



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DEL LAZIO
Sezione I

N. Reg. Sent.

Anno 2008

N. 1071 – 1139 Reg. Ric.

Anno 2008

ha pronunciato la seguente

Sentenza

sui seguenti ricorsi

- I) n. 1071 del 2008, proposto da ACEA S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele Roma, Fabio Lepri, Giuseppe Toscano e Filippo Satta, per il presente giudizio selettivamente domiciliata in Roma, Foro Traiano 1/A, presso lo studio Satta & Associati
- II) n. 1139 del 2008, proposto da SUEZ ENVIRONNEMENT S.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alberto Sciumè, Massimo Zaccheo e Angelo Clarizia e dagli Avv.ti Danilo Tassan Mazzocco e Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Confalonieri n. 5;

contro

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è elettivamente domiciliata, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12

per l'annullamento

- del provvedimento n. 17623 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, adottato nell'adunanza del 22 novembre 2007, pubblicato sul Bollettino dell'Autorità n. 44/2007, con il quale è stato deliberato «a) che le società ACEA S.p.A. e Suez Environnement S.A. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE, che ha avuto per oggetto e per effetto un coordinamento delle rispettive strategie commerciali nell'ambito del mercato nazionale della gestione dei servizi idrici; b) che ACEA S.p.A. e Suez Environnement S.A. si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata, dando comunicazione all'Autorità delle misure a tal fine adottate entro novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento; c) che ACEA S.p.A. e Suez Environnement S.A., con specifico riferimento a quanto

- stabilito dall'art. 13 del patto parasociale intercorrente tra i soci di Publiacqua S.p.A., procedano ad adottare misure idonee al fine della sua eliminazione e in ogni caso si astengano dal darvi attuazione, dando comunicazione all'Autorità delle misure a tal fine adottate entro il termine di cui al punto precedente; d) che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al punto a), alle società ACEA S.p.A. e Suez Environnement S.A. vengano applicate sanzioni amministrative pecuniarie pari rispettivamente a 8.300.000 euro e a 3.000.000 euro»;
- di ogni altro atto presupposto, prodromico, preordinato, consequenziale e comunque connesso, e in particolare:
 - del provvedimento n. 15541 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, adottato in data 31 maggio 2006, di avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti delle società ACEA S.p.A., Suez Environnement S.A. e Publiacqua S.p.A. e di fissazione al 30 settembre 2007 del termine di chiusura del procedimento, in quanto atto presupposto;
 - del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di comunicazione delle risultanze istruttorie, ai

sensi dell'art. 14, c. 2 del d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, in quanto atto presupposto;

- del provvedimento n. 17170 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, adottato in data 3 agosto 2007, di proroga al 22 novembre 2007 del termine di chiusura del procedimento, in quanto atto presupposto.

Visti i ricorsi con la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Visto l'atto di costituzione in giudizio in qualità di intervenitore ad adiuvandum, dispiegato, relativamente al ricorso n. 1071 del 2008, da FEDERUTILITY – Federazione delle Imprese Energetiche e Idriche, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Lambo, Fabrizio Pietrosanti e Tommaso Paparo, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, alla via di Santa Teresa n. 23;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti delle cause;

Relatore alla pubblica udienza del 7 maggio 2008 il dr. Roberto POLITI; uditi altresì i procuratori delle parti come da verbale d'udienza.

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

Fatto

In data 31 maggio 2006 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha deliberato l'avvio di un'istruttoria ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE, al fine di verificare l'eventuale illiceità delle condotte tenute da SUEZ ENVIRONNEMENT ed ACEA nell'ambito della partecipazione ad una gara indetta dal Comune di Firenze al fine di individuare un socio privato che rilevasse il 40% di Publiacqua S.p.A., società di gestione dei servizi idrici all'interno dell'Ambito Territoriale Ottimale (ATO) n. 3 – Medio Valdarno della Regione Toscana.

Siffatta indagine era preordinata ad accertare la possibile esistenza di un più ampio coordinamento tra SUEZ e ACEA nella gestione in Italia dei servizi idrici, la legittimità dei rapporti intercorrenti tra SUEZ, ACEA e PUBLIACQUA ai sensi di una clausola (l'art. 13) del patto parasociale disciplinante i rapporti tra quest'ultima società e i suoi soci, suscettibile di determinare una rilevante «trasparenza informativa» tra le società SUEZ e

ACEA, in qualità di partner gestori di Acque Blu Fiorentine S.p.A. (ABF).

L'esito dell'indagine effettuata è stato trasfuso nell'atto di Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, in base alle quali si è ravvisata la sussistenza di una condotta distorsiva posta in essere dalle società indagate, così come ipotizzato nell'atto di avvio del procedimento.

A chiusura dell'istruttoria l'Autorità, con il provvedimento n. 17623 del 22 novembre 2007, oggetto dei ricorsi in epigrafe indicati, ha deliberato:

- o che le società ACEA S.p.A. e SUEZ ENVIRONNEMENT S.A. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE, che ha avuto per oggetto e per effetto un coordinamento delle rispettive strategie commerciali nell'ambito del mercato nazionale della gestione dei servizi idrici,
- o che ACEA S.p.A. e SUEZ ENVIRONNEMENT S.A. si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata, dando comunicazione all'Autorità delle misure a tal fine adottate entro novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento;

- o che ACEA S.p.A. e SUEZ ENVIRONNEMENT S.A., con specifico riferimento a quanto stabilito dall'art. 13 del patto parasociale intercorrente tra i soci di Publiacqua S.p.A., procedano ad adottare misure idonee al fine della sua eliminazione e in ogni caso si astengano dal darvi attuazione, dando comunicazione all'Autorità delle misure a tal fine adottate entro il termine di cui al punto precedente;
- o che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al punto a), alle società ACEA S.p.A. e SUEZ ENVIRONNEMENT S.A. vengano applicate sanzioni amministrative pecuniarie pari rispettivamente a 8.300.000 euro e a 3.000.000 euro.

Avverso tale determinazione sono rivolti i mezzi di tutela proposti dalle Società come sopra sanzionate; nell'ambito dei quali i dedotti argomenti di doglianza possono così riassumersi:

I) RICORSO N. 1071/2008 (ACEA/AGCM)

- I.1) Violazione dell'art. 2 della legge 247/1990 in relazione ai principi dell'evidenza pubblica per l'affidamento delle gestioni idriche integrate;
- I.2) Violazione dei principi generali in tema di individuazione del mercato rilevante. Eccesso di potere per contraddittorietà, travisamento dei fatti, sviamento di potere;

- I.3) Violazione dei principi generali in materia di giusto procedimento. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 12 e seguenti della legge 10 ottobre 1990 n. 287, nonché degli artt. 6 e 14 del D.P.R. 30 aprile 1998 n. 217, anche in relazione agli artt. 3 e 10 della legge 7 agosto 1990 n. 241. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria. Errore sui presupposti. Apoditticità della motivazione. Illogicità ed ingiustizia manifeste;
- I.4) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 81 del Trattato CE e dell'art. 2 della legge 287/1990. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria. Erroneità dei presupposti. Apoditticità della motivazione. Illegittimità manifesta;
- I.5) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 15 e seguenti della legge 287/1990 anche in relazione alla Comunicazione della Commissione 2006/c210/02 "orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lettera a), del Regolamento CE n. 1/2003". Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria ed erroneità dei presupposti.

II) RICORSO N. 1139/2008 (SUEZ/AGCM)

- II.1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 81 del Trattato CE e dell'art. 2 del Regolamento CE n. 1/2003, per difetto assoluto di prova dell'intesa anticoncorrenziale. Violazione e falsa applicazione dell'art. 14 della legge 287/1990, dell'art. 14 del D.P.R. 217/1998 e degli artt. 3 e 10 della legge 241/1990 nonché dei principi generali del giusto procedimento e di effettività del contraddittorio. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erroneità e difetto dei presupposti, per illogicità manifesta e contraddittorietà intrinseca, per difetto di istruttoria e di motivazione;
- II.2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 81 del Trattato CE. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, in particolare per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste, difetto dei presupposti, travisamento e omessa valutazione dei fatti quanto all'identificazione del mercato rilevante e alla rappresentazione dei parametri economici caratterizzanti il settore di riferimento, e in particolare nella ricostruzione del profilo della società ricorrente;
- II.3) Violazione dell'art. 15 della legge 287/1990, in relazione agli artt. 2 e 23 del Regolamento n. 1/2003 e agli orientamenti della Commissione per il calcolo delle

ammende, in ordine alla qualificazione dell'intesa come "molto grave", e quindi alla determinazione dell'ammenda comminata. Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità e sviamento e per disparità di trattamento. difetto di istruttoria e di motivazione;

- II.4) Erronea quantificazione della sanzione. Eccesso di potere per disparità di trattamento, per violazione principi di non discriminazione e di proporzionalità. violazione dell'art. 11 della legge 689/1981. Eccesso di potere sotto molteplici profili; sviamento, difetto di motivazione con riferimento alla quantificazione della sanzione irrogata, incongruità, disparità di trattamento.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, all'esito di un complesso procedimento istruttorio, ha ritenuto ricorresse un'ipotesi di violazione dell'art. 81 (ex art. 85) del Trattato che istituisce la Comunità Europea, ai sensi del quale sono incompatibili con il mercato comune e pertanto vietati gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

Se è vero che l'ordinamento comunitario inibisce ogni tipo di iniziativa consistente nel "concordamento" delle linee di azione delle singole imprese, anche in funzione dell'eliminazione di incertezze in ordine al reciproco comportamento, contestano tuttavia le ricorrenti che nel caso di specie sussistessero i necessari presupposti per dare siffatta qualificazione alla condotta osservata da ACEA e SUEZ ENVIRONNEMENT.

In base a quanto esposto da AGCM nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (CRI), l'addebito mosso alle parti indagate si è sostanziato nell'aver posto in essere «un'intesa unica e complessa contraria all'art. 81 del Trattato CE»: la quale avrebbe avuto per oggetto e per effetto «un coordinamento delle strategie commerciali di due imprese tra loro concorrenti, al fine del reciproco rafforzamento e della ripartizione di ampie parti del mercato italiano nella gestione dei servizi idrici» (§ 141).

Nell'osservare come il provvedimento impugnato sembri recare una sottintesa qualificazione della condotta posta in essere dalle parti indagate in termini di "pratica concordata" (corrispondente ad una forma di coordinamento fra concorrenti che sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra gli stessi ai rischi derivanti dal libero dispiegarsi del meccanismo

concorrenziale), osservano le ricorrenti come l'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richieda comportamenti di più imprese, ripetuti e non episodici, uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali.

Trattasi di elementi indiziari che, quantunque singolarmente considerati siano suscettibili di ingenerare perplessità in ordine alla loro significatività, vanno tuttavia inquadrati nel contesto complessivo del sistema per apprezzarne l'eventuale rilevanza.

Nella fattispecie sottoposta ad esame da AGCM mancherebbero univoci indici probatori univoci in ordine alla connotazione collusiva della cooperazione intercorsa tra le parti.

Viene, innanzi tutto, contestato che il raggruppamento temporaneo di imprese costituito da SUEZ e ACEA in vista della partecipazione alla gara fiorentina, costituisse un'intesa restrittiva della concorrenza, alla luce del fatto che il richiamato raggruppamento sarebbe stato posto in essere tra soggetti che AGCM riteneva in grado di concorrere uti singuli.

Si assume, al riguardo, che il possesso dei requisiti formali per svolgere una certa attività economica non necessariamente venga a coincidere con valutazioni in termini di convenienza dell'attività stessa; ulteriormente osservandosi come l'Autorità

abbia omesso di considerare la complessità del mercato dei servizi idrici presenta sotto il profilo organizzativo-regolatorio e l'elevato livello di rischio finanziario inerenti al mercato della distribuzione delle acque (peraltro fortemente orientato verso una gestione pubblicistica).

Inoltre, nelle gare per l'affidamento del servizio idrico bandite ed espletate in Italia, sovente la partecipazione di concorrenti è avvenuta in forma di Raggruppamento Temporaneo di Imprese, in luogo di quella "a titolo individuale", pur possibile per soggetti autonomamente in possesso dei requisiti di qualificazione.

La stessa Corte di Giustizia, inoltre, avrebbe affermato che difficoltà commerciali, ovvero l'elevato rischio di ordine finanziario di una determinata iniziativa, rappresentano elementi idonei a consentire la costituzione di raggruppamenti, consorzi e diverse altre forme di cooperazione tra imprese che, in astratto ovvero in altre circostanze, sarebbero in grado di concorrere e di operare da sole: sul punto concludendosi che la partecipazione in forma raggruppata ad una gara dall'elevata criticità di carattere impostativo e finanziario ha costituito una necessità strutturale imposta in via generale dal mercato di riferimento.

Nel rilevare come, a giudizio dell'AGCM, sarebbero emersi, a carico delle parti indagate, una serie di indizi complessivamente gravi, precisi e concordanti "nella dimostrazione di un'intesa orizzontale che ha avuto per oggetto e per effetto un coordinamento delle strategie commerciali di due imprese tra loro concorrenti nel mercato italiano della gestione dei servizi idrici", assumono le ricorrenti che l'Autorità abbia considerato quali indizi gravi, precisi e concordanti della sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza elementi che, pur attinenti al settore di attività industriale interessato, non si proiettano nell'ambito della strategia imprenditoriale, attestandosi al livello di mera rappresentazione di dati informativi, ai fini di un futuro accordo da perfezionare.

Con riferimento alla partecipazione congiunta alle gare quale concreta attuazione del rapporto di cooperazione, le reciproche rilevazioni programmatiche di ACEA e SUEZ circa l'eventualità di partecipare soltanto ad alcune gare, quest'ultima avrebbe fornito piena giustificazione economica ad una partecipazione congiunta con sì da escludere alcun fondamento all'imputazione di collusione «non altrimenti spiegabile», posta dall'Autorità alla base del provvedimento impugnato.

SUEZ avrebbe, infatti, da sempre perseguito l'obiettivo di entrare nel mercato italiano attraverso un'alleanza strategica con imprese locali, anche mediante la costituzione di entità imprenditoriali autonome e full function, alcune delle quali tuttora esistenti, come emergente dalla documentazione citata nel provvedimento impugnato.

Nell'osservare come gli elementi documentali aventi rilevanza probatoria rinvenuti dall'Autorità si sostanzino in un carteggio preliminare finalizzato alla creazione di una cooperazione strategica imposta dal mercato (che sarebbe dovuta, peraltro, sfociare nella creazione di una *joint-venture* di pieno esercizio: c.d. *full function*), si afferma che siffatta forma di cooperazione sia del tutto legittima.

Quanto alla presenza – sostenuta da AGCM – di un «nesso tra la crescita della partecipazione azionaria detenuta dal gruppo SUEZ in ACEA ... e l'intesa stabilita tra le parti nel mercato italiano dei servizi idrici» (avente asserita «funzione stabilizzatrice e protettiva» della seconda), viene confutata la presenza di elementi concretamente dimostrativi di siffatto assunto (in proposito osservandosi come, se fino a tutto il 2003 la partecipazione del gruppo SUEZ era attestata attorno al

2,60%, dal 2004 vi è stato un graduale aumento, fino al raggiungimento di una soglia di poco inferiore al 10%).

Né si dimostra logicamente condivisibile l'ipotesi che gli investimenti operati da SUEZ in ACEA siano stati unicamente preordinati alla partecipazione nelle gare in Toscana (peraltro già bandite e in parte aggiudicate).

Quanto alla gara per l'aggiudicazione del servizio idrico relativo all'ATO 3 della Toscana – oggetto di particolare attenzione da parte di AGCM – si osserva che SUEZ e ACEA sono presenti quali partner commerciali in soli altri due ATO (ATO 2 Toscana "Basso Valdarno" ed ATO 6 Toscana "Ombrone": operazioni entrambe autorizzate dall'Autorità): dai rapporti intercorsi in questi anni tra le ricorrenti essendo dato argomentare unicamente la presenza di un'alleanza strategica, che non possono essere assimilati alla presenza di un'intesa di per sé contraria alla concorrenza.

Viene, poi, decisamente contestato che i comportamenti addebitabili alle parti, per come indiziariamente accertati, siano consistiti «in un pervasivo coordinamento delle rispettive condotte d'impresa in vista di una ripartizione del mercato rilevante e del rafforzamento del rispettivo potere di mercato» (§ 167 del provvedimento impugnato).

Tale affermazione non sarebbe confortata da alcuna circostanza fattuale effettiva, piuttosto derivando da un macroscopico fraintendimento della documentazione acquisita.

Se è vero che il termine "ripartizione" fa normalmente riferimento ad una situazione nella quale più imprese suddividono il mercato in diverse porzioni, e determinano in ciascun segmento territoriale quale impresa deve intervenire, e quali invece si devono astenere dal competere (evocando l'assegnazione ai partecipanti all'intesa di *zone geografiche distinte*, in seno alle quali essi svolgeranno la loro attività, con l'impegno di ciascuno di non invadere le zone riservate agli altri), nella fattispecie l'accusa di ripartizione sarebbe del tutto insostenibile, atteso che non esiste alcuna circostanza nella quale SUEZ abbia mai dichiarato di volersi astenere dall'entrare in un segmento del mercato per favorire ACEA, o abbia effettivamente compiuto atti in tale direzione: per l'effetto contestandosi la tesi dell'esistenza di un progetto spartitorio (ipotesi neppure argomentabile a posteriori dai comportamenti posti in essere dalle parti).

Erra inoltre l'Autorità, laddove non coglie come oggetto esplicito dell'intesa, e obiettivo che le imprese si proponevano di

perseguire per suo tramite, fosse in realtà l'efficienza mediante la creazione di sinergie.

Né verrebbero in considerazione i pure sostenuti effetti anticompetitivi dell'intesa de qua, atteso che – con riferimento all'esito della gara per la gestione del servizio idrico integrato nell'ATO 3 – l'intervenuta pre-qualificazione di un numero consistente di operatori valga di per sé ad escludere l'esistenza di un impatto anticompetitivo del raggruppamento temporaneo, anche avuto riguardo ai concorrenti potenziali; ulteriormente osservandosi la carenza di elementi concretamente dimostrativi in ordine al generale impatto economico della presunta cooperazione delle parti all'interno del mercato nazionale della gestione dei servizi idrici (la capillare regolamentazione di detto mercato, unitamente alla natura di servizio pubblico delle attività in esso svolte, escludendo in nuce la possibilità di un impatto negativo sulla commercializzazione del servizio di che trattasi).

Anzi, l'ingresso di SUEZ nel mercato italiano dei servizi idrici avrebbe rivelato una portata pro-competitiva, avuto riguardo al fatto che quest'ultima è una delle pochissime imprese che, negli ultimi anni, hanno tentato di entrare nel mercato italiano (di fatto, estremamente chiuso ai competitori stranieri).

Con riferimento allo scambio di informazioni – scambio che l'Autorità nemmeno qualifica esattamente, riconducendolo nell'alveo dell'intesa *ex se* ovvero della condotta a supporto di comportamenti collusivi – viene posto in evidenza che il carteggio esistente tra le parti ha avuto ad oggetto prevalentemente informazioni commerciali note o, comunque, comunicabili al pubblico, proiezioni aggregate di mercato, valutazioni inerenti il sistema delle gare; comunque osservandosi come tale scambio non fosse comunque in grado di ridurre sensibilmente, ovvero di annullare completamente, ogni residua incertezza reciproca delle parti in ordine al funzionamento del mercato.

Né l'intesa contestata avrebbe arrecato alcun pregiudizio al commercio intracomunitario, atteso che evidenti ragioni di carattere logico inducono ad escludere che tre aggiudicazioni in favore di raggruppamenti temporanei composti da SUEZ e ACEA ad esito di gare assolutamente regolari, nell'ambito di un mercato e di gestioni iper-regolamentate di un servizio pubblico, quale quello idrico, possano determinare un'anomalia nella fornitura del servizio stesso, laddove – ed è quel che più rileva – le gare, senza la partecipazione dei due operatori, sarebbero addirittura andate deserte.

L'Autorità avrebbe, inoltre, omesso di verificare se vi siano stati concorrenti stranieri il cui ingresso sia stato ostacolato o impedito dall'intesa; ovvero, se altre sono le ragioni per cui detti operatori hanno preferito "disertare" una o più procedure di aggiudicazione.

Nell'osservare, inoltre, come la conclusiva determinazione assunta da AGCM ricalchi in termini pressoché pedissequi la "Comunicazione delle Risultanze Istruttorie" (CRI), rilevano le ricorrenti come l'Autorità abbia omesso di procedere ad una effettiva e ponderata valutazione delle difese di SUEZ e di ACEA, alle quali sarebbe stato dato un rilievo meramente formale.

L'AGCM ha ritenuto che il "mercato rilevante", interessato dall'asserito coordinamento tra SUEZ e ACEA, sia «il mercato nazionale della gestione dei servizi idrici»; con la precisazione che, sempre secondo l'Autorità, dovrebbero a tal fine considerarsi le «... sole gestioni effettivamente industriali, al netto della predominante presenza di gestioni sottratte allo stimolo concorrenziale», visto che «... la stragrande maggioranza della popolazione servita e dei volumi erogati risulta tutt'ora riconducibile a gestione diretta o a imprese di piccole dimensioni attive in limitati ambiti territoriali sulla base

di affidamenti effettuati dagli stessi enti locali controllanti...», in guisa che «... l'area effettivamente industriale e soggetta a pressioni concorrenziali del mercato rilevante è in concreto molto più ristretta».

Assumono le ricorrenti che l'individuazione del "mercato rilevante" in tal modo operata dall'AGCM non sia corretta.

Viene in proposito osservato come per "mercato rilevante" debba intendersi quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto (determinato o in serie circoscritta) si pongono fra loro in rapporto di concorrenza.

Nell'osservare come, avendo l'intesa riguardato la gestione dei servizi idrici, questi debbano essere considerati nella loro complessità (e non al netto della frammentazione e dispersione gestionale che ancora caratterizza abbondantemente il settore idrico), ulteriormente rilevano le ricorrenti che anche dal punto di vista geografico sono registrabili elementi di incoerenza.

Se è noto che il mercato geograficamente rilevante coincide con «l'area nella quale le imprese in causa forniscono e acquistano prodotti e servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta

dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse», nella fattispecie, a detta dell'Autorità, il mercato geografico rilevante, alla luce del complesso degli elementi dalla medesima considerati, deve essere necessariamente definito in termini più ampi rispetto a quelli del singolo ambito territoriale ottimale.

L'Autorità, nel provvedimento finale, arriva a sostenere che il coordinamento tra ACEA e SE avrebbe interessato il mercato nazionale della gestione dei servizi idrici, concretizzandosi nell'ambito della partecipazione a gare interessanti un numero significativo di ATO e dalle dimensioni complessivamente rilevanti a livello nazionale: assumendosi, al riguardo, che una simile ricostruzione sia palesemente errata, in ragione della carenza di dimostrati elementi che inducano a qualificare come "nazionale" il mercato rilevante.

L'estensione ad operatori europei della legittimazione a partecipare a procedure ad evidenza pubblica bandite in Italia per l'affidamento del servizio idrico integrato (o per la scelta del socio privato di un gestore a prevalente partecipazione pubblica) rappresenterebbe un elemento che depone inconfutabilmente nel senso di un allargamento, anche

sensibile, dei confini geografici del mercato rilevante, il quale non può che assumere una dimensione comunitaria.

Che debba farsi riferimento allo strumento della gara quale elemento di definizione del mercato rilevante, in quanto idoneo ad individuarne le condizioni giuridiche di partecipazione, è confermato dalla stessa Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la quale ha statuito che «per la definizione della dimensione geografica del mercato rilevante, occorre individuare l'area in cui le condizioni di concorrenza sono (appunto) sufficientemente omogenee, avuto riguardo principalmente alle caratteristiche dei prodotti o dei servizi presi in considerazione, alla esistenza di barriere all'entrata o alle preferenze dei consumatori: con la conseguenza che, se tali "condizioni" risultano accessibili e usufruibili anche da parte di operatori stranieri, non si vede in quali termini il mercato possa rimanere ristretto ad un ambito meramente nazionale.

Ma anche laddove si faccia riferimento ad un mercato rilevante di dimensione nazionale, non può comunque essere definita "consistente" la restrizione alla concorrenza attuata in forza dell'intesa intercorrente tra SUEZ e ACEA.

La somma delle quote di mercato detenute dalle società in questione è infatti inidonea, qualsivoglia condotta congiunta

venga in considerazione, a creare barriere all'entrata di alcun genere; né tantomeno, a creare una relazione dimensionale significativa in ambito comunitario o nazionale.

Laddove si abbia esclusivo riguardo al mercato italiano, la somma delle quote di mercato detenute dalle parti è inferiore al 10%, ovvero sia alla soglia quantitativa al di sotto della quale la restrizione orizzontale, sia pur esistente, non può essere ritenuta apprezzabile: per l'effetto assumendosi che le quote di mercato combined di SUEZ e ACEA sono a tal punto basse da rendere del tutto implausibile, da un punto di vista economico, che i comportamenti rilevati potessero, e possano, avere una finalità, o anche solo una potenzialità discorsiva.

L'Autorità, una volta qualificata come "molto grave" l'infrazione di cui trattasi, ha quantificato la sanzione da irrogare alle singole imprese, assumendo quale base per la determinazione della stessa il «valore delle vendite dei servizi a cui l'infrazione si riferisce, ovvero il fatturato a livello nazionale di ACEA e SUEZ derivante dalla gestione dei servizi idrici per il 2006, ovvero l'ultimo anno intero in cui le parti hanno partecipato all'infrazione»; conseguentemente determinando le seguenti sanzioni: € 8.300.000 ad ACEA e € 3.000.000 a SUEZ.

Tale determinazione si assume manifestamente viziata per assoluta carenza di motivazione, in violazione dell'articolo 3 della legge 241/1990, e per eccesso di potere laddove non permette di ricostruire l'iter logico-argomentativo dell'Autorità, determinando così una grave lesione del diritto di difesa legato alla possibilità di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Sostengono le ricorrenti che la quantificazione della sanzione sia illogica, incongrua e sproporzionata.

Nel rilevare come, ai fini della definizione del trattamento sanzionatorio l'Autorità sia tenuta a rispettare gli Orientamenti adottati dalla Commissione in materia di calcolo delle ammende, si osserva come l'importo base dell'ammenda può essere aumentato o ridotto qualora si constati l'esistenza di specifiche circostanze aggravanti oppure attenuanti.

L'impugnato provvedimento sarebbe del tutto privo della disamina degli effetti pratici della collusione, vale a dire della dimostrazione che le condizioni di mercato abbiano determinato e si siano tradotte in condizioni economiche meno favorevoli o dannose per gli acquirenti e utilizzatori dei servizi idrici: per l'effetto assumendosi la non corretta la qualificazione dell'infrazione come "molto grave" atteso che la mera

qualificazione dell'asserita intesa come restrizione orizzontale non vale di per sé a qualificare l'illecito nei termini indicati.

Nell'osservare come, anche sotto il profilo della durata dell'intesa, le conclusioni rassegnate da AGCM non siano condivisibili, sostengono le ricorrenti che il provvedimento impugnato sia ulteriormente viziato nella parte in cui non ha preso in considerazione la presenza di numerosi elementi che avrebbero dovuto determinare – quanto meno – una sensibile riduzione dell'importo della sanzione, manifestamente eccedente un ammontare legittimo e ragionevole.

Le sanzioni irrogate sarebbero, inoltre, inficiate sotto il profilo del palese difetto di proporzionalità; e ciò con riferimento a precedenti ammende individuate dall'Autorità in fattispecie analoghe quanto alle caratteristiche dell'infrazione contestata, alla durata dell'illecito, al fatturato ed al rilievo economico dell'impresa, nonché agli effetti concreti della presunta intesa.

SUEZ lamenta, poi, che nei suoi confronti sia stata irrogata una sanzione iniqua e sproporzionata, anche in termini comparativi con la posizione di ACEA, atteso che la dimensione internazionale del gruppo SUEZ non ha in alcun modo inciso, nella presente vicenda, per differenziare la condotta di quest'ultima rispetto a quella di ACEA.

Concludono le ricorrenti insistendo per l'accoglimento dei proposti mezzi di impugnativa gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

L'Autorità intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Si è inoltre costituita in giudizio in qualità di intervenitrice ad adiuvandum – relativamente all'impugnativa n. 1071 del 2008, proposta da ACEA – FEDERUTILITY (Federazione delle Imprese Energetiche e Idriche), chiedendo l'accoglimento del gravame.

I ricorsi vengono ritenuti per la decisione alla pubblica udienza del 7 maggio 2008.

Diritto

Evidenti ragioni di connessione, rilevanti sotto il profilo oggettivo, consentono di procedere alla riunione dei ricorsi nn. 1071 e 1139 del 2008, proposti da ACEA S.p.A. e SUEZ ENVIRONNEMENT S.A. avverso la medesima determinazione n. 17623 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, adottata nell'adunanza del 22 novembre 2007.

Con essa, sul presupposto che le predette società abbiano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE (avente ad oggetto e per effetto

un coordinamento delle rispettive strategie commerciali nell'ambito del mercato nazionale della gestione dei servizi idrici), è stata disposta l'irrogazione di una sanzione pecuniaria pari, rispettivamente, ad € 8.300.000 e 3.000.000.

La disamina dell'articolato complesso di doglianze dedotte con i predetti ricorsi verrà dal Collegio affrontata per distinti punti di interesse, verificandosi, con riferimento alle considerazioni espresse nell'avversato provvedimento di AGCM, la fondatezza – o meno – delle censure al riguardo svolte dalle parti ricorrenti.

I. PREMESSE. LO SVOLGIMENTO DEL SERVIZIO IDRICO IN ITALIA

In data 23 ottobre 2002 il Comune di Firenze ha bandito una gara a evidenza pubblica al fine di individuare un socio industriale privato che rilevasse il 40% di Publiacqua S.p.A. (PBA – società di gestione dei servizi idrici all'interno dell'ambito territoriale ottimale n. 3 – Medio Valdarno della Regione Toscana (ATO3).

Successivamente all'aggiudicazione definitiva della Gara, il 24 marzo 2006 ACEA S.p.A. comunicava all'Autorità la costituzione di una società denominata Acque Blu Fiorentine S.p.A. (ABF), funzionale all'acquisizione del 40% di PBA (e costituita dai

componenti del raggruppamento temporaneo di imprese risultato vincitore della gara, partecipato tra le altre dalla stessa ACEA e dall'altra ricorrente SUEZ ENVIRONNEMENT.

L'operazione, come sopra notificata, non veniva ritenuta da AGCM costituire una concentrazione ai sensi dell'art. 5 della legge n. 287/1990.

Pur disponendosi, conseguentemente, il non luogo a provvedere con riferimento a tale profilo di interesse, nondimeno l'Autorità deliberava l'avvio di un'istruttoria ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE, al fine di verificare l'eventuale illiceità delle condotte tenute da ACEA e SUEZ nell'ambito della partecipazione alla gara, la possibile esistenza di un più ampio coordinamento tra ACEA e SUEZ nella gestione in Italia dei servizi idrici, la legittimità dei rapporti intercorrenti tra ACEA, SUEZ e PBA ai sensi di un articolo del patto parasociale disciplinante i rapporti tra quest'ultima società e i suoi soci.

Ciò preliminarmente osservato, va precisato che:

- ACEA S.p.A. è una società di diritto italiano attiva nella produzione e vendita di energia elettrica, gestione di risorse idriche, gestione di sistemi di illuminazione pubblica e semaforici (il cui capitale sociale è detenuto per il 51% dal

Comune di Roma, per il 10% da un fondo d'investimento e per l'8,5% da alcune società del gruppo SUEZ);

- SUEZ ENVIRONNEMENT S.A. è una società di diritto francese attiva a livello mondiale nei servizi ambientali, operante in Italia SE sia direttamente che attraverso le proprie controllate Acque Toscane S.p.A., Ondeo Italia S.p.A. e Degrémont S.p.A., detenendo partecipazioni in società locali di gestione di servizi idrici;
- Mentre Publiacqua S.p.A. (PBA) è una società attiva nella gestione del servizio idrico integrato nell'ATO3, che le è stato assegnato in affidamento diretto per una durata ventennale a decorrere dall'anno 2001 a mezzo di una convenzione stipulata con la competente Autorità d'Ambito.

Le attività di gestione dei servizi idrici in Italia sono attualmente disciplinate dagli artt. 141 ss. del D.Lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (Codice Ambientale), il quale ha abrogato la legge 5 gennaio 1994 n. 36 (c.d. legge Galli).

Il settore è stato interessato a livello nazionale da un profondo processo di ridefinizione organizzativa, volto a razionalizzare l'elevato numero di gestioni territoriali al tempo esistenti (oltre 9.000) nel tentativo di conseguire più adeguate dimensioni

gestionali sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e politico-amministrativi.

Già la legge Galli assegnò alle Regioni e Province Autonome la competenza a delimitare gli ambiti territoriali ottimali (ATO), ovvero le aree di riferimento per la fornitura dei servizi idrici da parte dei diversi operatori.

Ciascun ATO risulta soggetto al controllo e alla responsabilità istituzionale di un'apposita autorità d'ambito (AATO), riunente in forma di consorzio o convenzione tutti gli enti locali compresi nel territorio dell'ATO.

Allo stato, il territorio nazionale risulta ripartito in 91 ATO, i quali non sono tuttavia ancora pervenuti al riassorbimento di tutte le gestioni locali comprese al loro interno.

La costituzione degli ATO ha avuto valenza preordinata allo stabilimento al loro interno del c.d. servizio idrico integrato (SII), da intendersi come l'insieme dei servizi pubblici di acquedotto, fognatura e depurazione ad usi civili.

La gestione del SII è improntata, sulla base della normativa di riferimento, a criteri imprenditoriali di efficienza, efficacia ed economicità con la previsione di un unico soggetto gestore da tenersi distinto dall'AATO, cui spetta la vigilanza sulle condizioni di fornitura del SII e la determinazione della rispettiva tariffa

(pur dovendosi rilevare come tale assetto, che avrebbe dovuto portare a un'industrializzazione del settore funzionale al sostegno degli investimenti infrastrutturali necessari all'erogazione dei servizi secondo standard qualitativi e d'impatto ambientale uniformi a livello nazionale, sia ancora ben lungi dall'essere conseguito).

Sotto il profilo organizzativo, la normativa in materia di servizi idrici rivela profili di contiguità con quella regolante i servizi pubblici locali (l'art. 150 del Codice Ambientale dispone, infatti, che l'AATO deliberi le forme di gestione fra quelle previste dall'art. 113, comma 5, del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267): conseguentemente l'affidamento del servizio potendo avvenire nei confronti di:

- società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica (c.d. partenariato pubblico-privato);
- società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui

propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (c.d. gestione in house).

Dall'analisi dei dati riguardanti l'anno 2006, ACEA è risultato di gran lunga il principale operatore a livello nazionale sia per numero di popolazione servita, che per volumi erogati e relativo fatturato (le attività di quest'ultima rappresentando oltre il doppio di quelle di ciascuno dei suo più immediati concorrenti, Hera e Aqp, e quasi il triplo di quelle del quarto operatore, Smat Torino).

Sulla base delle risultanze acquisite da AGCM, ACEA è risultata nettamente predominante, sì da consentirne l'individuazione quale primo operatore nazionale nel mercato dei servizi idrici (ciò in quanto la stessa ACEA è il soggetto gestore dell'ATO2 Lazio Centrale Roma, l'azionista privato di riferimento del gestore dell'ATO3 Sarnese-Vesuviano e detiene tramite Abf una partecipazione di rilievo in PBA, gestore dell'ATO3 Medio Valdarno; ulteriormente dovendosi osservare come la stessa Società sia presente in 14 diversi ATO attraverso partecipazioni dirette e indirette nei soggetti gestori, distribuiti in prevalenza nell'Italia centrale).

Per quanto concerne invece SUEZ, la presenza stabilita in quattro ATO della regione Toscana è avvenuta attraverso la partecipazione alle relative procedure a evidenza pubblica per la costituzione di partenariati pubblico-privato.

Per ciò che concerne l'organizzazione dei servizi idrici nella Regione Toscana, il relativo territorio è stato distinto in sei ambiti territoriali ottimali, all'interno dei quali permangono peraltro alcune gestioni c.d. in salvaguardia, ovvero sottratte alla gestione unitaria del SII da parte di un unico soggetto per tutto l'ATO e amministrata da un diverso operatore.

Le gare per l'acquisizione di una partecipazione nei gestori degli ATO2, ATO3 e ATO6 sono state tutte vinte da r.t.i. con ACEA capogruppo.

Per quanto concerne, in particolare, la gara riguardante l'ATO 3, a seguito della pubblicazione del bando di gara nell'ottobre 2002, diverse società italiane e straniere manifestavano inizialmente manifestato un proprio interessamento; peraltro pervenendo alla stazione appaltante, alla scadenza dei termini, solamente un'offerta da parte del r.t.i. avente ACEA come capofila, poi dichiarato vincitore nel febbraio 2006.

AGCM ha rilevato come, sia durante lo svolgimento della gara che dopo la sua aggiudicazione definitiva, nel r.t.i. anzidetto si

siano verificate variazioni delle quote detenute dalle diverse imprese partecipanti (a seguito delle quali la partecipazione di SUEZ è passata da un iniziale 40% a un limitato 2%, per poi da ultimo risalire al 23%; mentre la quota di ACEA è passata da un originario 50,1% all'attuale 68,5%: le due quote da ultimo citate di SUEZ e ACEA risultando poi essere state trasposte nel capitale sociale della neocostituita Abf, attuale titolare del 40% di PBA).

II. ATTIVAZIONE DEL PROCEDIMENTO PRESSO L'AUTORITA' E SVOLGIMENTO DELL'ISTRUTTORIA

Va innanzi tutto osservato come nel provvedimento di avvio l'Autorità abbia sottolineato – con riferimento alla partecipazione congiunta a più gare, nella forma del r.t.i., da parte di ACEA e SUEZ per l'acquisizione di partecipazioni in società di gestione del SII – come tale circostanza, unitamente alla crescente presenza di SUEZ nel capitale sociale di ACEA, fosse meritevole di approfondimenti al fine di verificare l'eventuale sussistenza di una più ampia intesa nell'ambito della gestione dei servizi idrici.

Il procedimento condotto dall'Autorità al fine di verificare l'effettiva sussistenza delle fattispecie illecite contestate alle

società ACEA, SUEZ e PBA, si è articolato in una serie di verifiche ispettive, audizioni e richieste di informazioni.

Appurata la sussistenza di rapporti di vario genere da tempo intercorsi fra ACEA e SUEZ per quanto concerne la partecipazione alla gara relativa all'ATO 3 della Toscana, AGCM ha preso in considerazione un accordo inter partes relativo alla fissazione delle quote di spettanza in Acque Blu Fiorentine (ABF) nei termini seguenti: 68,5% ad ACEA; 22,9582% a SE; 8% a Mps; 0,5% a Ctc; 0,0398% a Silm; 0,002% a Ccc.

Accanto a tale operazione, richiamata dai rappresentanti di ACEA come centrale nell'instaurazione di rapporti privilegiati con il gruppo SUEZ e comunicata all'Autorità competente per ottenerne l'autorizzazione ai fini antitrust, è stata posta in evidenza la documentata presenza di risalenti contatti preordinati alla configurazione di un'intesa strategica fra le due Società al fine di stabilire una significativa presenza nel mercato idrico in Italia.

Come risulta dalla documentazione istruttoria, ACEA intendeva infatti essere presente nel segmento della generazione di energia elettrica, ma si rendeva conto di non avere le sufficienti competenze tecnologiche e risorse finanziarie; con conseguente avvio, fin dall'ottobre 2001, di prospezioni di mercato per

individuare un partner strategico, poi individuato nella società Electrabel (all'epoca partecipata al 50% dal gruppo SUEZ), con la quale veniva costituita costituito un'impresa comune nella forma di un gruppo di imprese operative specializzate".

I termini della cooperazione tra SE e ACEA vengono richiamati in un'ampia serie di documenti, fino ai tempi immediatamente precedenti l'avvio dell'istruttoria: in relazione ai loro rapporti nel mercato italiano dei servizi idrici, infatti, le due società non hanno mai stipulato un atto formale, preferendo piuttosto dare attuazione all'accordo attraverso una cooperazione pratica soggetta a successivi aggiustamenti.

Più in generale rispetto all'Italia, gli obiettivi oggetto delle intese ACEA/SUEZ possono così individuarsi:

- elaborazione di una strategia per i mercati dell'Italia centrale e del nord;
- predisposizione di comuni obiettivi finanziari e operativi per gare da vincere o la gestione di contratti di concessione in Italia;
- presentazione di offerte per partenariati pubblico-privato, acquisizione di contratti per servizi idrici e fognari e acquisizione di imprese idriche e fognarie.

In questo quadro, soprattutto la partecipazione congiunta alle gare in corso in Toscana viene vista come assolutamente centrale.

La documentazione acquisita ha consentito di collocare alla fine del 2002 le prime concrete attuazioni del rapporto di cooperazione stabilito da ACEA e SUEZ, come comprovato da un documento specificamente dedicato ai rapporti tra ACEA e SUEZ in Toscana, dal significativo titolo di "accordo di collaborazione toscana–linee guida" ("Tuscan Partnership Agreement – Guidelines").

In questo quadro si iscrive la rilevanza della partecipazione azionaria di SUEZ in ACEA "quale leva e collante per l'accordo nel mercato dei servizi idrici", incrementatasi dall'iniziale 1,9% fino a raggiungere il 3% al fine di acquisire la presenza di un membro nel consiglio di amministrazione.

L'Autorità ha poi osservato come il 2003 costituisca "a tutti gli effetti un anno fondamentale per l'intesa tra SE e ACEA nel mercato nazionale dei servizi idrici, intesa che – nonostante alcune temporanee difficoltà iniziali avanzate soprattutto da parte di SE – trova il proprio baricentro nelle gestioni idriche toscane.

Va in proposito osservato come nel corso del 2003 si sia registrato un disimpegno – da AGCM qualificato come “apparente” – di SUEZ nelle gare in corso in Toscana e in particolare in quella relativa all’acquisizione del 40% di PBA (disimpegno esemplificato dal repentino passaggio, tra la fine del 2002 e l’inizio del 2003, della quota di SUEZ nell’ATI dall’originario 40% a un limitato 2%); a fronte di tale circostanza segnalandosi come sia tuttavia rimasto persistente l’interesse strategico di SUEZ circa la partecipazione congiunta con ACEA alle gare toscane anche rispetto all’ingresso di possibili qualificati concorrenti stranieri, quali l’impresa tedesca RWE e l’inglese Severn Trent (come documentato dai rilievi acquisiti in atti, illustranti come, intorno alla seconda metà del 2003, SUEZ abbia individuato le condizioni necessarie a preservare un rapporto strutturale con ACEA).

Risulta al riguardo essere stata presa in considerazione dall’Autorità il ruolo rivestito da Agbar (la spagnola Aguas de Barcelona S.A., di cui SUEZ detiene una partecipazione azionaria significativa), segnatamente per quanto concerne la partecipazione alla gara relativa all’ATO 4 della Toscana ed al relativo coordinamento fra ACEA, SUEZ e la stessa Agbar.

Tale coordinamento è apparso ad AGCM "tanto più inusuale, in quanto alla gara di Livorno ACEA ha concorso in raggruppamento non con SUEZ, bensì con Italgas S.p.A" (pur osservandosi come i rappresentanti di ACEA abbiano posto in evidenza che "la partecipazione congiunta con Italgas, anziché con SUEZ come nelle precedenti gare toscane, è stata dovuta al fatto che la gara prevedeva anche l'affidamento di servizi relativi alla rete del gas, e ACEA ha ritenuto pertanto opportuno ricorrere a un soggetto specializzato nel settore del gas").

Tra il 2005 e il 2006 i rapporti tra SE e ACEA si mostrano quindi indirizzati verso l'effettiva costituzione di un'impresa comune in cui far confluire le proprie distinte attività nel mercato italiano dei servizi idrici, a partire da quelle toscane e in linea con i progetti più volte discussi a partire dal 2002.

Tra i "principi del partenariato SE/ACEA", uno dei documenti acquisiti da AGCM richiama la "creazione di una struttura ACEA/SUEZ portatrice di una strategia comune di gestione degli ATO toscani e ulteriormente estensibile alle regioni limitrofe, con l'eccezione del Lazio", sorretta da un aumento parallelo delle rispettive partecipazioni nelle varie società di gestione.

Le principali attività della costituenda impresa comune vengono individuate nella "supervisione delle attuali attività operative e

definizione delle politiche delle parti in Toscana nel settore dell'acqua e della depurazione, in particolare attraverso attività di holding, controllo di sussidiarie e partecipazioni finanziarie, coordinamento e responsabilità gerarchica sui manager locali delle società operative, definizione di una comune politica di voto nei consigli di amministrazione e assemblee di tutte le sussidiarie e società operative [...] implementazione di sinergie attraverso le società operative”.

L'accordo in discorso stabilisce, inoltre, che l'impresa comune consentirà alle parti lo “sviluppo di attività – attraverso gare d'appalto o acquisizioni o altro – in Toscana, e possibilmente in altre regioni d'Italia, a seconda delle opportunità e di quanto le parti decideranno di volta in volta. Le parti concordano che il loro obiettivo sarà possibilmente di gestire contratti di concessione in tutti gli ATO della Toscana (compreso Lucca e Livorno) e dove possibile fondere le società operative competenti in un unico soggetto”.

Tra le procedure ad evidenza pubblica a cui ACEA e SUEZ hanno partecipato congiuntamente nella Regione Toscana, l'attenzione di AGCM si è principalmente focalizzata sulla gara relativa all'acquisizione del 40% di PBA, ritenuta “quella

sicuramente di maggior rilevanza, tenuto conto del valore complessivo della gestione del SII nell'ATO3".

In base al bando, al soggetto vincitore veniva richiesta la stipula di una serie di atti tra cui il Patto, "diretto a garantire la stabilità della compagine azionaria di Publiacqua, l'uniformità di indirizzo della gestione e pertanto a definire i comportamenti dei soci in ordine ad alcuni aspetti riguardanti il funzionamento della Società ed i suoi organi amministrativi, nonché volto ad assicurare il rispetto del piano d'impresa fissato per Publiacqua e il perseguimento anche da parte del Partner degli obiettivi in esso indicati".

A fronte dei rapporti di cooperazione e delle attività congiunte poste concretamente in essere, AGCM ha poi posto in evidenza che ACEA e SUEZ hanno "esplorato un'ampia gamma di affari da realizzare in comune e distribuiti su gran parte del territorio nazionale", riguardanti la possibile acquisizione in comune dell'Acquedotto Pugliese, la collaborazione con Meta Modena S.p.A. per la gestione di ATO emiliani e l'acquisto della Società Azionaria per la Condotta di Acque Potabili S.p.A., peraltro non giunti a positive conclusioni.

III. LE VALUTAZIONI DI AGCM IN ORDINE AI RAPPORTI FRA ACEA E SUEZ

Assume l'Autorità che ACEA e SUEZ abbiano posto in essere un'intesa orizzontale che ha avuto per oggetto e per effetto la distorsione della concorrenza all'interno del mercato italiano della gestione dei servizi idrici.

Tale assunto muove, in primo luogo, dalla individuazione del mercato rilevante, ai cui fini si sostiene il carattere funzionale rivestito dalla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale.

Nel muovere dal presupposto che, nella fattispecie, "il coordinamento delle imprese si è riferito a un'ampia porzione del territorio nazionale, trovando effettiva concretizzazione in diverse gare relative alla costituzione di PPP per la gestione dei servizi idrici di ATO della Regione Toscana", AGCM osserva che "in materia di servizi idrici occorre fare riferimento, da un lato, alle condizioni di monopolio locale di cui godono gli affidatari del SII, e dall'altro, al grado effettivo di ricorso a procedure concorrenziali per l'affidamento del medesimo servizio"; con la conseguenza che:

- se, "con riferimento al primo profilo, in una prospettiva di preminente considerazione del lato della domanda, il mercato rilevante deve ritenersi corrispondente all'ambito locale di erogazione, ovvero il singolo ATO",

- "in relazione al secondo profilo, tenuto conto che il meccanismo della gara ... determina una tipica situazione di concorrenza per il mercato ed un confronto tra più soggetti dal lato dell'offerta, è possibile delineare le dimensioni del mercato rilevante in termini più ampi, sebbene la singola gara possa di per sé rappresentare un contesto competitivo rilevante, attesa la porzione di domanda da essa specificamente individuata e la durata dell'affidamento del servizio di cui trattasi".

Nel rilevare che:

- "la cooperazione oggetto di esame ha interessato gli assetti generali relativi alla gestione dei servizi idrici su ampia parte del mercato italiano proprio in relazione al confronto competitivo atteso in conseguenza dello svolgimento di una pluralità di gare per l'affidamento del SII su gran parte del territorio nazionale, ed ha avuto come oggetto un preciso coordinamento tra due dei principali operatori sul mercato";
- e che "tale cooperazione ha poi avuto concreta realizzazione in un numero significativo di gare fra quelle che si sono effettivamente svolte per l'affidamento della gestione dei servizi idrici",

l'Autorità ha ritenuto che "il coordinamento tra ACEA e SUEZ abbia interessato il mercato nazionale della gestione dei servizi idrici, concretizzandosi nell'ambito della partecipazione alle gare dirette o alle procedure per la definizione di PPP interessanti un numero significativo di ATO e dalle dimensioni complessivamente rilevanti a livello nazionale".

Quanto alla configurazione dell'intesa tra ACEA e SUEZ, nel richiamare noti orientamenti giurisprudenziali in ordine al connesso regime probatorio (i quali annettono rilevanza alla presenza di elementi indiziari univoci e concordanti, riconoscendo al riguardo rilievo alla prova di contatti tra le imprese, scambi di informazioni "se non di veri e propri concordamenti, non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale, e quindi, sintomatici di un'intesa illecita), AGCM assume che gli elementi di prova raccolti a carico delle ricorrenti, appaiano "complessivamente gravi, precisi e concordanti nella dimostrazione di un'intesa orizzontale che ha avuto per oggetto e per effetto un coordinamento delle strategie commerciali di due imprese tra loro concorrenti nel mercato italiano della gestione dei servizi idrici": le "accertate condotte delle due imprese" essendosi risolte "in un'intesa unica e complessa, contraria all'art. 81 del Trattato CE".

Ciò anche in considerazione del fatto che per “le caratteristiche gestionali dei servizi idrici in Italia così come definite dalla normativa vigente, l'unica forma di concorrenza esperibile è quella c.d. “per il mercato”, realizzabile nelle gare dirette per la selezione del soggetto gestore il SII e nelle gare per la costituzione di PPP afferenti i gestori dei servizi idrici.

Nel rilevare come, allo stato, solo 81 ATO su 91 abbiano adottato i piani d'ambito preliminari all'organizzazione del SII, solo 55 ATO risultino effettivamente operativi (dei quali solo 27 hanno proceduto a bandire gare a evidenza pubblica) e sussistano 13 casi di PPP e 3 gestioni organizzate con selezione del gestore a mezzo di gara diretta, assume l'Autorità che è “alla luce di tali elementi che va apprezzata la concreta rilevanza delle attività di ACEA e SE nel mercato rilevante”.

Se ACEA costituisce di gran lunga il primo gestore di servizi idrici a livello nazionale (risultando operatore di riferimento a vario titolo in 14 ATO) e SUEZ è presente in 4 ATO, tutti compresi nella Regione Toscana, AGCM ha escluso la conclusione delle argomentazioni nel corso del procedimento addotte dalle Società ricorrenti in ordine ad una “supposta irrilevanza delle rispettive attività a livello nazionale e una conseguente inconsistenza sotto il profilo antitrust dei rapporti

di cooperazione intercorrenti tra le stesse”; piuttosto rilevando come i condotti accertamenti istruttori abbiano consentito di appurare che ACEA e SUEZ “hanno raggiunto sin dal 2001 un accordo di massima sul coordinamento delle rispettive attività nel settore dei servizi idrici”, concordando “la partecipazione congiunta a numerose gare relative a gestioni idriche in Italia – a partire da quelle bandite in Toscana, dove la forma operativa del PPP è stata adottata per la prima volta in maniera estesa, ma con un disegno affatto limitato a questa sola regione – ovvero combinazioni con soggetti terzi al fine di condizionare gli esiti di procedure ad evidenza pubblica”.

All’accordo di cooperazione anzidetto viene annessa finalità di mantenimento e di accrescimento del rispettivo potere di mercato secondo “criteri di mera strategia imprenditoriale e non di maggior efficienza industriale”.

Neppure é stata ritenuta giustificabile alla stregua di mere ragioni industriali la ripartizione territoriale delle zone di influenza esclusiva, come appunto il Lazio per ACEA, ovvero altre forme di cooperazione al di fuori dei meccanismi di gara.

Ad avviso dell’Autorità, il rapporto tra SE e ACEA avrebbe assunto connotazione “occulta”, in quanto non inquadrato entro forme di cooperazione dichiarate e riconoscibili da parte del

mercato: ad esso risultando intrinseci i rischi insiti nell'esistenza di incroci azionari tra soggetti concorrenti rispetto all'autonomia d'impresa nel contesto di un'economia di mercato.

In tale quadro, avrebbe assunto peculiare rilevanza il progressivo accrescimento della presenza di SUEZ nel capitale di ACEA, quale "garanzia del buon esito dell'intesa relativa ai servizi idrici in Italia" ed in "funzione protettiva degli accordi operativi in corso con ACEA", quando non addirittura "in maniera strumentale a un possibile utilizzo dell'impresa come proprio "braccio armato" nel mercato italiano della gestione dei servizi idrici".

Alla progressiva crescita di SUEZ e altre società del gruppo SUEZ nel capitale di ACEA ha fatto seguito, nel corso del tempo, la definizione e la messa in opera di un'intesa tra le parti nel mercato rilevante, mediante definizione di un progetto di collaborazione nel settore idrico (non ristretta solo all'Italia, ma riguardante anche gare attese in Francia, Grecia, Polonia, Egitto, Marocco, Turchia).

Per quanto specificamente concernente il mercato italiano, AGCM ha avuto modo di rimarcare la pianificazione, risalente al 2001, di una partecipazione congiunta ACEA/SUEZ ad alcune gare, quale parte di una più ampia strategia di coordinamento e

complementarità delle rispettive attività (in tale strategia rientrando anche altri progetti, quali l'acquisizione in comune di Acquedotto Pugliese, l'ingresso coordinato in alcuni ATO dell'area emiliana, l'acquisizione delle attività idriche di Italgas a fini spartitori rispetto alle aree del Nord e del Centro Italia).

Pur nel rilevare come tali progetti di intervento non abbiano tuttavia avuto risultati concreti (e, quindi, non si siano mai venuti effettivamente a realizzare), ha osservato l'Autorità come essi – comunque – dimostrino la presenza di un piano di suddivisione geografica di aree di competenza comune o esclusiva.

Nell'ambito delle iniziative comuni ACEA/SUEZ, AGCM ha quindi sottolineato la rilevanza assunta dal coordinamento nella partecipazione a quattro gare svoltesi in Toscana relativamente ad altrettanti ATO (assumendosi, al riguardo, come l'area toscana sarebbe dalle parti stata "individuata ... come banco di prova in vista di un futuro ampliamento del raggio d'azione dell'intesa").

Pur a fronte delle argomentazioni difensive esposte da ACEA e SUEZ nel corso del procedimento (volte ad evidenziare che la partecipazione in comune alle gare relative agli ATO2, ATO3 e ATO6 fosse stata determinata da considerazioni di condivisione

di rischi e costi), AGCM ha nondimeno ritenuto che la partecipazione alle varie gare nei diversi ATO toscani sia stata, fin dall'inizio, pianificata e considerata nei termini di un'operazione unitaria cui si associavano anche altre attività comuni, ma soprattutto come l'elemento fondamentale dell'intesa tra le parti, motivata da ragioni prettamente strategiche e di opportunità imprenditoriale.

Rispetto al complesso dei rapporti cooperativi intercorrenti tra SUEZ e ACEA, la partecipazione in r.t.i. a talune gare avrebbe, dunque, assunto la connotazione di elemento strumentale ripetuto, quantunque entrambe le ricorrenti società avrebbero potuto partecipare alle procedure di selezione anche singolarmente.

Viene al riguardo osservato che "il fatto che SUEZ e ACEA siano ricorse in maniera continuata alla costituzione di r.t.i. anziché pervenire a un'aggregazione strutturale stabile nelle forme di un'impresa comune dove concentrare le rispettive attività idriche e con cui partecipare alle gare" troverebbe "diretta spiegazione nei documenti agli atti, dai quali risulta che ACEA non intendeva legarsi immediatamente a un concorrente, bensì perseguire una strategia progressiva di selezione delle offerte, la quale ha trovato pienamente d'accordo anche SUEZ" (la

strumentalità dei vari raggruppamenti costituiti da ACEA e SUEZ rispetto al coordinamento tra le imprese sulla base del comune piano di ripartizione del mercato trovando conferma nella documentazione acquisita agli atti dell'istruttoria).

L'assunto di fondo dal quale, sulla base delle indicate considerazioni, muove l'Autorità al fine di contestare la presenza di una violazione alla disposizione dell'art. 81 del Trattato CE risiede, dunque, nella valutazione del ricorso al r.t.i. nell'ambito di gare a evidenza pubblica quale elemento distorsivo "grave" della concorrenza, "in contrasto con la ratio originaria dell'istituto, di per sé giuridicamente neutro e anzi potenzialmente pro-concorrenziale a patto che riguardi imprese di dimensioni minori e portatrici di competenze specializzate": e ciò in quanto, laddove "il r.t.i. raggruppi imprese tra loro direttamente concorrenti e particolarmente qualificate, autonomamente titolari dei requisiti richiesti per la partecipazione a gara, a prescindere dall'oggetto dell'intesa il raggruppamento ha pur sempre un effetto restrittivo della concorrenza, in quanto riduce il numero dei partecipanti più idonei al confronto competitivo e realizza un coordinamento totale tra gli associati, con evidenti conseguenze negative a carico del soggetto appaltante".

All'interno di tale configurazione dell'impiego in chiave anticompetitiva dello strumento del r.t.i., assume AGCM che dal "ripetuto ricorso all'istituto da parte di ACEA e SUEZ si rileva che:

- questo è stato espressamente considerato strumentale ad una più ampia cooperazione tra le parti;
- in almeno due casi su tre entrambe le parti erano in grado di partecipare da sole, e nel terzo caso almeno una delle due ha scelto di associarsi in funzione di tale cooperazione;
- l'istituto ha di per sé un carattere temporaneo e occasionale, ed è pertanto incompatibile con una reiterazione che, nei fatti, elimina l'autonomia d'impresa pur mantenendo i partecipanti formalmente distinti".

Inferisce l'Autorità come le congiunte linee strategiche di penetrazione all'interno dell'area toscana l'intesa rivelino "l'instaurarsi di una più pervasiva cooperazione tra le parti suscettibile di determinare effetti sull'intero territorio nazionale".

In relazione agli ulteriori casi di cooperazione verificati tra ACEA e SUEZ al di fuori della partecipazione congiunta a gare attraverso l'istituto del r.t.i., AGCM ha preso in considerazione l'acquisizione di Crea da parte di ACEA, avvenuta anche grazie al diretto intervento di SUEZ nei confronti del venditore gruppo

Bouygues a discapito del concorrente Vivendi-Veolia, quale dimostrazione degli "strettissimi rapporti strategici esistenti tra le parti" e della presenza di una "valutazione congiunta effettuata dalle parti di una pluralità di gestioni idriche concentrate nell'area toscana, pur mantenendo per le stesse una struttura proprietaria formalmente indipendente".

Rileverebbe, in tale quadro, anche il caso della gara relativa all'ATO5 della Toscana: relativamente alla quale, presentatasi ACEA in r.t.i. con Italgas, SUEZ (che non ha preso parte alla procedura) sarebbe intervenuta presso la propria controllata Agbar per indurla a non partecipare; escludendosi, con riferimento a tale vicenda, alcuna rilevanza alla circostanza che ACEA non sia poi risultata aggiudicataria della gara stessa.

Del resto, anche la circostanza che SUEZ esprime due dei nove componenti del consiglio di amministrazione di ACEA determinerebbe ad avviso di AGCM, "una totale trasparenza delle strategie d'impresa di questa rispetto al proprio socio/partner d'affari/concorrente, vanificando di fatto ogni pretesa di autonomia quantomeno nell'ambito del mercato rilevante e distorcendo il confronto concorrenziale ogniqualvolta le due imprese partecipino alle gare".

Quanto all'ambito geografico di estensione della ritenuta intesa fra ACEA e SUEZ, viene osservato che le ricorrenti avrebbero a tali fini complessivamente considerato gran parte del territorio nazionale come area di coordinamento, "ora al fine di non pregiudicare le rispettive autonome strategie, ora al fine di stabilire una cooperazione"; pur dandosi atto che:

- "da tale disegno ripartitorio sono state escluse le regioni del Sud Italia, in quanto considerate non interessanti da entrambe le parti per la propria espansione della gestione dei servizi idrici";
- e che le stesse parti hanno eccettuato talune aree "ritenute di competenza esclusiva e, come tali, non soggette a pratiche di cooperazione in gara", come nel caso dell'area laziale relativamente alla quale ACEA avrebbe "inteso preservare una propria autonomia" in quanto "titolare della gestione dell'ATO-Roma in virtù di un affidamento diretto" e dove "ha partecipato alle gare per l'ATO-4 Latina e l'ATO-5 Frosinone, aggiudicandosi la seconda".

AGCM, pur nel delineato quadro di concordamenti fra le imprese ricorrenti, dà tuttavia atto come dalla documentazione acquisita agli atti emerga "una preoccupazione di SUEZ circa la

fedeltà di ACEA, a dimostrazione di come le due imprese si percepissero l'un l'altra quali concorrenti a tutti gli effetti".

Quanto, poi, alla valutazione degli effetti restrittivi dell'intesa, assume AGCM che "la partecipazione ripetuta in r.t.i. per le gare relative alla cessione di quote azionarie dei soggetti gestori del SII per gli ATO2, 3 e 6 della Regione Toscana, nonché la turbativa dell'ordinario confronto concorrenziale nell'ambito della gara relativa al soggetto gestore dell'ATO5, hanno avuto l'effetto di eliminare i margini concorrenziali esistenti tra partecipanti effettivi e potenziali, limitando la concorrenza tra le parti e, nel complesso, arrecando un pregiudizio al mercato consistente nella minore possibilità di scelta tra le offerte e un rafforzamento indebito del potere di mercato di alcuni operatori a discapito di altri"; ulteriormente osservando che, "tenuto conto del numero limitato di gare effettuate sull'intero territorio nazionale, il coordinamento verificato tra ACEA e SUEZ appare in effetti estremamente pervasivo".

Se, nel caso in esame, l'intesa tra ACEA e SE ha interessato il mercato italiano della gestione dei servizi idrici nel suo complesso, oltre ad aver avuto tra i suoi fini anche quello di ostacolare l'accesso al mercato di importanti concorrenti stranieri, dei quali veniva paventato un ingresso in Italia, viene

nel provvedimento gravato valutata la valenza ostacolante assunta dalle illustrate caratteristiche dell'intesa con riferimento all'integrazione economica perseguita quale fondamentale obiettivo dal Trattato: per l'effetto argomentandosi che l'intesa stessa si dimostrata concretamente idonea a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri".

IV. INDIVIDUAZIONE DEL MERCATO RILEVANTE

Ritiene il Collegio che l'impostazione seguita da AGCM – e le conclusioni alle quali essa è, sul punto, pervenuta – dimostrino elementi di non univoca conclusione.

IV.1 Si deve premettere che la definizione del mercato rilevante implica, in primo luogo, un accertamento di fatto; al quale accede l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Tale applicazione delle norme ai fatti implica un'operazione di "contestualizzazione" delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quale il "mercato rilevante" e "l'abuso di posizione dominante" al caso specifico.

Non di rado tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni.

Il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti di AGCM, esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata da AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate.

L'individuazione da parte dell'autorità garante della concorrenza del "mercato rilevante" – definito come quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati fra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza – non è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità se non per vizi logici, di difetto di istruttoria e di motivazione; con la conseguenza che il giudice amministrativo, al quale non è consentito di sostituire le proprie valutazioni a quelle riservate all'Autorità (e quindi dare un'autonoma definizione del mercato rilevante), deve limitarsi a verificare se

la definizione tratteggiata dall'autorità sia o meno affetta dai vizi de quibus (Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000 n. 1348).

Secondo un orientamento della giurisprudenza amministrativa "ai fini della tutela della concorrenza, in sede di individuazione del «mercato rilevante» sul piano geografico, può essere presa in considerazione anche una porzione limitata del territorio, quando sia individuabile un'area nella quale si svolga l'incontro della domanda e dell'offerta di un determinato prodotto, in condizioni di completa autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui" (T.A.R. Lazio, sez. I, 8 febbraio 2000, n. 793).

L'estensione merceologico-geografica del mercato rilevante serve a valutare la possibilità che il consumatore, potenziale vittima di un illecito anticoncorrenziale, ha di rivolgersi ad altri prodotti che possano servire gli stessi fini (mercato dei prodotti) o l'area all'interno della quale il consumatore possa rivolgersi verso altri fornitori.

Si possono, del resto, ben individuare illeciti anticoncorrenziali relativamente anche ad aree circoscritte del territorio nazionale quando particolari condizioni concorrenziali legittimino la configurazione di un mercato locale, ben definito.

Nella costruzione del mercato rilevante in senso geografico un fattore decisivo può essere quello delle abitudini dei

consumatori, delle loro preferenze per prodotti regionali o locali, delle tradizioni, o, ancora, dell'abitudine sociale allo spostamento per acquisire beni o servizi di una certa tipologia.

Naturalmente su questa china non può dirsi che l'Autorità sia libera di configurare la nozione di rilevanza a suo piacimento, dovendosi, in questa chiave, porre il limite dell'esistenza di un pregiudizio consistente per il consumatore del bene o del servizio.

Il mercato rilevante, nella sua dimensione geografica, non deve quindi essere configurato a partire tanto dalle caratteristiche dell'offerta, quanto dalle caratteristiche della domanda.

Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, laddove questa sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926).

IV.2 Ciò premesso, il Collegio ritiene che l'individuazione del mercato rilevante operata dall'AGCM non sia immune da profili inficianti sotto il profilo della consequenzialità logica fra l'individuata configurazione delle modalità di esercizio del

servizio idrico integrato e la connessa vocazione dimensionale e la sostenuta presenza di accordi inter partes eccedenti il relativo ambito spaziale di riferimento.

L'Autorità, come si è precedentemente avuto modo di rilevare, ha:

- da un lato preso in considerazione le condizioni di monopolio locale di cui godono gli affidatari del SII;
- e, dall'altro, il grado effettivo di ricorso a procedure concorrenziali per l'affidamento del medesimo servizio.

Da tali presupposti, la cui correttezza non lascia adito a dubbi, tuttavia l'individuazione del mercato rilevante non è conseguita con il carattere di necessaria logicità, atteso che AGCM ha ritenuto che:

- quanto al primo profilo, "in una prospettiva di preminente considerazione del lato della domanda, il mercato rilevante deve ritenersi corrispondente all'ambito locale di erogazione, ovvero il singolo ATO",
- mentre, "in relazione al secondo profilo, tenuto conto che il meccanismo della gara ... determina una tipica situazione di concorrenza per il mercato ed un confronto tra più soggetti dal lato dell'offerta, è possibile delineare le dimensioni del mercato rilevante in termini più ampi, sebbene la singola

gara possa di per sé rappresentare un contesto competitivo rilevante, attesa la porzione di domanda da essa specificamente individuata e la durata dell'affidamento del servizio di cui trattasi".

Come in precedenza illustrato, le conseguenze del ragionamento in proposito condotto dall'Autorità hanno portato quest'ultima ad individuare una vocazione "nazionale" del mercato rilevante; e ciò in quanto la cooperazione oggetto di esame avrebbe interessato "gli assetti generali relativi alla gestione dei servizi idrici su ampia parte del mercato italiano proprio in relazione al confronto competitivo atteso in conseguenza dello svolgimento di una pluralità di gare per l'affidamento del SII su gran parte del territorio nazionale, ed ha avuto come oggetto un preciso coordinamento tra due dei principali operatori sul mercato".

Viene per l'effetto all'evidenza il primo elemento di contraddittorietà che, ad avviso del Collegio, infirma la conclusione logica dell'opzione interpretativa esplicitata da AGCM.

Si dimostra, a tale riguardo, problematica la coniugabilità della individuazione "ristretta" alla singola ATO del mercato rilevante (ove considerato dal lato della domanda) con l'"ampliata"

dimensione del mercato rilevante, ove considerato con riferimento al "mercato dei servizi idrici", che avrebbe formato oggetto di un'intesa (anticompetitiva) a fronte delle prospettive di affidamento delle gare relative all'affidamento del SII su gran parte del territorio nazionale.

Se, a tale proposito, l'Autorità non ha potuto esimersi dall'annettere rilevanza, quanto all'individuazione del mercato rilevante dal lato della domanda, all'"ambito locale di erogazione del servizio" (e, quindi, al singolo ATO), il "salto logico" che infirma il ragionamento condotto da AGCM è ravvisabile nell'ampliata estensione di tale mercato non già all'interno di coordinate di riferimento rappresentate dalla necessaria coniugazione di offerta e domanda a fronte dell'erogazione/gestione del servizio, quanto, piuttosto, alla affermata presenza di un'intesa che si sarebbe proposta di acquisire, in capo ad ACEA/SUEZ, l'affidamento di gran parte dei SII oggetto di gara.

In disparte la carenza di profili dimostrativi relativi alla valenza anticoncorrenziale dell'intesa di che trattasi (oggetto di successiva illustrazione), va sottolineato – quanto all'aspetto ora in esame – come la stessa configurazione, dal lato della domanda, di una gestione unitaria dei servizi idrici contrasti:

- non soltanto con la parcellizzata articolazione territoriale di questi ultimi (si è avuto modo, al riguardo, di rappresentare l'articolata realtà di frammentazione degli ambiti nel quadro del territorio nazionale);
- ma, soprattutto, con la diversificata attuazione degli affidamenti, che – come dalla stessa Autorità rilevato – se per “la maggior parte delle gestioni relative ai diversi ATO continua a risultare” in capo “a soggetti che non sono stati selezionati a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, soggetti per lo più corrispondenti a gestori di piccole dimensioni, controllati da enti locali e privi di caratteristiche industriali”, ha contemplato, ulteriormente, “un ricorso assai limitato alla gara dritta” ed un “ricorso contenuto ma significativo alle forme del PPP”.

Ferma – e ribadita – l'insanabilità logica di un contrasto concettuale fra la vocazione territoriale dell'ATO e la dimensione nazionale del mercato rilevante, va allora rilevato come le stesse considerazioni esposte da AGCM univocamente depongono per l'attuale inconfigurabilità di una matrice unitaria degli affidamenti; elemento, quest'ultimo, ulteriormente asseverato dal numero assai esiguo di gare pubbliche indette a tali fini e circoscritte ad un limitato novero di ATO.

Se questo è vero, ecco che viene a perdere consistenza – in quanto non asseverato da concludenti elementi fattuali aventi rango univocamente dimostrativo – il postulato riguardante la presenza di un intento di ACEA e SUEZ (per come ricostruito dall’Autorità) di pervenire ad un “coordinamento” riguardante il “mercato nazionale della gestione dei servizi idrici”, la cui concretizzazione si sarebbe attuata nella partecipazione alle gare dirette o alle procedure per la definizione di PPP “interessanti un numero significativo di ATO e dalle dimensioni complessivamente rilevanti a livello nazionale”.

La preclusa configurabilità – in presenza dell’illustrata articolazione territoriale degli ATO; e, ancor più, in ragione dell’attuale quadro di disomogeneità relativo alle caratteristiche e modalità dell’affidamento locale delle gestioni – di un mercato “nazionale” esclude in nuce che possa logicamente ipotizzarsi la presenza di un’intesa anticoncorrenziale estesa all’intero territorio nazionale; piuttosto dovendo considerarsi se, all’interno delle singole procedure di affidamento gestionale (e, quindi, caso per caso), singoli comportamenti e/o condotte abbiano avuto dimostrabile rilevanza al fine di restringere la partecipazione competitiva degli operatori interessati.

IV.3 Proprio l'attenzione che è doveroso riservare a questi ultimi – nel quadro dell'indagine volta all'individuazione di pratiche restrittive della concorrenza – induce il Collegio ad escludere che l'individuazione del mercato rilevante operata dall'Autorità presenti profili di apprezzabile condivisibilità.

La particolarità delle gestioni (rectius: delle modalità di affidamento delle gestioni) e la rilevabile disomogeneità che in atto le caratterizza (basti, al riguardo, confrontare quanto "fotografato" nella relazione ISTAT sull'affidamento dei servizi idrici nell'anno 2006) impone di individuare l'ambito geograficamente rilevante – in ragione della logica impossibilità di reductio ad unum di presupposti insanabilmente disomogenei – con separato riferimento al versante della domanda e dell'offerta, non altrimenti coniugabili.

Se, sotto il primo degli indicati profili, il mercato non ha – né può avere – che dimensione territorialmente circoscritta all'ATO, diversamente sotto l'aspetto dell'offerta non si ha modo di condividere l'individuazione di una rilevanza "nazionale" del mercato stessa, per come operata da AGCM.

Rileva infatti, sotto il profilo da ultimo considerato, non già la tipologia della gestione del servizio – la quale, come rilevato, concerne esclusivamente l'"offerta" dello stesso – quanto,

piuttosto, le condizioni di accesso al mercato medesimo: ovvero, le concrete possibilità per gli operatori interessati di poter partecipare alle procedure per i singoli ATO indette ai fini del relativo affidamento gestionale.

Che tali condizioni di accesso siano state aperte anche ad operatori "non" nazionali è elemento del tutto incontroverso.

Come, parimenti, è incontroverso che alle gare indette per l'affidamento delle gestioni hanno presentato domanda di partecipazione operatori – non esclusivamente nazionali – per i quali la presunta intesa anticoncorrenziale asseritamente posta in essere da ACEA/SUEZ non ha rappresentato la presenza di una "barriera all'entrata".

È agevole replicare come operatori anche "forti" in ambito sopranazionale (quali, ad esempio, Veolia e Severn Trent) e concorrenti di SUEZ non abbiano, concretamente, operato un significativo accesso sul mercato italiano.

Tuttavia, inferire da tale circostanza la presenza di barriere all'ingresso è operazione induttiva la cui consistenza deve necessariamente poggiare su dimostrabili presupposti e/o concreti elementi di fatto: altrimenti risolvendosi la relativa opzione logica nel precipitato logico-assertivo di un'equazione (barriere anticoncorrenziali all'ingresso = sbarramento

all'accesso nei confronti di operatori comunitari = presenza esclusiva sul mercato nazionale dei soggetti dell'intesa) la cui compiuta verifica necessita della necessaria valutazione di tutte le compresenti variabili suscettibili di condurre al medesimo risultato, quali:

- in primo luogo, l'attesa redditività delle gestioni a fronte degli oneri inizialmente richiesti per l'affidamento di esse
- e, secondariamente, i tempi preventivabili per l'emersione di margini di profitto a fronte dei rischi già inizialmente assunti.

Impregiudicata la conclusione delle variabili economiche indicate (peraltro suscettibili di orientare la politica imprenditoriale degli investimenti degli operatori), va comunque ribadito – per quanto qui di interesse – che dal lato dell'offerta l'ambito dimensionale del mercato rilevante non può che individuarsi a livello comunitario, anche in ragione dell'indimostrata presenza di elementi compiutamente ostativi all'ingresso nelle gestioni ATO di operatori comunitari.

Tale elementi di valutazione vengono a combinarsi – come in precedenza sottolineato – con la dimensione necessariamente locale del mercato dal lato della domanda (a conclusioni omogenee risultando, peraltro, pervenuta la stessa Autorità: cfr. § 115 del provvedimento impugnato).

Quest'ultima, del resto (si confronti il provvedimento n. 12445 del 25 settembre 2003), proprio con riferimento alla costituzione di un r.t.i. partecipato al 69% da ACEA (aggiudicatario della gara per la selezione di un "partner industriale privato" di minoranza di ACQUE; ed i cui erano Ondeo Services S.A. – oggi SUEZ ENVIRONNEMENT – per il 10%, SILM S.p.A. per il 10%, MPS per l'8%, ONDEO Degremont per il 2% e CTC – Consorzio Toscano Costruzioni S.c. a r.l. per l'1%) ha avuto modo di affermare che:

- la "normativa rilevante consente l'affidamento del servizio idrico integrato per periodi anche assai lunghi", determinando "condizioni di monopolio locale a favore dell'affidatario del servizio";
- e che "il mercato rilevante ... può ritenersi corrispondente all'ambito locale di erogazione dei servizi, al più avente la stessa estensione dell'ATO di riferimento".

La stessa AGCM, sulla base delle indicate premesse, è pervenuta ad escludere:

- "pur a fronte di ... elementi di rigidità del settore e del numero limitato di occasioni attuali di concorrenza per il mercato dovute al numero ristretto di concessioni in scadenza per le quali procedere a gara";

- e pur in presenza di una “progressiva integrazione delle diverse attività del ciclo idrico integrato, parte del generale processo di concentrazione e organizzazione industriale del settore” suscettibile di condurre ad una “selezione dei soggetti interessati allo svolgimento dei servizi”

che, attesa la configurazione delle “attività che costituiscono il servizio idrico ... come un monopolio verticalmente integrato di natura legale ... l’acquisizione del controllo congiunto di ACQUE da parte di ACEA e dei soci pubblici di ACQUE”, fosse suscettibile di introdurre modificazioni nella “situazione preesistente nel mercato geograficamente rilevante” (per l’effetto, disponendo la non apertura di un’istruttoria, in ragione della ritenuta inidoneità dell’operazione esaminata a determinare, “ai sensi dell’articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato interessato tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza”).

È agevole osservare come le conclusioni in tale sede raggiunte (ma soprattutto le premesse al riguardo considerate) si volgono in una direzione affatto diversa rispetto a quanto esposto nella gravata determinazione.

V. DIMENSIONE DEL MERCATO RILEVANTE E VALUTAZIONE IN TERMINI DI “CONSISTENZA” DELL’INTESA ANTICONCORRENZIALE

V.1 Se quindi, quanto alla fattispecie all’esame, le conclusioni rassegnate dall’Autorità si dimostrano non solo perplesse quanto alla configurazione dell’ambito geografico di estensione del mercato rilevante, ma anche dissonanti rispetto a quanto dalla stessa AGCM in precedenza ritenuto con riferimento alla medesima vicenda, ben è consapevole il Collegio come la Sezione – con orientamento invero risalente anche recentemente ribadito e puntualizzato (cfr. sent. 6 giugno 2008 n. 5578) – abbia affermato che la rilevanza della parte del mercato nazionale idonea ad integrare la sussistenza della fattispecie illecita “deve essere considerata non solo sotto il profilo quantitativo ma anche sotto quello qualitativo, vale a dire per la sua potenziale capacità di comportare una consistente restrizione della concorrenza”.

Conseguenza di tale postulato è la circostanza che, anche in presenza di un mercato rilevante individuato in un ambito territoriale limitato, non è dato in linea di principio escludere la configurabilità di un’intesa potenzialmente suscettibile di incidere sulle fisiologiche dinamiche concorrenziali laddove si sia

in presenza di un concordamento, anche riferito a specifiche gare, idoneo ad avere incidenza negativa sul libero esplicarsi delle regole di concorrenza nel mercato in un ambito territoriale molto più vasto.

La riveniente valorizzazione del segmento geografico in relazione al quale l'intesa è potenzialmente in grado di produrre i propri effetti – quale elemento avente prioritaria rilevanza al fine di qualificare la fattispecie come illecita – postula peraltro che la qualificazione in termini anticoncorrenziali della presunta intesa transiti attraverso la comprovata e documentata evidenza del carattere "consistente" della restrizione alla concorrenza conseguita al concreto operare dell'intesa: ipotesi che, sempre in linea di principio, ben può tradursi nella mancata partecipazione a singole gare da parte di operatori presenti nel mercato bandite da stazioni appaltanti quand'anche operanti in una ben circoscritta area geografica.

Vuole, in altri termini, evidenziarsi – e valgano, al riguardo, le considerazioni precedentemente rassegnate in ordine all'esigenza di coniugare la rilevanza geografica del mercato con riferimento sia all'offerta che alla domanda – che la pur circoscritta dimensione territoriale della stazione appaltante (alla quale accede la limitata vocazione geografica del mercato:

fattispecie propria dei servizi pubblici locali, ma anche del regime di gestione delle acque, quale delimitato dalla configurazione degli ATO) non preclude, ex se considerata, la possibile funzione anticoncorrenziale di intese laddove esse, sia pure limitate alla partecipazione alla singola gara (e, quindi, preordinate all'aggiudicazione di uno specifico servizio), siano tuttavia suscettibili di determinare una pratica "restrizione" all'ingresso di operatori economici "diversi" dai soggetti facenti parte dell'intesa stessa: e, con essa, una limitazione delle fisiologiche modalità espansive della concorrenza.

Tale valutazione necessita, affinché possa assumere rilevanza ai fini della qualificazione anticoncorrenziale dell'intesa, di una apprezzabilità in termini di "consistenza".

È noto che, mentre il comma 2 dell'art. 2 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 stabilisce il divieto delle "intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante", diversamente l'art. 81 del Trattato non qualifica in termini di "consistenza" gli effetti che l'intesa deve produrre affinché ad essa possano essere annessi effetti anticoncorrenziali.

Con riserva di esaminare infra sub V.2 l'elaborazione interpretativa in ambito UE delle coordinate di riferimento atte a configurare la presenza di un'intesa anticoncorrenziale, va fin da ora osservato come la giurisprudenza formatasi a livello nazionale a fronte del riportato art. 2 della legge 287/1990 abbia posto in luce che, ai fini della sussistenza dell'illecito, è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale e non anche necessariamente dell'effetto: di talché le pratiche concordate sono possibili pur in assenza di effetti anticoncorrenziali in quanto la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione, ma non implica necessariamente che il comportamento stesso abbia l'effetto di impedire o falsare la concorrenza (cfr. Cons. Stato, sez VI, 22 marzo 2001 n. 1699, richiamato da T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 14 settembre 2007 n. 8951).

Il divieto, da intendersi alla luce della concezione comunitaria in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato, si specifica nel precetto che – ferma la libertà di scelta da parte delle imprese, incluso il diritto a reagire in maniera intelligente al comportamento, constatato o atteso dei concorrenti – è sempre vietato ogni contatto, diretto

o indiretto, tra gli operatori che abbia per oggetto o per effetto di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di informare tale concorrente sulla condotta che l'impresa stessa ha deciso di porre in atto.

La legge, quindi, inibisce ogni tipo di iniziativa consistente nel "concordamento" delle linee di azione delle singole imprese, anche in funzione dell'eliminazione di incertezze sul reciproco comportamento, posto che tali iniziative finiscono con il sostituire all'alea della concorrenza il vantaggio della concertazione, così erodendo i benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale, ossia dalla fisiologica tensione di ogni impresa concorrente a ritagliarsi fette di mercato proponendo condizioni, sotto il profilo economico o sul versante dei caratteri dei prodotti e dei servizi, più appetibili per il fruitore (ex multis, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 15 gennaio 2007 n. 204, 3 ottobre 2006 n. 9878 e 2 dicembre 2005 n. 12835).

In tale quadro, l'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, ripetuti e non episodici, uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, per cui manca o è difficilmente rintracciabile un accordo espresso, il che è

agevolmente comprensibile atteso che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, consapevoli della loro illiceità, è verosimile che tentino in ogni modo di celarla, evitando non solo accordi scritti ma anche accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto (Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006 n. 548).

L'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali:

- la durata, uniformità e parallelismo dei comportamenti;
- gli incontri tra le imprese;
- gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni;
- i segnali e le informative reciproche;
- il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate.

In altri termini, la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena (c.d. smoking gun: testo dell'intesa; documentazione inequivoca della stessa; confessione dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che

scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa sufficiente, e necessaria, la delineazione di indizi, purché gravi, precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento (ex multis: T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 14 settembre 2007 n. 8951 e 15 gennaio 2007 n. 204; nonché Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2001 n. 1699).

In tale quadro, la giurisprudenza comunitaria ha individuato ed annesso rilevanza:

- in primo luogo, ad elementi indiziari endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato (Corte Giustizia CE, 31 marzo 1993 Woodpulp – Pasta di legno);
- e, secondariamente, ad elementi indiziari esogeni, ovvero di riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita ed integrati, in particolare, da contatti tra le imprese e, soprattutto, da scambi di informazioni se non addirittura a veri e propri concordamenti non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita.

Secondo quanto sostenuto dalla Sezione con recente pronunzia (13 marzo 2008 n. 2312), nel caso di intesa avente un oggetto anticoncorrenziale “non è necessario, al fine della sua qualificazione in termini di illiceità, effettuare ulteriori valutazioni sugli effetti concreti che la stessa ha avuto sul mercato atteso che la qualificazione come illecita della condotta discende dall’oggettiva idoneità della stessa ad alterare la concorrenza, mentre l’analisi degli effetti prodotti dall’intesa sul mercato può incidere in termini di gravità della stessa e, di conseguenza, sulla quantificazione della sanzione pecuniaria”: per l’effetto assumendo rilevanza la valutazione degli effetti conseguenti alla realizzazione dell’intesa esclusivamente “ai fini della qualificazione della gravità della stessa, atteso che quanto maggiori sono gli effetti prodotti tanto più l’intesa può essere ritenuta offensiva del principio della libera concorrenza, e della determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria da irrogare”.

In tal senso, anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., da ultimo, sez. VI, 8 febbraio 2008 n. 424) ha osservato che la norma ex art. 2 legge 287/1990 “è chiara nel richiedere la sola presenza dell’oggetto anticoncorrenziale, e non anche necessariamente dell’effetto” (richiamandosi, sotto tale profilo,

Corte Giust. CE, C - 219/95, Ferriere Nord, 17-7-97, par. 30 e ss.; nonché le precedenti pronunzie della stessa Sezione nn. 2199/2002 e 652/2001).

La chiara condivisibilità dell'orientamento del quale si è dato precedentemente conto impone peraltro una precisazione.

Se per la sussistenza dell'illecito, secondo quanto osservato, è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale e non anche necessariamente dell'effetto (con la conseguenza che le pratiche concordate sono possibili pur in assenza di effetti anticoncorrenziali in quanto la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione, ma non implica necessariamente che il comportamento stesso abbia l'effetto di impedire o falsare la concorrenza: cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 14 settembre 2007 n. 8951), nondimeno la rilevanza del carattere di "consistenza" dell'intesa stessa refluisce sullo stessa configurazione della strategia anticoncorrenziale oggetto di elaborazione ad opera degli operatori economici.

Ciò in quanto il concordamento suscettibile di essere represso ove si proponga finalità restrittive della concorrenza deve dimostrarsi, in ragione del programma che ne costituisce fondamento, suscettibile di incidere sulla corretta e fisiologica

dinamica della competizione concorrenziale, dimostrandosi preordinato ad alterarne il normale sviluppo.

Se è quindi vero che la valutazione della consistenza degli effetti rileva esclusivamente sotto il profilo della graduazione della sanzione irrogabile (atteso che, a fronte di una più estesa attuazione del programma, in quanto idonea a determinare una accresciuta intensità degli effetti restrittivi, potrà trovare applicazione un più severo apparato repressivo), deve tuttavia affermarsi che rappresenta un carattere intrinseco della strategia anticoncorrenziale la programmata attitudine della stessa ad incidere sul mercato con valenza consistente, ovvero a produrre in maniera non circoscritta, né occasionale, né meramente sporadica quell'effetto di limitazione concorrenziale altrimenti inspiegabile ove gli operatori concordino condotte dettate dal solo intento di sviluppare sinergie o, comunque, forme di collaborazione che ben possono trovare legittimo fondamento giustificativo nella connotazione intrinseca di un particolare segmento di mercato, ovvero nella peculiare tipologia di una prestazione che essi siano chiamati ad offrire.

Vuole, in altri termini, sostenersi:

- che se la valutazione degli effetti – e, con essi, la “consistenza” della restrizione alla concorrenza – rilevano

precipuamente con riferimento alla valutazione della gravità della violazione alle disposizioni repressive delle intese anticoncorrenziali;

- nondimeno la connotazione in tal senso del concordamento fra operatori economici è intrinsecamente caratterizzata, affinché sia suscettibile di assumere un rilievo antigiusdico, dalla presenza di un intento che, lungi dal trovare fondamento in un mero programma di collaborazione tecnicamente e/o economicamente giustificabile, è invece preordinato ad alterare il libero sviluppo delle dinamiche concorrenziali con carattere avente obiettiva rilevanza (rectius: consistenza) in un particolare settore o segmento di mercato.

V.2 Particolare interesse rivelano, nel quadro della valutazione del sottoposto thema decidendum, le indicazioni fornite dalla Commissione Europea in sede di elaborazione delle "Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale (in G.U.C.E. C 3 del 6 gennaio 2001)

L'interpretazione fornita dall'organo comunitario:

- muove dalla constatazione che la cooperazione è di "natura orizzontale" quando forma l'oggetto di un accordo o di

pratiche concordate che intervengono tra imprese che si situano allo(agli) stesso(i) livello(i) del mercato;

- osserva che “si tratta, spesso, di una cooperazione tra imprese concorrenti che può dar luogo a problemi di concorrenza qualora produca effetti negativi sui prezzi, la produzione, l'innovazione, o la varietà e la qualità dei prodotti”;

purtuttavia dando atto che “una cooperazione orizzontale può anche comportare notevoli benefici economici qualora si tramuti in un mezzo per condividere i rischi, realizzare economie, mettere in comune il know-how e lanciare più rapidamente le innovazioni sul mercato”.

Se è vero che l'art. 81, paragrafo 1, del trattato CE si applica agli accordi di cooperazione orizzontale che hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, va tuttavia rilevato – prosegue la Commissione – come numerosi accordi di cooperazione non abbiano per oggetto la restrizione della concorrenza; per essi imponendosi, conseguentemente, una concreta disamina dei loro effetti sul mercato.

In tale quadro ricognitivo, non è sufficiente che l'accordo limiti la concorrenza tra le parti, ma esso deve – ulteriormente –

dimostrarsi suscettibile di incidere negativamente sulla concorrenza sul mercato in misura tale da poter produrre effetti negativi sui prezzi, la produzione, l'innovazione, o la varietà e la qualità dei beni e dei servizi.

Tale spunto interpretativo consente alla Sezione di ribadire quanto osservato al precedente punto V.1 in ordine all'esigenza di correlare la vocazione anticoncorrenziale dell'intesa ad una programmazione che si proponga di incidere in maniera sensibile sul mercato.

Se, per l'effetto, l'attitudine dell'accordo ai fini della produzione di effetti negativi dipende dal contesto economico, "che deve essere esaminato tenendo conto, al contempo, della natura dell'accordo, del potere di mercato congiunto delle parti e di altri fattori strutturali", la Commissione prosegue osservando delineando una categorizzazione di larga massima degli accordi, suscettibili di essere ripartiti fra:

- accordi che non costituiscono una violazione delle norme in materia di concorrenza (in genere per forme di cooperazione che non implicano un coordinamento del comportamento concorrenziale delle imprese nel mercato, quali: la cooperazione tra imprese non concorrenti, la cooperazione tra imprese concorrenti che non possono realizzare

autonomamente il progetto o l'attività oggetto della cooperazione; o, ancora, la cooperazione avente per oggetto un'attività che non incide sui parametri della concorrenza presi in considerazione. Queste forme di cooperazione possono costituire una restrizione della concorrenza solo se riguardano imprese che hanno un potere di mercato significativo e se sono atte ad impedire ai terzi di accedere al mercato);

- accordi che costituiscono una violazione delle norme in materia di concorrenza (ovvero, accordi di cooperazione che hanno per oggetto di limitare la concorrenza fissando i prezzi, limitando la produzione o ripartendo i mercati o la clientela);
- e, da ultimo, accordi che possono costituire una violazione delle norme in materia di concorrenza (non rientranti nelle categorie summenzionate e che devono formare oggetto di un esame che verta sul potere di mercato e sulla struttura dello stesso).

L'analisi, ai fini ricognitivi di cui sopra, si trova dunque necessariamente condizionata dalla posizione delle parti all'interno del mercato interessato dalla cooperazione: e, quindi, dalla verifica se le parti possano, grazie all'intento "collaborativi"

dalle medesime programmato, mantenere, acquisire o rafforzare il loro potere di mercato, vale a dire se abbiano la capacità di causare effetti negativi sul mercato in relazione ai prezzi, alla produzione, all'innovazione o alla varietà o qualità delle merci e dei servizi.

Dimostra, conseguentemente, dirimente rilevanza la definizione del mercato rilevante ed il calcolo della quota di mercato congiunta delle parti (in caso di esiguità di quest'ultima, dimostrandosi poco probabile che la cooperazione produca effetti restrittivi).

Osserva tuttavia la Commissione, nell'ambito del documento in rassegna, come possa risultare ulteriormente necessario prendere in considerazione, quali elementi suppletivi ai fini della valutazione degli effetti della cooperazione sulla concorrenza:

- il grado di concentrazione del mercato, cioè il numero e la posizione dei concorrenti;
- la stabilità delle quote di mercato nel tempo;
- le barriere all'ingresso;
- la probabilità di altri ingressi nel mercato;
- il potere di contrattazione degli acquirenti/fornitori o la natura dei prodotti (ad esempio, omogeneità, maturità).

Le indicazioni sopra fornite contribuiscono ad illuminare – peraltro alla luce di considerazioni il cui precipitato logico-argomentativo si muove in una direzione affatto opposta rispetto alle conclusioni alle quali è pervenuta AGCM – la complessità del quadro di riferimento, tale da indurre ad escludere che la presenza di un'intesa di carattere orizzontale – nella fattispecie realizzatasi a mezzo della costituzione di raggruppamenti temporanei di imprese per la partecipazione alle pubbliche gare di aggiudicazione della gestione dei servizi idrici degli ATO – sia ex se identificabile (in difetto del positivo riscontro dei suddetti "indici rivelatori") con un intendimento delle parti (ed un connesso intento strategico) di alterare la concorrenza.

Non può infatti essere pretermessa la considerazione:

- non soltanto del contesto economico nel quale si muovono gli operatori del settore;
- e non soltanto della specifica natura dei servizi all'esame;
- ma anche delle condizioni di funzionamento (e della configurazione stessa) del mercato interessato.

V.3 Nel rinviare, per quanto concerne il profilo da ultimo evidenziato, alle osservazioni dal Collegio in precedenza diffusamente esposte, giova rilevare che, se sono invero

incontroverse le complessità di carattere organizzativo-regolatorio che connotano il mercato dei servizi idrici (ancora una volta ribadendosi quanto già osservato relativamente alla articolata configurazione dello stesso ed alla diversificata attuazione del modello di riforma di cui al D.Lgs. 152/2006, abrogativo della Legge Galli), parimenti non può essere pretermessa la configurazione di difficoltà e di rigidità operative intrinseche alla concreta configurazione del mercato de quo.

Tali elementi di valutazione sono stati acquisiti dall'Autorità nel corso dell'istruttoria; e, in diversi casi, la relativa provenienza è ascrivibile ad operatori diversi dalle odierne ricorrenti.

Essi univocamente concordano nel tratteggiare la connotazione del mercato de quo in termini di non sottovalutabile problematicità.

In tal senso.

- ASM Brescia (doc. 279) ha avuto modo di sottolineare, tra le cause "ritenute in grado di dissuadere un gestore dal partecipare al sistema competitivo oggi esistente" la "carenza di certezza normativa";
- VEOLIA (doc. 293) ha affermato che "la causa principale della scarsa concorrenzialità nel settore dell'acqua è

anzitutto da individuarsi nella normativa relativa all'affidamento del servizio”;

- Hera (doc. 285) ha posto in luce che tra le principali barriere all'entrata del settore rileva “l'intrinseca complessità dei bandi, con conseguente necessità di disporre di importanti risorse organizzative ed economiche ... e di organizzare dette risorse in tempi relativamente brevi”; sottolineando ulteriormente che un'ulteriore barriera è rappresentata dalla necessità “di conoscenza dettagliata del contesto territoriale e socio-economico (ciò che include difficili valutazioni sulla gestione sul rischio di credito), nonché della dotazione infrastrutturale resa disponibile per la gestione del servizio”;
- Smat (doc. 282) ha, invece, rilevato che “i requisiti di partecipazione alle gare prescrivono limiti molto stringenti in tema di capacità tecnico-gestionale, sovente accoppiati a specifiche richieste di possesso di particolari skill di carattere tecnico”, evidenziando che “tali limiti di legge escludono tout court la stragrande maggioranza dei gestori italiani ..., rendendo di fatto possibile la partecipazione ai pochi soggetti che dispongono delle caratteristiche tecnico-economiche”;

- ASM Brescia (doc. 279) ha poi posto l'accento sulla incapacità "dell'ente affidante di individuare adeguati criteri di aggiudicazione e di corretta ponderazione dei criteri di valutazione dell'offerta";
- mentre Hera ha individuato, quale principale barriera all'entrata nel mercato idrico nazionale, la "natura tendenzialmente soggettiva del giudizio di conformità per quella parte 'non economica' dell'offerta ... che coglie i caratteri generali di qualità del servizio";
- laddove l'assenza di un'adeguata politica tariffaria volta a consentire il recupero dei costi di gestione e la remunerazione del capitale investito è stata sottolineata dalla stessa Hera e da ARIN (doc. 288: in tale ultimo caso, sostenendosi che la ragione della scarsa partecipazione alle gare debba essere individuata "nell'attuale sistema tariffario, che non consente di ripagare adeguatamente gli ingenti investimenti spesso previsti";
- e, quanto agli scarsi profili di remuneratività degli investimenti da effettuarsi per la penetrazione nel mercato di che trattasi, sia Vesta (doc. 281) che Hera (doc. 285) hanno posto in luce l'elevata presenza di fattori di rischio connessi ad una ingente esposizione di carattere finanziario.

Il complesso di argomentazioni in precedenza succintamente riportate consentono di illuminare la configurazione del quadro di riferimento (mercato delle gestioni idriche) quale caratterizzato da fattori di rigidità e difficoltà sia all'ingresso, che nel concreto svolgimento dell'attività gestionale oggetto di affidamento: con la conseguenza che il riferimento (operato dall'Autorità quale elemento dimostrativo della sostenuta intesa anticompetitiva) ai frequenti ritiri dalle gare manifestati da operatori (nazionali ed esteri), lungi dal trovare esclusivo fondamento nell'attuazione di (peraltro indimostrate) pratiche restrittive della concorrenza, incontra elementi di ragionevole riscontro proprio nelle indicate peculiarità del settore economico all'esame.

V.4 Né può essere fondatamente sostenuto che il preteso programma anticoncorrenziale posto in essere da ACEA e SUEZ si sia proposto, mediante la congiunta partecipazione alle gare indette per l'affidamento della gestione degli ATO, di stabilire, con rilevanza eccedente i singoli ambiti geografici di pertinenza, un'intesa suscettibile di estendere tale congiunta presenza a livello nazionale.

Ferma l'esiguità degli affidamenti in atto realizzatisi, va osservato come ACEA e SUEZ, lungi dall'aver programmato una

strategia di indifferenziata partecipazione comune alle gare di che trattasi, abbiano invece separatamente preso parte ad un numero non insignificante di procedure di affidamento, quali quelle relative:

- all'ATO 4 Alto Valdarno (nella quale SUEZ si è presentata in r.t.i. con AMGA risultandone aggiudicataria nel 1998);
- all'ATO 5 Lazio meridionale – Frosinone, relativamente alla quale ACEA è prevalsa nel 2001 su altro raggruppamento avente capofila SUEZ;
- all'ATO Sarnese-vesuviano (per il quale l'aggiudicazione è stata nel 2000 disposta in favore di r.t.i. fra ACEA ed ENEL Hydro);
- all'ATO 5 Toscana costa (relativamente al quale SUEZ non ha partecipato ed ACEA si è ritirata dalla competizione prima della presentazione dell'offerta);
- all'ATO 4 Lazio meridionale – Latina (per il quale l'aggiudicazione, a fronte della partecipazione di ACEA e SUEZ con separati r.t.i., è intervenuta nel 2000 in favore di RTI General Des Eaux/ENEL Hydro ed altri).

A fronte di n. 3 ATO per i quali l'assegnazione della gestione è intervenuta in favore di ACEA/SUEZ, per 5 di essi le ricorrenti hanno, dunque, separatamente preso parte alle relative gare:

per l'effetto dovendosi escludere, con riferimento (non soltanto ai 64 ATO allo stato assegnati, ma soprattutto) ai 15 ATO affidati in partenariato, che la presenza in ambito nazionale delle odierne ricorrente possa aver assunto quel carattere di significatività idoneo a svelare una sottesa strategia di pervasiva penetrazione in chiave anticoncorrenziale.

Più precisamente, i dati del Blue Book 2007 (aggiornati al 30 giugno 2007) pongono in luce che:

- gli affidamenti effettuati concernono 64 ATO su un totale di 91;
- 29 dei suddetti 64 affidamenti (il 45,3%) sono stati disposti in favore di società a capitale pubblico o mediante in house providing;
- 15 affidamenti (23,4% del totale) sono intervenuti in favore di società a capitale misto pubblico/privato;
- ulteriori 15 affidamenti in forma di transitori/plurigestioni/in salvaguardia;

residuando gli anzidetti 5 affidamenti (pari al 7,8% del totale) in favore di società di capitali.

Se i dati in precedenza riportati con ogni evidenza consentono di escludere che gli ambiti territoriali interessati da una diretta e concordata presenza di ACEA e SUEZ assumano – ove il dato

venga parametrato alla complessiva connotazione quantitativa degli ATO – consistente rilevanza, convergenti elementi di valutazione sotto il profilo in esame rivengono dalla considerazione delle quote di mercato detenute dalle odierne ricorrenti.

Nella CRI (Comunicazione delle Risultanze Istruttorie) è la stessa Autorità a porre in evidenza l'attribuibilità ad ACEA (dati 2006) di una quota di mercato del 9,4% (volume), del 6,3% (valore) e dell'8,2% (popolazione nazionale servita); mentre, a fronte della mancata indicazione della quota di mercato detenuta da SUEZ per l'anno di riferimento, la stessa parte (pag. 95 del ricorso) ne individua la percentuale nella misura dello 0,4%.

Quanto sopra esposto assevera il convincimento in precedenza esposto dal Collegio circa l'inconfigurabilità – anche nel caso in cui (e si è avuto modo di dimostrare l'erroneità del relativo assunto) il mercato rilevante possa essere individuato a carattere nazionale – di una complessiva presenza di ACEA e SUEZ avente carattere di consistenza, tale da poter indurre a desumere la presenza di una sottesa strategia di concordamento anticoncorrenziale attuata a mezzo della

congiunta partecipazione alle gare di affidamento a mezzo di r.t.i.

E consente altresì di confutare le argomentazioni di AGCM circa le ricadute in termini di coerente e costante concordamento di condotta che avrebbe caratterizzato in chiave asseritamente anticoncorrenziale, in un ambito geografico necessariamente eccedente la vocazione territoriale dei singoli ATO, le intese assunte dalle ricorrenti.

VI. RILEVANZA DEI RISCONTRI ADDOTTI DA AGCM A DIMOSTRAZIONE DELL'ESISTENZA DI UN'INTESA ACEA/SUEZ

Come evidenziato dalla documentazione di causa, il fondamento giustificativo assunto da AGCM a presupposto dell'ipotesi dalla medesima formulata circa la presenza di un'intesa anticompetitiva posta in essere da ACEA e SUEZ riposa sulla rinunzia, operata dalle parti, ad un'autonoma politica di scelte preordinata a veicolare la presenza sul mercato, in favore del perseguimento di una congiunta strategia di penetrazione veicolata dalla partecipazione congiunta alle gare di affidamento della gestione degli ATO.

In disparte ogni considerazione in ordine agli esigui effetti che tale sostenuto concordamento ha prodotto (in proposito

rinvandosi a quanto sopra osservato sub V.4), va rilevato che la documentazione a tale riguardo ritenuta rilevante dall'Autorità è rappresentata da:

- un memorandum del 31 agosto 2001 acquisito presso la sede di SUEZ;
- una bozza di proposta di collaborazione inviata dall'allora Direttore per il sud-Europa di SUEZ ad ACEA (26 ottobre 2001);
- una bozza di protocollo di intesa inviata da SUEZ ad ACEA il 12 novembre 2001;
- un memo interno di SUEZ del giugno 2002;
- un fax del 17 ottobre 2002 inviato dal Vice Presidente di SUEZ all'AD della stessa Società;
- un memo interno di SUEZ del 1° aprile 2003.

Nel rilevare come il contenuto della documentazione sopra evidenziata non ponga in evidenza, con carattere di univoca conclusione, la presenza di concordamenti e/o concertazioni inter partes (a fortiori risultando esclusa l'evidenza di concrete attuazioni di concordate opzioni strategiche), va osservato che – con riferimento al fondamento, in fatto, della tesi sostenuta da AGCM (partecipazione concordata ad una o più gare in funzione anticoncorrenziale) – nessuno degli esaminati rilievi

documentale consente di argomentare la preordinazione funzionale dei r.t.i. costituiti da ACEA/SUEZ al perseguimento di tale illecita finalità.

In tale quadro, difettano dunque positivi riscontri atti a consentire di ricostruire – con la necessaria concludenza, e fuori, dunque, da un quadro argomentativo fondato su indimostrati teoremi – una concertazione inter partes che, lungi dal limitarsi alla individuazione di ragioni di politica imprenditoriale rilevanti ai fini della congiunta partecipazione a singole gare, inquadrasse piuttosto tale collaborazione all'interno del perseguimento di un più ampio intendimento strategico, volto ad alterare e/o restringere il gioco della concorrenza sull'intero mercato rappresentato dall'affidamento degli ATO.

Se la presenza di un tale intendimento è per tabulas smentita dalla non episodica partecipazione differenziata di ACEA e SUEZ a procedure di affidamento (in precedenza posta in luce), va d'altro canto osservato come dalla condotta delle parti (e, prima ancora, dai manifestati intendimenti in chiave collaborativi, illustrati dalla citata documentazione) non emerga, alla luce dei riscontri offerti dalla concreta condotta dalle medesime osservata, la presenza di una "pratica" anticoncorrenziale.

L'episodicità di iniziative pur concordate, infatti, non assurge al rango ed alla configurazione di una "pratica" laddove ad esse non sia dato ricongiungere quei caratteri di omogeneità, iterazione nel tempo e convergenza tali da indurre a desumere che il coordinamento temporale dei comportamenti di più soggetti, lungi dal risolversi in parcellizzate e/o non significative iniziative dai medesimi congiuntamente assunte, piuttosto riveli la preordinata presenza di quel "concordamento" (e, quindi, di una intesa volta a vincolare le reciproche condotte) avente valenza pianificatoria rispetto a futuri comportamenti.

Analoghe considerazioni è dato rassegnare ove si consideri la documentazione – parimenti acquisita da AGCM nel corso della condotta istruttoria e ritenuta rilevante ai fini della dimostrazione dell'intesa ACEA/SUEZ – avente carattere convergente.

Rilevano in tal senso:

- la bozza di accordo del 15 ottobre 2002 (dal titolo ACEA/SUEZ accordo di cooperazione – Linee Guida: doc. 177), recante indicazioni in merito ad un partnership agreement fra le due Società; documento, questo, indicato alla stregua di una "prima stesura" in una mail interna a SUEZ del 18 febbraio 2004 e per il quale, nel pur

considerevole arco temporale intercorso (circa un anno mezzo) non è dato riscontrare non soltanto carattere di definitività, ma anche connotazione compiutamente attuativa relativamente all'intesa de qua. Con riferimento alla indicata "bozza", peraltro, è dato rilevare come le indicazioni da essa evincibili pongano in luce che, a fronte della "forte presenza in Italia" di ACEA e del *know how* da essa vantato nella gestione dei servizi idrici, Ondeo Services (poi SUEZ) si proponeva di portare in Italia il proprio *technical expertise* ed il proprio *operating know how* (a comprova che l'intesa, lungi dall'assumere connotazioni strategiche quanto all'acquisizione di quote di mercato in relazione all'acquisizione delle gestioni degli ATO, piuttosto si configurava quale precipitato di un coordinamento cooperativo nella successiva fase gestionale);

- la bozza di *Memorandum of understanding* allegato ad una mail del 13 aprile 2006, parimenti non seguita da un definitivo e stabilizzato concordamento in forma di accordo, peraltro riguardante la formalizzazione di un progetto di razionalizzazione delle partecipazioni già acquisite da ACEA e SUEZ nella gestione di taluni ATO: in proposito osservandosi come le parti abbiano precisato l'esigenza che il relativo

contenuto si rivelasse conforme alle prescrizioni vigenti in Italia (*in accordance with the substantive laws in Italy*) e che il conseguimento degli obiettivi individuati (trasferimento delle partecipazioni detenute in società di gestione dei servizi idrici in Toscana a favore di una comune joint venture company) fosse accompagnato dall'ottenimento delle necessarie autorizzazioni (*as all necessary authorizations are obtained*).

Anche tali rilievi impongono di escludere la presenza di documentati elementi indizianti la presenza dell'affermata intesa: o, perlomeno, di un'intesa illecitamente perseguente finalità di alterazione della concorrenza in un'ottica sostanzialmente ripartitoria del mercato.

Piuttosto, a fronte delle pur innegabili ipotesi di concordamento esplicitate dalle parti – e, con esse, delle delineate ipotesi di comune presenza nell'ambito di singole gare (per le quali cfr. infra, sub VII.) – mancano evidenze documentali suscettibili di consentire la ricostruzione di un complessivo programma di interventi che, fuori dalla indicata partecipazione ad individuate, quanto limitate, procedure di selezione qualifichi la collaborazione SUEZ/ACEA in una valenza eccedente la singola

occasione di gara, sostanziando la presenza di una complessiva strategia ripartitoria ed anticoncorrenziale.

VII. L'IMPIEGO DELLO STRUMENTO DEL R.T.I. PER LA PARTECIPAZIONE ALLE GARE QUALE STRUMENTO RIPARTITORIO IN FUNZIONE RESTRITTIVA DELLA CONCORRENZA

Come reso palese non soltanto dall'occasione che ha suscitato l'intervento di AGCM (partecipazione ACEA/SUEZ in r.t.i. alla gara per l'aggiudicazione della gestione dell'ATO Toscana 3 Medio Valdarno), ma dall'intera impostazione logico-giuridica che la stessa Autorità ha inteso promuovere di al fine di accreditare la presenza di un'intesa anticompetitiva, punto nodale della sottoposta vicenda contenziosa è rappresentato dalla utilizzabilità (evidentemente discorsiva rispetto alle finalità dell'istituto) dello strumento del raggruppamento temporaneo di imprese in chiave restrittiva della concorrenza.

L'incipit del ragionamento condotto al riguardo da AGCM muove da talune considerazioni rese dalla VI Sezione del Consiglio di Stato con sentenza n. 1267 dell'8 marzo 2006.

È opportuno rammentare come la vicenda contenziosa nella fattispecie sottoposta al vaglio del giudice d'appello si incentrasse sulla ammissibilità ad una gara di un'impresa la

quale, pur avendo manifestato la volontà di partecipare a titolo individuale (che in questa veste essendo stata successivamente invitata) abbia poi preteso di aggregarsi, ai fini della partecipazione congiunta alla gara stessa, con altre imprese parimenti qualificatesi a titolo individuale.

Alla luce di tale presupposto quadro di riferimento, il giudice d'appello ha rilevato che:

- verrebbe a configurarsi "un sostanziale snaturamento dello strumento dell'associazione temporanea, che da istituto pro-competitivo volto ad ampliare le chance di partecipazione in capo ad imprese non dotate dei requisiti individuali per la partecipazione, assurge a fattore anticompetitivo capace di strangolare o evitare la concorrenza favorendo intese tra soggetti tenuti a competere per il fatto di avere manifestato la volontà di partecipare separatamente alla procedura (vedi, in termini, il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 7 febbraio 2003, n. AS251 ove si sottolinea il rischio che il modello del raggruppamento possa evolvere a strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese, e tanto in distonia con le finalità perseguite dal legislatore nazionale e comunitario);

- così come viene in evidenza “una vulnerazione della ratio che anima il divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese sostanzialmente collegate, ostante alla possibilità che imprese prequalificatesi singulatim possano anche solo tentare un accordo per costituire un raggruppamento, così scambiandosi le relative informazioni sulle future offerte, per poi decidere di mantenere la propria domanda individuale in caso di sbocco non fruttuoso dell'approccio negoziale”;

conclusivamente ritenendo che la scelta se concorrere singulatim, in a.t.i. costituenda o in a.t.i. già costituita, oggetto di un diritto insindacabile degli operatori economici ... deve essere compiuta all'inizio della procedura onde consentire alla stazione appaltante ed ai concorrenti di avere contezza della platea dei competitori e, soprattutto, del ventaglio numerico delle offerte; e che , in ogni caso, le norme che consentono una modifica della veste giuridica ... vanno intese nel senso dell'ampliamento della platea dei partecipanti e non della ammissione di accordi tra imprese individualmente concorrenti ed in questa veste prequalificate”.

Tale – condivisibile – complesso di argomentazioni non sembra assurgere a concludente e diretta rilevanza al fine di escludere, quanto alla vicenda in esame, che assumano carattere lecito le

diversificate forme di collaborazione fra soggetti al fine della partecipazione ad una gara laddove non venga compiutamente dimostrato che ad esse non sia intrinseco un intento limitativo della concorrenza; e che esse, quindi, siano strumentalmente preordinate a vulnerare (a anche solo a limitare) la possibilità per altri operatori economici di accedere, a parità di condizioni, alla procedura di selezione.

In tali termini, la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. sez. VI, 8 febbraio 2007 n. 515) ha avuto modo di affermare che, se la tipicità di un contratto (nella fattispecie, contratto di consorzio tra imprese con attività interna; ma il relativo presupposto è ovviamente predicabile in presenza di un modulo collaborativo, quale il r.t.i., consentito dall'ordinamento) non esclude l'illiceità antitrust di un'intesa che assuma la forma di tale contratto, è tuttavia necessario che venga "verificato, in concreto, il suo utilizzo a fini anticoncorrenziali, attraverso l'individuazione dell'effettiva causa dell'accordo concluso tra le parti, da intendersi non come astratta funzione economico-sociale di quel contratto, ma come ragione dell'affare, ovvero giustificazione dell'operazione economica posta in essere, quale essa è desumibile dal concreto atteggiarsi degli interessi nel caso in questione" (si confronti anche, in senso sostanzialmente

conforme, quanto da questa Sezione sostenuto con sentenza n. 3752 del 10 maggio 2005).

Ma è la stessa Autorità ad aver precisato come l'esistenza di una modalità concordativa delle offerte non riveli, ex se riguardata, carattere dirimente ai fini della connotazione anticompetitiva, piuttosto necessitando che riceva adeguata emersione l'intento spartitorio ripromessosi dalle parti in chiave evidentemente lesiva rispetto al fisiologico atteggiarsi della dinamica concorrenziale.

È quanto emerge dal provvedimento di AGCM n. 15393 del 26 aprile 2006, nel quale l'intento spartitorio avvertito dall'Autorità si era sostanziato in un meccanismo di "turnazione" fra imprese partecipanti ad un'intesa al fine della partecipazione a gare di appalto, o, ancora, nell'attuazione di comportamenti collusivi volti a determinare una riduzione dei prezzi di offerta al fine di pervenire ad un pratico condizionamento dell'esito della gara; intento reso possibile non soltanto dalla iterazione dei processi di allocazione delle aggiudicazioni – tale da consentire l'agevole acquisizione di informazione, da parte delle imprese interessate, in ordine ai reciproci posizionamenti sul mercato – ma anche dall'agevole pronosticabilità di condotte adesive o devianti, da

parte dei partecipanti stessi, dai comportamenti frutto di concertazione.

Non può allora il Collegio omettere di convenire con quanto sostenuto da Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1189, per cui, "a differenza di altre ipotesi di intese anticoncorrenziali, nelle quali lo scambio di informazioni può essere indice di un concordato parallelismo di comportamenti, in caso di utilizzo dello strumento di un contratto tipico e 'neutro' ai fini antitrust" (nella fattispecie, quello di coassicurazione; ma anche in questo caso, la ratio della pronuncia è chiaramente estensibile all'utilizzo di consentite moduli partecipativi, quali il r.t.i.), "gli indici rivelatori della illiceità dell'accordo devono essere ricercati all'esterno di questo, e non già nella sua fase di formazione, finendo altrimenti per ritenere l'accordo in sé non consentito".

E, a tale stregua, va rilevato come nelle considerazioni rassegnate dall'Autorità non sono rinvenibili convincenti argomentazioni che inducano ad escludere che la finalità aggregativa abbia, nella vicenda all'esame, trovato adeguati fondamenti giustificativi nell'esigenza, concordemente ravvisata dalle parti, di implementare l'economicità e l'efficienza della presenza sul mercato attraverso l'utilizzazione di (consentiti)

strumenti di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione della gestione degli ATO.

Non è il caso, al riguardo, se non di rinviare alle indicazioni dal Collegio precedentemente riportate in ordine alla peculiarità del mercato delle gestioni idriche ed alla problematicità dello stesso con riferimento ad elementi di rischio e di redditività che connotano l'assunzione della gestione.

E non è il caso, nella presente sede, di porre in evidenza la presenza di un complesso di elementi – necessariamente intrinseci all'elaborazione di una strategia imprenditoriale – che possano aver indotto la (o, comunque, aver dispiegato rilevanza nella) ricerca di sinergie con altri operatori al fine del perseguimento di obiettivi – leciti – di implementazione dell'efficienza e/o dell'economicità della gestione.

Ciò in quanto, se è vero che l'utilizzo in chiave anticoncorrenziale di strumenti legittimamente posti dall'ordinamento a disposizione degli operatori (moduli contrattuali; forme di cooperazione e/o collaborazione) deve trovare adeguata emersione (e compiuto riscontro) nel perseguimento di un intento anticompetitivo, allora non può esimersi il Collegio dal rilevare come proprio l'Autorità, nel momento in cui ha assunto a fondamento dell'ipotesi dalla

stessa formulata l'impiego discorsivo del r.t.i. quale strumento volto a finalità eminentemente ripartitorie (del mercato), avrebbe dovuto dare concreta dimostrazione delle ricadute effettuali di tale utilizzo.

Non intende certo il Collegio, con l'affermazione da ultimo esposta, andare in contrario avviso rispetto al consolidato orientamento (ripetutamente propugnato dalla Sezione) che annette rilevanza agli effetti anticompetitivi esclusivamente ai fini della qualificazione in termini di "gravità" dell'intesa (e, quindi, alla riveniente graduazione delle previste sanzioni): piuttosto affermandosi che, laddove venga (come nella fattispecie) in considerazione la presenza di uno strumento legittimamente utilizzabile in quanto previsto dall'ordinamento (nella specie: r.t.i.), allora il distorsivo utilizzo del medesimo deve incontrare adeguata emersione dimostrativa nelle ricadute effettuali che il relativo impiego sia stato suscettibile di determinare: pena, altrimenti (laddove gli indici rivelatori della illiceità dell'accordo non vengano compiutamente individuati e dimostrati, come affermato dalla citata giurisprudenza, "all'esterno di questo, e non già nella sua fase di formazione") la conclusione, invero paradossale, della illiceità in sé dell'accordo.

Tale dimostrazione, come in precedenza esposto, non è stata dall'Autorità fornita con elementi aventi incontrovertibile rilevanza ai fini della presenza di un'intesa avente finalità anticompetitive: per l'effetto non potendo esimersi il Collegio dal dare atto della carenza – avente inevitabile rilevanza invalidante sulle conclusioni alle quali è pervenuta nella fattispecie AGCM – di un congruo ed adeguato apparato giustificativo dell'affermata intesa anticoncorrenziale.

VII. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

I rilievi esposti ai precedenti punti consentono al Collegio di dare atto della fondatezza delle censure con i ricorsi all'esame mosse avverso l'impugnata determinazione dell'Autorità.

In tal senso:

- fermo il carattere perplesso e contraddittorio delle indicazioni da AGCM fornite quanto all'individuazione del mercato rilevante;
- ulteriormente dato atto della indimostrata esistenza di un concordamento posto in essere da ACEA e SUEZ non già in vista della partecipazione a singole gare per l'affidamento della gestione di ATO, ma, più estesamente, al fine della penetrazione ed affermazione della presenza delle suddette imprese sul territorio nazionale;

- escluso, comunque, che siffatta intesa sia stata suscettibile di determinare conseguenze distorsive di carattere anticompetitivo e sia qualificabile in termini di "consistenza" avuto riguardo sia agli ambiti territoriali nei quali essa ha avuto attuazione, sia alle quote di mercato acquisite da ACEA/SUEZ;
- ulteriormente confutato che gli elementi documentali raccolti consentano di individuare una strategia imprenditoriale comune delle ricorrenti, volta a pianificare la congiunta partecipazione delle stesse a tutte le procedure di selezione indette per l'affidamento delle gestioni idriche facenti capo ai diversi ATO;
- valutata, da ultimo, l'assenza di riscontri obiettivi all'affermata restrizione che l'intesa in questione avrebbe posto all'ingresso sul mercato di altri operatori;

non può esimersi il Collegio, in accoglimento delle doglianze al riguardo dedotte dalle parti ricorrenti con i mezzi di tutela all'esame, dal dare atto, in tali limiti, dell'illegittimità dell'avversata determinazione, con riveniente annullamento di essa.

Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione I – preliminarmente riuniti i ricorsi nn. 1071 e 1139 del 2008, rispettivamente proposti da ACEA S.p.A., e SUEZ ENVIRONNEMENT S.A., accoglie entrambe le suddette impugnative e, per l'effetto, annulla i provvedimenti con essi impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 7 maggio 2008, con l'intervento dei seguenti magistrati:

Pasquale DE LISE – Presidente

Roberto POLITI – Consigliere, relatore, estensore

Mario Alberto DI NEZZA – Primo Referendario

IL PRESIDENTE

IL MAGISTRATO ESTENSORE