

Pubblicato il 22/12/2020

N. 13888/2020 REG.PROV.COLL.
N. 06960/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6960 del 2014, proposto da Herambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Caia, Nicola Aicardi e Mario Sanino, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, v.le Parioli, 180;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia "ex lege" in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

CBRC Centro Bolognese Recupero Carta S.r.l. e Bandini e Casamenti S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Stefano Vinti e Stefano Cresta, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Emilia, 88;

per l'annullamento

- della deliberazione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato assunta nell’adunanza del 27 febbraio 2014 che ha ritenuto sussistente a carico delle società HERA s.p.a. e Herambiente s.p.a. l’illecito di abuso di posizione dominante, in violazione dell’art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, comminando la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 1.898.700; deliberazione notificata alla società HERA s.p.a. in data 10 marzo 2014 e successivamente pubblicata sul Bollettino settimanale dell’AGCM n. 11/2014 del 17 marzo 2014, con il n. 24819;
- di ogni atto presupposto, connesso, consequenziale, allo stato anche non conosciuto, ivi in particolare compresi, per quanto possa occorrere, l’atto di avvio dell’istruttoria n. 24098 del 5 dicembre 2012 e la comunicazione delle risultanze istruttorie.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della CBRC Centro Bolognese Recupero Carta s.r.l. e della Bandini e Casamenti s.r.l., con la relativa documentazione;

Viste le memorie difensive e le note di udienza ex d.l. n. 137/2020;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza del 18 novembre 2020, tenutasi “da remoto” in “videoconferenza” ex art. 25 d.l. n. 137/2020, il dott. Ivo Correale come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con rituale ricorso a questo Tribunale, la Herambiente s.p.a (“Hera”) chiedeva l’annullamento del provvedimento in epigrafe, con il quale l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“Autorità” o “AGCM”) aveva deliberato che tale società, unitamente alla controllante Hera Holding Energia Risorse Ambiente s.p.a., aveva posto in essere “...*un abuso di posizione dominante, consistente nell’aver assegnato, in via esclusiva, alla controllata (da Herambiente) Akron*

s.p.a. senza confronto equo, trasparente e non discriminatorio e ad un prezzo inferiore a quello di mercato, i rifiuti da raccolta congiunta urbana di Hera, con un conseguente maggior livello della tariffa/tassa per il servizio di igiene urbana nei comuni in cui essa era gestore e con esclusione dei concorrenti di Akron s.p.a. nell'accesso ad un "input" essenziale per la produzione di macero 1.02". Nello stesso provvedimento, oltre all'inibitoria e al rigetto della richiesta di proroga del termine di chiusura del procedimento, era disposta anche la condanna al pagamento in solido della sanzione amministrativa pecuniaria di 1.898.700.

Il procedimento trae origine dalla segnalazione della CBRC Centro Bolognese Recupero Carta s.r.l. ("CBRC") – impresa con sede in Bologna e attiva sul territorio regionale emiliano-romagnolo nel recupero dei rifiuti cellulosici da trasformare in "macero" destinato alle cartiere - in riferimento alla condotta sopra descritta.

Avviato il procedimento, sentite le parti e valutate le risultanze istruttorie, nel provvedimento conclusivo l'Autorità descriveva la "filiera" riguardante la raccolta differenziata e le attività di recupero/riciclo dei rifiuti cellulosici, vale a dire dei rifiuti costituiti dagli imballaggi a base cellulosica (principalmente scatole e astucci in cartone cartoncino a base cellulosica e da altri materiali cellulosici, diversi dall'imballaggio, quali giornali, riviste, stampati, fotocopie ecc.). Era precisato che la filiera cartaria si caratterizza, quindi, per essere una "filiera chiusa", in quanto il riciclo dei rifiuti cellulosici è infatti operato dagli stessi produttori di materiali cellulosici (le cartiere). Dopo aver indicato la funzione che alcuni consorzi appositamente avevano nel ciclo di utilizzo – per quel che qui rileva il COMIECO – l'AGCM si soffermava sulle attività "a valle" della raccolta (avvio al recupero, selezione e recupero dei rifiuti cellulosici) e, in particolare, sulla filiera dei rifiuti cellulosici nelle aree servite da Hera, comprendenti: tutti i Comuni delle Province di Forlì-Cesena e Ravenna, gran parte delle Province di Modena, Bologna e Rimini e il comune di Ferrara; in tutte tali aree operavano anche gestori c.d. "minori" che erano indicati, "minori" in quanto la raccolta congiunta gestita da Hera

rappresentava oltre l'80% dell'intera offerta di rifiuti cellulosici da raccolta congiunta delle Province interessate. I rifiuti raccolti da Hera erano stati recuperati prevalentemente (circa 2/3) in impianti del gruppo, gestiti dalla controllata Akron s.p.a. ("Akron"), nonché presso alcune piattaforme terze (circa 10-50.000 ton/anno), tra cui CBRC e Bandini e Casamenti s.r.l. ("Bandini").

