

I 670 - ACEA-SUEZ ENVIRONNEMENT / PUBLIACQUA

Provvedimento n. 17623

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 22 novembre 2007;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la propria delibera adottata in data 31 maggio 2006, con la quale è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società Acea S.p.A., Suez Environnement S.A. e Publiacqua S.p.A., volta ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 81 del Trattato UE, e con cui è stato fissato al 30 settembre 2007 il termine di chiusura del procedimento;

VISTA la comunicazione delle risultanze istruttorie trasmessa alle società parti del procedimento in data 17 luglio 2007;

VISTA la propria delibera del 3 agosto 2007, con la quale il termine di conclusione del procedimento è stato prorogato al 22 novembre 2007;

VISTE le memorie conclusive delle parti, pervenute in data 11 e 12 ottobre 2007;

SENTITI in audizione finale, in data 17 ottobre 2007, i rappresentanti delle società Acea S.p.A., Suez Environnement S.A. e Publiacqua S.p.A.;

VISTA la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. In data 23 ottobre 2002 il Comune di Firenze (di seguito anche Comune) ha emesso un bando (di seguito Bando) per una gara a evidenza pubblica (di seguito Gara) al fine di individuare un socio industriale privato che rilevasse il 40% di Publiacqua S.p.A. (di seguito anche PBA), società di gestione dei servizi idrici all'interno dell'ambito territoriale ottimale n. 3 - Medio Valdarno della Regione Toscana (di seguito anche ATO3). Successivamente all'aggiudicazione definitiva della Gara, il 24 marzo 2006 la società Acea S.p.A. (di seguito anche ACEA) ha proceduto alla comunicazione (di seguito Comunicazione) all'Autorità della costituzione di una società denominata Acque Blu Fiorentine S.p.A. (di seguito Abf), funzionale all'acquisizione del 40% di PBA. Abf, infatti, è stata costituita dai componenti del raggruppamento temporaneo di imprese (c.d. r.t.i.¹) risultato vincitore della Gara, partecipato tra le altre dalle società ACEA e Suez Environnement S.A. (di seguito anche SE).

2. In data 31 maggio 2006 l'Autorità ha ritenuto che l'operazione notificata non costituisse una concentrazione ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 287/90 e ha, pertanto, disposto il non luogo a provvedere al riguardo². In pari data l'Autorità ha deliberato l'avvio di un'istruttoria³ ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE, al fine di verificare (1) l'eventuale illiceità delle condotte tenute da ACEA e SE nell'ambito della partecipazione alla Gara; (2) la possibile esistenza di un più ampio coordinamento tra ACEA e SE nella gestione in Italia dei servizi idrici; (3) la legittimità dei rapporti intercorrenti tra ACEA, SE e PBA ai sensi di un articolo del patto parasociale disciplinante i rapporti tra quest'ultima società e i suoi soci (di seguito Patto).

II. LE PARTI

3. 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 51% del capitale sociale di ACEA, che è quotata in borsa, è attualmente detenuto dal Comune di Roma, mentre un fondo d'investimento è titolare del 10% circa e ad alcune società del gruppo Suez è riconducibile complessivamente l'8,5% circa. Nel 2006 il fatturato consolidato realizzato da ACEA è stato pari a 2.187.324.000 euro, per la quasi totalità realizzati in Italia.

4. Suez Environnement S.A. è una società di diritto francese attiva a livello mondiale nei servizi ambientali, cui fanno capo le filiali Ondeo per la gestione dei servizi idrici e Degrémont per il trattamento delle acque. In Italia SE opera sia

¹ *[Per r.t.i. s'intende una struttura molto semplificata e priva di soggettività giuridica, costituita mediante mandato collettivo con rappresentanza conferita ad una delle imprese raggruppate, denominata capogruppo-mandataria, la quale si avvale dei poteri conferitile con procura speciale dalle altre imprese raggruppate per esprimere offerte in nome e per conto proprio, nonché delle mandanti. Ai fini della qualificazione alla gara, il sistema si basa sulla sommatoria dei requisiti tecnici ed economici delle imprese raggruppate. In caso di aggiudicazione della gara, il r.t.i. provvede a trasformarsi in società per azioni, nel cui capitale vengono di regola replicate le quote partecipative delle diverse imprese nel r.t.i.. Già previsto nella previgente legge 11 febbraio 1994, n. 109 (con la denominazione prevalente di associazione temporanea d'impresa o a.t.i.), il r.t.i. è ora disciplinato dall'art. 37 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, c.d. codice dei contratti pubblici.]*

² *[V. provv. n. 15553 del 31 maggio 2006, C7632 - Acque Blu Fiorentine/Publiacqua.]*

³ *[V. provv. n. 15541 del 31 maggio 2006, I670 - Acea-Suez Environnement/Publiacqua.]*

direttamente che attraverso le proprie controllate Acque Toscane S.p.A. (di seguito anche Acque Toscane), Ondeo Italia S.p.A. (di seguito anche Ondeo Italia) e Degrémont S.p.A. (di seguito anche Degrémont)⁴, detenendo partecipazioni in società locali di gestione di servizi idrici. SE fa parte del gruppo Suez⁵, attivo a livello mondiale nei settori dell'energia, dell'acqua, dei rifiuti e delle comunicazioni. Il fatturato consolidato di SE nel 2006 è stato di 11.439.000.000 euro, di cui circa 97,5 milioni realizzati in Italia.

5. Publiacqua S.p.A. 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. A seguito dello svolgimento della Gara, il 60% del capitale di PBA è detenuto da una pluralità di enti pubblici locali ricompresi nell'ATO3 e capofilati dal Comune in virtù di un apposito accordo di programma, nonché da una società per azioni riconducibile direttamente ai medesimi enti locali, mentre il restante 40% è detenuto da Abf. Nel 2006 il fatturato di PBA è stato di circa 155,9 milioni di euro, interamente realizzati in Italia.

III. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

6. Il procedimento, finalizzato all'accertamento dell'effettiva sussistenza delle fattispecie illecite contestate alle società ACEA, SE e PBA, si è articolato in una serie di verifiche ispettive, audizioni e richieste di informazioni. Le ispezioni hanno interessato la sede di ACEA presso Roma, le sedi di SE, Ondeo Italia e del consorzio Intesa Aretina presso Milano, la sede di PBA presso Firenze, la sede di Acque Toscane presso Montecatini Terme.

7. Informazioni utili alla miglior comprensione del settore di riferimento sono state richieste alle parti e a quindici imprese operanti in Italia nella gestione di servizi idrici⁶. Tutte le parti sono state sentite in audizione in corso d'istruttoria: successivamente all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie (di seguito anche Risultanze Istruttorie) e al deposito delle deduzioni difensive delle parti, in data 17 ottobre 2007 sono stati sentiti in audizione di fronte all'Autorità i rappresentanti degli Uffici della Direzione Generale Istruttoria (di seguito anche Uffici), delle società ACEA, SE e PBA.

IV. LA GESTIONE DEI SERVIZI IDRICI IN ITALIA

8. Il caso in oggetto ha interessato un settore caratterizzato da notevole complessità sia sotto il profilo dalle condizioni operativo-gestionali che della normativa applicabile, tale da richiedere alcune considerazioni introduttive al riguardo. Al proposito, va ricordato che le attività di gestione dei servizi idrici in Italia sono attualmente disciplinate dagli artt. 141 ss. del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (di seguito Codice Ambientale), il quale ha abrogato la legge 5 gennaio 1994, n. 36 (di seguito legge Galli), mantenendo nondimeno una sostanziale continuità di contenuti con la stessa. A seguito della legge appena richiamata, 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.

9. A tale fine, la legge Galli assegnò alle Regioni e Province Autonome la competenza a delimitare gli ambiti territoriali ottimali (di seguito 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 (di seguito 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: ciò a causa di forti ritardi nell'effettiva organizzazione integrata dei servizi, nonché della persistenza di frammentate gestioni c.d. in salvaguardia.

10. La costituzione degli ATO risultava preventiva e funzionale allo stabilimento al loro interno del c.d. servizio idrico integrato (di seguito SII), da intendersi come l'insieme dei servizi pubblici di acquedotto, fognatura e depurazione ad usi civili. Nei servizi di acquedotto rientrano le attività di captazione di risorse idriche dalle fonti di approvvigionamento (lago, corso d'acqua, falda, sorgente, mare), potabilizzazione, trasporto tramite reti di adduzione, stoccaggio nei serbatoi, erogazione all'utenza attraverso reti di distribuzione. Ai servizi di fognatura si riconducono le attività di raccolta e collettamento delle acque di scarico e/o piovane verso gli impianti di trattamento tramite le reti fognarie. Infine, per depurazione s'intende il trattamento di rimozione degli agenti inquinanti presenti nelle acque reflue addotte dalla fognatura, ai fini dell'immissione in un recapito finale (corso d'acqua, lago, mare, altro).

11. La normativa di riferimento ha improntato la gestione del SII 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: occorre peraltro rimarcare come tale assetto,

⁴ [A partire dagli anni duemila, la denominazione della divisione ambientale del gruppo Suez e quelle delle sue diverse componenti sono mutate più volte: tra le principali sono da ricordare per l'appunto Ondeo e Degrémont, oltre alla più risalente Lyonnaise des Eaux. Nel prosieguo del testo, tenuto conto di tali complesse variazioni, salvo ove diversamente specificato le partecipazioni e attività di soggetti ricompresi nella divisione SE saranno per maggiore chiarezza espositiva ricondotte direttamente a SE in quanto società a capo della divisione.]

⁵ [Si ricorda che in data 14 novembre 2006 la Commissione UE ha autorizzato ai sensi dell'articolo 8, para. 2, del Regolamento CE n. 139/2004, la fusione per incorporazione del gruppo Suez nel gruppo Gaz de France (decisione COMP/M.4180 - Gaz de France/Suez). Allo stato, peraltro, tale operazione non è ancora stata realizzata.]

⁶ [In particolare, sono state contattate l'Associazione Federutility, il Centro Studi Utilitatis (di seguito anche Utilitatis), le società Acegas-APS S.p.A. (di seguito Acegas-Aps), Acquedotto Pugliese S.p.A. (di seguito Aqp), Aqualia S.A. (di seguito Aqualia), Arin S.p.A. (di seguito Arin Napoli), ASM Brescia S.p.A. (di seguito Asm Brescia), CAP Holding S.p.A. (di seguito Cap Milano), Hera S.p.A. (di seguito Hera), Iride S.p.A. (di seguito Iride), Severn Trent S.p.A. (di seguito Severn Trent), Smat S.p.A. (di seguito Smat Torino), Trentino Servizi S.p.A., Veolia Water S.r.l. (di seguito Veolia), Vesta S.p.A..]

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 conseguito⁷.

12. La tariffa – che, nel costituire il corrispettivo del SII, ne determina la redditività della gestione – è determinata dal D.M. 1 agosto 1996, *'Approvazione del metodo normalizzato per definire le componenti di costo e determinare la tariffa di riferimento'*. Peraltro, le difficoltà connesse all'applicazione concreta di tale metodo hanno fatto sì che la struttura tariffaria del SII non sia omogenea a livello nazionale, e che solo in alcuni ATO se ne sia fatto effettivamente ricorso, mentre in tutti gli altri, nelle more della definitiva organizzazione del SII, continua ad essere applicata la disciplina tariffaria stabilita dal Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica - CIPE per i servizi costituenti segmenti diversi del SII.

13. Sotto il profilo organizzativo, la normativa in materia di servizi idrici s'intreccia con quella disciplinante i servizi pubblici locali, come esemplifica l'articolo 150 del Codice Ambientale nella parte in cui dispone che l'AATO deliberi le forme di gestione fra quelle previste dall'articolo 113, comma 5, del Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267. In virtù di tale combinato disposto, allo stato l'affidamento del servizio può avvenire nei confronti di (a) società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica (di seguito anche Gara Diretta); (b) 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, di seguito anche PPP); (c) 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*).

14. In relazione agli affidamenti effettuati in concreto, su cinquantacinque casi di attivazione effettiva della gestione del SII risultanti al giugno 2006, sono stati riscontrati tredici casi di PPP e tre affidamenti in concessione a società di capitali interamente privati selezionate a mezzo di Gara Diretta. Merita considerare altresì che undici dei restanti trentasei ATO in cui ancora manca l'affidamento del SII hanno svolto gare prive di esito positivo per una pluralità di ragioni, la principale delle quali è da individuarsi nell'essere andate deserte per mancanza di offerte⁸. In totale, dunque, a livello nazionale si sono svolte ventisette procedure di gara⁹.

15. Tenuto conto del limitato ricorso a Gare Dirette e di un più frequente ricorso alle forme gestionali del PPP, allo stato sussiste a livello nazionale una pervasiva presenza di enti locali presenti contemporaneamente nell'AATO – cioè il soggetto controllore che procede all'affidamento del SII – e nell'azionariato delle imprese gerenti i servizi idrici/SII¹⁰. Nell'ambito di ulteriori progetti di riforma del settore in corso di discussione, peraltro, è stata avanzata la possibilità di una moratoria delle procedure ad evidenza pubblica, con la conseguenza che la presenza degli enti locali nella gestione continuerebbe a risultare assolutamente preponderante.

IV.1. Principali grandezze del settore

16. In via preliminare alla rassegna degli elementi qui di seguito riportati, è doveroso segnalare che ogni considerazione del settore idrico nazionale, secondo quanto espressamente rilevato anche dalla gran parte degli operatori contattati nell'ambito delle attività istruttorie, non può che risultare gravemente condizionata dalla mancanza di dati e indicazioni affidabili. Si sottolinea come tale carenza informativa sia stata rimarcata anche dall'Avrir, la quale ha ben evidenziato i rischi che ne derivano per il complesso delle attività nazionali¹¹.

⁷ [L'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e i rifiuti (di seguito Avrir) – autorità prevista dal Codice Ambientale al posto del Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, di recente ricostituito – si è espressa con grande chiarezza al riguardo, stigmatizzando "il permanere della frammentazione delle gestioni (allo stato sono ancora circa 700) sulla cui efficienza, efficacia ed economicità appare più che legittimo avanzare seri dubbi [...] Gli attuali affidamenti delle gestioni, infine, risultano quasi sempre non conformi alla normativa comunitaria e nazionale, dando luogo all'instaurarsi di procedure di infrazione ed al rischio di perdita di quei fondi pubblici – destinati agli investimenti infrastrutturali – che se correttamente attivati, potrebbero positivamente concorrere ad ammodernare reti ed impianti" (Relazione annuale al Parlamento sullo stato dei servizi idrici. Anno 2005, Roma, luglio 2006, pag. 24. Il testo integrale della relazione è disponibile in internet: http://www2.minambiente.it/Sito/cvri/docs/relazione_2005.pdf).]

⁸ [Per ulteriori riferimenti si rinvia allo studio di Utilitatis, BlueBook 2006. I dati sul servizio idrico integrato in Italia, Roma 2006 (http://www.utilitatis.org/book/blue_book/2006bluebook.html). Per un'analisi più dettagliata delle gare effettuate in Italia per l'affidamento della gestione di servizi idrici, v. anche Utilitatis, Osservatorio sulle gare per i servizi pubblici locali. Primo rapporto, Roma 2006.]

⁹ [Al riguardo, ACEA ha considerato che nella maggior parte degli ATO la gestione dei servizi è stata affidata a società con prevalente o totale capitale pubblico, mentre "il ricorso a procedure competitive rappresenta la minoranza dei casi". La società ha anche sottolineato come, dopo un periodo iniziale di attenzione verso il mercato e forti aspettative da parte degli operatori, "la partecipazione alle gare sia andata progressivamente riducendosi ed alla maggior parte della gare abbia preso parte un solo offerente o addirittura la gara sia andata deserta. [...] Fra i motivi che sono alla base di questo scarso interesse a partecipare alle gare, vanno segnalate le condizioni industriali, operative ed economico-finanziarie del mercato, anche in virtù dei prezzi calmierati e dei margini di profitto bassi", oltre alla "estrema variabilità del quadro normativo che negli ultimi anni ha comportato continui e repentini viraggi normativi/regolamentari [...] ed ha inoltre fatto sì che gran parte delle gare ad oggi espletate sono state, siano o possano essere oggetto di contenzioso, in parte anche di provenienza istituzionale" (doc. 276).]

¹⁰ [Per alcune critiche a tale modalità organizzativa dei servizi, v. la segnalazione dell'Autorità AS375 del 13 dicembre 2006, Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi.]

¹¹ [Nella sua precitata relazione, l'Avrir ha fatto presente che "in assenza di un sufficiente livello di conoscenza – e degli adeguati strumenti operativi di governo della domanda e dell'offerta della risorsa idrica – risultano pertanto molto significative, come già accennato, le probabilità di accadimento di crisi idriche come quelle registrate negli ultimi anni, e che le stesse possano ripetersi con sempre maggior frequenza ed intensità, e con conseguenze non facilmente prevedibili". Più oltre, viene ribadito che "se una valutazione realistica delle risorse disponibili può essere solamente approssimativa, non meno notevoli sono le incertezze che si riscontrano nella

17. In assenza di informazioni univoche, nelle analisi e attività istruttorie gli Uffici hanno tenuto in considerazione una pluralità di riferimenti, oltre ad aver svolto autonome elaborazioni a partire dalle informazioni ottenute da alcune delle principali imprese attive nel mercato. Secondo uno studio di settore¹², la popolazione residente negli 81 ATO per i quali risultano informazioni disponibili ammonta a 47.554.318 abitanti, pari all'83,4% dell'intera popolazione nazionale, per un totale di 5.895 Comuni interessati su un totale di 8.101 Comuni. Il volume complessivamente erogato dalla somma di tali ATO ammonta a 4.057.077.000 mc/anno lungo una rete acquedottistica pari a 294.194 Km, mentre la rete fognaria raggiunge i 145.354 Km. Con riferimento alle dimensioni in valore, assunto come importo medio della tariffa 0,93 euro/mc, lo studio riporta una cifra pari a 3.773.082.000 euro.

18. Tali grandezze risultano inferiori, anche in maniera sensibile, alle stime fornite dalle imprese interpellate. Con riferimento alle parti del procedimento, SE ha stimato le dimensioni in volume e valore del complesso delle gestioni idriche nazionali corrispondenti rispettivamente a 4.351.200.000 mc/anno e 6.526.800.000 euro, adottando come elementi di riferimento (a) una popolazione nazionale di 58.800.000 abitanti, (b) un consumo medio pro-capite di 74 mc/anno e (c) una tariffa media di 1,5 euro/mc (doc. 294).

19. ACEA, dal canto suo (doc. 295), per quel che riguarda i volumi erogati ha preso a riferimento i più aggiornati dati Istat disponibili¹³, risalenti al 2005 e pari a 5.451.000.000 mc, svolgendo poi stime autonome per l'anno precedente e successivo sulla base del relativo dato della popolazione, arrivando così alle stime di 5.424.000.000 mc per il 2004 e 5.478.000.000 per il 2006. Per quel che riguarda le dimensioni in valore, ACEA ha assunto una tariffa media di 1,23 euro/mc – come risultante dalla più aggiornata rilevazione a livello nazionale tra le tariffe applicate ai sensi dei vari piani d'ambito¹⁴ – e provveduto ad aggiornarne il valore sulla base del tasso d'inflazione programmata del 3% annuo.

20. Dalle elaborazioni di ACEA risultano pertanto i seguenti valori: per il 2004, 6.985.280.000 euro; per il 2005, 7.342.770.000 euro; per il 2006, 7.725.920.000 euro. Anche sulla base di una considerazione complessiva delle stime fornite dalle altre imprese interpellate, i dati forniti da ACEA sono stati presi come riferimento per le Risultanze Istruttorie secondo le seguenti grandezze, relative in particolare a quelle che risultano essere le principali imprese attive nel settore nel 2006:

Tab. I - Dati relativi ai principali operatori¹⁵

ANNO 2006			
impresa	popolazione servita	volumi erogati (mc)	valore dei volumi erogati
ACEA	4.835.025	513.824.937	487.798.976
Acegas-Aps	470.184	60.400.000	60.246.000
Aqp	4.039.000	237.000.000	320.000.000
Arin Napoli	980.000	153.256.000	91.361.000
Asm Brescia	908.726	91.000.000	71.900.000
Cap Milano	1.744.464	222.962.159	71.802.334
Hera	[2.000.000-3.000.000]	[200.000.000-300.000.000]	[300.000.000-400.000.000]
Iride (già Amga)	1.183.267	44.268.000	172.300.000
Smat Torino	2.016.799	186.098.003	204.450.000
SE	244.519	19.758.780	30.047.316
Veolia (già Vivendi)	[300.000-700.000]	[30.000.000-40.000.000]	[50.000.000-60.000.000]
altre gestioni	39.588.956	3.671.977.121	5.826.514.374
TOTALE	59.042.479	5.478.000.000	7.725.920.000

Fonte: elaborazioni degli Uffici da risposte a richieste di informazioni e studi di settore

21. Dall'analisi dei dati riguardanti l'anno 2006, risulta che ACEA rappresenta di gran lunga il principale operatore a livello nazionale sia per numero di popolazione servita, che per volumi erogati e relativo fatturato. Con particolare riferimento ai volumi, le attività di ACEA rappresentano oltre il doppio di quelle di ciascuno dei suoi più immediati

stima dei fabbisogni, sia per l'incompletezza dei dati descrittivi della situazione, sia per l'aleatorietà delle proiezioni future ovviamente condizionate dalla scelta dei modelli di sviluppo socio-economico e dall'evoluzione demografica" (Avrir, Relazione annuale al Parlamento cit., pagg. 14 e 44).]

¹² [Utilitatis, BlueBook 2006 cit..]

¹³ [V. Istat, Ricognizione sullo stato di attuazione del Servizio idrico integrato, Roma, novembre 2006 (http://www.istat.it/salastampa/comunicati/non_calendario/20051103_00/).]

¹⁴ [Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, Relazione annuale al Parlamento sullo stato dei servizi idrici. Anno 2003, Roma, luglio 2004, pag. 78 (http://www2.minambiente.it/Sito/cvri/docs/relazione_2003.pdf).]

¹⁵ [Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]

concorrenti, Hera e Aqp, e quasi il triplo di quelle del quarto operatore, Smat Torino. Ancora, sulla base dei dati forniti dalle imprese interessate, mentre le attività idriche di Hera e Aqp sono rimaste sostanzialmente stabili nel tempo, ACEA ha realizzato una crescita costante: considerazioni simili possono replicarsi anche per il valore delle attività e in termini di popolazione servita. Al proposito, si segnala peraltro come già nel 2003 SE indicasse in un proprio documento interno ACEA quale *"leader aggressivo del mercato"* (doc. 173).

22. Ai fini del caso in esame l'Autorità ritiene che il reale potere di mercato attribuibile alle imprese interessate vada stabilito tenendo conto in modo particolare (i) dell'elevatissima dispersione gestionale caratterizzante il mercato rilevante; (ii) del limitato esplicitarsi di una concorrenza per il mercato nell'affidamento del SII nei diversi ATO; (iii) della presenza assai limitata di imprese aventi capacità finanziarie e tecniche tali da consentire attività al di fuori di circoscritti ambiti territoriali di competenza; (iv) del fatto che la maggior parte di tali imprese, derivate dalla trasformazione in società per azioni delle c.d. imprese municipalizzate, mantengono comunque il proprio baricentro operativo nell'area territoriale d'origine sulla base di affidamenti diretti di lunga durata, con un'ulteriore compressione del confronto concorrenziale nel settore.

23. Tenuto conto di quanto appena considerato, in una prospettiva di più specifica considerazione del contesto meglio organizzato e più effettivamente industriale nell'ambito del settore idrico nazionale, si riportano qui di seguito i principali dati dei primi dieci ATO effettivamente costituiti e operanti in relazione a popolazione residente, volumi erogati, valore stimato in base alle singole tariffe di riferimento, dimensione geografica:

Tab. II - Principali ATO in Italia

Ambiti Territoriali Ottimali	Popolazione residente	Erogazione (mc/anno)	Valore	Importo tariffa (anno I)	Superficie (Km ²)
ATO Unico Puglia	4.020.707	241.014.000	269.935.680	1,12	19.358
ATO 2 Lazio Centrale Roma	3.503.560	455.000.000	373.100.000	0,82	4.630
ATO 2 Napoli Volturno	2.790.845	244.472.000	242.027.280	0,99	3.160
ATO Milano	2.450.999	304.820.000	225.566.800	0,74	1.802
ATO 3 Torinese	2.154.237	250.000.000	212.500.000	0,85	6.713
ATO Unico Sardegna	1.631.880	116.581.000	124.741.670	1,07	24.090
ATO 3 Sarnese Vesuviano	1.425.437	98.221.000	80.541.220	0,82	897
ATO 1 Palermo	1.235.923	74.335.000	92.175.400	1,24	4.992
ATO 3 Medio Valdarno	1.191.246	89.803.000	96.987.240	1,08	3.726
ATO B Bacchiglione	1.081.451	92.806.000	87.237.640	0,94	3.099

Fonte: Utilitatis, BlueBook 2006.

24. Entro tale più ristretto e qualificato contesto operativo, la presenza di ACEA risulta nettamente predominante e tale da farla apprezzare come di gran lunga il primo operatore nazionale nel mercato dei servizi idrici. La società è infatti il soggetto gestore dell'ATO2 Lazio Centrale Roma (di seguito anche ATO-Roma), l'azionista privato di riferimento del gestore dell'ATO3 Sarnese Vesuviano¹⁶ e, come già noto, a seguito della Gara detiene tramite Abf una partecipazione di rilievo in PBA, gestore dell'ATO3 Medio Valdarno. Più in generale, ACEA è presente in quattordici diversi ATO attraverso partecipazioni dirette e indirette nei soggetti gestori, distribuiti in prevalenza nell'Italia centrale¹⁷.

25. Per quel che riguarda SE, l'analisi dei dati e delle informazioni a disposizione porta a riconoscere anche a tale società un ruolo assolutamente rilevante in Italia. A fronte di attività – in termini di valore, volume e popolazione servita – contenute rispetto al totale delle gestioni idriche ma in costante crescita, va infatti considerato come SE abbia stabilito una propria presenza in quattro ATO della regione Toscana (v. più ampiamente *infra*, para. 32 ss.) attraverso la partecipazione alle relative procedure a evidenza pubblica per la costituzione di PPP. Tra tali ATO si annovera anche l'ATO3, ovvero uno dei dieci principali ambiti territoriali a livello nazionale. Del resto, dalla documentazione interna della società risulta chiaramente come SE stessa si consideri da tempo *"primo gestore straniero"* di servizi idrici in Italia (doc. 202).

26. L'apprezzamento dell'effettivo potere di mercato di SE, infine, passa anche per la considerazione della presenza estremamente limitata di altri operatori stranieri attualmente operanti in Italia – l'unica impresa avente una presenza di

¹⁶ [V. provv. n. 14053 del 16 febbraio 2005, C6892 - Acea/Sarnese Vesuviano.]

¹⁷ [Secondo quanto comunicato dalla società (doc. 295), gli ambiti territoriali ottimali in cui è presente sono rispettivamente: nella regione Lazio ATO1 Lazio Nord Viterbo, ATO2 Lazio Centrale Roma, ATO3 Lazio Centrale Rieti, ATO5 Lazio Meridionale Frosinone; nella regione Toscana ATO1 Toscana Nord, ATO2 Basso Valdarno, ATO3 Medio Valdarno, ATO6 Ombrone; nella regione Umbria ATO1 Perugia e ATO2 Terni; nella regione Campania ATO1 Campania-Alto Calore e ATO3 Campania-Sarnese Vesuviano; nella regione Molise ATO Molise; nella regione Lombardia ATO BG-Bergamo.]

rilievo è la francese Veolia (v. *supra*, para. 20), mentre all'inglese Severn Trent e alla spagnola Aqualia sono riconducibili attività molto più contenute – cui si associa il già ricordato significativo interesse dimostrato da parte di SE alla partecipazione a gare per la costituzione di PPP nel settore idrico nazionale.

IV.II. Organizzazione degli ATO in Toscana e gare

27. Tenuto conto dell'assoluta rilevanza per il caso in esame della partecipazione congiunta di ACEA e SE alla Gara e più in generale alle diverse procedure ad evidenza pubblica per le gestioni idriche toscane (nonché i conseguenti rapporti con le società di gestione, tra cui PBA), in una prospettiva di miglior definizione delle condotte oggetto d'istruttoria vengono qui di seguito fornite anche più specifiche informazioni relative all'organizzazione dei servizi idrici nella Regione Toscana.

28. Ai sensi dell'articolo 2 della L.R. 21 luglio 1995, n. 81, il territorio della Regione Toscana 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 amministrate da un diverso operatore. A titolo d'esempio, si riporta il caso dei Comuni di Fiesole (FI), Montecatini Terme e Ponte Buggianese (PT), per i quali la gestione del SII è svolta da Acque Toscane, società controllata da SE.

29. Mentre cinque di tali ambiti territoriali ottimali hanno proceduto a costituire ciascuno una società di capitali quale unico soggetto gestore derivato dall'accorpamento delle precedenti gestioni pubbliche in economia, quindi hanno selezionato un socio privato nelle forme del PPP, all'interno dell'ATO1 si è determinata una controversa vicenda organizzativa. Infatti, nel 1998 il Comune di Lucca – uno dei principali enti locali ricompresi nell'ambito territoriale ottimale – dopo aver affidato in convenzione la gestione del SII per il territorio comunale alla propria impresa Geal S.p.A. (di seguito Geal), ha ceduto il 48% delle azioni della stessa a due soci privati, le società Crea S.p.A. (di seguito Crea) e Compagnie Générale des Eaux S.A. (poi divenuta Vivendi e, da ultimo, Veolia), per due quote rispettivamente del 28,8% e 19,2%.

30. A seguito di alcune cessioni, Crea è entrata a far parte prima di Saur – un gruppo di imprese attive nel settore dei servizi idrici e riconducibile a sua volta al gruppo francese Bouygues – quindi di ACEA¹⁸. Per quel che riguarda il resto dell'ATO1, la gestione dei servizi idrici ha continuato a essere effettuata da varie imprese riconducibili a singoli enti locali, fino a quando nel 2005 questi hanno provveduto alla costituzione della società Gaia S.p.A., alla quale è stata affidata la gestione del SII per l'intero territorio dell'ATO1, con l'esclusione dell'area di competenza di Geal.

31. Tanto premesso con riferimento al disegno delle gestioni idriche in Toscana, la tabella seguente riporta le principali caratteristiche strutturali dei sei ATO regionali:

Tab. III - ATO in Toscana

Ambiti Territoriali Ottimali	Popolazione residente	Erogazione (mc/anno)	Numero Comuni	Superficie (Km ²)
ATO 1 Toscana Nord	525.892	39.118.000	52	2.951
ATO 2 Basso Valdarno	791.081	49.479.000	64	3.604
ATO 3 Medio Valdarno	1.191.246	89.803.000	50	3.726
ATO 4 Alto Valdarno	293.127	16.700.000	36	3.229
ATO 5 Toscana Costa	343.252	29.380.000	32	2.269
ATO 6 Ombrone	353.208	31.863.000	53	7.213

Fonte: Utilitatis, BlueBook 2006.

32. Sotto il profilo cronologico, il primo affidamento gestionale del SII per un intero ATO nell'area toscana è stato quello realizzato nel 1999 dall'ATO4, con contestuale svolgimento di una gara ad evidenza pubblica per la cessione del 46% della società di gestione Nuove Acque S.p.A. (di seguito Acque-Arezzo) al fine di costituire un PPP. Tale gara è stata aggiudicata a un r.t.i. composto da SE (all'epoca ancora denominata Suez Lyonnaise des Eaux) e Amga oltre a una cordata di istituti creditizi tra cui Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. (di seguito Mps), da cui è successivamente derivata la costituzione di un consorzio denominato Intesa Aretina. Gli altri concorrenti in gara erano due r.t.i., capofilati rispettivamente da ACEA e Vivendi (ora Veolia).

33. Nel dicembre 2001 le autorità competenti di altri tre ATO (segnatamente ATO2, ATO3 e ATO6) hanno deliberato l'affidamento gestionale del SII ad altrettante imprese derivanti dalla trasformazione in società di capitali delle preesistenti aziende pubbliche di gestione, disponendo l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica per la selezione di soci privati secondo le forme del PPP. In conseguenza di ciò, nel mese di ottobre 2002 sono state bandite (i) una gara per la cessione del 45% del capitale sociale del gestore dell'ATO2, la società Acque S.p.A. (di seguito Acque-Pisa); (ii) una gara per la cessione del 40% del capitale sociale del gestore dell'ATO6, la società Acquedotto del

¹⁸ [Prov. n. 8134 del 16 marzo 2000, C3880 - Sigesa/Crea; provv. n. 14656 del 25 agosto 2005, C7216 - Acea/Sigesa.]

Fiora S.p.A. (di seguito Fiora-Siena); (iii) la Gara¹⁹. A distanza di qualche mese, nel luglio 2003, è stata infine bandita (iv) una gara per la cessione del 40% del capitale sociale del gestore dell'ATO5, la società ASA S.p.A. (di seguito Asa-Livorno).

34. Le gare per l'acquisizione di una partecipazione nei gestori degli ATO2, ATO3 e ATO6 sono state tutte vinte da r.t.i. capofilati da ACEA. Nello specifico, la gara relativa ad Acque-Pisa è stata aggiudicata nel gennaio 2003 a un r.t.i. formato da ACEA, SE, Mps, Silm S.p.A. (di seguito Silm), Consorzio Toscano Costruzioni S.c.ar.l. (di seguito Ctc), Consorzio Cooperative Costruzioni (di seguito Ccc) e Vianini Lavori S.p.A.²⁰; la gara relativa a Fiora-Siena è stata aggiudicata nel giugno 2004 a un r.t.i. formato da ACEA, SE/Acque Toscane, Mps, Silm e Ctc²¹. La Gara, relativa a PBA e aggiudicata in via definitiva soltanto nel febbraio 2006 a seguito di numerosi rinvii, come già visto è stata vinta da un r.t.i. composto, oltre che da ACEA e SE, da Mps, Silm, Ccc, Ctc. Infine, per quel che riguarda l'ATO6, la gara relativa ad Asa-Livorno è stata aggiudicata a un r.t.i. capofilato da Amga²².

35. La tabella seguente riporta le principali caratteristiche gestionali dei cinque ATO toscani per i quali è stata disposta la concessione della gestione del SII:

Tab. IV - Gestioni degli ATO in Toscana

ATO	Soggetto gestore	Fatturato (anno 2006)	Principali azionisti	Azionisti del socio privato	Durata della concessione
ATO1 Toscana Nord	Geal (Gaia)	11.500.000 (56.800.000)	Lucca Holding S.p.A. (52%) Crea (28,8%) Veolia (19,2%)	ACEA (100% di Crea)	dal 1.1.2005 al 31.12.2029
ATO 2 Basso Valdarno	Acque-Pisa	94.600.000	ABAB S.p.A. (45%) Publiservizi S.p.A. (19,26%) Cercaie S.p.A. (16,26%)	ACEA (69%) SE (10%) SE (Degrémont S.p.A.) (2%) Vianini Lavori S.p.A. (10%) Mps (8%) Ctc (1%)	dal 1.1.2002 al 1.1.2020
ATO 3 Medio Valdarno	PBA	155.900.000	Abf (40%) Consiag S.p.A. (24,94%) Comune di Firenze (21,725%)	ACEA (68,5%) SE (22,83%) Mps (8%) Ctc (0,5%) Silm (0,16%) Ccc (0,01%)	dal 1.1.2000 al 1.1.2020
ATO 4 Alto Valdarno	Acque- Arezzo	36.600.000	Intesa Aretina soc.cons. (46,16%) Comune di Arezzo (15,89%)	Suez (51%) Iride (35%) Etruria Real Estate (10%) Mps (2%) Banca Pop. Etruria Lazio (2%)	dal 1.6.1999 al 1.6.2019
ATO 5 Toscana Costa	Asa-Livorno	72.500.000	AGA S.p.A. (40%) Comune di Livorno (22,94%) Comune di Piombino (7,5%)	Iride (95,09%) Aquamet S.p.A. (4,55%) Galva S.p.A. (0,36%)	dal 1.1.2000 al 1.1.2020
ATO 6 Ombrone	Fiora-Siena	55.800.000	Ombrone S.p.A. (40%) Comune di Grosseto (6,43%) Comune di Siena (5,24%)	ACEA (79,58%) Bps (14,99%) Ctc (1,25%) Ccc (1,25%) Citis soc.coop. (1,25%) Comit soc.coop. (1,25%) SE (AcqueToscane) (0,31%) Vianini Lavori S.p.A. (0,12%)	dal 1.1.2000 al 1.1.2025

Fonte: elaborazioni degli Uffici da dati Cerved, siti internet degli ATO e risposte a richieste di informazioni.

¹⁹ [Con riferimento alla gara relative agli ATO2 e 3, i bandi contenevano l'espressa avvertenza dell'intendimento delle competenti amministrazioni di riunire i due ambiti territoriali ottimali in una gestione unitaria (v. doc. 10): allo stato, peraltro, tale progetto non risulta ancora realizzato.]

²⁰ [V. provv. n. 12445 del 25 settembre 2003, C6100 - Acea/Acque.]

²¹ [V. provv. n. 12545 del 23 ottobre 2003, C6100 - Acea-RTI/ Newco.]

²² [V. provv. n. 13418 del 22 luglio 2004, C6554 - AGA/ASA.]

36. In ragione della rilevanza nell'ambito del presente procedimento della Gara, è necessario soffermarsi più in particolare sullo svolgimento della medesima, nonché sui rapporti tra le imprese partecipanti al r.t.i. capofilato da ACEA. Al riguardo, va ricordato che a seguito della pubblicazione del Bando della Gara nell'ottobre 2002 (doc. 10), diverse società italiane e straniere hanno inizialmente manifestato un proprio interessamento, facendo nondimeno pervenire al Comune, nella sua qualità di ente banditore, alcune proposte di emendamenti agli atti allegati al Bando e di cui veniva chiesta la sottoscrizione in caso di aggiudicazione della Gara, tra cui il Patto. Alla scadenza dei termini, fissata per il 14 aprile 2003, perveniva solamente un'offerta da parte del r.t.i. capofilato da ACEA, poi dichiarato vincitore nel febbraio 2006. All'aggiudicazione faceva seguito, il 9 marzo 2006, la sottoscrizione del contratto quadro tra il r.t.i. capofilato da ACEA, PBA e i soci pubblici di quest'ultima.

37. Sia durante lo svolgimento della Gara che dopo la sua aggiudicazione definitiva, nel r.t.i. capofilato da ACEA si sono verificate numerose variazioni delle quote detenute dalle diverse imprese partecipanti, a seguito delle quali la partecipazione di SE è passata da un iniziale 40% a un limitato 2%, per poi da ultimo risalire al 23%, a fronte di una quota di ACEA passata da un originario 50,1% all'attuale 68,5%. Le due quote da ultimo citate di SE e ACEA sono state effettivamente trasposte nel capitale sociale della neocostituita Abf, attuale titolare del 40% di PBA²³.

38. Con riferimento ad Abf, i suoi soci hanno stipulato dei patti parasociali (doc. 1.10), i quali qualificano espressamente ACEA e SE come 'partner gestori'. Quanto ai restanti soci, viene previsto (articolo 14) che gli stessi si impegnino "a fare quanto sarà in loro potere affinché [...] ai partner gestori ACEA ed SE competa, in sede di definizione della struttura direzionale della società mista [ovvero PBA] un'adeguata rappresentatività in termini professionali nelle posizioni di vertice del management aziendale".

39. Ancora, risulta specificato che "l'apporto specialistico dei partner gestori ACEA ed SE implicherà, in particolare, la messa a disposizione del proprio patrimonio di conoscenze o di quello delle società del rispettivo gruppo, in relazione alle esigenze ed alle caratteristiche dell'ATO, dal punto di vista tecnico, industriale, commerciale, amministrativo e gestionale, con particolare riferimento, fra l'altro, alla progettazione, alla supervisione ed al controllo di qualità, ai sistemi di ottimizzazione della produzione di acqua, di misurazione del consumo idrico, di potabilizzazione, di trattamento dei reflui e di addestramento del personale" (articolo 15). Nei fatti, le disposizioni appena citate determinano un accentramento in capo ad ACEA e SE – uniche due società del settore idrico presenti nella compagine azionaria di Abf – di tutti i compiti di carattere tecnico-imprenditoriale di spettanza di Abf nell'ambito del rapporto di questa con PBA.

V. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

40. Nel provvedimento di avvio si dava conto della partecipazione congiunta nella forma del r.t.i. da parte di ACEA e SE a più gare per l'acquisizione di partecipazioni in società di gestione del SII, e si considerava tale ricorrenza degna di approfondimenti istruttori anche alla luce della crescente presenza del gruppo Suez nel capitale sociale di ACEA, al fine di verificare l'eventuale sussistenza di una più ampia intesa nell'ambito della gestione dei servizi idrici. Con specifico riferimento ai rapporti di ACEA e SE con PBA, una clausola del Patto relativo a PBA stessa veniva ritenuta suscettibile di determinare un generale coordinamento delle attività delle citate società, e pertanto meritevole di ulteriori valutazioni. Gli accertamenti istruttori hanno consentito di verificare e approfondire tutti gli elementi sopra delineati, nei termini qui di seguito riportati.

V.1. Cooperazione tra ACEA e SE nell'area toscana

41. Sulla base di quanto accertato in corso d'istruttoria, tra ACEA e SE intercorrono da tempo rapporti di diverso tipo, stabilitisi e sviluppatisi a partire da quelli già in essere tra l'impresa italiana e un'altra società facente parte del gruppo Suez, la belga Electrabel S.A. (di seguito Electrabel). Con tale società ACEA ha costituito nel 2002 AceaElectrabel S.p.A. (di seguito AceaElectrabel), un'impresa comune per la produzione, distribuzione e vendita di energia elettrica in Italia.

42. A margine di tale operazione, direttamente richiamata dai rappresentanti di ACEA come centrale nell'instaurazione di rapporti privilegiati con il gruppo Suez²⁴ e debitamente comunicata all'autorità competente per ottenerne

²³ [Più nel dettaglio, dall'accordo di cooperazione stipulato in data 15 novembre 2002 per concorrere alla Gara (doc. 1.1) risultava infatti una partecipazione di ACEA con una quota del 50,1%, SE con il 40%, Silm con il 4,4%, Mps con il 4,5%, Ctc e Ccc con lo 0,5% ciascuno. In base a tale primo accordo, le imprese partecipanti convenivano espressamente che le percentuali appena citate sarebbero state riprodotte nella società-veicolo da costituirsi per sottoscrivere l'aumento di capitale in PBA in caso di aggiudicazione della Gara. Un addendum all'accordo di cooperazione, stipulato il 7 aprile 2003 nelle immediate vicinanze alla data ultima di scadenza per la presentazione delle offerte per la Gara, variava le partecipazioni in ATI nei termini seguenti: ACEA 68,5%, SE 2%, Silm 20%, MPS 8%, Ccc 1%, Ctc 0,5% (doc. 1.2). Anche in questo caso si prevedeva che le medesime percentuali venissero riprodotte nella futura eventuale società-veicolo. Tali quote risultavano effettivamente riprodotte sia nell'atto costitutivo dell'ATI, datato 17 aprile 2003 e depositato tra i documenti rilevanti per la Gara (doc. 1.4), sia nella bozza di atto costitutivo della società-veicolo Abf depositata congiuntamente alla Comunicazione (doc. 1.8). Tuttavia, un nuovo accordo tra i partecipanti all'ATI stipulato il 6 marzo 2006 aveva variato le quote di spettanza in 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 (doc. 1.9). Infine, i patti parasociali stipulati il 16 marzo 2006 dai soci di Abf richiama le quote di partecipazione da ultimo indicate (doc. 1.10).]

²⁴ [I rappresentanti dell'impresa, in particolare, hanno ricordato che tali rapporti "si sono instaurati all'indomani della liberalizzazione del settore elettrico in Italia. ACEA intendeva essere presente nel segmento della generazione di energia elettrica, ma si rendeva conto di non avere le sufficienti competenze tecnologiche e risorse finanziarie, pertanto nell'ottobre 2001 ha avviato delle prospezioni di

l'autorizzazione ai fini antitrust²⁵, ACEA ha avviato i contatti con un'altra società del gruppo Suez, SE, per verificare la possibilità di una cooperazione nel settore dei servizi idrici. Sulla base di numerosi documenti acquisiti al fascicolo istruttorio è possibile ricostruire la dinamica di tale cooperazione, facendo risalire le sue origini alla seconda metà dell'anno 2001.

43. In un memorandum datato 31 agosto 2001 e reperito presso la sede di SE, si legge infatti di alcune riunioni tenutesi a Roma il 29 e 30 agosto 2001 tra alti dirigenti del gruppo Suez, il presidente e l'amministratore delegato di ACEA: tali riunioni si ricollegavano a una precedente visita a Parigi *"a seguito della quale si era convenuta la ricerca di ambiti di cooperazione"*. Dopo aver dato conto dei rapporti in corso di definizione tra Electrabel e ACEA nel settore elettrico, il memo prosegue indicando che *"nell'acqua, ACEA ribadisce il suo interesse per una collaborazione equilibrata a livello internazionale con Ondeo. Patrick Babin organizza una riunione su questo tema per la fine di settembre"*²⁶ (doc. 142). Significativo è come sin dall'inizio di tali contatti, peraltro, venga espressa una resistenza alla piena 'visibilità' del rapporto tra ACEA e SE²⁷.

44. Poco tempo dopo, l'allora direttore per il Sud Europa e attuale responsabile speciale per l'Italia di SE, [omissis], invia all'amministratore delegato di ACEA un *"documento che contiene gli elementi essenziali della nostra proposta di collaborazione nel settore idrico"* (doc. 132). Nella proposta, datata 26 ottobre 2001, si dà atto che *"il progetto di collaborazione con Acea è riferito alla società Ondeo Services e riguarda sia l'Italia che l'internazionale. Questo documento riporta i punti essenziali della proposta di Ondeo Services ad Acea e dovrebbero costituire la base di discussione per la definizione di un accordo strategico nel settore idrico"*.

45. Rispetto all'Italia, *"la collaborazione fra Acea e Ondeo potrebbe riguardare l'acquisizione di una partecipazione nell'Acquedotto Pugliese, la partecipazione congiunta ad alcune gare per la gestione di ATO, l'eventuale acquisizione del settore acqua di Italgas"*. Con riferimento al secondo punto, l'estensore della proposta prosegue considerando che *"nell'ipotesi della costruzione di una partnership strategica, Acea ed Ondeo potranno valutare di seguire congiuntamente le gare per la gestione di ATO di comune interesse. Tra le possibili gestioni da perseguire congiuntamente particolare interesse riveste l'ATO di Siena Grosseto [leggi ATO6] ed eventuali altri ATO nella regione Toscana. Infatti Ondeo è già presente in Toscana in associazione con la Banca Monte dei Paschi di Siena ed intrattiene ottime relazioni con la banca stessa. Anche Acea intrattiene ottime relazioni con la Banca Monte dei Paschi di Siena ed ha una buona presenza commerciale nel territorio toscano"*.

46. Al successivo 12 novembre 2001 risale una bozza di un protocollo d'intesa, inviata via fax da SE a ACEA (doc. 131) e da cui risulta il comune impegno *"con reciproca esclusiva, a compiere ogni più utile attività finalizzata alla verifica della convenienza economico-finanziaria e della fattibilità tecnico-giuridica delle iniziative individuate dall'allegato A del presente protocollo"*. In tale allegato sono riportate esattamente le medesime indicazioni di cui al precitato doc. 132 sia per la parte internazionale che per le attività all'interno del mercato italiano, tra cui, nello specifico, la partecipazione congiunta a gare per la gestione del SII in Toscana *"nella prospettiva di dare vita ad una partnership strategica e duratura"*. In apertura al protocollo viene inoltre premesso che *"Ondeo e ACEA sono altresì interessate, in conseguenza dello sviluppo positivo dell'instaurando rapporto di collaborazione, a studiare, di concerto con il management di ACEA e con l'assenso del Comune di Roma, l'acquisizione da parte di Ondeo di una partecipazione significativa in ACEA, nelle forme, nei tempi e con le modalità che, nel tempo verranno individuate"*.

47. A dimostrazione di come le imprese si rendessero conto della sensibilità dell'accordo in corso di discussione, l'articolo 19 del protocollo stabilisce che *"nessuna parte farà qualsiasi annuncio pubblico o comunicato stampa relativamente al presente protocollo o ad uno qualsiasi degli atti ed operazioni che ne costituiscano esecuzione"*: inoltre, un ulteriore allegato al documento impegna le parti alla riservatezza più rigorosa sui termini dell'accordo, prevedendo che *"in qualunque ipotesi di interruzione della cooperazione ciascuna delle parti dovrà restituire alla controparte e, ove ciò non sia possibile, distruggere [...] tutte le informazioni, le copie o gli estratti delle stesse, ogni memorandum, analisi o documento derivato da – o contenente – le informazioni trasmesse"*.

48. 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 (al riguardo v. anche *infra*, para. 59). Al maggio 2002 risale ad esempio un memo interno a SE (doc. 149), dove viene fissato un vero e proprio schema procedurale: premesso che *"l'evoluzione della legge Galli è lenta e l'acquisizione di una massa critica è difficile"*, il responsabile per l'Italia di SE ricorda ad altri dirigenti dell'impresa che *"per questa ragione abbiamo proposto un'alleanza con ACEA che potrebbe evolversi in un'acquisizione di partecipazioni nella società romana, nel momento in cui il Comune decidesse di ridurre la sua partecipazione al di sotto del 51%. Questo progetto prevede dunque tre fasi:*

mercato per individuare un partner strategico, poi trovato nella società Electrabel, all'epoca partecipata al 50% dal gruppo Suez. ACEA ed Electrabel hanno quindi costituito un'impresa comune nella forma di un gruppo di imprese operative specializzate" (doc. 268).]

²⁵ [V. dec. della Commissione del 27 agosto 2002, COMP/M.2855 – Electrabel S.A./Acea S.p.A..]

²⁶ [*"Cette réunion faisait suite à leur visite à Paris, à l'issue de la quelle il avait été convenu que des terrains de coopération seraient recherchés [...] Dans l'eau, ACEA réitère son intérêt pour une collaboration équilibrée à l'international avec Ondeo. Patrick Babin organise une réunion sur ce sujet d'ici à la fin de septembre"*.]

²⁷ [Nel riferirsi alla possibile acquisizione congiunta da parte di ACEA e SE (allora indicato come Suez-Ondeo) di Aqp di cui al tempo veniva ventilata la possibile privatizzazione, l'amministratore delegato di ACEA si mostra "leggermente inquieto davanti a un progetto di grandi dimensioni (l'Acquedotto è divenuto un tema politico) che segnali in maniera tanto visibile un partenariato tra ACEA e Suez-Ondeo" ("Cuccia [...] est légèrement inquiet devant un projet de grande faille (l'Acquedotto est devenu un sujet politique) marquant de façon aussi visible un partenariat entre ACEA et Suez-Ondeo").]

accordo di collaborazione nell'energia; accordo di collaborazione nell'acqua; eventuale acquisizione di partecipazioni"²⁸.

49. Nel documento si prendono anche in considerazione ipotesi immediatamente concrete di cooperazione con ACEA per fare presente che, con riferimento alla possibile acquisizione congiunta di Aqp in caso di sua privatizzazione "non abbiamo un accordo scritto ma c'è un gentleman agreement per affrontarla insieme", mentre più oltre si torna sul tema delle gare in Italia per considerare che "noi abbiamo proposto di seguire congiuntamente gli ATO in Toscana, dal momento che sono i primi a essere privatizzati e ACEA è piuttosto forte in questa regione"²⁹.

50. Con specifico riferimento alla Toscana, va qui richiamata una bozza di accordo (doc. 177) datata 15 ottobre 2002 e intitolata 'ACEA/Suez Environnement. Accordo di cooperazione – Linee Guida' ['ACEA/Suez Environnement. Partnership Agreement – Guide Lines']. Nel documento – al quale anche in seguito le parti riconosceranno una sorta di valore programmatico, ritornando più volte sul suo testo (v. *infra*, para. 87) – si legge tra l'altro che ACEA e SE "intendono creare una società operativa integrata per i servizi idrici in Toscana", nonché "sviluppare i loro affari nei servizi idrici e fognari. ACEA conferisce la sua forte presenza in Italia e le sue conoscenze nella gestione di tali servizi. ONDEO Services, leader mondiale in questo mercato, conferisce la sua esperienza internazionale, le sue conoscenze tecniche e operative"³⁰.

51. Più in generale rispetto all'Italia, l'accordo stabilisce quali propri obiettivi "lo stabilimento di una strategia per i mercati dell'Italia centrale e del nord/lo stabilimento di comuni obiettivi finanziari e operativi per gare da vincere o la gestione di contratti di concessione in Italia/la presentazione di offerte per partenariati pubblico-privato, acquisizione di contratti per servizi idrici e fognari e l'acquisizione di imprese idriche e fognarie./ACEA e Suez Environnement presenteranno queste offerte insieme (ed eventualmente con altri partner) [...] Con riferimento al territorio, l'accordo si applica come segue: esclusività in Toscana, Veneto ed Emilia Romagna (12 milioni di abitanti)/diritto di primo rifiuto per il resto d'Italia/la città di Roma non è parte del presente accordo". Tra i progetti potenziali da prendersi in considerazione nei successivi tre anni, rientrano espressamente "Crea/Acque Potabili/Lucca/Firenze/Siena/ATO a Modena/ATO in Veneto"³¹.

52. Interessante al riguardo è anche un altro memo interno rinvenuto presso SE, datato 17 ottobre 2002 e in cui viene dato conto di un incontro con i rappresentanti di ACEA (doc. 141) relativo a "il partenariato ACEA/Ondeo Services per l'acqua in Italia e al di fuori dell'Italia". Più nello specifico, vengono segnalati i seguenti punti che sono stati oggetto di discussione: "conferma dell'interesse di ACEA a collaborare con noi in Italia e al di fuori dell'Italia. In Italia, gli auspici di ACEA sono di sviluppare progressivamente un partenariato (progetto per progetto o a rigore su basi geografiche). ACEA non vuole, in questa fase, creare un'impresa comune né tanto meno un'alleanza formale ed esclusiva"³².

53. Più oltre nel testo del doc. 141, viene dato atto che "ACEA formalizzerà delle contro-proposte nei prossimi giorni. Noi abbiamo ben precisato che sul mercato italiano siamo in grado di definire dei territori/progetti di collaborazione e altri dove i partner potrebbero condurre le proprie strategie a condizione di reprimere la concorrenza frontale eventuale, e che ACEA non concluda accordi di partenariato paralleli con dei concorrenti di Suez". Il documento torna anche sul tema dell'acquisizione di una partecipazione del gruppo Suez in ACEA, con l'avvertenza che "dei partenariati troppo esclusivi con Suez (o l'essere attaccati a Suez in una posizione di 'suiveur') possono essere percepiti come un'acquisizione di controllo rampante". Infine, "nel corso della riunione sono stati lungamente richiamati i casi della Toscana e delle gare di Pisa [ATO2] (in corso) e Firenze [ATO3] (imminente). Noi abbiamo confermato ad ACEA il nostro desiderio di presentare delle offerte comuni. ACEA ci darà una risposta entro qualche giorno. La decisione di ACEA sarà molto importante per la continuazione del nostro partenariato"³³.

²⁸ *"L'évolution de la loi Galli est lente et l'acquisition d'une taille critique est difficile. Pour cette raison nous avons proposé une alliance avec Acea qui pourrait évoluer dans une prise de participation dans la société romaine, lorsque la commune déciderait de réduire sa participation sous 51%. Ce projet prévoit donc trois phases : accord de collaboration dans l'énergie ; accord de collaboration dans l'eau ; éventuelle prise de participation".*

²⁹ *"Les arguments qui ont fait souvent l'objet de nos discussions dans l'eau, concernent surtout une collaboration dans l'international et l'Acquedotto Pugliese en Italie (sur ce dernier projet nous n'avons pas d'accord écrit mais il y a un gentleman agreement pour l'aborder ensemble [...]) Nous avons proposé de suivre conjointement les ATOs en Toscane, car ces sont les premiers à privatiser et Acea est assez forte dans cette région".*

³⁰ *"ACEA and Suez Environnement ('The Parties') want to create an integrated operating company for water services in Tuscany, / ACEA and Suez Environnement together, want to develop their business in water and wastewater services. ACEA brings its strong presence in Italy and its know-how in managing such services. ONDEO Services, world leader on this market, brings it international experience, its technical expertise and its operating know-how".*

³¹ *"The goals of the business development agreement are: the establishment of a strategy for the markets of central and northern Italy / the establishment of common financial and operational objectives for tenders to acquire or manage concession contracts in Italy / the submission of bids for public private partnerships, for acquisitions of water and wastewater service contracts and for acquisition of water and wastewater companies. / ACEA and Suez Environnement will submit these bids, together (and eventually with other partners) [...] Regarding the territories, the agreement applies as follows: Exclusivity in Tuscany, Venetia, Emilia-Romagna (12 million inhabitants) / Right of first refusal for the rest of Italy / The city of Rome is not part of the present agreement. [...] Among the potential projects to be considered in the three next years are : CREA / Acque Potabili / Lucca / Firenze / Sienna / ATO's in Modena / ATO's in Venetia".*

³² *"L'objet principal de la réunion était le partenariat ACEA/Ondeo Services dans l'eau en Italie et en dehors de l'Italie [...] Les commentaires d'ACEA ont été les suivants : Confirmation de l'intérêt d'ACEA de collaborer avec nous en Italie et en dehors de l'Italie. En Italie, le souhaits d'ACEA est de développer progressivement un partenariat (projets par projets ou à la rigueur sur des bases géographiques). ACEA ne veut pas, à ce stade, créer de joint-ventures ni même une alliance formelle et exclusive. En dehors de l'Italie, ACEA a été plus modeste que par le passé".*

³³ *"ACEA va formaliser des contre-propositions dans les prochaines jours. Nous avons bien précisé que sur le marché italien nous étions en mesure de définir des territoires/projets de collaboration et d'autres où les partenaires pourraient mener leur propres stratégies sous réserve : de maîtriser les concurrences frontales éventuelles, et qu'ACEA ne conclue pas des accords de partenariats parallèles avec des concurrents de Suez [...] Des partenariats trop exclusifs avec Suez (ou être vis-à-vis de Suez dans une position de 'suiveur') peuvent être perçus comme une prise de contrôle rampante [...] Au cours de la réunion, ont été évoqués longuement le cas*

54. I documenti agli atti permettono di verificare una piena identità di vedute sul punto da parte di ACEA. In un messaggio e-mail scambiato internamente all'impresa e datato 22 ottobre 2002 (doc. 41) è allegata una nuova versione del già noto accordo di cooperazione tra ACEA e SE, qui con la titolazione *"accordo con Ondeo rivisto da Acea"*. Tra le principali variazioni rispetto alla versione precedente compare l'esplicita previsione che, per la partecipazione a gare al di fuori della prestabilita area di esclusiva costituita da Toscana, Emilia Romagna e Veneto, vi sarà una *"consultazione preventiva nel resto d'Italia, con la possibilità per Acea di proporre altri partner da includere in ogni possibile impresa comune"*, salva la già nota esclusione per cui *"la città di Roma non è parte del presente accordo"*. In prospettiva di un rafforzamento dei rapporti tra ACEA e SE, le allegate linee guida operative fanno anche presente che *"in una seconda fase le parti considereranno l'opportunità di creare un'impresa comune operativa (nuova OpCo) che riceverà i nuovi contratti acquisiti attraverso il precedente accordo di sviluppo commerciale, oltre a possibili interessi già esistenti delle parti in Italia"*³⁴.

55. Nello stesso documento viene dato atto dell'interesse comune per operazioni all'estero, nelle aree del Mediterraneo e dell'Europa centrale: più nello specifico, vengono prese in considerazione possibili gare a breve termine in Turchia, dove *"le parti si consulteranno reciprocamente prima di presentare qualsiasi offerta"*, in Marocco, dove *"le parti prenderanno in considerazione la presentazione di un'offerta comune o un'azione di supporto di Ondeo/SE rispetto alla penetrazione di ACEA nel mercato"*³⁵, e infine in Francia, rispetto la quale viene espressamente previsto che *"Ondeo si asterrà da attitudini competitive in un numero di gare in Francia che saranno proposte da Acea, nei casi in cui Ondeo non sia l'operatore dominante nel settore"*³⁶.

56. In un altro documento rinvenuto presso ACEA, non datato ma con ogni probabilità risalente al 2002, si torna a considerare le possibilità di cooperazione con SE a livello italiano e internazionale dando atto di un incontro con alti rappresentanti del gruppo Suez e stabilendo al riguardo una puntuale griglia operativa (doc. 56). Nel testo si legge: *"water is king: il mercato domestico non esiste (AQP impedito dalla politica – AM [probabilmente Acquedotto Milanese] è distante e complesso - quello che resta, salvo verifica, è operativamente complicato e finanziariamente poco rilevante)"*. Poco più oltre si riportano le seguenti considerazioni di un dirigente di SE: *"in Europa il business [dell'acqua] è in crescita: possiamo/dobbiamo fare da soli nei nostri paesi, mentre fuori i rischi e gli impegni sono elevati ed è preferibile procedere insieme. Quindi, oltre alla Toscana: 1. first step, Network [...], 2. Second step, Joint Development. Europa orientale, probabilmente, 3. Third step, Incrocio azionario. Ciascuno acquisisce, in forme da determinarsi, partecipazioni nel capitale dei (o delle società idriche controllate dai) soci"*.

57. Salvo quanto sopra richiamato in relazione a possibili collaborazioni all'estero, l'interesse per le attività in Italia resta preminente: lo dimostra un documento risalente all'ottobre 2002, dove, la definizione di aree geografiche di cooperazione e lo scioglimento da parte di ACEA di una precedente intesa con un altro operatore relativa alla Toscana vengono richiamate quali condizioni fondamentali per poter gettare le basi di un fruttuoso accordo con SE (doc. 148)³⁷. Nello stesso periodo, inoltre, all'interno di SE si continua a ragionare sull'opportunità *"di posizionarci sul mercato rispondendo con ACEA a qualche gara ben distribuita geograficamente per approfittare dei futuri raggruppamenti di ATO nella penisola"* (doc. 157)³⁸. Soprattutto, la partecipazione congiunta alle gare in corso in Toscana viene vista come assolutamente centrale.

de la Toscane et les appels d'offres de Pise (en cours) et de Florence (imminent). Nous avons confirmé à ACEA notre souhait de remettre des offres communes. ACEA nous donnera une réponse dans quelques jours. La décision d'ACEA sera très importante pour la suite de notre partenariat ".]

³⁴ *"Regarding the territories, the agreement applies as follows: Exclusivity in Tuscany, subject to verification of the viability of a joint action, and in Venetia and Emilia-Romagna (12 million inhabitants) / Prior consultation for the rest of Italy, Acea having the option of proposing other partners to be included in any possible joint venture / The city of Rome is not part of the present agreement [...] In a second stage, the parties will consider the opportunity of creating a common operating (New OpCo) company which will receive the new contracts acquired through the previous business development agreement, plus possible already existing interests of the parties in Italy".]*

³⁵ *[Riguardo il Marocco, va detto che già nella proposta di collaborazione inviata da SE a ACEA nell'ottobre 2001 si dava atto di una disponibilità di Ondeo a fornire assistenza all'impresa italiana per una gara relativa alla città di Oujda, a patto "che Acea non selezioni per la gara in questione dei partners che siano concorrenti diretti di Ondeo" (doc. 132: supra, para.____).]*

³⁶ *"Business Development Agreement outside of Italy. ACEA and ONDEO Services have decided to develop their business in partnership for certain markets and projects located in the Mediterranean and central European areas. Short-Term Opportunities [...] Turkey: The parties will consult each other before any bid is submitted. Morocco: For future call for tender for public private partnership for water, wastewater and electricity distribution services, the parties will consider submitting a bid together or a supportive action by Ondeo in respect of Acea's penetration in that market; France: Ondeo will abstain from competitive attitudes in a number of tenders in France, to be proposed by Acea, in those cases where Ondeo is not the incumbent in the business".]*

³⁷ *[In un memo interno a SE, datato 3 ottobre 2002, il responsabile dell'impresa per l'Italia fa presente di aver "discusso con Cuccia le zone di cooperazione [...] Cuccia sembrava d'accordo in linea di principio. Sembra essere in discussione per annullare un vecchio accordo con Enel relativo alla Toscana. Questo aspetto è ora urgente poiché le manifestazioni d'interesse per Firenze, Pisa e Livorno verranno diramate molto rapidamente". ("J'ai discuté avec Cuccia les zones de coopération [...] Cuccia semblait de principe d'accord. Il semble être en discussion pour annuler un ancien accord avec Enel sur la Toscane. Ce sujet devient maintenant urgent car la manifestation d'intérêt pour Florence, Pise et Livorno vont sortir très rapidement").]*

³⁸ *[In un messaggio e-mail scambiato il 13 dicembre 2002 tra alcuni alti dirigenti di SE, nel considerare come il mercato italiano dei servizi idrici sia caratterizzato da rilevanti incertezze operative, si legge: "C'est notre métier d'être en négociation permanente et cela ne m'effraie pas outre mesure dans le cadre italien. 2 attitudes possible: évangéliser le marché et continuer de former des hommes en attendant cette évolution; nous positionner sur le marché en répondant avec ACEA à quelques appels d'offres bien distribués géographiquement pour profiter de futurs regroupements d'ATO dans la péninsule".]*

58. Un memo dal titolo *'Interesse strategico delle offerte di Pisa, Firenze e Siena'* [*Interet strategique des offres de Pise, Florence et Sienne*] inviato il 4 dicembre 2002 dal responsabile di SE per l'Italia, ing. Giani, ai massimi dirigenti di SE (doc. 146), è particolarmente chiaro al riguardo: *"queste offerte s'iscrivono nel contesto della nostra cooperazione con Acea. Noi cerchiamo di costruire con Acea un partenariato nell'acqua con l'obiettivo di avere una dimensione più grande delle nostre gestioni in Italia e di donare loro un'organizzazione più razionale. Per arrivarci abbiamo bisogno di un socio forte e capace di darci un'immagine meno straniera. Più in generale, come gruppo Suez abbiamo in prospettiva la possibilità di acquisire una partecipazione significativa nel capitale di Acea e diventare il partner di riferimento della città di Roma"*³⁹.

59. Fissato tale percorso, il dirigente di SE dà conto del fatto che "le nostre discussioni per la creazione di un partenariato con Acea sono più difficili nell'acqua che nell'energia, perché il tema è molto più sensibile sul piano politico", nondimeno "l'attitudine di Acea è pragmatica: anziché sottoscrivere un accordo generale di cooperazione, preferisce fare delle offerte comuni per creare una base su cui definire un partenariato più solido. Le offerte in Toscana rappresentano un'opportunità interessante, perché ci permettono di cominciare questa cooperazione in una regione d'Italia ricca e senza problemi di corruzione. D'altra parte, l'amministrazione regionale ha chiaramente manifestato la sua volontà di costituire un soggetto regionale per la gestione dell'acqua, a partire da Pisa, Firenze, Siena ed eventualmente Arezzo. Se questo progetto si realizza, si tratterà di una gestione di più di 2,5 milioni di abitanti e un volume d'affari di circa 250 milioni di euro"⁴⁰.

60. Sempre alla fine del 2002 risale un documento interno a SE che esprime in maniera estremamente chiara la strategia dell'impresa nel mercato italiano dei servizi idrici, alla luce dei rapporti in corso con ACEA. In una bozza di presentazione datata 17 dicembre 2002 (doc. 165) si legge quanto segue: *"L'Italia è il mercato municipale dell'acqua e della purificazione con il maggior potenziale di sviluppo per SE all'interno dell'Unione Europea nei prossimi anni in quanto: l'intervento del privato è indotto dalla legislazione (legge Galli); le dimensioni del mercato cresceranno grazie ai futuri aumenti di tariffa. SELS [leggi SE] è ancora poco presente in Italia, ma dispone di forti assi nella manica, notabilmente grazie a un promettente partenariato con Acea. Lo scenario concorrenziale può offrire a SELS (e Acea) un ruolo di primo piano nel quadro della selezione di operatori per gli ATO, notabilmente nel centro dell'Italia"*⁴¹.

61. In una parte intitolata *'Un accordo SELS-Acea promettente'* [*Un accord SELS-Acea prometteur*], la presentazione si occupa poi di un "partenariato con Acea in corso d'implementazione. Al fine di sviluppare la cooperazione su basi concrete, è stato deciso di presentare delle offerte comuni e acquisire dei progetti prima di siglare un accordo globale di partenariato [...] Acea e SE lavorano attualmente sulla presentazione di offerte comuni per i progetti di Siena [leggi ATO6], Firenze [leggi ATO3] e Pisa [leggi ATO2] [...] Acea, in quanto leader italiano del mercato, è innegabilmente influente sul piano nazionale".

62. Come già visto, in effetti, alla fine del 2002 ACEA e SE si sono ritrovate componenti di tre diversi r.t.i. partecipanti alle gare appena richiamate, sulla base di accordi distinti (v. docs. 1.1, 68 e 70) ma riconducibili a un medesimo modello, con successiva trasformazione del raggruppamento in un'impresa compartecipata in caso di aggiudicazione della gara. E' dunque a tale preciso periodo che possono farsi risalire le prime concrete attuazioni del rapporto di cooperazione stabilito da ACEA e SE. Sotto il profilo documentale, tale rapporto trova ulteriore definizione in un'altra presentazione risalente al marzo 2003 a firma della Direzione Studi e Progetti di SE (doc. 130).

63. Nella parte intitolata *'Rafforzamento del partenariato con Acea: formalizzazione di un accordo'* [*Renforcement du partenariat avec Acea: Formalisation d'un accord*], con specifico riferimento alle gestioni degli ATO dove le due imprese sono già presenti attraverso partecipazioni azionarie nei soggetti gestori si propone la "messa in comune delle partecipazioni di Acea e SELS [leggi SE] in Toscana (comprese Arezzo e Acque Toscane) in seno a un'impresa comune ad hoc 'NewCo Toscana'. La ripartizione SELS/Acea potrebbe essere 40/60 o 50/50 (obbligo di primato di Acea nell'acqua nel quadro della cooperazione Suez/Acea?), il che sembra vicino alla risultante dei rispettivi apporti". Ancora, viene proposta la "creazione di un'impresa comune con Acea per servizi diversi al fine di non lasciare Acea ad approfittare da sola dei margini realizzabili nel settore non regolamentato. [...] I clienti sarebbero gli ATO che noi gestiamo così come altri ATO della regione toscana"⁴².

³⁹ [*"Ces offres s'inscrivent dans le cadre de notre coopération avec Acea. Nous cherchons de construire avec Acea un partenariat dans l'eau qui a comme objectif d'avoir une taille plus grande de nos exploitations en Italie et de lui donner une organisation plus rationnelle. Pour y arriver nous avons besoin d'un partenaire fort et capable de nous donner une image moins étrangère. Plus en général comme group Suez nous avons en perspective la possibilité de prendre une participation significative dans le capital d'Acea et de devenir le partenaire de référence de la ville de Rome".*]

⁴⁰ [*"Nos discussions pour la création du partenariat avec Acea sont plus difficiles dans l'eau que dans l'énergie, car le sujet est beaucoup plus sensible sur le plan politique. L'attitude d'Acea est pragmatique : plutôt que signer un papier général de coopération, préfère faire des offres communes pour créer une base sur la quelle définir un partenariat plus solide. Les offres en Toscane représentent une opportunité intéressante, car nous permettent de commencer cette coopération dans une région d'Italie riche et sans problèmes de corruption. D'autre part, l'administration régionale a clairement manifesté sa volonté de construire un sujet régional pour la gestion de l'eau, à partir de Pise, Florence, Sienne, et éventuellement Arezzo. Si ce projet se réalise il y aura une gestion de plus que 2,5 millions d'habitants et une chiffre d'affaire d'environ 250 M.Euro".*]

⁴¹ [*"L'Italie est le marché municipal de l'eau et de l'assainissement au plus fort potentiel de développement pour SE en Union Européenne dans les prochaines années car : l'intervention du privé est forcée par la législation (loi Galli) ; la taille du marché va croître grâce aux futures augmentations de tarifs. SELS est encore peu présent en Italie, mais dispose de forts atouts, notamment grâce à un partenariat prometteur avec Acea. Le paysage concurrentiel peut offrir à SELS (et Acea) un rôle majeur dans le cadre de la sélection d'opérateurs pour les ATO, notamment dans le centre de l'Italie".*]

⁴² [*"Mise en commun des participations d'Acea et SELS en Toscane (y compris Arezzo et Acque Toscane) au sein d'une JV ad-hoc 'NewCo Toscane'. La répartition SELS/Acea pourrait être 40/60 ou 50/50 (obligation du leadership d'Acea dans l'eau dans le cadre de la*

64. In allegato alla presentazione compare un documento specificamente dedicato ai rapporti tra ACEA e SE in Toscana, dal significativo titolo di *'accordo di collaborazione toscana – linee guida'* [*Tuscan Partnership Agreement – Guidelines*]. Il testo si apre con alcune considerazioni generali e obiettivi più specifici dell'accordo: *"visione: creare in Toscana il modello della gestione delle risorse idriche in Italia. Impresa idrica dominante in Toscana con partenariati pubblico-privati profittevoli con ATO, attività di servizio profittevoli riconosciute come il miglior fornitore di servizi in Italia. Finalità: creare una profittevole attività operativa in Toscana; rafforzare la cooperazione esistente; crescita nell'Italia centrale; ottimizzazione delle risorse. Obiettivi: sviluppo: Toscana, Emilia Romagna & Veneto: ATO ed altro; progetti italiani; opportunità internazionali [...]* Esclusiva e non-concorrenza: Toscana, Emilia Romagna, Veneto"⁴³.

65. La notevole mole di documenti rinvenuta presso le sedi delle parti consente di seguire con continuità le evoluzioni dei rapporti tra ACEA e SE. A questo proposito, è da segnalare una nuova presentazione sulla presenza di SE nel mercato nazionale dei servizi idrici (doc. 168), circolata tra i massimi dirigenti di SE e sempre risalente al marzo 2003, ma con alcune significative considerazioni aggiuntive rispetto alla precedente presentazione (*supra*, para. 62). Il documento chiarisce in primo luogo che, in Italia, SE *"desidera limitare la sua zona di sviluppo potenziale al centro/centro-nord"*, a fronte di un'area centrale considerata in termini positivi in quanto *"zona d'influenza di Acea"* e comprensiva di Arezzo (nel cui ATO4, come già visto, SE è presente sin dal 1999 attraverso la sua partecipazione a Intesa Aretina).

66. Più oltre, viene evidenziato il fatto che *"qualche mese dopo la decisione di cooperazione, Acea e SE hanno già vinto delle gare e lavorano su altri progetti"*. In una prospettiva più generale, *"il partenariato nell'acqua con Acea s'iscrive in una strategia di cooperazione più ampia (vedi l'accordo Electrabel/Acea) con il Gruppo [leggi gruppo Suez], che ha recentemente acquisito l'1,9% del capitale di Acea"*. Di estremo interesse è quanto viene poi considerato circa le conseguenze della presenza azionaria del gruppo Suez in ACEA rispetto ai rapporti di questa con SE: *"il gruppo Suez possiede l'1,9% di Acea. Suez potrebbe nominare a novembre un amministratore con il 3% del capitale [...]* Obiettivo: utilizzare Acea come *'braccio armato'* di Suez per l'acqua in Italia"⁴⁴.

67. La questione della partecipazione azionaria del gruppo Suez in ACEA quale leva e collante per l'accordo nel mercato dei servizi idrici torna esplicitamente anche in un altro documento acquisito presso SE, datato 15 aprile 2003 (doc. 137). In tale memo, un alto dirigente di SE dà conto di una riunione tenutasi l'11 aprile con l'allora amministratore delegato di ACEA a Roma, lasciando chiaramente intendere che una presenza stabile e forte del gruppo Suez nel capitale azionario della ex municipalizzata romana sia richiesta direttamente dalla dirigenza di quest'ultima: *"i nostri interlocutori si augurano che Suez acquisisca rapidamente il 3% del capitale di Acea [...]* L'obiettivo sarà di avere un membro nel consiglio di amministrazione. Confermo che dal mio punto di vista questo aumento nel capitale rappresenta un reale interesse nel quadro del partenariato strategico di Acea".

68. Il documento consente anche di meglio comprendere la rilevanza attribuita da ACEA alla partecipazione congiunta di SE alla Gara, a fronte delle sopra citate variazioni nelle quote rispettivamente detenute nel relativo r.t.i. (*supra*, para. 43): *"Cuccia [al tempo amministratore delegato di ACEA] e Acea esprimono impazienza (irritazione?) circa le nostre reticenze a investire in maniera significativa a loro fianco nell'acqua. Su Firenze, ho confermato la nostra decisione di non investire. Questo essendo lo stato delle cose, ho proposto di mantenere il 2% (ovvero un investimento massimo pari a 1,2 milioni di euro) nel giro di tavolo (visione di medio termine su un raggruppamento degli attivi Acea e Suez in Toscana, immagine esterna di mantenere il partenariato con Acea, possibilità di crescere ulteriormente nel capitale [...]) Acea conferma la sua volontà di concentrare il suo sviluppo idrico nel mercato italiano. Si tratta di un'evoluzione importante, solo qualche mese fa Acea era attiva sull'internazionale"*⁴⁵.

69. A proposito dell'ultima indicazione riportata, relativa a una sopravvenuta limitazione delle aspirazioni operative di ACEA all'estero, essa trova chiarificazione in quanto dichiarato in audizione dai rappresentanti della società, secondo cui *"ha pesato*

coopération Suez/Acea ?), ce qui semble proche de la résultante des apports respectifs [...] Création d'une société commune avec Acea pour différents services pour ne pas laisser Acea profiter seule des marges réalisables dans le secteur non régulé. [...] Les clients seraient les ATOs que nous gérons ainsi que d'autres ATOs de la région toscane".]

43 [*"Vision: Create in Tuscany the model for water management in Italy. Dominant Water Co. in Tuscany with profitable PPPs with ATOs, profitable Service Business, recognized as the best service provider in Italy. Goals: Create a profitable operating business in Tuscany; Strengthen existing partnership; Grow in Central Italy; Optimise resources. Targets: Developments: Tuscany, Emilie Romagna, & Venetia: ATO's and other; Italian Projects; International Opportunities [...]* Exclusive & Non-Competition: Tuscany, Emilie Romagna, Venetia".]

44 [*"SELS désire limiter sa zone de développement potentiel au centre/centre-nord [...] Centre (15 Mio. habitants) : + Zone d'influence d'Acea et présence d'Arezzo [...] Quelques mois après la décision de coopération, Acea et SE ont déjà remporté d'offres et travaillent sur d'autres projets. Partenariat groupe Suez/Acea : le partenariat dans l'eau avec Acea s'inscrit dans une stratégie de coopération plus large (voir accord Electrabel/Acea) avec le Groupe, qui a récemment acquis 1.9% du capital d'Acea [...] Participation de Suez dans Acea : contexte : le groupe Suez possède 1.9% d'Acea. Suez pourrait nommer en novembre un administrateur avec 3% du capital [...] Objectif : Utiliser Acea comme 'bras armé' de Suez pour l'eau en Italie".]*

45 [*"Nos interlocuteurs souhaitent que suez prenne rapidement 3% du capital d'Acea [...] L'objectif serait d'avoir un membre au conseil d'administration. Je confirme que de mon point de vue, cette montée au capital présente un réel intérêt dans le cadre du partenariat stratégique avec Acea [...] M. Cuccia et Acea expriment de l'impatience (de l'irritation ?) devant nos réticences à investir de manière significative à leurs côtés dans l'eau. Sur Florence, j'ai confirmé notre décision de ne pas investir. Ceci étant, j'ai proposé de garder 2% (soit un investissement au maximum égal à 1,2 Mio €) dans le tour de table (vision moyen terme sur un regroupement des actifs Acea et Suez en Toscane, image externe du maintien du partenariat avec Acea, possibilité de monter ultérieurement au capital [...]) Acea confirme son objectif de concentrer son développement eau sur le marché italien. C'est une évolution importante, il y a quelques mois Acea était mobilisé sur l'international".]*

anche la crisi che ACEA si è trovata all'epoca ad attraversare per l'andamento negativo delle sue attività nel settore delle telecomunicazioni, dal quale è poi uscita per concentrarsi sui settori idrico ed energetico, in entrambi i casi nell'ambito nazionale. A riprova di ciò, [si] cita il fatto che ACEA non ha più partecipato a gare per la gestione di servizi idrici all'estero e ha lasciato scadere la concessione detenuta per la gestione del servizio idrico a Tirana in Albania: il gruppo continua a essere presente in alcune realtà locali del Sud America, in particolare in Honduras, Perù e Colombia, che tuttavia non sono strategiche" (doc. 268).

70. Il 2003 costituisce 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. In un documento datato 10 giugno 2003 e rinvenuto presso SE (doc. 133), viene infatti indicato che *"l'obiettivo di realizzare in questo settore una joint-venture simile a quella realizzata in campo elettrico è sicuramente messo in discussione dalle incertezze dimostrate da Suez per la sua partecipazione, con ACEA, alle gare in Toscana. In particolare Pisa e Firenze, dove esisteva la possibilità per Ondeo di divenire il primo partner di ACEA e completare dopo Siena-Grosseto ed Arezzo, che già vede la presenza di Ondeo, una forte alleanza in Toscana. Il completamento di questo processo avrebbe fatto di Ondeo il primo partner di ACEA ed il più importante operatore estero in Italia. Rendendo evidentemente assai più facile il raggiungimento dell'obiettivo della costruzione di una alleanza strategica"*.

71. Posto che "occorre chiarire quali sono i motivi del relativo disimpegno di Ondeo. In particolare se esso è dovuto: (a) al contenuto specifico di ogni singola gara, ritenuto insufficiente dal punto di vista economico (b) alle sopravvenute difficoltà finanziarie di SUEZ (c) ad un giudizio negativo sulle prospettive del mercato dell'acqua in Italia", il documento prosegue affermando a chiare lettere che *"nonostante l'attuale impasse negativa esistono tutte le condizioni per un rilancio della presenza Suez in Italia e nell'acqua, sia tramite ACEA, di cui Suez ed Electrabel sono azionisti, sia insieme ad ACEA nei futuri processi di consolidamento".* Ricordato poi che *"Suez, Electrabel sono oggi, insieme a Caltagirone, uno dei principali azionisti di ACEA [...] è bene a questo proposito che SUEZ – Electrabel raggiungano la soglia del 3% di partecipazione azionaria"*.

72. La fase di transitorio rallentamento da parte di SE nella cooperazione con ACEA rispetto al mercato italiano della gestione dei servizi idrici trova la sua spiegazione principale nel secondo dei punti indicati dal documento sopra citato. Secondo quanto chiarito dai rappresentanti della società, infatti, nei primi anni duemila *"Suez ha sperimentato difficoltà finanziarie a causa della crisi argentina, la quale ha fortemente penalizzato le gestioni e i crediti di Suez in quel paese con ripercussioni sulle attività del gruppo a livello mondiale"*. Con specifico riferimento all'apparente disimpegno di SE nelle gare in corso in Toscana nel 2003 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 SE nell'ATI dall'originario 40% a un limitato 2% (v. *supra*, para. 37) – gli stessi rappresentanti hanno considerato che tali variazioni *"sono state dovute alla complessità della Gara e alla contestuale situazione di momentanea difficoltà sperimentata da SE a seguito della già citata crisi argentina, che indusse il gruppo Suez a disimpegnarsi da numerosi investimenti per recuperare redditività"*.

73. A dimostrazione dell'importanza che SE ha costantemente attribuito alla propria presenza nelle gestioni toscane a fianco di ACEA, *"pur a fronte di tale contingenza, SE ha voluto mantenere una piccola partecipazione alla Gara per non compromettere la sorte degli altri partner dell'ATI (l'uscita di un membro dell'ATI avrebbe infatti potuto comportare l'esclusione dell'intero raggruppamento), quindi ha negoziato con gli altri partecipanti all'ATI una forte riduzione (ma non la totale estinzione) della propria quota: superate le difficoltà e presentatasi l'opportunità di sottoscrivere un aumento di capitale di [Abf], SE ha sottoscritto la quota parte rimasta inoptata da parte della società Silm del gruppo Caltagirone, quota parte su cui anche gli altri partner non erano interessati. In tale modo SE è divenuta il secondo azionista di [Abf]"* (doc. 267).

74. Sempre in relazione alla partecipazione alla Gara, peraltro, va segnalato un memo interno a SE intitolato *'Italia/Firenze['Italie/Florence']* e datato 1° aprile 2003 (doc. 155), dove un alto dirigente di SE riferisce di un suo incontro con l'allora amministratore delegato di ACEA. Dal resoconto risulta che l'impresa italiana auspica una partecipazione alla Gara *"per delle ragioni strategiche: situazione economica di Firenze e della Toscana; consolidamento delle nostre posizioni, in particolare in vista della fusione prevista tra Pisa [ATO2] e Firenze [ATO3]; evitare la presenza di Severn Trent (e forse anche RWE). Se noi confermiamo il nostro rifiuto a presentare un'offerta, le conseguenze possono essere le seguenti: 1) ACEA adotta la medesima posizione; 2) ACEA presenta un'offerta insieme a Caltagirone e alle banche. E' possibile che ACEA si associ con uno dei nostri concorrenti? A priori no, ma non mi fido. Sia quel che sia, se ACEA vince questo progetto senza di noi, il nostro partenariato con ACEA s'indebolirà e noi ci allontaneremo da uno schema 60/40 per la totalità delle nostre attività in Toscana"*. In un appunto manoscritto apposto al fondo del documento, ricompare poi il ricorrente tema delle partecipazioni del gruppo Suez in ACEA: *"continuo a raccomandare che il gruppo investa in ACEA, fino al 3% del capitale, per aver un posto nel consiglio di amministrazione"*⁴⁶.

75. Salvo quanto si dirà più specificamente oltre (*infra*, para. 131 ss.), merita segnalare sin d'ora come dal documento emerga una valutazione di carattere strategico-opportunistico circa la partecipazione congiunta di ACEA e SE alle gare

⁴⁶ *"L'offre sur Florence est à remettre le 24 avril [...] ACEA souhaite y aller pour des raisons stratégiques : Situation économique de Florence et de la Toscane. Consolidation de nos positions, en particulier lors de la fusion envisagée entre Pisa et Florence. Eviter la présence de Severn Trent (et peut-être RWE. Si nous confirmons notre refus de soumissionner, les conséquences peuvent être les suivantes : 1) ACEA adopte la même position. 2) ACEA soumissionne avec Caltagirone et les banques. Est-ce que ACEA peut s'associer avec un de nos concurrents ? A priori non mais je me méfie. Quoi qu'il en soit, si ACEA gagne sans nous ce projet, notre partenariat avec ACEA va être affaibli et nous nous éloignerons d'un schéma 60/40 pour la totalité de nos activités en Toscane [...] Je continue de recommander que le groupe investisse dans ACEA, jusqu'à 3% du capital, pour avoir une place au conseil d'administration".]*

toscane anche rispetto all'ingresso di possibili qualificati concorrenti stranieri, quali l'impresa tedesca RWE e l'inglese Severn Trent. Ancora, il tono delle considerazioni è tale da lasciare intendere la preoccupazione interna alla società francese che ACEA possa allearsi con uno dei citati soggetti competitori, con il che s'intende che la stessa ACEA viene pur sempre considerata da SE quale un proprio diretto concorrente nella gestione dei servizi idrici in Italia.

76. Dalla documentazione agli atti emerge peraltro chiaramente come, intorno alla seconda metà del 2003, SE abbia individuato le condizioni necessarie a preservare un rapporto strutturale con ACEA. In una presentazione risalente al settembre 2003 (doc. 173) si legge infatti che in Italia SE *"ha deciso di limitare la sua zona di sviluppo potenziale al centro e al nord"*. Il territorio nazionale viene analizzato con chiaro intento ripartitorio, posto che, (1) l'area nord del paese è considerata particolarmente redditizia, anche se per la *"presenza di società municipalizzate forti e dominanti [...]"* sarà sovente necessario trovare delle alleanze, salva la possibile soluzione di una più generale *"azione con ACEA"*; (2) per il Centro viene ribadito, sulla scorta del precedente doc. 168 (*supra*, para. 65), che uno dei vantaggi dell'area è la forte presenza di ACEA, con cui esiste un partenariato; (3) accanto all'area del Sud viene appuntato nel documento: *"territorio proposto a Agbar?"*⁴⁷.

77. Al termine della presentazione, dopo aver rilevato che *"la posizione commerciale di leader è stata presa in associazione con il leader nazionale ACEA"* si passa poi a stilare un elenco di elementi necessari per *"creare le condizioni di una impresa comune operativa con ACEA"*. Tra i passaggi ritenuti necessari a tal fine vengono quindi indicati i seguenti: *"aumento di capitali di ACEA e nomina di 2 membri del consiglio di amministrazione (Suez + EGE)/Acquisizione di Acque Potabili (40% SE)/Rimonta nel capitale di Firenze e Pisa e una posizione del 40%; fusione delle attività toscane in un'entità 60/40/sviluppo comune di una attività di prestazione di servizi (RFQE, Acquisti e gestione spese in conto capitale)/partecipazione a gare per gli ATO; 20 ATO (?) saranno messi a gara tra il 2004 e il 2006"*. Per SE, infine, è opportuno considerare l'opportunità di *"sincronizzare la nostra strategia con AGBAR"*⁴⁸.

78. Già all'inizio del 2004, i rapporti tra SE e ACEA sono nuovamente improntati a una fiduciosa considerazione delle prospettive di sviluppo comune e integrazione delle attività idriche. Infatti, da una scheda rinvenuta presso SE e preparata in vista di una riunione tenutasi a Roma tra i vertici delle due imprese il 30 gennaio 2004 (doc. 176) emerge tra l'altro la considerazione puntuale dell'opportunità di uno *"scambio di esperienze e risorse umane"*, unitamente alla discussione circa un'operazione legata ad *"Acque Potabili ed altri progetti"*, una volta fatto il punto *"sui progetti toscani (situazione attuale, obiettivi, risorse umane, strategia finanziaria)"*.

79. Subito dopo l'incontro appena citato, all'interno di SE torna a circolare la bozza di accordo di cooperazione con ACEA dell'ottobre 2002 (v. doc. 177, composto da un messaggio e-mail datato 18 febbraio 2004 in cui si allega l'accordo citato come spunto di riflessione comune). Si produce anche un nuovo schema su cui improntare la cooperazione tra le due imprese con l'avvertenza espressa della necessità di una *"consultazione tra ACEA e SE per tutte le operazioni di sviluppo in Italia e definizione caso per caso delle condizioni di partecipazione alle differenti iniziative"*, nonché di un apposito comitato gestionale per la *"identificazione delle opportunità di sviluppo e definizione dei criteri di partecipazione"*⁴⁹ (doc. 178).

80. A fronte di tali sviluppi, è opportuno prendere ora più specificamente in considerazione una società richiamata più volte nei paragrafi precedenti, Agbar, ovvero la spagnola Aguas de Barcelona S.A., di cui SE detiene una partecipazione azionaria significativa. Ciò in quanto una nota datata 25 maggio 2004 e rinvenuta presso SE (doc. 189), relativa a uno scambio di opinioni intercorso tra il rappresentante per l'Italia di SE e l'amministratore delegato di ACEA, fa riferimento alla gara relativa all'ATO4 toscano nei termini seguenti: *"Livorno. [Mangoni] ci è riconoscente per la nostra azione nei confronti di Agbar. Sta per depositare un ricorso in tribunale per arrivare a una divisione e lasciare il gas ad Amga e riprendere l'acqua che è pronto a dividere con noi"*⁵⁰.

81. Ricordato che la gara per l'ingresso nel capitale azionario di ASA-Livorno è stata aggiudicata a un r.t.i. capofilato da Amga (*supra*, para. 34), il documento citato lascia intendere un coordinamento per la partecipazione alla gara tra ACEA, SE e Agbar. Tale coordinamento appare tanto più inusuale, in quanto alla gara di Livorno ACEA ha concorso in

⁴⁷ *"SE a décidé de limiter sa zone de développement potentiel au centre et au nord [...] Nord (19 Moi habitants : + : Région riche et dense – : Présence de sociétés municipales fortes et dominantes avec lesquelles il sera souvent nécessaire de trouver des alliances) } Projets a priori dès 2004. Choix de cibles. Commercial amont. Recherche de partenaires industriels et financiers. Action avec Acea ? Centre (18 Moi habitants) : + : zone d'influence d'Acea et présence Arezzo. + : Présence limitée de sociétés municipales fortes } Partenariat avec Acea. Sud (15 Moi habitants) : + : Présence de sociétés municipales faibles et mal organisées. – : Problèmes d'éthique ? Pouilles (4 Moi habitants) : – : Présence Acq. Pugliese } Territoire proposé à Agbar ?"*

⁴⁸ *"La position commerciale de leader a été prise en association avec le leader national Acea. L'objectif est [...] Créer les conditions d'une JV opérationnelle avec Acea. Montée au capital d'Acea et nomination de 2 membres du conseil d'administration (Suez + EGE) / Acquisition d'Acque Potabili (40% SE) / Remonter au capital de Florence et Pise à une position de 40% / Fusion des actifs toscans dans une entité 60/40 / Développement commun d'une activité de prestations de services (RFQE, Achats et CAPEX management) / Participation aux appels d'offre des ATOS ; 20 ATOS (?) seront mis en Appel d'Offre entre 2004 et 2006 [...] Synchroniser notre stratégie avec AGBAR".*

⁴⁹ *"Partnership Guidelines ACEA – Suez Environnement [...] Phase actuelle. A) Gestion des nos participations en Pise, Sienne et Florence [...] B) Développement. Consultation entre Acea et SE pour toutes les opérations de développement en Italie et définition au cas par cas des conditions de participation aux différentes initiatives. C) Steering Committee. Création d'un steering committee chargé de la gestion et du développement / Supervision des gestions et contrôle de l'implémentation du plan triennal d'action ; Identification des opportunités de développement et définition des critères de participation".*

⁵⁰ *"Livorno. Il nous est reconnaissant pour notre action vers Agbar. Il va déposer un recours au tribunal pour arriver à un break up et laisser le gaz à Amga et reprendre l'eau qu'il est prêt à partager avec nous."*

raggruppamento non con SE, bensì con Italgas S.p.A. (di seguito Italgas). Al riguardo, i rappresentanti di ACEA hanno dichiarato che *"la partecipazione congiunta con Italgas, anziché con SE 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"* (doc. 268).

82. Richiesti di chiarire il significato del passaggio sopra richiamato contenuto nel doc. 189, i rappresentanti di SE hanno dichiarato che *"da un lato, SE aveva avuto l'intenzione di partecipare alla gara insieme ad ACEA, dall'altro era risultata prequalificata anche una società di diritto spagnolo, la Aguas de Barcelona S.A., di cui SE detiene il 49% senza però controllarla. In base alla normativa italiana in materia di gare d'appalto, la partecipazione della società iberica, in virtù dei suoi legami azionari con SE in quanto componente dell'ATI costituita con ACEA intenzionata a partecipare alla medesima gara, avrebbe inficiato la partecipazione di entrambe alla procedura, per cui SE si operò presso Agbar al fine di spiegare alla stessa le conseguenze derivanti dalla sua decisione di continuare a partecipare alla gara e indurla quindi a non partecipare. La riconoscenza che dimostra ACEA è semplicemente relativa a tale azione di SE"* (doc. 267).

83. Che la relazione tra ACEA e SE sia, così come appena visto, garantita anche attraverso i rispettivi rapporti con altre imprese e in piena sintonia per quel che riguarda le varie attività nel mercato nazionale dei servizi idrici, lo dimostrano diversi altri elementi documentali, dai quali giunge altresì la conferma della funzionalità della più volte citata partecipazione azionaria del gruppo Suez in ACEA rispetto alla salvaguardia delle relazioni privilegiate tra SE e ACEA stessa. In una nota allegata a un messaggio e-mail del 25 maggio 2004 e rinvenuto presso SE, riguardo ai rapporti tra il gruppo Suez e un altro azionista di riferimento di ACEA, si dice infatti che *"Caltagirone capisce la nostra posizione che non è interessata al controllo di ACEA ma alla protezione degli accordi operativi che abbiamo con ACEA"* (doc. 188).

84. In merito alle attività coordinate nel mercato italiano, rileva poi un messaggio e-mail inviato da un consulente di ACEA a SE il 24 maggio 2004, il cui memo allegato contiene alcune linee guida di collaborazione tra le due imprese *"al fine di rafforzare i rapporti sin qui intercorsi"* (doc. 139). In base a tale documento, *"1. Acea e s.e. [leggi SE] monitoreranno congiuntamente l'evoluzione del mercato italiano individuando gli obiettivi di interesse comune. 2. Qualora un progetto sia di interesse comune, salvo diversa pattuizione, la quota cumulata di partecipazione di Acea e s.e. sarà ripartita come segue: Acea 51%/s.e. 41% e la gestione dei progetti verrà condotta in modo paritetico. 3. Acea e s.e. si danno reciprocamente atto che per meglio strutturare le partecipazioni comuni, le stesse potranno a termine essere riunite in un solo veicolo comune"*. Si prevede quindi una struttura direttiva stabile, ovvero *"un comitato di consultazione permanente (CCP) che si riunirà con cadenza mensile per: fare il punto sull'evoluzione del mercato e valutare le opportunità di sviluppo/verificare l'andamento delle gestioni di partecipazione comune/proporre le iniziative da prendere sui progetti e sulle gestioni"*.

85. Sempre al 2004 risale un importante snodo nelle relazioni tra ACEA e SE rispetto alle gestioni idriche in Toscana. Successivamente all'avvenuta aggiudicazione al r.t.i. partecipato dalle due società della gara per l'ingresso nel capitale azionario di Fiora-Siena, gestore dell'ATO6, emerge infatti una non prevista situazione di grave difficoltà finanziaria di tale società, che induce le parti a una revisione del rispettivo coinvolgimento nell'operazione⁵¹. Proprio da tale revisione è conseguita la decisione di SE di mantenere solo una partecipazione simbolica nell'operazione. Al proposito, un documento interno a SE e datato 25 aprile 2005 (doc. 163) riporta espressamente tra gli avvenimenti recenti delle attività idriche la *"decisione di lasciare ACEA come solo operatore su Siena (riduzione della nostra partecipazione a 0,1%)"*⁵².

86. Dal documento appena citato – una presentazione destinata al comitato operativo interno a SE, che riprende almeno in parte i contenuti del già noto doc. 168 (*supra*, para. 65) – traspare netta la volontà della società di mantenere in ogni caso immutata la propria strategia cooperativa con ACEA, nell'ambito di una ben definita ripartizione territoriale che trova nelle gestioni toscane il proprio fulcro. Si legge così nel testo che il partenariato con ACEA al momento ha dato *"risultati limitati nel settore dell'acqua, tenuto conto della timidezza di SE a investire (ACEA si sviluppa bene in Toscana)"*. Più oltre, si torna a considerare che tale partenariato *"è stato indebolito recentemente dalla timidezza di SE sugli ultimi progetti/Minaccia di perdere il nostro partner nel settore dell'acqua non essendo sufficientemente presenti?/i contratti stipulati da ACEA in Toscana (in modo specifico Pisa) mostrano un'evoluzione più positiva di quanto si era atteso"*. Tutto ciò, peraltro, a fronte di una *"emergenza di concorrenti potenti attraverso delle multiutilities nel nord dell'Italia (es. Hera)"*, ovvero nell'area che interessa specificamente a SE⁵³.

87. Dal quadro generale così delineato, SE trae come conclusione l'opportunità di rafforzare la strategia comune con ACEA secondo uno schema ben preciso che, una volta di più, si fonda sulla gestione degli ATO toscani: *"1) corto/medio*

⁵¹ [Da un messaggio e-mail interno a SE e datato 7 maggio 2004 emerge infatti che prima della gara per l'acquisizione del 40% del gestore dell'ATO6 non era stato possibile effettuare alcuna due-diligence, e che solo a seguito dell'aggiudicazione era emerso il dissesto dell'impresa, con conseguenti trattative tra le parti e gli enti locali azionisti per una ridefinizione dei termini generali dell'accordo gestionale (doc. 186 D).]

⁵² ["Décision de laisser Acea comme seul opérateur sur Sienne (réduction de notre participation à 0,1%)".]

⁵³ ["Partenariat avec Acea: jusqu'à présent, résultats limités dans le domaine de l'eau, compte tenu de la timidité de SE pour investir (Acea se développe bien en Toscane) [...] Difficultés et risques potentiels futurs / Partenariat avec Acea dans le secteur de l'eau a été affaibli récemment par la timidité de SE sur les derniers projets / Menace de perdre notre partenaire dans le secteur de l'eau en n'étant pas suffisamment présent ? / Les contrats signés par ACEA en Toscane (notamment Pise) montrent une évolution plus positive que ce qui était attendu) / Emergence de concurrents puissants au travers des multi utilities dans le nord de l'Italie (ex: Hera)".]

termine: rafforzare il partenariato con ACEA: crescita nel capitale degli affari in Toscana (Pisa, Firenze, Siena)/attesa forte da parte di ACEA (rinsaldare la nostra collaborazione)/creazione di una struttura comune ACEA – SE: strategia comune per il centro Italia/Obiettivo dell'impresa comune: sostenere lo sviluppo delle attività presenti e future delle parti nel settore dell'acqua e della fognatura nel centro dell'Italia con l'esclusione della Regione di Roma/raggruppare le partecipazioni di ciascuna delle parti in Toscana/messa in comune delle competenze, risorse e conoscenze tecniche". Quanto ai piani di più ampia portata, SE vede di nuovo la strada segnata nel suo rapporto con ACEA: "2) medio/lungo termine: acquisizione del 25% di un attore principale del settore dell'acqua in Italia: ACEA [...] 25% = 10% di SE + 15% di Suez"⁵⁴.

88. In effetti, tra il 2005 e il 2006 i rapporti tra SE e ACEA si mostrano fortemente 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. Dimostra tale processo il fatto che, a metà del 2005, le parti siano nuovamente impegnate a discutere i dettagli di un accordo formale di cooperazione: un fax inviato da SE ad ACEA in data 8 giugno 2005 (doc. 30) consiste infatti di un 'discussion paper', dove sono puntualmente individuati principi del rapporto e obiettivi da raggiungere.

89. Nel dare atto una volta di più della cooperazione già esistente tra le due imprese, il documento sottolinea come questa debba ora essere rafforzata attraverso un doppio accordo "a livello societario: cooperazione sul piano delle risorse tecniche e umane" e "a livello Toscana (o dell'area centrale dell'Italia): sviluppo di un'impresa comune per la gestione degli affari presenti e futuri": resta salva la previsione che le parti saranno libere di decidere in futuro di aggiungere ulteriori ambiti applicativi all'accordo, attraverso decisioni da adottarsi caso per caso⁵⁵. Altro significativo documento al riguardo è un memo interno a SE datato 21 luglio 2005, in cui vengono riportati gli elementi principali di un incontro tenutosi tra i massimi dirigenti di SE e ACEA. Secondo il resoconto, l'amministratore delegato di ACEA ([omissis]) "ha confermato il suo desiderio di rafforzare il partenariato Suez/Acea attraverso una collaborazione più densa nell'acqua", mentre il presidente di SE ([omissis]) "ha confermato il desiderio di Suez di creare un'impresa comune in Toscana"⁵⁶ (doc. 129).

90. Ancora, in un fax inviato il 26 agosto 2005 dal direttore generale di SE ([omissis]) all'amministratore delegato di ACEA (doc. 31), il primo richiama un recente incontro tenuto tra il secondo e il presidente di SE per dichiararsi "molto felice a proposito delle prospettive di rinforzo e ristrutturazione della nostra partnership. Sono consapevole che questa partnership è rimasta sino ad ora al di sotto delle nostre iniziali mutue aspettative. Confermo che siamo pronti a investire in una quota significativa (dal 40% al 49%) nell'impresa comune da costituirsi in Toscana, e che gestiremo congiuntamente. Questa entità riunirà i nostri affari presenti e futuri in questa regione"⁵⁷.

91. Posto che costante è l'intransigenza di ACEA circa l'inefficacia dell'accordo con SE all'interno del Lazio – come dimostra un memo interno a SE del 22 febbraio 2006 (doc. 140) in cui si sottolinea che "ACEA vuole restare totalmente libera nel Lazio"⁵⁸ – i capisaldi della cooperazione tra ACEA e SE sono ben riassunti in una presentazione interna a SE datata 23 febbraio 2006 (doc. 215). Tra i "principi del partenariato SE/ACEA", il documento richiama la "creazione di una struttura ACEA/SE portatrice di una strategia comune di gestione degli ATO toscani e ulteriormente estensibile alle regioni limitrofe, con l'eccezione del Lazio", sorretta dal già visto aumento parallelo delle rispettive partecipazioni nelle varie società di gestione.

92. Significativo nel testo appare anche il richiamo al ruolo di fondamentale stabilizzazione della cooperazione tra ACEA e SE avuto dalla partecipazione congiunta alla Gara: infatti, posto che ACEA ha espressamente richiesto a SE di aumentare la propria partecipazione in Abf, SE ha ben chiaro che "la mancata sottoscrizione del 22% costituirebbe un atto di sfiducia nei confronti di ACEA che si tradurrebbe in una rottura definitiva delle nostre discussioni"⁵⁹. Come già visto, SE ha effettivamente provveduto

⁵⁴ ["Stratégie Centre de l'Italie : avec Acea / 1) Court/Moyen terme : Renforcer le partenariat avec ACEA : Montée dans le capital des affaires en Toscane (Pise, Florence, Sienne) / Attente forte d'Acea (soudier notre collaboration) / Création d'une structure commune Acea – SE : Stratégie commune pour le Centre de l'Italie / Objectif de la JV : Supporter le développement des activités présentes et futures des parties dans le domaine de l'eau et de l'assainissement dans le Centre de l'Italie à l'exclusion de la Région de Rome / Regrouper les participations de chacune des parties en Toscane / Mise en commun des compétences, ressources et savoir-faire techniques / 2) Moyen/Long terme : Acquisition de 25% d'un acteur majeur du secteur de l'eau en Italie : Acea [...] 25% = 10% par SE + 15% par Suez".]

⁵⁵ ["ACEA/Suez Environnement Partnership Agreement – Proposed Guidelines / Key Principles and objectives / Strengthen existing partnership, and reach a significant level of activity, through a twofold agreement between ACEA and SE: 1. at corporate level: cooperate on technical and human resources grounds [...] 2. at Tuscany (or Central area of Italy) level: develop a joint venture for managing existing and future businesses (the JV). Both parties may decide in the future to work jointly on additional fields or projects. Decisions will then be made on a case by case basis".]

⁵⁶ ["Joint-venture Toscane / Partenariat eau / M.Mangoni a confirmé son souhait de renforcer le partenariat Suez/Acea par une collaboration plus dense dans l'eau. G. Mestrallet a confirmé le souhait de Suez de créer un joint-venture Toscane".]

⁵⁷ ["Let me first tell you how sorry I was for not having been able to participate in the meeting you had in Paris with Gérard Mestrallet last month. I understand that this meeting has been very positive [...] With respect to water activities, I am very pleased about the perspective of reinforcing and structuring our partnership. I am aware that this partnership has so far remained beyond our initial mutual expectations. I confirm that we are ready to invest in a significant share (40 to 49%) of a joint venture company to be set up in Tuscany, which we would manage jointly. This entity would bring together our existing and future business in this region".]

⁵⁸ ["Acea veut rester totalement libre dans le Lazio".]

⁵⁹ ["Principes du partenariat SE/ACEA / Création d'une structure Acea / SE porteuse d'une stratégie commune de gestion des ATO toscans et ultérieurement extensible aux régions limitrophes (hormis Lazio) / Acea 51-60% / SE 49-40% : pilotage Acea et participation SE au management / Suppose une montée dans le capital des affaires (Pise, Florence, Sienne, Lucca et Perugia), une

nella prima metà del 2006 a portare la propria partecipazione in Abf al 22% attraverso l'acquisizione della quasi integrità della quota detenuta a società del gruppo Caltagirone (*supra*, para. 37).

93. A dimostrazione della piena confidenza di ACEA e SE nella discussione della messa in comune dei propri affari relativi ai servizi idrici in Italia, rilevano infine i numerosi documenti risalenti al periodo compreso tra la fine del 2005 e l'inizio del 2006, relativi alla sottoscrizione di un accordo definitivo per la costituzione della *joint venture* toscana (v. docs. 209, 210, 211, 212). La versione più recente di tale accordo (doc. 212) è allegata a un messaggio e-mail scambiato tra le dirigenze delle due società il 13 aprile 2006: in essa si recepiscono tutti i profili emersi nei documenti precedentemente citati, tenuto conto del fatto che, come recita il preambolo, *"le parti, attive nei settori dell'acqua e della depurazione, hanno discusso l'opportunità di unire le forze in Toscana e hanno concordato di stipulare questo accordo al fine di stabilire le modalità di una possibile nuova entità comune, nonché i rispettivi diritti e obbligazioni in qualità di azionisti della medesima"*⁶⁰.

94. Le principali attività dell'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 stabilisce 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"⁶¹.

95. Se il richiamo a Livorno – ovvero alla gara per l'ingresso nel capitale sociale di ASA – appare immediatamente comprensibile a fronte di quanto già considerato in relazione alla possibilità conseguente ad un'azione giudiziale che ACEA ottenesse una parte almeno della gestione del SII nell'ATO5 (*supra*, para. 80), per quel che riguarda Lucca occorre ricordare che Crea, la principale azionista privata del soggetto gestore del SII per il Comune di Lucca nell'ATO1, è stata acquisita nel 2005 da ACEA (*supra*, para. 30). A proposito di tale operazione, risulta agli atti il diretto interessamento di SE alla procedura di cessione dell'impresa su richiesta di ACEA, e più in generale la peculiare attenzione con cui la società francese ha seguito l'evolversi della vicenda.

96. Dal riassunto di un incontro avutosi il 15 dicembre 2004 tra l'amministratore delegato di ACEA e alcuni alti dirigenti di SE (doc. 199), emerge infatti che il primo – a fronte di sopravvenute difficoltà nelle trattative in corso per la cessione di Crea da parte del vecchio proprietario, il gruppo francese Bouygues, con il rischio che la società venisse acquistata dal concorrente Veolia – ha chiesto a SE di *"riprendere contatto con Bouygues per restare in corsa"*⁶². SE ha effettivamente operato in tal senso, come dimostra un memo interno datato 26 gennaio 2005 (doc. 201), da cui risulta che le trattative relative alla cessione di Crea si fossero arenate, ma a seguito di una telefonata tra alti dirigenti di SE e Bouygues *"la nostra presenza [leggi di SE] a fianco di ACEA potrebbe facilitare le cose"*⁶³.

97. In effetti, ACEA acquisisce Crea a metà del 2005 e l'amministratore delegato della prima da pronta conferma del buon esito dell'operazione al presidente di SE nel corso di un incontro tenutosi il 21 luglio 2005 (v. doc. 129), specificando che alcune delle attività riconducibili a Crea – segnatamente le gestioni idriche nelle città di Lucca e Perugia – avrebbero dovuto essere integrate nell'impresa comune di prossima costituzione in Toscana⁶⁴. Richiesti di chiarire il motivo per cui ACEA avrebbe dovuto comunicare gli esiti di una propria operazione societaria a SE, i rappresentanti di quest'ultima hanno sostenuto che *"ciò sia del tutto normale tra operatori che hanno interessi in comune nell'area toscana come SE e ACEA. E' del tutto normale che due manager di settore, incontrandosi, si*

cession partielle d'Acque Toscane et d'Arezzo [...] La prise de participation de 22% constitue une étape dans la constitution de la JV toscane [...] La non-souscription des 22% constituerait un acte de 'défiance' vis-à-vis d'ACEA qui se traduira par une rupture définitive de nos discussions".]

⁶⁰ *"Whereas, the Parties all acting in the Water and Wastewater Business have been discussing the opportunity to join forces in Tuscany and have agreed to enter into this Memorandum of Understanding for the purpose of setting out the features of a possible new joint entity and their related rights and obligations as shareholders of the same".]*

⁶¹ *"Upon the terms and subject to the conditions set forth in this MOU, the Parties undertake to incorporate as soon as reasonably practical a JVC, which shall be in charge of (i) the management of all the existing activities of the Parties in the field of water and wastewater in the region of Tuscany, (ii) the development of their future common business in the said region and in other regions of Italy, as the Parties may decide. [...] 4.2 The parties may decide in the future to develop jointly other businesses of same type located in other regions of Italy, on a case-by-case basis [...] 4.3 The parties agree that the obligation contained in paragraph 4.2 shall not be applicable in Lazio [...] The parties agree that the JVC main business will be the following: a) supervision of the current operational activities and definition of policies of the Parties in Tuscany in the field of water and waste water industry, in particular through 'holding' activity, controlling subsidiaries and financial participations [...] development of the activity – through tenders or acquisitions or else – in Tuscany, and possibly other regions of Italy, according to opportunities and as the Parties may decide on a case-by-case basis. The Parties agree that their objective will be to eventually manage concessions contracts in all of ATOs of Tuscany (including Lucca and Livorno) and when possible merge the relevant operating companies into one".]*

⁶² *"Acea avait des négociations avec Bouygues pour l'achat de Crea qui se sont interrompues car Bouygues négocie actuellement avec Veolia. Mangoni nous demande de vérifier si nous pouvons reprendre contact avec Bouygues pour rester dans la course".]*

⁶³ *"Bouygues a mené de longues discussions avec ACEA pour céder Crea [...] en mai/juin 2004 ACEA a fait une brusque volte-face en proposant de n'acheter qu'une partie de Crea [...] Cette volte-face a décrédibilisé ACEA aux yeux de Bouygues. [...] Mon sentiment est qu'ils sont prêts à rouvrir des discussions. Notre présence aux côtés d'ACEA pourrait faciliter les choses".]*

⁶⁴ *"M.Mangoni a confirmé que Acea avait acquis Crea. Luggia [leggi Lucca] et Perugia [leggi Perugia] devraient être intégrés dans le joint-venture".]*

scambino informazioni relativamente alle partecipazioni detenute dalle rispettive aziende" (doc. 267). Si ricorda peraltro come un riferimento esplicito a Crea e Lucca fosse già contenuto in una delle prime bozze dell'accordo tra SE e ACEA per i servizi idrici, risalente all'ottobre 2002 (doc. 177: v. *supra*, para. 51).

V.II. I rapporti tra ACEA e SE attraverso PBA

98. Tra le procedure ad evidenza pubblica a cui ACEA e SE hanno partecipato congiuntamente nella Regione Toscana, la Gara relativa all'acquisizione del 40% di PBA è quella sicuramente di maggior rilevanza, tenuto conto del valore complessivo della gestione del SII nell'ATO3 (al proposito, si ricorda come il fatturato di PBA nel 2006 sia corrisposto a quasi 156 milioni di euro). Come già considerato, del resto, i rapporti di cooperazione tra le parti hanno trovato nel tempo i loro più significativi momenti di stabilizzazione proprio attorno alla costituzione del r.t.i. e alle successive variazioni delle rispettive partecipazioni, fino all'attuale preminenza di ACEA e SE nella società Abf che di PBA detiene il 40%.

99. In relazione alla Gara, si ricorda come in base al Bando al soggetto vincitore venisse 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"* (v. doc. 6.5: lettera g) delle premesse). Tra le diverse obbligazioni previste nel Patto – avente per controparti i diversi enti pubblici compresi nell'ATO3 e il soggetto vincitore (indicato come 'Partner' e, nel caso di specie, corrispondente dunque ad Abf) – di particolare rilevanza è l'articolo 13 in materia di obblighi di non concorrenza del c.d. socio privato di PBA, di cui si riporta qui di seguito il testo nella sua interezza:

"[13.1] Per tutta la validità del presente patto parasociale Publiacqua sarà il socio commerciale di riferimento privilegiato del Partner. A questo scopo il Partner si obbliga a portare preventivamente a conoscenza dei Soci Pubblici i propri programmi di sviluppo sul territorio italiano in relazione alle deliberazioni di cui al precedente punto 7.2 [segnatamente, la 'definizione degli indirizzi generali da seguire in relazione ai tipi ed alla localizzazione delle gare pubbliche e private a cui la società possa partecipare'] da assumere dall'assemblea dei soci di Publiacqua a maggioranza qualificata. Le parti convengono che la decisione di partecipare a gare sul territorio italiano è di competenza del Consiglio d'Amministrazione di Publiacqua che delibera in proposito col voto della maggioranza dei suoi componenti. [13.2] Qualora il Consiglio di Amministrazione di Publiacqua, ai sensi del precedente punto 13.1, decidesse di non partecipare ad una gara sul territorio italiano, il Partner potrà parteciparvi direttamente o indirettamente anche attraverso società controllanti, società controllate e/o sottoposte al controllo della medesima controllante. [13.3] Il Partner, a seguito delle deliberazioni di cui al precedente punto 13.2, qualora decidesse la partecipazione autonoma a gare avrà comunque l'obbligo di proporre al Consiglio di Amministrazione della società, che delibererà a maggioranza, la partecipazione di Publiacqua a tali gare in associazione temporanea di imprese che vedano il Partner in qualità di mandatario, direttamente o indirettamente, anche attraverso società controllanti, controllate e/o sottoposte al controllo della medesima controllante e secondo modalità che verranno di volta in volta concordate con il Partner medesimo".

100. Tenuto conto che i commi 2 e 3 della disposizione citata determinano un vincolo a mantenere una trasparenza informativa circa i rispettivi programmi di partecipazione a gare sull'intero territorio nazionale sia per Abf che le sue società controllanti – in sostanza ACEA e SE, uniche imprese socie direttamente interessate al mercato della gestione dei servizi idrici – in sede di valutazione della Comunicazione sono stati richiesti chiarimenti in proposito. ACEA ha risposto tra l'altro che l'articolo 13 determina un *"obbligo da parte del partner privato di portare preventivamente a conoscenza dei soci pubblici i propri programmi di sviluppo sul territorio italiano nell'ambito dell'assemblea di PBA (di norma annualmente), che delibera circa gli indirizzi generali (tipo e localizzazione) delle gare cui la stessa società possa partecipare"* (doc. 1.13).

101. Dagli accertamenti effettuati in corso di istruttoria è emerso che le parti non hanno ancora dato attuazione a quanto previsto dall'articolo 13 del Patto, né del resto l'attuale situazione di incertezza normativa e il sostanziale blocco delle procedure di gara relative a gestioni idriche in Italia hanno agevolato le prospettive di cooperazione in tale senso tra ACEA, SE e PBA. Ciò detto, appare peraltro evidente come la disposizione in discorso – nello stabilire un onere informativo in capo ad ACEA e SE in quanto azionisti di Abf, circa i propri piani di sviluppo futuri a livello nazionale, onere da assolversi nella sede del consiglio di amministrazione di PBA – consente alle imprese di presentare l'un l'altra le rispettive strategie nell'ambito di una sede istituzionale, coerentemente alla cooperazione già esistente tra le parti, secondo quanto sopra verificato (*supra*, sez. VI.I.) e qui di seguito ulteriormente esposto.

V.III. Ulteriori casi di cooperazione tra ACEA e SE

102. A fronte dei rapporti di cooperazione e delle attività congiunte poste concretamente in essere, è importante rilevare come, sin dallo stabilimento dei contatti reciproci in relazione alla gestione servizi idrici, ACEA e SE abbiano esplorato un'ampia gamma di affari da realizzare in comune e distribuiti su gran parte del territorio nazionale. Oltre alla vicenda della possibile acquisizione in comune di Aqp, richiamata sin dai primi documenti (*supra*, para. 49) relativi a incontri e contatti tra le parti – operazione poi non concretizzatasi per la mancata privatizzazione dell'impresa a causa delle diverse decisioni istituzionali adottate al riguardo – merita ricordare almeno le vicende di Meta Modena S.p.A. ("Meta") e della Società Azionaria per la Condotta di Acque Potabili S.p.A. ("Acque Potabili").

103. L'interessamento di ACEA e SE per Meta risale al 2002, quando la ex municipalizzata multiservizi della provincia di Modena era stata privatizzata, e la società si trova in effetti richiamata in diversi documenti agli atti. Al riguardo, i rappresentanti di SE hanno dichiarato in audizione che *"nel 2002 SE aveva acquistato una piccola partecipazione (circa il 2%) in Meta, la quale aveva bandito una pubblica gara per la selezione di un partner commerciale per le attività energetiche. SE e ACEA ne avevano discusso ma dell'operazione non se ne fece nulla, perché le trattative con Meta non condussero a risultati concreti e poi, in seguito, la stessa Meta finì con l'essere assorbita dal gruppo Hera"* (doc. 267).

104. Da un documento rinvenuto presso SE (doc. 173), peraltro, risulta che l'interesse fosse precipuamente riferito ai servizi idrici e che ancora nella seconda metà del 2003 sia SE che ACEA facessero affidamento sul buon esito di un accordo per la ripartizione di alcuni ambiti territoriali ottimali. In una presentazione interna a SE del settembre 2003 si legge infatti di un progetto relativo a Modena, per cui *"nell'acqua, il partenariato consiste nel rispondere congiuntamente a future gare in una zona di esclusiva definita (6 ATO tra cui l'ATO di Modena)"*. La struttura del progetto si reggeva sulla *"firma di una lettera d'intenti tra Meta Modena e OS [leggi Ondeo Services, ovvero SE] - Acea per l'acqua/possibile fusione tra Modena, Reggio, Parma e Piacenza"*. Tale firma, per quanto risulta agli atti, non verrà tuttavia ottenuta, e Meta in effetti è stata poi acquistata da Hera⁶⁵, mentre le gare a cui il documento faceva riferimento non sono mai state bandite per diversa volontà delle istituzioni competenti.

105. Infine, risulta dal fascicolo istruttorio come ACEA e SE abbiano cercato di acquistare insieme Acque Potabili, ovvero la società in cui Italgas aveva concentrato le proprie attività idriche, al fine di procedere poi a una ripartizione delle stesse. I rappresentanti di SE hanno ricostruito la partecipazione congiunta con ACEA alla gara bandita per la cessione di Italgas (poi vinta da un r.t.i. comprendente Smat e Amga⁶⁶) nei termini seguenti: *"l'intenzione comune delle due imprese era di acquisire le attività idriche di Italgas e poi procedere a una loro divisione. In particolare, Acea era molto interessata alle gestioni del centro Italia ma non a quelle dell'area piemontese, mentre Suez avrebbe gradito un ingresso in tale area, dal momento che non è ancora presente in nessun ATO del nord Italia. Entrambe le società non avevano invece alcun interesse alle gestioni idriche di Italgas nel sud Italia, per le quali si sarebbe dunque cercato di procedere a una dismissione"* (doc. 127).

VI. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

106. Le parti, sia nel corso delle diverse audizioni (docs. 266, 267, 268, 335) che a mezzo di memorie difensive (docs. 325, 328, 329), hanno provveduto a chiarire la propria posizione rispetto ai principali elementi di accertamento del procedimento e contestato alcune delle conclusioni espresse nelle Risultanze Istruttorie, nei termini qui di seguito riportati.

107. ACEA e SE hanno obiettato in via preliminare che le quote dalle stesse detenute nella gestione dei servizi idrici in Italia non risultano tali da integrare il requisito della consistenza dell'intesa, posto che – anche sommate – non raggiungerebbero la soglia del 15% indicata a livello comunitario come discriminare tra le attività rilevanti e quelle c.d. *de minimis*. Per quel che riguarda più specificamente l'intesa tra ACEA e SE, le due imprese hanno riconosciuto l'esistenza di accordi relativi alla partecipazione in comune a gare bandite in Italia per l'acquisizione di partecipazioni in società di gestione dei servizi idrici, sostenendone nondimeno la piena legittimità a partire dal fatto che la partecipazione in r.t.i. era consentita dai bandi di gara.

108. Al riguardo, SE ha poi fatto presente che la partecipazione in r.t.i. risponde a una propria precisa politica di gruppo, replicata in numerosi paesi e dipendente dall'opportunità di associarsi a soggetti già operanti in un settore particolarmente delicato quale quello della gestione delle risorse idriche, caratterizzato da forti complessità locali. ACEA, dal canto suo, ha dichiarato che l'associazione con SE per la partecipazione alle gare toscane era dettata dall'opportunità di sfruttare complementarietà industriali e territoriali tra le gestioni già seguite dalle due imprese, a fronte della maggior efficienza ricavabile dalla gestione combinata di servizi idrici afferenti aree geografiche più ampie, mentre nel caso specifico della Gara era necessaria per il soddisfacimento di alcuni requisiti tecnici stabiliti nel bando, di cui ACEA da sola non disponeva (in particolare, titolarità di almeno 500.000 utenze servite per il servizio fognario). Inoltre, secondo le parti, la partecipazione in r.t.i. consente una ripartizione del rischio finanziario a fronte della ridotta redditività tipica della gestione dei servizi idrici in Italia.

109. In relazione al più ampio disegno di coordinamento intercorrente tra le stesse, così come risultante dalla documentazione richiamata nelle Risultanze Istruttorie, le parti hanno rimarcato come tale documentazione (i) attenesse a trattative mai conclusesi, (ii) non risultasse debitamente sottoscritta e (iii) fosse da ricondursi a soggetti non particolarmente qualificati. Sempre in relazione a tale coordinamento, ACEA e SE hanno contestato la mancanza nelle Risultanze Istruttorie di una sua precisa circoscrizione territoriale, nonché di una prova dei suoi effetti: quanto al richiamo nelle Risultanze Istruttorie a un'area di esclusività richiesta da ACEA nell'area laziale, questa non sarebbe ascrivibile a un disegno collusivo ma semplicemente conseguenza dell'affidamento di cui la società gode per la gestione del SII nell'ATO-Roma.

⁶⁵ [V. provv. n. 14519 del 21 luglio 2005, C7122 - Hera/Meta.]

⁶⁶ [V. provv. n. 13971 del 20 gennaio 2005, C6855 - Società Metropolitana Acque Torino-Azienda Mediterranea Gas e Acqua/Società Azionaria per la Condotta di Acque Potabili.]

110. Di converso, il fatto che SE e ACEA si siano presentate anche separatamente ad alcune gare per l'affidamento del SII o l'ingresso nel capitale azionario di soggetti gestori è stato richiamato da ACEA come circostanza attenuante da prendersi in considerazione nella denegata ipotesi di un accertamento di responsabilità delle due imprese ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE. Sia SE che ACEA, infine, hanno escluso ogni connessione tra le partecipazioni azionarie detenute dal gruppo Suez in ACEA e il coordinamento delle rispettive attività nel mercato italiano della gestione dei servizi idrici. SE, in particolare, ha dichiarato che la riscontrata crescita di Suez nel capitale di ACEA risponde a logiche schiettamente finanziarie, atteso il buon andamento delle quotazioni azionarie della società italiana, nonché all'esistente partnership esistente tra ACEA e Electrabel nel settore elettrico.

111. In merito alla clausola di cooperazione contenuta nel Patto di PBA sottoscritto da Abf, di cui ACEA e SE sono soci gestori, tutte le parti hanno fatto presente che essa non è loro imputabile, in quanto riconducibile alla volontà degli enti locali così come espressa nel disegno della Gara, tra i cui atti da sottoscrivere obbligatoriamente rientrava per l'appunto anche il Patto. Sia SE che ACEA, inoltre, hanno avanzato dubbi circa la reale efficacia della clausola, sostanzialmente a causa dell'attuale necessità di PBA di concentrarsi esclusivamente sul miglioramento della gestione nell'ambito di propria competenza (doc. 267). I rappresentanti di PBA, dal canto loro, hanno sostenuto che la disposizione di cui all'articolo 13 *"è stata inserita da parte degli enti banditori per ristabilire una sorta di simmetria di informazioni"*, in quanto *"il fatto che in una società originariamente a intero capitale pubblico come PBA siano ammessi dei soci privati con rilevanti poteri gestionali fa sì che tali soggetti vengano a conoscenza della strategia imprenditoriale di PBA e, di conseguenza, anche della partecipazione ad eventuali gare"* (doc. 268).

VII. VALUTAZIONI

112. Le attività istruttorie hanno consentito l'accertamento di alcune condotte illecite ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE, ascrivibili alle imprese ACEA, SE. In particolare, ACEA e SE hanno 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: nell'ambito di tale intesa, rileva altresì la trasparenza informativa quantomeno potenziale derivante dal disposto dell'articolo 13 del Patto stipulato in relazione a PBA. Nei paragrafi seguenti si esporranno in sezioni distinte le valutazioni relative al mercato rilevante e alle precitate condotte illecite, tenuto conto delle deduzioni difensive delle parti.

VII.1. Il mercato rilevante

113. Secondo quanto stabilito da giurisprudenza costante, l'individuazione del mercato rilevante dipende dal tipo di indagine in corso: con riferimento alle fattispecie d'intesa restrittive della concorrenza, essa è dunque funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale⁶⁷. Posto che *"sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'illecito è commesso"*⁶⁸, ai fini del presente procedimento occorre tenere in primo luogo conto che 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.

114. Più in generale, 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.

115. 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 linea con quanto ordinariamente considerato in materia di prestazione di servizi pubblici in ragione della natura di monopolio legale propria della gestione dei servizi⁶⁹. In relazione al secondo profilo, tenuto conto che il meccanismo della gara – sia nel caso di Gara Diretta che di PPP – 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.

116. Nel caso di specie, 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

⁶⁷ [V. Consiglio di Stato, sent. n. 926/2004 del 5 marzo 2004, Gemeaz Cusin S.r.l. c. Autorità garante della concorrenza e del mercato.]

⁶⁸ [V. Consiglio di Stato, sent. N. 1271/2006 del 10 marzo 2006, Autorità garante della concorrenza e del mercato c. Telecom Italia S.p.A..]

⁶⁹ [Nell'ambito della valutazione di un'operazione di concentrazione attinente alla fornitura tra gli altri di servizi idrici, la Commissione ha espressamente richiamato le conseguenze di una considerazione del lato della domanda per la definizione del mercato rilevante ("Desde la perspectiva de la demanda, la prestación de los servicios públicos se circunscribe al ayuntamiento donde se prestan. De hecho cada suministrador de estos servicios opera en régimen de monopolio en todos aquellos municipios donde presta el servicio. En estas circunstancias la sustituibilidad, de la oferta resulta clave para poder definir el mercado geográfico. Es decir que habría que valorar si un proveedor que ya está prestando estos servicios en otro municipio podría concursar y poder ganar un concurso convocado por otro municipio para poder prestar el servicio en cuestión". V. dec. del 20 gennaio 1999, IV/M.1365 - Vivendi/FCC, § 30).]

un preciso coordinamento tra due dei principali operatori sul mercato. 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. Nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha infatti riscontrato (i) che la maggior parte delle gestioni relative ai diversi ATO continua a risultare affidata 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; (ii) un ricorso assai limitato alla Gara Diretta; (iii) un ricorso contenuto ma significativo alle forme del PPP.

117. Con più specifico riferimento al primo dei punti considerati nel paragrafo precedente, si ricorda in effetti come in Italia la stragrande maggioranza delle attività idriche risulti tuttora riconducibile in maniera diretta o indiretta a gestioni locali estranee a una logica più propriamente industriale del settore, per le quali non è al momento dato conoscere l'effettiva contendibilità futura. Una corretta valutazione del mercato rilevante risulta pertanto dover passare per (i) una più specifica considerazione delle sole gestioni effettivamente industriali, al netto della predominante presenza di gestioni sottratte allo stimolo concorrenziale, e (ii) il conseguente inquadramento del confronto concorrenziale definito dalle procedure di gara sopra richiamate entro un contesto assai ristretto.

118. Dal lato dell'offerta si rileva che i principali operatori del settore sono un numero limitato di imprese in grado di partecipare a gare per l'affidamento di servizi idrici ad ampio raggio, come dimostra la loro presenza in gestioni interessanti aree diverse del paese. Sempre al fine della corretta definizione del mercato rilevante, va poi tenuto conto delle notevoli diversità operative e gestionali riscontrabili nei diversi Stati dell'Unione Europea, principalmente dipendenti – in assenza di una regolamentazione internazionale cogente – dal disegno delle diverse normative nazionali di settore⁷⁰. Significativo riflesso di tali peculiarità è la presenza estremamente limitata di operatori stranieri al di fuori dei rispettivi Stati d'origine.

119. Alla luce di quanto sin qui considerato, l'Autorità ritiene che il coordinamento tra ACEA e SE 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. Tale mercato si caratterizza per la specifica regolamentazione nella definizione delle modalità gestionali dei servizi idrici, di cui ha risentito anche l'estensione del confronto concorrenziale dal lato dell'offerta, come dimostrato anche dalla predominante presenza di operatori sortiti dai processi di trasformazione delle imprese c.d. municipalizzate in società per azioni.

VII.II. L'intesa tra ACEA e SE

120. Secondo le indicazioni rese da giurisprudenza costante, la prova della sussistenza di un'intesa va valutata sulla base 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”*⁷¹. Ciò alla luce della generale avvertenza che l'effettiva esistenza di un'intesa va condotta attraverso *“un apprezzamento organico della valenza propria del complesso indiziario raccolto”*⁷².

121. Gli elementi di prova raccolti a carico di ACEA e SE, riportati nella precedente sez. V.I., appaiono 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: tutto ciò è avvenuto in una delicata fase di riorganizzazione ed effettiva apertura alla concorrenza di tale mercato, pregiudicandone i futuri sviluppi. Le accertate condotte delle due imprese si sono risolte in un'intesa unica e complessa, contraria all'articolo 81 del Trattato CE.

122. Relativamente agli elementi di prova adottati nelle Risultanze Istruttorie e alla obiezione preliminare di SE e ACEA circa la mancanza di espressa sottoscrizione da parte dei propri organi, è sufficiente ricordare come, per costante giurisprudenza, la prova degli illeciti antitrust non richieda la stipula di atti secondo i criteri civilistici di rappresentanza. Assai rara, infatti, è l'acquisizione di una prova piena della collusione, *“posto che gli operatori di mercato ben conoscono gli estremi degli illeciti anticoncorrenziali e le sanzioni che essi implicano”*, per cui *“va prestata attenzione ad elementi, definiti, sintomatici, all'apparenza di minor rilievo, quali appunto incontri, dichiarazioni, ammissioni, manifestazioni di intenti, scambi periodici di informazioni. In questa prospettiva, tali indizi possono certamente consistere anche in documenti formati e detenuti da terzi soggetti, estranei all'illecito, e in comunicazioni e note*

⁷⁰ [Nella precitata decisione comunitaria, viene considerato al riguardo che *“Desde la perspectiva de la oferta se puede considerar que el mercado tiene una dimensión nacional para los servicios identificados anteriormente como mercados relevantes, tal y como se establece en decisiones anteriores de la Comisión tanto para los mercados del agua como para los mercados de residuos y de limpieza de calles”*. In una pronuncia di poco precedente e relativa a un'operazione specificamente interessante la gestione del SII in Italia, la Commissione aveva lasciato intendere la plausibilità di una delimitazione su base nazionale del mercato rilevante (*“Les parties notifiantes considèrent comme marché de référence l'Italie compte tenu des spécificités légales des modalités d'offre des services concernés et des caractéristiques du marché. Cette définition nationale est en ligne avec l'analyse de la Commission pour cette activité, la concurrence jouant au moment où les entreprises proposent leurs services aux communes ou aux ATO”*. V. dec. del 18 giugno 1998, IV/M.1186 - GEAL/CREA/CGE, § 15).]

⁷¹ [Consiglio di Stato, sent. 16 marzo 2006, n. 1397/2006, Assobiomedica c. Autorità garante (caso Test diagnostici per diabete).]

⁷² [T.A.R. Lazio, sent. 30 novembre 2005, n. 12726/2005, Sisal c. Autorità garante (caso Lottomatica/Sisal).]

interne dell'impresa"⁷³. Nel caso di specie, occorre peraltro considerare come (i) la documentazione agli atti riguardi corrispondenza fra i principali dirigenti di SE e ACEA, e (ii) gli elementi principali dell'intesa siano ricorrenti e ripetuti nei vari atti in un arco temporale particolarmente significativo, con espressa ammissione della condivisione di tali elementi opportunamente aggiornati nel tempo.

123. Tanto stabilito, nel rispondere all'ulteriore obiezione delle parti circa lo scarso rilievo delle rispettive attività nell'ambito del settore idrico nazionale rispetto al totale delle gestioni esistenti, l'Autorità considera che, per comprendere la reale portata dell'intesa in esame e l'effettivo potere di mercato di cui dispongono le parti, occorre tenere conto di alcune peculiarità del settore.

124. Infatti, posto che la stragrande maggioranza della popolazione servita e dei volumi erogati risulta tuttora riconducibile a gestioni dirette o imprese di piccole dimensioni attive in limitati ambiti territoriali sulla base di affidamenti effettuati dagli stessi enti locali controllanti, l'area effettivamente industriale e soggetta a pressioni concorrenziali del mercato rilevante è in concreto molto più ristretta. Per quanto sia astrattamente ipotizzabile che l'intero mercato nazionale della gestione dei servizi idrici possa aprirsi alla concorrenza, allo stato così non è, né del resto le contraddittorie indicazioni desumibili da alcuni progetti di legge attualmente in discussione circa il percorso industriale futuro di tali servizi lasciano immaginare che mutamenti significativi possano in tal senso avvenire nel breve periodo.

125. In particolare, va ricordato 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": tale concorrenza ha luogo (i) nelle Gare Dirette per la selezione del soggetto gestore il SII; (ii) nelle gare per la costituzione di PPP afferenti i gestori dei servizi idrici. Allo stato, (i) solo 81 ATO su 91 hanno adottato i piani d'ambito preliminari all'organizzazione del SII; (ii) solo 55 ATO risultano effettivamente operativi; (iii) di questi, solo 27 hanno proceduto a bandire gare a evidenza pubblica; (iv) sussistono 13 casi di PPP e 3 gestioni organizzate con selezione del gestore a mezzo di Gara Diretta (*supra*, para 14). E' dunque alla luce di tali elementi che va apprezzata la concreta rilevanza delle attività di ACEA e SE nel mercato rilevante.

126. A questo proposito, si considera in primo luogo come la cooperazione tra ACEA e SE abbia direttamente condizionato l'esito di quasi un quarto dei PPP realizzati a livello nazionale, oltre a incidere significativamente – come nel caso di Livorno – su altre procedure di gara poi aggiudicate ad altri soggetti. Merita inoltre sottolineare come, in maniera separata, ACEA e SE siano state interessate dalla quasi totalità delle restanti procedure di gara, a dimostrazione dell'assoluta rilevanza delle parti nel contesto concorrenziale stabilitosi per la gestione dei servizi idrici in ambito nazionale.

127. ACEA, inoltre, costituisce di gran lunga il primo gestore di servizi idrici a livello nazionale, risultando operatore di riferimento a vario titolo in 14 ATO; SE, dal canto suo, è presente in 4 ATO, tutti compresi nella Regione Toscana, e più in generale rappresenta la prima impresa a livello mondiale nel settore dei servizi idrici e del trattamento delle acque. Tenuto conto di tali elementi, l'Autorità non ritiene in alcun modo sostenibili le obiezioni avanzate dalle due società circa 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.

128. Con riferimento a tali rapporti, l'istruttoria ha consentito di verificare che ACEA e SE hanno raggiunto sin dal 2001 un accordo di massima sul coordinamento delle rispettive attività nel settore dei servizi idrici. In particolare, le parti hanno concordato 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.

129. Un simile accordo di cooperazione, cui è stata data concreta attuazione attraverso una successione di attività fino all'avvio della presente istruttoria, è stato volto a mantenere ed aumentare il rispettivo potere di mercato secondo criteri di mera strategia imprenditoriale e non di maggior efficienza industriale. Al proposito, particolarmente chiaro risulta un documento aggiornato al 2006, in cui la costituzione di un'impresa comune per la gestione delle rispettive attività toscane di SE e ACEA viene ricondotta a obiettivi puramente strategici quali la "*definizione delle politiche delle parti in Toscana nel settore dell'acqua e della depurazione*", il "*coordinamento e responsabilità gerarchica sui manager locali delle società operative*" o ancora la "*definizione di una politica comune di voto nei consigli di amministrazione*" (doc. 212).

130. In effetti, nella documentazione agli atti – particolarmente copiosa e relativa a un arco temporale molto significativo, superiore a cinque anni – al di là di genericissime considerazioni circa la possibile "*implementazione di sinergie attraverso le società operative*" (v. di nuovo doc. 212) o vaghi riferimenti a una "*messa in comune delle competenze, risorse e conoscenze tecniche*" (doc. 163), non si apprezza mai chiaramente la funzionalità dei r.t.i. ad una condivisione di rischi finanziari, mentre emerge la schietta funzionalità del coordinamento in vista di "*una strategia comune di gestione degli ATO toscani e ulteriormente estensibile alle regioni limitrofe*" (doc. 215). Assume inoltre rilevanza come il disegno cooperativo previsto e realizzato dalle parti sia caratterizzato da un'elevata riservatezza e

⁷³ [T.A.R. Lazio, sent. 30 novembre 2005, n. 12726/2005, cit., che a sua volta richiama tra i molti precedenti T.A.R. Lazio, sent. 23 marzo 2004, n. 2715/2004, Menarini c. Autorità garante (caso Test diagnostici per diabete), e Consiglio di Stato, sent. 20 marzo 2001, n. 1671/2001, Riello e altri c. Autorità garante (caso Caldaie).]

adattabilità alle diverse circostanze e situazioni di mercato e contingenze territoriali, sulla base di un approccio che le stesse parti qualificano come *"pragmatico"* (*supra*, para. 59).

131. In questo senso, si rileva come il fatto che i bandi delle gare relative agli ATO 2 e 3 avessero previsto un possibile accorpamento gestionale futuro – al momento ancora inattuato – sia stato considerato dalle parti al più come un elemento di maggior convenienza operativa, ma senza che a tale circostanza fossero attribuite più specifiche risultanze in termini di efficienza: né del resto, nel corso del procedimento istruttorio e delle rispettive deduzioni difensive, SE e ACEA hanno fornito elementi di prova al riguardo. Con specifico riferimento alla Gara, risulta inoltre come la partecipazione con ACEA sia stata considerata da SE nella prospettiva di confermare una più generale cooperazione strategica e, al tempo stesso, di prevenire alleanze da parte di ACEA di natura diversa e con soggetti concorrenti – in particolare Severn Trent e RWE – scongiurandone così l'ingresso o almeno indebolendone la presenza nel mercato nazionale (*supra*, para. 74).

132. Ancora, da atti interni a SE rileva chiaramente come la prospettata costituzione di un'impresa comune in cui concentrare le rispettive gestioni idriche esistenti nell'area toscana, lungi dal perseguire efficienze operative ha piuttosto il fine *"di non lasciare Acea ad approfittare da sola dei margini realizzabili nel settore non regolamentato"* (doc. 130). Dal canto loro, i rappresentanti dell'impresa hanno fatto presente che la prima ragione per cui SE si associa ad altri operatori al di fuori della Francia è la considerazione che il servizio idrico *"tocca un elemento molto sensibile per i cittadini (l'acqua) per il quale la presenza straniera è sempre più difficile da accettare che non un soggetto nazionale"* (doc. 127). Nessuno dei profili sin qui rilevati appare in qualche modo riconducibile ai casi di cooperazione orizzontale ritenuti suscettibili di produrre positivi effetti pro-concorrenziali⁷⁴. Né tanto meno appare in alcun modo spiegabile con 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.

133. Come noto, l'intesa è stata facilitata dai rapporti già instaurati da ACEA con un'altra società del gruppo SE, Electrabel: al riguardo, nondimeno, è importante considerare come tali specifici rapporti avessero a suo tempo assunto la forma strutturalmente stabile e riconosciuta di un'impresa comune debitamente sottoposta all'approvazione della competente autorità antitrust, sulla base di un rapporto c.d. di *joint venture* schiettamente industriale e operativo, chiaramente estrinsecato al mercato di riferimento. Le relazioni con SE rispetto alla gestione dei servizi idrici, al contrario, sono sempre state improntate a un coordinamento di natura prettamente strategica, coperto da una particolare segretezza nei suoi elementi essenziali cui entrambe le parti si vincolano scientemente (v. già doc. 131: *supra*, para. 47) e manifestatosi all'esterno solo per la partecipazione congiunta in Italia ad alcune gare attraverso l'istituto del r.t.i..

134. Il rapporto tra SE e ACEA, per così dire occulto in quanto non inquadrato entro forme di cooperazione dichiarate e riconoscibili da parte del mercato, ben rappresenta in effetti i rischi insiti nell'esistenza di incroci azionari tra soggetti concorrenti rispetto all'autonomia d'impresa nel contesto di un'economia di mercato. Al riguardo, si ricorda come dai documenti agli atti sia emerso con chiarezza il nesso tra la crescita della partecipazione azionaria detenuta dal gruppo Suez in ACEA – partecipazione attualmente corrispondente all'8,5% circa, dopo aver superato il 10%, e a cui corrisponde il diritto di esprimere due dei nove componenti il consiglio di amministrazione di ACEA – e l'intesa stabilita tra le parti nel mercato italiano dei servizi idrici.

135. Già nel 2002, infatti, SE percepiva la presenza della sua capogruppo nel capitale di ACEA come una garanzia del buon esito dell'intesa relativa ai servizi idrici in Italia appena stipulata: come direttamente espresso da un dirigente di SE, *"abbiamo proposto un'alleanza con ACEA che potrebbe evolversi in un'acquisizione di partecipazioni nella società romana"* (v. doc. 149: *supra*, para. 48). Da rimarcare è che tale acquisizione, se da parte di SE viene vista in funzione protettiva degli accordi operativi in corso con ACEA (doc. 188), quando non addirittura in maniera strumentale a un possibile utilizzo dell'impresa come proprio *"braccio armato"* nel mercato italiano della gestione dei servizi idrici (v. doc. 168), anche da parte di ACEA stessa è stata fortemente caldeggiata (presumibilmente al medesimo fine di tutela dell'intesa), come dimostrano gli auspici più volte espressi dai massimi dirigenti societari al riguardo (v. ad esempio doc. 137: *supra*, para. 67).

136. La progressiva crescita di SE e altre società del gruppo Suez nel capitale di ACEA ha accompagnato la definizione e la messa in opera dell'intesa tra le parti nel mercato rilevante nel corso del tempo. In relazione a tale fattispecie, a partire dalla seconda metà del 2001 le due imprese hanno definito un progetto di collaborazione nel settore idrico riguardante *"sia l'Italia che l'internazionale"* (doc. 142): in effetti, risultano agli atti diverse considerazioni delle parti circa alcune gare attese in Francia, Grecia, Polonia, Egitto, Marocco, Turchia. Per la Francia, più in particolare, SE (al tempo denominata Ondeo) era giunta a offrire una propria astensione rispetto alle gare di interesse di ACEA, a patto che l'impresa italiana non prendesse interesse agli ambiti gestionali dove SE era già presente (doc. 41: v. *supra*, para. 55). Se pure non risulta che le parti abbiano dato seguito agli intenti qui richiamati, la loro dettagliata manifestazione va nondimeno considerata quantomeno quale rilevante elemento di contesto nella fase di iniziale definizione dell'intesa effettivamente posta in essere in relazione al mercato italiano.

137. Con specifico riferimento all'Italia, infatti, sin dal 2001 è stata prevista una partecipazione congiunta ad alcune gare quale parte di una più ampia strategia di coordinamento e complementarietà delle rispettive attività. E' bene

⁷⁴ [Cfr. Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del Trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale (2001/C-3/02).]

ricordare come in tale strategia rientravano anche altri progetti, quali l'acquisizione in comune di Aqp, l'ingresso coordinato in alcuni ATO dell'area emiliana a seguito di un'auspicata crescita nel capitale sociale della modenese Meta, l'acquisizione delle attività idriche di Italgas a fini spartitori rispetto alle aree del Nord e del Centro Italia (v. *supra*, para. 102 ss.). E' importante considerare come a tali progetti, finalizzati a condizionare congiuntamente la gestione dei servizi idrici sul territorio nazionale sulla base di un puntuale piano di suddivisione geografica di aree di competenza comune o esclusiva, ACEA e SE non hanno potuto dare corso esclusivamente per eventi non dipendenti dalla propria volontà, ovvero per l'apertura del mercato in misura significativamente minore a quanto atteso all'inizio della cooperazione.

138. Quanto alle attività concretamente poste in essere nell'ambito dell'intesa, la documentazione agli atti consente di ricostruire in maniera dettagliata (i) il coordinamento nella partecipazione a quattro gare svoltesi in Toscana; (ii) la cooperazione tra ACEA e SE rispetto alla strategia di crescita esterna della prima; (iii) il rispetto di un'area territoriale di autonomia operativa per ACEA, corrispondente all'area laziale e complementare a una più ampia definizione di aree di competenza o esclusiva a livello nazionale.

L'intesa tra ACEA e SE nell'area toscana

139. A fronte della ricorrente indicazione delle regioni Toscana, Emilia Romagna e Veneto come area di esclusiva per le attività congiunte di SE e ACEA (v. già doc. 41: *supra*, para. 54), è in effetti nella prima delle regioni citate che il coordinamento tra le due imprese ha immediatamente esplicitato i suoi effetti. A tale proposito, preliminarmente a ogni considerazione dei singoli casi di cooperazione tra SE e ACEA va segnalato come la decisione di concentrare la partecipazione congiunta nelle gare bandite in Toscana sia venuta a dipendere, da un lato, dalla circostanza che in Veneto ed Emilia Romagna le amministrazioni competenti non hanno messo a gara gestioni idriche, come invece in un primo tempo atteso dalle parti, dall'altra da considerazioni di opportunità ancora una volta non riconducibili a profili di efficienza industriale.

140. L'area toscana, in effetti, è stata individuata nel suo complesso come banco di prova in vista di un futuro ampliamento del raggio d'azione dell'intesa. Lo dimostrano numerose note circolate internamente a SE in cui, a titolo d'esempio, si legge che *"le offerte in Toscana rappresentano un'opportunità interessante, perché ci permettono di cominciare questa cooperazione [con ACEA] in una regione d'Italia ricca e senza problemi di corruzione"*, o ancora che SE ha proposto *"di seguire congiuntamente gli ATO in Toscana, dal momento che sono i primi a essere privatizzati e ACEA è piuttosto forte in questa regione"* (docs. 146 e 149: v. *supra*, para. 59 e 49). ACEA e SE, in sede difensiva, hanno sostenuto che la partecipazione in comune alle gare relative agli ATO2 (area pisana), ATO3 (area fiorentina) e ATO6 (area senese) sia stata determinata da considerazioni di condivisione di rischi e costi: per quel che riguarda la Gara più in particolare, ACEA ha inoltre fatto presente che non avrebbe disposto da sola di tutti i requisiti richiesti per la partecipazione (*supra*, para. 108).

141. Al proposito, l'Autorità riscontra come, sin dall'inizio dei contatti tra le imprese, la partecipazione alle varie gare nei diversi ATO toscani sia stata 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: già in uno dei documenti risalenti al 2001 s'indicava che *"tra le possibili gestioni da seguire congiuntamente particolare interesse riveste l'ATO Siena Grosseto ed eventuali altri ATO nella regione Toscana"* (v. doc. 132: *supra*, para. 45). Particolarmente chiaro sul punto, tra i molti che fanno riferimento alle attività toscane in comune, è un documento del 2003 relativo alle linee guida per un *"accordo di collaborazione toscana"* retto dalla seguente *"visione: creare in Toscana il modello della gestione delle risorse idriche in Italia. Impresa idrica dominante in Toscana con partenariati pubblico-privati profittevoli con ATO"* (v. doc. 130: *supra*, para. 63).

142. Con specifico riferimento alla Gara, ACEA ha sostenuto di essersi associata a SE perché sprovvista di uno dei requisiti tecnici richiesti dal bando, ovvero la *"attestazione di aver gestito, anche attraverso società controllate o collegate, nell'ultimo biennio, il servizio idrico integrato così come definito dalla legge n. 36/94 ovvero i segmenti dello stesso costituiti dalla distribuzione e depurazione con una popolazione servita complessiva almeno pari a 500.000 abitanti"* (doc. 10). Al proposito, l'Autorità rileva come in una prima fase istruttoria ACEA si sia limitata a considerare che *"una legittima, ancorché non certificata, interpretazione del Bando richiedeva la titolarità di 500.000 utenze servite per il servizio fognario, il che significava che ACEA poteva presentarsi da sola ma in posizione estremamente debole (in quanto suscettibile di impugnativa e ricorsi), e dunque l'associazione con un altro soggetto era [si badi bene: non necessaria bensì soltanto] opportuna"* (doc. 268), e che solo da ultimo ha sostenuto di non integrare autonomamente tale requisito (doc. 276).

143. Sul punto, va considerato che ACEA – pur nelle successive diverse forme dell'azienda municipalizzata prima, e della società per azioni a prevalente capitale pubblico poi – risulta essere sin dal 1985 il soggetto erogatore dei servizi idrici di acquedotto e fognatura per l'intero Comune di Roma con un bacino di utenza di circa tre milioni di abitanti⁷⁵: parrebbe, dunque, che alla data della partecipazione alla Gara disponesse pianamente dei requisiti richiesti. In ogni caso, quand'anche ACEA fosse stata effettivamente sprovvista del requisito richiesto, l'Autorità sottolinea come (i) le contestazioni mosse nel presente provvedimento riguardano l'insieme complessivo dei rapporti cooperativi intercorrenti

⁷⁵ [Per una ricostruzione delle attività di gestione di ACEA per i diversi servizi, v. S. Battilossi, *Acea di Roma 1909-2000. Da azienda municipale a gruppo multiservizi*, Milano 2001, pp. 399 ss..]

tra SE e ACEA e di cui la partecipazione in r.t.i. ha costituito un elemento strumentale ripetuto, in almeno due casi (gare relative agli ATO2 e 6) oltre a quello della Gara determinatosi tra imprese concorrenti sicuramente in grado di partecipare anche da sole; (ii) SE, dal canto suo, era in grado di partecipare autonomamente anche alla Gara, secondo quanto dichiarato dai propri rappresentanti, ma ha preferito associarsi ad ACEA nell'ambito dei più generali rapporti di cooperazione intercorrenti con la medesima⁷⁶.

144. Il fatto che SE 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 trova 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 SE.

145. Tale intendimento viene espresso già nel 2002, quando SE rileva che *"ACEA non vuole, in questa fase, creare un'impresa comune né tanto meno un'alleanza formale ed esclusiva"* (v. doc. 141), o, in termini ancora più diretti, che *"l'attitudine di Acea è pragmatica: anziché sottoscrivere un accordo generale di cooperazione, preferisce fare delle offerte comuni per creare una base su cui definire un partenariato più solido"* (v. doc. 146). Al riguardo, si rileva come il tenore degli atti richiamati e l'effettiva partecipazione ripetuta e congiunta a gare privi di fondamento l'obiezione difensiva di ACEA secondo cui questa avrebbe sì discusso con SE di una possibile cooperazione, cui non sarebbe però stato dato concretamente atto.

146. Che i vari raggruppamenti costituiti da ACEA e SE fossero funzionali al coordinamento tra le imprese sulla base del comune piano di ripartizione del mercato, è del resto confermato ancora una volta dalla documentazione agli atti. Si rinvia, ad esempio, alla presentazione interna di SE risalente al marzo 2003, in cui viene riportato con soddisfazione che *"qualche mese dopo la decisione di cooperazione, ACEA e SE hanno già vinto delle gare e lavorano su altri progetti"* (v. doc. 168), dal che si evince chiaramente come le partecipazioni in r.t.i. siano state conseguenza di tale originaria e generale decisione.

147. Anche il momentaneo rallentamento nella cooperazione a causa delle improvvise difficoltà finanziarie di SE per la crisi argentina – con la conseguente decisione di temporeggiare sugli investimenti in Italia – è stato superato con il rispetto da parte dell'impresa francese degli impegni presi per le tre gare toscane, e in modo particolare la Gara di Firenze. In questo specifico caso, la partecipazione in r.t.i. ha consentito di modulare i rapporti di cooperazione tra SE e ACEA secondo la rispettiva convenienza, come dimostrano le variazioni delle quote di SE nel r.t.i. e la sua successiva crescita nel capitale azionario di Abf, in linea con le aspettative espresse da ACEA (v. doc. 215: *supra*, para. 95). Sempre rispetto alla Gara, merita ricordare una volta di più come la partecipazione congiunta sia stata considerata da SE in senso squisitamente strategico rispetto all'ingresso in Italia di concorrenti di rilievo e di cui si temevano possibili alleanze con ACEA (*supra*, para. 74).

148. Alla luce di tali elementi, l'Autorità si trova una volta di più⁷⁷ a verificare come il ricorso al r.t.i. nell'ambito di gare a evidenza pubblica possa prestarsi in maniera particolare a distorsioni gravi 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 specializzate⁷⁸, non certo due o più dei principali operatori presenti in un determinato mercato. In effetti, quando 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.

149. Posto che l'effetto anticompetitivo di un r.t.i. va apprezzato sulla base di una valutazione casistica, tenuto conto delle caratteristiche proprie della gara e dei soggetti coinvolti, in relazione al ripetuto ricorso all'istituto da parte di ACEA e SE si rileva che (i) questo è stato espressamente considerato strumentale ad una più ampia cooperazione tra le parti; (ii) 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; (iii) 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.

⁷⁶ *"Pur potendo partecipare da sola, [SE] non aveva intenzione di farlo e, dunque, ha partecipato con ACEA [...] perché i rapporti industriali con ACEA erano molto buoni"* (doc. 127).]

⁷⁷ [V. provv. n. 11726 del 20 febbraio 2003, 1474 - Aziende di trasporto pubblico locale/Petrolieri, in particolare §§328 ss.. Si ricorda altresì come, nell'ambito di una recente segnalazione relativa al disegno di una gara per l'affidamento della gestione di servizi idrici, l'Autorità abbia anche sottolineato *"come lo strumento del raggruppamento temporaneo d'impresa [...] vada sempre verificato nella sua idoneità in concreto, ben potendo determinare una diminuzione del grado di concorrenza ove consenta a soggetti in grado di partecipare anche autonomamente di presentarsi insieme ad altri soggetti propri rivali, diminuendo così artificiosamente l'effettività ed estensione della competizione"* (v. segnalazione AS387 del 18 aprile 2007, Modalità di svolgimento della gara per l'affidamento del servizio idrico integrato nell'ambito territoriale ottimale 1- Palermo).]

⁷⁸ [Sul punto, rilevano da ultimo le considerazioni svolte dal Consiglio di Stato circa i rischi di *"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"* (Consiglio di Stato, sent. 8 marzo 2006, n. 1267/2006, Sodexho Pass c. Autorità garante).]

150. Tanto considerato in relazione alla presentazione di offerte in comune da parte di ACEA e SE nelle gare sopra citate, va ricordato come all'interno dell'area toscana l'intesa in discorso abbia comportato, da un lato, l'instaurarsi di una più pervasiva cooperazione tra le parti suscettibile di determinare effetti sull'intero territorio nazionale, e dall'altro il condizionamento anche di altre attività relative ai servizi idrici. Quanto al primo dei profili appena richiamati, merita richiamare altresì in aggiunta a quanto già esposto, la stipula del Patto con la conseguente determinazione, ai sensi del precitato articolo 13 del medesimo, di una trasparenza informativa pressoché totale tra ACEA e SE circa le rispettive strategie di partecipazione a gare in Italia, nell'ambito del consiglio di amministrazione di PBA.

151. Al proposito, dall'istruttoria è emerso che le disposizioni di cui all'articolo 13 del Patto offrono effettivamente la possibilità ad ACEA e SE di mantenersi informate circa le rispettive attività relative ai servizi idrici in Italia e, soprattutto, le proprie strategie di partecipazione a gare sull'intero territorio nazionale. Sia ACEA che SE, nelle rispettive deduzioni difensive, hanno considerato che la stipula del Patto è da ricondursi a quanto stabilito dal disegno di Gara e non all'espressione di un'autonoma volontà delle parti.

152. Sul punto l'Autorità ritiene pertanto che lo scambio di informazioni determinato dall'articolo 13 del Patto costituisca uno strumento facilitante della cooperazione intercorrente tra ACEA ed SE.

153. In relazione agli ulteriori casi di cooperazione verificati tra ACEA e SE al di fuori della partecipazione congiunta a gare attraverso l'istituto del r.t.i., si richiama in primo luogo quello dell'acquisizione di Crea da parte di ACEA, avvenuta anche grazie al diretto intervento di SE nei confronti del venditore gruppo Bouygues a discapito del concorrente Vivendi-Veolia (*supra*, para. 96 ss.). Tale vicenda – cui si associa uno scambio di informazioni riservate tra soggetti a tutti gli effetti concorrenti, esemplificato dalla tempestività con cui la dirigenza di ACEA avverte quella di SE della positiva conclusione delle trattative – se da un lato conferma gli strettissimi rapporti strategici esistenti tra le parti, dall'altro esemplifica la 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.

154. Estremamente rilevante è anche il caso della gara relativa all'ATO5, dove ACEA si è presentata in r.t.i. con Italgas, e SE – che non ha preso parte alla procedura – è intervenuta presso la propria controllata Agbar per indurla a non partecipare. Come già riportato in precedenza, pur non essendosi aggiudicata la gara, ACEA ha espresso la sua 'riconoscenza' a SE per aver questa indotto Agbar a non presentare offerte (*supra*, para. 80 ss.), arrivando a ipotizzare una successiva ripartizione delle attività idriche livornesi recuperabili a seguito dell'eventuale buon esito di un ricorso giudiziario. Al riguardo, appare di tutta evidenza come tale scambio di favori abbia determinato una grave alterazione del confronto concorrenziale che, se lasciato svolgersi nella sua piena effettività, avrebbe dovuto consentire la miglior selezione del socio privato di Asa-Livorno.

155. Per altro verso, il caso risulta sintomatico delle distorsioni alla concorrenza determinate dall'ambiguità sul mercato della cooperazione stabilita da ACEA e SE, due società formalmente concorrenti ma legate da complessi rapporti d'interesse e financo azionari, con la conseguenza che le attività (anche a livello di gruppo) dell'una non possono non interferire con quelle dell'altra. A riprova di quanto appena considerato, è sufficiente del resto rilevare come la già richiamata circostanza che SE possa esprimere due dei nove componenti del consiglio di amministrazione di ACEA (in linea con gli auspici formulati al riguardo dalla dirigenza di SE: v. *supra*, para. 77 e 136) determini 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 distortendo il confronto concorrenziale ogniquale volta le due imprese partecipino alle gare.

Coordinamento e ripartizione territoriale tra ACEA e SE nel mercato rilevante

156. SE e ACEA hanno contestato la mancanza nelle Risultanze Istruttorie di una rigorosa definizione dell'area geografica che sarebbe stata interessata dall'intesa. Al proposito, si rileva come il tenore stesso della documentazione agli atti indichi chiaramente una considerazione complessiva della gran parte del territorio nazionale come area di coordinamento (nel doc. 139 si parla chiaramente di un monitoraggio congiunto de "*l'evoluzione del mercato italiano individuando gli obiettivi di interesse comune*"), ora al fine di non pregiudicare le rispettive autonome strategie, ora al fine di stabilire una cooperazione. 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 nella gestione dei servizi idrici.

157. Riguardo alle aree ritenute di competenza esclusiva e, come tali, non soggette a pratiche di cooperazione in gara tra le parti, l'istruttoria ha accertato come ACEA abbia inteso preservare una propria autonomia nell'area laziale – al cui interno risulta essere 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 – per questioni strategiche, posto che "*si tratta di una precisa scelta strategica di ACEA il non voler essere vincolata da accordi con altri operatori nel territorio in cui si concentrano originariamente le sue attività*" (doc. 268). L'esplicita indicazione dell'esclusione dall'accordo tra SE e ACEA in un primo tempo della città di Roma, quindi della più ampia area laziale, si ripresenta con continuità nella documentazione agli atti, dall'ottobre 2002 fino al febbraio 2006 (v. docs. 177 e 140).

158. SE, dal canto suo, ha più volte manifestato il proprio interesse a "*limitare la sua zona di sviluppo potenziale al centro e al nord*" (es. doc. 173). Soprattutto, ben chiara per le parti si è delineata da subito l'opportunità di "*definire dei territori/progetti di collaborazione e altri dove i partner dovrebbero condurre le proprie strategie a condizione di reprimere la concorrenza frontale eventuale*", e a patto che entrambe le imprese dimostrassero la propria reciproca fedeltà evitando di concludere "*accordi di partenariato paralleli con dei concorrenti*" (doc. 141), con il che si manifesta

chiaramente la volontà di amministrare i rapporti e le spinte concorrenziali esistenti all'interno del mercato rilevante. Peraltro, emerge nella documentazione agli atti una preoccupazione di SE circa la fedeltà di ACEA, a dimostrazione di come le due imprese si percepissero l'un l'altra quali concorrenti a tutti gli effetti: nel 2003, ad esempio, a fronte di alcune temporanee incertezze di SE circa l'offerta da presentare in comune per partecipare alla Gara, un alto dirigente della stessa impresa si domanda: *“è possibile che ACEA si associ con uno dei nostri concorrenti? A priori no, ma non mi fido”* (doc. 155).

VII.III. Effetti e consistenza dell'intesa

159. Secondo consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria, in presenza di un'intesa avente ad oggetto una restrizione della concorrenza, non è necessario procedere alla valutazione degli effetti restrittivi della stessa⁷⁹. Con riferimento al caso in esame, nondimeno, si fa presente come le evidenze agli atti abbiano consentito anche di accertare gli effetti dell'intesa tra ACEA e SE.

160. In particolare, 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. Anche l'intervento di SE a favore di ACEA nell'ambito del processo di acquisizione di Crea, del resto, è indice dell'effettivo impatto sul mercato avuto dalla cooperazione tra le parti.

161. Salvo quanto già considerato al riguardo in risposta alle obiezioni preliminari delle parti, l'Autorità ribadisce qui come l'intesa sia consistente, in quanto ha coinvolto e tuttora coinvolge ACEA, ovvero il principale operatore a livello nazionale nel mercato dei servizi idrici, e SE, tra i principali concorrenti a livello nazionale e primo operatore a livello mondiale nel settore idrico, oltre che parte di un gruppo tra i principali al mondo nei settori ambientale ed energetico, dunque con ampia disponibilità di risorse finanziarie e tecnologico-operative.

162. Sempre in relazione alla consistenza dell'intesa, merita considerare altresì come le parti abbiano consolidato le proprie attività – con una crescita costante in termini di gestioni idriche operate – intervenendo nell'unica sezione del mercato effettivamente sottoposta a un confronto concorrenziale, in quanto interessata da procedure di gara per l'affidamento della gestione del SII o l'ingresso nel capitale azionario di soggetti gestori. Tenuto conto del numero limitato di gare effettuate sull'intero territorio nazionale, il coordinamento verificato tra ACEA e SE appare in effetti estremamente pervasivo.

VII.IV. Pregiudizio al commercio

163. Con riferimento al requisito del pregiudizio al commercio tra Stati membri, richiesto espressamente dall'articolo 81 del Trattato CE per la sua applicazione, si ricorda che, secondo quanto indicato dalle Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato⁸⁰, esso va interpretato in maniera estensiva tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, dell'intesa sui flussi commerciali a livello comunitario.

164. Posto che le intese orizzontali operanti sul territorio di un intero Stato membro sono normalmente in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri in quanto, per loro natura, hanno l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato, va considerato che, 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. L'intesa esaminata, pertanto, alla luce della natura e delle caratteristiche illustrate ostacola l'integrazione economica perseguita quale fondamentale obiettivo dal Trattato, e risulta quindi idonea a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

VIII. SANZIONI PER LE IMPRESE RESPONSABILI DI CONDOTTE ILLECITE

165. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura massima del dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata delle stesse infrazioni. Al fine di quantificare la sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, devono essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni. Ai fini dell'individuazione dei criteri di quantificazione, pur mantenendo la propria autonomia e discrezionalità, l'Autorità tiene altresì conto delle indicazioni espresse dalla Commissione CE in materia⁸¹.

⁷⁹ [Tra le varie, v. Corte di Giustizia, sent. 8 luglio 1999, C-49/92, Commissione c. Anic Partecipazioni.]

⁸⁰ [V. Comunicazione della Commissione, in G.U.U.E., C 101/81 del 27 aprile 2004.]

⁸¹ [V. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lett. a), del regolamento CE n. 1/2003, in G.U.U.E. 2006/C 210/02.]

166. Tanto ricordato, secondo la prassi dell'Autorità nella valutazione della gravità di un'intesa occorre considerare una pluralità di elementi, tra i quali rilevano la natura dei comportamenti contestati, il contesto nel quale i comportamenti sono stati attuati e l'importanza delle imprese che li hanno posti in essere.

167. Quanto alla natura dell'intesa, i comportamenti delle parti sono 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. Quanto all'importanza dei soggetti coinvolti e al contesto di riferimento, ACEA e SE costituiscono due tra i principali operatori, anche in ragione del proprio posizionamento all'interno di un mercato fortemente regolamentato e caratterizzato da meccanismi di concorrenza per il mercato che limitano la contendibilità di aree assegnate in monopolio per periodi assai lunghi.

168. Ancora, va considerato che la cooperazione tra le parti ha interessato la gran parte del territorio nazionale e si è realizzata in coincidenza con la fase di apertura del mercato, a partire dalla seconda metà del 2001, esplicando i suoi principali effetti in occasione delle prime gare bandite negli anni immediatamente successivi. Alla luce di tale complesso di elementi, l'infrazione è pertanto da considerarsi molto grave.

169. Anche tenuto conto di quanto considerato nei citati orientamenti della Commissione Europea in relazione al calcolo delle ammende, al fine di determinare l'importo base della sanzione si è preso a riferimento il valore delle vendite dei servizi a cui l'infrazione si riferisce, ovvero il fatturato a livello nazionale di ACEA e SE derivante dalla gestione dei servizi idrici per il 2006, ovvero l'ultimo anno intero in cui le parti hanno partecipato all'infrazione. Nel caso di SE, allo scopo di garantire l'effetto dissuasivo della sanzione, per la definizione dell'importo di questa si è inoltre tenuto conto della dimensione assoluta dell'impresa, uno dei principali operatori mondiali nel settore dei servizi idrici. Sulla base di tali considerazioni, l'Autorità ritiene di dover infliggere sanzioni amministrative pecuniarie per un importo pari a 8.300.000 euro alla società ACEA, e per un importo pari a 3.000.000 euro alla società SE.

RITENUTO, pertanto, che le società Acea S.p.A. e Suez Environnement S.A. hanno posto in essere un'intesa che ha avuto per oggetto e per effetto un coordinamento delle rispettive strategie commerciali in una porzione significativa del mercato nazionale della gestione dei servizi idrici, e che tali condotte si sono risolte in un'intesa unica e complessa contraria all'articolo 81 del Trattato CE;

RITENUTO altresì che la disposizione di cui all'articolo 13 del patto parasociale intercorrente tra i soci di Publiacqua S.p.A. è suscettibile di determinare una rilevante trasparenza informativa tra le società Acea S.p.A. e Suez Environnement S.A. – in qualità di partner gestori della società Acque Blu Fiorentine S.p.A. – nell'ambito dell'indebito coordinamento già intercorrente tra le medesime;

Tutto ciò premesso e considerato,

DELIBERA

a) che le società 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'articolo 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.

Le sanzioni amministrative pecuniarie di cui al punto d) devono essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento con versamento diretto al Concessionario del Servizio della Riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane S.p.A., presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/1981, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione. In tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 33, comma 1, della legge n. 287/90, entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà