



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Nel giudizio introdotto con il ricorso 1285/12, proposto da Italgas - Società Italiana per il gas S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, difesa dagli avv. ti Piazza, Todarello ed Auricchio, con domicilio eletto in Roma, via XX Settembre, 5;

contro

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, assistita e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge;

nei confronti di

del Comune di Roma, in persona del sindaco *pro tempore*, assistito e difeso dall'avv. A. Graziosi, elettivamente domiciliato in Roma, via Tempio di Giove, 21;

del Comune di Todi, in persona del sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento 14 dicembre 2011, n. 23114 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ("Autorità" o "AGCM"), che ha irrogato ad Italgas S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di € 4.671.447 per abuso di posizione dominante, contrario all'art. 102 del TFUE, consistente nel ritardo e rifiuto di fornire informazioni necessarie ai fini della realizzazione di gare competitive per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nei Comuni di Roma e Todi.

di ogni altro atto presupposto, conseguente e comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.G.C.M. e del Comune di Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2013 il cons. avv. A. Gabbricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Il d. lgs. 23 maggio 2000, n. 164, attuò in Italia la direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, fissando, anzitutto, all'art. 1, intitolato alla liberalizzazione del mercato interno del gas naturale, il principio per cui, nei limiti stabiliti dallo stesso decreto, "le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale, in qualunque sua forma e comunque utilizzato, sono libere".

L'art. 14, a sua volta, qualifica l'attività di distribuzione come "di servizio pubblico", affidato mediante gara per periodi non superiori a dodici anni dagli Enti locali, secondo le previsioni contenute nello stesso art. 14.

1.2. Per la fase di trapasso al nuovo regime, l'art. 15 stabilisce che gli Enti medesimi, entro il 1 gennaio 2003, dovevano assumere "le deliberazioni di adeguamento alle disposizioni del decreto, anche mediante l'indizione di gare per l'affidamento del servizio.

Gli affidamenti e le concessioni in essere sarebbero proseguiti fino alla scadenza stabilita, se compresa entro la conclusione del periodo transitorio, mentre quelli "per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio, proseguono fino al completamento del periodo transitorio stesso", decorso il quale l'ente locale avrebbe proceduto all'affidamento del servizio, secondo le modalità previste dall'articolo 14.

In quest'ultimo caso, per i titolari degli affidamenti e delle concessioni in essere è previsto un rimborso a carico del nuovo gestore e "calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti, con i criteri di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 24 del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578".

2.1. Quando la disciplina fu approvata, Italgas svolgeva in Italia il servizio per la distribuzione del gas in centinaia di Comuni, tra cui Roma e Todi, accomunati dapprima dal provvedimento impugnato, e poi in questa controversia, in cui, per quanto possibile, le loro posizioni saranno comunque trattate separatamente.

2.2. Invero, tra Italgas e il Comune di Roma esisteva una convenzione stipulata il 23 aprile 1980 e prorogata nel 1991 per una durata trentennale, che, tuttavia, fu poi concordemente limitata al 31 dicembre 2009.

Così, con deliberazione del 16 dicembre 2009 n. 412, la giunta comunale deliberò di avviare gli adempimenti necessari per l'indizione della procedura di gara, per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, ex artt. 14 e 15 del citato d. lgs. 164/00; ma solo il seguente 4 maggio 2010, il Comune inviò una lettera ad Italgas, richiedendole di trasmettere, entro trenta giorni, una serie di elementi documentali per poter bandire la gara: quelli necessari a determinare l'indennizzo al gestore uscente, e per fornire ai partecipanti ogni elemento utile per la formulazione delle offerte.

2.3. Inizia così per Roma la vicenda oggetto della presente controversia: tra giugno e luglio 2010 si svolsero cinque incontri – o tavoli tecnici, come le parti li definiscono – nel corso dei quali Italgas fornì via via una parte degli atti richiesti, impegnandosi a consegnare i restanti.

Tuttavia, ancora in una missiva, inviata a Italgas il 23 settembre 2010, il Comune di Roma elencava la documentazione non consegnata o consegnata solo parzialmente - tra cui dati economico-tariffari direttamente afferenti alla gestione dell'impianto, e che in parte Italgas riteneva inizialmente non dovuti – e ne chiedeva l'integrazione entro trenta giorni, precisando come il ritardo ponesse l'Amministrazione in gravi difficoltà non potendo essere rispettato il programma assunto relativamente all'espletamento della gara.

3.1. Una vicenda simile si andava svolgendo a Todi, dove Italgas aveva svolto sin dal 1984 il servizio di distribuzione del gas, destinata a cessare ex art. 15 del d. lgs. 164/00, al 31 dicembre 2009.

3.2. Il 6 novembre 2009 il Comune di Todi, intendendo riaffidare il servizio di distribuzione dal 1 gennaio seguente, richiese ad Italgas una prima richiesta di informazioni, ritenute indispensabili per la determinazione del rimborso e per la stesura degli atti di gara, e nei dieci giorni seguenti Italgas inviò una parte delle informazioni

richieste, compresa la planimetria dell'impianto.

Il Comune le ritenne però insufficienti e, con deliberazione 11 febbraio 2010, n. 7, il suo consiglio municipale, nell'avviare la procedura di gara, da concludere nel successivo semestre, sollecitò Italgas ad integrare la documentazione e a redigere lo stato di consistenza dell'impianto di distribuzione al 31 dicembre 2009, completo delle planimetrie, dettagliato per tipologia di cespiti e anni di installazione e comprensivo dei contributi pubblici e privati percepiti.

3.3. Come per il Comune di Roma, anche in questo caso iniziò un rapporto dialettico tra concessionario e concedente, in cui il primo consegnò gradualmente la documentazione richiesta – opponendosi comunque a parte delle richieste - e il secondo ne lamentava comunque l'incompletezza: e, come si vedrà, secondo l'Autorità, non tutta la documentazione richiesta sarebbe stata comunque inviata.

4.1. I Comuni ritennero comunque conveniente segnalare la situazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che, il 13 ottobre 2010 avviò un procedimento istruttorio nei confronti di Italgas, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/90, per stabilire l'esistenza di violazioni dell'art. 102 TFUE.

4.2. Dopo l'avvio del procedimento, nel corso del 2011, Italgas ha fornito ai due Comuni quasi tutti i documenti e le informazioni richiesti: il 14 dicembre, quando fu adottato il provvedimento conclusivo, restava soltanto da inviare al Comune di Todi i dati relativi ai contributi privati di allacciamento percepiti dai clienti finali, ma ciò non è bastato ad evitare l'irrogazione di una sanzione per l'addebito inizialmente indicato.

4.3.1. L'inesauribile provvedimento 14 dicembre 2011, n. 23114 (occupa ben 68 pagine del bollettino AGCM n. 50 del 2 gennaio 2012, e ciò rende intuitivamente assai difficoltoso giudicarne, nel rispetto dei doveri di chiarezza e sintesi), ha rilevato, alla fine:

a) che le informazioni documentali richieste erano effettivamente necessarie, o comunque particolarmente utili, per il corretto svolgimento della procedura di gara, incluse le schede tariffarie, contenenti i dati stratificati dei costi storici di investimento e dei contributi pubblici e privati comunicati ai fini regolatori;

b) che le informazioni rilevanti, fornite con ritardo o non trasmesse, erano nella piena disponibilità di Italgas, immediatamente trasmissibili, o trasmissibili in tempi molto più rapidi: ritardi e rifiuti che non avrebbero dunque giustificazioni oggettive.

4.3.2. Per l'Antitrust, dunque, il comportamento di Italgas si configura come un abuso di posizione dominante di natura escludente, “volto ad ostacolare la concorrenza per il mercato della distribuzione del gas, e consistente nel ritardo e rifiuto di fornire informazioni, acquisite in virtù di posizioni di monopolio originate da affidamenti diretti, che risultano necessarie agli enti locali per predisporre un bando di gara concorrenziale e ai concorrenti al fine di partecipare alle gare e di formulare offerte competitive”.

4.3.3. Si deve presumere, seguita il provvedimento, in assenza di giustificazioni oggettive, che la società “abbia adottato una tattica dilatoria nella trasmissione delle informazioni al fine di estendere nel tempo la propria posizione di monopolio e di non consentire l'indizione delle gare nei tempi programmati dagli enti locali”.

4.3.4. Il suo comportamento sarebbe stato idoneo “ad ostacolare l'indizione di corrette procedure di gara ... alterando le dinamiche competitive delle gare e pregiudicando la partecipazione degli altri concorrenti nonché la possibilità degli stessi di competere efficacemente per l'aggiudicazione del servizio che non può prescindere dalla disponibilità di un set informativo completo al pari dell'incumbent” (la stessa Italgas).

4.4.1. A causa del comportamento tenuto da Italgas, i Comuni, in ragione del ritardo e del rifiuto di fornire le informazioni, hanno dovuto ritardare l'indizione delle gare.

4.4.2. Il Comune di Roma ha indetto la gara solo il 26 settembre 2011, mentre aveva “programmato di pubblicare il bando di gara entro la fine del 2010”: Italgas avrebbe così “esteso nel tempo la propria posizione di monopolista

ben oltre la scadenza della concessione (31 dicembre 2009) ed anche quello strettamente necessario per realizzare la gara”, con i conseguenti maggiori proventi.

4.4.3. Quanto a Todi, l'ente locale “ha pubblicato il bando di gara il 25 febbraio 2011, benché avesse manifestato l'intenzione di indire la gara entro il primo semestre 2010, stante il fatto che la concessione era scaduta il 31 dicembre 2009”.

4.4.4. Inoltre, il comportamento di Italgas avrebbe comportato che entrambi i Comuni abbiano indetto le gare in un contesto di incertezza normativa, dovuta al blocco delle gare comunali disciplinato dal d. lgs. 1 giugno 2011, n. 93 e, ancor prima, dal “decreto ambiti”: ovvero dal decreto del Ministro dello sviluppo economico 19 gennaio 2011, il quale dispone all'art. 3, III comma, che a decorrere dalla sua entrata in vigore (1 aprile 2011), le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione gas previsto dall'articolo 14, c. 1 del 23 maggio 2000, n. 164 per le quali non è stato pubblicato il bando o non è decorso il termine per la presentazione delle offerte di gara sono aggiudicate unicamente relativamente agli ambiti determinati nell'allegato 1 facente parte integrante del presente provvedimento. Il gestore uscente, ai sensi dell'articolo 14, c. 7 d.l. 164/2000, resta comunque obbligato a proseguire la gestione del servizio fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento”.

4.4.5. Invero, dopo l'emanazione di tale disciplina, rileva il provvedimento, “il bando per la gara del Comune di Todi è stato ritirato e per quanto riguarda il Comune di Roma il bando è oggetto d'impugnativa presso gli organi giurisdizionali da parte della stessa Italgas al fine di verificare la legittimità della procedura proprio in seguito alla emanazione della disciplina richiamata”.

Così, Italgas “ha potuto continuare a gestire di fatto il servizio ... e continuerà a svolgerlo fino al riaffidamento del servizio, che avverrà a data del tutto incerta”: per il Comune di Todi, “essendo stato ritirato il bando, è lecito presumere che il riaffidamento del servizio avverrà solo in esito alla futura gara di ATEM” - Ambiti Territoriali Minimi, stabiliti dall'art. 46 bis del d.l. 1 ottobre 2007, n. 159.

Per quanto invece riguarda “il Comune di Roma, la gara è ancora in corso, ma la sua legittimità è sottoposta al vaglio degli organi giurisdizionali”.

4.4.6. Infine, la condotta di Italgas ha impedito che il servizio “venisse aggiudicato a condizioni migliorative”: sicché, “avendo alterato le condizioni di concorrenza nei mercati rilevanti, ha quindi determinato un danno anche per i clienti finali del servizio di distribuzione del gas”.

4.5.1. Per quanto riguarda la misura della sanzione, l'art. 15, I comma, della legge n. 287/90, preveda che l'Autorità, nei casi d'infrazioni gravi, applichi una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato, realizzato dall'impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio.

4.5.2. Nel caso, l'infrazione sarebbe particolarmente grave, perché, come già visto, il comportamento di Italgas è risultato idoneo ad ostacolare e ritardare la realizzazione di procedure di gara competitive, con effetti escludenti: è poi coinvolto il maggior comune italiano, quello di Roma, la cui gara riveste un'importanza assoluta in termini economici e strategici.

4.5.3. Quanto alla durata dei comportamenti contestati, questo sarebbe iniziato trascorsi 90 giorni dalla richiesta di informazioni degli enti locali, termine che il Ministero dello sviluppo economico riterrebbe congruo, anche in casi di complessità, per fornire le informazioni in questione: dunque, quanto al Comune di Roma, il 4 maggio 2010, cessando il seguente 21 ottobre 2011, quando la società ha comunicato all'ente locale la propria disponibilità alla trasmissione delle schede tariffarie: esso è dunque durato per un periodo di 14 mesi.

4.5.4. Per quanto invece riguarda il Comune di Todi, il comportamento abusivo sarebbe iniziato dal 10 marzo 2010, e non era ancora cessato, quando fu emesso il provvedimento impugnato, “stante il fatto che i contributi privati di allacciamento non sono mai stati trasmessi all'ente locale”.

4.5.5. Per determinare la sanzione (in conformità alla Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 "Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par 2, lettera a, del regolamento CE n. 1/2003) l'AGCM ha intanto considerato il fatturato realizzato nel 2010 da Italgas nei mercati della distribuzione del gas nei Comuni di Roma e Todi, e l'ha infine determinata nella somma di € 4.671.447, che rappresenta lo 0,4% del fatturato complessivo 2010 di Italgas, tenendo conto "del comportamento fortemente collaborativo della società che, seppure tardivamente, il 21 ottobre 2011, ha trasmesso le schede tariffarie al Comune di Todi ed ha dato la propria disponibilità alla loro trasmissione al Comune di Roma".

4.5.6. La sanzione è stata gravata da Italgas con il ricorso in esame; si è costituita in giudizio l'A.G.C.M., la quale ha ampiamente difeso il proprio provvedimento ed ha concluso per la reiezione del ricorso.

5.1.1. Il primo motivo di ricorso è rubricato nella violazione e falsa applicazione dell'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché nell'eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria, e nella violazione e falsa applicazione della giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia di abuso di posizione dominante consistente nel ritardo di fornire informazioni.

5.1.2. Come si è visto, secondo l'Autorità, Italgas avrebbe intenzionalmente procrastinato o ommesso la trasmissione di elementi necessari per le procedure di gara: ma si tratterebbe di asserzione priva di riscontro giuridico e fattuale, così da escludere che la fattispecie sia da ricollegare all'art. 102 del trattato sul funzionamento dell'unione europea. Questo, invero, dispone che è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo: secondo la ricorrente, la disposizione vieterebbe così "i comportamenti dell'impresa dominante volti ad ostacolare l'accesso di operatori concorrenti in presenza di ritardi e dilazioni di gran lunga più lunghi di quelli oggetto della presente causa".

5.2.1. Un primo aspetto riguarda le schede tariffarie, le quali sono composte da tabelle (sezioni) compilate dai concessionari del servizio di distribuzione sulla base di un modello definito dall'Autorità di settore.

5.2.2. Tali tabelle contengono i dati di contabilità regolatoria specifici per una determinata località e riguardano, in particolare, i dati fisici attinenti l'impianto ed i volumi di gas distribuiti, nonché i dati dei costi storici di investimento nell'impianto di distribuzione e dei contributi pubblici e privati comunicati a fini regolatori: dati distinti per anno e per categorie di cespiti, quali terreni, fabbricati industriali, condotte stradali, allacciamenti, impianti principali e secondari, attività di misura (punti di riconsegna e impianti REMI).

5.2.3. Le schede tariffarie contenenti i dati stratificati dei costi storici di investimento e dei contributi regolatori consentirebbero, secondo i Comuni interessati, e secondo la stessa Autorità, la determinazione dei ricavi d'esercizio derivanti dalle tariffe amministrative, nonché l'esatta quantificazione dei contributi privati di allacciamento e di rete percepiti dalla società: e questi elementi verrebbero poi impiegati per definire l'indennizzo dovuto al concessionario uscente.

5.3.1. Italgas ha fornito a entrambi i Comuni le Sezioni I e II delle schede tariffarie ed i dati ante e post gradualità: questi ultimi contengono informazioni sui dati fisici della rete (ad esempio, punti di riconsegna, gas distribuito e lunghezza della rete) e il valore di remunerazione del capitale riconosciuto in tariffa.

5.3.2. Alcune sezioni delle schede tariffarie non sono state inizialmente consegnate da Italgas, ma, ad avviso di questa, esse non erano dovute, secondo la normativa dell'epoca, e secondo la prassi consolidata delle procedure di gara nel settore: esse, in particolare, conterrebbero "dati economici concernenti il costo storico di terreni, fabbricati, condotte, allacciamenti", nonché "dati relativi ai nuovi investimenti e alla stratificazione dei contributi percepiti".

5.4. Secondo l'Autorità, Italgas avrebbe comunque atteso, per evadere le richieste ricevute, un periodo superiore a quello di tre mesi, di cui all'art. 4 del Regolamento Gare, giungendo sino a cinque mesi di attesa.

Questo, però, rileva Italgas, è entrato in vigore solo nel febbraio 2012, ed ha introdotto "un insieme armonizzato di regole sui criteri di gara e di valutazione delle offerte", prevedendo per la prima volta una disciplina dettagliata delle informazioni che il gestore uscente dovrà fornire al concedente, dei dati e della documentazione da mettere a disposizione, e dei relativi termini: e, comunque, il termine di 90 giorni in esso indicherebbe un dato medio, che sarebbe però inadeguato "per reti di grande dimensione, come quella di Roma".

Del resto, i casi in cui un ritardo è stato considerato abusivo ai sensi dell'art. 102 TFUE avrebbero riguardato periodi temporali ben più ampi dei due mesi – di tanto Italgas avrebbe in media valicato il termine di novanta giorni.

5.5. Tuttavia, ancor prima, solo un'interpretazione strumentale permetterebbe di affermare che Italgas avrebbe dovuto anticipare nel tempo l'applicazione di una disposizione normativa ancora non entrata in vigore.

Al contrario, all'epoca dei fatti in contestazione, sussisteva un'assoluta incertezza sulle informazioni da trasmettere e sulla relativa tempistica: e di ciò la ricorrente avrebbe avuto esperienza nelle procedure di gare, nelle quali è stata coinvolta – come gestore uscente o concorrente - e dove gli elementi conoscitivi, richiesti dagli Enti appaltanti o messi a disposizione dei concorrenti, sarebbero stati normalmente alquanto scarsi.

5.6. Per quanto poi riguarda, in particolare, la questione insorta con il Comune di Roma, la raccolta delle informazioni per un comune di tali dimensioni, richiede la raccolta di un cospicuo volume di dati, che devono poi essere adeguatamente ordinati e presentati: e proprio per ovviare a tali difficoltà, e con l'obiettivo di consegnare le informazioni effettivamente necessarie, Italgas ha attuato un tavolo tecnico con quell'Ente, e che ha utilmente operato nel corso di più sedute.

5.7.1. Tra i documenti che sarebbero stati prodotti con ingiustificato ritardo vi è la "valutazione di parte al 31 dicembre 2009", pervenuta al Comune solo in data 25 ottobre 2010.

Peraltro, secondo la convenzione che regolava all'epoca i rapporti tra il Comune concedente e Italgas, solo dopo l'approvazione dello stato di consistenza, da parte del comitato paritetico, si sarebbe potuto procedere alla valorizzazione degli impianti, in quanto lo stato di consistenza contiene il dettaglio della struttura della rete e delle sue varie componenti, aggiornato sulla base dei nuovi investimenti realizzati dal concessionario nell'anno precedente.

5.7.2. Il Comune – cui spettava per statuto - non ha, tuttavia, mai convocato il comitato, e se Italgas ha fornito egualmente, il 25 ottobre 2010, la propria valutazione di parte, tenendo conto degli investimenti che riteneva certi, lo ha fatto per non ritardare ulteriormente l'indizione della gara: ma in nessun caso si potrebbe parlare di ritardo imputabile ad Italgas.

5.8.1. Il secondo profilo rilevante attiene ai contributi, cioè alle sovvenzioni erogate dal Comune o da privati a favore del concessionario, per la realizzazione dell'impianto di distribuzione, composte dalle canalizzazioni (o rete), che sono le componenti principali dell'impianto, e dalle prese e allacciamenti, che consentono di collegare la rete agli impianti secondari, principalmente quelli residenziali.

Ora, a fronte della richiesta del Comune del 4 maggio 2010, della documentazione a ciò relativa, questa è stata fornita da Italgas in data 25 ottobre 2010 in quanto, come accennato, le operazioni tecniche necessarie per rendere coerenti i dati raccolti da diverse fonti nell'ambito della complessa organizzazione societaria non hanno consentito maggiore celerità.

5.8.2. Invero, seguita la ricorrente, in osservanza all'art. 19, lett. a), IV comma della convenzione, ogni anno (dal 1980 al 2007) Italgas ha trasmesso al comitato paritetico la percentuale di impianti, calcolata sulla base dei contributi pubblici e privati percepiti dal concessionario, che sarebbe stata trasferita al Comune a fine concessione, ed in relazione alla quale non avrebbe percepito alcun indennizzo.

5.8.3. Così, seguita la ricorrente, quando dovette comunicare al Comune di Roma il valore definitivo dei contributi

ricevuti e le risultanti quote degli impianti, su cui non veniva percepito alcun indennizzo a fine concessione, Italgas avrebbe verificato le varie fonti di dati disponibili, e cioè:

- a) la sua contabilità;
- b) i dati validati dal comitato paritetico;
- c) la base dati operativa dell'esercizio di Roma, nella quale sono stati registrati i valori dei contributi utilizzati per le comunicazioni fatte al Comune.

Poiché i dati si sono rivelati parzialmente incoerenti, Italgas li ha dovuti conciliare e parificare, e si sarebbe trattato di "un'attività delicata, dalla quale dipendeva l'esatta determinazione dell'indennizzo spettante al gestore uscente, e per la quale si giustificava l'impiego di un tempo maggiore dei 90 giorni asseritamente prescritti".

L'esito, per altro, non è stato inconcludente: alla fine, Italgas ha trasmesso al Comune "un dato sui contributi pari a 5.803.684 Euro superiore al valore dei contributi comunicati al Comune nei precedenti anni, con la conseguenza che il valore di indennizzo che ne è risultato è stato inferiore, così determinando una minore barriera all'ingresso in sede di futura gara".

5.8.4. In ogni caso, l'affermazione, contenuta nel provvedimento impugnato, per cui Italgas avrebbe trasmesso le informazioni al Comune di Roma il 25 ottobre 2010 indottavi dall'istruttoria avviata dall'AGCM sarebbe infondata: si tratterebbe in realtà, del termine indicato dal Comune di Roma che, nella propria comunicazione del 23 settembre 2010, aveva richiesto di fornire informazioni e documentazione entro 30 giorni.

Inoltre, dalla documentazione in atti si desumerebbe con chiarezza che l'attuale ricorrente stava prodigandosi da tempo per trasmettere i dati alla concedente entro il termine del 25 ottobre 2010, indicato dallo stesso comune (così, in particolare, il doc. 26 del fascicolo istruttorio).

5.9.1. Per quanto poi riguarda la parallela vicenda di Todi, l'Autorità sostiene che, alla richiesta comunale del 10 marzo 2010, Italgas avrebbe utilmente risposto trasmettendo lo stato di consistenza al 31 dicembre 2009 e la relativa valutazione di parte solo il 5 agosto 2010.

Osserva allora la ricorrente che la circostanza è sicuramente esatta: ma, in assenza di diverse previsioni nella locale convenzione, se il Comune avesse inteso accelerare la procedura, avrebbe potuto inviare ad Italgas la propria valutazione di parte sulla base dello stato di consistenza al 31 dicembre 2008, già conosciuto, per poi aggiornarlo sulla base dello Stato di Consistenza al 31 dicembre 2009.

In conclusione, il presunto ritardo di Italgas non avrebbe avuto alcun effetto dilatorio sull'indizione della gara.

5.9.2. Per quanto riguarda i contributi, per i quali si contesta il mancato invio di quelli privati di allacciamento, Italgas sostiene che - contrariamente a quanto affermato dall'AGCM - la relativa trasmissione non era dovuta.

5.9.3. Invero, la convenzione di Todi disciplina separatamente il trattamento dei contributi percepiti su canalizzazioni e allacciamenti: e mentre è espressamente previsto che il valore dei contributi di canalizzazione sia scomputato dal valore d'indennizzo spettante al concessionario uscente (art. 6, lett. a), al contrario tale decurtazione non è disposta per i contributi di allacciamento (art. 6, lett. b): questi, essendo corrisposti dai privati "a fondo perduto", non debbano essere sottratti dal valore di stima finale.

6.1.1. Il secondo motivo di ricorso, poi, è compendiato nella violazione e falsa applicazione dell'articolo 102 del TFUE, e, ancora nell'eccesso di potere in tutte le forme sintomatiche ed in particolare per difetto di istruttoria, illogicità manifesta e difetto di motivazione

6.1.2. Osserva Italgas come, secondo l'Autorità, le informazioni trasmesse in ritardo e quelle non trasmesse da Italgas sarebbero state rilevanti sia per i concorrenti, nel definire le offerte, sia per il concedente, nel calcolo dell'indennizzo spettante al gestore uscente: per il regolamento gare, tali informazioni rientrano tra i dati che devono essere trasmessi al concedente e da questi messi a disposizione dei concorrenti.

6.1.3. La rilevanza che le sezioni delle schede tariffarie, inizialmente omesse, riveste per i concorrenti sarebbe stata confermata anche dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas – AEEG; al contrario, le informazioni che la ricorrente ha messo a disposizione dei comuni, (lo stato di consistenza, i dati ante e post gradualità e le sezioni delle schede tariffarie che contengono i dati fisici della rete), sarebbero insufficienti a garantire un idoneo livello informativo ai concorrenti in quanto, partendo da tali informazioni, i concorrenti avrebbero potuto ricostruire i dati necessari alla presentazione delle offerte (i.e. i dati di costo storico stratificato) solo in maniera approssimativa e con estrema difficoltà.

Sempre secondo l'A.E.E.G., in assenza d'informazioni relative alla consistenza del fondo ammortamento, delle poste rettificative, delle immobilizzazioni in corso e dei contributi percepiti per ciascuna località, non è possibile ricostruire il valore del costo storico [aggregato per tutti i cespiti e non stratificato in base agli anni di posa degli stessi] che sta alla base del CIN [capitale investito netto: investimenti netti di natura operativa, rappresentati dalla somma del capitale circolante netto e delle attività materiali ed immateriali] (dis) e del CIN (mis).

6.1.4. Insomma, seguita l'Autorità qui resistente, l'*incumbent* – cioè la stessa Italgas, quale impresa ex-monopolista in un mercato recentemente liberalizzato - godrebbe di un vantaggio oggettivo, disponendo di tutti i dati necessari per presentare un'offerta competitiva in gara, a fronte delle difficoltà che creerebbe ai concorrenti, e che, comunque questi dovrebbero sopportare.

A Todi, in particolare, Italgas non avrebbe comunicato le informazioni sui contributi privati di allacciamento, essenziali per una corretta determinazione dell'indennizzo al gestore uscente, e al fine di evitare che un costo non sostenuto da Italgas durante la sua gestione sia posto a carico del gestore subentrante, tenuto al rimborso dell'impianto di distribuzione, con ciò aumentando le barriere all'entrata per gli operatori interessati a partecipare alle gare, in concorrenza con l'*incumbent*.

6.2.1. La ricorrente oppone allora, anzitutto, che il regolamento gare non era applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame: né lo stesso avrebbe positivizzato regole preesistenti nel sistema, avendo invece introdotto un contesto normativo radicalmente diverso da quello che fa da sfondo alle vicende per cui è causa sicché Italgas non avrebbe tenuto una condotta illecita solo per non aver anticipato l'applicazione del regolamento gare.

6.2.2. Inoltre, i dati e le informazioni fornite da Italgas, quale gestore uscente, ai comuni di Roma e Todi sarebbero complessivamente sufficienti a consentire ai concorrenti di presentare offerte economicamente sostenibili, ai fini della partecipazione alla gara.

6.2.3. L'aspetto rilevante non risiederebbe, invero, nella possibilità, per i concorrenti, di avere elementi fondamentali per la fissazione della tariffa di riferimento quanto alla località in questione, ai fini della stima dei ricavi tariffari attesi.

