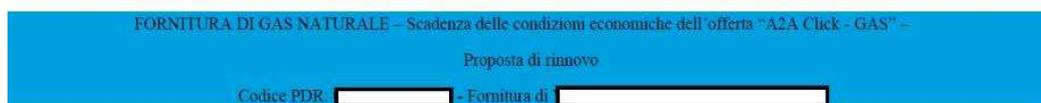
In calce a questa comunicazione inoltre puoi trovare la stima della tua prossima spesa annua e la variazione attesa rispetto ai prezzi attualmente in vigore.

Per un confronto in termini di spesa annua rispetto alle offerte presenti nel mercato libero, sulla base del tuo consumo effettivo, puoi utilizzare il Portale Offerte Luce e Gas www.ilportaleofferte.it

Qualora non desiderassi rinnovare il contratto alle nuove condizioni proposte, puoi esercitare il diritto di recesso aderendo ad un'altra offerta di fornitura, oppure chiedere la cessazione dell'utenza, con le modalità previste dalle Condizioni Generali di Fornitura. In caso contrario, quindi nel caso tu accettassi le nuove condizioni di rinnovo proposte, non occorre alcuna azione: in mancanza di recesso, il rinnovo si intenderà accettato e le nuove Condizioni Particolari di Fornitura troveranno

12. Il secondo tipo di comunicazione denominata "**SCADENZA DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DELL'OFFERTA XXX – PROPOSTA DI RINNOVO**" riporta il seguente, generico, contenuto: "*Gentile xxx, in relazione al tuo attuale contratto di fornitura a mercato libero xxx che ti ha garantito un prezzo fisso e invariabile della componente materia prima xxx per tutto il periodo di fornitura, ti confermiamo la stessa formula di prezzo che ti consente di cautelarti contro le variazioni del costo dei combustibili e le oscillazioni valutarie. Come previsto dalle condizioni di rinnovo del tuo contratto, ti comunichiamo che il nuovo prezzo per la materia prima xxx, valido per x anno con decorrenza dal xxx, sarà pari a xxx*". (Cfr. Fig. 3)

Fig. 3



Gentile [redacted]

in relazione al tuo attuale contratto di fornitura a mercato libero "A2A Click - GAS" che ti ha garantito un prezzo fisso e invariabile della componente materia prima gas per tutto il periodo di fornitura, ti confermiamo la stessa formula di prezzo che ti consente di cautelarti contro le variazioni del costo dei combustibili e le oscillazioni valutarie.

Come previsto dalle condizioni di rinnovo del tuo contratto, ti comuniciamo che il nuovo prezzo per la materia prima gas, valido per 1 anno con decorrenza al 01/02/2023, sarà pari a: **2,0200 €/Smc**.

In calce a questa comunicazione inoltre puoi trovare la stima della tua prossima spesa annua e la variazione attesa rispetto ai prezzi attualmente in vigore.

Oltre al prezzo per la materia prima gas, l'offerta prevede l'aggiornamento del corrispettivo fisso di vendita pari rispettivamente a 96,00 €/anno a copertura dei costi di commercializzazione di vendita al dettaglio.

Per un confronto in termini di spesa annua rispetto alle offerte presenti nel mercato libero, sulla base del tuo consumo effettivo, puoi utilizzare il Portale Offerte Luce e Gas www.ilportaleofferte.it

Qualora non desiderassi rinnovare il contratto alle nuove condizioni proposte, puoi esercitare il diritto di recesso aderendo a un'altra offerta di fornitura, oppure chiedere la cessazione dell'utenza, con le modalità previste dalle Condizioni Generali di Fornitura. In alternativa all'esercizio del diritto di recesso, il Cliente avente diritto al Servizio di Tutela gas, ove non intenda accettare le nuove condizioni proposte, può richiedere, per iscritto e nei medesimi termini, di essere fornito alle condizioni economiche e contrattuali di tale Servizio. In mancanza, il rinnovo si intenderà accettato e le nuove Condizioni Particolari di Fornitura troveranno applicazione dalla data precedentemente indicata.

