

C3818F - EDIZIONE HOLDING/AUTOSTRADALE-CONCESSIONI E COSTRUZIONI AUTOSTRADALE
Provvedimento n. 13716

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 novembre 2004;

SENTITO il Relatore Professor Michele Grillo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO in particolare l'articolo 19, comma 1, della citata legge, che prevede che qualora le imprese realizzino un'operazione di concentrazione che rientri tra quelle contemplate dall'articolo 6, in violazione del divieto di cui all'articolo 18, commi 1 e 3, l'Autorità infligge sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori all'uno per cento e non superiori al dieci per cento del fatturato dell'attività d'impresa oggetto della concentrazione;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTI gli atti del procedimento C3818, concluso in data 2 marzo 2000 con la delibera n. 8090, con la quale è stata autorizzata l'acquisizione del controllo della società Autostrade Concessioni e Costruzioni Autostrade S.p.A. (di seguito Autostrade) da parte della società Edizione Holding S.p.A. (di seguito anche Edizione), con la prescrizione delle condizioni contestualmente enunciate;

VISTI gli atti del procedimento concluso in data 13 settembre 2001 con la delibera del n. 9928, per effetto della quale, a seguito dell'accoglimento dell'istanza di riesame del provvedimento n. 8090 del 2 marzo 2000, l'autorizzazione dell'acquisizione del controllo della società Autostrade da parte della società Edizione è stata ulteriormente subordinata anche al pieno rispetto delle condizioni e degli impegni contestualmente enunciati;

VISTA la propria delibera del 7 aprile 2004, con la quale è stata contestata alla società Edizione Holding S.p.A. la violazione di cui all'articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90 per non aver ottemperato agli obblighi imposti nelle delibere dell'Autorità del 2 marzo 2000 e del 13 settembre 2001;

VISTA la propria delibera n. 13398 del 15 luglio 2004, con la quale il termine del procedimento è stato fissato al 30 agosto 2004;

VISTA la propria delibera n. 13435 del 28 luglio 2004, con la quale, in accoglimento dell'istanza di Edizione, il termine del procedimento è stato prorogato al 30 settembre 2004;

VISTA la propria delibera n. 13596 del 30 settembre 2004, con la quale, in accoglimento di un'ulteriore istanza di Edizione, il termine del procedimento è stato prorogato al 10 novembre 2004;

VISTI gli atti tutti dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. L'ACQUISIZIONE DEL CONTROLLO DI AUTOSTRADALE DA PARTE DELLA SOCIETÀ EDIZIONE ED IL CONTESTO DELL'OBBLIGO DI GARA

a. La delibera del 2 marzo 2000

1. Con il provvedimento n. 8090 del 2 marzo 2000, l'Autorità deliberava di autorizzare con condizioni l'operazione di concentrazione C3818 EDIZIONE HOLDING/AUTOSTRADALE CONCESSIONI E COSTRUZIONI AUTOSTRADALE.

L'operazione comportava l'acquisizione del controllo esclusivo da parte di EDIZIONE HOLDING S.p.A. di AUTOSTRADALE-CONCESSIONI e COSTRUZIONI AUTOSTRADALE S.p.A. tramite una società veicolo denominata Schemaventotto S.p.A..

2. Autostrade è una società di servizi che gestisce, in virtù di concessione rilasciata da ANAS, direttamente e tramite società controllate, autostrade e trafori a pedaggio. Al momento in cui si è realizzata la concentrazione, il gruppo facente capo ad Autostrade gestiva circa il 56% della rete autostradale a pagamento, e tale quota raggiungeva il 61,4% se calcolata in termini di ricavi da pedaggio e il 64,7% se calcolata in termini di chilometri percorsi¹ [cfr. § 18 del provv. n. 8090].

3. Come noto, la concessione rilasciata dall'ANAS ai gestori quali Autostrade riguarda non solo l'affidamento della gestione della rete autostradale in senso stretto, ma anche di tutti i servizi che vengono resi agli utenti nelle pertinenze della rete medesima (vendita e somministrazione di prodotti petroliferi, prestazione di servizi di ristorazione, vendita di prodotti non petroliferi ed esercizio di attività alberghiere). In base a quanto previsto dalle convenzioni stipulate con l'ANAS, le società concessionarie possono svolgere in proprio tali attività oppure subconcederle a terzi.

Le attività interessate dall'operazione, pertanto, erano:

- a) la gestione della rete autostradale;
- b) l'affidamento in subconcessione dei servizi prestati nelle aree di sosta della rete autostradale;
- c) i servizi resi agli automobilisti nelle aree di sosta della rete autostradale.

¹ [Quota aumentata a seguito dell'aggiudicazione delle gare per la concessione delle autostrade A24 e A25.]

Ciascuna di queste attività può costituire un mercato distinto.

4. Atteso che Edizione già deteneva il controllo esclusivo della società Autogrill S.p.A., l'operatore storicamente in posizione dominante nell'offerta di servizi di ristorazione presso le aree di pertinenza della rete autostradale, l'operazione era idonea a produrre effetti sul mercato dell'affidamento in subconcessione dei servizi prestati nelle AdS e sui mercati del servizio di ristorazione autostradale.

In particolare, l'operazione, che avrebbe determinato l'integrazione fra il principale gestore autostradale italiano-concedente ed il principale gestore dei servizi di ristorazione prestati sulla rete autostradale italiana-concessionario, avrebbe determinato un rafforzamento della posizione dominante di Autogrill sulla rete gestita dal gruppo Autostrade.

Anche se l'operazione nel suo complesso coinvolgeva un volume d'affari di oltre 3.500 miliardi di lire ed investimenti per circa 6.000 miliardi di lire, mentre i servizi di ristorazione sviluppavano un fatturato di poco superiore ai 750 miliardi di lire, e quindi rivestivano un ruolo circoscritto rispetto alla dimensione complessiva dell'operazione e agli obiettivi del piano industriale della privatizzazione, l'Autorità non ha potuto esimersi dal valutare gli effetti prodotti dalla concentrazione sul mercato della ristorazione autostradale e dal prescrivere le misure che eventualmente si rendessero necessarie al fine di impedire le conseguenze di cui all'articolo 6, comma 1, della legge citata.

5. Al momento in cui si è realizzata la concentrazione, le aree di servizio (di seguito anche ADS) esistenti sulla rete autostradale italiana, nelle quali venivano erogati i diversi servizi oggetto delle subconcessioni, erano circa 500, delle quali 238 (circa il 48%) di pertinenza del gruppo Autostrade [cfr. § 26 del provv. n. 8090].

In particolare, nel 1998 Autogrill aveva realizzato l'83% del fatturato totale relativo ai servizi di ristorazione prestati nelle aree di sosta presenti sulle tratte gestite dal gruppo Autostrade e nessun concorrente aveva raggiunto, individualmente, il 4% del medesimo totale [cfr. § 55 del provv. n. 8090].

6. Al 2 marzo 2000, Autogrill erogava direttamente o indirettamente il servizio di ristoro in 316 aree di servizio, corrispondenti al 64% delle 493 esistenti sulla rete nazionale complessiva gratuita e a pedaggio [cfr. § 33 del provv. n. 8090].

Con riferimento ai soli punti di ristoro situati sulle aree di sosta di pertinenza del gruppo Autostrade (249 in totale), Autogrill era presente in 180, vale a dire sul 72% del totale [cfr. § 34 del provv. n. 8090].

Autogrill, infatti, non solo deteneva 78 concessioni per la prestazione del servizio di ristorazione, direttamente conferite dal gruppo Autostrade (c.d. affidamenti diretti); grazie a rapporti contrattuali di vario titolo con società petrolifere essa deteneva anche 80 titoli indiretti di legittimazione all'erogazione del servizio (c.d. affidamenti indiretti) [cfr. § 41 del provv. n. 8090]².

La posizione dominante di Autogrill, inoltre, era resa stabile dalla circostanza che l'ingresso di nuovi operatori sul mercato di cui trattasi può avvenire principalmente attraverso l'assegnazione di nuove subconcessioni, o la riassegnazione di quelle venute a scadenza, o l'acquisizione del controllo di un operatore già attivo nel mercato.

Ciò è vero anche nel caso in cui la società è presente con contratti stipulati con le società petrolifere, in quanto la scadenza degli stessi di norma coincide con la scadenza delle subconcessioni di cui sono titolari le stesse società [cfr. § 27 del provv. n. 8090].

I concorrenti, in particolare, trovano preclusa dal regime concessorio la possibilità di accedere tempestivamente al mercato, e comunque, all'atto dell'assegnazione delle concessioni si devono confrontare con un operatore che risulta inevitabilmente favorito proprio dai vantaggi concorrenziali derivanti da una presenza molto forte ed estremamente diffusa lungo l'intera rete autostradale. Autogrill, infatti, è l'unico operatore in grado di mantenere, ed eventualmente di rafforzare, la propria posizione dominante sull'insieme dei mercati rilevanti, in quanto può presentare un'offerta sistematicamente più elevata rispetto a quelle di operatori concorrenti, che pur dispongano potenzialmente di pari capacità di soddisfare i bisogni dei consumatori, proprio in virtù dei maggiori flussi di profitto che può attendersi dallo stesso rafforzamento della posizione dominante [cfr. §§ 55, 56 e 57 del provv. n. 8090].

7. La situazione della contendibilità del mercato in questione relativamente alla rete del gruppo Autostrade, in base ai dati forniti dalle parti era indicata alle tabelle n. 4 e 5 del provv. n. 8090.

Infatti, delle subconcessioni relative ai servizi di ristoro facenti capo al gruppo Autostrade, il 13% di esse sarebbe scaduto entro il 2000, il 72% tra il 2001 e il 2003, il 15% tra il 2004 e il 2013 [cfr. § 28 del provv. n. 8090].

Tab. 4 - Totale punti di ristorazione ubicati nelle AdS esistenti sulla rete gestita dal gruppo Autostrade dove è presente Autogrill e scadenzario dei relativi contratti e subconcessioni - Situazione a dicembre 1999

| TIPOLOGIA: | 2000 | 2003 | 2006 | 2007 | 2008 | 2013 | 2018 | TOT. |
|-----------------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| DIRETTI (1) | 5 | 8 | 2 | | 39 | 31 | | 85 |
| DIRETTI con franchising (2) | 1 | 4 | | | 5 | | | 10 |
| INDIRETTI (3) | 6 | 57 | | 2 | 1 | | | 66 |

² [La differenza fra il numero di AdS di pertinenza del gruppo Autostrade (238) e il numero di punti di ristoro (249) è dovuta al fatto che spesso nella stessa area di servizio sono presenti più punti di ristoro gestiti dallo stesso operatore o da operatori in concorrenza.]

| | | | | | | | | |
|-------------------------------|----|----|---|---|----|----|----|-----|
| CONTR. con comp. petr. (4) | | 14 | | | | 5 | 19 | |
| TOTALE AUTOGRILL | 12 | 83 | 2 | 2 | 45 | 31 | 5 | 180 |
| TOTALE GRUPPO AUTOSTRADE | | | | | | | | 249 |

Fonte: elaborazione su dati forniti da Autostrade.

- 1) Affidati con subconcessione direttamente ad Autogrill da parte di Autostrade.
- 2) Affidati con subconcessione direttamente ad Autogrill e gestiti da un operatore terzo in base ad un contratto di *franchising*.
- 3) Affidati con subconcessione direttamente a compagnie petrolifere e da queste ad Autogrill.
- 4) Affidati direttamente con subconcessione a compagnie petrolifere e da queste ad Autogrill con contratti di gestione. Autogrill poi affida la gestione ad un operatore terzo con un contratto di *franchising*.

Tab. 5 - Totale punti di ristorazione ubicati nelle AdS esistenti sulla rete gestita dal gruppo Autostrade dove sono presenti concorrenti di Autogrill e scadenario dei relativi contratti e subconcessioni - Situazione a dicembre 1999

| TIPOLOGIA: | 2000 | 2003 | 2005 | 2007 | 2008 | 2018 | TOT. |
|----------------------------------|------|------|------|------|------|------|------|
| DIRETTI (1) | 1 | 7 | | | | | 8 |
| INDIRETTI (2) | 9 | 35 | 1 | 6 | 1 | 8 | 60 |
| CONTRATTI con comp. petr. (3) | | 1 | | | | | 1 |
| TOTALE | 10 | 43 | 1 | 6 | 1 | 8 | 69 |

Fonte: elaborazione su dati forniti da Autostrade

- 1) Affidati con subconcessione direttamente all'operatore di ristorazione da parte di Autostrade.
- 2) Affidati con subconcessione direttamente a compagnie petrolifere e da queste agli operatori della ristorazione.
- 3) Affidati con subconcessione direttamente a compagnie petrolifere, le quali stipulano un contratto di *franchising* con l'operatore di ristorazione.

Peraltro, in base all'Accordo per la cessione di servizi in ambito autostradale stipulato in data 29 ottobre 1996, per 43 concessioni in scadenza nel 2008 ed altre 23 in scadenza nel 2013, Autostrade ha riconosciuto ad Autogrill - alla scadenza delle rispettive concessioni - un diritto di prelazione per l'affidamento di ogni singola concessione, a parità di condizioni del terzo che risulterà aver presentato la migliore offerta [cfr. § 50 del provv. n. 8090]³.

8. Quanto al regime di fornitura dei servizi strumentali e ausiliari rispetto al servizio autostradale, compreso il servizio di ristoro, secondo le concessioni ANAS/società autostradali in vigore nel 1996, l'affidamento delle concessioni relative alle occupazioni e utilizzazioni della sede autostradale era sottoposto al solo vincolo di accordare le concessioni a prezzi correnti di mercato.

Al momento della concentrazione, la regolamentazione in questione era in fase di cambiamento [cfr. § 45 del provv. n. 8090].

L'articolo 19, comma 4, della legge n. 136/99 disponeva che "le attività di impresa diverse da quella principale nonché da quelle analoghe o strumentali ausiliarie del servizio autostradale possono essere svolte dalle società concessionarie attraverso l'assunzione diretta o indiretta di partecipazioni di collegamento o di controllo in altre società".

In particolare, l'articolo 3, comma 1, lettera d) della Convenzione⁴ tra ANAS e Autostrade (d'ora in poi anche Convenzione) disponeva che il Concessionario provvede "al miglioramento del servizio, attraverso la promozione di attività strumentali e ausiliarie del servizio autostradale, fornite esclusivamente o prevalentemente da terzi agli utenti delle autostrade assentite in concessione". L'articolo 4, (Facoltà del Concessionario), comma 1, lettera b), disponeva che al Concessionario "spettano le seguenti facoltà": "accordare a titolo oneroso sulla base di procedure competitive trasparenti e non discriminatorie, adeguatamente pubblicizzate, le concessioni relative alle occupazioni ed alle utilizzazioni della sede delle autostrade e relative pertinenze".

³ [L'accordo in questione, inclusa la clausola riportata, era stato valutato dall'Autorità nel provvedimento del 28 novembre 1996, A95 Gestori impianti di distribuzione autostradali/Autostrade-Autogrill. In tale sede l'Autorità, sulla base del presupposto che Autostrade ed Autogrill fossero soggetti fra loro del tutto indipendenti, ha affermato che, l'introduzione di una prelazione "semplice" fosse idonea a far cessare l'abuso di posizione dominante di Autostrade consistente nell'aver riconosciuto a favore di Autogrill una prelazione "rafforzata" "la quale assicurava di fatto ad AUTOGRILL la certezza di poter contare sulla proroga di tutte le concessioni dirette sino al 2013, impedendo quindi ogni forma di contendibilità delle concessioni in capo ad AUTOGRILL". Cfr provv. n. 4457 del 28 novembre 1996.]

⁴ [Convenzione tra Ente Nazionale per le Strade-ANAS e Società Autostrade S.p.A., del 4 agosto 1997, così come modificata, con riferimento all'art. 4, dalla seconda convenzione aggiuntiva stipulata tra le stesse parti in data 29 marzo 1999.]

9. Considerando che il 4,4% delle subconcessioni affidate ad Autogrill direttamente e indirettamente sarebbe scaduta prima del 2000, il 53,2% nel 2003 e il rimanente 42,4% oltre tali date e fino al 2013, tenuto anche conto dei diritti di prelazione di Autogrill, il mercato risultava difficilmente contendibile [cfr. § 56 del provv. n. 8090].

E ciò nonostante gli impegni dismissivi assunti da Autogrill nel 1996, nell'ambito del procedimento A95⁵ su citato:

- a) cedere a terzi, entro il 31 dicembre 1997, le proprie concessioni di ristoro attivate in sei aree specificamente individuate, pena la decadenza dalle concessioni stesse;
- b) non partecipare, direttamente o indirettamente, all'assegnazione di almeno sei concessioni di servizi di ristoro - da individuarsi nell'ambito di un apposito elenco- alla relativa scadenza fissata al 31 dicembre 2003;
- c) non partecipare, direttamente o indirettamente, all'assegnazione di cinque concessioni di servizi di ristoro che Autostrade avrebbe affidato negli anni successivi in nuove aree o in aree che ne risultassero sprovviste;
- d) non partecipare, direttamente o indirettamente, fino al 31 dicembre 2001, all'assegnazione di concessioni riguardanti il servizio di ristoro sulla attuale rete gestita dal gruppo Autostrade.

10. Relativamente alle subconcessioni con scadenza nel 2003, Edizione aveva sostenuto che tale data era un orizzonte temporale ravvicinato nel quadro della durata media dei rapporti di concessione e che almeno 6 delle subconcessioni affidate direttamente ad Autogrill che sarebbero scadute a tale data non sarebbero potute ritornare a quest'ultima. L'Autorità rilevò che, ai fini della valutazione dell'operazione, tre anni erano un periodo sufficientemente lungo per consentire ad Autogrill di sfruttare appieno la posizione di mercato dalla stessa detenuta e per scoraggiare l'ingresso di nuovi operatori [cfr. § 56 del provv. n. 8090].

Una volta venuta meno l'indipendenza delle due società che avevano stipulato l'Accordo del 1996, gli impegni di Autogrill non risultavano sufficienti a garantire l'accesso al mercato di nuovi operatori. Infatti, detti impegni si presentavano come un complemento ad un più generale impegno di Autostrade di procedere all'individuazione dei subconcessionari delle diverse attività svolte nelle aree di servizio con criteri trasparenti e non discriminatori. Quest'ultimo impegno, come sopra osservato, appariva compromesso dall'appartenenza di Autostrade allo stesso gruppo di Autogrill. A ciò si aggiunga che tali impegni si inserivano nell'ambito della valutazione di un comportamento abusivo di Autostrade ed avevano come fine la rimozione degli ostacoli allo sviluppo della concorrenza sulla rete autostradale. Gli stessi non apparivano, invece, sufficienti ad evitare che l'integrazione verticale tra Autogrill e Autostrade determinasse un rafforzamento della posizione dominante di Autogrill nel mercato dei servizi di ristorazione autostradale [cfr. § 66 del provv. n. 8090].

11. L'Autorità ha accertato che il rafforzamento della posizione dominante di Autogrill si sarebbe determinato attraverso diverse modalità⁶ e ha ritenuto, pertanto, che l'operazione di concentrazione non fosse autorizzabile se non con la prescrizione di misure correttive contestualmente enunciate ed aggiuntive rispetto agli impegni assunti da Autogrill nell'ambito del procedimento A95, ossia:

- a) che Autostrade e le altre società concessionarie del servizio autostradale da essa controllate non assumano direttamente la fornitura del servizio di ristoro e affidino sempre a terzi la fornitura di tale servizio attraverso le procedure previste dall'articolo 4 delle convenzioni stipulate con l'ANAS;
- b) che Autostrade e le società da essa controllate affidino ad uno o più soggetti terzi, indipendenti e altamente qualificati, la gestione delle procedure di cui al precedente punto a), inclusa la definizione dei requisiti di partecipazione e dei parametri di aggiudicazione, nonché l'adeguata pubblicizzazione di tutte le informazioni rilevanti, che dovranno includere i dati riguardanti i flussi di traffico, il target di fatturato e ogni altra informazione che riguardi l'area sulla quale insiste il servizio oggetto di concessione;
- c) che Autogrill non incrementi la propria quota, pari al 72%, riferita al numero di punti di ristoro attualmente affidati direttamente o indirettamente alla medesima Autogrill, rispetto al numero totale dei punti di ristoro presenti sulle tratte autostradali gestite dal gruppo Autostrade.

12. Da quanto sin qui detto, risulta evidente che le misure in questione erano volte ad impedire il rafforzamento della posizione dominante di Autogrill nel mercato della ristorazione autostradale, derivante dai vantaggi concorrenziali di cui l'impresa avrebbe goduto nell'accesso al mercato in conseguenza dell'appartenenza al medesimo gruppo del concedente. In sintesi, dette misure miravano ad assicurare la contendibilità del mercato.

Dati i vincoli derivanti dal regime concessorio, considerate, quindi, le diverse scadenze delle concessioni in essere (ivi comprese quelle coperte da prelazione di Autogrill), le misure imposte ad Edizione comportavano per essa l'obbligo di non avvantaggiare Autogrill nell'accesso al mercato.

13. Da una parte, quindi, con la misura *sub* lett. c) è stato imposto ad Edizione di riservare ai concorrenti di Autogrill una quota di mercato non inferiore al 28% dei punti di ristoro presenti sulla rete autostradale del gruppo.

Dall'altra, con la misura *sub* lett. b) è stato imposto ad Edizione che Autostrade non interferisse nelle attività prodromiche all'affidamento del servizio ristoro.

⁵ [Il caso aveva ad oggetto un abuso di posizione dominante di Autostrade consistente nell'aver impedito ogni forma di contendibilità delle concessioni dirette in capo ad Autogrill sino al 2013, commesso nell'aver riconosciuto ad Autogrill diritti tali che le assicuravano di fatto la certezza di poter contare sulla proroga di tutte le concessioni dirette sino a quella data.]

⁶ [Cfr. §§ 59, 60, 61, 62, 63 del provvedimento n. 8090.]

Infine, con la misura *sub* lett. a) è stato imposto ad Edizione che l'affidamento dei titoli legittimanti l'erogazione dei servizi di ristoro sulle aree di pertinenza del gruppo Autostrade avvenisse tramite modalità potenzialmente paritetiche per tutti gli operatori interessati ad entrare nel mercato, e cioè attraverso gare che non avvantaggiassero Autogrill.

14. Tali misure, peraltro, erano largamente conformi agli impegni presentati da Edizione, che li aveva, quindi, considerati un'autolimitazione compatibile con gli obiettivi del *business* e con il piano industriale che la nuova proprietà aveva delineato per il settore autostradale e per quello della ristorazione⁷.

Infatti, ai fini della valutazione dell'operazione, non erano stati tralasciati i mutamenti che avrebbero potuto interessare il mercato dei servizi di ristorazione, a seguito degli investimenti previsti dal piano industriale, predisposto per lo sviluppo del gruppo Autostrade. Dalle informazioni acquisite nel corso del procedimento istruttorio, risultava che tali mutamenti avrebbero riguardato anche l'organizzazione delle attuali AdS, le quali sarebbero state soggette ad una profonda trasformazione al fine di adeguarle agli standard europei sia nella qualità che nella varietà dei servizi offerti [cfr. § 43 del provv. n. 8090].

Era emerso, pertanto, che la realizzazione degli obiettivi del piano industriale necessitava di investimenti elevati, al cui finanziamento avrebbero dovuto partecipare gli stessi fornitori dei servizi, anche attraverso il meccanismo del *project financing*. Gli operatori che avrebbero offerto i servizi autostradali avrebbero dovuto avere una solida capacità finanziaria e *standard* consolidati di livello europeo. Pertanto, la concorrenza potenziale per il servizio di ristorazione autostradale, in prospettiva, sarebbe stata esercitata soprattutto da operatori particolarmente qualificati, già presenti sulle reti autostradali di altri paesi, quali Elixor, Compass e Sodexho. [cfr. § 44 del provv. n. 8090].

15. In particolare, Autostrade aveva già stabilito che alle procedure di assegnazione dovesse darsi ampia pubblicità, attraverso inserzioni su quotidiani a tiratura comunitaria, che ai partecipanti alle procedure dovesse essere messa a disposizione ogni informazione utile alla presentazione dell'offerta (dati sui flussi di traffico, sul *target* di fatturato e ogni altra informazione che riguardasse l'area sulla quale insiste il servizio oggetto di concessione) e che dovessero essere definiti parametri oggettivi di valutazione delle offerte da individuare sulla base delle specifiche tecniche e funzionali. Autostrade, inoltre, aveva espresso il seguente orientamento: "*le gare potrebbero essere organizzate per lotti, tenendo sempre presente i due criteri della massima economicità e dei prezzi ai consumatori finali. Ad esempio, potrebbero essere previsti lotti composti da un certo numero di aree di diversa redditività e dislocate su diversi punti non continuativi della rete autostradale, così da poter agevolare la presenza alternata di più operatori lungo la rete. Tuttavia, non si dovrà impedire ad operatori regionali di partecipare all'affidamento di subconcessioni per localizzazioni specifiche territoriali*".

Autostrade aveva sottolineato che "è inevitabile che uno dei criteri da favorire [sia] la diversificazione dei soggetti che offrono servizi di ristoro autostradali. La diversificazione viene perseguita mediante le gare" [cfr. § 47 del provv. n. 8090].

Circa la prassi vigente secondo la quale le concessioni relative al servizio di ristoro erano state affidate, a vario titolo, a società petrolifere le quali non svolgevano direttamente il servizio, ma lo demandavano a terzi, Autostrade aveva espresso il seguente orientamento: "*il soggetto cui verrà affidata la subconcessione di un servizio dovrebbe svolgere direttamente tale servizio, nel senso che intendiamo disincentivare il subaffidamento a terzi*" [cfr. § 49 del provv. n. 8090].

Edizione aveva precisato che "*tra i requisiti degli operatori, dovrà essere prevista una capacità finanziaria adeguata*" a realizzare investimenti molto elevati per consentire che le aree e i servizi ivi offerti soddisfacessero "*uno standard consolidato di livello europeo*"; "*In alcune AdS, specialmente in quelle di grandi dimensioni, ci potrebbero essere più operatori in concorrenza. L'idea è che ci sia un vincitore per ogni punto di ristoro*"; "*Autostrade nell'affidamento a terzi delle relative subconcessioni di ristoro ricorrerà alle procedure trasparenti e non discriminatorie descritte nello schema di regolamento*"⁸ [cfr. § 48 del provv. n. 8090].

Sulla base dei suddetti presupposti l'operazione è stata autorizzata e realizzata, ed il provvedimento n. 8090 non è stato impugnato.

b. La delibera del 13 settembre 2001

16. In data 23 marzo 2001, Autostrade presentava un'istanza di riesame del provvedimento n. 8090 del 2 marzo 2000, chiedendo di prorogare fino al 31 dicembre 2003 il termine delle concessioni scadute il 31 dicembre 2000, detenute prevalentemente da società petrolifere.⁹

17. Autostrade motivava la necessità della proroga in relazione ad un programma di sostanziale sviluppo delle aree di servizio della rete, da realizzarsi attraverso l'inserimento di nuovi servizi (*motel, business centre, servizi finanziari,*

⁷ [Cfr. §§ 46, 48 e 59 del provv. n. 8090 quanto alla misura *sub* a), §§ 48, 60 quanto alla misura *sub* b).]

⁸ [Si trattava del regolamento di corporate governance di Autostrade, secondo il quale il Comitato esecutivo doveva nominare un advisor conferendogli "in esclusiva il compito di istituire, sorvegliare e controllare la procedura di affidamento di concessioni relative all'esercizio dell'attività di ristoro e market, e di proporre al C.E. il nominativo o i nominativi dei soggetti nei cui confronti Autostrade avrebbe proceduto a perfezionare l'affidamento".]

⁹ [Atteso che le concessioni al momento dell'istanza di riesame erano in effetti scadute ed erano state semplicemente prorogate da Autostrade, l'Autorità, in data 29 marzo 2001, con provvedimento n. 9354 aveva dovuto avviare un procedimento sanzionatorio ai sensi dell'art. 19 comma 1 della legge n. 287/90 per violazione della misura *sub* lettera a), concluso con archiviazione a seguito dell'accoglimento dell'istanza in discorso.]

aree di intrattenimento etc.). Secondo Autostrade, la rilevanza dell'intero progetto e l'importanza dei risultati attesi dalla sperimentazione avrebbero suggerito di far slittare al 2003 le scadenze delle concessioni previste al 31 dicembre 2000, in modo da poter procedere ai nuovi affidamenti sulla base di valutazioni che tenessero conto dei nuovi modelli gestionali che sarebbero potuti emergere dalla sperimentazione.

In particolare, secondo Autostrade, la proroga del termine delle concessioni avrebbe permesso di verificare sperimentalmente i progetti in corso e di stabilire una situazione di pari opportunità tra tutti i concorrenti interessati alle procedure di affidamento, nonché di disporre dei tempi tecnici necessari per la convalida del progetto, la messa a punto degli elaborati e delle procedure di affidamento, la realizzazione delle opere necessarie per la successiva regolare erogazione del servizio. La proroga, poi, avrebbe riportato ad uniformità la decorrenza delle diverse concessioni, consentendo di ridefinire le tipologie di aree in ragione della loro redditività potenziale, di prevedere dei lotti di assegnazione e di unificare le diverse concessioni gravanti sulla medesima area.

18. L'Autorità, tuttavia, ha ritenuto che il differimento del termine delle concessioni scadute il 31 dicembre 2000 apparisse suscettibile di produrre delle sensibili distorsioni dell'assetto concorrenziale del mercato interessato, in relazione ad un triplice profilo:

a) in primo luogo, la selezione delle aree nelle quali predisporre le strutture destinate alla prestazione di nuovi servizi al fine di valutarne la potenziale redditività, laddove fossero state prescelte esclusivamente aree nelle quali la gestione del servizio di ristoro risultava affidata direttamente o indirettamente alla società Autogrill, avrebbe realizzato una discriminazione in danno dei potenziali concorrenti;

b) in secondo luogo, il coordinamento delle scadenze delle concessioni, necessario al fine di configurare dei lotti di assegnazione e di unificare le diverse concessioni gravanti sulla medesima area, avrebbe potuto facilitare-qualora fosse stato assegnato contestualmente un numero troppo elevato di concessioni - l'operatività di meccanismi collusivi tesi alla ripartizione del mercato;

c) infine, la proroga al 31 dicembre 2003 del termine delle concessioni scadute il 31 dicembre 2000 avrebbe realizzato una sostanziale elusione dell'obbligo, posto con il provvedimento del 1996 e ribadito con il provvedimento del 2000, che Autogrill si astenesse fino al 31 dicembre 2001 dal partecipare, direttamente o indirettamente, all'assegnazione di concessioni riguardanti il servizio di ristoro sulla attuale rete gestita dal gruppo Autostrade. Infatti, la proroga richiesta avrebbe consentito in linea di principio ad Autogrill di partecipare nel 2003 alle procedure competitive di assegnazione dei punti di ristoro alle quali la società non avrebbe potuto accedere qualora esse si fossero svolte alla naturale scadenza delle concessioni [cfr. § 7 del provv. n. 9928].

19. L'Autorità, pertanto, con provvedimento n. 9928 del 13 settembre 2001, ha accolto l'istanza di riesame, prescrivendo però a carico di Edizione il rispetto di misure aggiuntive rispetto a quelle contenute nel provv. n. 8090 del 2 marzo 2000, in parte modificative di quelle relative alla delibera n. 4457 in esso recepita:

"i) che Autogrill non partecipi nel 2003 alle procedure competitive di assegnazione di tutti i punti di ristoro per i quali la relativa concessione sarebbe scaduta il 31 dicembre 2000;

ii) che Autostrade estenda la sperimentazione in corso sulla propria rete autostradale ad aree di servizio nelle quali l'attività di ristoro sia affidata ad operatori diversi da Autogrill;

iii) che Autostrade articoli la scadenza dei rapporti concessori che verranno in essere a partire dal 2002 in modo tale da evitare la contestuale scadenza di più del 33% delle concessioni di punti di ristoro presenti sulla rete gestita dal gruppo Autostrade. L'intervallo minimo tra le scadenze dei titoli concessori così differenziate-e per conseguenza tra le successive tornate di affidamenti-non dovrà essere inferiore ad un anno.

Al fine di consentire la verifica del rispetto delle condizioni di cui al presente provvedimento, la società Autostrade dovrà fornire sei mesi prima di ogni scadenza delle concessioni la rilevante documentazione, relativa tra l'altro ai criteri di selezione ed ai parametri di aggiudicazione della gara, alla durata delle concessioni nonché alle principali caratteristiche di ciascuna area oggetto della gara".

20. Anche in tal caso, le misure erano largamente conformi agli impegni presentati da Edizione, che li aveva, quindi, considerati un'autolimitazione compatibile con gli obiettivi del *business* e con il piano industriale che la nuova proprietà aveva delineato per il settore autostradale e per quello della ristorazione.

Atteso che Autogrill, nel corso del procedimento, aveva ulteriormente rappresentato la situazione delle proprie concessioni c.d. indirette, ovverosia dei contratti di affitto d'azienda con le società petrolifere, l'Autorità ha ritenuto opportuno ribadire, altresì, che la portata dell'obbligo di gara di cui alla misura *sub* lettera a) del provvedimento n. 8090 implicava che l'indicazione del gestore del servizio di ristoro dovesse emergere in esito alla gara stessa, ovverosia che la fornitura del servizio di ristoro, in ogni caso, fosse affidata mediante procedure competitive di assegnazione.

E' stato così precisato che la necessità di procedere all'assegnazione delle concessioni per il servizio di ristoro tramite gara sussiste in ogni circostanza ed in particolare anche quando:

a) Autostrade e le società da essa controllate intendano affidare in concessione il solo servizio di ristoro, separatamente dagli altri servizi prestati sulla medesima area;

b) Autostrade e le società da essa controllate intendano affidare un complesso di servizi che comprende quello di ristoro;

c) il concessionario al quale Autostrade o le società da essa controllate abbiano affidato la gestione di un complesso di servizi intenda subconcedere il servizio di ristoro.

Con riferimento a tale ultima ipotesi, la società Autostrade ha affermato come "le nuove modalità gestionali prevedono che la subconcessione delle attività di ristoro da parte delle società petrolifere divenga un'eccezione. Infatti, si procederà ad assegnare separatamente i vari servizi, sia pure nell'ottica di una gestione integrata, che privilegerà l'affidamento contestuale ai diversi operatori". Ad ogni modo, Edizione Holding ed Autostrade si sono impegnate a vincolare contrattualmente il concessionario che intenda subconcedere il servizio di ristoro affinché tale affidamento avvenga tramite procedure di gara trasparenti e non discriminatorie [cfr. § 3 del provv. n. 9928]. Il provvedimento n. 9928 non è stato impugnato.

II. LE GARE DEL PRIMO *ADVISOR*, L'INOTTEMPERANZA ALLA MISURA *SUB LETTERA B*) E IL RIAVVIO DELLE GARE

21. Preliminarmente si ricorda che, in data 9 luglio 2002, l'Autorità aveva rilasciato al Ministro delle Attività Produttive, su richiesta di quest'ultimo, un parere relativo alle attività non *oil* dei gestori degli impianti *oil*, attività che non rientravano tradizionalmente fra quelle oggetto delle concessioni ristoro, in quanto volte a soddisfare esigenze specifiche definite come "*sosta veloce*".

Nell'ambito di procedimenti istruttori C5249 e I523, avviati dall'Autorità, rispettivamente, in data 13 giugno 2002 e 5 settembre 2002 nei confronti delle società Autogrill S.p.A. e Ristop S.r.l., sono stati reperiti presso la sede di Autogrill numerosi documenti, sulla base dei quali emergeva che:

I. Autostrade aveva direttamente partecipato al disegno delle gare e alla concreta messa a punto delle relative procedure, inclusa la definizione dei requisiti di partecipazione e dei parametri di aggiudicazione;

II. Autogrill era stata messa a conoscenza delle strategie che Autostrade andava elaborando in merito alle gare, potendo disporre di più di un documento elaborato da Autostrade, e partecipando ad incontri specifici con esponenti di detta società, nei quali Autogrill rappresentava ad Autostrade la propria posizione in merito all'architettura delle gare che si andava delineando, in particolare con riguardo al problema dei lotti ed al problema delle gare per la gestione integrata [cfr. §§ 6, 17, 18, 19, 20, 21, 22 del provv. n. 11473].

22. Ritenendo che tali fatti fossero in contrasto con quanto prescritto ad Edizione *sub lettera b*) del provvedimento di autorizzazione dell'acquisizione del controllo di Autostrade, con delibera n. 11199 del 12 settembre 2002 l'Autorità ha contestato ad Edizione la violazione di cui all'articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90.

Dagli elementi complessivamente raccolti nel corso del procedimento è risultato che Autostrade, sulla base del mandato conferito all'*advisor* KPMG, aveva previsto di elaborare essa stessa i requisiti di partecipazione alle gare e i parametri di aggiudicazione con la mera consulenza dell'*advisor*, contrariamente a quanto contenuto negli impegni di Edizione esplicitati nel corso del procedimento C3818 [cfr. § 80 del provv. n. 11473], definendo la struttura delle gare in modo che presentasse "*margini e discrezionalità elevati a differenti livelli*" che comportavano per Autogrill un vantaggio rispetto ai concorrenti di 5/7 punti percentuali.

23. Secondo Autostrade, invece, la maggior parte dei documenti rifletteva semplicemente le preoccupazioni dell'*incumbent* Autogrill, preoccupazioni che comunque non avrebbero trovato alcuna accoglienza nell'ambito delle gare nel frattempo lanciate da KPMG.

In data 10 luglio 2002, l'*advisor* aveva depositato un documento orizzontale, volto ad illustrare le linee generali delle prime gare che sarebbero state bandite da lì a poco. Le informazioni contenute in tale documento erano gravemente incomplete, e sono state integrate nel corso del procedimento con l'acquisizione della documentazione di gara relativa ai lotti I, II e III [cfr. §§ 43, 44 e 45 del provv. n. 11473].

24. Si è così potuto accertare che i bandi di gara contenevano le medesime previsioni dei documenti che costituivano elemento di prova dell'ingerenza di Autostrade nell'elaborazione dell'architettura delle procedure in violazione della misura *sub b*). Per le aree comprese nei lotti in questione, fra l'altro, era prevista la gestione integrata dei servizi *oil*/ristoro e per la partecipazione alle relative gare era richiesto o il contemporaneo possesso dei requisiti *oil* e di quelli ristoro o, in alternativa, la domanda congiunta fra l'operatore *oil* e quello ristoro. [cfr. § 46 del provv. n. 11473].

25. L'Autorità ha ritenuto di non poter condividere la posizione delle parti, là dove affermavano che la violazione della misura *sub lett. b*) poteva ritenersi sussistente solo ove fosse stato accertato anche che le gare, nel frattempo lanciate dall'*advisor*, erano in concreto discriminatorie a favore di Autogrill, sul presupposto che la loro portata procompetitiva sarebbe valsa a sanare il loro eventuale vizio genetico.

Le parti, per di più, sostenevano che sul carattere non discriminatorio delle gare KPMG si fosse formata una sorta di accertamento implicito, per via della mancata contestazione da parte dell'Autorità sul punto specifico e del silenzio serbato sulla questione nel corso del procedimento.

Secondo l'Autorità, invece, l'accertamento della violazione della misura *b*) non richiedeva l'accertamento della portata discriminatoria delle gare, perché l'obbligo di demandare a terzi le procedure per l'affidamento delle concessioni, inclusa la definizione dei requisiti di ammissione e dei parametri di aggiudicazione, era proprio lo strumento che doveva garantire in astratto la portata non discriminatoria dei bandi, di tal che il venir meno della neutralità del terzo rendeva ultroneo l'accertamento sulle caratteristiche dei secondi.

Pertanto, con provvedimento n. 11473 del 12 dicembre 2002, l'Autorità ha irrogato ad Edizione una sanzione amministrativa pecuniaria per la violazione contestata.

Il provvedimento è stato confermato dal TAR Lazio, Sez. I, con la sentenza n. 7186 del 30 agosto 2003, a sua volta confermata dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con la sentenza 5288 del 9 luglio 2004.

Con dette pronunce, il Giudice Amministrativo, nell'affermare l'applicabilità dell'articolo 19, comma 1 della legge n. 287/90, alla fattispecie in esame, ha altresì rilevato che, ai fini della valutazione della violazione della misura b), l'Autorità non era tenuta a pronunciarsi in merito alla verifica in concreto di specifici effetti anticompetitivi scaturenti dalle procedure di gara.

26. Di fronte alle reiterate richieste di precisazioni formulate sia da Autostrade che da KPMG sulle condotte da seguire, l'Autorità, con comunicazione del 24 febbraio 2003, ha ribadito che Edizione è l'unico soggetto responsabile dell'attuazione delle misure e ha indicato a quest'ultima quale fosse la prospettiva da cui occorre muoversi ai fini della corretta esecuzione della misura sub lettera b), ribadendo che l'inottemperanza di Edizione si era sostanziata nella tenuta di tutta una serie di comportamenti protrattisi nel tempo, causalmente concatenati e ancora produttivi di effetti: a partire dal mandato conferito a KPMG sino a tutta l'attività successiva svolta congiuntamente da Autostrade e KPMG, concretizzatasi nelle procedure di gara in essere, ovvero nella predisposizione dell'organizzazione delle gare e nell'espletamento delle gare stesse.

Di conseguenza, nell'aprile 2003 Edizione ha informato l'Autorità che Autostrade avrebbe affidato ad un nuovo *advisor* le procedure per l'affidamento delle concessioni ristoro e di quelle *oil* in scadenza al 31 dicembre 2003. Nel frattempo, sono state condotte a termine le procedure già in atto, relative a 25 lotti per un totale di 44 Ads (delle quali 15 con ristoro).

27. All'epoca, le gare da organizzare e gestire per il rinnovo delle concessioni ristoro in scadenza al 31 dicembre 2003 riguardano circa l'85% di quelle afferenti il gruppo Autostrade, e, in base alle informazioni fornite dalle parti nel procedimento del 2000, non sono interessate da diritti di prelazione. (cfr. tabella 3 al § 28 del provvedimento n. 8090).

28. Nel mese di giugno 2003, Edizione ha fatto pervenire una bozza del contratto di mandato fra Autostrade e Roland Berger Strategy Consultants s.r.l. (di seguito R.B.) e poi, in data 24 giugno, una copia dell'atto sottoscritto da Autostrade il 20 giugno, rivolgendolo all'Autorità, il 25 successivo, *"formale istanza affinché voglia valutare se il contratto concluso fra Autostrade e RB, trasmesso in data 24 giugno 2003, rappresenta uno strumento idoneo ad ottemperare alle prescrizioni imposte con la misura b) del provvedimento n. 8090"*, dichiarando che *"non esiste [...] una riserva assoluta di immodificabilità dello stesso"*.

29. Il 27 giugno, la società Autostrade ha inviato un prospetto nel quale sono riportate, per ciascuna delle aree in cui il servizio di ristoro scade al 31 dicembre 2003, le indicazioni sulle principali caratteristiche (flussi di traffico, fatturato ristoro, vendite prodotti carbolubrificanti, scadenza servizi, titolare della concessione e marchio effettivamente presente). Autostrade precisa che *"Per quanto attiene i criteri di selezione ed i parametri di aggiudicazione delle procedure di affidamento, nonché la durata di ogni singolo servizio, si rinvia, in ottemperanza alla delibera n. 8090 del 2.3.2000 e al [...] provvedimento n. 9928 del 13.9.2001, alla documentazione che sarà trasmessa a cura dell'Advisor Roland Berger Strategy Consultants"*¹⁰.

L'elenco delle aree di servizio non contiene alcun riferimento all'esistenza di diritti di prelazione.

30. Atteso che le misure di cui al provvedimento n. 8090/2000 non comportano l'approvazione da parte dell'Autorità del contratto Autostrade/*advisor*, l'Autorità, nelle date 21 e 31 luglio 2003, ha ribadito ad Edizione che quel che rileva ai fini del rispetto della misura b) non è l'adozione o meno di specifiche clausole contrattuali, rimesse all'autonoma determinazione delle parti, bensì il comportamento da esse concretamente tenuto nell'esecuzione dell'incarico. In una prospettiva di collaborazione con la parte, pur tuttavia l'Autorità evidenzia ad Edizione alcuni aspetti del regolamento contrattuale che potrebbero incidere negativamente sulla neutralità effettiva dell'*advisor*, quali ad esempio la revocabilità *ad nutum* dell'incarico, gli obblighi di rendicontazione periodica ad Autostrade, o il trasferimento delle informazioni e conoscenze attinenti alla prassi pregressa di organizzazione delle procedure per gli affidamenti.

Nel frattempo, l'*advisor* comunica che intende avviare prima le procedure per il riaffidamento del servizio *oil*.

31. In relazione alla comunicazione di Autostrade del 27 giugno, Roland Berger, il 4 agosto 2003, rappresenta di non essere ancora in grado di definire con precisione il calendario degli affidamenti, essendo ancora in fase di svolgimento la ricognizione delle opinioni di operatori e utenti del servizio autostradale nonché dei soggetti istituzionali interessati, dalla quale apparirebbero emergere indicazioni *"contrastanti"* in merito alle modalità di messa a gara, tanto da indurlo a compiere *"ulteriori approfondimenti"* in merito.

Il 25 settembre 2003 Autostrade e Roland Berger sottoscrivono un *addendum* modificativo del contratto, e lo fanno pervenire all'Autorità il 15 ottobre 2003.

32. Il contratto, descritte nel preambolo tutte le vicende occorse ad Edizione dall'autorizzazione dell'operazione di concentrazione al provvedimento di irrogazione della sanzione per inottemperanza alla misura b) nonché l'impegno assunto da Autostrade nei confronti di Edizione per il rispetto della misura b), comporta il conferimento a Roland Berger, da parte di Autostrade e per conto di Edizione, di un incarico che consiste *"nello svolgimento, in via esclusiva, in piena autonomia e senza alcuna interferenza da parte di ASPI, di tutte le attività propedeutiche all'organizzazione,*

¹⁰ [Infatti, secondo quanto prescritto dal provvedimento n. 9928, l'Autorità, al fine di poter monitorare il rispetto delle condizioni poste dal medesimo provvedimento avrebbe dovuto ricevere, sei mesi prima della scadenza delle concessioni, *"la rilevante documentazione, relativa tra l'altro ai criteri di selezione ed ai parametri di aggiudicazione della gara, alla durata delle concessioni nonché alle principali caratteristiche di ciascuna area oggetto della gara"*.]

nonché delle successive attività relative all'espletamento delle procedure relative agli Affidamenti, in scadenza al 31 dicembre 2003, per i Servizi di ristoro/markets, di cui alla lett. b) del dispositivo del provv. n. 8090/2000, e per i Servizi di rifornimento carburanti [...], nonché per l'assegnazione degli Altri Servizi, ove previsti" (articolo II, 2.1).

"L'Advisor [...], nei limiti di quanto esigibile secondo buona fede e in ragione delle condizioni dei mercati di riferimento, provvederà al conseguimento degli Obiettivi nel rispetto delle indicazioni relative ai Requisiti e Vincoli, predisponendo, in piena autonomia e senza alcuna interferenza di ASPI, i bandi, previa determinazione in proprio [...], tanto dei requisiti di partecipazione quanto dei criteri di aggiudicazione delle procedure stesse" (articolo II, 2.2).

Roland Berger si impegna ad espletare l'incarico entro il 30 aprile 2004, salvo richiedere proroghe – fino a un massimo di sei mesi - sulla base di ragioni oggettive e non dipendenti dalla propria volontà, che Autostrade non potrà negare se non per giusta causa (articolo VII, 7.1).

L'incarico può essere revocato, ovvero sospeso, da ASPI solo in presenza di una giusta causa ovvero di un giustificato motivo, tali da escludere qualsivoglia interferenza nell'autonomia valutativa dell'advisor (articolo VIII, 8.1-8.2).

Salvo espresso accordo fra le parti, l'advisor non può, se non per giusta causa o giustificato motivo, rinunciare all'incarico e non possono essere considerati giusta causa o giustificato motivo il mancato raggiungimento per ASPI degli Obiettivi economico-finanziari (articolo IX).

Tenuto conto degli Obiettivi e nel rispetto dei Requisiti e dei Vincoli, l'advisor definisce fasi e modalità della propria attività, documentazione contrattuale, contenuti e modalità di eventuali confronti o consultazioni con operatori del mercato ed eventualmente con ASPI, consultazioni con l'Autorità (articolo II, 2.3), il tutto nel rispetto del calendario che sarà reso pubblico, a meno di diversa indicazione da parte dell'Autorità stessa (articolo III, 3.4).

33. Gli "Obiettivi", i "Requisiti" e i "Vincoli" in questione sono definiti nell'allegato "A" del contratto.

Una volta stabiliti gli obiettivi economici che Autostrade si ripropone di ottenere dai nuovi affidamenti dei servizi, l'allegato "A" individua alcuni requisiti che i servizi stessi dovranno avere, al fine di tutelare l'immagine di Autostrade e la stabilità dei rapporti.

34. Con riguardo all'immagine, Autostrade richiede all'advisor di garantire la qualità del servizio e le potenzialità di sviluppo delle aree con:

- l'inserimento nei contratti di standard gestionali specifici;
- l'individuazione di operatori che comunichino un'immagine di qualità e stabilità;
- per il settore oil, "un pricing competitivo e non superiore alla Rete Ordinaria".

35. Con riguardo alla stabilità dei rapporti, invece, si chiede di realizzarla attraverso:

- "modalità di presentazione delle offerte Oil – Non Oil nelle aree piccole e medie che favoriscano il progetto congiunto ed il coordinamento operativo e commerciale, per meglio utilizzare le sinergie Oil – Non Oil";
- divieto di partecipazione con partner diversi alla medesima gara;
- individuazione di controparti stabili e affidabili. In questo contesto, Autostrade indica di trattare le Associazioni Temporanee di imprese nel seguente modo:
- ammettere ATI "tra Operatore in possesso dei requisiti di immagine e soggetti in grado di apportare servizi aggiuntivi in termini di qualità, affidabilità, logistica, etc.";
- non ammettere ATI tra operatori in grado di partecipare da soli;
- non ammettere ATI tra operatori che, associati, non siano in grado di garantire stabilità gestionale per il periodo di durata dell'affidamento.

36. Nella sezione "Vincoli", vengono elencati gli obblighi derivanti dall'articolo 4 della convenzione di Autostrade con ANAS e dalla delibera dell'Autorità del 2 marzo 2000, nonché gli auspici del Ministero delle Attività Produttive, degli Enti Locali, delle associazioni di gestori petroliferi e degli utenti.

Con particolare riferimento ai vincoli derivanti dalla citata delibera dell'Autorità, nell'Allegato "A" del contratto Autostrade ricorda a Roland Berger che:

a. le concessionarie autostradali del gruppo Autostrade non devono svolgere direttamente il servizio di ristoro, affidandolo sempre a terzi attraverso le procedure di cui all'articolo 4 della convenzione ANAS ("procedure competitive, trasparenti e non discriminatorie, adeguatamente pubblicizzate");

b. le concessionarie autostradali del gruppo Autostrade devono affidare la gestione delle procedure di cui al punto precedente, "ivi compresa la definizione dei requisiti di partecipazione e dei criteri di aggiudicazione" a soggetti terzi indipendenti e altamente qualificati.

III. L'ACCERTAMENTO DELL'INOTTEMPERANZA ALLA MISURA SUB A) DELLA DELIBERA N. 8090 DEL 2 MARZO 2000 E DELLA DELIBERA N. 9928 DEL 13 SETTEMBRE 2001

a. Gli obblighi informativi a carico della parte in merito alle concessioni in scadenza il 31 dicembre 2003

37. In data 21 ottobre 2003, Roland Berger produce un documento nel corso di un incontro, avente ad oggetto:

"Sintesi della ricognizione di mercato Non-Oil;

Pubblicazione del calendario;

Aspetti critici del sistema di valutazione Non-Oil:

a) Valorizzazione dei marchi

b) Meccanismo di contenimento delle royalty".

Il documento contiene il calendario degli affidamenti dei servizi di ristoro e di rifornimento carburanti nelle aree di servizio.

In particolare, per ciascuna area di servizio con concessione in scadenza al 31 dicembre 2003, escluse quelle presenti sulle tratte gestite da società controllate a loro volta da Autostrade, sono indicate, la "tipologia di affidamento" con la denominazione "integrato", "separato" o "solo oil", l'eventuale esistenza di un diritto di prelazione sull'affidamento "oil" e/o su quello "ristoro", la settimana nella quale è prevista la pubblicazione dell'invito a presentare offerta, senza precisazione delle formalità seguite.

Sintesi del calendario

| TIPOLOGIA AFFIDAMENTO | ASPI | | SOCIETÀ CONTROLLATE | |
|-----------------------|----------------|------------------|---------------------|-----------|
| | Con prelazione | Senza prelazione | TOTALE | TOTALE |
| OIL | 47 | 15 | 62 | - |
| Integrati | 33 | 60 | 93 | - |
| Ristoro | 12 | 16 | 28 | - |
| TOTALE | 92 | 91 | 183 | 10 |
| Negozi | | | 53 | |
| Hotel | | | 20 | |

Nel documento, Roland Berger rende noto che le pubblicazioni dei primi bandi per l'affidamento del servizio ristoro sono già avvenute il 10 ottobre 2003, ma non indica le formalità seguite.

38. Nell'esercizio dei poteri di vigilanza sull'ottemperanza alle misure imposte, l'Autorità ricerca autonomamente i documenti di gara conoscibili pubblicamente, avvedendosi che essi consistono nella sollecitazione alla manifestazione d'interesse, liberamente accessibile su di un sito internet appositamente predisposto dall'advisor.

Si ricava così che la procedura utilizzata è di tipo ristretto per fasi successive:

sollecitazione alla manifestazione di interesse;

invio della manifestazione di interesse;

ammissione;

invio degli schemi di lettera di richiesta di offerta vincolante, delle garanzie da presentare, di convenzione e gli allegati tecnici;

presentazione dell'offerta;

valutazione dell'offerta;

comunicazione dell'esito ad Autostrade;

sottoscrizione con Autostrade della convenzione per l'affidamento del servizio.

39. Le sollecitazioni presenti nel sito sono classificate secondo un numero progressivo ed il nominativo dell'area di servizio. In essa sono indicati la localizzazione dell'area, la tipologia del servizio e la sua scadenza, cioè gli elementi essenziali dell'oggetto della gara, si indicano i requisiti di ammissione e si rende nota l'eventuale esistenza di un diritto di prelazione al riaffidamento.

Quanto alle modalità di esercizio del diritto di prelazione, si richiede al prelazionario di partecipare alla gara e, per i dettagli, si fa espresso rinvio alle indicazioni che saranno fornite nella lettera di richiesta di offerta vincolante.

40. Con riguardo alle aree messe in gara, qualificate come integrate nel calendario, l'oggetto della procedura è indicato come "affidamento contestuale in concessione del servizio di distribuzione di prodotti carbolubrificanti del servizio di ristorazione e market", definiti in modo onnicomprensivo "il Servizio".

Sempre secondo la sollecitazione, "L'affidamento del Servizio nell'Area di Servizio è subordinato:

all'elaborazione di un progetto volto alla realizzazione e/o adeguamento di strutture e/o allestimenti e/o impianti per la complessiva prestazione del Servizio; all'utilizzo di marchi di notorietà nazionale e/o internazionale per la fornitura del servizio di distribuzione di prodotti carbolubrificanti;

all'utilizzo di marchi di notorietà nazionale e/o internazionale per la fornitura del servizio di ristorazione; allo sviluppo, ad integrazione dell'attività di ristorazione, dell'attività commerciale di tipo market e della vendita di prodotti complementari (es. giornali, beni di monopolio, lotterie, ecc.)."

Nel caso di specie, oltre a determinati requisiti finanziari¹¹, è richiesto il possesso dei requisiti tecnico-economici¹² oil e non oil, con il temperamento della possibilità di presentazione di una domanda di partecipazione congiunta fra operatore con requisiti solo oil e operatore con requisiti solo ristoro¹³.

¹¹ [Si tratta della forma societaria e del capitale sociale.]

¹² [Cioè una soglia minima di fatturato realizzato tramite la gestione diretta o indiretta di un numero minimo di punti di ristoro.]

41. Con riguardo alle ATI, dalla sollecitazione alla domanda di partecipazione relativa ai diversi modelli di affidamento, si evince che è ammessa la partecipazione alla procedura di ATI tra operatori che sono in possesso ciascuno dei requisiti finanziari e dei requisiti tecnico-economici, purché risultino effettivamente complementari tra loro per le prestazioni offerte, ad esempio sotto il profilo dell'apporto di immagine, dei servizi aggiuntivi in termini di qualità, affidabilità, logistica.

E' ammessa, poi, la partecipazione di ATI fra soggetti che non sono in grado di realizzare singolarmente i requisiti tecnici richiesti, purché in possesso dei requisiti finanziari.

Non viene però richiesto di indicare come i membri dell'ATI ripartiranno fra di essi l'oggetto della prestazione.

Anche nelle gare c.d. integrate è ammessa la possibilità di costituzione di ATI nei medesimi casi di cui sopra, ATI che però potranno partecipare alla gara unicamente o come offerente per il servizio *oil*, o come offerente per l'erogazione del servizio ristoro.

42. In ogni caso rilevato, la sollecitazione alla domanda di partecipazione contiene la seguente clausola di esonero da responsabilità: *"La pubblicazione della presente sollecitazione e la ricezione della domanda di partecipazione non comportano per l'advisor, né per Autostrade, alcun obbligo nei confronti delle società interessate, né, per queste ultime, alcun diritto a qualsivoglia prestazione da parte dell'advisor o di Autostrade. L'advisor si riserva la facoltà di interrompere o sospendere la procedura, qualunque sia il grado di avanzamento della stessa, senza che perciò le società interessate al progetto possano avanzare nei confronti dell'advisor o di Autostrade alcuna pretesa a titolo risarcitorio o di indennizzo"*.

43. Le sollecitazioni vengono pubblicate settimanalmente e, confrontando i nominativi delle aree indicate nel calendario, nel corso del mese di novembre si apprende che al momento del deposito del documento, ovvero il 21 ottobre 2003, le procedure di gara avviate per i servizi ristoro sono 31, di cui 27 integrate 4 separate.

b. L'informativa del 17 dicembre 2003

44. Pertanto, preso atto del contenuto informativo della sollecitazione alla manifestazione di interesse, e dell'elevato ed inatteso numero di diritti di prelazione al riaffidamento del servizio indicato nel calendario, il 12 dicembre 2003 l'Autorità chiede a Roland Berger:

- l'invio di copia degli atti di gara non disponibili sul sito, comprensivi di ogni documentazione inviata alle imprese ammesse, per ogni diversa tipologia di procedura individuabile;
- informazioni documentate circa i diritti di prelazione che inerivano ai pregressi rapporti concessori fra Autostrade e gli operatori *oil* e non *oil*, con indicazione di sintesi delle diverse tipologie eventualmente riscontrabili, della data di costituzione dei diritti, dei soggetti titolari, del peso relativo delle aree interessate da ogni singola tipologia di prelazione rispetto al totale delle aree messe a gara, espresso in termini numerici e di fatturato;
- il trattamento riservato ai diversi diritti di prelazione nell'ambito delle procedure, anche in relazione al requisito della presentazione obbligatoria di una domanda congiunta fra operatore *oil* e operatore non *oil*;
- i motivi che giustificerebbero il modello della gestione integrata ed il requisito della presentazione obbligatoria di una domanda congiunta fra operatore *oil* e non *oil*;
- una sintesi dello stato di avanzamento delle procedure, con indicazione delle aggiudicazioni e degli eventuali affidamenti effettuati.

45. Il 15 dicembre 2003 R.B. comunica che le gare, interrotte nelle more del confronto in sede ministeriale, sono state riavviate già dal 3 dicembre e che le istanze ivi emerse¹⁴ sono state recepite integralmente nello schema di convenzione degli affidamenti da rinnovare.

46. Il 17 dicembre 2003 R.B. fornisce una prima parte delle informazioni richieste, che vengono integrate il 19 seguente.

La documentazione di gara consiste nella copia di una lettera di richiesta di offerta vincolante, scelta a campione fra le aree, relativa a cinque diverse tipologie di affidamento: (i) solo ristoro; (ii) solo ristoro con prelazione; (iii) integrato senza alcuna prelazione, con allegati lo schema di convenzione e la scheda informativa sull'area di servizio; (iv) integrato con prelazione sulla parte *oil*; (v) integrato con prelazione su *oil* e su ristoro.

47. Dalla lettera di richiesta di offerta vincolante relativa ad una gara integrata, si evince che l'offerta deve consistere, a pena d'esclusione, in un'unica dichiarazione, in caso di offerta congiunta sottoscritta da ciascuno degli offerenti, contenente un'unica offerta tecnica e due distinte offerte economiche, una per l'affidamento del servizio *oil*, l'altra per l'affidamento del servizio ristoro.

In particolare, l'offerta tecnica è costituita da quattro componenti: Progetto tecnico, Modello organizzativo-gestionale di ognuno dei due offerenti *oil*/ristoro, Politiche di marketing, Sfruttamento sinergie *Oil*-Ristoro, oggetto di valutazione.

¹³ *["Il soggetto che sia in possesso dei soli requisiti relativi al servizio di distribuzione di prodotti carbolubrificanti [...], oppure dei soli requisiti relativi al servizio di ristorazione [...], potrà presentare domanda di partecipazione congiuntamente ad altro soggetto che sia in possesso dei requisiti relativi all'altra tipologia di servizi (Domanda di partecipazione congiunta), fermo restando il possesso da parte di entrambi del requisito sub a)."]*

¹⁴ *[Vengono elencate: modalità dei controlli qualitativi sulle stazioni Oil, tutela della figura del gestore, presa d'atto delle attività c.d di convenience store al 30 settembre 2003, indicazione della royalty media, minima e massima oil quale obiettivo strategico di Autostrade, possibilità di cessione della parte Oil delle aree di servizio tra compagnie petrolifere.]*

Il progetto tecnico consta di più documenti, alcuni dei quali devono essere sottoscritti da entrambi gli offerenti: *"il progetto impianti", "il piano degli investimenti", "il piano di manutenzione impianti", "procedure di manutenzione straordinaria", "programmazione temporale", "la relazione architettonica", "la planimetria funzionale", "il progetto architettonico", "il coordinamento operativo oil/ristoro", "il coordinamento commerciale oil/ristoro", "lo sfruttamento delle sinergie oil/ristoro"*.

Le offerte economiche non devono essere controfirmate da entrambi gli offerenti.

Non è richiesto un livello minimo di integrazione gestionale e di coordinamento; il livello di integrazione e coordinamento fra le due attività dipende, quindi, dalle scelte operate a monte dai due *partners*, che devono essere dichiarate in un apposito documento.

Il concorrente ristoro deve dichiarare se intende gestire il servizio direttamente, valendosi della propria organizzazione, o indirettamente mediante contratti di *franchising* o mediante altre tipologie negoziali.

48. La lettera di richiesta di offerta vincolante relativa ad affidamenti coperti da diritti di prelazione ne riporta le modalità di esercizio. Per quanto qui interessa, *"al termine della valutazione delle offerte valide pervenute, l'Advisor determinerà una graduatoria delle offerte sulla base del punteggio complessivamente (POV) attribuito a ciascuna offerta vincolante. Nel caso in cui l'attuale sub-concessionario avente diritto di prelazione non sia risultato primo in graduatoria, l'Advisor confronterà l'Offerta economica del prelatore con l'Offerta economica del miglior offerente, nonché – limitatamente agli indicatori puntuali oggettivamente modificabili dal prelatore e riportati nell'annessa tabella- l'Offerta tecnica del prelatore con l'Offerta tecnica del miglior offerente"*, e comunicherà al prelatore il valore degli indicatori puntuali oggettivamente modificabili ed il valore del corrispettivo fisso offerto dal miglior offerente, indipendentemente dalla tipologia di affidamento.

Con specifico riguardo alle gare integrate, l'esercizio del diritto di prelazione da parte del titolare, diritto che può avere ad oggetto il rinnovo del servizio *oil* e/o il rinnovo del servizio ristoro, può comportare lo smembramento del *team oil/ristoro* risultato vincitore. In tal caso, la procedura di allineamento del prelatore alla migliore offerta può comportare o l'adozione da parte sua senza riserve del progetto risultato vincitore o la rielaborazione di alcune parti dell'offerta tecnica insieme al *partner* già selezionato dalla gara.

49. Con riguardo alle ATI, è richiesto che alla dichiarazione d'offerta sia allegata, a pena di esclusione, apposita dichiarazione contenente l'impegno che, in caso di affidamento del Servizio nell'area di servizio, i soggetti partecipanti all'ATI conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare nella dichiarazione medesima e qualificato come capogruppo. Il capogruppo stipulerà la Convenzione in nome e per conto proprio e dei mandanti.

Quanto ai punteggi, gli indicatori puntuali in caso di ATI vengono computati sull'incidenza media dei partecipanti all'ATI stessa.

50. La lettera di richiesta d'offerta vincolante contiene una clausola di tenore analogo a quella contenuta nella sollecitazione alla manifestazione di interesse: *"L'advisor si riserva la facoltà di interrompere o sospendere la procedura, qualunque sia il grado di avanzamento della stessa, senza che gli offerenti possano avanzare nei confronti dell'advisor o di Autostrade alcuna pretesa a titolo risarcitorio o di indennizzo"*¹⁵.

51. L'atto di convenzione è unico, ed è sottoscritto da entrambi gli affidatari in caso di partecipazione congiunta, ognuno dei quali è poi responsabile singolarmente dello svolgimento del servizio affidatogli in concessione.

L'affidatario *oil* e l'affidatario ristoro rispondono nei confronti di Autostrade con vincolo di solidarietà principalmente per lo svolgimento delle seguenti attività:

- redigere il progetto esecutivo;
- richiedere le necessarie autorizzazioni;
- prendere in consegna le opere realizzate da Autostrade;
- eseguire quanto previsto nel progetto tecnico e realizzare tutte le opere ivi previste;
- svolgere attività di manutenzione ordinaria e straordinaria e gestione delle opere e dei manufatti;
- pulizia raccolta e smaltimento rifiuti;
- adeguamento a normative di legge;
- sostituzione di impianti attrezzature e arredi o rifacimento dei fabbricati;
- installazione sistemi di sorveglianza.

L'obbligo ad osservare e rispettare quanto contenuto nel Modello Organizzativo-Gestionale e nelle Politiche di marketing riportate nell'Offerta Vincolante è in capo a ciascuno degli eventuali affidatari per quanto di propria competenza.

52. La convenzione non può essere ceduta a terzi, anche a titolo parziale o gratuito. Limitatamente al solo Servizio *Oil*, è fatta salva però la facoltà dell'Affidatario (o degli Affidatari) di venderla a compagnie petrolifere, previa autorizzazione di Autostrade.

Quanto al subaffidamento, esso è vietato.

¹⁵ *[Questo è effettivamente successo almeno in due casi. Le gare relative alle aree di servizio Alento Est e Calaggio Sud sono infatti state revocate e bandite nuovamente pur dopo la conclusione della fase di ammissione.]*

In particolare, secondo quanto dichiarato nell'offerta, l'affidatario ristoro che intenda gestire indirettamente il servizio tramite rapporti contrattuali diversi da quello di *franchising* o di affiliazione commerciale, dovrà predisporre a sua volta procedure competitive di assegnazione trasparenti e non discriminatorie.

53. Roland Berger fornisce anche una sintesi del contenuto informativo messo a disposizione dei soggetti invitati a presentare un'offerta (dati di traffico e di performance, piani di sviluppo della tratta, indicatori di qualità e regolamentazione tecnica, planimetria e corrispettivi economici dell'area in questione).

54. Quanto alle prelezioni, Roland Berger afferma che presumibilmente esse sono il frutto di una logica economica perseguita da Autostrade, nel segno dei rapporti di collaborazione intesi a promuovere investimenti da parte dei *partners*. In mancanza di indicazioni di divieto nel provvedimento AGCM n. 8090 del 2000 e relativi sviluppi, Roland Berger ha ritenuto che non vi fosse possibilità per Autostrade – *"e a maggior ragione per l'advisor"* - di mettere in discussione, fino a ritenere non vincolanti, gli impegni assunti contrattualmente relativi al riconoscimento del diritto di prelazione. Il mancato rispetto dei vincoli negoziali avrebbe comportato un'onerosa esposizione a responsabilità contrattuali, l'unica alternativa alla quale sarebbe stata una rinegoziazione volontaria tra ASPI e i titolari dei diritti.

Trovandosi a dover rispettare tali diritti, l'*advisor* si sarebbe concentrato soltanto sulla ricerca di meccanismi idonei a far sì che l'impatto delle prelezioni sul mercato risultasse il più limitato possibile, intervenendo sul meccanismo di gara nel modo seguente.

55. In generale, la durata degli affidamenti con prelazione sarebbe stata stabilita in coerenza con la durata della prelazione stessa, di 5 anni per tutti i casi (estesi a 6 in taluni casi per rispettare il tetto del 33% massimo di accumulo di scadenze nell'arco temporale di un anno), mentre gli affidamenti senza prelazione vanno da una durata minima di 10 anni fino ad un massimo di 18. Peraltro, laddove i 5 anni di durata dell'affidamento non sono stati valutati congrui dall'*advisor* per consentire il ritorno degli investimenti previsti, è stata ipotizzata –piuttosto che l'estensione prospettica delle prelezioni – la facoltà di rimborso delle quote non ammortizzate.

Il prelezionario è tenuto a partecipare alla gara già dalla fase di prequalifica, ed è pertanto soggetto ai requisiti di ammissione ed a presentare un'offerta regolare.

Il prelezionario che desidera esercitare il diritto di prelazione è tenuto ad allineare non solo le proprie condizioni d'offerta economica, ma anche quelle relative alla parte tecnica (anche se vengono esclusi alcuni parametri considerati "non oggettivamente modificabili").

Nell'offerta integrata, la prelazione non viene estesa ai due servizi: nel caso di offerta integrata in cui uno solo dei due servizi sia oggetto di prelazione, il soggetto che abbia presentato l'offerta congiunta risultata migliore, per la parte non oggetto di prelazione, rimane aggiudicatario, indipendentemente dall'esercizio del diritto da parte del prelezionario.

56. Quanto alla gara integrata, Roland Berger, sempre in data 17 dicembre 2003, afferma che tale tipologia corrisponderebbe ad un *"modello di progetto e gestione integrata dell'Area di Servizio"*.

In particolare, il "modello integrato" per le aree di servizio "consiste nell'integrazione degli operatori oil e ristoro, sia nella fase di progettazione che nella fase di gestione".

"A titolo esemplificativo [...] vengono indicati alcuni elementi di integrazioni per entrambe le fasi:

– progettazione integrata: ottimizzazione degli spazi riservati agli operatori (spogliatoi e docce, ufficio, etc.); ottimizzazione ed integrazione degli spazi di esposizione per la vendita; razionalizzazione del layout complessivo, (anche in relazione alla gestione del servizio sia in orario di picco che in orario notturno);

– gestione integrata: integrazione della cassa; organizzazione dei turni del personale ed in particolare del servizio notturno; integrazione della gestione delle pulizie e della manutenzione; unicità della responsabilità del punto vendita."

57. "Il principio per definire a quali Aree di Servizio applicare il modello integrato è di duplice natura, economica e tecnica:

sostenibilità economica dell'Area di Servizio nel suo complesso, valutata in funzione degli elevati obiettivi di qualità, immagine e livello di servizio (in altre parole la soglia dimensionale dell'Area di Servizio giudicata critica ai fini della sostenibilità economica è tanto maggiore quanto maggiore è il requisito di livello di servizio);

livello di integrazione dei servizi Oil e Ristoro all'interno delle stesse strutture."

"Sulla base di questi principi, la scelta del modello integrato risulta dall'analisi incrociata dei seguenti elementi:

segmentazione sulla base di una soglia dimensionale di erogato storico e di un potenziale di sviluppo;

compresenza dei servizi Oil e Ristoro all'interno dello stesso edificio."

58. Per le aree a modello integrato "l'*advisor* [avrebbe] previsto un affidamento congiunto dei Servizi Oil e Ristoro con lo scopo principale di realizzare appieno e concretamente gli obiettivi alla base di tale modello. In altre parole, trattandosi di aree di servizio da progettare e gestire in modalità integrata, gli operatori vengono vincolati a trovare un accordo in fase di offerta, invece di subire l'imposizione di una partnership tecnico-gestionale, con il rischio di comprometterne l'efficacia."

Secondo l'*advisor*, selezionando attraverso procedimenti separati gli operatori di un'Area di Servizio integrata, si sarebbero inevitabilmente prodotti i seguenti effetti principali, con impatto diretto sugli obiettivi perseguiti:

quanto alla sostenibilità economica del servizio complessivo:

- potenziale riduzione dell'efficienza nei costi di gestione (costo del personale complessivo, costi di manutenzione);

- potenziale riduzione dell'efficacia commerciale per effetto della mancata integrazione degli spazi di vendita e della minore disponibilità dello spazio complessivo in ragione della duplicazione degli spazi riservati agli addetti;

quanto alla progettazione integrata dell'Area di Servizio:

- ad ASPI sarebbe stato richiesto di suddividere gli spazi da dedicare ai servizi *Oil* e Ristoro, riducendo notevolmente la libertà e la flessibilità d'offerta dei partecipanti ai procedimenti competitivi;
quanto alla gestione integrata dell'Area di Servizio:

- potenziale riduzione del livello di servizio e del livello di competitività dei prezzi al consumatore (a parità di livello di redditività potenziale per l'operatore) per effetto della minore efficienza dei costi e della minore efficacia di vendita;
- potenziale riduzione del livello di servizio per la mancanza della responsabilità unica del punto vendita (efficacia di controllo), sia in condizioni normali che in condizioni particolari (servizio notturno, picco di domanda quotidiano o stagionale).

59. Roland Berger fornisce anche una quantificazione in numero e in fatturato dell'incidenza delle prelezioni e dell'offerta congiunta sulle 122 gare per l'affidamento del servizio di ristoro, sintetizzata nella tabella che segue:

| | TIPOLOGIA DI AFFIDAMENTO | | | | | |
|--------------------|---------------------------------|------------|-------------------------|------------|------------------------|------------|
| | INTEGRATA OIL-RISTORO | | SEPARATA RISTORO | | TOTALE | |
| | Fatturato 2001* | % | Fatturato 2001* | % | Fatturato 2001* | % |
| Con prel. ristoro | 16,6 | 19,1 | 45,1 | 47,1 | 61,7 | 33,7 |
| Senza prel.ristoro | 70,5 | 80,9 | 50,7 | 52,9 | 121,2 | 66,3 |
| Totale | 87,1 | 100 | 95,8 | 100 | 182,9 | 100 |
| | numero aree | % | numero aree | % | numero aree | % |
| Con prel. ristoro | 15 | 16,7 | 13 | 40,6 | 28 | 23,0 |
| Senza prel.ristoro | 75 | 83,3 | 19 | 59,4 | 94 | 77,0 |
| Totale | 90 | 100 | 32 | 100 | 122 | 100 |

*in milioni di Euro

c. L'informativa del 19 dicembre 2003

60. Il 18 dicembre, con riguardo al contratto di incarico trasmesso il 15 ottobre 2003, l'Autorità ribadisce di riservarsi di svolgere ogni ulteriore valutazione di propria competenza sulla base della concreta attuazione del rapporto contrattuale, facendo comunque rilevare ad Edizione che il nuovo testo del contratto risulta in effetti modificato benché in modo non interamente conforme alle indicazioni già fornite.

61. In pari data, l'Autorità rinnova a Roland Berger la richiesta di informazioni circa i dati relativi alle procedure di gara svolte fino a quel momento, anche secondo le modalità dell'informativa fornita ad Autostrade in esito alle gare, ed in particolare:

- l'elenco dei soggetti che hanno risposto alla manifestazione di interesse;
- l'elenco dei soggetti ammessi;
- l'elenco dei soggetti che hanno presentato offerta vincolante;
- la graduatoria finale in esito alla procedura di affidamento.

62. Ancora in pari data, Autostrade chiede all'Autorità di esprimersi sulla legittimità dell'istanza di accesso agli atti di gara e agli atti propedeutici presentata da un concorrente ristoro.

63. Il 19 dicembre 2003 Roland Berger presenta i dati di dettaglio sui diritti di prelazione esistenti sia per il servizio *oil* che per quello non *oil* nelle aree interessate dalle procedure di aggiudicazione da essa condotte, indicando il titolare di ciascun diritto e la data di costituzione dello stesso, nonché i primi dati relativi all'andamento delle gare.

Risulta così che i diritti di prelazione relativi alla tornata di gare sono quasi tutti in capo a società petrolifere, secondo la tabella seguente.

| TITOLARITA' DEI DIRITTI DI PRELAZIONE | | |
|--|-----------------------|---------------------------|
| SOCIETA' | PRELAZIONI OIL | PRELAZIONI RISTORO |
| ENI | 32 | 20 |
| TOTALFINAEL F | 10 | 2 |
| ESSO | 17 | 1 |
| ERG | 8 | |
| SHELL | 10 | |
| TAMOIL | 2* | 2* |
| RISTOP | | 1** |

*Concessioni cedute da ENI

**Concessioni cedute da Autogrill

64. Il quadro seguente illustra l'incidenza delle società petrolifere titolari dei diritti di prelazione sulla struttura del mercato ristoro messo a gara.

| ATTUALE GESTORE RISTORO | SOCIETA' PETROLIFERA TITOLARE DI PRELAZIONE RISTORO | | | |
|------------------------------|---|--------------|-------|--------|
| | ENI | TOTALFINAELF | ESSO | TAMOIL |
| Autogrill | 14 Bar+3 Rist. | | 1 Bar | 2 Bar |
| Finifast | 1 Bar+4 Rist. | | | |
| Ristop | 1 Rist. | | | |
| Mc Donald's | 1 Rist. | | | |
| Gestore Impianto Petrolifero | 1 Bar+2 Rist. | 2 Rist. | | |

Nell'elenco dell'*advisor* le prelezioni ristoro sono considerate separatamente per punti di ristoro, secondo la tipologia di esercizio commerciale, solo bar o bar più ristorante.

Confrontando questi dati con quelli presenti nel calendario, ove le gare vengono elencate invece per aree di servizio, si rileva che, contrariamente a quanto rappresentato da Edizione nel corso del procedimento del 2000 [cfr. § 15], i punti di ristoro insistenti sulla medesima area di servizio sono stati aggregati in un'unica subconcessione, secondo il titolo originario coperto da prelazione.

Quanto all'epoca di costituzione dei diritti in questione, secondo le indicazioni fornite dall'*advisor* le più risalenti datano alla fine degli anni 80, e sono la maggior parte. Le più recenti portano la data del 1991, ed una risulta costituita nel 2000.

65. Dalla copia dell'informativa presentata dall'*advisor* al CDA di ASPI¹⁶ del 19 dicembre 2003, resa disponibile in pari data, emerge che il servizio ristoro relativo a due aree (La Pioppa Ovest, lotto 74, e San Martino Est, lotto 76) viene aggiudicato provvisoriamente, e che l'aggiudicazione definitiva viene subordinata all'esercizio del diritto da parte del prelezionario.

Dall'incrocio di questo dato con le informazioni sui titolari dei diritti di prelazione e quelle relative all'andamento delle procedure, ed in particolare dagli elenchi degli ammessi, degli offerenti e la graduatoria finale, ci si avvede che in queste due gare:

il prelezionario ristoro è una società petrolifera;

la società petrolifera ha manifestato interesse alla partecipazione chiedendo l'ammissione;

la società petrolifera è stata ammessa;

l'offerta è stata presentata, però, non dalla società petrolifera, ma da un ATI fra la prelezionaria e Autogrill, che pur non era stata ammessa;

l'ATI fra la società petrolifera e Autogrill non è al primo posto della graduatoria finale.

66. Il 23 dicembre vengono richiesti a Edizione e ad ASPI i dati di dettaglio relativi alle gare concluse da KPMG e da Roland Berger, ed in particolare:

la copia dei verbali delle sedute del CDA aventi ad oggetto l'esito delle gare, i nominativi degli affidatari *oil* e non *oil*, la data della sottoscrizione della convenzione e la data dell'immissione in possesso.

67. L'Autorità, il 29 dicembre 2003, fa rilevare ad Edizione l'elevato numero di diritti di prelazione presenti nella tornata di gare, rammenta i profili anticompetitivi collegati in termini generali ai diritti di prelazione, rileva il basso numero degli offerenti nelle gare *oil* coperte da prelazione; richiama l'attenzione sulle aree La Pioppa Ovest, lotto 74, e San Martino Est, lotto 76, sulla contraddizione che sembrerebbe emergere fra la logica della gara integrata, come sinteticamente presentata dall'*advisor*, ed il funzionamento dei diritti di prelazione nonché sul fatto che l'obbligo per l'operatore ristoro di reperire un *partner oil* appare un requisito tale da diminuire, anche in tal caso, il numero dei potenziali offerenti.

68. Il 30 dicembre 2003 Autostrade fa pervenire le informazioni relative alle gare KPMG e R.B.

69. Il 14 gennaio 2004 l'Autorità rappresenta ad Autostrade e a Roland Berger che non rientra fra le potestà attribuite dalla legge il rendere pareri di legittimità su questioni attinenti l'esercizio del diritto di accesso agli atti relative ad istanze che coinvolgono soggetti diversi dall'Autorità.

¹⁶ [Il verbale di questa seduta del CDA è stato inviato da ASPI il 12 febbraio 2004. Nella comunicazione l'*advisor* indica anche il numero, a volte espresso in termini di media aritmetica, delle offerte pervenute per tipologia di gara.]

d. Le osservazioni delle parti

70. Il 20 gennaio 2004, Edizione ed Autostrade rispondono alla lettera dell'Autorità del 29 dicembre, eccependo che i rilievi sollevati sembrerebbero tendere a sindacare nel merito l'operato dell'*advisor*, e che tale sindacato non appare rientrare in alcun modo nelle previsioni e nella *ratio* del provvedimento n. 8090 del 2000.

"Considerata la portata degli obblighi imposti dal suddetto provvedimento e la funzione di blind-trustee assunta dal nuovo advisor un richiamo dell'Autorità sarebbe giustificato solo se fossero state violate le garanzie di indipendenza dell'advisor stesso allo scopo di imporre scelte operative in grado di avvantaggiare Autostrade, circostanza che, correttamente, non viene neppure ipotizzata dall'Autorità".

Secondo Edizione, in particolare, "nella misura in cui la censura dell'Autorità inerente all'esercizio delle prelazioni debba intendersi riferita alla lett. b) della delibera n. 8090", [...] "la condizione non si riferiva in alcun modo ai diritti di prelazione preesistenti e al modo in cui interagiscono con le procedure di gara". "Se la censura intende, invece, far leva sulla condizione sub a", "è vero che l'esistenza del diritto di prelazione rende più debole il meccanismo della gara, nella misura in cui, se il diritto viene esercitato, può rendere inutile lo svolgimento della stessa, [ma] tale circostanza, in quanto eventuale e successiva allo svolgimento della gara non può avere alcun effetto sulla correttezza dei meccanismi di selezione e di aggiudicazione prescelti dall'Advisor, né è tale da privare di effetto la previsione di cui alla lettera a). Infatti, rimane l'obbligo per Autostrade di non assumere in proprio la fornitura del servizio di ristoro; rimane altresì l'obbligo di procedere all'affidamento a terzi conformemente alle risultanze delle procedure competitive in tutti i casi in cui non esista un diritto di prelazione".

Edizione conclude affermando che l'Autorità, nelle valutazioni effettuate al momento della decisione, aveva certamente tenuto conto dell'interazione tra procedure competitive e diritti di prelazione preesistenti, essendosi pronunciata su questi ultimi e sulle caratteristiche che questi devono avere già nel 1996, e dedicando alla questione il § 67 del provvedimento n. 8090 del 2000. "L'obbligo di congelamento della quota di Autostrade era stato voluto dall'Autorità, aggiungendolo con apposita prescrizione a quanto già concordato con la notificante, proprio per compensare e neutralizzare i possibili effetti della concentrazione per quella parte in cui la previsione di procedure competitive poteva eventualmente non costituire un rimedio efficace".

Tale considerazione spiegherebbe perché il problema delle prelazioni non è stato mai sollevato nei tre anni successivi al provvedimento di autorizzazione della concentrazione, nonostante la continua ed attenta verifica del rispetto delle condizioni cui l'Autorità ha sottoposto la società. Non si ravviserebbero, quindi, ragioni che giustifichino un mutamento radicale di posizione al riguardo.

71. Autostrade, dal canto suo, ribadisce di non conoscere alcun particolare circa le caratteristiche delle procedure di gara, se non quelli di pubblico dominio, proprio in ossequio al divieto di ingerenza nell'attività dell'*advisor*, e di non poter rispondere in ordine ai criteri secondo i quali Roland Berger ha abbinato fra loro i servizi *oil/non oil*, facendoli coesistere con i diritti di prelazione. La vicenda, quindi, sfuggirebbe per intero alla sua sfera di controllo e di responsabilità.

Autostrade osserva che "secondo quali linee l'Advisor abbia modulato le procedure di gara, facendole coesistere con i diritti di prelazione eventualmente precostituiti, è un argomento assolutamente estraneo alla sfera di conoscenza e tanto meno di influenza di Autostrade stessa, la quale si sarebbe limitata a trasmettere a Roland Berger i dati strettamente necessari per l'esecuzione dell'incarico, fornendo un modello storico che lo stesso Advisor aveva l'onere di rielaborare con piena autonomia ed assunzione di responsabilità, nonché l'elenco dei diritti di prelazione, che trovano origine negli accordi contrattuali stipulati in passato con operatori che assumevano significativi obblighi di investimento per il miglioramento delle infrastrutture relative alle aree di servizio".

Autostrade, in aggiunta a quanto rilevato da Edizione e su esposto, rende noto che "il solo intervento recente in questa materia consiste nella novazione dell'Accordo Quadro del 31.3.1989 con ENI S.p.A.: novazione che, nell'ambito di un disegno complessivo di riduzione del numero dei diritti di prelazione accordati alla stessa società petrolifera, ha posto capo a 8 nuove prelazioni, concesse a fronte di ristrutturazioni sulle aree e compensate dalla cessazione del medesimo diritto su 34 aree. In sostanza, con l'atto transattivo del 22.6.2001, i diritti di prelazione che a tale data sussistevano in capo alla suddetta concessionaria su 63 aree, sono stati ridotti a 37, comprensivi delle 8 aree di cui sopra¹⁷.

A ben vedere, quindi, l'Autorità non [avrebbe] inteso occuparsi della fattispecie delle prelazioni, perché trattasi di diritti di preferenza risalenti ad un'epoca antecedente al richiamato provvedimento, e, pertanto, precostituiti e noti".

72. Edizione ed Autostrade, conclusivamente, si dicono comunque disposte "a proseguire ogni sforzo, in collaborazione con l'Autorità, nella ricerca di una soluzione definitiva dei problemi legati all'operazione di concentrazione di cui si discute".

Non forniscono alcun chiarimento circa le aree di La Pioppa Ovest e S. Martino Est.

e. Gli ulteriori elementi emersi

73. Atteso che Roland Berger non fornisce, invece, alcun riscontro alla lettera del 29 dicembre 2003, il 21 gennaio 2004 l'Autorità chiede all'*advisor* di fornire l'elenco delle aree di servizio c.d. integrate, specificando per ognuna di esse come tale selezione qualitativa si ponga in rapporto con le previsioni contenute nell'allegato A del contratto Autostrade

¹⁷ [Dagli elenchi forniti dall'advisor non risulta che le nuove prelazioni derivate dalla transazione del 2001 citata in precedenza riguardino aree per le quali Roland Berger sta svolgendo le procedure di gara.]

S.p.A./Roland Berger relativamente alle aree medie e piccole e di indicare, altresì, per ognuna di esse, il criterio posto a base della modalità di gara prescelta, fra quelli illustrati sinteticamente nella nota del 17 dicembre 2003, come risultanti dall'analisi incrociata di elementi quali la segmentazione sulla base di una soglia dimensionale di erogato storico e potenziale di sviluppo, nonché la compresenza dei servizi *oil* e ristoro all'interno dello stesso edificio.

Viene chiesto di spiegare come il modello dell'offerta congiunta e le esigenze ad esso sottese si coniughino, da una parte, con il paragrafo 3.4.3.5 dello schema di convenzione esibito, che prevede che il (sub)-concessionario *oil* possa successivamente "*vendere a compagnie petrolifere la convenzione*" per l'affidamento del servizio *oil*, previa autorizzazione scritta di Autostrade; dall'altra, con il meccanismo di funzionamento delle prelazioni c.d. d'area, dal momento che, come risulta dallo schema di lettera di richiesta di offerta vincolante, il prelazionario stesso può subentrare anche in uno solo dei servizi, a sua scelta.

Con riguardo alla problematica relativa ai diritti di prelazione e prendendo espressamente spunto dalle aree La Pioppa Ovest e S. Martino Est, l'Autorità chiede a Roland Berger le seguenti informazioni:

1. come l'offerta dell'ATI ENI/Autogrill, formata da due soggetti notoriamente in possesso disgiuntamente dei requisiti di ammissione richiesti nei relativi bandi di gara, debba ritenersi compatibile con le previsioni contenute nell'Allegato A al contratto Autostrade S.p.A./Roland Berger, nella parte in cui impongono la "*non ammissibilità di Associazione Temporanea di Imprese di operatori in grado di partecipare da soli*", nonché con l'orientamento più volte manifestato dall'Autorità in materia di bandi di gara;

2. come la presentazione da parte del prelazionario di un'offerta in ATI con altro soggetto possa rientrare nelle previsioni della lettera di richiesta di offerta vincolante (articolo 8) in termini di obbligo di presentazione da parte del prelazionario stesso di un'offerta valida e regolare ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione;

3. nell'ipotesi in cui l'ATI di cui fa parte il prelazionario non si collochi al primo posto della graduatoria, in che modo il prelazionario stesso, che intenda esercitare la prelazione, possa dare esecuzione a quanto previsto nello schema di Convenzione al paragrafo 3.3.2.6¹⁸, atteso peraltro che gli atti di gara nulla sembrano richiedere in materia di suddivisione del servizio fra i diversi soggetti temporaneamente raggruppati.

Viene richiesto, inoltre, di integrare la documentazione di gara trasmessa il 17 dicembre 2003 con gli schemi di convenzione relativi alle diverse tipologie di affidamento, con e senza prelazione, e di far pervenire informazioni dettagliate circa le procedure concluse successivamente all'informativa del 19 dicembre 2003.

74. Il 23 gennaio 2004, Roland Berger comunica nel dettaglio i "*criteri di integrazione/separazione delle gare Oil/Non Oil*". Diversamente da quanto indicato nel calendario, il problema interessa 90 aree, sul totale di 121 per le quali Roland Berger ha avuto l'incarico di aggiudicare la subconcessione per l'esercizio dell'attività di ristoro.

75. Roland Berger spiega così che l'offerta congiunta sarebbe indispensabile per le aree nelle quali ricorrono le seguenti caratteristiche:

- aree nelle quali per lo svolgimento dei servizi *oil* e non *oil* è disponibile un unico fabbricato (cd. *criterio tecnico*);
 - aree nelle quali il fatturato realizzabile sarebbe insufficiente a consentire, dati determinati livelli qualitativi previsti per il servizio, la sostenibilità dei due *business* (*oil* e non *oil*) gestiti separatamente (cd. *criterio economico*).
- Sarebbero state fatte delle *eccezioni* solo in casi residuali, originati da "*oggettive considerazioni strategiche*".

76. Nei casi in cui ricorrono i due criteri (tecnico ed economico), l'offerta congiunta secondo Roland Berger risulterebbe necessaria in quanto unica modalità di aggiudicazione in grado di rendere possibile l'*integrazione del progetto e della gestione delle aree* stesse, integrazione che a sua volta consentirebbe di massimizzare la resa commerciale e minimizzare i costi.

77. Le 90 aree integrate sarebbero state individuate come tali per i seguenti motivi :

- 82 aree perché in esse l'attività *oil* e quelle non-*oil* verrebbero svolte in un unico edificio (*criterio tecnico*);
- in 8 aree di queste 82 vi sono due edifici, ma uno di essi è condiviso;
- in altre 8 aree, pur esistendo due fabbricati distinti, il giro d'affari previsto, misurato in termini di litri di carburante erogato nel 2001, non supera la soglia minima ritenuta necessaria per la sostenibilità dei due *business* senza ricorso ai benefici della progettazione/gestione integrata (*criterio economico*). Tale soglia è fissata in un erogato di 7,5 milioni di litri nel 2001.

78. Per converso, le 31 aree per le quali il servizi *oil* e quello ristoro vengono affidati con gare separate sarebbero state individuate come tali perché:

17 aree non soddisferebbero né il criterio tecnico né quello economico, ovvero sono aree nelle quali esistono due edifici separati per l'esercizio delle due attività ed il carburante erogato nel 2001 è stato più di 7,5 milioni di litri:

14 aree costituiscono invece le cd. *eccezioni* ai criteri, in quanto sono aree con un solo edificio nelle quali i servizi *oil* e non *oil* sono comunque affidati separatamente. Ciò si spiega con le dimensioni di tali edifici, che in molti casi avrebbero indotto AUTOSTRADE a sviluppare la vendita di molteplici servizi non *oil* oltre al consueto ristoro e market (cd. aree "*mall*")¹⁹.

¹⁸ [Ovverossia, la sezione dello schema di convenzione esibito, intitolata "*Divieto di Sub-Affidamento –Il Gestore (Principi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato).*"]

¹⁹ [La *mall*, come si potrà capire solo in data 11 marzo 2004, comporta una ulteriore tipologia di affidamento di servizio ristoro, nella quale detto servizio è stato aggregato alla gestione di supermercati del tipo *superette.*, requisiti ristoro.]

79. Per quanto concerne le modalità concrete attraverso le quali la progettazione e gestione integrata (e dunque l'offerta congiunta) possono consentire, al ricorrere dei citati criteri, notevoli guadagni di efficienza, Roland Berger si limita a ribadire che la progettazione integrata degli spazi condivisi consente di ottimizzare gli spazi comuni, di integrare gli spazi di vendita ed organizzare più razionalmente gli esercizi.

In particolare, nel caso in cui le attività *oil* e non *oil* vengano svolte in un unico esercizio, risulterebbe notevolmente vantaggioso destinare un unico locale ad entrambe le attività anziché ripartire il fabbricato in due locali distinti. Con il ricorso ad un unico locale, infatti, si può evitare la duplicazione di spazi e servizi (*back-office*, cassa, *toilettes*, porte e spazi d'entrata e uscita, ecc.), liberando spazi per l'installazione di strutture di vendita più capaci ed efficienti (banconi bar più grandi, un maggior numero di scaffali espositivi, ecc.). Per fare ciò, tuttavia, occorre che le imprese intenzionate a svolgere le attività in questione collaborino fin dalla stesura del progetto, ovvero fin dal momento in cui vengono predisposte le offerte per partecipare alla gara.

80. Sempre secondo Roland Berger, nelle aree nelle quali ricorrono i criteri tecnico o economico sopra descritti, la gestione integrata consentirebbe di ottimizzare la gestione del personale (in termini di numero di addetti, organizzazione dei turni, ecc.), la gestione dei servizi comuni quali pulizia e manutenzione e della responsabilità (ad esempio impiegando un unico "capo piazzale"), tutti elementi in grado di minimizzare i costi dei subconcessionari.

Secondo l'*advisor*, anche la gestione integrata richiede, al pari della progettazione integrata, una collaborazione tra gli operatori *oil* e non *oil* fin dal momento della predisposizione delle offerte, in modo che ciascuna delle due imprese possa incorporare i propri progetti di *business* nell'ideazione e nella realizzazione della gestione integrata dell'area.

81. In sintesi, "Il progetto/gestione integrati sono realizzabili in modo realmente efficace se i servizi *oil*/ristoro sono affidati congiuntamente, in modo da garantire la partnership (a priori) fra i rispettivi operatori, quindi l'ottenimento dei benefici prefissi".

82. L'*advisor* sottolinea, infine, che, coerentemente con quanto ci si può attendere dall'enunciazione dei criteri, le aree per le quali è stata prevista l'offerta integrata, pur numerose, sono tutte di dimensioni relativamente ridotte. Secondo Roland Berger, utilizzando come stima delle dimensioni la quantità di carburante erogato nel 2001, le 90 aree ad offerta congiunta si attesterebbero su una media di circa 8 milioni di litri, mentre la media per tutte le aree di servizio della rete AUTOSTRADE è di circa 12 milioni di litri. Lo stesso concetto sarebbe confermato dal fatto che le 90 aree costituiscono, in numero, il 75% delle aree nelle quali è messo a gara il servizio di ristoro, ma questa percentuale scenderebbe al 45% se considerata in termini di fatturato realizzato.

83. In merito alle aree La Pioppa Ovest e S. Martino Est, le informazioni richieste vengono fornite dall'*advisor* in data 27 gennaio 2004.

"Nel tradurre in disposizioni di gara i principi di cui all'Allegato A" [del contratto], Roland Berger avrebbe riaffermato il principio relativo alla non ammissibilità di ATI di operatori in grado di partecipare da soli, tuttavia, "ha ritenuto di dover "ponderare" tale principio al fine di evitare che posizioni già forti detenute dai market leaders potessero essere ulteriormente rafforzate, garantendo un'effettiva competitività dei partecipanti ed una maggiore contendibilità del mercato di riferimento".

In particolare, l'*advisor* avrebbe ritenuto che l'esclusione *tout-court* di ATI composte da operatori in grado di partecipare da soli potesse essere illegittima in quanto potenzialmente in contrasto con i principi di non discriminazione e tutela della concorrenza. Roland Berger ha precisato che tale discriminazione avrebbe penalizzato quegli operatori di minori dimensioni che, pur disponendo dei requisiti minimi per partecipare, non fossero in grado, da soli, di concorrere utilmente con i principali operatori.

84. Secondo Roland Berger, la possibilità di costituire ATI tra operatori che avrebbero i requisiti minimi per partecipare da soli è stata prevista nei bandi solo a condizione che gli operatori presentino degli effettivi elementi di complementarità soggetti a valutazione specifica, e ciò al fine di garantire una maggiore contendibilità delle offerte e una maggior efficienza dei servizi offerti al consumatore finale. Secondo l'*advisor*, infatti, un soggetto che già in forma individuale possiede i requisiti per partecipare alla procedura competitiva ben potrebbe, unendosi ad altri operatori, presentare un'offerta migliore e più competitiva, il tutto nell'interesse e a tutela del consumatore finale.

Pertanto, l'*advisor* ha ritenuto di non poter tradurre la citata previsione contrattuale in una clausola che sancisse l'esclusione di tutte le ATI composte da operatori in grado di partecipare da soli.

85. La regola così predisposta, secondo l'*advisor*, "appare anche coerente con il fatto di aver riconosciuto e consentito la partecipazione alla procedura competitiva di operatori *oil* ai quali Autostrade ha riconosciuto un diritto di prelazione sull'attività non *oil* oggetto di affidamento. Risulta evidente, in questa ipotesi, che una previsione che non consentisse a siffatto operatore di costituirsi in ATI ne avrebbe pregiudicato la partecipazione e la possibilità di concorrere alla stregua di tutti gli altri al fine di esercitare il diritto di prelazione. Infatti, se non fosse consentita la possibilità di costituire ATI, l'operatore *oil* avente diritto di prelazione sul non *oil* non risulterebbe in possesso di tutti gli elementi che compongono l'offerta e pertanto non sarebbe, a priori, in grado di pareggiare da solo la migliore offerta".

86. Secondo l'*advisor*, una volta previsto l'obbligo per il prelezionario di partecipare alla gara per esercitare il suo diritto, non poteva essergli preclusa la possibilità di partecipare in ATI. In questo caso, infatti, "si sarebbe potuta verificare la circostanza secondo cui un prelezionario che da solo non aveva i requisiti per partecipare alla procedura, si vedeva escluso dalla procedura stessa e dunque posto nell'impossibilità di esercitare il proprio diritto".

Di conseguenza, "nel caso in cui l'offerta presentata dall'ATI, nella quale partecipi il prelezionario, non sia risultata prima in graduatoria, si riconosce al prelezionario (e, dunque, all'ATI), di esercitare il proprio diritto di prelazione

allineando la propria offerta (offerta presentata dall'ATI) agli indicatori puntuali oggettivamente modificabili contenuti nell'offerta vincolante risultata prima in graduatoria.

Dunque, sarà l'ATI formata anche dal prelatario a dover allineare la propria offerta".

Pertanto, la scelta di consentire all'ATI di allineare la propria offerta per il valido esercizio della prelazione sarebbe una scelta necessitata ed inevitabile, con la quale *"peraltro, si avrebbe come risultato anche quello di prevenire o comunque ridurre i rischi di intermediazione a valle della procedura competitiva in coerenza con i precetti dell'AGCM"*.

87. Roland Berger, infine, ha affermato che il divieto per l'affidatario di subaffidare in tutto o in parte i servizi oggetto di affidamento rimane comunque fermo e inderogabile anche nel caso in cui il prelatario si sia presentato in ATI.

88. Sempre il 27 gennaio 2004, Roland Berger spiega che, nel caso di gare integrate, la successiva "vendita della convenzione" oil da parte della società petrolifera è in ogni caso subordinata all'autorizzazione scritta di Autostrade e dell'Autorità, ove competente. Il nuovo affidatario oil è comunque obbligato a dare esecuzione al progetto tecnico integrato e a rispettare gli impegni assunti in materia di gestione integrata, entrambi contenuti nell'offerta vincolante congiunta risultata vincitrice. Ad avviso di Roland Berger, in sintesi, non vi sarebbe alcun contrasto tra la possibilità di vendere la convenzione oil e le esigenze sottese al modello di offerta congiunta.

89. Il 30 gennaio 2004 l'advisor fa pervenire copia della comunicazione dell'esito dei procedimenti competitivi presentata al CDA di ASPI tenutosi in quella data. Per quanto attiene il ristoro, si tratta di 25 casi di servizi Oil/Ristoro in "affidamento congiunto", di cui 5 con prelazione oil, 1 con prelazione ristoro, 7 con prelazione su entrambi i servizi.

In 4 casi, o meglio in 5, come risulta dalla rettifica comunicata nella settimana successiva, il vincitore della gara è un'ATI che include il prelatario.

90. L'Autorità, nella sua adunanza del 12 febbraio, esamina gli elementi complessivamente raccolti circa le gare integrate oil/ristoro.

Il 19 febbraio chiede a Roland Berger di fornire informazioni circa le procedure di assegnazione del servizio ristoro nelle aree c.d. *mall*, di cui è cenno per la prima volta nell'elenco delle 155 aree interessate dalle procedure concorsuali in atto trasmesso in data 23 gennaio, e di fornire la relativa documentazione di gara, essendo evidentemente rimasta inevasa la richiesta del 12 dicembre 2003, ribadita il 21 gennaio 2004, circa l'invio degli atti relativi a tutte le tipologie di affidamento.

f. La lettera dell'Autorità ad Edizione del 20 febbraio 2004 e la risposta dei soggetti interessati

91. Sulla base degli elementi raccolti circa le gare integrate, il 20 febbraio 2004 l'Autorità comunica ai soggetti coinvolti che il modello di gara è in grado di diminuire il numero dei potenziali offerenti ristoro e di favorire gli operatori già attivi sul mercato, per lo più proprio in forza dei rapporti di partenariato pregressi con le società petrolifere operanti sulla rete autostradale, ed in particolare l'operatore in posizione dominante, Autogrill.

92. L'Autorità, nell'esercizio del suo potere di vigilanza sull'ottemperanza delle misure imposte, rappresenta ad Edizione, ASPI, e Roland Berger che per il corretto adempimento della misura di cui alla lettera a) risulta necessario che l'advisor cessi dal continuare ad adottare per l'affidamento del servizio ristoro sulle aree cd. integrate il modello in atto, così come dall'adottare qualsiasi soluzione che con riguardo all'affidamento del servizio ristoro possa dar luogo all'elusione dell'obbligo di selezionare gli affidatari tramite procedure di gara trasparenti e non discriminatorie. L'Autorità rappresenta, quindi, che è necessario che l'advisor modifichi le gare integrate non ancora iniziate e quelle già bandite in relazione alle quali non è ancora scaduto il termine per la presentazione delle offerte.

93. In data 20 febbraio 2004 Roland Berger invia copia della comunicazione effettuata al CDA di ASPI dell'esito di un altro gruppo di procedimenti competitivi.

Si tratta di 9 casi di servizi Oil/Ristoro "in affidamento congiunto", di cui 2 con prelazione oil e 1 con prelazione su entrambi i servizi, e di 7 casi di servizio ristoro, di cui 4 con prelazione.

In un caso di gara integrata è dichiarata vincitrice un'ATI che include il prelatario; nei 4 casi di gara separata ristoro si comunica che l'aggiudicazione definitiva è sospesa in attesa dell'esercizio del diritto di prelazione.

94. Il 25 febbraio 2004, l'Autorità rappresenta a Roland Berger di aver rilevato che una gara indicata come integrata nel calendario risultava poi bandita come separata, e chiede di indicare quali siano stati i mutamenti nelle caratteristiche delle subconcessioni rispetto a quanto indicato nel calendario, specificandone le ragioni. Viene richiesto, inoltre, di indicare quante sono, al 20 febbraio, le gare per le quali non era ancora scaduto il termine per la presentazione delle offerte.

f.1 La risposta di Autostrade

95. Risponde per prima ASPI, la quale, il 3 marzo dichiara di conoscere il modello di gara integrata unicamente perché ha sottoscritto sino a quella data 52 convenzioni per l'affidamento congiunto delle attività oil/ristoro, ma di non essere a conoscenza dei particolari delle procedure seguite, essendosi sempre attenuta alle indicazioni di terzietà rispetto alla loro organizzazione.

Autostrade rileva che le osservazioni contenute nella nota del 20 febbraio trascurerebbero le premesse dell'attività dell'advisor e le modalità con cui egli ha operato, in ossequio al contratto Autostrade S.p.A./Roland Berger, in relazione al quale, nella nota del 21 luglio 2003, l'Autorità aveva espressamente riconosciuto che l'advisor presentava *"i requisiti di indipendenza e qualificazione professionale richiesti dalla misura"*.

Secondo Autostrade, dato che "il contenuto del mandato garantisce l'assoluta autonomia dell'advisor nonché la netta separazione tra i due soggetti", l'advisor avrebbe "piena autonomia nonché la correlata esclusiva responsabilità di ideare e gestire le procedure di gara secondo le proprie determinazioni, dovendo tener conto in tale attività esclusivamente dei criteri riportati nell'Allegato A al contratto, al rispetto dei quali essa ritiene abbia informato il proprio lavoro".

Se si accogliesse, quindi, la richiesta dell'Autorità, "ne risulterebbe ...gravemente inficiato proprio lo strumento del blind trust voluto dall'Autorità, atteso che esso si rivelerebbe impraticabile nelle presenti circostanze, nella misura in cui esporrebbe Autostrade a danni, certi e consistenti, per un'attività svolta in piena autonomia dall'advisor e da questi concordata con l'Autorità".

96. Del resto, l'Autorità sarebbe stata a conoscenza della tipologia dei progetti integrati almeno alla data del 25 giugno 2003, quando il contratto con l'advisor, comprensivo dell'allegato A, era stato sottoposto al suo esame. Tra i requisiti ivi elencati, miranti a raggiungere una stabilità dei rapporti con e tra i concessionari/operatori, sono ipotizzate "modalità di presentazione delle offerte oil-non oil nelle aree medie e piccole che favoriscano il progetto congiunto ed il coordinamento operativo e commerciale, per meglio utilizzare le sinergie oil-non oil".

Tale requisito, che sarebbe stato poi recepito in base ad autonoma valutazione dell'advisor, nel modello di gara per le aree integrate, con la presentazione di un'offerta congiunta oil-non oil, sarebbe stato condiviso dall'Autorità, che non ha mai suggerito alcuna modifica al contratto per tale sua parte, pur dopo aver valutato nella seduta del 17 luglio 2003 l'idoneità del medesimo ad assicurare il pieno rispetto della misura di cui alla lettera b).

97. A partire poi dal 28 ottobre 2003, data di pubblicazione sul sito internet di Roland Berger del calendario delle gare, le informazioni sulla tipologia dei servizi che sarebbero stati messi a gara erano divenute ormai di pubblico dominio, e gli interessi dei partecipanti, che da quel momento ne venivano a conoscenza, risultavano così soddisfatti.

Un'eventuale modifica delle modalità di gara rispetto a quanto già previsto nel calendario pubblicato dall'advisor comporterebbe, peraltro, effetti negativi non solo di tipo sostanziale, per il ritardo che determinerebbe nell'avvio di operatività dei nuovi modelli di gestione delle aree di servizio, ma anche in relazione al contenzioso in essere, esponendo Autostrade ad ingenti richieste di risarcimento dei danni.

98. "Desta perplessità [in Autostrade] la circostanza che l'Autorità abbia sollevato la questione delle gare integrate solo con la nota del 29 dicembre, ossia a distanza di cinque mesi dalla pubblicazione della prima gara e di due mesi dalla pubblicazione dell'intero calendario".

Le modalità di svolgimento delle procedure competitive sarebbero, infatti, il risultato di uno sforzo congiunto dei soggetti coinvolti, compresa la stessa Autorità, per mettere a punto gli strumenti più idonei al pieno soddisfacimento delle esigenze di confronto concorrenziale nell'accesso al mercato.

99. Autostrade, quindi, sollecita l'advisor a verificare, nell'ambito dell'incarico conferitogli e tenendone presente gli obiettivi, se l'eventuale attuazione delle misure indicate dall'Autorità possa concretare una violazione degli obblighi assunti contrattualmente.

100. Autostrade afferma che sarebbe opportuno che l'Autorità riconsiderasse le valutazioni espresse nella lettera del 20 febbraio, al fine di ripristinare la fiducia di Autostrade stessa, dei suoi azionisti (non solo e non tanto Edizione), dell'advisor e dei partecipanti alle gare nel processo in corso di affidamento dei servizi in scadenza e di apertura del mercato, e nelle modalità con cui lo stesso viene autonomamente condotto dall'advisor. Ciò presenterebbe l'ulteriore vantaggio di evitare che la posizione dell'Autorità possa essere strumentalmente utilizzata da parte di operatori interessati a condizionare a loro favore lo svolgimento delle gare.

Autostrade, conclusivamente, dichiara che "non intende marcare il proprio accordo su un'eventuale modifica dei bandi e delle relative modalità di gara, ferma restando l'autonomia di giudizio dell'advisor nell'ambito del mandato ricevuto e delle responsabilità conseguenti", tenuto poi conto del fatto che, in termini di apertura al mercato, le gare integrate avrebbero prodotto effetti del tutto comparabili con quelli delle procedure separate per grandezze di fatturato simili.

f.2 La risposta di Edizione

101. Edizione risponde il 5 marzo: "preso atto delle posizioni espresse dall'Autorità", "non può che rinviare nel merito a quanto già dettagliatamente illustrato da ASPI nella sua del 3 marzo".

In particolare, Edizione sostiene che la misura di cui alla lettera a) del provvedimento n. 8090/2000 avrebbe avuto unicamente lo scopo di impedire lo svolgimento diretto da parte di Autostrade e delle sue controllate del servizio di ristoro, e non conferirebbe affatto all'Autorità il potere di imporre all'advisor i criteri e le modalità con cui le gare devono svolgersi o di sindacare nel merito "le scelte di business da esso effettuate in totale autonomia" nel rispetto dello schema contrattuale di incarico che sarebbe stato "condiviso" dall'Autorità.

102. In particolare, la regolamentazione dei rapporti fra Autostrade e advisor in termini di blind trust escluderebbe in radice in capo ad Edizione il potere di controllare e/o influenzare lo svolgimento delle procedure o i criteri adottati dall'advisor: Edizione non disporrebbe dei mezzi necessari per far sì che l'advisor modifichi il modello di gara in questione.

103. Anche qualora ciò non fosse vero, il carattere discriminatorio delle gare confezionate dall'advisor dovrebbe essere dimostrato in modo incontrovertibile, e non sulla base di apprezzamenti teorici e astratti. Secondo Edizione, "Tale modello, a ben guardare, lungi dall'avvantaggiare Autogrill [...] permetterebbe alle società petrolifere di non perdere

l'affidamento dei servizi oil, alleandosi con un partner attivo nella ristorazione, e agli operatori di ristoro più piccoli di competere anche per le aree di maggior interesse, associandosi con un partner oil già affermato sul mercato".

104. Per quanto a conoscenza di Edizione, poi, "non esistono alleanze tra operatori oil e non oil precostituite e stabili, tali da ingessare il dinamismo del mercato e della concorrenza". Risulterebbe al contrario che le alleanze vengono costituite di volta in volta in relazione a ciascuna gara e ad un progetto specifico di c.d. area integrata. D'altra parte, sempre secondo Edizione, gli operatori oil importanti sul mercato sono almeno otto.

105. Il meccanismo, semmai, avrebbe consentito d'intensificare la concorrenza, anziché d'indebolirla, come peraltro risulterebbe dai dati forniti da Autostrade relativamente al numero medio di partecipanti a questo tipo di gare. A ciò si aggiunga che tale modello può non soltanto facilitare il raggiungimento degli obiettivi di rendimento stabiliti dai nuovi azionisti di Autostrade al momento della privatizzazione, ma anche generare vantaggi notevoli per i consumatori. Edizione chiede conclusivamente che l'Autorità consenta all'*advisor* di proseguire l'iter degli affidamenti.

f.3 La risposta di Roland Berger

106. In data 8 marzo 2004, l'*advisor* comunica l'elenco dei cambiamenti apportati nelle caratteristiche delle subconcessioni rispetto a quanto riportato nel calendario del 21 ottobre 2003.

Si tratta di:

2 aree originariamente previste in affidamento congiunto, che "a fronte del consueto esame del caso specifico, che precede la pubblicazione di ciascun lotto, sono stati banditi con affidamento separato come risultante dalla corretta applicazione del criterio";

1 area prevista in affidamento congiunto in osservanza del criterio tecnico dell'unico edificio, "successivamente è stata inclusa fra le aree per le quali è previsto lo sviluppo dell'offerta secondo il concept mall. Si è quindi proceduto alla rettifica della tipologia di affidamento (separata)";

con riguardo ad altre 2 aree, correttamente indicate nel calendario come integrate, erroneamente era stata pubblicata una procedura di affidamento separata. "L'*advisor* in un primo tempo aveva ritenuto di poter correggere la procedura avviata per consentire di presentare un'offerta congiunta per l'affidamento con modalità integrata, mentre poi, a fronte dell'eccessiva complicazione del sistema di correzione ipotizzato, ha ritenuto opportuno interrompere i procedimenti avviando due nuove procedure di affidamento congiunto dei servizi".

Quanto allo stato delle procedure ristoro al 20 febbraio 2004, l'*advisor* comunica che:

- sono 15 le gare separate e 25 le gare integrate per le quali al 20 febbraio non è stata spedita la lettera di invito, per quanto riguarda ASPI, e sono 6 separate e 3 integrate quelle relative alle società controllate;
- sono 17 quelle per le quali al 20 febbraio non è scaduto il termine per la domanda di partecipazione, delle quali 9 in scadenza il 9 marzo, e 8 in scadenza il 17 marzo, tutte relative ad ASPI.

107. La risposta dell'*advisor* alla richiesta di modifica del modello di gara integrata arriva anch'essa l'8 marzo 2004.

Egli contesta i rilievi formulati dall'Autorità circa la portata anticompetitiva della gara integrata, ed in particolare ne rivendica la legittimità in termini concorrenziali, affermando che l'invito all'abbandono del modello in corso d'opera non può trovare accoglimento.

108. Secondo Roland Berger, nessuna preclusione per le gare integrate sarebbe peraltro rinvenibile nei provvedimenti dell'Autorità, nemmeno in quello del 13 settembre 2001, dal quale non si può trarre un vincolo positivo circa la necessità di procedimenti competitivi separati per l'affidamento del servizio ristoro, né tanto meno un divieto per l'*advisor* di predisporre un procedimento competitivo che preveda l'affidamento del ristoro congiuntamente ad altri servizi.

109. L'*advisor* sostiene che il modello in questione avrebbe avuto nella sua applicazione concreta un indiscutibile effetto pro-competitivo nel mercato di riferimento. Afferma che, "peraltro, ci risulterebbe che il modello di gara c.d. integrata sia già stato utilizzato dal precedente *advisor* senza che nessuna censura sia stata sollevata"; aggiunge che sin dalla data del deposito del calendario relativo al programma di affidamenti (21 ottobre 2003), la sua volontà di procedere all'affidamento contestuale del servizio di ristoro e del servizio *oil* sarebbe stata ben nota all'Autorità.

110. Il 12 marzo Roland Berger invia i dati di dettaglio sulle aree c.d. *mall*.

Il 24 marzo trasmette copia della comunicazione presentata al CDA di ASPI del 19 marzo circa l'esito dei procedimenti competitivi per un altro gruppo di gare.

Si tratta di 14 casi di servizi *oil*/ristoro "in affidamento congiunto", di cui 4 con prelazione *oil* e 3 con prelazione su entrambi i servizi, nonché di 1 caso di servizio ristoro, coperto da prelazione.

In 2 casi di gara integrata con prelazione su entrambi i servizi, il ristoro è affidato ad un'ATI che include il prelazionario. L'affidamento della gara separata ristoro è subordinato all'esercizio della prelazione.

L'*advisor* segnala al CDA di ASPI anche "la conclusione delle procedure relative ai lotti 74 La Pioppa Ovest e 76 S. Martino Est, il cui affidamento temporaneo, comunicato il 19.12.2003, era interessato dall'esercizio di un diritto di prelazione da parte dell'attuale affidatario. In entrambi i casi l'affidatario attuale ha esercitato tale diritto, conformemente alle modalità ed entro i termini previsti dalla procedura". Il prelazionario è ENI, l'aggiudicatario è indicato nell'ATI ENI/Autogrill.

111. Il 30 marzo ASPI trasmette copia del verbale della seduta del CDA del 20 febbraio nonché lo schema riassuntivo delle procedure *oil* e non- *oil* svolte da Roland Berger, ove sono presenti i dati su ricordati. Per le gare della tornata è previsto che la convenzione sarà sottoscritta entro marzo, e che fra maggio e giugno vi sarà l'immissione in possesso.

112. Sempre il 30 marzo, premesso che in base al contratto con Autostrade il suo incarico scade il 30 aprile 2004, e che in ossequio a tale contratto egli non avrebbe facoltà di concedere proroghe, e che si sono accumulati ritardi e sovraccarichi di lavoro per l'intervento di numerosi soggetti, l'*advisor*, chiede all'Autorità un'indicazione circa l'opportunità di estendere i tempi di gara di quattro settimane, portando la conclusione dell'incarico dal 30 aprile al 30 maggio.

113. Il 2 aprile, Roland Berger trasmette copia della comunicazione al CDA di ASPI dell'esito di un altro gruppo di procedimenti competitivi.

Si tratta di 3 casi di servizi *oil*/ristoro in affidamento congiunto, di cui 2 con prelazione *oil* e 1 con prelazione su entrambi i servizi, affidati i primi due al prelazionario e al precedente gestore ristoro, il terzo al prelazionario.

Vi sono 6 casi di servizio ristoro, di cui 4 con prelazione, affidati in 2 casi ad un'ATI che include il prelazionario, condizionati negli altri 2 casi all'esercizio della prelazione.

114. Ai primi di aprile, quindi, l'andamento delle gare si va così delineando.

Dalle informative fornite da Roland Berger dal dicembre sino a quel momento, è possibile ricostruire lo stato delle partecipazioni e delle aggiudicazioni effettuate nelle 28 gare per l'assegnazione dei servizi di ristoro interessate da prelazioni per i medesimi servizi. Come si evince dalla tabella che segue, le regole relative all'ammissibilità delle ATI e alle modalità di esercizio del diritto di prelazione hanno consentito, nella loro sinergia, che, in tutti i casi in cui queste modalità hanno trovato applicazione concreta, potessero avvantaggiarsi della prelazione anche soggetti diversi dai prelazionari.

Le 28 prelazioni ristoro fanno capo per lo più a società petrolifere: 20 sono detenute da ENI, 2 da Tamoil, 2 da Totalfinaelf e 1 da Esso. Solo tre sono detenute da società specializzate: 2 da Snackspot e 1 da Ristop.

115. Secondo i dati forniti dall'*advisor*, in queste aree si realizzerebbe il 33,7% del fatturato del totale messo a gara. In particolare, nelle tredici aree con prelazione (10,7% del totale in numero) nelle quali il ristoro è affidato separatamente si realizzerebbe quasi un quarto del fatturato totale imputabile alle aree messe a gara per il ristoro. Le prelazioni ristoro incidono dunque, in termini di fatturato, su un terzo del totale del fatturato ristoro messo a gara.

Stato di avanzamento delle gare nelle quali esiste una prelazione ristoro

| AREA DI SERVIZIO | TIPOL. DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI | gestore uscente ristoro (bar) | gestore uscente ristoro (ristorante+bar) | Prelazionario (ristoro) | Aggregazione del prelazionario (ristoro) in fase di manifestazione di interesse | E S I T O | G A R E |
|-----------------------|-----------------------------------|-------------------------------|--|-------------------------|---|-----------|---------------------------------|
| LA PIOPPA OVEST | SEPARATO | | ATG | ENI | ATI Eni-Atg | | Mychef (PREL) |
| S.MARTINO EST | SEPARATO | | ATG | ENI | ATI Eni-Atg | | Mychef (PREL) |
| ARRONE EST | INTEGR. | ATG | | ENI | ATI Eni-Atg | | ATI Eni-Atg |
| CONERO OVEST | INTEGR. | ATG | | ENI | ATI Eni-Atg | | ATI Eni-Atg |
| FABRO OVEST | INTEGR | ATG | AGIP | ENI | ATI Eni-Atg-Finifast | | Eni-Atg-Finifast |
| TORRE CERRANO EST | INTEGR. | ATG | | ENI | ATI ENI-ATG | | ATI ENI-ATG |
| BISENZIO EST | INTEGR. | ATG | | ENI | ATI ENI-ATG | | ATI ENI-ATG |
| BISENZIO OVEST | INTEGR. | ATG | | ENI | Eni | | |
| LUCIGNANO EST | INTEGR. | FINIFAST | FINIFAST | ENI | Eni | | |
| IRPINIA SUD | SEPARATO | | RISTOP | ENI | ATI ENI-Ristop | | ATI Maglione-SIR2 (PREL) |
| LA PIOPPA EST | SEPARATO | ATG | | ENI | ATI ENI-ATG | | Moto (PREL) |
| REGGELLO OVEST | SEPARATO | ATG | FINIFAST | ENI | ATI Eni-Atg-Finifast | | Moto (PREL) |
| S.MARTINO OVEST | SEPARATO | ATG | FINIFAST | ENI | ATI Eni-Atg-Finifast | | Moto (PREL) |
| TURCHINO EST | SEPARATO | | ATG | ENI | ATI ENI-ATG | | Ristop (PREL) |
| CASTELBENTIVOGLIO EST | INTEGR. | ATG | | ENI | ATI ENI-ATG | | ATI ENI-ATG |
| ANGIOINA OVEST | INTEGR. | AGIP | | ENI | ENI | | ENI |
| FLAMINIA EST | SEPARATO | ATG | AGIP | ENI | ATI Eni-Atg - Finifast*** | | ATI ENI-ATG *** |
| S.ZENONE OVEST | SEPARATO | ATG | McD's | ENI | ATI Eni-Atg-McD's | | Ristop (PREL) |
| SECCHIA EST* | SEPARATO | ATG | FINIFAST | ENI | ATI ENI-ATG | | |

| | | | | | | |
|------------------------|----------|--------|------------------|------------------|---|-------------------------------|
| SILLARO OVEST | SEPARATO | ATG | FINIFAST | ENI | ATI Eni-Atg-Finifast | ATI Eni-Atg-Finifast |
| MARENGO NORD | INTEGR. | | TOTAL FINAELF | TOTAL FINAELF | NO (solo oil, con Mychef) | Mychef |
| S. ILARIO NORD | INTEGR. | ATG | | TAMOIL | NO (solo oil, con Atg) | ATG |
| PONTE NELLE ALPI OVEST | INTEGR. | ATG | | TAMOIL | NO (solo oil, con Atg) | ATG |
| CAVOUR OVEST | INTEGR. | ATG | TOTAL FINAELF | TOTAL FINAELF | NO (solo oil, con Mychef) | |
| RUBICONE EST | INTEGR. | ATG | | ESSO | ATI Esso-ATG | ATI Esso-ATG |
| ARDA EST** | SEPARATO | RISTOP | | RISTOP | Ristop | Camst (PREL) |
| OFANTO NORD | INTEGR. | | SNACK SPOT | SNACKSPOT | ATI Api-Festival Snackspot | ATI Api-Festival Snackspot |
| GIOVE OVEST* | SEPARATO | | SNACK SPOT | SNACKSPOT | ATI Api-Festival Snackspot- Addamarket- Alpenoil | |

Fonte: informazioni fornite da Roland Berger

In grassetto sono riportate le aree per le quali la gara si è conclusa, si è avuto un vincitore diverso dal prelezionario e si è in attesa dell'esercizio della prelazione;

In corsivo sono riportate le aree per le quali le notizie disponibili riguardano solo la forma nella quale il prelezionario ha risposto alla sollecitazione di interesse.

*il servizio nelle area Secchia Est e Giove Ovest verrà fornito secondo le cd. modalità "mall".

**su questa area di servizio è presente anche un altro punto di ristoro gestito da Autogrill e in scadenza al 2013.

***dalle informazioni ricevute risulta che ENI ha risposto alla sollecitazione alla manifestazione di interesse in ATI con Autogrill e Finifast e che questa ATI sia stata ammessa a partecipare. Tuttavia, l'offerta vincolante risulta essere stata formulata dall'ATI ENI-Autogrill, che è quella che si è aggiudicata la gara.

116. Quanto all'andamento delle gare integrate, dalle informazioni relative al numero dei soggetti che si dichiaravano interessati a partecipare e dal numero delle offerte presentate nelle gare aggiudicate sino al 2 aprile, esso appare caratterizzato da un tasso di partecipazione significativamente inferiore rispetto a quello riscontrabile nelle gare separate ristoro, anche a parità di fatturato ristoro atteso dall'area di servizio. Sino al 2 aprile, i servizi ristoro aggiudicati con tale modalità sono 64.

g. La contestazione dell'Autorità

117. L'Autorità ha ritenuto che le modalità attraverso le quali si stava svolgendo la tornata di gare per l'affidamento delle concessioni ristoro in scadenza al 31 dicembre 2003 presentavano caratteristiche discriminatorie.

118. E ciò, considerate, da un lato, le previsioni di gara che consentono al soggetto titolare di un diritto di prelazione al rinnovo del servizio di ristoro di partecipare alla procedura in ATI con altri soggetti, anche se in possesso dei requisiti di partecipazione con il temperamento della complementarietà, nonché di esercitare il diritto di prelazione con effetti che si estendono agli altri componenti dell'ATI.

Dall'altro, considerate le previsioni che impongono all'operatore ristoro di reperire preventivamente un *partner oil* per partecipare alla gara.

119. Nella prima ipotesi, infatti, i vantaggi concorrenziali del prelezionario vengono traslati a favore di soggetti che non sono titolari della prelazione e l'operatore ristoro non viene selezionato dalla gara, bensì dal prelezionario.

Autogrill, così, viene a godere, anche nella tornata di gare relativa alle concessioni scadute il 31 dicembre 2003, di diritti di prelazione non suoi che interessano una parte significativa del totale delle aree messe a gara.

Nella seconda ipotesi, poi, i soggetti interessati non possono competere per l'accesso al mercato se privi di un accordo di partnernariato con un operatore *oil*, e le possibilità di trovare un nuovo *partner oil* disposto a competere anche per il ristoro sono a loro volta diminuite dall'esistenza di una fitta rete di prelazioni *oil*/ristoro incrociate.

Considerate le caratteristiche del mercato della ristorazione autostradale, il funzionamento complessivo e sinergico dei diversi elementi enunciati comporta che le regole della gara conferiscono un vantaggio concorrenziale nell'accesso agli operatori ristoro già presenti sul mercato grazie a rapporti pregressi con le società petrolifere, titolari delle concessioni *oil* e ristoro nonché di diritti di prelazione *oil*/ristoro, ed in particolar modo all'operatore in posizione dominante Autogrill, presente sul mercato per lo più in forza di rapporti di partnernariato con le società petrolifere suddette.

L'Autorità, sulla base di questi elementi, ha ritenuto che le regole di gara in questione sono in grado di avvantaggiare Autogrill.

120. L'Autorità ha considerato che il soggetto responsabile dell'attuazione delle misure correttive imposte con il provvedimento del 2000 e con il provvedimento del 2001 è Edizione.

Ha ritenuto che Edizione fosse a conoscenza delle ATI prelezionarie e delle modalità della gara integrata *oil*/non *oil*. L'Autorità ha ritenuto, altresì, che Edizione, pur avendo imposto all'*advisor*, tramite Autostrade, l'obbligo contrattuale di

osservanza dei vincoli derivanti dai provvedimenti dell'Autorità, non intendeva attivarsi per assicurare il rispetto dei medesimi.

121. L'Autorità, pertanto, con delibera n. 13050 del 7 aprile 2004, ha contestato alla società Edizione Holding S.p.A. la fattispecie di cui all'articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90, per violazione dell'obbligo di gara di cui alla misura *sub* lettera a) della delibera n. 8090 dell'Autorità del 2 marzo 2000 e della delibera n. 9928 del 13 settembre 2001, avviando un procedimento volto all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

IV. ATTIVITÀ SUCCESSIVA ALLA CONTESTAZIONE

122. Nel corso del procedimento, ASPI, Autogrill e Roland Berger hanno fatto istanza di intervento, ed essa è stata accolta.

Le parti hanno avuto accesso agli atti del procedimento, sono state ascoltate in audizione, sia dagli Uffici che dal Collegio, ed hanno prodotto memorie e documenti.

In accoglimento di specifiche richieste di Edizione, il termine del procedimento è stato prorogato dapprima al 30 settembre 2004, e, da ultimo, a seguito della presentazione da parte della medesima di uno specifico programma di azioni inerente le gare già concluse, il termine è stato prorogato al 10 novembre 2004, per consentire all'Autorità di verificare la rilevanza della sua attuazione nell'ambito del procedimento.

Sono pervenute ulteriori informazioni e dati relativi alle gare proseguite nelle more e poi concluse, nonché copia di ulteriori verbali di numerose sedute dei consigli di amministrazione, del comitato esecutivo, del collegio sindacale di Autostrade e di ASPI dal marzo 2003.

A seguito di quanto rappresentato da Autogrill, è stato richiesto a quest'ultima di fornire informazioni circa i rapporti contrattuali pregressi con società petrolifere nonché copia dei verbali delle riunioni del consiglio di amministrazione, del collegio sindacale e del comitato esecutivo sempre dal marzo 2003.

a. La tornata di gare ed il funzionamento delle modalità di accesso al mercato

123. Nonostante l'adozione e la notificazione ad Edizione del provvedimento di contestazione, la tornata di gare è proseguita senza subire modifiche.

Sono state avviate, infatti, due ulteriori procedure per l'affidamento congiunto delle concessioni *oil* e non *oil*, con la pubblicazione in data 14 aprile 2004 delle sollecitazioni alla manifestazione d'interesse.

Da quel momento, sino all'ultima data di cui si ha notizia, e precisamente il 28 luglio 2004, sono state aggiudicate ulteriori 29 gare integrate e 26 gare separate, e sono state stipulate 63 convenzioni per un totale di 34 gare integrate e 29 gare separate.

14 di queste gare sono interessate da una prelazione al riaffidamento del ristoro.

In 8 gare il prelezionario ha partecipato in ATI con altri operatori, e precisamente 7 volte con Autogrill.

In 3 casi l'ATI fra il prelezionario e Autogrill ha ottenuto l'aggiudicazione definitiva e ha stipulato la convenzione con ASPI perché collocatasi al primo posto della graduatoria finale²⁰.

In 4 casi l'ATI fra il prelezionario e Autogrill ha ottenuto l'aggiudicazione definitiva e ha stipulato la convenzione a seguito dell'esercizio del diritto di prelazione²¹.

124. La situazione di Autogrill all'esito della tornata, per quanto riguarda le ATI prelezionarie, sia nel caso di gare separate che nell'ipotesi di gare integrate, viene descritta nelle tabelle seguenti.

Prelazioni di Autogrill nelle 37 gare separate

| | numero | Fatturato 2003 | Fatturato medio | % su numero separate | % su fatturato separate |
|------------------------------------|--------|----------------|-----------------|----------------------|-------------------------|
| Autogrill in ATI col prelezionario | 10 | 49.450.504 | 4.945.050 | 27,03% | 45,81% |
| di cui con eserc. prelaz. | 7 | 36.180.331 | 5.168.619 | 18,92% | 33,51% |
| Autogrill da solo (prelezionario) | 2 | 6.064.821 | 3.032.410 | 5,41% | 5,62% |
| di cui con eserc. prelaz. | 0 | 0 | 0 | 0,00% | 0,00% |
| Totale Autogrill | 12 | 55.515.325 | 4.626.277 | 32,43% | 51,42% |
| di cui con eserc. prelaz. | 7 | 36.180.331 | 5.168.619 | 18,92% | 33,51% |

²⁰ [In 1 caso l'ATI include anche una società controllata dal prelezionario.]

²¹ [In 2 casi l'ATI include anche una società controllata dal prelezionario.]

Nelle gare separate, il meccanismo delle ATI prelezionarie ha consentito ad Autogrill di ottenere la concessione ristoro in un numero di casi apparentemente poco rilevante, 10 volte su 37, ma questi casi rappresentano circa la metà del fatturato messo a gara con questa modalità.

Inoltre, nelle gare separate Autogrill ha potuto godere anche di 2 prelezioni sue proprie.

In sintesi, atteso che in questi casi Autogrill era il gestore uscente, oltre il 51% del fatturato realizzato nelle aree aggiudicate con la modalità separata²² è stato ipotecato a favore di Autogrill, grazie alla possibilità di traslare a suo vantaggio la prelezione detenuta da un terzo, proprio attraverso il meccanismo dell'ATI.

Quanto alle ATI prelezionarie nelle gare integrate, la situazione di Autogrill rispetto alle prelezioni ristoro detenute da altri soggetti è descritta nella tabella seguente.

Prelazioni di Autogrill nelle gare integrate

| | n. | Fatturato 2003 | Fatturato medio | % numero | % fatturato |
|---|----|-------------------|--------------------|-------------|----------------|
| Autogrill in ATI col prelezionario | 8 | 11.671.885 | 1.458.986 | 8,51% | 12,06% |
| di cui con eserc. prelezione | 0 | 0 | 0 | 0,00% | 0,00% |
| Autogrill da solo ma in coppia col prelezionario | 2 | 1.855.264 | 927.632 | 2,13% | 1,92% |
| di cui con esercizio prelezione | 0 | 0 | 0 | 0,00% | 0,00% |
| Senza Autogrill | 5 | 4.817.308 | 963.462 | 5,32% | 4,98% |
| di cui con esercizio prelezione | 0 | 0 | 0 | 0,00% | 0,00% |
| totale integrate con prelezione | 15 | 18.344.457 | 1.222.964 | 15,96% | 18,95% |
| Totale Autogrill in ATI col prelezionario | 8 | 11.671.885 | 1.458.986 | 8,51% | 12,06% |

Come emerge dalla tabella, anche nelle gare integrate interessate da diritti di prelezione al rinnovo del servizio di ristoro, più della metà di esse è risultata ipotecata a favore del gestore uscente Autogrill.

Pertanto, considerando l'insieme delle procedure di gara, si ricava il quadro seguente:

Partecipazione di Autogrill alle gare con prelezione ristoro

| | numero | Fatturato 2003 | Fatturato medio | % numero | % fatturato |
|---|--------|-------------------|--------------------|-------------|----------------|
| Autogrill in ATI col prelezionario | 18 | 61.122.390 | 3.395.688 | 13,74% | 29,85% |
| Autogrill da solo (prelezionario) | 2 | 6.064.821 | 3.032.410 | 1,53% | 2,96% |
| Autogrill da solo ma in coppia col prelezionario | 2 | 1.855.264 | 927.632 | 1,53% | 0,91% |
| Senza Autogrill | 8 | 7.890.657 | 986.332 | 6,11% | 3,85% |
| Totale gare con prelezione | 30 | 76.933.132 | 2.564.438 | 22,90% | 37,57% |

Il meccanismo delle ATI prelezionarie, pertanto, ha consentito ad Autogrill di aggiudicarsi circa il 14% del totale delle gare in numero, percentuale che sale al 30% circa se si considera invece il fatturato realizzato nelle aree messe a gara.

125. Quanto alle gare integrate, dall'elaborazione dei dati forniti dall'advisor emerge che Autogrill ha vinto circa il 90% delle volte e che il numero medio di soggetti che hanno manifestato interesse a partecipare è quasi la metà di quelli che lo hanno fatto per le gare separate. Una netta differenza si mantiene anche considerando i soggetti che hanno poi presentato l'offerta vincolante, come può evincersi dal quadro seguente.

²² [Si rammenta che secondo la classificazione operata da Roland Berger nel calendario prodotto il 21 ottobre 2003, la modalità separata è risultata includere la tipologia mall.]

Partecipazione alle gare: la media

| | Numero medio di manifestazioni di interesse | Numero medio di offerte vincolanti |
|-----------|---|------------------------------------|
| Integrate | 4,0 | 2,6 |
| Separate | 7,3 | 3,7 |

Al fine di verificare se il numero medio di partecipanti alle gare integrate e separate sia stato significativamente influenzato dalle modalità di gara e non dalla composizione di altre possibili determinanti, sono state utilizzate tecniche econometriche standard, regredendo su una serie di possibili variabili esplicative il numero di manifestazioni di interesse e anche il numero di offerte vincolanti, con risultati analoghi.

Considerate sia le gare integrate, sia le gare separate, i risultati confermano la forte significatività delle modalità di gara come elemento in grado di condizionare la partecipazione, e questo anche tenendo conto delle diverse dimensioni medie, e quindi, del fatturato, delle aree di servizio.

Diversamente da quanto rappresentato dalle parti ai §§ 103, 104 e 105, l'analisi ha evidenziato che la gara integrata implica una riduzione media di 3-4 partecipanti rispetto alla gara separata. Tale influenza è risultata indipendente dalla presenza di prelazioni, il cui effetto dunque si aggiunge a quello delle modalità di gara.

Ulteriori effetti negativi, di minore entità rispetto a quello della modalità di gara, si rilevano per:

la presenza di prelazione *oil* in gare integrate,

la presenza di una prelazione ristoro in tutte e due le tipologie,

la tipologia "*Mall*" come oggetto di gara²³.

Da questa analisi, emerge che la caratteristica peculiare delle gare integrate, cioè l'obbligo di accordo preventivo con un operatore *oil*, crea un ostacolo all'accesso.

L'osservazione delle modalità di partecipazione alle gare integrate suggerisce che, per ottenere tale requisito, esiste una valida alternativa alla ricerca generica di un *partner oil* sul mercato: se si è gestori uscenti del servizio di ristoro su un'area oggetto di gara integrata, infatti, ci si può rivolgere all'operatore *oil* già presente sull'area in questione (il gestore uscente *oil*).

I gestori uscenti, in effetti hanno sistematicamente scelto questa opzione piuttosto che sondare altri operatori, a meno di vincoli esterni.

Infatti, in 2/3 delle gare integrate i gestori uscenti *oil/non oil* si sono ripresentati in coppia.

Nel restante terzo, la ricandidatura della coppia uscente era impossibile per 24 gare.²⁴

Solo in sette casi, le coppie uscenti, pur potendo farlo, non si sono ricandidate. In sei di questi, tuttavia, il gestore uscente ristoro non ha cercato un nuovo *partner oil*, e non ha partecipato alla gara.

In tutta la tornata di gare, dunque, in un solo caso (il lotto 227) i gestori uscenti *oil* e ristoro hanno partecipato alla gara con nuovi *partners*.

L'opzione di ricandidarsi insieme al gestore *oil* uscente, dunque, si è rivelata più conveniente rispetto a quella di trovare ex novo un *partner oil* sul mercato.

Tale opzione è ovviamente risultata disponibile solo per i gestori uscenti del servizio ristoro, che dunque disponevano di uno strumento più efficace rispetto ai concorrenti per superare il principale e incisivo ostacolo per la partecipazione alle gare integrate.

In dette gare, e in particolare in 51 dei 63 casi di coppie ricandidate, Autogrill era il gestore uscente, ovvero in più dell'80% dei casi.

Questo vantaggio si è tradotto in una elevatissima probabilità di riconferma della coppia uscente, come di fatto è avvenuto nell'87% dei casi. In particolare, nei 63 casi di coppie uscenti, queste hanno vinto 55 volte.

126. Conclusivamente, si può rilevare che l'adozione della modalità di gara con offerta congiunta *oil/non oil* e la diffusa presenza di diritti di prelazione a favore delle società petrolifere resi trasferibili sui gestori uscenti del servizio di ristoro attraverso il meccanismo delle ATI, hanno favorito i gestori uscenti, ed in particolare Autogrill, limitando decisamente il ricambio degli operatori di ristoro sulle aree di servizio autostradali interessate.

²³ [Come ricordato, l'affidamento del servizio nelle aree c.d. *mall* avviene mediante una diversa tipologia di gara, cioè sulla base di requisiti di ammissione diversi sia dalla gara separata sia dalla gara integrata, di cui l'Autorità è stata informata solo a marzo 2004.]

²⁴ [In sei casi, perché si trattava di nuovi servizi; in sei, in quanto Autogrill, gestore uscente, non poteva partecipare alle gare; in dodici, perché il gestore uscente ristoro era una piccola società, priva dei requisiti di ammissione.]

In particolare, l'insediamento di un nuovo gestore del servizio di ristoro si è verificato in primo luogo in quelle aree nelle quali, a prescindere dalle modalità di gara utilizzate, sarebbe comunque stata impossibile una riconferma del vecchio gestore. Si tratta di aree appartenenti a tre categorie:

- aree nuove;
 - aree in cui gestore uscente era Autogrill e nelle quali la stessa non poteva ricandidarsi in virtù degli obblighi di astensione di cui, da ultimo, al provvedimento n. 9928/2001;
 - aree in cui il gestore uscente era un piccolo operatore, privo dei requisiti per partecipare alle gare Roland Berger.
- Tali aree rappresentano all'incirca un quinto del totale di quelle messe a gara da Roland Berger.

| Aree nelle quali era obbligatorio l'ingresso di un nuovo gestore | | | | |
|---|-----------|-------------------|---------------|---------------|
| | numero | Fatturato 2003 | % numero | % fatturato |
| già di ATG ma ad essa vietate | 11 | 22.843.472 | 8,4% | 11,2% |
| piccolo gestore | 12 | 8.671.795 | 9,2% | 4,2% |
| nuovo servizio | 7 | 3.355.000 | 5,3% | 1,6% |
| Totale cambio "obbligato" | 30 | 34.870.267 | 22,90% | 17,00% |

Al contrario, nella maggioranza dei casi rimanenti, nei quali un eventuale nuovo gestore doveva scaturire dal confronto con i gestori uscenti, questi ultimi hanno avuto la meglio e si sono riconfermati. Ciò è successo in quasi il 60% delle aree, nelle quali si realizzavano i due terzi del fatturato totale. Se si considera che una buona metà del terzo rimanente, nel quale il nuovo gestore non era anche il gestore uscente, è rappresentata dai casi di rinnovo "forzato", si può concludere che lo spazio effettivamente creato dalle procedure in esame per l'ingresso di nuovi operatori del ristoro nelle aree di servizio autostradali è stato di circa il 15-20% sul totale degli affidamenti.

| Apertura del mercato generata dalle procedure di gara 2003 | | | | |
|---|------------|--------------------|---------------|---------------|
| | numero | Fatturato 2003 | % numero | % fatturato |
| gestori ristoro immutati | 77 | 136.204.446 | 58,8% | 66,5% |
| nuovi gestori ristoro | 54 | 68.571.387 | 41,2% | 33,5% |
| di cui "obbligati" | 30 | 34.870.267 | 22,9% | 17,0% |
| di cui a seguito della gara | 24 | 33.701.121 | 18,3% | 16,5% |
| Totale gare | 131 | 204.775.833 | 100,0% | 100,0% |

b. Le informazioni fornite dalle parti

127. Dalla documentazione fornita da ASPI, ed in particolare dalla copia dei verbali dei CDA per il periodo di riferimento, è emerso che, nella seduta del 19 dicembre 2003, il Consiglio di Amministrazione, là dove affronta la questione relativa alle pressioni dei gestori *oil* per il rispetto da parte di ASPI degli accordi conclusi ai tavoli ministeriali con le relative Organizzazioni Sindacali, mostra di essere a conoscenza del fatto che le disposizioni date sino a quel momento dall'Autorità riguardavano i problemi collegati alle attività non *oil* dei gestori degli impianti *oil*.

La stessa documentazione evidenzia che l'amministratore delegato, in data 19 marzo 2004, ha informato il CDA di ASPI in merito alla corrispondenza intercorsa con l'Autorità a seguito della lettera del 20 febbraio, più volte citata.

In particolare, riferisce della posizione di Autostrade e di ASPI contraria all'accoglimento della richiesta di modifica delle gare c.d. integrate in corso, e delle risposte negative formulate da essa, da Edizione e dall'*advisor*.

Riferisce, inoltre, del fatto che l'*advisor*, con separata lettera per ASPI e per Edizione, nel confermare la conformità delle procedure di gara a quanto prescritto nel mandato conferitogli in data 20 giugno 2003, ha manifestato la propria disponibilità a rimettere l'incarico, qualora ASPI giudicasse prevalenti le criticità ed i rischi connessi al mancato accoglimento della richiesta dell'Autorità.

Il Consiglio si limita a prendere atto delle comunicazioni dell'amministratore delegato.

128. Dalla documentazione inviata da Autogrill, ed in particolare dal verbale della seduta del CDA del 12 novembre 2003, si evince la sua strategia di partecipazione alla tornata di gare 2003/2004, là dove si evidenzia che *[omissis]*²⁵.

129. Dalle dichiarazioni rese da Autogrill nel verbale del 19 maggio 2003²⁶, emerge che, nel perseguire una strategia di riduzione della quota di mercato calcolata in termini di punti di ristoro, con riguardo alle 135 gare predisposte dai

²⁵ *[Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]*

²⁶ *[Relativo ad un incontro richiesto da Autogrill nell'ambito di un diverso procedimento, ed acquisito al fascicolo del procedimento C3818F.]*

due *advisor* l'impresa avrebbe deciso di non partecipare a 28 procedure, in aggiunta alle 27 alle quali la partecipazione le era interdetta dai divieti posti dall'Autorità.

130. Nella memoria del 13 luglio 2003, Autogrill ha rappresentato che Autostrade, in tempi risalenti, aveva affidato ad Eni un lotto complessivo di circa 100 aree. Il contratto Autostrade-Eni, divenuto nel frattempo concessione di servizi *oil* e non *oil*, prevedeva un diritto di prelazione al rinnovo dei medesimi per altri cinque anni. La gestione dei servizi di ristoro per molte delle aree interessate trovava la sua fonte in un contratto d'affitto d'azienda fra Eni e Autogrill del 1995.

In particolare, l'impresa ha sostenuto che "In base a tale titolo, Autogrill ha diritto di proseguire la gestione fino al 2008 di alcuni punti di ristoro di cui è titolare ENI, a patto che quest'ultima riesca ad assicurarsi una subconcessione efficace sino a tale data".

L'Autorità conoscerebbe sin dal 1996 "sia le prelazioni ENI, che il contratto di affitto Eni (Agip)-Autogrill, che il contratto Autostrade-Autogrill".

"Pertanto, quando le procedure competitive relative alle prime due aree di servizio caratterizzate da tale assetto di rapporti (subconcessione Eni/affitto d'azienda Autogrill) sono state bandite il 14 ottobre (lotti 74 e 76), Eni ha inizialmente presentato una manifestazione d'interesse in cui indicava chiaramente la propria intenzione di formulare un'offerta autonoma, che però contemplasse la gestione da parte di Autogrill dei servizi di ristoro, in virtù del vigente contratto di affitto".

"Autogrill, che pur in quelle aree aveva sostenuto gran parte degli investimenti che Eni si era obbligata ad effettuare con Autostrade come corrispettivo della prelazione, non ha presentato una propria manifestazione di interesse, per evitare che i propri rapporti contrattuali con Eni, relativi alle aree in via di riaffidamento, determinassero un'invalidità della propria partecipazione alla procedura. La manifestazione di interesse di Eni è stata dichiarata ammissibile in data 5 novembre. Solo il 19 novembre, al momento del recepimento della lettera di richiesta di offerta vincolante, Eni e Autogrill si sono avvedute del fatto che "la propria ipotesi di costruzione dell'offerta (già implicita nella indicazione di Autogrill come gestore) non era direttamente realizzabile".

"Previo specifico quesito all'*advisor*, Autogrill ha così presentato la sua offerta in ATI con Eni".

Secondo Autogrill, quindi, la sua strategia di partecipazione trova diretta spiegazione nell'esistenza del diritto di prelazione del *partner oil* e nell'esistenza dei contratti di affitto stipulati con quest'ultimo, e questi elementi sarebbero tali da escludere l'illegittimità della fattispecie contestata. In particolare, quanto al requisito della complementarietà richiesta per la costituzione dell'ATI con Eni, Autogrill nella sua memoria afferma che "è già dimostrata dall'esistenza del contratto d'affitto fra le parti".

"In ogni caso, la cooperazione fra le imprese partecipanti alle ATI contestate preesisteva alla stipulazione dell'accordo di ATI, per cui questo assume propriamente la funzione di consentire la continuazione di un rapporto di cooperazione, già felicemente sperimentato, valorizzando tale cooperazione anche nel momento cruciale della formulazione delle nuove offerte".

Diversamente, nel corso dell'audizione finale, Autogrill ha riconosciuto che il rapporto di complementarietà con altri operatori cui si era aggregata in ATI, ed in special modo con ENI, poteva ritenersi in certo qual modo "esile".

L'Autorità ha quindi richiesto ad Autogrill un elenco dei punti di ristoro interessati da contratti di affitto con operatori *oil*. Autogrill lo ha fornito, specificando che si trattava dei medesimi dati già trasmessi all'Autorità nel corso del procedimento del 2001, concluso con la delibera n. 9928 del 13 settembre 2001.

Da detto elenco si è potuto evincere che nei 18 casi in cui Autogrill ha partecipato alla gara in ATI con il prelazionario, essa era il gestore uscente in base ad un contratto di affitto con la società petrolifera titolare della concessione e della prelazione, con scadenza al 2008.

Nel 65% circa delle gare integrate, escluse quelle in cui pure è stato utilizzato il meccanismo dell'ATI prelazionaria, Autogrill era il gestore uscente grazie a contratti di affitto con società petrolifere. In questi casi, nell'80% delle volte Autogrill si è ripresentata in coppia con il vecchio *partner oil*, vincendo nel 90% dei casi stessi.

Dal contratto di mandato con rappresentanza e procura per la costituzione dell'ATI, funzionale alla stipula della convenzione relativa al servizio di ristoro del lotto 74 La Pioppa Ovest, si evince che il gestore del servizio è Autogrill, esattamente come prima della gara. L'apporto di ENI consiste: nel permesso di utilizzo del marchio Ristoragip accanto a quello Autogrill, nell'impegno ad effettuare attività di progettazione di soluzioni nell'area di *utilities management*, a realizzare attività di comunicazione miranti a sviluppare sinergie tra i diversi servizi/marchi presenti nell'area di servizio, a studiare la possibilità di estendere l'utilizzabilità degli strumenti di pagamento e di fidelizzazione della clientela, propri dei servizi di erogazione carbolubrificanti a marchio Agip, per tutti i servizi presenti nell'area di Servizio, incluso quindi il servizio di ristoro.

Dall'accordo sottostante, rilevante nei rapporti interni con Eni con effetto estintivo delle obbligazioni derivanti dal contratto di affitto, si evince che per l'offerta in ATI con il prelazionario Autogrill è tenuto alla corresponsione di una somma pari al 3% del fatturato ristoro.

c. La posizione di Roland Berger

131. Nella memoria depositata il 27 agosto 2004, nonché nel corso dell'audizione del 1° settembre 2004 ed in quella del 15 seguente, Roland Berger ha eccepito che l'analisi dell'andamento concreto delle gare smentirebbe nei fatti l'assunto dell'Autorità circa le divise caratteristiche delle modalità di affidamento del servizio ristoro.

Secondo l'*advisor*, infatti, le regole specificamente dettate in materia di ammissibilità delle ATI e di offerta obbligatoriamente congiunta fra operatori *oil* e non *oil* avrebbero ampliato, e non ristretto, le possibilità di partecipazione alla gara.

Quanto alle ATI, l'*advisor* ha ribadito le osservazioni già formulate circa la loro funzionalità all'esercizio efficace del diritto di prelazione da parte delle società petrolifere. In particolare, ha dichiarato che ASPI gli ha fornito la documentazione inerente i diritti di prelazione immediatamente dopo il conferimento dell'incarico in data 20 giugno 2003.

132. Con specifico riguardo alle gare integrate, l'*advisor* ne ha ribadito la rispondenza ad esigenze di moderna e razionale gestione delle aree di servizio.

In particolare, nel corso dell'audizione del 1° settembre 2004, Roland Berger ha meglio chiarito che la gara integrata sarebbe lo strumento che consente di raggiungere in modo ottimale i benefici del modello della gestione integrata, in sostanza volti a minimizzare i costi degli operatori in funzione del benessere del consumatore finale, dati certi vincoli riscontrabili sull'area di servizio (limitatezza degli spazi e limitatezza del fatturato atteso).

Di fronte all'obiezione che la gara integrata impone agli operatori un giudizio di convenienza oggettiva, che appare però smentito in tutte le ipotesi in cui i vincitori della gara, per motivi di convenienza evidentemente soggettiva, non hanno optato per la gestione integrata dei servizi, l'*advisor* si è limitato a rispondere che in tali casi non si era raggiunta l'efficienza massima del modello.

All'obiezione secondo la quale le modalità previste per l'esercizio del diritto di prelazione nella gara integrata possono comportare che venga modificato anche il progetto presentato dal *team* vincitore, l'*advisor* ha risposto che la previsione mirava a deflazionare possibili controversie future fra gli operatori.

L'*advisor* ha chiarito che la gara integrata con progettazione integrata *ex ante* non è comunque l'unico strumento ipotizzabile per l'affidamento del servizio nelle aree prescelte, ma che le diverse alternative, pur percorribili, avrebbero comportato una compressione del modello di efficienza e, almeno potenzialmente, un aumento della litigiosità tra i *partner*.

Secondo l'*advisor*, l'impegno assunto in sede di gara garantirebbe comunque un livello minimo di efficienza dell'area meglio di un obbligo contrattuale collegato alla decadenza della convenzione, perché nel primo caso il concessionario ha valutato e verificato attentamente l'impegno, ed è quindi più facile che lo rispetti nel tempo.

133. Circa i meccanismi introdotti nella gara a garanzia del più volte richiamato benessere del consumatore, con specifico riguardo al livello dei prezzi finali²⁷, l'*advisor* ha chiarito di aver inizialmente previsto la presentazione obbligatoria in sede d'offerta di un paniere di beni essenziali con indicazione di un *trend* di massima per il periodo dell'affidamento del servizio, con opportuni correttivi volti a salvaguardare la libertà della politica di prezzo dell'affidatario. Tale indicatore è stato poi eliminato ai primi di marzo, e quindi per circa metà dei bandi, dopo aver verificato che l'assenza del medesimo non avrebbe comunque alterato l'esito degli affidamenti già conclusi. L'eliminazione è stata fatta accogliendo le specifiche richieste degli operatori del settore ristoro nel corso di un confronto avvenuto in sede ministeriale.

In tale occasione sono state accolte anche altre richieste, che hanno comportato un abbassamento della *royalty* a base di asta ed una semplificazione dei bandi. L'*advisor* ha conclusivamente eccepito la tardività della contestazione effettuata dall'Autorità, affermando che essa avrebbe avuto a disposizione un quadro informativo completo a partire, quanto meno, dal 17 dicembre 2003 per le gare integrate e dal 19 dicembre 2003 per le ATI prelezionarie.

d. La posizione di Autostrade

134. Nel corso del procedimento, ASPI ha ribadito le posizioni già espresse, affermando che le procedure di gara non avrebbero prodotto l'effetto di blocco paventato dall'Autorità nella sua contestazione, alla luce del loro andamento e del loro esito.

Con specifico riguardo alle ATI prelezionarie, ASPI ha negato il mancato rispetto del contratto da parte dell'*advisor* per la parte relativa all'ammissibilità delle ATI, affermando che egli avrebbe correttamente svolto un'attività interpretativa per aumentare la proconcorrenzialità dell'istituto.

ASPI ha quindi ratificato l'operato dell'*advisor*, come del resto aveva già fatto nella comunicazione del 5 marzo 2003.

Anche secondo ASPI la contestazione dell'Autorità sarebbe tardiva, perché da molto tempo essa conoscerebbe il modello di gara integrata utilizzato nell'attuale tornata. In particolare, ASPI rammenta che già KPMG aveva svolto 25 lotti di gara per un totale di 44 aree di servizio, su 15 delle quali, le uniche interessate dal servizio ristoro, aveva optato per un'offerta congiunta nelle more del procedimento C3818D. ASPI richiama, inoltre, il parere rilasciato dall'Autorità al Ministro delle Attività produttive in data 9 luglio 2002, che ritiene si possa interpretare come un "*nulla osta*" alla gara integrata utilizzata. Secondo ASPI, "*Nel corso del procedimento [C3818D], [...] in nessun momento l'Autorità ha ipotizzato che le procedure svolte da KPMG potessero ritenersi discriminatorie*" e, "*pur non contestando la correttezza di tali procedure e conoscendo la mancanza di effetti anticoncorrenziali generati da queste ultime, ha inteso far valere il principio di ordine generale alla stregua del quale Autostrade doveva rimanere estranea all'operato dell'advisor e a tutto quello che riguardava le gare e la fasi precedenti alle stesse*".

²⁷ [Atteso che è difficile attendersi, in un mercato non perfettamente concorrenziale e con determinate caratteristiche, come quello della ristorazione autostradale, che le riduzioni dei costi si traducano automaticamente in una riduzione del prezzo finale.]

Peraltro, la conoscenza delle gare integrate da parte dell'Autorità doveva emergere dal contratto di incarico, ed in particolare dall'Allegato A, là dove pone fra i requisiti di stabilità quello relativo alle "modalità di presentazione delle offerte Oil – Non Oil nelle aree piccole e medie che favoriscano il progetto congiunto ed il coordinamento operativo e commerciale, per meglio utilizzare le sinergie Oil – Non Oil".

Quel che appare dirimente, secondo ASPI, è comunque che essa ha rispettato appieno il divieto di ingerenza nell'attività di Roland Berger, proprio in ossequio al contratto di mandato conosciuto dall'Autorità e modificato più volte nel senso da questa auspicato.

Il rispetto del contratto avrebbe così impedito a se medesima e ad Edizione di interferire nell'autonomia valutativa dell'advisor, così come dall'aver "qualsivoglia flusso d'informazione di ritorno diverso dalla comunicazione dell'esito delle procedure, con vincolo specifico per il CDA di ASPI di far proprio l'esito delle procedure come comunicate dall'advisor senza discussione (e, per quel che conta, con astensione dell'Amministratore delegato e assenza dei rappresentanti di Edizione Holding, entrambe imposte statutariamente)".

e. La posizione di Edizione

135. Nella memoria, nonché in sede di audizione finale, Edizione ha sostenuto la sua totale estraneità alla contestazione formulata dall'Autorità.

Secondo Edizione, in particolare, il suo impegno nell'assicurare il rispetto della misura a) deve ritenersi assolto a seguito dell'avvenuto conferimento da parte di Autostrade al nuovo *advisor* Roland Berger di un mandato di *blind trust*, volto ad impedire ad Autostrade l'esercizio di alcuna interferenza nell'attività del mandatario.

Edizione, infatti, ha fatto sì che ASPI, da un lato, scegliesse un nuovo *advisor*, il cui nominativo era stato approvato dall'Autorità dopo la verifica della sua indipendenza; dall'altro, conferisse a tale *advisor* un mandato di *blind trust* il cui contenuto era stato "preventivamente concordato con l'Autorità".

Dato che tale contratto impediva ad Autostrade di intervenire sulla struttura delle gare e limitava i flussi informativi fra di essa (e quindi Edizione) e l'*advisor*, ad Edizione non poteva essere imputata alcuna responsabilità per fatti che essa non poteva conoscere e sui quali non doveva e non poteva intervenire, anche tenuto conto dei limitati poteri di controllo su Autostrade e ASPI²⁸.

136. Solo il venir meno dell'autonomia dell'*advisor* a causa di interferenze indebite nella sua attività, e quindi la violazione della misura *sub* lettera b), potrebbe giustificare l'imputazione ad Edizione di eventuali caratteristiche discriminatorie delle regole delle gare, e quindi la violazione da parte sua della misura *sub* lettera a).

Secondo Edizione, quindi, dato che la condizione b) è funzionalmente collegata alla condizione a), il rispetto della prima comporterebbe automaticamente il rispetto della seconda.

La mancata contestazione della violazione della misura b) verrebbe a precludere, dal punto di vista logico, la possibilità di contestare ad Edizione la violazione della misura a), atteso che l'interposizione di un soggetto fra Autostrade e l'affidamento delle concessioni per il servizio ristoro e *market* aveva la funzione di evitare in radice possibili favoritismi di qualsiasi genere nella gestione delle gare a vantaggio di Autogrill e a discapito dei concorrenti.

L'ottemperanza alla condizione a) deve, dunque, ritenersi completamente sottratta al controllo di Autostrade e quindi di Edizione per divenire appannaggio esclusivo dell'*advisor*. In pratica, l'*advisor* deve essere considerato l'unico soggetto cui viene demandata la corretta esecuzione della condizione.

137. Secondo Edizione, né l'Autorità né tanto meno Edizione stessa avevano il potere di intervenire sull'autonomia valutativa del fiduciario; nessuno aveva il potere di richiedere l'*advisor* la modifica delle gare in corso.

L'Autorità avrebbe, invece, dovuto chiedere ad Edizione e ad Autostrade la modifica di aspetti specifici del contratto, o la revoca o la sostituzione del fiduciario, e ciò con un provvedimento formale, adottato all'esito di un'istruttoria condotta in contraddittorio con l'*advisor*.

Secondo Edizione, la figura dell'*advisor* si configura come un fiduciario virtuale dell'Autorità, cui era affidato il compito di curare la corretta esecuzione della misura a) e di informare costantemente l'Autorità nello svolgimento del suo incarico, come nel caso del *trustee mandate* comunitario.

138. Come ASPI, anche Edizione afferma che l'*advisor* non avrebbe violato il contratto di mandato, ma avrebbe svolto un'attività interpretativa per fini proconcorrenziali, là dove ha dichiarato ammissibili le ATI fra soggetti in grado di partecipare da soli con il requisito della complementarietà.

Con riguardo ad entrambe le regole di gara contestate dall'Autorità, secondo Edizione, l'esito delle procedure, per quanto riguarda sia le ATI prelezionarie che le gare integrate, dimostrerebbe il carattere non discriminatorio delle medesime.

f. Il comportamento di Edizione

139. In data 29 settembre 2004 Edizione ha rappresentato di voler adottare un programma di azioni. In particolare, Edizione ha affermato di voler disporre - per il tramite di ASPI, e nei limiti in cui ciò non sia precluso da interventi vincolanti dell'Autorità Giudiziaria- il rinnovo delle procedure relative alle ATI prelezionarie di seguito indicate, previo annullamento in autotutela dei precedenti atti di gara:

²⁸ [Edizione ha infatti dichiarato che, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2497 del codice civile, "il CDA di Autostrade ha preso atto che Schema28 non coordina né dirige Autostrade", e che "Benetton Group e Autogrill hanno espressamente dichiarato ai sensi della medesima norma di non essere diretti e coordinati da Edizione" (cfr. doc. VI.184, verbale dell'audizione di Edizione del 3 agosto 2004).]

1. Arrone Est *
2. Conero Ovest*
3. Fabro Ovest*
4. Torre Cerrano Est*
5. Bisenzio Est*
6. Bisenzio Ovest*
7. Castel Bentivoglio Est*
8. Rubicone Est*
9. La Pioppa Ovest
10. S. Martino Est
11. La Pioppa Est
12. Reggello Ovest
13. S. Martino Ovest
14. Turchino Est
15. Flaminia Est
16. S. Zenone Ovest
17. Secchia Est
18. Sillaro Ovest

*Affidamenti integrati *Oii/Non Oii*

Subordinatamente ad un'eventuale ed autonoma determinazione del prelezionario, Edizione intende estinguere convenzionalmente i diritti di prelazione esistenti, previo pagamento al prelezionario, da parte di ASPI, di una somma non superiore al 3% del fatturato stimato per il tempo di durata del diritto, più eventuali oneri non ammortizzati, come risultanti dai contratti in essere.

In tal caso, ASPI bandirebbe nuove gare senza prelazione, comportanti l'affidamento del servizio per un periodo più lungo (12-15 anni) ed aperte a tutte le imprese in possesso dei requisiti di partecipazione già previsti per le gare già effettuate, prevedendo nel bando l'obbligo dell'aggiudicatario di rimborsare ad ASPI la somma complessivamente pagata al prelezionario a titolo di indennizzo.

In alternativa, Edizione assicurerebbe che nelle nuove regole di gara i diritti di prelazione esistenti rimangano salvaguardati, fermo restando l'onere del prelezionario di partecipare alle gare, al fine di preservarne il diritto di prelazione.

In tal caso, la durata dell'affidamento sarebbe limitata a quella del diritto di prelazione; l'esercizio del diritto non sarebbe compatibile con l'offerta di partecipazione in ATI e comporterebbe l'allineamento dell'offerta del prelezionario, sia nella parte tecnica sia nella parte economica, a quella giudicata migliore nella procedura. Nelle nuove regole di gara sarebbero attribuite al titolare del diritto di prelazione, per il caso in cui abbia esercitato tale diritto, le seguenti facoltà alternative in ordine alle modalità di esecuzione del servizio:

- gestire direttamente il servizio, nei limiti in cui ciò sia consentito dalla normativa vigente;
- affidare il servizio (come definito in esito alla pregressa procedura competitiva), o parti di esso idonee a formare distinti rami d'azienda, a terzi, selezionati (con esclusione di modalità alternative di aggiudicazione, anche in caso di ripetizione della procedura a seguito di gara deserta) mediante gare aperte alla partecipazione di tutte le imprese in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara principale, aggiudicate sulla base di un'offerta economica predeterminata in misura equa e della valutazione comparativa degli elementi migliorativi dell'offerta tecnica.

Edizione ha dichiarato di voler dare attuazione al suddetto programma di azioni entro il 25 ottobre 2004; in particolare, saranno adottati gli atti di annullamento in autotutela, di deliberazione di rinnovo delle 18 gare elencate, di determinazione irrevocabile dei requisiti di ammissione alle nuove gare, individuali e in ATI, e dei criteri di aggiudicazione delle stesse, nonché la definizione irrevocabile del calendario di pubblicazione dei bandi di gara.

140. Con comunicazioni del 25 ottobre e del 4 novembre 2004, ASPI ha trasmesso gli atti di annullamento di 15 procedure di gara, relative al servizio di ristoro per le seguenti aree: Arrone Est, Conero Ovest, Torre Cerrano Est, Bisenzio Est, Bisenzio Ovest, Castel Bentivoglio Est, Rubicone Est, Flaminia Est, Flaminia Est (bar), La Pioppa Ovest, S.Martino Est, Turchino Est, S. Zenone Ovest, Fabro Ovest, Sillaro Ovest.

Nelle medesime date, ASPI ha trasmesso gli atti di determinazione del rinnovo di 18 procedure di gara, relative al servizio di ristoro per le seguenti aree: Arrone Est, Conero Ovest, Torre Cerrano Est, Bisenzio Est, Bisenzio Ovest, Castel Bentivoglio Est, Rubicone Est, Flaminia Est (bar), Flaminia Est (bar e ristorante), Secchia Est (bar), La Pioppa Ovest, S.Martino Est, Turchino Est, S. Zenone Ovest (bar), S. Zenone Ovest (bar e ristorante), Fabro Ovest, Sillaro Ovest (bar), Sillaro Ovest (bar e ristorante).

Si evidenzia che per le aree Flaminia Est, S. Zenone Ovest e Sillaro Ovest si è proceduto ad una duplicazione delle gare in funzione del numero dei punti di ristoro individuabili, differenziando la concessione bar dalla concessione bar e ristorante.

In data 4 novembre 2004, ASPI, per quanto riguarda le aree La Pioppa Est, Reggello Ovest e S.Martino Ovest, ha comunicato di aver raggiunto l'accordo per l'aggiudicazione definitiva all'originario vincitore delle gare²⁹, previo annullamento della precedente aggiudicazione a favore dell'ATI prelezionaria non vincitrice.

In pari data, Autogrill ha trasmesso copia degli atti unilaterali di revoca del mandato per la costituzione dell'ATI con ENI S.p.A., ESSO Italiana S.r.l., ENI S.p.A. e McDonalds Development Italy Inc., ENI S.p.A. e Finifast S.r.l..

Edizione ha comunicato di aver avviato delle trattative specificamente volte all'individuazione di soluzioni transattive che comportassero l'indizione di nuove gare non gravate da diritti di prelazione, sia con ENI che con ESSO, riuscendo a concludere un accordo solo con ESSO.

Pertanto, a differenza dalle altre, la gara per l'assegnazione del servizio di ristoro per l'area Rubiconde Est non sarà gravata da diritto di prelazione.

141. Nelle date 25 ottobre e 4 novembre 2004, Roland Berger, per conto di Edizione, ha depositato la documentazione contenente la determinazione dei requisiti di ammissione alle nuove gare, dei criteri di aggiudicazione delle stesse nonché la definizione del calendario di pubblicazione dei bandi di gara relativo alle aree di servizio di cui sopra.

In particolare, diversamente da quanto previsto precedentemente, nelle nuove procedure il prelezionario non può partecipare alla gara in associazione o raggruppamento temporaneo con altre imprese.

Non saranno comunque ammesse le associazioni o i raggruppamenti temporanei fra imprese che siano in possesso singolarmente dei requisiti finanziari e dei requisiti tecnico-economici, nemmeno nel caso in cui fossero ravvisabili elementi di complementarità fra di esse, ad esempio sotto il profilo dell'apporto di immagine o dei servizi aggiuntivi in termini di qualità, affidabilità, logistica.

Il prelezionario deve partecipare alla gara e, nell'ipotesi in cui non sia il vincitore, all'atto della dichiarazione di esercizio della prelazione dovrà specificare quale modalità di gestione del servizio intenda adottare, o la gestione diretta, o l'affidamento a terzi.

L'affidamento a terzi potrà riguardare l'intero servizio, o parti di esso idonee a formare un distinto compendio aziendale, e avverrà secondo nuove gare trasparenti e non discriminatorie che dovranno essere bandite entro un termine predeterminato. Le subgare avranno requisiti di ammissione non più restrittivi della gara a monte, la componente economica dell'offerta sarà predeterminata in misura equa e la componente tecnica dovrà essere migliorativa rispetto all'offerta tecnica selezionata dalla gara a monte; e ciò anche nel caso di esperimenti ulteriori a seguito di gare deserte.

Per le gare ristoro relative alle aree c.d. integrate *oil/non oil*, non sarà più richiesto un accordo preventivo fra operatore *oil* e operatore non *oil*, così che il concorrente ristoro potrà parteciparvi con il possesso dei soli requisiti ristoro.

Infatti, mentre nelle precedenti gare integrate era richiesta all'operatore ristoro la redazione di un progetto tecnico integrato per i servizi *oil* e quelli non *oil*, le nuove gare si svilupperanno sulla base del progetto tecnico selezionato dalla precedente procedura. Mentre nelle gare precedenti l'obiettivo della gestione integrata veniva realizzato imponendo agli operatori *oil* e non *oil* per la partecipazione alla gara un accordo preventivo, e meramente eventuale, la nuova formulazione della gestione integrata si ottiene più semplicemente attraverso l'adesione da parte dell'operatore ristoro ad un piano di gestione già dato.

Pertanto, pur nel rispetto di alcuni vincoli derivanti dal precedente affidamento *oil*³⁰, che saranno riportati nei bandi di gara, i partecipanti ristoro avranno la possibilità di esprimere delle offerte in competizione fra loro.

Il fatturato che determinerà l'ammissibilità delle imprese sarà pari alla fascia più bassa utilizzata nelle precedenti procedure. Il fatturato del servizio ristoro, il cui incremento rispetto ad un anno di riferimento determina la base d'asta, sarà riferito al 2003, e non più al 2001.

Quanto alle diverse componenti dell'offerta economica, il corrispettivo *una tantum* non includerà i costi sostenuti da ASPI per le procedure ora rinnovate; pertanto, gli importi relativi a tale voce saranno complessivamente uguali a quelli che ASPI avrà restituito ai precedenti affidatari a seguito dell'annullamento.

Si evidenzia che nella lettera di richiesta di offerta vincolante verranno riportati gli elementi oggetto di valutazione, i rispettivi criteri di valutazione, in analitico e non per classi, con l'indicazione per ciascuno di essi del punteggio massimo. In modo analogo, verrà riportato anche il punteggio massimo per ogni indicatore puntuale presente nella tabella d'offerta.

L'apertura delle buste contenenti le offerte avverrà in seduta pubblica.

Nelle convenzioni l'obbligo dell'affidatario di rispettare quanto indicato nell'offerta vincolante per tutta la durata del rapporto sarà rafforzato sia con riferimento al contenuto della relazione relativa all'offerta tecnica, sia con riferimento ai valori offerti relativamente agli indicatori puntuali presenti nella tabella d'offerta ed alla documentazione di supporto. Inoltre, sarà rafforzato il meccanismo di verifica periodica del rispetto degli obblighi posti a carico dell'affidatario, che verrà demandato ad un organismo di vigilanza nominato all'interno della società concessionaria. Nel caso in cui detto organo di vigilanza riscontrasse il mancato rispetto degli impegni assunti con l'offerta vincolante da parte

²⁹ [Per queste aree, l'aggiudicazione definitiva del servizio di ristoro a favore dell'ATI prelezionaria non vincitrice era stata sospesa con provvedimento cautelare del Consiglio di Stato.]

³⁰ [I vincoli di cui sopra riguardano i vincoli progettuali ed in particolare l'elenco degli indicatori puntuali dell'allegato 7b della precedente procedura. Detti vincoli sono stati individuati nel loro contenuto e nel loro numero massimo.]

dell'affidatario, è prevista da parte del concessionario l'applicazione di una penale, salva la facoltà di risoluzione della convenzione per inadempimento.

V. VALUTAZIONI

a. L'inottemperanza ai provvedimenti dell'Autorità n. 8090 del 2 marzo 2000 e n. 9928 del 13 settembre 2001

a.1 La prescrizione dell'obbligo di gara

142. Oggetto del presente procedimento è l'ottemperanza o meno ad una delle condizioni imposte all'atto dell'autorizzazione dell'operazione di concentrazione C3818, in particolare alla misura *sub* lettera a) del provvedimento n. 8090 del 2 marzo 2000 come chiarita nel provvedimento n. 9928 del 13 settembre 2001.

Le questioni che vengono in rilievo ai fini dell'ottemperanza non attengono ai diritti di prelazione in sé, né ai comportamenti adottati dalle imprese per la partecipazione alle gare, né alla legittimità dei bandi³¹, né, infine, al rispetto da parte di ASPI della Convenzione ANAS, nelle sue diverse previsioni.

Nondimeno, si deve rilevare che l'esistenza di diritti di prelazione desta serie preoccupazioni di ordine concorrenziale, perché è elemento in grado di depotenziare di per sé la portata competitiva di qualsiasi procedura di gara, disincentivando la partecipazione di potenziali offerenti e sovvertendo la funzione naturale della gara. Ove, poi, l'esercizio in concreto di detti diritti venisse a delineare un effetto di rete, ancor più grave sarebbe la lesione della concorrenza che ne deriverebbe.

In modo non dissimile, si deve rilevare che gli accordi fra imprese anche complementari, volti a costituire ATI interessate da diritti di prelazione, assumono una rilevanza anticoncorrenziale di per sé, là dove, in concreto, non hanno costituito un effettivo centro di cooperazione per l'erogazione del servizio messo a gara, ma hanno sortito unicamente la traslazione dei benefici della prelazione su soggetti che altrimenti non avrebbero potuto goderne.

In questa sede, tuttavia, le regole delle gare svolte da Roland Berger dietro mandato di ASPI vengono esaminate dall'Autorità quali modalità di accesso al mercato della ristorazione autostradale ai fini dell'ottemperanza.

143. In particolare, la prescrizione *sub* lettera a) , là dove poneva l'obbligo di gara, mirava ad assicurare l'obiettivo che l'indicazione del fornitore del servizio di ristoro scaturisse da un confronto potenzialmente paritetico tra tutti gli operatori interessati.

Da ciò discendeva il corollario, naturale e necessario come chiarito nel provvedimento n. 9928 del 2001, che l'aggiudicatario ristoro, ove non volesse erogare direttamente il servizio, individuasse a sua volta il gestore tramite un'ulteriore gara³²; in pratica la prescrizione dell'Autorità comportava che ogni forma di affidamento indiretto del servizio ristoro avvenisse tramite gara.

In termini generali, affinché una gara possa svolgere la sua naturale funzione di luogo ideale per l'accesso al mercato, è evidentemente necessario che le sue regole offrano una *chance* potenzialmente paritetica per tutti i soggetti interessati in grado di competere efficacemente.

Se la gara è una delle misure imposte per impedire il rafforzamento della posizione dominante di Autogrill nell'accesso al mercato della ristorazione autostradale, è con tutta evidenza altrettanto necessario che le sue regole non devono essere tali da avvantaggiare Autogrill.

Infatti, nel loro complesso, come ampiamente descritto ai §§11 e 12 e 13, le misure correttive prescritte dall'Autorità lasciavano ad Autogrill un unico vantaggio concorrenziale nell'accesso al mercato, consistente nella possibilità di esercitare i suoi diritti di prelazione, come conosciuti e riferiti a concessioni in scadenza nel 2008 e nel 2013, vantaggio comunque sottoposto al vincolo di una quota di mercato, espressa in numero di punti di ristoro, non superiore al 72% di quelli presenti sulla rete autostradale gestita dal gruppo Autostrade.

a.2 La violazione dell'obbligo di gara

144. Quanto emerso dagli atti del procedimento conferma la sussistenza della violazione contestata nel provvedimento del 7 aprile 2004, ossia il mancato rispetto della misura a) del provvedimento n. 8090, come chiarita nel provvedimento n. 9928 del 13 settembre 2001, ovvero che le regole secondo le quali si è svolto il processo di affidamento delle concessioni ristoro nella tornata di gare 2003/2004, erano in grado di avvantaggiare Autogrill. Il riferimento è alle regole relative alla partecipazione alla gara da parte del prelazionario unitamente ad altri soggetti, nonché alle regole relative all'obbligo di reperire preventivamente un partner oil per competere per l'affidamento del servizio di ristoro.

All'esito della tornata di affidamenti, infatti, i dati circa l'andamento concreto delle gare, al contrario di quanto sostenuto dalle parti, consentono di avvalorare la fondatezza della contestazione mossa dall'Autorità, ovvero che il meccanismo delle ATI prelazionarie e l'obbligo di reperire ex ante un partner oil costituivano delle modalità di accesso al mercato in grado di avvantaggiare Autogrill.

³¹ *[Materia, questa, che rientra unicamente nelle attribuzioni del giudice amministrativo.]*

³² *[Esigenza, questa, ben chiara ad Edizione, che nell'occasione si era impegnata a vincolare contrattualmente in tal senso l'affidatario.]*

145. In particolare, l'aver consentito al prelezionario di aggregarsi in ATI con altri soggetti in grado di partecipare da soli avvalendosi del requisito della complementarietà, fa sì che il soggetto non titolare del diritto di prelazione venga a godere dei medesimi vantaggi del prelezionario, sia in termini di possibilità di acquisizione del servizio a preferenza del miglior offerente, sia in termini di depotenziamento del confronto competitivo che deriva dalla consapevolezza, da parte dei concorrenti, dell'esistenza di un offerente che potrà comunque, a sua discrezione, acquisire il servizio.

Il meccanismo delle ATI prelezionarie ha fatto sì che il prelezionario potesse scegliere l'operatore ristoro direttamente a sua discrezione senza una gara, e ciò a prescindere dal fatto che per ottenere l'aggiudicazione definitiva sia stato necessario o meno esercitare la prelazione.

Infatti, nelle 18 gare in cui ha trovato applicazione il meccanismo in questione, l'operatore ristoro è stato selezionato non a monte dell'aggiudicazione, quanto piuttosto a monte delle gare stesse dalla società petrolifera. In questi casi, si deve ritenere, quindi, che la gara abbia selezionato un'offerta, ma non certo l'aggiudicatario, che è stato scelto *ex ante* dalla società petrolifera.

L'illiceità del meccanismo risalta, poi, con ancora maggior evidenza nei casi in cui l'ATI prelezionaria non vincitrice si è vista aggiudicare il servizio in via definitiva a discapito dell'originario vincitore della gara grazie all'esercizio del diritto di prelazione.

In entrambi i casi, pertanto, sia di ATI vincitrici, sia di ATI non vincitrici che hanno dovuto esercitare la prelazione, diversamente da quanto sostenuto da tutte le parti nel corso del procedimento, l'obbligo di gara è stato eluso.

146. Ai fini dell'ottemperanza, rileva il fatto che a beneficiare di questo meccanismo sia Autogrill, soggetto in posizione dominante verticalmente integrato con Autostrade, in relazione al quale la misura prescritta dall'Autorità mirava proprio a controbilanciarne il rafforzamento della posizione dominante anche nell'accesso al mercato. Di contro, il meccanismo delle ATI prelezionarie ha consentito ad Autogrill di godere di un accesso privilegiato al 30% circa del fatturato ristoro messo a gara (cfr. §124).

147. Quanto osservato da Autogrill, circa la situazione delle proprie concessioni c.d. indirette, la validità perdurante del contratto di affitto d'azienda con Eni e la preesistenza dei diritti di prelazione di quest'ultima, non vale a giustificare le regole di gara che l'Autorità ritiene in contrasto con la prescrizione in esame.

La questione degli affidamenti indiretti e della scadenza dei servizi gestiti da Autogrill grazie ai rapporti di parternariato con società petrolifere, come Autogrill stessa ricorda, è stata oggetto di valutazione da parte dell'Autorità proprio nel corso del procedimento del 2001, ed è tenendo conto di questa situazione che l'Autorità ritenne opportuno, nel provvedimento n. 9928 del 13 settembre 2001, declinare al di là di ogni ragionevole dubbio la portata dell'obbligo di gara.

Ed è, altresì, in ragione della situazione preesistente descritta da Autogrill, che Edizione e Autostrade rassicurarono l'Autorità circa il fatto che l'affidamento del ristoro, pur in presenza dell'affidamento di altri servizi, sarebbe avvenuto separatamente, e che, per aumentare la contendibilità del mercato, ad ogni punto di ristoro sarebbe corrisposta tendenzialmente una gara e quindi una concessione.

148. In modo non dissimile, all'esito della tornata di affidamenti, i dati circa l'andamento concreto delle gare, al contrario di quanto sostenuto dalle parti, confermano il fatto che le regole delle gare integrate, per la partecipazione alle quali è richiesto il contemporaneo possesso dei requisiti *oil* e di quelli non *oil*, con il temperamento dato dalla possibilità di presentazione di un'offerta congiunta fra operatori *oil* e non *oil*, erano in grado di avvantaggiare Autogrill, in quanto operatore in posizione dominante, che già dispone di consolidati rapporti con le società petrolifere sulla maggior parte delle aree messe a gara.

L'analisi dell'andamento delle aggregazioni fra operatori *oil* e operatori non *oil*, nonché del tasso di partecipazione nelle gare integrate rispetto a quello verificabile nelle gare c.d. separate, come riportato ai §§125 e 126, conferma che tale modalità di gara, mentre diminuisce il numero dei partecipanti, favorisce i gestori uscenti.

L'effetto escludente per i nuovi entranti è risultato amplificato dall'interazione con il modello di gara in discorso di una fitta rete di diritti di prelazione in capo a società petrolifere, relative al rinnovo dei servizi *oil* e non *oil*. L'esistenza di tali diritti ha disincentivato gli operatori *oil*, diversi dal prelezionario, dal reperire un *partner* ristoro con il quale presentare un'offerta congiunta.

Ciò ha comportato, pertanto, che Autogrill, quale gestore uscente per eccellenza anche in virtù dei sopra richiamati contratti di affitto, nel 59% dei casi di gare integrate cui poteva partecipare avesse già il *partner oil*.

149. A giustificare la violazione della misura *sub* lett. a) non soccorrono ragioni di efficienza del modello di gara rispetto agli obiettivi di gestione delle aree di servizio. Il rispetto della misura a), infatti, costituisce il vincolo imprescindibile di cui si deve tener conto nell'elaborazione del modello di gara per l'affidamento del servizio di ristoro.

Si deve, inoltre, considerare che le misure di cui al provvedimento n. 8090 sono state individuate dall'Autorità non solo sulla base della specifica situazione di mercato indicata ai §§ da 5 a 10, ma anche sulla base delle ragioni di efficienza del processo di ammodernamento delle aree di servizio autostradali rappresentate nel piano industriale elaborato per la privatizzazione di Autostrade, richiamati ai §§ 14 e 15. Per tale ragione, le misure rispondevano largamente agli impegni assunti da Edizione, che le aveva considerate un'autolimitazione compatibile con le proprie esigenze di *business*.

L'Autorità, in sede d'accertamento della violazione della misura a), peraltro, non è stata chiamata affatto a valutare un modello teorico di gara in sé, quanto piuttosto tutta una serie di procedure, in relazione alle quali si affermava la loro rispondenza al modello in questione.

In tal modo, la concreta declinazione delle gare ha consentito di apprezzare che in un numero rilevante di casi l'efficienza del modello e gli asseriti vantaggi per il benessere del consumatore, in realtà, non venivano nemmeno coerentemente perseguiti. E ciò considerando, ad esempio, il numero delle aree nelle quali l'erogato era superiore alla quantità indicata come requisito minimo, o in cui erano presenti più punti di ristoro precedentemente gestiti da diversi operatori, o le gare nelle quali gli aggiudicatari non avevano optato affatto per l'integrazione gestionale dei servizi, o le previsioni che comportavano la modificabilità *post* gara sia della coppia vincente sia del progetto vincitore, oppure l'assenza di previsioni concrete volte a stimolare il contenimento dei prezzi al consumatore finale (cfr. §§ da 73 ad 82, 88, 132, 133).

150. Non appare condivisibile quanto sostenuto da Edizione, là dove afferma che la "discriminatorietà" delle gare, ove manifesta, potrebbe venire in rilievo quale violazione della misura a) solo ove fosse il frutto di comprovate interferenze sull'autonomia dell'*advisor* in violazione della misura b).

In realtà, le misure imposte dall'Autorità devono considerarsi autonome, come dimostra la necessità e l'esistenza *in re ipsa* di due distinte prescrizioni, benché complementari e finalizzate tutte al medesimo scopo, ovvero che Autogrill non sia avvantaggiata nell'accesso al mercato.

Il rapporto fra la misura a) e la misura b) deve intendersi di pregiudizialità in senso negativo, in ciò diversificandosi chiaramente le due fattispecie. Vale a dire che, una volta violata la misura b), è inutile andare a verificare il rispetto della misura a).

Infatti, come affermato dal TAR Lazio, Sez. I, nella sentenza n. 7186/2003³³, la violazione della misura b) configura un illecito di pericolo e non di danno, di tal che "*l'Autorità giustamente si è sentita esonerata da una puntuale ed analitica indagine circa la verifica in concreto di specifici effetti anticompetitivi quali conseguenza della violazione*" della misura b) (pag. 49 sentenza TAR), là dove, per "verifica degli effetti anticompetitivi" Edizione stessa intende l'effettivo carattere discriminatorio delle procedure di gara (cfr. pag. 20 sentenza TAR).

L'autonomia della misura a) emerge chiaramente dai provvedimenti dell'Autorità, là dove essa individua la norma di chiusura del comportamento delle parti coinvolte nella concentrazione: ovvero l'impegno di Edizione ad assicurare che in ogni caso si proceda all'affidamento delle concessioni ristoro mediante modalità che non avvantaggino la propria controllata Autogrill.

a.3 La tempestività della contestazione

151. Impregiudicata la complessa questione circa l'applicabilità del termine di cui all'articolo 14 della legge n. 689/81 alle violazioni di cui all'articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90, deve ritenersi infondata l'eccezione di tardività della contestazione sollevata dalle parti.

Occorre considerare che l'*iter* valutativo dell'Autorità si è dovuto inserire nelle more delle procedure in corso.

La complessità della questione deriva, infatti, dalla circostanza che l'adempimento dell'obbligo di gara, cioè l'affidamento delle concessioni ristoro in scadenza al 31 dicembre 2003 secondo modalità che non avvantaggiassero Autogrill nell'accesso al mercato, richiedeva lo svolgimento³⁴ di tutto un arco di attività, che doveva comprendere l'individuazione di un nuovo *advisor*, il conferimento a quest'ultimo dell'incarico, l'incameramento da parte sua dei dati tecnici forniti da ASPI, l'analisi istruttoria, la ricognizione del mercato, l'elaborazione delle procedure e la definizione dei requisiti di ammissione e dei parametri di aggiudicazione, la loro trasmissione all'Autorità, l'espletamento delle gare, la loro aggiudicazione, la sottoscrizione delle convenzioni.

Il processo, pur lineare, ha impegnato l'Autorità in un'attività di verifica di dati e di comportamenti che si sono andati definendo via via in sovrapposizione allo svolgimento della tornata di gare, come emerge con tutta evidenza ai §§ da 37 a 121. Basti considerare che solo il 20 gennaio 2004 ASPI, per la prima volta, ha fornito un'informativa circa le prelezioni di ENI. In ogni caso, il trattamento riservato ai diversi diritti di prelazione nell'ambito delle gare, ed in particolare il meccanismo complessivo delle ATI prelezionarie non era apprezzabile dai bandi, ma si è chiarito a livello teorico, solo a seguito delle risposte fornite da Roland Berger il 27 gennaio 2004, e, nelle sue implicazioni pratiche, solamente con le aggiudicazioni definitive avvenute nel lasso di tempo dal 30 gennaio al 19 marzo 2004.

Un elemento non trascurabile è rappresentato dalla verifica della componente soggettiva dell'illecito. In tale contesto, viene ad assumere rilevanza anche il comportamento tenuto da Edizione nella fase dell'accertamento e le risposte da essa fornite alle richieste dell'Autorità.

Si deve, infine, considerare il fatto che tali comportamenti sono continuati pur dopo la contestazione del 7 aprile 2004, sino alla stipula dell'ultima convenzione per l'affidamento del servizio di ristoro in data 28 luglio 2004 (cfr. §123).

b. L'applicazione della sanzione di cui all'articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90

152. L'articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che, se le imprese realizzano un'operazione di concentrazione vietata, l'Autorità infligge una sanzione pecuniaria non inferiore all'1% e non superiore al 10% del "*fatturato delle attività di impresa oggetto della concentrazione*".

³³ [Confermata dalla sentenza n.5288/04 dal Consiglio di Stato, Sez. VI.]

³⁴ [In un tempo limitato, atteso che l'avvio delle procedure di gara nell'estate del 2002 aveva subito una significativa interruzione a causa della violazione, da parte di Edizione, della misura b) del provvedimento n. 8090.]

b.1 La responsabilità di Edizione

153. La misura di cui si contesta la violazione è stata imposta dall'Autorità alla società Edizione, la quale nel 2000 era la società acquirente del controllo della società Autostrade.

Al contrario di quanto sostenuto da Edizione, quindi, il soggetto a cui nel provvedimento n. 8090 e poi nel provvedimento n. 9928 è stato imposto l'obbligo di assicurare il rispetto delle misure correttive non può che essere Edizione, quale società acquirente e quindi destinataria dell'autorizzazione da parte dell'Autorità.

Non diversamente da come affermato in relazione alla precedente inottemperanza dal Giudice Amministrativo nelle sentenze citate al §25, anche la misura a), alla luce della sua lettera e della sua *ratio*, non può non importare per Edizione l'obbligo di risultato di attivarsi in ogni modo utile a garantire che le modalità di selezione dei partecipanti alle gare (quanto a dimensioni minime di fatturato, esperienza consolidata nel settore, ecc.), le modalità di organizzazione delle gare stesse (per lotti, per singole aree, per gruppi di servizi, ecc.) oltre che i parametri di aggiudicazione delle subconcessioni non favorissero la controllata Autogrill.

Quanto all'irrelevanza, sul punto, della supposta limitatezza dei poteri di controllo su Autostrade lamentata da Edizione (cfr. §138), basti richiamare quanto affermato nelle sentenze citate, secondo cui l'elemento decisivo è che il provvedimento n. 8090, nella parte in cui imponeva ad Edizione di garantire un risultato, è rimasto inoppugnato. A ciò si aggiunge la considerazione che, nella misura in cui detta situazione di controllo risultasse oggi mutata rispetto a quella valutata dal giudice, sarebbe stato preciso onere di Edizione comunicare all'Autorità un eventuale mutamento della situazione di fatto e chiedere il riesame del provvedimento, fatti questi che non si sono mai verificati.

154. A contrastare la responsabilità di Edizione nell'inottemperanza contestata, non soccorrono, quindi, i rilievi mossi dalla parte in merito al fatto che i comportamenti positivi relativi alle descritte vicende, inerenti le regole delle procedure di affidamento delle concessioni ristoro nella tornata di gare 2003/2004, sarebbero stati posti in essere dall'*advisor*, in piena autonomia, che l'*advisor* doveva ritenersi l'unico soggetto responsabile dell'attuazione della misura a), e che nei suoi confronti Edizione non aveva alcun potere di intervento.

155. Considerato che Edizione aveva il dovere di assicurare il rispetto della misura a), la tesi della medesima circa l'indisponibilità da parte sua di strumenti di intervento sull'operato dell'*advisor* appare, peraltro, comunque infondata.

Deve infatti ritenersi che, coerentemente alla natura dell'obbligo assunto nel 2000, Edizione aveva il potere di intervenire sull'*advisor* al fine di assicurare il rispetto della misura a); questi, attraverso Autostrade, era, infatti, il suo fiduciario, come emerge non solo dalla lettera del contratto, ma, soprattutto, dalla comune intenzione delle parti come ricavabile dai comportamenti da esse concretamente adottati.

Si rileva, infatti, che l'analisi delle clausole del contratto fra ASPI e Roland Berger non consente di rinvenire in esso quei tratti distintivi del *trust mandate* comunitario³⁵ richiamati da Edizione a sostegno della sua tesi.

Inoltre, gli obiettivi, i requisiti ed i vincoli dell'incarico sono definiti da Autostrade anche nell'interesse di Edizione, come evidenziato ai §§ da 32 a 36.

E' Edizione che sottopone all'Autorità il contratto sottoscritto dalle parti.

E' ad Autostrade e ad Edizione che l'*advisor* si rivolge per rimettere il proprio incarico a seguito dei rilievi formulati dall'Autorità con la comunicazione del 20 febbraio 2004³⁶, ed è sempre Edizione, oltre che Autostrade, ad esprimersi in merito alla richiesta dell'*advisor*, non accogliendo la rimessione del mandato, confermandogli la fiducia nonostante i rilievi dell'Autorità, e dunque ratificando espressamente il suo operato.

156. In ogni caso, le evidenze in atti consentono di ritenere che Edizione era a conoscenza delle caratteristiche delle gare.

In particolare, anche se i rappresentanti di Edizione si astenevano dal partecipare alle discussioni relative alle gare nei consigli di amministrazione di Autogrill e di Autostrade, al fine di evitare eventuali conflitti d'interesse, ciò non di meno i consiglieri e l'amministratore delegato di Autogrill, emanazione di Edizione, sono presenti nella riunione del CDA di Autogrill del 12 novembre 2003, là dove, come evidenziato al §128, "vengono illustrate le principali linee di azione della società". Pertanto, quanto meno da tale data, Edizione poteva sapere che Autogrill aveva deciso [*omissis*].

Edizione, poi, era a conoscenza dei comportamenti dell'*advisor* anche attraverso le proprie controllate Autostrade per l'Italia S.p.A. e Autostrade S.p.A., il cui amministratore delegato, emanazione di Edizione, è sempre presente nelle riunioni in cui il Consiglio viene informato sull'andamento e sull'esito dei procedimenti competitivi.

E' infatti irrilevante, ai fini della conoscenza dei fatti, la circostanza che i soggetti espressione di Edizione si astengano, per regole di *corporate governance*, dal voto nelle deliberazioni aventi ad oggetto l'aggiudicazione degli affidamenti³⁷.

157. Edizione, quindi, avrebbe dovuto adottare tutti i comportamenti omissivi e commissivi utili a garantire la corretta esecuzione della misura di cui alla lettera a), anche ad esempio richiamando l'*advisor* al rispetto dei vincoli di cui all'Allegato A del contratto.

³⁵ [Al contrario, la Commissione deve approvare preventivamente il nominativo del trustee (l'approvazione deve risultare dal contratto), le clausole del contratto, il piano di lavoro di massima, addirittura il suo compenso. Le clausole del mandato prevedono espressamente gli obblighi informativi del trustee nei confronti della Commissione, disciplinandoli minuziosamente. Sempre le clausole del mandato conferiscono alla Commissione il potere di chiedere alle parti di sostituire il mandatario. Per questo motivo, in virtù delle specifiche disposizioni contrattuali, si può qui dire che il trustee è il fiduciario della Commissione.]

³⁶ [Cfr. verbale del CDA di ASPI del 19 marzo 2004, doc.VII.215.r.]

³⁷ [Cfr. pag. 58 della sentenza TAR n.7186/2003, citata al §25.]

Gli elementi raccolti nel corso del procedimento depongono tutti unitariamente nel senso di una condotta di Edizione incompatibile con tale volontà.

Edizione, infatti, non si è attivata in alcun modo per assicurare il rispetto della misura a), nonostante le comunicazioni dell'Autorità nelle quali veniva richiesto all'impresa di intervenire sulle procedure in atto.

L'Autorità, consapevole della complessità delle problematiche coinvolte, dato il numero di gare integrate che Autostrade, incurante delle preoccupazioni comunicate il 29 dicembre, aveva già aggiudicato, dato altresì l'avanzato stato delle procedure, si era preoccupata di contenere per quanto possibile gli effetti anticoncorrenziali sul mercato, chiedendo ad Edizione che l'*advisor* modificasse il modello di gara integrata per le procedure non ancora iniziate e per quelle già bandite nelle quali non era ancora scaduto il termine di presentazione delle offerte. Secondo le informazioni fornite dall'*advisor*, erano 49 i casi per i quali non era stata inviata ancora la lettera di invito, e 17 i casi per i quali non era ancora scaduto il termine per la presentazione dell'offerta.

Tale soluzione, peraltro, mentre era in grado di salvaguardare le posizioni giuridiche differenziate dei terzi, risultava pienamente compatibile con le disposizioni dei bandi che esoneravano Autostrade da qualsiasi responsabilità nel caso di modifica delle procedure in atto.

Edizione, invece, con comunicazione dell'8 marzo, nel fare proprie le argomentazioni di ASPI del 3 marzo, si è limitata ad affermare che il modello della gara integrata sarebbe stato in realtà procompetitivo e che comunque essa non disponeva, né nei riguardi di Autostrade, né nei confronti dell'*advisor*, dei mezzi necessari per ottenere la modifica del modello di gara in questione.

Autostrade, peraltro, nella comunicazione del 3 marzo aveva sollecitato espressamente l'*advisor* a verificare se l'eventuale attuazione delle misure indicate dall'Autorità potesse integrare una violazione degli obblighi assunti contrattualmente nell'ambito dell'incarico conferitogli, tenendone presenti gli obiettivi.

In pratica, Autostrade, anziché raccogliere per Edizione l'invito dell'Autorità a richiamare l'*advisor* al rispetto dei Vincoli contrattuali, fra i quali era posto il provvedimento dell'Autorità n. 8090, lo ha sollecitato a non tenerne conto nella misura in cui il rispetto di detti vincoli potesse contrastare con il raggiungimento degli obiettivi economico-finanziari.

Edizione, quindi, ha consentito che l'iter degli affidamenti proseguisse immutato pur dopo la contestazione del 7 aprile 2004.

b.2 La determinazione della sanzione

158. La violazione oggetto del presente procedimento è idonea a determinare un'incidenza significativa sulle dinamiche concorrenziali nel mercato a monte dell'affidamento in subconcessione dei servizi prestati nelle aree di sosta della rete autostradale, nonché nel mercato a valle della ristorazione autostradale, nel senso paventato all'atto dell'autorizzazione dell'operazione di concentrazione tra Edizione e Autostrade.

Non v'è dubbio, infatti, che nel mercato dell'affidamento delle subconcessioni, dove il gruppo Autostrade si trova in posizione dominante, una concorrenza non falsata può realizzarsi solo attraverso modalità di affidamento tali da non avvantaggiare Autogrill, soggetto verticalmente integrato con il concedente, a danno dei concorrenti potenziali.

Quanto alla ristorazione autostradale, la gara per l'ottenimento della concessione rappresenta la modalità chiave per l'accesso al mercato. Come già evidenziato, infatti, l'insieme dei mercati della ristorazione autostradale italiana risulta caratterizzato non solo da barriere all'entrata di tipo economico ed amministrativo, ma anche da una struttura che vede un elevato indice di concentrazione con la presenza di un operatore tutt'ora in posizione dominante³⁸.

La tornata di gare per l'affidamento delle concessioni in scadenza al 31 dicembre 2003 assumeva, per il numero di concessioni interessate e per l'assenza di prelezioni in capo ad Autogrill, un'importanza determinante per il processo di apertura dei mercati italiani della ristorazione autostradale³⁹. Infatti, secondo i dati forniti da ASPI, le gare 2003/2004 rappresentano, in termini di fatturato, il 40,71% di quello realizzato nella ristorazione autostradale nelle aree di servizio del gruppo Autostrade, ed in numero il 50% delle concessioni ristoro presenti sempre sulla rete del gruppo.

Appare, perciò, grave che le modalità attraverso le quali dovevano essere affidate le subconcessioni ristoro non siano state rispettate secondo quanto disposto dalla misura a) di cui ai provvedimenti dell'Autorità n. 8090 del 2 marzo 2000 e n. 9928 del 13 settembre 2001.

In senso contrario non rileva la circostanza che l'esito delle gare abbia comunque comportato l'ingresso di nuovi operatori, atteso che tale evento, come evidenziato in fatto ai §§126 e 129, non può essere ricondotto interamente al dispiegarsi delle gare, ma è dipeso, in misura significativa, da altri fattori, quali gli obblighi di astensione di Autogrill, la sua strategia di partecipazione alle gare e l'uscita dal mercato di una serie di operatori privi dei requisiti tecnico-economici richiesti.

Non si può, inoltre, non considerare il fatto che Edizione, seppure per motivi diversi, ha già subito un procedimento sanzionatorio ex articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90 sempre in relazione alla concentrazione C3818.

Edizione, inoltre, deve ritenersi a conoscenza delle divise caratteristiche delle gare, fin dal CDA di Autogrill del 12 novembre 2003 quando essa ha definito la propria strategia di partecipazione, e comunque per tutto il periodo di svolgimento delle procedure attraverso la partecipazione di propri rappresentanti ai consigli di amministrazione di ASPI

³⁸ [Cfr. §6.]

³⁹ [Cfr. §27.]

e delle sue controllate. Edizione è stata richiamata ad intervenire per assicurare il rispetto della misura a) proprio dall'Autorità, da ultimo con la comunicazione del 20 febbraio 2004⁴⁰, e nonostante ciò, come già evidenziato, nulla ha fatto per correggere le procedure in atto, consentendo anzi che proseguissero sino alla loro conclusione secondo l'originaria impostazione.

Con riguardo alla durata della violazione contestata, si rileva come essa debba risalire al periodo di elaborazione delle procedure di gara per l'affidamento del servizio ristoro, riconducibile almeno al settembre 2003, e, per come emerge in atti, ha coperto tutto l'arco degli affidamenti sino alla stipula delle relative convenzioni per l'affidamento del servizio in questione sino al luglio 2004.

IL COMPORTAMENTO TENUTO DA EDIZIONE NEL CORSO DEL PROCEDIMENTO

159. Dopo la citata decisione del Consiglio di Stato, e precisamente il 29 settembre 2004, Edizione ha rappresentato all'Autorità di volersi attivare presso ASPI e Roland Berger al fine di rivedere le procedure di gara interessate dalle ATI prelezionarie, che, in termini di fatturato, riguardavano più del 31% del totale messo a gara.

In esecuzione di precise istruzioni di Edizione, come precisato ai §§ 139 e 140, ASPI ha proceduto all'annullamento di 15 gare e di 3 aggiudicazioni definitive a favore di 3 ATI prelezionarie non vincitrici, delle quali il giudice amministrativo aveva dichiarato in sede di appello la sospensione degli effetti. Autogrill ha revocato il mandato al prelezionario con il quale si era associata in ATI ed ha risolto il contratto di ATI con ESSO. ASPI ha provveduto a mettere in gara 18 concessioni per l'assegnazione del servizio di ristoro, indicendo una specifica procedura per ogni punto di ristoro separatamente individuabile sulle aree di servizio interessate dall'annullamento, come promesso da Edizione nel corso del procedimento del 2000.

In un caso, il prelezionario ha rinunciato al diritto di prelezione.

Le nuove procedure, che non comporteranno costi aggiuntivi a carico dei partecipanti, si svolgeranno secondo regole irrevocabili e diverse da quelle seguite in precedenza, tali da far venir meno, per una percentuale rilevante del fatturato ristoro messo a gara nella tornata 2003, i vantaggi concorrenziali di cui Autogrill ha potuto godere (cfr. §141).

Infatti, non saranno ammessi meccanismi, quali l'ATI, che consentano la traslazione degli effetti del diritto di prelezione su soggetti diversi dal titolare.

Inoltre, per 7 procedure, precedentemente integrate, vengono meno le restrizioni all'accesso collegate all'utilizzo della gara integrata. Per queste, infatti, le esigenze di integrazione progettuale e gestionale non richiederanno il reperimento preventivo di un *partner oil*, ma più semplicemente il rispetto, nell'offerta, di vincoli progettuali e/o gestionali dati, lasciando comunque l'operatore ristoro in grado di esprimere una propria offerta autonoma.

Pur tenendo conto del depotenziamento del confronto competitivo derivante dai diritti di prelezione, i cui tentativi di completa eliminazione, pur esperiti, non hanno tuttavia sortito esito positivo, si può ritenere che le condotte di Edizione hanno consentito di rimettere in gara un numero di concessioni ristoro che in termini di fatturato rappresenta il 24% del totale della tornata 2003/2004. Una di queste gare non sarà più gravata dall'originario diritto di prelezione; in tal modo, per detta area, si verrà a determinare una effettiva riapertura al mercato.

La previsione, nelle procedure, dei meccanismi descritti al §141 determina, poi, l'introduzione di ulteriori e significativi elementi a vantaggio della portata competitiva delle gare, quali ad esempio l'inammissibilità delle ATI fra soggetti in grado di partecipare da soli, l'esplicitazione del punteggio di ogni indicatore puntuale, l'apertura pubblica delle offerte, l'aggiornamento del fatturato di riferimento per il calcolo della base d'asta, il rafforzamento dei meccanismi dei controlli *ex post*, la disciplina della subgara con l'indicazione di un termine per l'esperimento delle eventuali procedure. L'insieme di questi elementi consente di affermare che Edizione si è dimostrata consapevole dell'illegittimità ai fini dell'ottemperanza delle ATI prelezionarie, ha eliminato le conseguenze della violazione per questa sua parte, ed ha attenuato, in termini quantitativi, quelle relative alle gare integrate.

LE CONDIZIONI ECONOMICHE DI EDIZIONE

Il fatturato realizzato in Italia e all'estero da Edizione nel 2003 è stato, come da bilancio consolidato, pari a 5.057 milioni di euro, con un risultato netto di esercizio pari a 97 milioni di euro.

IL FATTURATO DELLE ATTIVITÀ DI IMPRESA OGGETTO DELLA CONCENTRAZIONE

Il "fatturato delle attività di impresa oggetto della concentrazione" di cui all'articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90 deve essere riferito alle attività che sono svolte nei mercati rilevanti interessati dall'operazione di concentrazione. I mercati rilevanti interessati dalla concentrazione sono quelli: a) dell'affidamento in subconcessione dei servizi prestati nelle aree di sosta della rete autostradale e b) della ristorazione autostradale. Si ritiene, quindi, che nel caso di specie il fatturato sulla base del quale determinare la sanzione sia quello derivante dalle attività svolte nei suddetti mercati.

Pertanto, al fine di individuare l'ammontare di fatturato utile per la determinazione della sanzione, deve tenersi conto del fatturato realizzato da Edizione nei due mercati indicati, al netto della parte infragruppo, ovvero a quella parte del fatturato 2003 corrispondente agli introiti realizzati dalle società controllate da Edizione in relazione alle attività svolte

⁴⁰ [Cfr. §§ 72, 75, 76, 96, 97.]

nei suddetti mercati nei rapporti con imprese terze. Tale fatturato, secondo le informazioni fornite da Edizione e da Autostrade [Cfr. doc. X.269 del fascicolo del procedimento] è pari a:

a) 63,8 milioni di euro;

b) 502,1 milioni di euro.

Tutto quanto sopra considerato;

RITENUTA accertata l'inottemperanza da parte della società Edizione Holding S.p.A. di cui all'articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90 con riguardo alle delibere dell'Autorità n. 8090 del 2 marzo 2000 e n. 9928 del 13 settembre 2001;

RITENUTO, in ordine all'individuazione del soggetto responsabile dell'infrazione contestata, che l'inottemperanza alle sopra richiamate delibere dell'Autorità sia imputabile alla società Edizione Holding S.p.A.;

RITENUTO, pertanto, di dover procedere nei confronti della società Edizione Holding S.p.A. all'irrogazione della sanzione pecuniaria amministrativa di cui all'articolo 19, comma 1, della legge n. 287/90;

CONSIDERATI, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/81, in ordine alla quantificazione della sanzione, i seguenti elementi:

– la gravità della violazione contestata, che ha pregiudicato l'apertura alla concorrenza sia nel mercato dell'affidamento delle subconcessioni dei servizi prestati sulla rete autostradale, dove Autostrade è in posizione dominante, sia in quello della ristorazione autostradale, caratterizzato da barriere all'entrata di tipo amministrativo, dove Autogrill è in posizione dominante. Non v'è dubbio, infatti, che le gare 2003/2004 per l'ottenimento delle subconcessioni ristoro rappresentano la modalità chiave per l'accesso ad una quota di mercato pari al 40,71% del fatturato realizzato sulla rete del gruppo, ed al 50%, in numero, delle concessioni ristoro. Appare, quindi, grave il fatto che le modalità attraverso le quali le concessioni ristoro sono state affidate hanno avvantaggiato Autogrill;

– la durata dell'infrazione contestata;

– le condizioni economiche della società Edizione Holding S.p.A., la quale, come da bilancio consolidato, ha realizzato nel 2003, in Italia e all'estero, ricavi totali pari a 5057 milioni di euro, con un risultato netto di esercizio pari a 97 milioni di euro;

– il fatto che la società Edizione Holding S.p.A., sia pur solo dopo l'avvio della procedura, ha posto in essere comportamenti volti ad eliminare le conseguenze dell'infrazione con riguardo alle ATI prelezionarie, ad attenuarne gli effetti con riguardo alle gare integrate e ad introdurre elementi in grado di aumentare la portata competitiva delle gare seppur gravate da diritti di prelazione;

CONSIDERATO che, ai fini dell'individuazione del fatturato rilevante per la determinazione della sanzione, si deve tenere conto del fatturato realizzato dalle società controllate da Edizione Holding S.p.A., al netto della parte infragruppo, nei mercati interessati dalla concentrazione C3818;

CONSIDERATO che il fatturato relativo all'ultimo esercizio chiuso, nei termini sopra citati, relativo ai mercati interessati dalla concentrazione, è pari a 565,9 milioni di euro;

RITENUTI sussistenti i presupposti che giustificano l'irrogazione della sanzione di cui all'articolo 19, comma 1, a carico della società Edizione Holding S.p.A. nella misura dell'1,2% del fatturato realizzato da Edizione Holding S.p.A. nei mercati interessati dalla concentrazione nell'ultimo esercizio chiuso (pari a 6,79 milioni di euro);

ORDINA

alla società Edizione Holding S.p.A. di pagare, quale sanzione amministrativa per la violazione accertata, la somma di 6,79 milioni di euro.

INGIUNGE

alla società Edizione Holding S.p.A. di pagare la suddetta somma entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio di 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. 689/81, 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.

Dell'avvenuto pagamento della stessa, la società Edizione Holding S.p.A. è tenuta a dare 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 ai sensi di legge.

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.

IL SEGRETARIO GENERALE

Rita Ciccone

IL PRESIDENTE

Giuseppe Tesauro