I competitori, per presentare le proprie offerte, devono avere una stima del V.R.D. - vincolo sui ricavi di distribuzione, a copertura dei relativi costi del servizio: la relazione tecnico-costruttiva fornisce indicazioni sufficienti sullo stato di consistenza della rete distributiva e sui caratteri del mercato locale, al fine di determinare il costo di distribuzione.

6.2.4. Italgas è andata ben oltre lo standard predetto - indicato anche dalla giurisprudenza - in quanto essa, in qualità di gestore uscente, ha messo a disposizione dei concedenti a Roma e Todi il valore effettivo del VRD, e non solo la stima.

Ha fornito, inoltre, “un ampio set informativo che si compone di (i) Stato di Consistenza; (ii) planimetria delle reti; (iii) sezioni delle schede tariffarie sui dati fisici; e (iv) dati tariffari ante e post gradualità”: dati e informazioni complessivamente più che idonei a consentire ai concorrenti di presentare offerte economicamente sostenibili.

6.2.5. In particolare, l'inclusione delle schede tariffarie, tra i documenti che devono essere messi a disposizione di

tutti i concorrenti ex art. 9 del regolamento gare, sarebbe legata, intanto, al criterio per la determinazione del valore d'indennizzo nel futuro sistema a regime, basato sul costo storico degli impianti, mentre per le gare in questione il valore d'indennizzo è da calcolare sulla base del valore industriale.

6.2.6. Inoltre, la medesima inclusione si fonderebbe sulla previsione, tra i criteri di valutazione economica dell'offerta, del parametro costituito dall'entità dello sconto tariffario, rispetto alle tariffe previste dall'Autorità, entità espressa come percentuale del valore massimo dello sconto (art. 13, comma 1, lett. a), la quale comporta l'acquisizione di maggiori informazioni al fine della predisposizione dell'offerta: si tratterebbe, dunque, di un requisito necessario nel contesto giuridico creato dal regolamento gare, ma che non potrebbe essere esteso per analogia al contesto, diverso e precedente, in cui sono state bandite le gare di Roma e Todi.

6.2.7. Per quanto poi riguarda le informazioni contenute nelle sezioni delle schede tariffarie inizialmente non trasmesse dalla ricorrente ai comuni di Roma e di Todi, le stesse non sarebbero rilevanti, e ciò sarebbe dimostrato dal fatto che, su 12 gare cui Italgas ha partecipato da gestore uscente, solo in 4 casi è stata confermata, mentre le restanti 8 sono state vinte da altre imprese, e nulla dimostra che si sia trattato di offerte economicamente insostenibili.

6.2.8. Nessun indebito arricchimento deriverebbe poi ad Italgas dal mancato scorporo dal valore di indennizzo dei dati sui contributi privati di allacciamento trasmessi al Comune di Todi, trattandosi di un costo non sostenuto: la mancata trasmissione di tali dati da parte di Italgas deriva dall'attuazione del preciso dettato concessorio, per cui i contributi privati di allacciamento non vanno scomputati dal valore d'indennizzo, in conformità con il dettato normativo (15, comma 5, del D.Lgs. 164/2000, e art. 24 del R.D. 2578/1925).

6.3.1. Il terzo motivo di ricorso, oltre che sulla violazione dell'art. 102 T.F.U.E., è intitolato all'eccesso di potere sotto svariati profili, e si riferisce negandola, all'asserita rilevanza delle informazioni contenute nelle schede tariffarie per la determinazione dell'indennizzo al gestore uscente.

6.3.2. Il provvedimento impugnato afferma come le sezioni delle schede tariffarie non trasmesse ai Comuni di Roma e di Todi, pur non necessarie per determinare il valore di indennizzo, spettante al gestore uscente per le gare che scadono ope legis alla fine del periodo transitorio, assumono rilevanza perché l'ente possa verificare la non manifesta irragionevolezza del valore di rimborso eventualmente proposto dal gestore uscente: una differenza significativa tra valore industriale e costo storico rappresenterebbe "un campanello di allarme per l'ente locale nel valutare la non manifesta irragionevolezza del valore d'indennizzo proposto dal gestore uscente"

6.3.3. Tale assunto sarebbe tuttavia, secondo la ricorrente, illogico e palesemente contraddittorio: la stessa Autorità avrebbe riconosciuto, infatti, nel provvedimento, con riferimento alla gara di Roma, che le sezioni delle schede tariffarie inizialmente non trasmesse da Italgas non avrebbero potuto espletare la loro funzione comparativa, in quanto anche il confronto corretto tra le due stime del valore dell'impianto, e cioè il valore industriale e il costo storico non avrebbe portato, di fatto, il Comune di Roma a poter confrontare la stima industriale con un valore a costo storico inferiore".

6.3.4. A parte ciò, le argomentazioni dell'Autorità discenderebbero da un'errata ricostruzione della disciplina normativa e contrattuale in vigore che non prevede il ricorso alle schede tariffarie quale strumento di analisi della valutazione proposta dal gestore uscente.

Per le gare che scadono ope legis alla fine del periodo transitorio, come per Roma e Todi, il valore d'indennizzo va determinato sulla base del criterio del c.d. valore industriale, secondo quanto stabilito dall'art. 24 del r.d. 2578/1925, richiamato dall'art. 15, V comma del d. lgs. 164/2000 e dalle convenzioni di Roma e di Todi (rispettivamente l'art. 2 dell'allegato D della convenzione di Roma e art. 3 della convenzione di Todi).

6.3.5. In ogni caso, poi, le sezioni delle schede tariffarie non trasmesse da Italgas ai comuni di Roma e di Todi non

sarebbero servite a confrontare valore industriale e costo storico, trattandosi di due valori intrinsecamente diversi.

La stima industriale, si afferma in ricorso, prescinde dall'andamento storico, ed ha per scopo la determinazione del valore "oggettivo" degli impianti quale — tenuto conto della vetustà della rete — risulterebbe dalla realizzazione degli stessi, secondo le regole dell'arte e i prezzi applicabili nel momento in cui viene effettuata la valorizzazione; al contrario, il costo storico rivalutato valorizza gli impianti attualizzando i costi effettivamente sostenuti a suo tempo dal soggetto che ha realizzato la rete, e che, a loro volta, dipendono, in ogni singolo momento in cui è stato costruito l'impianto, sia dallo stato dell'arte del settore, sia dalle capacità tecniche e di approvvigionamento e dalle efficienze realizzative soggettive del concessionario, che dai prezzi di mercato di materiali e servizi.

6.3.6. Così, dato che il costo storico non è un'altra forma di valore industriale, o un diverso metodo per determinare il valore industriale, non costituisce parametro di raffronto con il valore industriale al fine di accertare la "correttezza" del valore ottenuto attraverso la stima del valore industriale, e di evidenziare eventuali anomalie nell'applicazione di tale metodo.

Insomma, la documentazione tariffaria riguarda il complesso di dati e notizie che ogni gestore deve rimettere all'A.E.E.G., affinché questa possa esercitare le sue competenze in materia, come la determinazione delle tariffe da praticare all'utenza, mentre gli enti locali concedenti non hanno alcuna ingerenza in questa materia, sicché gli stessi non hanno titolo né interesse a conoscere i dati che il gestore fornisce all'Autorità (contra C.d.S., V, 27 maggio 2011, n. 3190)

6.3.7. È poi la stessa Autorità resistente a riconoscere che per la rete di Roma le schede tariffarie non potevano servire per confrontare valore industriale e costo storico, ma tale valenza comparativa permaneva per la gara di Todi, ma così non sarebbe, per i motivi esposti; e, in ogni caso, l'A.G.C.M. non ha tenuto conto, ai fini della determinazione della sanzione, dell'irrelevanza delle informazioni contenute nelle schede tariffarie per la gara di Roma.

6.3.8. Ancora, il Provvedimento sottolinea come Italgas fosse consapevole della rilevanza strategica delle sezioni non trasmesse delle schede tariffarie e ciò "risulterebbe da un documento acquisito presso la società - il Doc. 51 del fascicolo istruttorio": si tratta, peraltro, del testo dell'intervento ad un convegno, nel quale vengono esaminate una pluralità di problematiche ricorrenti nelle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, tra cui anche la rilevanza delle schede, contestando però comportamenti del tutto diversi da quelli tenuti da Italgas come gestore uscente.

6.4.1. Il quanto motivo di ricorso, a sua volta, è nuovamente rubricato nella violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE, e nell'eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche.

6.4.2. Secondo l'Autorità, Italgas avrebbe deliberatamente rallentato la trasmissione, ovvero senz'altro trattenuto, informazioni da tempo nella sua disponibilità.

6.4.3. Quanto alla procedura relativa a Roma, da un documento acquisito emergerebbe che la maggior parte delle informazioni "era nella disponibilità di Italgas già prima del 7 giugno ed altra al 31 luglio o al più al 15 settembre 2010 ad eccezione di alcune informazioni residuali": in realtà, replica Italgas, dopo la stesura di quel documento, redatto subito dopo la richiesta del Comune di Roma del 4 maggio 2010, lo stesso Comune ne richiese di ulteriori.

6.4.4. Per quanto riguarda i contributi, sempre con riferimento alla gara di Roma, i relativi dati sono stati trasmessi il 25 ottobre 2010 dopo aver conciliato le diverse fonti nelle quali i contributi erano registrati.

Quanto poi a Todi, i dati sui contributi privati di allacciamento non sono stati trasmessi al concedente in quanto, come rappresentato, essi non dovevano essere scomputati dal valore dell'indennizzo spettante al gestore uscente e non erano — proprio per questo - disponibili.

6.5.1. Italgas, con la sua condotta, secondo l'Autorità, avrebbe ritardato l'indizione delle gare: per Roma, la gara risulta indetta solo il 26 settembre 2011, sebbene il Comune avesse manifestato l'intenzione di pubblicare il bando entro la fine del 2010; quanto invece a Todi, la gara sarebbe stata indetta il 25 febbraio 2011 a fronte dell'intenzione manifestata dal comune di indire la gara entro il primo semestre del 2010.

Intanto, si sarebbe determinato un contesto di incertezza normativa, dovuta al blocco delle gare comunali disposto dal decreto ambiti e dal D. Lgs n. 93/11 (sopra § 4.4.4.: così Italgas avrebbe prorogato nel tempo la propria posizione di monopolista, ritardando la contendibilità del servizio sul mercato

6.5.2. Secondo la ricorrente, viceversa, il ritardo nell'indizione delle gare non sarebbe affatto imputabile al comportamento di Italgas.

Anzitutto, l'art. 14, VII comma, del d. lgs. 164/00 dispone che gli enti locali "avviano la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento": sicché il legislatore avrebbe valutato "che a regime una procedura media richiede un lasso di tempo pari quanto meno ad un anno".

Ora, il Comune di Roma deliberò per il 31 dicembre 2009 la cessazione del rapporto concessorio, ma inviò a Italgas una richiesta d'informazioni solo il 4 maggio 2010, in evidente ritardo, se voleva indire la gara entro la fine del 2010, considerata l'estensione e la complessità della rete di Roma, che richiedeva adempimenti assai laboriosi.

6.5.3. Ancora, ricorda la ricorrente "il procedimento che porta all'indizione della gara" presuppone la determinazione del valore d'indennizzo, che deve essere messo a gara, e questo richiede l'approvazione dello stato di consistenza, perché è sulla base di questo "che può essere determinata la valorizzazione a stima industriale degli impianti che, a sua volta, è la base sulla quale si raggiunge l'accordo sul valore di indennizzo".

6.5.4. Orbene, quanto al Comune di Roma, Italgas gli aveva trasmesso, sin dal 25 giugno 2010, lo stato di consistenza al 31 dicembre 2009: ma il Comune convocò il comitato paritetico al quale spettava approvare lo stato di consistenza solo nel luglio del 2011.

Per quanto riguarda poi il susseguente aggiornamento dello stato di consistenza, Italgas inviò la propria valutazione di parte già il 25 ottobre 2010, mentre il concedente la trasmise soltanto in data 23 marzo 2011.

6.5.5. D'altronde, da quando, nel giugno del 2011, il comitato paritetico fu convocato, fino alla definizione di un valore condiviso d'indennizzo, trascorsero meno di due mesi e la mancanza di alcune sezioni delle schede tariffarie, all'epoca non fornite da Italgas, non ebbe alcun peso, poiché il valore di indennizzo doveva essere determinato sulla base delle convenzioni in essere e secondo il criterio del valore industriale.

6.6.1. Anche per la gara di Todi, Italgas non avrebbe tenuto una condotta dilatoria, rispetto al termine inizialmente prefissato dal Comune per indire la gara.

La prima iniziale comunicazione fu trasmessa alla ricorrente il 6 novembre 2009; nel febbraio 2010 si stabilì di voler bandire la gara entro il primo semestre del 2010, ma la decisione pervenne ad Italgas solo il successivo 10 marzo "contestualmente alla prima richiesta di informazioni articolata in modo più dettagliato e meno generico rispetto a quella del 6 novembre 2009".

Poi, alla comunicazione di Italgas del 16 aprile 2010, con la quale venivano inviate al Comune le informazioni richieste, questo ha risposto solo il 12 luglio 2010, confermando così di ritenere irrealistica la prospettata indizione della gara nel primo semestre.

7.1. Il seguente motivo è rubricato nella violazione dell'art. 3 Cost., nella violazione del principio di ragionevolezza e nell'eccesso di potere per sviamento.

7.2. La violazione dell'art. 102 del TFUE deriverebbe qui sulla mancata produzione di documentazione che sarebbe stata necessaria per il corretto svolgimento della procedura di gara.

7.3. Ora, la normativa in vigore non prevedeva la trasmissione di tali dati, e questi, di regola, non sono stati ritenuti

in passato rilevanti: da ciò seguirebbe “un’evidente disparità di trattamento nei confronti di tutti gli altri operatori uscenti, nonché nei confronti della stessa Italgas nei casi in cui la stessa si è trovata nella posizione di concorrente, aspirante gestore entrante”.

8.1.1. Il settimo motivo, poi, è compendiato nella violazione e falsa applicazione dell'art. 15, comma 1 e 31 della legge 287/90 e dell'art. 14 della legge n. 689/1981 - violazione dei principi di proporzionalità e congruità della sanzione - eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche, ed in particolare illogicità e contraddittorietà manifesta, difetto di motivazione, manifesta irragionevolezza e ingiustizia.

8.1.2. Secondo l’Autorità resistente, la condotta di Italgas sarebbe stata idonea a restringere la concorrenza alterando le dinamiche competitive e pregiudicando la possibilità dei concorrenti di competere efficacemente, e la violazione sarebbe particolarmente grave perché riguarderebbe la più importante gara in Italia e sarebbe stato connotato da un profilo di consapevolezza, accertato, come già accennato, da uno dei documenti acquisiti in sede ispettiva.

8.1.3. Ancora, quanto alla durata dell’infrazione, essa avrebbe avuto inizio decorso il termine di 90 giorni dalla richiesta di informazioni formulata dagli enti locali, e cioè dal 4 agosto 2010 per il Comune di Roma e dal 10 giugno 2010 per il Comune di Todi; per il primo sarebbe cessato il 21 ottobre 2011, con la disponibilità alla trasmissione delle schede tariffarie; per Todi non sarebbe mai cessato.

8.1.4. Su tale fondamento è stata applicata ad Italgas una sanzione di € 4.671.447, pari al 2,5% del valore delle vendite a cui si riferisce l’infrazione, e allo 0,4% del fatturato complessivo realizzato.

8.2.1. Ora, secondo la ricorrente, per le ragioni sin qui esposte, anzitutto la condotta di Italgas non avrebbe prodotto nessun effetto sulle dinamiche competitive dei mercati rilevanti: le informazioni messe a disposizione dei Comuni di Roma e di Todi consentivano ai concorrenti di predisporre adeguatamente l’offerta di gara, presentando offerte economicamente sostenibili.

8.2.2. In ogni caso, la gara di Todi è stata sospesa il 1 aprile 2011 per effetto del meccanismo di blocco delle gare, introdotto dal già citato art. 3, comma 3, del decreto ambiti.

Quanto a Roma, dopo la pubblicazione del bando il 26 settembre 2011, il Comune lo ha integrato con deliberazione di giunta (9 novembre 2011 n. 366), prorogando l’iniziale termine di presentazione delle offerte al 23 marzo 2012, ed in quel momento, Italgas aveva già rappresentato la piena ed incondizionata disponibilità a trasmettere la versione integrale delle schede tariffarie: sebbene l’art. 3, III comma, del Decreto Ambiti e dell’art. 24, comma 4, del D. Lgs. 93/11 avessero prescritto il blocco totale delle gare.

8.3.1. La condotta non presenza, comunque, profili di gravità.

A parte che nessun concreto pregiudizio si sarebbe verificato, l’eventuale dilazione nell’indizione delle gare non è attribuibile al comportamento della ricorrente.

8.3.2. Questa, d’altronde, avrebbe operato in un contesto regolamentare e normativo tale da creare incertezza in merito all’illegalità della condotta, e ciò ne attenuerebbe la gravità, sì da permettere di applicare una sanzione inferiore a quella irrogata nel provvedimento se non addirittura una sanzione simbolica.

8.3.3. In sintesi, quindi, la sanzione comminata sarebbe sproporzionata sia oggettivamente, essendo stata la natura della condotta erroneamente considerata alla stregua di una violazione grave, sia soggettivamente, alla luce del legittimo affidamento indotto dallo stato di incertezza giuridica.

8.3.4. Per quanto riguarda infine la durata dell’infrazione, gli ipotetici effetti anticompetitivi, si sarebbero esauriti il 1° aprile 2011 con l’entrata in vigore del Decreto Ambiti che, come più volte ricordato, ha disposto il blocco delle gare su base comunale

Ancora, quanto alla gara di Roma, nessun effetto del presunto abuso si sarebbe potuto protrarre dopo il 29 luglio

2011, quanto le parti hanno raggiunto un accordo circa il valore dell'indennizzo; per Todi, la durata dell'infrazione non può estendersi oltre il periodo intercorrente tra lo scadere dei 90 giorni dalla prima richiesta, vale a dire il 10 giugno 2010, e il 1° aprile 2011 (quindi 10 mesi).

9.1. Orbene, la lunga esposizione dei fatti e delle censure proposte, mette in evidenza un'evidente singolarità della fattispecie di cui il provvedimento si occupa, in quanto sono state in esso esaminate e decise congiuntamente, fino ad irrogare un'unica indistinta sanzione (quasi si trattasse d'un concorso materiale d'illeciti) due vicende distinte, sebbene accomunate dal fatto che, in entrambi i casi, alla fine del 2009, i Comuni avevano deciso di avviare gli adempimenti necessari per indire la procedura di gara, per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, e Italgas era il precedente concessionario, obbligato a mettere a disposizione dei due Enti gli elementi per determinare da un canto l'indennizzo che gli era dovuto e, dall'altro, i contenuti del bando della successiva gara.

9.2. In ambedue le fattispecie, ancora, si sostiene che Italgas avrebbe abusato della propria posizione di incumbent, da un canto per ritardare i termini per l'effettiva indizione della gara e, dall'altro, per limitare le informazioni sugli impianti, sul loro costo e sulla potenziale redditività del servizio, così da distogliere i possibili concorrenti nella successiva gara per l'assegnazione del servizio, oltre a garantirsi rispetto a quelli una posizione di vantaggio: e, tutto questo, Italgas lo avrebbe realizzato negando o ritardando la consegna di documenti tecnici che contenevano tali informazioni.

9.3.1. Peraltro è ovvio che, se questi tratti salienti sono comuni, il comportamento concretamente tenuto, sia da Italgas sia dall'Ente concedente, in ciascuna delle due vicende, non è sovrapponibile.

Si pongono tuttavia alcune problematiche comuni, dipendenti, anzitutto, dalla sostanziale carenza di una disciplina generale che, all'epoca dei fatti, stabilisse univocamente quali documenti il concessionario uscente dovesse consegnare all'Ente ed in quali termini: tanto da doversi chiedere se in specie l'Autorità abbia più svolto una funzione di regolamentazione, che di garanzia e tutela.

9.3.2. In mancanza di ciò, evidentemente, il margine d'incertezza per affermare l'esistenza di un abuso è assai cospicuo, e, per conseguenza, gli stessi presupposti, oggettivi e soggettivi per irrogare una sanzione divengono opinabili.

9.3.3. Una siffatta incertezza non può evidentemente essere superata – come invece l'Autorità sembra ritenere nelle sue difese – riferendosi allo stralcio dello schema di regolamento sui criteri di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, trasmesso all'Autorità stessa nel mese di ottobre 2010 dal Ministero dello sviluppo economico, e che, tra l'altro, contiene – sempre secondo la difesa dell'Autorità - il “set informativo minimo che il gestore uscente dovrebbe fornire all'Ente locale e alla tempistica entro la quale è ragionevole che dette informazioni debbano essere trasmesse”.

9.3.4. Ora, anzitutto si tratta di un atto interno (che Italgas lo conoscesse, ammesso ciò conti qualcosa, è una mera ipotesi), all'epoca ancora suscettibile di modifiche, e che, del resto, sarebbe stato approvato con decreto ministeriale un anno dopo, e pubblicato nel suo testo definitivo soltanto nel gennaio 2012; ancora, riguarda la disciplina a regime, e non la fase transitoria, e ciò riduce ulteriormente la sua rilevanza nella presente vertenza.

9.4.1. Così, in assenza di una fonte normativa, e poiché tanto Italgas quanto l'Autorità hanno giustificato le loro opposte conclusioni con argomenti tecnici di rispetto, la disputa su quali informazioni – e dunque su quali documenti che le contenevano - fossero all'epoca necessarie per il riscatto e la nuova gara, e siano state invece omesse o almeno ritardate, potrebbe forse trovare soluzione tecnica in giudizio avvalendosi di consulenti versati in discipline economiche aziendali.

9.4.2. Tuttavia, pare al Collegio che un altro sia l'approccio più appropriato: ovvero che il concessionario – nel caso, Italgas - proprio per gli obblighi connessi alla sua posizione dominante, sia comunque tenuto a consegnare (in

disparte le eventuali spese che ciò comporti) la pertinente documentazione richiestagli dall'Amministrazione concedente, salvo che elementi evidenti non ne dimostrino l'estraneità al servizio prestato, ovvero vi siano espressi divieti alla divulgazione, stabiliti da norme pattizie o dell'ordinamento generale, o, ancora, il concessionario possa essere lesa dalla loro pubblicazione in assenza di un percepibile interesse all'acquisizione.

9.4.3. In altri termini, non poteva essere l'*incumbent*, in questa fase transitoria, in mancanza di una disciplina compiuta, a stabilire unilateralmente ciò che sarebbe servito o meno all'Amministrazione per predisporre un utile bando di gara, o per determinare l'indennizzo dovuto: salvo che, ad analoghe conclusioni non si potesse giungere senza particolari competenze tecniche.

9.4.4. Ora, dagli atti di causa risulta che Italgas non ha mai consegnato almeno una parte dei documenti richiesti dal Comune di Todi.

Si tratta, peraltro, di una parte limitata della documentazione, e riferita ad una gara che, comunque, è stata sospesa per effetto del citato decreto ambiti: dunque, un'infrazione evidentemente insufficiente da sola a giustificare la cospicua sanzione irrogata.

10.1. Il principale *thema decidendum* diventa così quello del ritardo nella consegna della documentazione: anzitutto per quanto riguarda la procedura più complessa, relativa cioè al Comune di Roma.

10.2. Ora – e ciò vale anche per Todi – questo Collegio ritiene che il termine di novanta giorni, stabilito in termini generali da norme sopravvenute, non possa trovare applicazione nella fattispecie: il ritardo è invece da valutare in concreto, in rapporto cioè al termine che ragionevolmente poteva richiedersi per formare e consegnare la documentazione stessa, anche secondo valutazioni di prudente apprezzamento, tenendo conto di ogni elemento di giudizio.

10.3. Invero, il Comune di Roma presentò una richiesta dettagliata il 4 maggio 2010, cui seguirono, come si è visto, alcuni tavoli tecnici: e poiché non risulta che, nel corso degli stessi, si siano verificate particolari difficoltà, è da ritenere che le produzioni successive siano tardive, almeno a partire dalla richiesta comunale del 23 settembre 2010, la quale conferma come l'Ente avesse ritenuto insufficienti gli elementi fino a quel momento consegnati.

10.4. Per quanto invece concerne il termine finale, questo si può fissare non nel momento in cui, il 9 dicembre 2011, Italgas consegnò al Comune di Roma le schede tariffarie richieste, ma alla data del 4 agosto 2011, quando la giunta comunale di Roma stabilì, con la deliberazione n. 286, e senza alcuna riserva, di bandire la nuova gara, confermando implicitamente, in tal modo, di disporre ormai di tutti gli elementi documentali necessari.

10.5. In complesso, dunque, può riconoscersi un ritardo di circa dieci mesi rispetto al momento in cui Italgas avrebbe potuto consegnare al Comune di Roma la documentazione richiesta, anziché di quattordici, come ritenuto dall'Autorità.

Non sono stati, infatti, adeguatamente dimostrati effettivi ostacoli che possano aver impedito di predisporre nei tempi indicati la documentazione poi depositata: esistono invece elementi, cui si è accennato nella precedente esposizione, i quali fanno al contrario supporre che, almeno in parte, quella fosse già in precedenza disponibile.

11.1. Per quanto riguarda invece il Comune di Todi, il ritardo – ma in realtà l'omissione – parte dal 5 agosto 2010 quando, sulla base di una richiesta del 10 marzo precedente, Italgas fece pervenire all'Ente un'ampia documentazione (dunque in un intervallo congruo), ma solo in parte corrispondente a quella richiesta, giacché non anzi di trasmettere i contributi privati di allacciamento, le schede tariffarie e la planimetria della rete.

11.2. Il seguente 25 febbraio 2011, peraltro, il Comune di Todi approvò il bando relativo alla procedura ristretta di gara, anche in assenza di tali documenti, che pure continuava a ritenere necessari alla definizione del valore d'indennizzo al gestore uscente: sicché, in questo caso, non si può affermare che l'indizione della procedura comprovi l'adeguatezza della documentazione acquisita, giacché, comunque, la procedura, pur avviata, non

avrebbe potuto essere completata.

11.3. Peraltro, a partire dal 1 aprile la procedura si è interrotta per effetto del decreto ambiti: così è egualmente cessata, ad avviso del Collegio, la condotta ostativa da parte della ricorrente, essendone venuto meno l'oggetto e lo scopo, e non può più farsi riferimento a una posizione dominante di natura escludente.

Così, anche se, in adempimento di un impegno assunto con l'Autorità, Italgas ha in seguito inviato al Comune, nell'ottobre 2011, le schede tariffarie per gli anni 2009 e 2010 (i contributi privati di allacciamento non sono stati invece mai forniti), pure è da ritenere che il periodo in cui la condotta illecita si è svolta riguardi l'intervallo tra agosto 2010 e marzo 2011 (sette mesi), e non tra il giugno 2010 e il dicembre 2011 (diciotto mesi).

12.1. Il ricorso è dunque parzialmente fondato, nel senso che i periodi in cui la condotta abusiva si è manifestata sono inferiori rispetto a quelli determinati dall'Autorità, e ciò senza dubbio comporta (in materia il giudice amministrativo ha giurisdizione estesa al merito, ex art. 134, I comma, lett. c) una riduzione della sanzione, che va definita in ragione di un terzo.

12.2. Non si può poi negare (la questione è stata ampiamente trattata nel precedente § 9) che l'intera vicenda si sia svolta in un contesto normativo per più aspetti incerto, sì da rendere difficile fissare un confine netto tra la volontà della concessionaria – pure nell'insieme accertata - di rallentare il processo e di limitare il compendio informativo dei futuri concorrenti ed il convincimento di agire legittimamente a tutela di proprie posizioni, pienamente compatibili con la legislazione vigente, e, comunque con la prassi comune.

12.3. Infine, se Italgas ha prolungato il servizio di qualche tempo, non è dimostrato che questo abbia cospicuamente pregiudicato i Comuni e gli utenti; né risulta che abbia tratto un indebito vantaggio nella susseguente gara di Roma, svoltasi, del resto, per volontà dell'Amministrazione durante il 2012, con un set informativo realmente completo.

12.4. Ciò giustifica la riduzione della sanzione di un ulteriore terzo: questa va dunque conclusivamente rideterminata in € 1.557.149,00.

Le spese di lite, in ragione della parziale reciproca soccombenza possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie parzialmente e, per l'effetto, riduce a € 1.557.149,00 (unmilione cinquecentocinquantesette milacentocinquantaquattro/00) la sanzione irrogata.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio dei giorni 20 febbraio, 10 aprile e 3 luglio 2013 con l'intervento dei signori magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente, Estensore

Alessandro Tomassetti, Consigliere

Rosa Perma, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)