Questa comunicazione delle nuove condizioni economiche, alla scadenza del periodo di validità originariamente fissato dalle Condizioni Particolari di Fornitura, non costituisce un'ipotesi di modifica unilaterale del contratto o delle Condizioni Generali di Fornitura, bensì costituisce il pieno adempimento da parte di A2A Energia degli impegni originariamente assunti nei tuoi confronti.

13. I consumatori, ritenendo che le comunicazioni di rinnovo delle offerte a seguito dell'intervenuta scadenza configurassero in realtà modifiche di prezzo unilateralmente stabilite dal professionista, in quanto idonee ad incidere sul prezzo della fornitura, hanno presentato appositi reclami ad A2A, invocando la sospensione temporanea dell'efficacia di tali modifiche.

14. Il Professionista ha rigettato tutti i reclami utilizzando lo stesso modello standard di risposta (già inviato agli utenti che contestavano le precedenti comunicazioni aventi ad oggetto la "PROPOSTA DI MODIFICA UNILATERALE DEL CONTRATTO") nel quale, richiamando per la prima volta la scadenza dell'offerta vigente (*rectius* è stato indicato che il giorno a decorrere dal quale la società applicherà il nuovo prezzo corrisponde al giorno successivo a quello di scadenza dei prezzi applicati), rappresentava: "[...] Dalle opportune verifiche effettuate a seguito della Sua segnalazione è emerso che il contratto di fornitura di energia elettrica in oggetto, relativo al POD xxx, prevede l'applicazione dell'offerta xxx, con prezzo della quota energia fisso per xxx mesi. Per tale tipologia di offerta, le relative Condizioni Particolari di Fornitura prevedono espressamente che, prima della scadenza del periodo di validità dei prezzi stabiliti, venga inviata una comunicazione con le condizioni applicabili in caso di rinnovo. Conseguentemente, Le abbiamo inviato una proposta di rinnovo con l'indicazione delle condizioni economiche per i successivi xxx mesi, valide a partire dal giorno successivo a quello di scadenza dei prezzi applicati, ovvero dal xxx. Precisiamo, pertanto, che la suddetta comunicazione relativa alle condizioni economiche applicabili, in caso di rinnovo, alla naturale scadenza del periodo di validità originariamente fissato dalle Condizioni Particolari di fornitura, non costituisce un'ipotesi di modifica unilaterale ai sensi dell'art. 3 del D.L. 115 del 09.08.2022".

15. A titolo esemplificativo, un consumatore⁴, titolare di un contratto per la fornitura di gas, ha denunciato di aver ricevuto, in data 17 ottobre 2022, una comunicazione intitolata "SCADENZA DELLE

⁴ Cfr. segnalazione del 3 novembre 2022, prot. n. 84868.

CONDIZIONI ECONOMICHE DELL’OFFERTA “A2A Click Gas” – PROPOSTA DI RINNOVO” con la quale A2A ha comunicato il nuovo prezzo per la materia prima gas, valido per un anno a partire dal 1° febbraio 2023. Le nuove condizioni economiche prevedono una variazione in aumento della stima di spesa per il nuovo anno. Invero, per un consumo annuo di 700 Smc è stimato un aumento della spesa annua pari a 1.167,40 €. A seguito del reclamo, A2A ha rigettato la relativa istanza utilizzando il modello standard sopra richiamato.

16. A seguito della richiesta di informazioni dell’Autorità del 18 ottobre 2022, A2A ha comunicato che nel corso dei mesi di maggio, giugno e luglio 2022, ha inviato [omissis] comunicazioni di modifiche unilaterali del prezzo a condomini e microimprese. Per tali clienti, la società ha proposto (*prima* dell’entrata in vigore del DL Aiuti *bis*) la modifica dell’indice di riferimento tanto nell’ambito di offerte a prezzo variabile in corso di validità (per [omissis] contratti), quanto nell’ambito di contratti che già prevedevano un’evoluzione automatica del prezzo da fisso a variabile. A causa di un errore, a [omissis] clienti sono state applicate le nuove condizioni contrattuali prima del termine di 90 giorni previsti dal Codice di Condotta Commerciale (ciò ha consentito di applicare le nuove condizioni prima dell’entrata in vigore del DL Aiuti *bis*). A partire dal 1° maggio 2022, “sono state inviate [omissis] proposte di rinnovo delle condizioni economiche giunte a scadenza. Il numero di utenti ai quali sono state applicate a partire dal 10 agosto le nuove condizioni economiche ammonta [al 7 novembre 2022] a [omissis]”.

Per [omissis] contratti stipulati con clienti non domestici per i quali, in mancanza di disdetta, il contratto in scadenza si sarebbe rinnovato automaticamente, la Società ha inviato comunicazioni di disdetta a scadenza.

III. IL PROVVEDIMENTO DELL’AUTORITÀ DEL 12 DICEMBRE 2022 N. 30403

17. L’Autorità, con delibera adottata in data 12 dicembre 2022, ha disposto che, ai sensi dell’art. 27, comma 3 del Codice del Consumo e dell’art. 8, comma 3 del Regolamento, la società A2A Energia S.p.A. sospendesse l’applicazione delle nuove condizioni economiche relative alle forniture di energia elettrica e gas inviate alla propria clientela, confermando fino al 30 aprile 2023 le condizioni di fornitura precedentemente vigenti, comunicando individualmente ai consumatori interessati tale sospensione, riconoscendo a coloro che hanno esercitato il diritto di recesso - a seguito delle comunicazioni di proposta di modifica unilaterale inviate prima del 10 agosto o di rinnovo delle stesse inviate successivamente a tale data - la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche.

18. In particolare, l’Autorità ha ritenuto che sussistessero i presupposti per l’adozione di misure cautelari provvisorie nei confronti del Professionista, ritenendo che le modifiche delle condizioni economiche preannunciate, sia prima sia dopo l’agosto 2022, configurassero l’esercizio dello *ius variandi*, idoneo ad incidere su un elemento essenziale del rapporto di fornitura, al solo scopo di aggirare l’inibizione relativa alle modifiche unilaterali del prezzo dell’energia elettrica e del gas introdotta dal legislatore con l’art. 3 del D.L. 115/2022.

19. Sotto il profilo del *periculum in mora*, è stata rilevata l’indifferibilità, *prima facie*, dell’intervento poiché la condotta sopra descritta era in atto ed era caratterizzata da un elevato grado di offensività, in quanto idonea ad indurre in errore, nelle more del procedimento, tutti i destinatari delle comunicazioni sopra descritte in merito alla pretesa inapplicabilità dell’art. 3 del DL 115/2022, nonché a ostacolarne ingiustamente l’esercizio dei diritti previsti da tale norma fino alla scadenza del 30 aprile 2023, arrecando agli stessi considerevoli danni economici, a seguito dell’applicazione di condizioni economiche fortemente peggiorative (pari anche a 4 o 5 volte quelle previste dall’offerta corrente).

IV. LE ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE DEL PROFESSIONISTA

20. Nella relazione di ottemperanza pervenuta in data 20 dicembre 2022⁵, la società A2A ha comunicato le misure proposte per dare attuazione al provvedimento cautelare *inaudita altera parte* del 12 dicembre 2022.

21. In particolare, il Professionista ha affermato che sta ricostruendo le posizioni economiche di tutti i clienti con offerta a prezzo fisso che hanno subito un rinnovo di prezzo o hanno ricevuto un preavviso di rinnovo che non è ancora entrato in vigore o che sono cessati a seguito della comunicazione di rinnovo di prezzo. Terminata tale attività, la Società procederà all'invio massivo delle lettere ai clienti.

22. Nella memoria difensiva pervenuta in data 21 dicembre 2022⁶, il Professionista, ha affermato, inoltre, che la fattispecie dei rinnovi andrebbe tenuta distinta da quella della modifica unilaterale; la correttezza di tale interpretazione sarebbe dimostrata sia dai lavori parlamentari della legge di conversione del Decreto Aiuti *bis* sia dal comunicato congiunto AGCM-ARERA nel quale si chiarirebbe che i rinnovi delle offerte Placet non costituiscono un'ipotesi di variazione unilaterale, sia dalla posizione assunta da ARERA con il documento per la Consultazione pubblica, pubblicato in data 9 dicembre 2022.

23. A2A, inoltre, riferisce di aver sempre operato in aderenza al dettato contrattuale proponendo rinnovi secondo una scansione temporale costante e in nessun modo influenzata dall'adozione del Decreto citato. Tale sistematica attività di rinnovo renderebbe evidente come tutti i clienti della società siano consapevoli di tale dinamica, avendo sempre ricevuto, a ridosso della scadenza contrattuale, una comunicazione contenente le nuove condizioni economiche destinate ad applicarsi per il successivo periodo di riferimento.

24. In particolare, le comunicazioni inviate prima e dopo il 10 agosto 2022 fanno chiaramente riferimento a proposte di rinnovo delle offerte. Conseguentemente, A2A ha chiesto di revocare o, comunque, di non confermare il provvedimento cautelare.

V. VALUTAZIONI

12. Alla luce di quanto emerso in atti, a seguito delle memorie difensive pervenute da parte di A2A Energia S.p.A. successivamente alla data del 12 dicembre 2022, in considerazione del contenuto dell'ordinanza del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2022 n. 05986 resa su un altro provvedimento cautelare dell'Autorità, devono ritenersi insussistenti, allo stato, i presupposti che hanno giustificato l'adozione della misura cautelare in data 12 dicembre 2022. Ed invero gli elementi raccolti portano a ritenere, *prima facie*, che le condotte contestate integrino variazioni delle condizioni economiche effettivamente in scadenza di contratti a tempo indeterminato.

13. Ne discende che deve ritenersi non più sussistente il *periculum in mora* posto a fondamento del provvedimento cautelare adottato *inaudita altera parte*.

RITENUTO, pertanto, che gli elementi acquisiti non confermano la sussistenza dei presupposti, indicati nella delibera del 12 dicembre 2022, che giustificano la sospensione della condotta contestata, fatta salva ogni diversa valutazione nel procedimento principale;

DELIBERA

di revocare il provvedimento cautelare del 12 dicembre 2022.

⁵ Comunicazione prot. 99799 del 20 dicembre 2022.

⁶ Comunicazione prot. 100168 del 21 dicembre 2022.

È fatta salva ogni ulteriore e/o diversa valutazione nel procedimento principale.

Il presente provvedimento sarà comunicato 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 comunicazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

CONFLITTO DI INTERESSI

SI1244B - LAURA CASTELLI - VICE MINISTRO PER L'ECONOMIA E LE FINANZE - PARERE POST CARICA

Roma, 23 novembre 2022

Oggetto: *richiesta di parere relativamente al regime delle incompatibilità post carica ai sensi dell'art. 2, comma 4, della legge 20 luglio 2004, n. 215, recante "Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi", pervenuta in data 3 novembre 2022*

Gentile Dottoressa,

in data 3 novembre 2022 è pervenuta in Autorità una nota con la quale Ella richiede un parere in ordine alla compatibilità tra la carica di Vice Ministro per l'Economia e le finanze, da Lei ricoperta sino al 21 ottobre 2022, e l'assunzione della carica di componente del Consiglio di Amministrazione nella società Elettra Servizi S.p.A..

In relazione a tale richiesta l'Autorità, nella riunione del giorno 22 novembre 2022, ha deliberato il seguente parere.

La fattispecie in esame è da ricondurre all'articolo 2, comma 1, lettera c) della legge 20 luglio 2004, n. 215, disposizione richiamata dall'articolo 2, comma 4, della medesima legge, in base al quale *"l'incompatibilità prevista dalle disposizioni di cui alle lettere b), c) e d) del comma 1 perdura per dodici mesi dal termine della carica di governo nei confronti di enti di diritto pubblico, anche economici, nonché di società aventi fini di lucro che operino prevalentemente in settori connessi con la carica ricoperta"*.

Al riguardo, l'Autorità ha costantemente ritenuto che la disposizione in esame sia essenzialmente intesa ad escludere in radice anche la mera eventualità che l'esercizio delle attribuzioni inerenti alla carica di governo possa essere influenzato o distorto dall'interesse del titolare a preconstituirsì benefici futuri, ad esempio in termini di incarichi successivi alla cessazione della carica governativa. In questo senso, l'elemento di discontinuità introdotto dal legislatore nei rapporti tra gli ex titolari di carica e gli enti o le società che operino prevalentemente nei settori interessati dalle specifiche funzioni esercitate nel corso del mandato governativo, è finalizzato a salvaguardare l'imparzialità dell'azione pubblica, che rappresenta il principio cardine della disciplina sul conflitto di interessi.

L'indagine sugli elementi della connessione e della prevalenza, di cui all'articolo 2, comma 4, secondo periodo, della legge 20 luglio 2004, n. 215, è finalizzata a verificare quali siano i settori di attività prevalente delle società o degli enti a favore dei quali o presso i quali dovrà essere svolto l'incarico, indagando se sussistano, per tali attività, profili di connessione con le funzioni e le competenze istituzionali del titolare di carica.

La valutazione si concentra sull'analisi astratta delle attribuzioni della carica governativa, accertandone l'idoneità a coinvolgere quegli stessi settori nei quali la società o l'ente opera in via prevalente, verificando altresì se possa sussistere, in fatto, un legame fra le attribuzioni del titolare di carica e l'ente o la società interessata (attraverso, ad esempio, il potere di nominare i vertici oppure per effetto di pregressi rapporti contrattuali della società o dell'ente con il dicastero interessato).

Nei numerosi precedenti condotti dall’Autorità in tema di divieti post carica, i requisiti della connessione e della prevalenza sono stati ampiamente approfonditi. Con riferimento alla connessione, è stato ritenuto che l’analisi non può esaurirsi nell’accertamento della mera coincidenza di materie, ma deve essere condotta anche avendo riguardo all’eventuale esercizio di poteri pubblici e di funzioni esercitate sulla società o nei settori in cui essa opera, nonché ai rapporti giuridici ed economici intercorrenti tra le parti. Con riguardo alla prevalenza, l’analisi deve invece essere effettuata considerando il peso delle attività connesse rispetto al complesso delle attività societarie.

Nel caso di specie, tenuto conto delle attribuzioni a Lei delegate in qualità di Sottosegretario di Stato con il Decreto 24 marzo 2021 del Ministro dell’Economia e delle finanze, l’applicazione dei criteri sopra indicati conduce a ritenere che non sussistano impedimenti all’assunzione della carica societaria sopra indicata.

Rileva infatti osservare come, tra le attribuzioni a Lei delegate, non figurassero materie direttamente riconducibili agli ambiti di attività di Elettra Servizi S.p.A., la quale risulta essere prevalentemente attiva nel settore della installazione e manutenzione di impianti elettrici, termoidraulici e di trattamento dell’aria in edifici civili e industriali. In termini analoghi, non risulta che, in ragione della carica di governo, Lei siano stati attribuiti poteri autoritativi, amministrativi o di regolazione in tali settori, ovvero che la S.V. abbia intrattenuto rapporti giuridici o economici con la predetta società.

Sulla base delle considerazioni sopra esposte, deve pertanto escludersi la sussistenza del rapporto di connessione, richiesto ai fini della configurabilità del divieto di cui all’articolo 2, comma 1, lettera c) della legge 20 luglio 2004, n. 215, come richiamato dallo stesso articolo 2, comma 4, tra i settori nei quali opera la società in considerazione e le materie da Lei trattate in veste di Sottosegretario di Stato, nonché di Vice Ministro per l’Economia e le finanze.

Si rende noto che il presente parere, ai sensi dell’articolo 23, secondo comma del Regolamento sul conflitto di interessi, è soggetto alla pubblicazione sul bollettino dell’Autorità, salve “*eventuali esigenze di riservatezza motivatamente rappresentate*”.

Si chiede pertanto alla S.V. di comunicare a questa Autorità, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento del parere, la sussistenza di eventuali esigenze di riservatezza, motivandone le specifiche ragioni.

Distinti saluti.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

*Autorità garante
della concorrenza e del mercato*

Bollettino Settimanale
Anno XXXIII- N. 1 - 2023

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Valerio Ruocco, Simonetta Schettini, Manuela Villani
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Direzione gestione documentale, protocollo e servizi
statistici
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

Web: <https://www.agcm.it>

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
