

Provvedimento n. 3526 (IC7) SETTORE DELL'ALTA VELOCITA'

L'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 gennaio 1996;

SENTITO il Relatore Professor Fabio Gobbo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO in particolare l'articolo 12, comma 2, della legge citata, secondo il quale l'Autorità può procedere ad indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata;

VISTO il Decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1991, n. 461, ed in particolare l'articolo 13 relativo alle indagini conoscitive di natura generale;

VISTA la propria delibera del 31 marzo 1993 con la quale ha avviato, ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge citata, un'indagine conoscitiva di natura generale nel settore della realizzazione di infrastrutture per l'esercizio del servizio di trasporto ferroviario ad Alta Velocità;

VISTA la propria delibera del 23 giugno 1993, con la quale ha disposto, ai sensi dell'articolo 14, comma 1, della legge citata, l'avvio dell'istruttoria nei confronti di FERROVIE DELLO STATO-SOCIETA' DI TRASPORTI E SERVIZI PER AZIONI (FS), T.A.V.-Treno Alta Velocità Spa (TAV), IRI, ENI, FIAT Spa e dei consorzi CEPAV UNO, CEPAV DUE, IRICAV UNO, IRICAV DUE, volta ad accertare presunte infrazioni agli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90;

VISTA la propria delibera del 21 febbraio 1994 con la quale ha concluso la suindicata procedura istruttoria accertando l'inesistenza delle infrazioni contestate;

VISTI gli elementi acquisiti nel corso dell'indagine conoscitiva e della sopracitata istruttoria;

CONSIDERANDO i seguenti elementi:

1. La costruzione della rete ad Alta Velocità (in seguito anche AV), per le ingenti risorse finanziarie destinate alla sua realizzazione (oltre 36.000 miliardi di lire) e la potenziale creazione di manodopera, oltre a rappresentare il più importante degli investimenti previsti nei piani di ristrutturazione e sviluppo di FS, costituisce un progetto di essenziale rilevanza sia per l'industria delle costruzioni che per quella della produzione di materiale rotabile.

2. Con delibera del 31 marzo 1993, l'Autorità ha disposto, ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge n. 287/90, l'avvio di un'indagine conoscitiva di natura generale nel settore della realizzazione di infrastrutture per l'esercizio del servizio di trasporto ferroviario ad Alta Velocità. L'Autorità ha ritenuto opportuno procedere d'ufficio all'indagine, avendo rilevato, nel mercato in questione, la presenza di accordi, tra i principali operatori, potenzialmente in grado di creare alterazioni nell'evoluzione degli scambi e nel comportamento dei prezzi, così da pregiudicare lo svolgersi del libero gioco della concorrenza.

3. La prima fase dell'indagine conoscitiva è stata caratterizzata dall'acquisizione di materiale documentale nonché dall'audizione dei rappresentanti delle principali imprese coinvolte nella realizzazione del progetto. Il quadro emerso ha evidenziato un complesso e articolato sistema caratterizzato, da un lato, dall'intervento pubblico e, dall'altro, da una pluralità di rapporti contrattuali coinvolgenti, oltre alle Ferrovie dello Stato, i maggiori gruppi industriali italiani quali IRI, ENI e FIAT.

4. In questa prima fase ricognitiva, l'Autorità rilevò la sussistenza di elementi tali da giustificare l'avvio di un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 14, comma 1, della legge n. 287/90, nei confronti di FS, TAV, IRI, ENI, FIAT Spa, dei consorzi IRICAV UNO, IRICAV DUE, CEPAV UNO e CEPAV DUE costituiti da IRI ed ENI, al fine di verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli artt. 2 e 3 della legge citata (delibera Autorità del 23 giugno 1993). La sequenza logico-temporale con la quale erano stati posti in essere, dagli stessi soggetti, determinati atti o comportamenti, quali la stipula di convenzioni e di contratti, nonché la costituzione di consorzi, finalizzati alla progettazione ed alla realizzazione dell'opera, poteva infatti evidenziare l'esistenza di un'intesa di carattere generale tra tutte le parti in causa, con connotati potenzialmente lesivi della concorrenza. Si rendeva necessario verificare se l'insieme di detti accordi configurasse un'intesa mediante la quale i più importanti operatori del settore, unitamente a FS, unico soggetto acquirente, si erano ripartiti il mercato delle infrastrutture per le reti ad AV a danno dei concorrenti, effettivi e potenziali, alterando in modo consistente il gioco della concorrenza. Considerata, inoltre, la posizione dominante detenuta da FS, quale soggetto monopsonista, il comportamento da quest'ultima adottato nell'affidamento delle commesse per la realizzazione del sistema AV doveva essere attentamente esaminato in quanto appariva idoneo a concretizzare fattispecie abusive, ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/90.

5. Considerata l'ampiezza dell'oggetto, il procedimento istruttorio ha comportato l'analisi dell'intero progetto AV e del relativo mercato interessato finendo per assorbire la procedura di indagine conoscitiva. Quest'ultima, pertanto, relativamente a questi aspetti non può che rimandare alle considerazioni contenute nel provvedimento di chiusura del procedimento istruttorio deliberato in data 21 febbraio 1994.

6. Nel rinviare a quanto espresso nella richiamata delibera, in questa sede si intendono evidenziare alcuni aspetti, emersi dall'analisi svolta, che, pur non concretizzando specifiche violazioni alla normativa posta a tutela della concorrenza, potrebbero divenire causa di situazioni distorsive del corretto funzionamento del mercato.

7. Il progetto AV riguarda la costruzione di una rete ferroviaria veloce che percorrerà, a forma di T, il territorio nazionale seguendo due direttrici principali relative alle linee di collegamento Torino-Venezia e Milano-Napoli.

Con il progetto AV assistiamo alla nascita di un mercato nuovo, distinto rispetto alle infrastrutture per il trasporto ferroviario tradizionale e alle grandi opere civili. Il mercato interessato dall'operazione è infatti quello delle infrastrutture ferroviarie necessarie per la realizzazione del sistema AV. Detto mercato individua un prodotto completo che si compone della costruzione delle linee ferroviarie, delle gallerie, della segnaletica, dell'impiantistica, dell'armamento dei binari e dei nodi di collegamento.

8. Per la realizzazione del progetto AV, FS, dopo aver costituito un'apposita società, la Treno Alta Velocità Spa partecipata per il 40% dalla stessa FS e per il 60% da privati, ha affidato a quest'ultima, con atto di concessione, sia la progettazione che la costruzione e lo sfruttamento economico del Sistema AV, prevedendo, tra l'altro, che per l'adempimento delle prestazioni la società concessionaria si avvalga di General Contractor che dovranno essere - o dovranno essere interamente garantiti da - "uno dei principali gruppi industriali italiani". La convenzione attuativa della citata concessione individua in FIAT Spa, IRI ed ENI i soggetti in grado di garantire su base "chiavi in mano" ed a prezzo forfettario che le opere e le prestazioni da realizzare abbiano adeguati standard qualitativi e funzionali e siano completate entro i tempi precisati nella Convenzione e negli Atti Integrativi.

9. Per le caratteristiche sopra indicate ed in linea con quanto espresso dal Consiglio di Stato nel parere del 27 maggio 1991, l'atto di affidamento a TAV della realizzazione del sistema AV si configura come concessione di costruzione e gestione la cui caratteristica principale consiste nel fatto che la controprestazione dei lavori eseguiti dal concessionario non è data dal pagamento di una somma di denaro a titolo di corrispettivo bensì dal diritto di gestire l'opera per un determinato periodo di tempo. La

reintegrazione delle spese sostenute dipenderebbe pertanto dai risultati della gestione del servizio di cui il concessionario gode in esclusiva.

10. Alla novità sotto il profilo economico si accompagna l'adozione di soluzioni contrattuali innovative per il settore interessato come l'istituto della concessione di costruzione e gestione ed il ricorso alla figura del General Contractor quale soggetto fiduciario cui affidare la realizzazione delle singole tratte. Rileva sottolineare che a quest'ultimo vengono attribuite le particolari funzioni di garante, di appaltatore, nei confronti di TAV, e di appaltante per quanto riguarda l'affidamento di parte dell'opera ad imprese terze. In particolare il progetto AV può rappresentare il primo grande esperimento di *project financing*. L'Autorità ritiene importante che le opportunità offerte da questo strumento possano essere pienamente colte. Tuttavia, la mancanza di assunzione del rischio dell'investimento da parte di privati può compromettere le potenzialità del progetto AV e, soprattutto, vanificare la valenza pro-concorrenziale del *project financing*, sia in quanto strumento per avviare iniziative che altrimenti non si realizzerebbero, sia in quanto strumento di ammodernamento dei mercati finanziari.

Dall'esame dei contratti che regolano i rapporti tra FS, TAV e General Contractor emerge un quadro contraddittorio con le finalità e le potenzialità dello strumento *project financing*. In particolare, come evidenziato nel provvedimento di chiusura dell'istruttoria, FS, oltre all'apporto del capitale di rischio pari al 40% del capitale sociale, si assume una serie di altri impegni dai quali emerge che il rischio della gestione dell'opera fa capo alla stessa FS, mentre lo sfruttamento economico, formalmente attribuito a TAV, si riduce alla cessione dei propri diritti a fronte di corrispettivi che, indipendentemente dai risultati di gestione, dovranno assicurare la copertura del debito, l'equilibrio economico dell'iniziativa e la remunerazione dell'investimento.

La differenza sostanziale dell'impegno di FS rispetto a quello degli altri azionisti privati induce a ritenere che l'affidamento della concessione ad un'impresa diversa da FS non consenta di ottenere i vantaggi, in termini di partecipazione del capitale privato e di allocazione del rischio, che il modello organizzativo prescelto apparentemente voleva ricercare.

L'assegnazione a soggetti privati dei diritti di sfruttamento in esclusiva di importanti infrastrutture rappresenta una soluzione sicuramente distante dai tradizionali modelli normativi inerenti la gestione di grandi opere. I motivi che giustificano questo tipo di soluzione sussistono quando gli extra-profitti costituiscono un compenso per il rischio a favore di coloro che compiono investimenti che altrimenti non si sarebbero realizzati, vengono completamente meno quando i beneficiari dell'esclusiva sono immuni dal rischio delle loro iniziative.

11. Una anomala ripartizione del rischio può determinare sensibili scostamenti dalle condizioni di efficienza e produrre distorsioni del gioco concorrenziale. Una prima conseguenza può direttamente aversi sul mercato dei capitali. Se un capitale che presenta le tipiche caratteristiche del capitale di debito riceve una remunerazione maggiore comprendente anche quella propria del capitale di rischio, si realizza il pagamento di un corrispettivo per una delle funzioni imprenditoriali, quella dell'assunzione del rischio dell'impresa, che non viene svolta. Ciò impedisce il raggiungimento degli obiettivi cui mirerebbe la partecipazione di soggetti privati alla realizzazione di opere pubbliche e rappresenta in sé un maggiore costo sopportato dalla collettività. Pur tenendo conto dell'elevato volume in termini assoluti degli investimenti, nel caso in questione non dovrebbero verificarsi alterazioni nel funzionamento del mercato dei capitali. Significativi e sistematici effetti distorsivi potrebbero invece verificarsi se in analoghe future iniziative le condizioni di remunerazione del capitale alle quali si è fatto riferimento in precedenza dovessero tramutarsi da caso isolato a fenomeno ricorrente.

Un ulteriore effetto di allocazione del rischio squilibrata può prodursi indirettamente sui mercati dei beni e servizi reali interessati dalla realizzazione del progetto. Il ruolo dei possessori del capitale di rischio in un'attività produttiva consiste nel controllo delle decisioni che incidono sulla sua gestione e sulla sua capacità di generare un adeguato rendimento. Se quest'ultimo viene garantito indipendentemente dai risultati economici dell'attività, le conseguenze delle scelte gestionali divengono meno rilevanti per coloro a cui spetta assumerle, riducendosi gli stimoli a tenere atteggiamenti concorrenziali. Ciò potrebbe condurre ad una distorsione del funzionamento dei mercati interessati, in modo particolare, laddove la domanda derivante dal progetto costituisce una parte rilevante dell'intera domanda di mercato.

12. La convenzione FS-TAV affida a quest'ultima lo sfruttamento economico della rete AV. Modificazioni organizzative in corso porteranno la TAV a costituire al suo interno due divisioni denominate TAV NETWORK e TAV TRASPORTI. La prima avrà come fine la gestione della rete, la seconda sarà impegnata nell'offerta dei servizi di trasporto ferroviario. In questo, come in tutti i servizi a rete, la pluralità

degli operatori e le condizioni di concorrenza effettiva o potenziale sono garantite dal riconoscimento a qualunque soggetto della possibilità di accedere alla rete a condizioni non discriminatorie. Ciò renderebbe preferibile una chiara distinzione dei soggetti coinvolti nella gestione della rete da coloro che, in quanto operano nei mercati dei servizi rivolti agli utenti finali, sono utilizzatori della rete. Laddove questa netta separazione non risulti attuabile, diviene indispensabile attuare almeno una distinzione contabile delle due attività economiche per dare ad esse trasparenza e garantire il rispetto di condizioni di equità nell'accesso di altri operatori. Tale condizione minima è richiesta esplicitamente dalla Direttiva CEE 91/440 ed al suo rispetto sembra mirare l'ipotizzata struttura di TAV.

13. Un diverso aspetto rilevante sotto il profilo concorrenziale riguarda l'affidamento dei lavori ad imprese terze da parte dei General Contractor.

Nelle convenzioni tra TAV e General Contractor è infatti previsto che i consorzi adempiranno alle obbligazioni assunte mediante affidamento a società ed imprese terze di prestazioni, lavori ed opere per una quota non inferiore al 40% dell'infrastruttura da realizzare. In relazione a detto affidamento, il Consiglio di Stato, nel parere espresso in data 1° ottobre 1993, ha ritenuto che il General Contractor, ferma la sua responsabilità nei confronti di TAV, debba porre in essere con le imprese terze dei veri e propri contratti di appalto soggetti alla disciplina prevista dalla Direttiva n. 90/531.

La procedura prevista dalla norma comunitaria è volta alla realizzazione di un sufficiente grado di concorrenza sul mercato. Perché ciò accada è però necessario che il sistema di gare venga effettivamente attuato in modo da garantire, a parità di condizioni, la più ampia partecipazione delle imprese operanti sul mercato. I requisiti e le condizioni previsti per l'accesso alla gara di appalto dovranno quindi possedere quel necessario grado di oggettività e di trasparenza tali da evitare il crearsi di fenomeni distorsivi.

Inoltre, la suddivisione dei lavori e la ripartizione dei lotti dovrà consentire alle imprese terze vincitrici delle gare di adeguare la propria capacità produttiva all'evoluzione tecnologica e di acquisire lavori di entità sufficienti a permettere loro di continuare a svolgere un'azione concorrenziale nei confronti delle imprese partecipanti ai General Contractor nei mercati ove questi operano.

14. Le prime indicazioni provenienti dalla realizzazione della tratta Roma-Napoli, l'unica in corso di costruzione, non sembrano fugare completamente queste preoccupazioni. Il consorzio IRICAV UNO, che svolge il ruolo di General Contractor, fino al 14 settembre 1995, ha bandito 45 gare per l'affidamento ad imprese terze di lavori per un importo totale di circa 763 miliardi di lire. Le modalità di ripartizione dei lavori inclusi in ciascuna gara sono potenzialmente in grado di incidere sulle caratteristiche strutturali del mercato. Le gare d'appalto per la realizzazione di opere infrastrutturali prevedono, infatti, un sistema di prequalifica che limita la partecipazione alle sole imprese che negli ultimi cinque anni hanno eseguito lavori simili per tipologia e per importo e che soddisfano determinati requisiti di fatturato. Una eccessiva ed ingiustificata frammentazione dei lavori affidati ad imprese terze, anche in considerazione del peso del progetto AV nel complesso degli investimenti per infrastrutture, potrebbe comportare l'impossibilità per molte delle imprese non appartenenti ai consorzi General Contractor di acquisire lavori per importi sufficienti a consentire la conservazione dei requisiti imposti dal sistema della prequalifica e di continuare così a competere nei confronti delle imprese consorziate. I comportamenti tenuti da IRICAV UNO fino ad oggi, tenuto conto anche del fatto che essi riguardano solo una parte dell'intero progetto AV, non sembrano in grado di produrre gli effetti prospettati. Tuttavia, il doppio ruolo dei General Contractor, di imprese operanti nel settore delle grandi infrastrutture e di stazioni appaltanti, nonché il descritto sistema delle prequalifiche, potrebbero favorire l'adozione di scelte finalizzate a privare i concorrenti dei requisiti necessari per competere nel futuro con le imprese appartenenti ai General Contractor.

15. Più in generale, infine, un aspetto evidenziato dall'istruttoria riguarda il fatto che, analogamente all'Italia, anche negli altri Stati membri della Comunità la realizzazione della rete AV è stata affidata alle maggiori imprese operanti sul territorio nazionale. Anche se sotto il profilo formale il procedimento seguito è risultato legittimo in quanto all'epoca degli affidamenti non era ancora entrata in vigore la Direttiva CEE n. 90/531, tuttavia, in un'ottica concorrenziale, la mancanza di un'adeguata informazione, quale la procedura di gara pubblica tende a garantire, non è compatibile con le regole di un corretto funzionamento del mercato. In futuro detta situazione non potrà più verificarsi in quanto, a partire dal 1° gennaio 1993, gli ampliamenti della rete AV, previsti sia a livello nazionale che internazionale per il collegamento dei trasporti ferroviari tra i diversi Stati membri, dovranno essere realizzati attraverso il meccanismo della gara d'appalto internazionale secondo quanto disposto dalla citata Direttiva comunitaria. Tale procedura, se applicata con oggettività e trasparenza, potrà contribuire ad evitare il crearsi di fenomeni distorsivi della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato.

16. L'Autorità ha già affermato in altre occasioni che, qualora sussistano appropriate condizioni economiche e giuridiche, è auspicabile sottomettere a procedure trasparenti e competitive la realizzazione di opere o la fornitura di beni o servizi anche laddove preesistano rapporti contrattuali già definiti. L'Autorità è confortata, in questa sua posizione, dai risultati che si sono prodotti. Infatti, nei casi in cui ciò si è verificato, il rispetto dei meccanismi concorrenziali garantiti dalla Direttiva CEE n. 90/531 ha consentito la realizzazione di notevoli risparmi di costo a vantaggio dei committenti e, in ultima istanza, della collettività. Sotto questo profilo, si deve constatare che la stipula delle convenzioni tra TAV e General Contractor, anteriormente all'entrata in vigore della Direttiva CEE n. 90/531, ha sottratto alle procedure concorrenziali che tale disciplina garantisce l'affidamento delle tratte Milano-Genova, Milano-Verona e Verona-Venezia, la cui realizzazione, pur caratterizzata da rapporti contrattuali definiti, si trova ancora in una fase iniziale.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

la chiusura dell'indagine conoscitiva di natura generale nel settore delle infrastrutture per l'esercizio del servizio di trasporto ferroviario ad Alta Velocità.

IL SEGRETARIO GENERALE
Alberto Pera

IL PRESIDENTE
Giuliano Amato

* * *