L'AGCM precisava che nel 2009 e 2010 Hera aveva conferito integralmente al COMIECO la raccolta congiunta e selettiva ammessa ma, a fine dicembre 2010, aveva poi comunicato al consorzio di voler parzialmente uscire dal regime di convenzionamento cui aveva aderito in precedenza, in ragione della maggiore convenienza delle condizioni di libero mercato, così che, nel 2011, 2012 e 2013, conferiva al COMIECO, ovunque, la raccolta selettiva "ammessa" e, soltanto in provincia di Forlì e nei Comuni di Ferrara e Rimini, anche gli imballaggi estratti dalla raccolta congiunta, e destinava, in tutte le aree in cui era gestore, la raccolta congiunta al mercato libero, cedendola ad Akron. La condotta del gruppo Hera, al centro dell'istruttoria, pertanto, era costituita dal conferimento diretto ad Akron dei rifiuti cellulosici da raccolta differenziata urbana sottratti al "sistema consortile COMIECO" negli anni 2011, 2012 e 2013.

Dal punto di vista strategico, quindi, era stato individuato Akron come sostituto di COMIECO nella gestione dei rifiuti cartacei raccolti dal gruppo e il presupposto di tale sostituzione era imprescindibilmente rappresentato dalla disponibilità dei rifiuti cellulosici urbani da parte della capogruppo Hera, in qualità di gestore.

Ne era derivata l'internalizzazione dei profitti della vendita del macero ottenuto dalla raccolta congiunta e selettiva non ammessa. Infatti – precisava l'AGCM - la vendita ad Akron, e non a piattaforme esterne, dei rifiuti cellulosici raccolti da Hera aveva consentito al gruppo di appropriarsi dei ricavi derivanti dalla commercializzazione del macero, che da tali rifiuti era ottenuto, laddove, al contrario, nel "sistema COMIECO", Akron, come gli

altri recuperatori convenzionati, era remunerato esclusivamente per il servizio di selezione reso alle cartiere.

La strategia del “gruppo Hera”, rilevava l’AGCM, aveva mirato a gestire direttamente tutti i propri flussi di raccolta congiunta e, quindi del relativo macero, inclusi quelli delle aree in cui la dotazione impiantistica del gruppo fosse stata carente (come nell’area bolognese). In tali aree, infatti, Akron aveva contrattualizzato, in conto lavorazione, le piattaforme dei concorrenti. In tal modo, il “gruppo Hera” aveva centralizzato la commercializzazione di macero con le cartiere, gestendo elevati volumi che, in precedenza, erano intermediati dal “sistema consortile COMIECO”.

Pertanto, con l’uscita dal “circuito COMIECO” della raccolta congiunta la quantità acquistata mensilmente da Akron era aumentata.

L’Autorità rilevava anche che la documentazione agli atti del procedimento testimoniava che, a partire dall’anno 2012, il “gruppo Hera” non aveva mai più preso in considerazione la possibilità di effettuare un confronto competitivo per la vendita della carta da raccolta congiunta che aveva deciso di non conferire al “consorzio COMIECO”. L’offerta che CBRC aveva presentato a marzo

2012, del resto, non aveva ricevuto risposta alcuna al momento della presentazione. Soltanto a fine 2012, all’interno del “gruppo Hera”, si era effettuato un approfondimento, da un punto di vista giuridico, sulla necessità di effettuare una gara per la cessione dei rifiuti cellulosici ai sensi del codice per i contratti pubblici ma l’esito dell’approfondimento era andato nella direzione di ritenere che non sussistesse tale obbligo, obbligo in effetti irrilevante ai fini della contestazione in atto, come rilevato dalla stessa AGCM nel provvedimento impugnato (par. 191 del provvedimento stesso).

Esaminate e confutate le controdeduzioni delle parti, l’AGCM concludeva nel senso di ritenere tre mercati rilevanti ai fini del procedimento, quali:

(i) i mercati della raccolta di rifiuti cellulosici da RDU nei Comuni delle Province di Forlì-Cesena e Ravenna, Rimini, Bologna e Modena e Ferrara in

cui HERA è affidataria del servizio di gestione urbana;

(ii) i mercati della vendita dei rifiuti cellulosici da raccolta congiunta delle Province di Bologna, Modena, Ferrara, Ravenna, Forlì-Cesena, Rimini;

(iii) i mercati della vendita di macero 1.02 dell'Emilia Romagna e della macroregione Emilia Romagna–Marche, nonché quelli delle macro-regioni che includono la Toscana e il Trentino.

Akron aveva mantenuto una elevata quota nei mercati rilevanti dell'Emilia Romagna e della macro Regione Emilia Romagna – Marche, dove aveva praticato “spread” crescenti tra il

2011 e il 2012; nelle altre regioni dove Akron operava – per esempio la Toscana ed il Trentino - che costituivano parte di mercati rilevanti più ampi dal punto di vista geografico, la quota di Akron era nettamente inferiore. Pertanto, Akron era stata in grado di esercitare un significativo potere di mercato nelle vendite di “macero 1.02” alle cartiere, in particolare, nei mercati dell'Emilia Romagna e della macroregione Emilia Romagna-Marche, nel 2011-2012.

In conclusione, l'Autorità rilevava che:

a) la strategia del “gruppo Hera” era individuata nella volontà di porre Akron come fulcro della commercializzazione del “macero 1.02” ricavato da raccolta congiunta di Hera, laddove Akron aveva sostituito di fatto COMIECO in tale attività; la strategia era stata attuata compiutamente negli anni successivi (2012-2013) ove nuovamente era stato effettuato il conferimento diretto “intragruppo” della raccolta congiunta, in via esclusiva e senza alcun confronto competitivo;

b) il conferimento diretto ad Akron aveva escluso i concorrenti dall'accesso a un “input” essenziale per la produzione del “macero 1.02” e aveva dato, quindi, alla società controllata un vantaggio competitivo non replicabile dalla concorrenza nel mercato della vendita di “macero 1.02” di cui le cartiere non possono fare a meno; tale comportamento individuava una condotta di “input

- foreclosure” posta in essere da un venditore, monopolista dell’”input”, a favore della propria controllata “a valle”;
- c) la vendita dei rifiuti cartacei ad Akron era avvenuta a prezzi inferiori a quelli che il “gruppo” poteva ottenere sul mercato; ne discendeva, quindi, che i ricavi di Hera dalla vendita di rifiuti da RDU congiunta erano stati minori di quelli che la stessa avrebbe potuto ottenere da una vendita con modalità competitive;
- d) dato che tali ricavi abbatterono i costi della raccolta, riguardo alla tariffa pagata dai cittadini-utenti, discendeva che agli stessi cittadini era stato praticato un prezzo eccessivamente oneroso per il servizio di raccolta in esame;
- e) con il conferimento diretto ad Akron di tutta la carta uscita dal “circuito COMIECO” nella disponibilità del “gruppo Hera”, i recuperatori concorrenti erano stati esclusi dall’accesso a tali rifiuti, impedendo, di conseguenza, lo sviluppo della concorrenza sul mercato del “macero 1.02”;
- f) l’abuso si era realizzato nei mercati rilevanti provinciali della vendita di RDU congiunta cellulosica a libero mercato, ove Hera aveva potuto utilizzare il suo potere (di mercato) per precludere l’accesso ai concorrenti di Akron, conferendo l’intero volume disponibile alla sua controllata e ad un prezzo di favore;
- g) l’abuso non aveva consentito di massimizzare i ricavi da portare in detrazione ai costi del servizio di igiene urbana riconosciuti in tariffa (TIA/TARSU/TARES); in tal senso, quindi, nei bacini serviti da Hera, i cittadini-utenti si erano visti quantificare la tariffa in eccesso rispetto a quanto sarebbe accaduto in presenza di un comportamento che avesse massimizzato i ricavi ottenibili sul mercato da parte del gestore; ciò era più evidente a partire dal 2012-13, quando vi era stata una significativa riduzione del ricavo dalla vendita dei rifiuti per Hera, in ragione delle migliori condizioni contrattuali accordate ad Akron;

h) le risultanze istruttorie avevano mostrato che vi erano stati concorrenti interessati all'acquisizione della raccolta congiunta di Hera a prezzi migliori di quello che la società aveva ottenuto da Akron.

Dopo aver confutato ulteriori tesi delle parti, l'AGCM precisava che era irrilevante l'applicabilità o meno dell'obbligo di gara, in quanto nel caso di specie la contestazione riguardava la compatibilità della condotta tenuta dal "gruppo" con la normativa della concorrenza e non con altra disciplina speciale. La scelta del gestore monopolista della raccolta di abbandonare il sistema consortile per valorizzare la carta da RDU sul mercato era potenzialmente pro- competitiva in quanto implicante l'apertura di mercati dell'approvvigionamento dei rifiuti, ma tali potenzialità potevano essere realizzate soltanto consentendo un confronto equo, trasparente e non discriminatorio tra tutti i recuperatori interessati all'acquisto dei rifiuti attraverso una procedura "genuinamente competitiva".

L'AGCM, infine, concludeva non considerando "impegno" valido ai fini di diversa conclusione del procedimento la prospettata volontà di indire per il futuro procedure competitive per l'allocazione delle risorse in questione e rigettava una domanda di proroga della conclusione del procedimento.

Ripercorrendo anche essa i presupposti di fatto sopra sintetizzati, la società ricorrente avverso tale provvedimento, nel ricorso lamentava, in sintesi, quanto segue.

"1. Falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 287/1990. Pretermissione dei principi di tutela ambientale relativi al servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani (arti. 181, 195, 198, 200-203 dlgs. n. 152/2006). Svalutazione del bene ambiente in violazione dei principi posti dall'art 117 CosL. 2° comma, lett s), e dei principi del diritto europeo. Illegittimità per travisamento dei fatti?"

Sulla base dell'interpretazione del d.lgs. n. 152/2006 e della l.r. Emilia-Romagna n. 25/1999, la conclusione dell'AGCM, secondo cui era data per scontata l'esistenza di un mercato liberalizzato per le attività di recupero dei rifiuti cellulosici da raccolta differenziata urbana, non poteva essere condivisa.

In realtà, incombevano sugli operatori economici titolari del servizio di gestione dei rifiuti urbani rilevanti responsabilità e obblighi di servizio pubblico anche con riguardo alla destinazione finale dei rifiuti e alle esigenze di regolarità, continuità e sicurezza per la migliore soddisfazione dei bisogni dei cittadini/utenti. Tali elementi erano stati preponderanti nella scelta dell'affidamento diretto ad Akron, unica ad avere idonei requisiti impiantistici e dimensionali sul territorio.

L'affidamento eventuale a lotti minori e suddivisi in favore di altri operatori avrebbe creato disfunzioni e discontinuità nel trattamento, con elevata probabilità di inadempimenti in fase di esecuzione contrattuale e possibile compromissione della qualità del prodotto finale a scapito della stessa utenza.

In sostanza, per la ricorrente, nella fattispecie era assente un mercato concorrenziale, anche solo potenziale, quale presupposto di applicazione dell'art. 3, l. n. 287/1990, venendo in rilievo anche profili ambientali di ordine primario. Inoltre, risultava che la stessa Autorità aveva sollecitato il Governo e il Parlamento ad adottare nuove norme pro-concorrenziali in specifici settori tra cui anche quello dei rifiuti urbani, per cui era chiaro che — in base al diritto vigente — restava impregiudicata l'ampia discrezionalità dei soggetti locali di modulare l'ambito della privativa, fermo restando l'utilizzo delle “gare d'ambito”, ex art. 198 d.lgs. n. 152/06, al fine del superamento della frammentazione e in funzione dell'efficienza e della qualità del servizio reso ai cittadini, che Hera aveva solo anticipato con l'affidamento ad Akron.

“2. Falsa applicazione dell'art. 198, d.lgs. n. 152/2006 e dell'art. 3, legge n. 287/1990. Illegittimità per travisamento dei fatti, contraddittorietà e carenza di motivazione nella de-terminazione dei mercati rilevanti?”.

In ordine alla necessaria perimetrazione del mercato rilevante, e alla corretta individuazione della struttura del mercato, nonché del contesto economico e giuridico che ne disciplina il funzionamento, la ricorrente osservava che la definizione dei tre mercati considerati dall'AGCM - mercati della raccolta di rifiuti cellulosici da raccolta differenziata urbana a carattere locale nelle

province indicate, mercati della vendita dei rifiuti cellulosici da raccolta congiunta urbana a rilevanza locale e mercati della vendita di “macero 1.02” a rilevanza macro-regionale – era basata su ragionamenti diversi e contrastanti con quanto in precedenza rilevato in un provvedimento del 2012 sulla dimensione nazionale di un’operazione di concentrazione in materia, ivi valutata.

Ad ogni modo, aggiungeva la ricorrente, nel caso di specie comunque mancava una solida base motivazionale sugli elementi essenziali dell'accertamento in fatto - in relazione al prodotto e per area geografica - che la giurisprudenza assume quale presupposto essenziale per l'applicazione delle norme in tema di mercato rilevante.

“3. Illegittimità per travisamento dei fatti, carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità e contraddittorietà con riguardo all'affidamento diretto da HA a Akron e ai presunti effetti escludenti e di sfruttamento della posizione dominante da parte di HERA. Falsa applicazione dell'art. 3, legge n. 287/1990, in riferimento all'art. 218 del Codice dei contratti pubblici?”.

L'Autorità non aveva considerato quanto illustrato nel contraddittorio endoprocedimentale sulla rilevanza delle esigenze di sicurezza e continuità, non assicurate da altri recuperatori terzi, e sulla capacità produttiva, efficienza dei processi e sostenibilità ambientale delle operazioni di recupero effettuate da Akron, soprattutto legate alla moderna tecnologia dell'impianto sito in Granarolo, ben differente dalle vetuste modalità di selezione manuale degli altri operatori del bolognese.

Vi erano stati, quindi, sostanziali investimenti sulle efficienze produttive, tesi a migliorare la soddisfazione delle esigenze dei cittadini/utenti in termini sia di sicurezza del ciclo della gestione dei rifiuti sia di innovazioni di prodotto, a beneficio anche della domanda proveniente dai consumatori dei prodotti finali dell'attività di recupero, quali le cartiere.

Tale scelta gestionale aveva dato luogo a guadagni di efficienza, trasferiti a vantaggio dei cittadini/utenti e dei consumatori e quindi, come tale, era priva

di effetti anticompetitivi, ai sensi dell'art. 3, lett. b), l.n. 287/1990, che richiede, come postulato indispensabile per la valutazione in termini anticompetitivi di un comportamento di un'impresa, che questo sia dannoso per i consumatori e/o gli utenti e non già che possa semplicemente rappresentare una minaccia per i concorrenti dell'impresa stessa, con conseguente mera protezione fine a sé stessa delle attuali posizioni di mercato dei concorrenti (di Akron).

Inoltre, non vi erano neanche guadagni tali nel bilancio di Akron idonei a giustificare la conclusione dell'AGCM sull'intento speculativo-lucrativo di mantenere all'interno del "gruppo Hera" i proventi in questione.

La ricorrente rilevava anche che nella fattispecie non risultava affatto comprovato che avrebbe potuto ottenere prezzi superiori svolgendo procedure competitive, come invece osservato dall'Autorità, dato che le tre offerte di riferimento prese in considerazione dall'AGCM erano caratterizzate da elementi contrattuali ed economici tali per cui esse non potevano essere valido riferimento del prezzo di mercato.

Invero, l'Autorità aveva mancato di considerare che la scelta del conferimento dei rifiuti in questione tra le società del "gruppo" risultava decisamente conveniente se confrontata con l'unico referente valido, quale era la remunerazione che Hera avrebbe ottenuto se avesse continuato ad aderire al sistema di convenzionamento con il COMIECO.

A tali considerazioni doveva aggiungersi anche che: i rapporti infragruppo sono comunemente considerati leciti e sono espressamente ammessi dall'ordinamento, anche nei casi in cui è imposta per legge la concorrenza di mercato (settore degli appalti pubblici); le procedure competitive aventi ad oggetto la vendita di rifiuti cellulosici provenienti dalle raccolte urbane erano state del tutto sporadiche, tra il 2012 e il 2013, e per il 10% delle quantità non gestite tramite il COMIECO; la scelta censurata non determinava, nella fattispecie, concreti effetti avversi alla concorrenza, per l'assenza, sul territorio di riferimento, di operatori effettivamente comparabili con Akron.

“4. Violazione, da parte dell'Autorità, dei principi posti dalla legge istitutiva n. 287/1990 che delimitano le sue funzioni e ne regolano l'esercizio. Sviamento di potere per l'anomala contaminazione tra l'attività di advocacy e la funzione di accertamento degli illeciti anticoncorrenziali ai sensi dell'art. 3, legge n. 287/1990”.

L'AGCM, nel provvedimento impugnato, aveva indebitamente tramutato una linea di indirizzo – sull'auspicata apertura al mercato dell'attività del recupero dei rifiuti cellulosici derivanti da raccolta differenziata urbana - in una linea di azione amministrativa, con illegittima commistione tra attività di “advocacy” e la specifica funzione di accertamento degli illeciti concorrenziali. Inoltre, così facendo, aveva indebitamente condizionato, in termini assai rilevanti, la definizione della futura gara per l'affidamento del servizio integrato di gestione dei rifiuti, per i cui contenuti l'assetto legislativo in materia attribuiva un ampio margine di discrezionalità alle Autorità d'ambito.

“5. Illegittimità per difetto di istruttoria, violazione del principio del giusto procedimento, carenza di motivazione con specifico riguardo all'imputabilità delle condotte e alla consapevolezza della illiceità anticoncorrenziale”.

Il Collegio dell'Autorità si era sostanzialmente “appiattito” sulla CRI, spesso riportata pedissequamente nel testo della deliberazione impugnata, anziché assumere il ruolo “terzo” che è richiesto dall'accertamento degli illeciti anticoncorrenziali, secondo la giurisprudenza prevalente.

Inoltre, la ricorrente eccepiva il difetto di istruttoria e l'insufficienza di motivazione con riguardo al punto cruciale dell'imputabilità della condotta sotto il profilo soggettivo, non essendo stato né provato, né dimostrato — a carico della società del “gruppo”— l'intento di precludere, contro i principi del mercato concorrenziale, il nascere del nuovo mercato della vendita a libero mercato di rifiuti cellulosici da raccolta congiunta urbana, al di fuori del “regime amministrato - consortile COMIECO”, tenuto conto anche dell'assoluta novità del caso.

“6. Illegittimità della sanzione per erroneo accertamento in ordine alla gravità e durata dell'infrazione, in violazione dell'art 15, L. n. 287/1990, travisamento dei fatti e carenza

di motivazione”.

In linea subordinata, la ricorrente contestava l'entità della sanzione in relazione alla sua gravità, alla consapevolezza dell'illecito e alla durata.

Si costituivano in giudizio l'intimata Autorità, CBRC e Bandini, per resistere al gravame.

In prosima della trattazione di merito, l'AGCM depositava una memoria illustrativa, cui replicava la ricorrente a sua volta con memoria. Quest'ultima e le altre due società costituite depositavano, poi, note di udienza ex art. 25 d.l. n. 137/20 al fine del passaggio in decisione, che era effettuato dal Collegio all'udienza “da remoto”, in “videoconferenza” ex art. 25 cit., del 18 novembre 2020.

DIRITTO

Il Collegio ritiene fondato il ricorso per quanto sostanzialmente dedotto nei primi tre motivi.

Prima di inquadrare la specifica fattispecie, è necessario riassumere alcuni principi di ordine generale.

Come base normativa può richiamarsi l'articolo 102 del TFUE (già art. 82 del “Trattato CE”), il quale vieta, “nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo”; così pure l'art. 3 della l. n. 287/1990 ne riprende il contenuto, stabilendo che “è vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante...”.

In proposito si è, in primo luogo, osservato come la posizione dominante è una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima

analisi, dei consumatori (Corte di Giustizia CE, 14.2.78, in C - 27/76 United Brands).

L'analisi effettuale, di conseguenza, assume un valore determinante, atteso che "l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero stati necessariamente decisivi" (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, cit.).

La norma, dunque, delinea una fattispecie aperta, con la conseguenza che per aversi posizione dominante non è necessario che un'impresa si trovi in una posizione di monopolio o di quasi monopolio su un dato mercato, atteso che ciò che rileva è la possibilità per l'impresa di essere in grado - se non di decidere - quantomeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza (Corte di giustizia CE 13.2.79, in C-85/76, Hoffmann/La Roche).

La giurisprudenza europea e le comunicazioni della Commissione che si sono succedute hanno poi più volte sottolineato che non è di per sé illegale che un'impresa si collochi in posizione "dominante", avendo tale impresa tutto il diritto (ma anche il dovere) di competere sulla base dei propri meriti. Il divieto concorrenziale, pertanto, trova fondamento piuttosto nella "speciale responsabilità" delle imprese dotate di un forte potere economico di mercato di non permettere che il proprio comportamento ostacoli una concorrenza realmente competitiva e priva di distorsioni nel mercato comune, quale "mercato rilevante".

E' necessario, quindi, individuare una linea di demarcazione tra "uso" e "abuso" della posizione di concorrenza dominante, ciò che deve avvenire in ragione del principio generale di proporzionalità, indagando, in concreto, il potere economico dell'impresa e comparando lo stesso alle distorsioni della concorrenza che la condotta di quell'impresa in quello specifico ambito è in grado di generare (Cons. Stato, Sez. VI, 8.4.14, n. 1673 e Tar Lazio, Sez. I, 31.5.18, n. 6080).

Deve allora darsi luogo a un'attività di "contestualizzazione", frutto di una valutazione complessa, che rapporti fattispecie giuridiche le quali, per il loro riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate, come quelle di mercato rilevante e di abuso di posizione dominante, al caso specifico (Cons. Stato, n. 1673/14, cit.).

Ancorché tale attività implichi un ineliminabile "margine di opinabilità", l'interprete dovrà identificare, pur nella varietà e eterogeneità delle situazioni di fatto, la sussistenza di un rapporto effettivo tra l'interesse generale tutelato dalle previsioni, riferito alla tutela della concorrenza e del mercato, e il comportamento concretamente tenuto e considerato dai provvedimenti (TAR Lazio, n. 6080/18 cit.).

E' conclusione nota quella per la quale, nella fattispecie di abuso di posizione dominante – a differenza che in quella dell'intesa anticoncorrenziale - la perimetrazione del mercato rilevante rappresenta un "prius" logico e pratico, quale presupposto essenziale dell'illecito in relazione al quale la condotta ascritta considerata può assumere i tratti dell'abuso come contestato (in tal senso, già: Cons. Stato, sez. VI, 10.3.06, n. 1271).

Sempre secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, poi, per "mercato rilevante" deve intendersi quella zona geograficamente individuata dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel medesimo tipo di prodotto si pongono in rapporto di reciproca effettiva concorrenza (Cons. Stato, Sez. VI, 9.4.09, n. 2206 e 12.2.01, n. 652). La rilevanza del mercato non impone una definizione geografica minima dell'ambito spaziale di riferimento, né la necessità che un tale ambito risulti dall'estensione dell'attività considerata ad una pluralità indefinita di atti concorrenziali.

Ebbene, sulla base di quanto premesso, il Collegio ritiene che l'AGCM non abbia dato luogo alla necessaria opera preliminare di "contestualizzazione" del mercato e della potenziale concorrenza vigente al momento dei fatti, sotto il profilo delle effettive distorsioni della concorrenza che la condotta di

quell'impresa in quello specifico ambito è stata in grado di generare (Cons. Stato, n. 1673/14 e TAR Lazio, n. 6080/18 citt.).

E' condivisibile, infatti, quanto sul punto rimarcato da parte ricorrente, secondo cui non esisteva all'epoca un mercato pienamente liberalizzato e concorrenziale dell'attività di recupero dei rifiuti cellulosici da raccolta differenziata urbana, in quanto la stessa legislazione dell'epoca, nel settore in esame, delineava un'area di servizio pubblico, da affidare in monopolio previa gara per il mercato, ove la fase del recupero poteva essere compresa ma non era obbligatoria (v. art. 25, comma 4, d.l. n. 1/12, conv. in l. n. 27/12).

Hera, quindi, quale gestore del relativo servizio pubblico, doveva assicurare, proprio per ragioni di igiene pubblica, di tutela della salute e dell'ambiente, la continuità, la sicurezza e l'efficienza dell'intero ciclo dei rifiuti, ivi compresa la fase finale del recupero.

Il triplice mercato rilevante individuato "a priori" dall'AGCM nel caso di specie, pertanto, non ha tenuto conto della peculiarità della posizione di Hera. Valga ricordare in argomento, che la nota "sentenza Intel" (Corte Giustizia UE, 6.9.17, in C-413/14 P) ha così pronunciato per quel che qui rileva: *"Per un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato...nel caso in cui l'impresa considerata sostenga nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati...la Commissione è tenuta, non solo ad analizzare, da un lato, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente e, dall'altro, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata...ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci?"* (v. anche 27.3.12, in C 209/10, Post Danmark).

Ebbene, nel caso di specie l'AGCM non ha approfondito la posizione di gestore di un servizio pubblico di Hera, in quanto si è limitata – dando per scontato il mercato locale di riferimento – ad affermare che l'elisione della concorrenza con la forma dell'abuso come contestato si era svolta perché la

ricorrente aveva omesso di dare luogo a modalità competitive (anche solo tramite confronto competitivo, non risultando contestato, o meglio definendo irrilevante per la fattispecie, il mancato espletamento di procedura a evidenza pubblica) nello scegliere il soggetto affidatario della fase del recupero, mettendo quindi a confronto con terzi l'operatore "infragrupo" Akron.

In realtà, la ricorrente – anche nel corso del procedimento – ha fornito elementi solidi a dimostrazione del fatto che solo l'affidamento "infragrupo" avrebbe potuto preservare, attraverso la comunque esercitata potestà di sovraordinazione (di ordine, indirizzo, programmazione, controllo ecc.) - impensabile nei confronti di un operatore terzo – la qualità del servizio in gestione, a vantaggio dell'interesse pubblico alla maggiore sostenibilità ambientale del ciclo dei rifiuti e, quindi, a vantaggio anche dello stesso utente/consumatore.

In tal senso il Collegio ritiene condivisibile anche l'altra osservazione della ricorrente, secondo cui la deliberata scelta di affidare all'interno del gruppo la fase del recupero dei rifiuti non rappresentava un "vulnus" a un mercato estraneo all'area principale della propria attività, ma la modalità più efficiente per adempiere ad un ben preciso dovere ordinamentale.

In tal senso emblematici sono i riferimenti alla struttura dello stabilimento industriale in Granarolo, ove erano attuate modalità tecnologiche all'avanguardia di selezione e recupero che le imprese stanziate sul territorio, che l'AGCM ha ritenuto operanti sullo stesso mercato secondo libera concorrenza, non potevano vantare.

Non risulta contestato con dati oggettivi da parte dell'Autorità che Akron fosse la sola impresa operante nel mercato individuato sul territorio di riferimento in possesso di impianti certificati a tecnologia avanzata e ad alta capacità produttiva per aumentare la quantità di rifiuti effettivamente recuperata, con riduzione dello scarto di lavorazione da avviare a smaltimento e miglior soddisfazione degli obiettivi di tutela ambientale sottesi al settore.

Inoltre, non risulta contestato anche che Akron era l'unica a vantare una pluralità di impianti distribuiti sul territorio, idonei a garantire, con conseguente flessibilità, la sicurezza e continuità del servizio anche in caso di “fermo” di uno o più di essi.

A ciò doveva aggiungersi che risultava evidenziato nel procedimento anche l'alto livello di capacità economica e di solidità finanziario-patrimoniale nel lungo periodo, a differenza delle altre imprese potenzialmente interessate al medesimo mercato.

Non risulta neanche dimostrato, quindi, che tali altri operatori, pur eventualmente in associazione, avrebbero potuto garantire i risultati di gestione imposti a Hera nella qualità di gestore del servizio pubblico derivanti dalla presenza di numerosi impianti con avanzate caratteristiche tecnologiche e dalla riscontrata solidità finanziaria.

Ne deriva che l'AGCM non ha adeguatamente approfondito, oltre alla posizione di “gestore” sopra ricordata, anche il richiamo al principio di auto-organizzazione che consente ai gruppi di imprese di adempiere alla propria attività attraverso soluzioni interne, quale libera scelta imprenditoriale che il “gruppo Hera” aveva fatto, e ciò non al fine di imporre una sua controllata in un mercato pienamente libero e altamente concorrenziale ma nella tutela dello stesso interesse pubblico – che non può limitarsi esclusivamente all'individuazione di tariffe più basse in assoluto, come ritenuto dall'AGCM – che impinge anche sulla qualità e affidabilità del servizio.

Senza l'individuazione di alternative effettivamente equiparabili sotto tale profilo, non si ravvede quell'abuso di posizione dominante invece individuato dall'AGCM.

Il Collegio, infatti, rileva che, nella specifica fattispecie collegata all'espletamento di un servizio pubblico – e senza alcun obbligo di procedure a evidenza pubblica come ammesso nello stesso provvedimento impugnato – ricorreva in capo all'Autorità l'obbligo di verificare se il comportamento di “Hera” nell'affidamento “infragrupo” fosse stato orientato esclusivamente a

escludere dal mercato, a favore di Akron, concorrenti che fossero però altrettanto efficienti e potessero assicurare una gestione qualitativa analoga a beneficio dei consumatori/utenti.

Tale indagine è restata molto a margine dell'attività istruttoria svolta dall'AGCM, la quale (parr. 185 e 186 del provvedimento impugnato) ha soltanto sul punto evidenziato che CBRC era presente sul mercato da numerosi anni, con piattaforme convenzionate con il COMIECO (come peraltro prima la stessa Akron), senza soffermarsi però sulla qualità degli impianti e del servizio che tale "competitor" poteva offrire ma solo sul prezzo offerto.

Così pure, soltanto ipotizzata era la possibilità della altre imprese concorrenti di consorzarsi – tra l'altro facendo riferimento solo a una "dimensione minima utile a partecipare" a confronti competitivi (par. 186, in fine) – omettendo di valutare i dati economico-produttivi fornita da "Hera" nel procedimento e riproposti in questa sede e la possibilità di orientare Akron alla migliore qualità del servizio per il richiamato rapporto di "sovraordinazione" che, certo, non poteva essere invocabile per altre consorziate "esterne" al "gruppo".

Infatti non può che richiamarsi quanto illustrato dalla ricorrente in ordine alle varie offerte considerabili e attinte da altre situazioni comparabili, che risultavano sottocosto, relative a quantitativi di rifiuti cellulosici irrisori rispetto ai volumi complessivi gestiti dal "gruppo Hera", non rappresentative del prezzo di mercato, perché basate solo sui costi marginali e non sui costi fissi e del margine di impresa.

Inoltre, l'offerta di CBRC per il 2012-2013 era limitata alla sola area bolognese, avrebbe richiesto la restituzione di parte del prodotto a Hera - che avrebbe dovuto quindi gestirlo con maggiori costi per l'impossibilità di conferire tale parte al COMIECO - avrebbe provocato alla ricorrente a un forte rischio di mercato, senza un prezzo minimo garantito, avrebbe previsto termini di pagamento peggiorativi.

In sostanza, come evidenziato da Hera, non risultavano offerte comparabili dal punto di vista qualitativo – oltre che quantitativo - con l'affidamento “infragrappo” come effettuato, prendendo a riferimento il migliore espletamento del servizio a beneficio degli utenti/consumatori di cui Hera stessa era gestore.

Alla luce di quanto illustrato, il ricorso deve essere accolto, con conseguente assorbimento delle ulteriori censure illustrate da Hera.

La peculiarità e novità per l'epoca della fattispecie consentono di compensare eccezionalmente le spese di lite tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 18 novembre 2020, tenutasi “da remoto” in “videoconferenza” ex art. 25 d.l. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE

Ivo Correale

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO

