

CAMERA DEI DEPUTATI – COMMISSIONI VIII E IX
AUDIZIONE DEL SEGRETARIO GENERALE DELL’AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO
AVVOCATO FILIPPO ARENA

sul decreto legge recante “*Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze*”

Roma, 8 ottobre 2018

Onorevoli Presidenti, Onorevoli Deputati,

Vi ringrazio per aver offerto all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato l’opportunità di esprimere la propria opinione in merito al decreto legge recante “*Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze*”.

Il decreto affronta una situazione di emergenza nell’ottica di garantire una più ampia e piena tutela dei diritti essenziali dei cittadini nonché la ripresa economica dei territori del comune di Genova e dei comuni di Ischia.

Si tratta senz’altro di un intervento molto importante che coniuga esigenze diverse, ma convergenti verso un unico obiettivo, quello di rimediare ai danni provocati dai dolorosi eventi che hanno colpito alcune zone del nostro Paese, ridando dignità alle condizioni di vita e al benessere dei cittadini attraverso l’accelerazione dei lavori di ricostruzione e l’accrescimento del livello di sicurezza di infrastrutture, che garantiscono i trasporti e il commercio sull’intero territorio nazionale.

Prima di entrare nel merito delle disposizione del decreto in esame, non posso però non ricordare quanto l’Autorità ha più volte segnalato, in diverse sedi, in merito alla necessità di rimuovere tutti quegli ostacoli, quali gli affidamenti in assenza di gara e le proroghe ingiustificate delle concessioni, che bloccano lo sviluppo dell’economia e impediscono al mercato concorrenziale di produrre i suoi effetti, in termini di efficienza e di innovazione¹. Se, infatti, il concessionario non è stimolato a investire

¹ Si cfr. *AS135 - Proroghe delle concessioni autostradali*, inviata in data 22 maggio 1998 al Presidente dell’ANAS e all’allora Ministro dei Lavori Pubblici e *AS152 - Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative* del 28 ottobre 1998. *Inter alia*, si v. *AS988 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza* anno 2013 del 2 ottobre 2012; prima ancora si v. e *AS336 - Modalità di affidamento di lavori nell’ambito di concessioni pubbliche* del 28 marzo 2006, *AS901 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza* anno 2012 del 5 gennaio 2012, *AS659 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza* del 9 febbraio 2010. Più di recente si cfr. Audizione del Presidente Giovanni Pitruzzella, del 15 aprile 2015,

per conseguire un maggiore livello di efficienza, si avranno, di regola, conseguenze negative in termini di qualità del servizio reso, anche sotto il profilo della sicurezza.

La posizione critica rispetto alla proroga delle concessioni si fonda in questo settore, ma più in generale in tutti i mercati, sulla constatazione che gli investimenti infrastrutturali possono essere più utilmente garantiti dall'assegnazione tramite gara delle tratte al gestore più efficiente e da una regolamentazione opportunamente disegnata (in particolare attraverso schemi incentivanti basati sul cd. metodo del *price cap*), piuttosto che mediante il prolungamento del rapporto concessorio esistente.

Di qui l'auspicio, più volte formulato, di un'assegnazione competitiva delle nuove concessioni e di quelle scadute rispetto alla proroga. Ciò in quanto nei mercati, come quello autostradale, dove per questioni strutturali, sussistono condizioni di "monopolio naturale" (e, dunque, non è possibile che si espliciti una concorrenza *nel* mercato), il meccanismo della gara è il metodo più idoneo a consentire di replicare, sotto forma di concorrenza *per* il mercato, gli esiti efficienti derivanti dai meccanismi concorrenziali.

La convinta preferenza per la gara nell'aggiudicazione delle concessioni autostradali non deriva solo dalla possibilità, tramite questo strumento, di massimizzare gli introiti a favore del concedente per la concessione del servizio (lo strumento della gara consente infatti di "estrarre la rendita del monopolista" a vantaggio dello Stato) ma di selezionare l'operatore più efficiente, capace di garantire la migliore gestione in termini di qualità e sicurezza del servizio.

Nonostante la chiara e netta posizione dell'Autorità, le concessioni autostradali sono state pressoché sempre assentite mediante affidamenti diretti e prorogate nel tempo (anche di recente) per il tramite di interventi normativi *ad hoc*, che, come rilevato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea², hanno escluso che vi fosse un effettivo confronto concorrenziale per la loro assegnazione.

Anche sotto il profilo della durata degli affidamenti, l'Autorità ha denunciato le significative criticità concorrenziali che caratterizzano il settore delle concessioni autostradali osservando come la durata delle concessioni rilasciate dall'autorità

sull'articolo 5 del decreto legge n. 133 del 2014 recante "Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive", davanti alla VIII Commissione (Ambiente, Territorio e Lavori Pubblici) della Camera dei Deputati.

² Corte Giust., sez. II, sent. 27 ottobre 2005, in cause riunite C-187/04 e C-188/04, *Commissione CE c. Repubblica Italiana*, dove i giudici europei hanno rilevato come il Governo italiano non abbia dovuto considerare la necessità di procedere a mezzo di gara per assentire concessioni aventi ad oggetto lavori volti a completare e sviluppare la rete autostradale esistente.

pubblica debba essere commisurata alle caratteristiche dell'investimento connesso alla gestione e alla possibilità di una sua equa remunerazione, senza che tale durata sia, tuttavia, eccessivamente lunga, poiché ciò ridurrebbe ingiustificatamente i già limitati spazi per il confronto concorrenziale (di fatto circoscritti al momento del rinnovo e all'affidamento con gara). Del resto, nel caso in cui gli investimenti effettuati dal concessionario non siano stati completamente ammortizzati al momento della scadenza della concessione, le procedure di affidamento possono in ogni caso prevedere adeguate forme di compensazione a favore del gestore uscente³.

Per quanto riguarda il testo all'esame di queste Commissioni, l'Autorità esprime apprezzamento per il suo impianto complessivo, i cui contenuti devono essere necessariamente valutati nel particolare contesto di urgenza creatosi in seguito al verificarsi di eventi imprevedibili, tali da giustificare la deroga a taluni istituti che, nella disciplina nazionale ed europea sugli appalti pubblici, sono funzionali a garantire un ampio ed effettivo confronto competitivo nell'affidamento delle commesse pubbliche. Sul punto va, infatti, ricordato, in via generale, che le deroghe ai principi e alle regole in materia di concorrenza, in quanto aventi natura eccezionale, sono ammesse solo in ambiti ristretti e al ricorrere di determinate condizioni, da individuare in modo rigoroso; condizioni, peraltro, presenti nel caso che ci occupa.

Di seguito vengono analizzati solo i limitati profili che riguardano le competenze affidate all'Autorità. Ci si soffermerà, pertanto, sull'articolo 1 del decreto legge che disciplina la nomina e i poteri del Commissario straordinario, cui viene affidata la gestione di tutte le attività necessarie alla ricostruzione del ponte Morandi di Genova e sull'articolo 16 che attribuisce nuove competenze all'Autorità di regolazione dei trasporti.

L'articolo 1 del decreto, al fine di consentire al Commissario straordinario di esercitare in modo più tempestivo ed efficiente l'attività ad esso affidata, prevede la possibilità di operare in deroga alle disposizioni di legge non di natura penale, fermo restando il rispetto dei vincoli non derogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. Tale clausola di salvaguardia assume particolare importanza, poiché tra gli obblighi non derogabili, rientrano, come noto, anche quelli in materia di concorrenza che ammettono eccezioni solo al ricorrere di specifiche condizioni da interpretare

³ Da questo punto di vista, i richiamati interventi normativi *ad hoc* (vedasi la proroga di venti anni concessa nel 1997 alla società Autostrade Spa in vista della sua prospettata privatizzazione, il comma 8 dell'articolo 143 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, come modificato dall'articolo 42 del dl. del 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, che prevedeva una durata cinquantennale per le nuove concessioni autostradale di importo superiore al miliardo di euro, nonché le proroghe delle convenzioni, come quella stipulata il 1° gennaio 2008 di durata trentennale tra Autostrade per l'Italia S.p.A. e l'ANAS S.p.A) sono apparsi decisamente inadeguati, sotto il profilo concorrenziale, a contemperare le esigenze di incentivare gli investimenti da un lato e di adeguare con tempestività le condizioni di offerta dall'altro.

restrittivamente. Sicché il Commissario straordinario sarà in ogni caso tenuto al rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, anche nell'affidamento delle attività connesse alla realizzazione dell'infrastruttura.

Relativamente a quest'ultimo aspetto, l'articolo 1 dispone l'affidamento *“ai sensi dell'articolo 32 della direttiva 2014/24/UE, tramite procedura negoziata della realizzazione delle attività concernenti il ripristino del sistema viario, nonché quelle propedeutiche e connesse ad uno o più operatori economici che non abbiano alcuna partecipazione, diretta o indiretta, in società concessionarie di strade a pedaggio, ovvero siano da queste ultime controllate o, comunque, ad esse collegate, anche al fine di evitare un indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali”*.

Quanto alla scelta della procedura di affidamento, l'Autorità, pur essendo consapevole dell'urgenza che caratterizza l'intervento, intende richiamare l'attenzione sulla natura derogatoria ed eccezionale della negoziazione diretta rispetto al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta e sulla conseguente necessità di prevedere che, nel corso delle negoziazioni, debbano essere comunque garantiti la trasparenza e il principio di non discriminazione.

Particolare attenzione andrebbe altresì prestata da parte del Commissario straordinario nell'individuare il perimetro degli affidamenti da attribuire tramite procedura negoziata, soprattutto in considerazione dell'ampiezza della formula usata che fa riferimento alle attività *“propedeutiche e connesse”* al ripristino della rete viaria. Sarebbe, infatti, opportuno che in tale categoria di opere venissero ricondotti solo gli interventi strettamente necessari al pieno ripristino funzionale della rete viaria in discorso. Peraltro, una rigorosa delimitazione delle attività necessarie e indifferibili da eseguire con tempestività, consentirebbe di assicurare la corretta applicazione del requisito dell'estrema urgenza, che - come si è visto - giustifica la deroga rispetto alle procedure di affidamento ad evidenza pubblica.

Un ulteriore profilo di interesse è rappresentato dall'esclusione delle società concessionarie di strade a pedaggio *“anche al fine di evitare un indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali”* sancita al comma 7, dell'articolo 1. Tale esclusione, sotto il profilo della concorrenza, potrebbe giustificarsi solo con riferimento al concessionario della tratta autostradale interessata dai lavori, cui è stata riconosciuta la facoltà di svolgere attività d'impresa diverse da quella principale (ovvero la costruzione e l'esercizio delle tratte autostradali assentite in concessione) attraverso l'assunzione diretta o indiretta di partecipazioni di collegamento o controllo in altre società. In questo caso, infatti, l'esclusione appare funzionale a evitare di replicare nel mercato a valle dei lavori gli effetti della chiusura alla concorrenza del mercato a monte, in cui l'affidatario del titolo concessorio, beneficiario di proroghe dello stesso, non è stato individuato con gara. In tale senso, andrebbe anche

modificato l'articolo 177 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) che per i titolari di concessioni autostradali prevede l'obbligo di affidare, mediante procedure ad evidenza pubblica, una quota pari al sessanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro. Tale quota andrebbe aumentata all'ottanta per cento analogamente a quanto previsto per gli altri concessionari.

Al contrario, non sembra trovare adeguata giustificazione l'esclusione di tutti gli altri concessionari operanti in tratte autostradali diverse.

Va, infine, valutata positivamente l'introduzione, all'articolo 16 del decreto, di una norma che affida all'Autorità di regolazione dei trasporti competenze anche con riferimento alle concessioni autostradali vigenti (ai sensi dell'art. 43 del dl. n. 201/2011), con ciò colmando un'ingiustificata lacuna normativa contenuta nella norma istitutiva del regolatore di settore (articolo 37 del dl. n. 201/2011). In particolare al comma 1, lettera a) dell'articolo 16 si prevede l'attribuzione di competenze in materia tariffaria; mentre alla lettera b) si attribuisce all'Autorità di regolazione dei trasporti un ruolo consultivo nei confronti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nei casi di aggiornamenti o revisioni delle convenzioni in essere che comportino variazioni al piano degli investimenti previsti dal concessionario (per valutarne l'impatto a fini tariffari).

Nell'ottica di un migliore completamento dell'assetto regolatorio sulle concessioni autostradali vigenti, l'Autorità intende suggerire una modifica del testo dell'articolo 16. Il comma 2 lettera g) dell'art. 37 del dl. n. 201/2011 attribuiva competenze all'Autorità dei trasporti sulle nuove concessioni autostradali sia in materia tariffaria sia con riferimento alla definizione degli schemi di concessione; l'articolo 16, comma 1, estende la competenza tariffaria anche alle concessioni vigenti, ma nulla dice in merito ad una eventuale estensione delle competenze del regolatore anche alla definizione dei nuovi bandi di gara per l'attribuzione delle concessioni vigenti quando andranno a scadenza. Si ritiene che questa sia l'occasione per chiarire questa incongruenza ed affidare un pieno controllo all'Autorità di regolazione settoriale e anche sugli schemi di affidamento in concessione a valere sulle attuali gestioni quando andranno a scadenza.

In conclusione, occorre osservare che, se nell'attuale situazione l'affidamento tramite procedura negoziata appare giustificato, tale modulo dovrà essere limitato a quanto strettamente necessario a far fronte alle condizioni di urgenza e indifferibilità dell'intervento di ricostruzione e dovrà essere, in ogni caso, rispettoso dei principi di trasparenza e di non discriminazione. Al di fuori del circoscritto ambito di operatività della deroga, dovranno di contro trovare applicazione le procedure ad evidenza pubblica che garantiscono, attraverso il confronto competitivo tra più imprese, la

selezione dell'operatore più efficiente. Allo stesso modo, dovrà assolutamente essere evitata nel futuro la proroga delle concessioni esistenti e si dovrà procedere all'assegnazione delle stesse tramite procedure ad evidenza pubblica, e ciò al fine di garantire maggiore efficienza e maggiore sicurezza.