

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 25 luglio 2012;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (in seguito, TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998 n. 217;

VISTO il Regolamento del Consiglio 16 dicembre 2002 n. 1/2003;

VISTA la legge 6 febbraio 1996, n. 52, come modificata dalla legge 21 dicembre 1999, n. 526, e, in particolare, l'articolo 54;

VISTA la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, del 27 aprile 2004;

VISTA la segnalazione pervenuta in data 29 novembre 2010 da parte della società Arenaways S.p.A., nonché quelle pervenute da Altroconsumo e Codacons rispettivamente in data 17 novembre 2010 e 23 novembre 2010;

VISTO il proprio provvedimento del 15 dicembre 2010, con il quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, per presunta violazione dell'articolo 102 del TFUE, nei confronti delle società Ferrovie dello Stato S.p.A. e Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., con riferimento ad una strategia volta ad ostacolare se non escludere, con pregiudizio del consumatore finale, l'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale e

conseguentemente l'ingresso nel mercato italiano del trasporto passeggeri, da parte del nuovo entrante Arenaways S.p.A., favorendo così la controllata di FS, Trenitalia S.p.A.;

VISTO il successivo provvedimento del 22 settembre 2011, con il quale è stato esteso il procedimento anche nei confronti della società Trenitalia S.p.A. ed è stato prorogato all'8 marzo 2012 il termine di conclusione del procedimento istruttorio;

VISTA la propria delibera del 14 febbraio 2012, con la quale è stato differito al 31 maggio 2012 il termine di conclusione del procedimento, in ragione della complessità degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, nonché della necessità di assicurare alla Parte un congruo termine per l'esercizio dei diritti di difesa;

VISTA la propria delibera del 21 marzo 2012, con la quale ha ritenuto gli impegni contestualmente presentati da Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e Trenitalia S.p.A. manifestamente inidonei a far venir meno i profili anti-concorrenziali oggetto dell'istruttoria e ne ha, pertanto, disposto il rigetto;

VISTA la propria delibera dell'11 aprile 2012, con la quale è stato ulteriormente differito al 26 luglio 2012 il termine di conclusione del procedimento, in ragione della necessità di effettuare ulteriori approfondimenti istruttori, della complessità degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, nonché della necessità di assicurare alla Parte un congruo termine per l'esercizio dei diritti di difesa;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie trasmessa alle Parti in data 17 aprile 2012;

VISTA la propria comunicazione alla Commissione europea, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4, del Regolamento (CE) n. 1/2003;

VISTE le memorie conclusive presentate da Ferrovie dello Stato S.p.A., Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., Trenitalia S.p.A. ed Arenaways S.p.A., pervenute in data 11 giugno 2012;

SENTITI in audizione finale, in data 19 giugno 2012, i rappresentanti delle

società Ferrovie dello Stato S.p.A., Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., Trenitalia S.p.A. ed Arenaways S.p.A., nonché il rappresentante dell'Associazione di Consumatori - Altroconsumo;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. A seguito di denunce pervenute da parte dell'impresa ferroviaria Arenaways S.p.A. (di seguito, Arenaways) e di due associazioni di consumatori, segnatamente Altroconsumo - Associazione indipendente di consumatori (di seguito, Altroconsumo) e CODACONS - Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori (di seguito, CODACONS), l'Autorità, in data 15 dicembre 2010, ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti delle società Ferrovie dello Stato S.p.A. (di seguito, FS) e Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (di seguito, RFI), volto ad accertare eventuali violazioni dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito TFUE). Successivamente, in data 22 settembre 2011, il procedimento è stato esteso anche a Trenitalia S.p.A. (di seguito, Trenitalia).

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

1. LE DENUNCE

2. In data 29 novembre 2010 Arenaways ha segnalato il comportamento restrittivo della concorrenza posto in essere dal Gruppo FS, per il tramite della società RFI e a sostegno degli interessi di Trenitalia, anch'essa appartenente al Gruppo.

In particolare, RFI avrebbe ingiustificatamente ostacolato l'accesso alla rete ferroviaria da parte del primo operatore concorrente di Trenitalia, la stessa Arenaways, nell'offerta dei servizi di trasporto passeggeri, limitandone così l'ingresso su tale mercato.

Secondo quanto denunciato, nell'aprile 2008, Arenaways aveva presentato

una richiesta di accesso all'infrastruttura ferroviaria a RFI per un percorso articolato ad anello tra le città di Torino e Milano, con una serie di fermate intermedie. Tale richiesta non aveva avuto esito ed era stata reiterata nell'aprile 2009¹.

Tuttavia Arenaways aveva ottenuto le tracce solo a novembre 2010, peraltro per la sola tratta Torino-Milano, senza fermate intermedie.

Ciò in conseguenza della decisione assunta nel frattempo dall'URSF il 9 novembre 2010, ai sensi dell'art. 59 della legge n. 99/2009.

3. Analoghe problematiche concorrenziali sono state segnalate, in data 17 novembre 2010 e 23 novembre 2010, da Altroconsumo e CODACONS, che lamentavano anche l'esistenza di barriere all'entrata di natura normativa-regolamentare nel mercato italiano del trasporto ferroviario passeggeri.

2. L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA

4. In data 15 dicembre 2010 l'Autorità ha avviato, ai sensi dell'art. 102 del TFUE e dell'art. 14 della legge n. 287/90, un procedimento istruttorio nei confronti di FS e RFI al fine di verificare la sussistenza di eventuali comportamenti restrittivi della concorrenza consistenti nell'avere ostacolato, con pregiudizio per il consumatore finale, l'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale e conseguentemente l'ingresso nel mercato italiano del trasporto passeggeri da parte del nuovo entrante Arenaways, favorendo così la controllata di FS, Trenitalia.

Tali condotte, poste in essere da FS per il tramite di RFI, si sarebbero principalmente sostanziate nell'adozione da parte di quest'ultima di comportamenti ingiustificatamente dilatori, che avrebbero ritardato e limitato in modo significativo l'accesso del nuovo operatore ferroviario alla rete nazionale e quindi la sua entrata nel mercato italiano dei servizi di trasporto passeggeri.

5. In particolare, i comportamenti contestati, che iniziano dalla prima richiesta di tracce di Arenaways (aprile 2008) e proseguono fino alla tardiva sottoscrizione del contratto tra RFI ed Arenaways, a metà novembre 2010, si sarebbero concretizzati nell'utilizzo strumentale, da parte del gestore della rete, di una "procedura di consultazione", avviata da RFI e volta a

¹ Secondo il Prospetto Informativo della Rete (PIR), che definisce tempi e procedure per l'accesso all'infrastruttura ferroviaria, aprile è il mese in cui vanno presentare le richieste di tracce per l'anno ferroviario successivo che inizia a dicembre e termina nel dicembre successivo. Possono essere avanzate richieste anche durante l'anno ferroviario, ma queste vengono prese in considerazione solo dopo aver completato l'iter di assegnazione delle tracce per chi ha fatto richiesta nei termini.

coinvolgere le Regioni Piemonte e Lombardia e altri soggetti istituzionali, segnatamente la Direzione Generale per il Trasporto Ferroviario del Ministero dei Trasporti (di seguito MIT-DGTF) e l'Ufficio per la Regolazione dei Servizi Ferroviari (di seguito URSF). Tale "procedura" risulta avere ritardato significativamente la conclusione del processo di assegnazione delle tracce, nonostante le ripetute sollecitazioni in tal senso pervenute sia dalla DGTF-MIT che dall'URSF.

Inoltre, a partire da maggio 2010, RFI avrebbe subordinato, strumentalmente e indebitamente, la procedura di assegnazione delle tracce ad Arenaways alle decisioni assunte dall'URSF *ex* articolo 59 della legge n. 99/2009.

6. In data 21 dicembre 2010 sono stati svolti accertamenti ispettivi presso le sedi delle società FS, RFI e Trenitalia, nel corso dei quali è stata acquisita ampia documentazione relativa all'oggetto del presente procedimento.

7. In data 22 settembre 2011, il procedimento è stato esteso anche nei confronti di Trenitalia. Ciò in quanto quest'ultima risultava avere partecipato attivamente alla strategia escludente posta in essere dal gruppo FS. In particolare, Trenitalia risultava: *i*) avere fornito all'URSF, nell'ambito del procedimento avviato ai sensi dell'articolo 59 della legge n. 99/2009 e concluso in data 9 novembre 2010, una rappresentazione idonea ad indurre in errore l'URSF nella valutazione dell'impatto del prospettato ingresso di Arenaways sui propri contratti di servizio pubblico; *ii*) avere adottato un comportamento ostruzionistico nell'ambito del procedimento avviato dall'URSF di riesame della decisione del novembre 2010; *iii*) fatto ricorso ad un utilizzo strumentale dei propri treni commerciali, non sussidiati, al fine di "saturare" le tratte sulle quali avrebbe voluto operare Arenaways.

L'insieme dei comportamenti apparivano costituire un'unica strategia volta ad ostacolare se non impedire l'ingresso del nuovo operatore Arenaways S.p.A. nel mercato nazionale dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri.

8. Nel corso del procedimento sono stati sentiti in audizione i seguenti soggetti: Arenaways (25 marzo 2011), FS (4 aprile 2011), RFI (4 aprile 2011), Regione Piemonte-Direzione Regionale Trasporti, Infrastrutture, Mobilità e Logistica (di seguito anche Regione Piemonte, 19 ottobre 2011), Regione Lombardia (20 ottobre 2011), MIT-DGTF (21 ottobre 2011), URSF (24 ottobre 2011 e 30 marzo 2012), Trenitalia (14 novembre 2011 e 12 gennaio 2012).

9. Sono state inviate richieste di informazioni a RFI (12 maggio 2011), Trenitalia (12 maggio 2011, 5 agosto 2011, 28 novembre 2011), Arenaways (2 agosto 2011 e 7 febbraio 2012), URSF (5 agosto 2011, 5 ottobre 2011),

Regione Piemonte (5 agosto 2011, 7 ottobre 2011 e 2 febbraio 2012) e Regione Lombardia (10 ottobre 2011).

Inoltre, sono state effettuate richieste di informazioni integrative in sede di audizione (a RFI, a Trenitalia, al MIT-DGTF e all'URSF).

10. Durante l'istruttoria le Parti hanno più volte effettuato accesso agli atti: FS (in date 4 gennaio, 21 aprile, 25 novembre 2011, 30 aprile 2012, 13 giugno 2012 e 15 giugno 2012); RFI (in date 25 gennaio, 5 luglio, 28 novembre, 21 dicembre 2011, 30 aprile 2012, 13 giugno 2012 e 15 giugno 2012); Trenitalia (in date 26 gennaio, 14 ottobre, 11 novembre 2011, 23 aprile 2012, 30 aprile 2012, 13 giugno 2012 e 15 giugno 2012), Arenaways (in date 25 marzo, 21 dicembre 2011, 11 maggio 2012, 13 giugno 2012 e 15 giugno 2012).

11. In data 9 marzo 2012, RFI e Trenitalia hanno contestualmente presentato impegni ai sensi dell'art. 14-ter della legge n. 287/90, in ragione della “[omissis]*”.

Più nello specifico, l'impegno proposto da RFI, “[omissis]” consiste nel “[omissis]”.

Quanto a Trenitalia, gli impegni proposti consistono nel “[omissis]”.

Inoltre, “[omissis]”.

Infine, “[omissis]”.

12. Con provvedimento del 21 marzo 2012 l'Autorità ha rigettato gli impegni presentati dalle citate società. [omissis]. Di conseguenza, l'Autorità ha ritenuto di non accogliere gli impegni proposti e di procedere, invece, all'accertamento dell'eventuale infrazione.

13. In data 17 aprile 2012 è stata inviata alle parti la comunicazione delle risultanze istruttorie (nel seguito la CRI), con la quale è stato contestato al gruppo FS di aver posto in essere, per il tramite delle controllate RFI e Trenitalia, una complessa ed unitaria strategia escludente, finalizzata all'estromissione di Arenaways dal mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri.

III. LE PARTI

I. LE SOCIETÀ DENUNCIATE

14. FS, il cui capitale sociale è interamente detenuto dal Ministero

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

dell'Economia e delle Finanze, è la società posta al vertice dell'omonimo gruppo attivo nel settore dei servizi di trasporto ferroviario. Al gruppo FS appartengono le società RFI e Trenitalia, di cui FS detiene il 100% del capitale sociale.

Nell'esercizio 2011, il gruppo FS ha realizzato un fatturato pari a circa 8 miliardi di euro.

15. RFI è il gestore dell'infrastruttura ferroviaria italiana, in virtù dell'atto di concessione di cui al D.M. 31 ottobre 2000, n. 138T, e successive modifiche e integrazioni, che disciplina i rapporti fra lo Stato (concedente) e RFI (concessionario).

Nell'esercizio 2011, il fatturato realizzato da RFI è stato pari a *[omissis]* miliardi di euro, mentre nel medesimo esercizio, i proventi derivanti dall'accesso all'infrastruttura ferroviaria sono risultati pari a *[omissis]* milioni di euro.

16. Trenitalia è la principale impresa ferroviaria nazionale, attiva nel trasporto ferroviario passeggeri a media e lunga percorrenza, nel trasporto metropolitano e regionale e nel trasporto merci.

Nell'esercizio 2011, il fatturato realizzato da Trenitalia è stato pari a *[omissis]* miliardi di euro, di cui circa *[omissis]* milioni di euro nel mercato dei servizi di trasporto regionale in Piemonte.

2. I DENUNCIANTI

17. Arenaways è un'impresa ferroviaria, costituita nell'ottobre 2006 e titolare di licenza ferroviaria n. 47, attiva nel trasporto ferroviario passeggeri. In particolare, il 15 novembre 2010, Arenaways ha sottoscritto il contratto di utilizzo dell'infrastruttura con RFI, iniziando ad operare sulla tratta Torino-Milano con un servizio di trasporto ferroviario passeggeri, senza fermate intermedie, con 2 coppie di treni giornalieri. Dal 1° aprile 2011 la società ha ridotto l'offerta ad una sola coppia di treni settimanale. Il 1° agosto 2011 il Tribunale di Torino ha dichiarato il fallimento di Arenaways, nominando un curatore fallimentare².

18. Altroconsumo è un'associazione indipendente di consumatori, istituita nel 1973, con sede nazionale a Milano e diverse sedi regionali dislocate sul territorio nazionale.

² Sentenza del Tribunale di Torino n. 288 del 1° agosto 2011.

19. Codacons è un'associazione, istituita nel 1986, con una propria organizzazione articolata in varie sedi ubicate sul territorio nazionale, a cui aderiscono diverse associazioni operanti per la tutela degli utenti di numerosi servizi.

IV. IL CONTESTO NORMATIVO-REGOLAMENTARE

20. I comportamenti oggetto di istruttoria insistono sia sul mercato dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria che su quello del trasporto ferroviario passeggeri.

Al fine di apprezzare pienamente le condotte contestate si ritiene utile effettuare una breve descrizione del contesto normativo e regolamentare vigente.

In particolare, ci si soffermerà: sulle regole che disciplinano l'accesso all'infrastruttura ferroviaria; sulla normativa rilevante in relazione alla prestazione di servizi di trasporto pubblico ferroviario sussidiati, con particolare riguardo alla metodologia utilizzata per la determinazione dei sussidi nei contratti di servizio (CdS) regionali; infine, sulle disposizioni introdotte nell'ordinamento comunitario e italiano per contemperare il diritto di accesso al mercato ferroviario passeggeri con l'esigenza di tutelare l'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico.

1. L'ACCESSO ALL'INFRASTRUTTURA FERROVIARIA

21. Il settore del trasporto ferroviario è stato interessato da un processo di liberalizzazione avviato, in ambito comunitario, dalla Direttiva 91/440/CE, seguita dalle Direttive 95/18/CE e 95/19/CE e dall'emanazione del c.d. "primo pacchetto ferroviario" (approvato il 26 febbraio 2001)³, volto a sviluppare l'apertura del mercato alla concorrenza, oltre a garantire un accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture.

In seguito, sono intervenuti una serie di Regolamenti e Direttive racchiusi nei c.d. "secondo pacchetto ferroviario" (approvato il 29 aprile 2004)⁴ e "terzo pacchetto ferroviario" (approvato il 23 ottobre 2007)⁵. Tale ultimo pacchetto comprende la Direttiva 2007/58/CE, finalizzata ad aprire il mercato dei servizi internazionali di trasporto passeggeri in ambito

³ Che comprende le Direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE, 2001/14/CE.

⁴ Che comprende il Regolamento (CE) n. 881/2004 e le Direttive 2004/49/CE, 2004/50/CE, 2004/51/CE.

⁵ Che comprende le Direttive 2007/58/CE, 2007/59/CE e il Regolamento n. 1371/2007.

comunitario, incluso il c.d. cabotaggio, dal 1° gennaio 2010⁶.

22. A livello nazionale, la liberalizzazione del comparto ferroviario è stata avviata, con il recepimento della normativa comunitaria suddetta, a partire dai D.P.R. n. 277/98 e n. 146/99, seguiti dal Decreto Legislativo n. 188/03 (nel seguito anche “Decreto”), successivamente modificato ed integrato, da ultimo, dal D. Lgs. n. 15/10.

Il Decreto contiene il nucleo delle disposizioni che regolano l’accesso e l’utilizzo dell’infrastruttura ferroviaria per la fornitura di servizi di trasporto ferroviario, incluso il trasporto passeggeri⁷.

In particolare, secondo quanto definito dall’art. 2, lettera d) del Decreto, l’accesso al mercato del trasporto di passeggeri è libero e deve essere consentito a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti, al fine di garantire lo sviluppo della concorrenza nel settore ferroviario⁸.

23. Il gestore dell’infrastruttura ferroviaria italiana è RFI, in virtù dell’atto di concessione di cui al D.M. 31 ottobre 2000, n. 138T, e successive modifiche e integrazioni, che disciplina - insieme al Contratto di Programma - i rapporti fra lo Stato (concedente) e RFI (concessionario).

Ai sensi della descritta normativa, RFI è tenuto a consentire alle imprese ferroviarie che lo chiedano l’accesso alla, e l’utilizzo della, infrastruttura ferroviaria ai fini dello svolgimento dell’attività di trasporto.

L’art. 12 del Decreto individua poi le condizioni di accesso all’infrastruttura ferroviaria.

24. In caso di richieste di tracce confliggenti da parte delle imprese ferroviarie, l’art. 29 del Decreto prevede l’obbligo per il gestore di indire una procedura di coordinamento tra le parti interessate, adottando in tempi rapidi una decisione⁹.

⁶ E’ previsto infatti che alle imprese ferroviarie stabilite in uno Stato membro sia garantito il diritto di accesso all’infrastruttura di tutti gli Stati membri per l’esercizio dei servizi di trasporto internazionale di passeggeri, cabotaggio incluso: *“durante lo svolgimento di un servizio di trasporto internazionale di passeggeri, le imprese ferroviarie hanno il diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso internazionale, ivi compreso in stazioni situate nel medesimo Stato membro”*.

⁷ Un importante passaggio nel processo di apertura alla concorrenza in ambito nazionale è rappresentato anche dall’art. 131 della legge n. 138/2000, che ha sostituito al regime concessorio un regime autorizzatorio per i servizi di trasporto ferroviario.

⁸ L’art. 2 lettera d) così dispone: *“Le attività disciplinate dal presente decreto sono uniformate ai seguenti principi [...] d) libertà di accesso al mercato dei trasporti di passeggeri e di merci per ferrovia da parte delle associazioni internazionali di imprese ferroviarie e delle imprese ferroviarie, in conformità alle prescrizioni contenute nelle direttive comunitarie e negli articoli 49 e seguenti del Trattato CE, a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti e tali da garantire lo sviluppo della concorrenza nel settore ferroviario”*.

⁹ Nel dettaglio, secondo l’art. 29: *“1) nell’ambito del processo di assegnazione di capacità, devono essere soddisfatte, per quanto possibile, tutte le richieste di capacità di infrastruttura, comprese quelle relative a tracce orarie su linee appartenenti a più reti, anche tenendo conto, per quanto possibile, dei vincoli gravanti sui richiedenti, compresa l’incidenza economica sulla loro attività. 2) Nei soli casi previsti dagli*

25. L'articolo 37 del Decreto dispone che eventuali contrasti insorti tra RFI e le imprese ferroviarie siano risolti dall'URSF, organismo istituito ai sensi dell'art. 30 della Direttiva 2001/14/CE al fine di gestire i rapporti tra il gestore della rete e le imprese ferroviarie¹⁰.

articoli 30 e 32, il gestore dell'infrastruttura, nell'ambito della procedura di coordinamento, finalizzata all'assegnazione di capacità può accordare la priorità a servizi specifici, nel rispetto dei principi stabiliti nel decreto di cui all'articolo 17, comma 11. 3) Il gestore dell'infrastruttura, previa consultazione delle parti interessate, redige un progetto di orario di servizio e concede alle parti stesse un termine non inferiore a trenta giorni per la presentazione di eventuali osservazioni, da valutarci ai fini della ripartizione della capacità di infrastruttura. 4.) In caso di richieste di capacità configgenti, il gestore dell'infrastruttura si adopera al fine di coordinarle nell'ottica di conciliare per quanto possibile tutte le richieste anche, se del caso, proponendo capacità di infrastruttura diverse da quelle richieste. 5) La procedura di coordinamento è esposta nel prospetto informativo della rete e tiene conto della difficoltà di predisporre tracce orarie per i servizi di trasporto internazionale e dell'effetto che ogni modificazione può comportare su altri gestori dell'infrastruttura. 6) Fatte salve le procedure di ricorso esistenti e le disposizioni di cui all'articolo 37, in caso di vertenze relative all'assegnazione della capacità di infrastruttura è predisposto dal gestore dell'infrastruttura un sistema di risoluzione delle vertenze al fine di giungere alla rapida soluzione delle stesse. Le decisioni in merito devono essere adottate dal gestore dell'infrastruttura entro dieci giorni lavorativi”.

¹⁰ Così l'art. 37 del Decreto, che riprende la formulazione dell'art. 30 della Direttiva 2001/14/CE, a norma del quale: “Fatto salvo l'articolo 21, paragrafo 6, gli Stati membri istituiscono un organismo di regolamentazione. Detto organismo, che può essere il ministero competente in materia di trasporti o qualsiasi altro organismo, è indipendente, sul piano organizzativo, giuridico, decisionale e della strategia finanziaria, dai gestori dell'infrastruttura, dagli organismi preposti alla determinazione dei diritti, dagli organismi preposti all'assegnazione e dai richiedenti. E' inoltre funzionalmente indipendente da qualsiasi autorità competente preposta all'aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico. Esso agisce in base ai principi di cui al presente articolo, che consentono l'attribuzione di funzioni di impugnazione e di regolamentazione a organismi distinti.

Un richiedente ha il diritto di adire l'organismo di regolamentazione se ritiene di essere stato vittima di un trattamento ingiusto, di discriminazioni o di qualsiasi altro pregiudizio, in particolare avverso decisioni prese dal gestore dell'infrastruttura o eventualmente dall'impresa ferroviaria in relazione a quanto segue:

a) prospetto informativo della rete; b) criteri in esso contenuti; c) procedura di assegnazione e relativo esito; d) sistema di imposizione dei diritti; e) livello o struttura dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura che è tenuto o può essere tenuto a pagare; f) accordi per l'accesso di cui all'articolo 10 della direttiva 91/440/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, modificata dalla direttiva 2004/51/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 aprile 2004, che modifica la direttiva 91/440/CEE del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie.

L'organismo di regolamentazione garantisce che i diritti fissati determinati(è proprio così nella formulazione originaria) dal gestore dell'infrastruttura siano conformi al capo II e non siano discriminatori. Le trattative tra i richiedenti e un gestore dell'infrastruttura concernenti il livello dei diritti di utilizzo dell'infrastruttura sono permesse soltanto se si svolgono sotto la supervisione dell'organismo di regolamentazione. Quest'ultimo interviene se le trattative possono contravvenire alle prescrizioni della presente direttiva.

L'organismo di regolamentazione ha facoltà di chiedere le informazioni utili al gestore dell'infrastruttura, ai richiedenti e a qualsiasi altra parte interessata nello Stato membro in questione. Le informazioni devono essere fornite senza indebiti ritardi.

L'organismo di regolamentazione deve decidere sui reclami e adottare le misure necessarie per rimediare alla situazione entro due mesi dal ricevimento di tutte le informazioni.

Fatto salvo il paragrafo 6, la decisione dell'organismo di regolamentazione è vincolante per tutte le parti cui è destinata.

In caso di ricorso contro un rifiuto di concessione di capacità di infrastruttura o contro le condizioni di una proposta di capacità, l'organismo di regolamentazione può concludere che non è necessario modificare la decisione del gestore dell'infrastruttura o che essa deve essere modificata secondo gli orientamenti precisati dall'organismo stesso.

Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le decisioni dell'organismo di regolamentazione siano soggette a sindacato giurisdizionale”.

26. Per l'uso della rete le imprese ferroviarie corrispondono al gestore un canone di accesso (art. 17 del Decreto) e stipulano con RFI appositi contratti di accesso (art. 6).

Tali contratti sono definiti sulla base del "Prospetto informativo della rete" (PIR), documento previsto dal Decreto, in cui sono definiti le regole generali, le scadenze, le procedure ed i criteri relativi ai sistemi di definizione e di riscossione dei corrispettivi dovuti per l'utilizzo dell'infrastruttura e dei servizi, nonché quelli relativi alla richiesta e all'assegnazione della capacità (art. 13).

Il PIR, che disciplina le attività di programmazione dell'orario ferroviario che sarà attivato 12 mesi dopo, nonché le attività di gestione dell'orario in corso, è soggetto a revisione periodica¹¹: di norma viene aggiornato annualmente, nel mese di dicembre, oltre ad essere soggetto ad aggiornamenti straordinari (l'ultimo risalente al maggio 2011)¹².

27. Per quanto qui rileva, si richiama il capitolo 4 del PIR "*Allocazione della capacità*", il quale descrive il processo di richiesta e allocazione della capacità in termini di tempistica, criteri di priorità e tipologia della richiesta. Quanto alla tempistica per le richieste di capacità, il § 4.3 prevede che, per tutte le richieste di tracce avanzate per l'anno ferroviario successivo a quello in vigore (che inizia a dicembre di ciascun anno), il gestore deliberi entro due mesi dalla data di avvio del processo di allocazione. L'eventuale rigetto della richiesta deve essere motivato.

Entro i 4 mesi dalla data di avvio del processo di allocazione, il gestore predispone un progetto orario, previa consultazione delle parti interessate, e concede alle imprese ferroviarie un mese per far pervenire eventuali osservazioni. Nell'ultima edizione del PIR è inoltre previsto che la definizione finale delle tracce deve avvenire al più tardi entro un mese dalla data di attivazione dell'orario.

28. Quanto alle modalità di assegnazione della capacità di infrastruttura, il § 4.2 del PIR ne individua due: quella che si concretizza nella stipula di un accordo quadro e quella che viene assegnata su richiesta delle imprese interessate per l'orario di servizio successivo a quello in corso di validità¹³. Gli accordi quadro sono normalmente stipulati per periodi superiori a quelli

¹¹ In base all'art. 13, comma 1, del D.Lgs. n. 188/03 "*Il gestore dell'infrastruttura, previa consultazione delle regioni, delle province autonome e delle altre parti interessate, elabora un prospetto informativo della rete, provvede al suo periodico aggiornamento e procede ad apportare le opportune modifiche ed integrazioni, sulla base delle eventuali indicazioni e prescrizioni dell'organismo di regolazione di cui all'articolo 37*".

¹² L'ultima edizione del PIR (dicembre 2010) è quella emanata con Disposizione dell'AD di RFI n. 18 del 10 dicembre successivamente aggiornata con Disposizione n. 4 del 23 maggio 2011.

¹³ Cfr. § 4.2 del PIR, seconda e terza alinea.

di vigenza di un orario di servizio, per lo più pari a 5 anni, così come previsto dal § 2.3.1 del PIR¹⁴.

29. Infine, il § 4.2, alinea 8, disciplina la procedura di coordinamento prevista dal Decreto in presenza di richieste di tracce confliggenti da parte delle imprese ferroviarie (§ 4.4.2 e § 4.4.3.2).

La successiva alinea 9 precisa, inoltre, che il diritto di utilizzo delle tracce si concretizza con la stipula di contratti di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria sottoscritti tra il gestore e le imprese ferroviarie.

2. SERVIZI SUSSIDIATI E CONTRATTI DI SERVIZIO PUBBLICO

30. Una parte rilevante dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri beneficia di sussidi pubblici ritenuti necessari ad assicurare l'equilibrio economico dell'impresa ferroviaria che si fa carico degli obblighi di servizio pubblico in presenza di costi superiori ai ricavi conseguibili dalla vendita dei biglietti¹⁵.

Tra i servizi sussidiati rientrano sia i servizi di trasporto ferroviario regionale sia una parte di quelli a media-lunga percorrenza (MLP), c.d. "di interesse nazionale". La distinzione tra le due categorie di servizi si evince dal D.M. 109/T del 3 novembre 1999 "*Attuazione dell'art. 3, comma 1, lett. d) del D.Lgs 422/97, che elenca le caratteristiche dei servizi qualificabili come servizi "di interesse nazionale"*"¹⁶.

31. I servizi sussidiati sono prestati dall'impresa ferroviaria previa sottoscrizione di un contratto di servizio (nel seguito, anche CdS) che definisce, tra l'altro, l'ampiezza del sussidio e i servizi da erogare.

Ai sensi dell'art. 3 del Regolamento CE n. 1370/2007 la compensazione finanziaria degli operatori che agiscono nell'assolvimento di servizi pubblici risponde a principi ben definiti e viene attuata secondo modalità che

¹⁴ Cfr. art. 22, comma 5, del D.Lgs. n. 188/03.

¹⁵ La concessione di sussidi pubblici è espressamente prevista, a livello comunitario, dal Regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 "relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, che abroga i regolamento del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70". In particolare, ai sensi del 5° considerando del citato Regolamento ".....Tra i meccanismi a disposizione delle autorità competenti per far sì che vengano forniti servizi di trasporto pubblico passeggeri vi sono:la concessione agli operatori del servizio pubblico di compensazioni finanziarie...".

¹⁶ Secondo l'art. 2 del D.M. 109/T del 1999 i servizi di interesse nazionale sono quelli che: i) interessano il territorio di più di una Regione; ii) sono differenziati da almeno due fra i seguenti standard di qualità: materiale di elevata qualità, con fermate in capoluoghi ed elevata velocità commerciale; fermate principalmente in capoluoghi di provincia o città di particolare importanza; servizio effettuato in ore notturne per i collegamenti di media-lunga percorrenza; offerta di servizio di ristoro a bordo; offerta di carrozze con posti letto e/o posti cuccetta, con l'eccezione dei treni già definiti nell'orario di servizio come "interregionali" (v. doc. 2.122 e doc. 6.392).

impediscono una compensazione eccessiva. In particolare, in base al successivo art. 4 la compensazione corrisposta non può superare l'importo necessario per coprire l'effetto finanziario netto sui costi sostenuti e sui ricavi originati dall'assolvimento dell'obbligo di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi ricavi trattenuti dall'operatore del servizio pubblico, nonché di un profitto ragionevole.

32. Nel caso dei servizi a MLP sussidiati, essi sono oggetto del contratto di servizio stipulato da Trenitalia con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti¹⁷.

Per quanto riguarda i servizi di trasporto ferroviario regionale, a seguito della riforma del trasporto pubblico locale (D.Lgs. n. 422/97 "*Conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale*") spetta alle singole Regioni (e alle Province autonome di Trento e Bolzano) sottoscrivere il contratto di servizio¹⁸.

33. Il trasferimento di competenze alle Regioni ha avuto attuazione con decorrenza 1° gennaio 2001 attraverso il DPCM 16 novembre 2000 "*Individuazione e trasferimento alle regioni delle risorse per l'esercizio delle funzioni e compiti conferiti ai sensi degli articoli 8 e 12 del D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422 in materia di trasporto pubblico locale*" il quale ha recepito gli accordi di programma stipulati nel corso del 1999 tra l'allora Ministero dei trasporti e della navigazione e le Regioni interessate e stabilito i criteri di ripartizione delle risorse pubbliche alle Regioni.

A ciascuna Regione è stato assegnato un determinato quantitativo di treni*km e un ammontare predefinito di risorse, idonee a garantire l'equilibrio economico dei contratti¹⁹.

Nel caso di treni interregionali, si è convenzionalmente deciso che gli stessi rientrassero, di norma, nella specifica competenza di una sola delle Regioni interessate.

La ripartizione dei servizi e delle risorse attribuite a ciascun CdS regionale è rimasta sostanzialmente invariata sino ad oggi, tranne alcune modifiche

¹⁷ L'ultimo contratto sottoscritto è valido per il periodo 2009-2014.

¹⁸ Rilevano in particolare l'art. 8, comma 1, del D.Lgs. "*Servizi ferroviari di interesse regionale e locale non in concessione a F.S. S.p.a.*" secondo cui "*sono delegati alle regioni le funzioni e i compiti di programmazione e di amministrazione inerenti: a) le ferrovie in gestione commissariale governativa, affidate per la ristrutturazione alla società Ferrovie dello Stato S.p.a. dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662; b) le ferrovie in concessione a soggetti diversi dalle Ferrovie dello Stato S.p.a.*" e l'art. 9, comma 1 "*Servizi ferroviari di interesse regionale e locale in concessione a F.S. S.p.a.*", in base al quale "*con decorrenza 1° giugno 1999 sono delegati alle regioni le funzioni e i compiti di programmazione e di amministrazione inerenti ai servizi ferroviari in concessione alle Ferrovie dello Stato S.p.a. di interesse regionale e locale*".

¹⁹ Così l'art. 2 del D.P.C.M. citato.

nell'ammontare e nei criteri di erogazione delle risorse dal 2009 in poi²⁰.

2.1 La determinazione dei sussidi: l'Accordo-quadro del 1999

34. La metodologia di determinazione dei costi e dei ricavi da traffico e, conseguentemente, delle compensazioni (sussidi) spettanti a Trenitalia per i CdS regionali – ovvero gli importi volti a compensare i costi non coperti dai ricavi da traffico –, è stata determinata dall'Accordo-quadro generale tra il Ministero dei Trasporti e le Regioni del 18 giugno 1999 ed è rimasta immutata fino al 2007.

Tale metodologia prevedeva che i ricavi da traffico per treno fossero calcolati in base ai viaggiatori*km per singolo treno (rilevati due volte l'anno nell'arco di un periodo di due settimane) e al rendimento medio a viaggiatore*km (calcolato per i treni di ciascuna regione a partire dal livello e dal mix tariffario (gratuità ed evasione, abbonati ed ordinari) della regione. I costi complessivi per treno erano dati dalla somma di undici voci di costo (macchina, scorta, manutenzione corrente, manutenzione ciclica, costi di pulizia, energia di trazione, distribuzione dei titoli di viaggio, manovra, altri costi, pedaggio e ammortamento) più l'imposta sulle attività produttive (IRAP), che, inizialmente calcolate su base nazionale, sono state poi imputate da Trenitalia alle singole Regioni.

Si rileva che, rispetto ai precedenti contratti di servizio, il livello dei corrispettivi pagati da ciascuna Regione a Trenitalia era calcolato in modo tale non solo da coprire i costi in eccesso rispetto ai ricavi da traffico, ma anche da garantire alla società un "equo margine di utile"²¹. A tal fine, veniva inserita tra le voci di costo un'ulteriore voce – il cd. "costo del capitale investito" (di seguito anche CCI), volta a remunerare Trenitalia per l'utilizzo degli *asset* del servizio commissionato.

In base a quanto stabilito dal Nucleo di Consulenza per l'Attuazione e Regolazione dei Servizi di Pubblica Utilità (NARS) in sede di deliberazione dello schema di CdS 2002-2003, la remunerazione del capitale utilizzato per la produzione dei servizi oggetto del contratto veniva calcolata prendendo a riferimento il costo medio ponderato del capitale o WACC (*Weighted*

²⁰ L'ammontare complessivo dei trasferimenti a beneficio di Trenitalia, dallo Stato alle Regioni, legati alla riforma del trasporto pubblico locale, fino al 2008 pari a oltre 1.200 milioni di Euro l'anno (solo per le Regioni a Statuto ordinario), a partire dal 2009 è stato rivisto e ridotto, per effetto di una serie di norme contenute in particolare nella legge n. 2/09, nel decreto legge n. 78/2010, convertito in legge 122/2010 e nel decreto legge 201/2011 (art. 30 comma 3).

²¹ Doc. 6.398 bis, Relazione illustrativa.

Average Cost of Capital) e fissata ad un livello pari a 6,736%²². Il costo del capitale da imputare ad ogni singola Regione si otteneva dividendo il valore nazionale per il totale nazionale dei treni*km regionali e moltiplicando il valore così ottenuto per il totale dei treni*km della singola Regione.

2.2 I contratti “a catalogo”

35. Secondo Trenitalia, il principale limite di tale metodologia di calcolo dei costi consisteva nell'impossibilità di ottenere un indicatore univoco su base nazionale del costo unitario di produzione (treno*km) che fosse realmente legato al costo di produzione - variabile da treno a treno e in grado di tenere conto non solo dell'effettuazione del treno vero e proprio ma anche dei servizi accessori - e tale, quindi, da garantire un corretto calcolo della compensazione (ora denominata corrispettivo) dovuta dalla Regione per ciascuno treno richiesto.

Nel 2007, pertanto, Trenitalia ha ritenuto opportuno predisporre unilateralmente una nuova metodologia di calcolo dei corrispettivi per le Regioni definita “a catalogo” (di seguito, anche semplicemente il catalogo).

Il catalogo si basa sulla distinzione del corrispettivo in tre grandi macrovoci: il canone di accesso all'infrastruttura o pedaggio (costo indicato a corpo come da fattura presentata dal gestore dell'infrastruttura RFI); il costo del trasporto, calcolato non più in base ai treni*km ma a ore (sulla base della considerazione che le voci prevalenti di costo del servizio sono quelle relative al personale, il cui costo è molto più legato alle ore impegnate che non ai chilometri percorsi); il costo dei servizi (ovvero il costo delle biglietterie, del sistema informatico di vendita nazionale – Sipax – e dell'informazione).

36. Applicando tale metodologia di calcolo, il corrispettivo richiesto da Trenitalia alla Regione risulta pari alla differenza tra il costo risultante da catalogo per i servizi richiesti (come sommatoria delle tre voci sopra indicate) più l'utile garantito (il citato “costo del capitale investito”, già introdotto con il passaggio delle competenze alle Regioni) da un lato, e i ricavi da traffico stimati per l'anno di competenza dall'altro. Costi e corrispettivi non sono fissi ma rinegoziabili, anche sulla base di clausole di flessibilità economica previste nei CdS²³; è invece rimasto immutato il tasso

²² Doc. 6.398 bis, allegato 1 al parere del NARS dell'11 nov. 2002 di cui alla delibera CIPE 114/2002.

²³ Tali clausole si ritrovano nei vigenti CdS delle Regioni interessate dai fatti del presente procedimento istruttorio, Piemonte e Lombardia. Ad esempio, nel caso della Regione Piemonte, già nel paragrafo 9 della premessa si legge “*al fine di assicurare il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario del*

di remunerazione del capitale impiegato nella produzione del servizio. Rispetto alla situazione pre-catalogo, il corrispettivo pagato dalle Regioni è risultato mediamente superiore al 30%, ed è stato motivato dalla società con la necessità di superare le forti criticità finanziarie del gruppo FS (bilancio 2006 chiuso con oltre due miliardi di euro di deficit), di cui la maggior parte imputabili a Trenitalia.

Vale evidenziare che con il metodo di calcolo dei corrispettivi previsto dal catalogo il rischio commerciale si è in larga misura spostato dall'operatore ferroviario alla Regione. L'unica voce di rischio è rappresentata dagli introiti da biglietto (oltre a eventuali variazioni esogene delle voci di costo che non sono sotto il controllo di Trenitalia)²⁴.

2.3 I contratti con le Regioni Piemonte e Lombardia

37. Di interesse nel presente procedimento sono principalmente i CdS con la Regione Piemonte e la Regione Lombardia, il cui territorio è interessato dalle prestazioni di Arenaways.

Ad oggi i servizi di trasporto ferroviario regionale di competenza della Regione Lombardia sono prestati sulla base di tre CdS gestiti dalla società Trenord - frutto dell'operazione di concentrazione che ha interessato Trenitalia e LeNord - singolarmente ovvero, per la linea suburbana S5, in ATI con altre società²⁵.

Per quanto riguarda la Regione Piemonte, attualmente i servizi di competenza sono gestiti sulla base di due CdS stipulati con Trenitalia nel giugno 2011, dall'Agenzia per la Mobilità Metropolitana e dalla Regione Piemonte.

Tali contratti sono stati sottoscritti dopo la stipula di un Protocollo di intesa

Contratto, il corrispettivo è determinato in modo da compensare almeno i costi da sopportare per l'erogazione del servizio". L'art. 9 su "Corrispettivo e modalità di pagamento" prevede al comma 1: "la Regione corrisponde a Trenitalia, per lo svolgimento dei servizi di trasporto e dei servizi connessi scelti ed acquistati sulla base del catalogo proposto annualmente da Trenitalia, al netto dei ricavi da traffico dell'anno di competenza, un corrispettivo annuo determinato sulla base del Catalogo proposto". Dai costi ricavati dal catalogo "viene dedotta la stima dei ricavi da tariffa assunta per l'anno 2011 ai fini della determinazione del corrispettivo". Al comma 13 prevede che "il corrispettivo dovuto a Trenitalia sarà oggetto di ricontrattazione fra le Parti da concludersi entro 90 giorni dalla richiesta formalizzata da una delle Parti nelle ipotesi che seguono", incluso il caso in cui "si verifichino eventi non prevedibili agli atti della stipula, tali da determinare un cambiamento sostanziale delle componenti di costo e ricavo incidendo sull'equilibrio economico del contratto". Doc. 5.369, allegato 2.

²⁴ Doc. 6.409.

²⁵ Due contratti sono stati stipulati in data 13 novembre 2009 ed hanno validità dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2014, con possibilità di rinnovo per ulteriori 6 anni; il contratto per la S5 è stato sottoscritto in data 18 dicembre 2008 ed ha validità dal 4 luglio 2008 al 30 giugno 2017. (Doc. 5.370. Cfr. anche provvedimento AGCM C11018, *Trenitalia-Ferrovie Nord Milano/Trenitalia-LeNord* del 28 aprile 2011).

con FS nel dicembre 2010, a conclusione di un periodo di stallo iniziato nel 2007, quando era scaduto il vecchio contratto di servizio con Trenitalia, il quale disciplinava tutti i servizi di interesse per il Piemonte, ora ripartiti in due contratti.

In tale periodo la Regione Piemonte aveva bandito una gara per l'affidamento dei servizi ferroviari, non condividendo la nuova metodologia di calcolo dei corrispettivi a catalogo applicata da Trenitalia ai CdS, considerata più onerosa; nel frattempo, era sorto un contenzioso amministrativo con Trenitalia sui corrispettivi dovuti dalla Regione, chiuso transattivamente nel dicembre 2010²⁶.

3. LIBERALIZZAZIONE ED EQUILIBRIO ECONOMICO DEI CONTRATTI DI SERVIZIO PUBBLICO

38. Al fine di contemperare le esigenze di liberalizzazione del trasporto ferroviario passeggeri e il mantenimento dell'equilibrio economico dei CdS stipulati per la prestazione dei servizi sussidiati, la Direttiva 2007/58, nell'aprire il mercato dei servizi internazionali di trasporto passeggeri in ambito comunitario, cabotaggio incluso, ha previsto che, in determinate circostanze, gli Stati membri possano limitare il diritto di accesso sui servizi *“da origine a destinazione”* che sono oggetto di contratti di servizio pubblico; in ogni caso, *“detta limitazione non può determinare una restrizione del diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso di un servizio internazionale, ivi compreso in stazioni situate nel medesimo Stato membro, salvo se l'esercizio di tale diritto comprometta l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico”*²⁷.

39. Al fine di consentire la coesistenza tra i servizi di mercato (internazionali) e i servizi pubblici, la citata Direttiva, accanto alle *“limitazioni”* alla salita e alla discesa dei viaggiatori, prevede anche l'introduzione di una compensazione economica sotto forma di diritti di esercizio o *royalty*, a beneficio dell'ente pubblico sussidiante²⁸. Tale ultima

²⁶ Doc. 5.369. Prima dei nuovi contratti del giugno 2011, i rapporti con Trenitalia erano regolati da un unico contratto di servizio.

²⁷ Così l'art 3 *ter* della Direttiva 91/440/CE come modificata dall'art. 1, comma 8, della Direttiva 2007/58/CE.

²⁸ In particolare, ai sensi dell'art. 3 *septies* della Direttiva 91/440/CE, come modificata dall'art. 1, comma 8, della Direttiva 2007/58/CE *“gli Stati membri possono autorizzare, alle condizioni di cui al presente articolo, l'autorità competente per i trasporti ferroviari di viaggiatori a riscuotere da imprese ferroviarie che assicurano servizi viaggiatori diritti sull'esercizio di collegamenti che sono di competenza di detta autorità e sono effettuati fra due stazioni di tale Stato membro.*

Nella fattispecie, le imprese ferroviarie che forniscono servizi di trasporto nazionale o internazionale di passeggeri sono soggette al medesimo prelievo sull'esercizio delle linee di competenza di tale autorità.

previsione non trova tuttavia riscontro a livello nazionale.

40. Nell'ordinamento italiano la citata Direttiva è stata recepita con Decreto n. 15/2010 che rinvia, tra l'altro, alla legge n. 99/2009, con particolare riferimento agli articoli sul settore ferroviario (artt. 58, 59, 60 e 62)²⁹.

Deve rilevarsi che, in fase di recepimento, la normativa nazionale ha esteso le limitazioni previste per il servizio di trasporto internazionale anche al trasporto nazionale. Infatti, l'articolo 59 introduce "*Limitazioni ai servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale*" nei casi in cui il loro esercizio possa compromettere l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico in termini di redditività. In particolare, il comma 2 dispone che: "*lo svolgimento di servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale [...] può essere soggetto a limitazioni nel diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso del servizio, nei casi in cui il loro esercizio possa compromettere l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico in termini di redditività di tutti i servizi coperti da tale contratto [...]*"³⁰.

41. La verifica della compatibilità dei nuovi servizi ferroviari passeggeri con l'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico viene svolta dall'URSF, su richiesta di uno dei soggetti abilitati, incluso il gestore della rete³¹.

I diritti riscossi sono destinati a compensare detta autorità per gli obblighi di servizio pubblico previsti nel quadro di contratti di servizio pubblico aggiudicati in conformità del diritto comunitario. I proventi ottenuti da tali diritti e pagati come compensazione non possono eccedere quanto necessario per coprire tutti o parte dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico in questione, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi".

²⁹ Si tratta, in particolare del Decreto Legislativo n. 15 del 25 gennaio 2010, recante "*Attuazione della direttiva 2007/58/CE, che modifica le direttive 91/440/CEE, relativa allo sviluppo delle Ferrovie Comunitarie, e 2001/14/CE relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria*". Nel nostro ordinamento la Direttiva 2007/58/CE è stata recepita solo parzialmente in quanto è prevista la sola possibilità di porre vincoli alle fermate delle imprese ferroviarie e non quella di imporre royalty.

³⁰ La "*Comunicazione interpretativa della Commissione in merito ad alcune disposizioni della direttiva 2007/58/CE*" del 28 dicembre 2010, in GUCE C 353/1, traccia gli orientamenti comunitari su due aspetti essenziali della Direttiva: 1. *come stabilire se la finalità principale del servizio ferroviario sia il trasporto internazionale di passeggeri*; 2. *come valutare se l'equilibrio economico dei contratti di pubblico servizio risulti compromesso dal nuovo servizio*. A quest'ultimo riguardo, la Commissione chiarisce che "*l'analisi dovrebbe concentrarsi sull'impatto economico che il nuovo servizio potrebbe avere sul contratto di servizio pubblico in generale, e non su singoli servizi*".

³¹ I successivi commi 3 e 4 delineaano modalità e termini per l'avvio del procedimento di verifica da parte dell'URSF; in particolare, in base al comma 3: "*l'organismo di regolazione di cui al comma 1, entro due mesi dal ricevimento di tutte le informazioni necessarie, stabilisce se un servizio ferroviario rispetta le condizioni ed i requisiti di cui ai commi 1 e 2 e, se del caso, dispone le eventuali limitazioni al servizio, in base ad un'analisi economica oggettiva e a criteri prestabiliti, previa richiesta: a) del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; b) del gestore dell'infrastruttura; c) della o delle regioni titolari del contratto di servizio pubblico; d) della impresa ferroviaria che fornisce il servizio pubblico*".

A tal fine, in data 6 maggio 2010 l'URSF ha emanato un decreto dirigenziale di attuazione del citato articolo 59. L'analisi dell'equilibrio economico viene svolta secondo quanto previsto dall'art. 6 del citato decreto, che stabilisce, in particolare, al comma 1 che *“l'equilibrio economico di uno specifico contratto di servizio pubblico si esprime in termini di redditività di tutti i servizi coperti da tale contratto ed è valutato in base all'assetto commerciale preesistente allo svolgimento di un servizio passeggeri da parte di altra impresa ferroviaria, in sovrapposizione anche parziale per ubicazione, numero di fermate, orario e frequenza”* e al comma 3 che *“l'equilibrio economico di uno specifico contratto di servizio pubblico è compromesso se il profitto P subisce una riduzione superiore al 50%”*.

42. Vale sottolineare che il comma 2 evidenzia quali sono i parametri da prendere in considerazione ai fini del calcolo del profitto; in particolare:

$$P = (RT + CP) - (CF+CV)$$

dove “P” indica il profitto del contratto, “RT i ricavi da titoli da viaggio”, “CP” i corrispettivi, “CF” i costi fissi e “CV” i costi variabili. Il profitto del contratto deve quindi essere calcolato come differenza tra remunerazione complessiva (ricavi da traffico e corrispettivi) e costi complessivi del contratto (fissi e variabili).

Sono inoltre indicati tassativamente i costi fissi e variabili che rientrano nell'ambito del calcolo dell'equilibrio economico. In particolare, i costi fissi includono: gli oneri finanziari sui capitali investiti; il canone per l'accesso e i corrispettivi per i servizi; gli ammortamenti; le spese di assicurazione; gli oneri fiscali; altri costi fissi. I costi variabili includono: le spese per l'acquisto di beni e servizi; la retribuzione dipendenti e i contributi; la manutenzione e riparazione; altri costi variabili.

43. Secondo quanto previsto dall'art. 7 del citato decreto, l'URSF, per poter svolgere l'analisi di compromissione dell'equilibrio economico, deve acquisire informazioni dall'impresa titolare dei contratti di servizio pubblico interessati, dall'impresa che intende prestare i nuovi servizi, nonché dalle autorità pubbliche titolari dei contratti di servizio (Regioni e MIT-DGTF nel caso del contratto per i servizi nazionali).

In particolare, spetta all'impresa ferroviaria titolare dei contratti di servizio fornire gli elementi essenziali a valutare se i nuovi servizi siano idonei a comprometterne l'equilibrio economico. Secondo l'art. 7, infatti, l'URSF acquisisce dall'impresa ferroviaria titolare del contratto di servizio pubblico,

la documentazione attestante: a) l'equilibrio economico del contratto di servizio pubblico; b) la compromissione di tale equilibrio economico³².

44. Ai fini della presente istruttoria rileva, infine, dar conto di una “circolare interpretativa” pubblicata dall’URSF sul proprio sito internet riportante la data del 30 marzo 2012. Tale circolare, intitolata “*Interpretazione autentica DD 203/1/URSF*” così dispone: “*Al fine di evitare ambiguità interpretative, si esplicita che il profitto P di cui all’art. 6, comma 3, del DD 203/1/URSF del 6 maggio 2010 deve intendersi decurtato della remunerazione minima del capitale proprio investito, calcolata con il tasso fissato dal NARS (attualmente pari al 6,74 giusto parere dell’11 novembre 2002)*”³³.

V. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

1. L’ACCESSO ALL’INFRASTRUTTURA FERROVIARIA E LA POSIZIONE DI RFI

45. I comportamenti segnalati, ascrivibili a RFI, sono avvenuti nel mercato dell’accesso all’infrastruttura ferroviaria nazionale.

Con atto concessorio di cui al D.M. 31 ottobre 2000 n. 138/T, a RFI è stata attribuita la gestione in monopolio legale della quasi totalità della rete nazionale.

2. IL TRASPORTO FERROVIARIO PASSEGGERI E LA POSIZIONE DI TRENITALIA

46. Le condotte contestate a Trenitalia riguardano invece i servizi di trasporto ferroviario passeggeri.

47. Sulla base della normativa vigente (v. *supra*), essi possono essere distinti in servizi di trasporto regionale o locale (servizi suburbani) e servizi a media-lunga percorrenza (MLP), tra cui rientrano i servizi c.d. di interesse nazionale. Tale distinzione è stata introdotta dal D. Lgs. 422/97 di riforma del trasporto pubblico locale, al fine di individuare i servizi ferroviari sottratti alla competenza dell’amministrazione centrale ed affidati a quella degli enti locali.

³² Dall’impresa richiedente il servizio, l’URSF acquisisce un piano economico relativo al servizio che intende svolgere, per almeno un anno di attività, che dia evidenza, tra l’altro, della domanda potenziale esistente sul servizio stesso, dei costi fissi e dei costi variabili presi a riferimento. Infine, dalla competente autorità pubblica titolare del contratto di servizio, acquisisce una relazione illustrativa.

³³ Doc. 6.478, allegato 2.

48. I servizi locali e regionali e una parte dei servizi MLP beneficiano di sussidi, erogati dalle Regioni sulla base di contratti di servizio con l'impresa ferroviaria (di norma Trenitalia, in rari casi in ATI con altre imprese ferroviarie). La generalità delle Regioni ha, di recente, sottoscritto contratti di servizio con Trenitalia, quasi sempre di lunga durata, pari a 6 anni, rinnovabili per altri 6³⁴.

49. Dal punto di vista della domanda, i servizi ferroviari possono essere suddivisi in servizi locali, allo stato sostanzialmente coincidenti con i servizi suburbani e regionali prestati da Trenitalia, e servizi a lunga distanza. In tale ultima categoria rientrano i treni Intercity (IC), Eurostar e Eurostar City (ES) di Trenitalia; i treni che viaggiano sulla rete ad Alta Velocità (attualmente, unico operatore è Trenitalia; dal 2012 è previsto l'ingresso del nuovo operatore NTV); i treni internazionali, inclusi quelli che prestano attività di cabotaggio (al momento, gli unici a svolgerla sono i treni DB-ÖBB, gestiti dai principali operatori ferroviari austriaco e tedesco, vale a dire Deutsche Bahn e ÖBB, in partnership con LeNord, società controllata da Trenitalia; il principale operatore internazionale è Artesia, *joint venture* Trenitalia-SNCF, che presta servizio da/per Parigi a/da le maggiori città italiane); i treni notturni, spesso operanti su percorsi internazionali.

50. I servizi locali servono una tipologia di utenti che si sposta lungo percorsi di breve-media distanza, spesso con regolarità (per ragioni di studio e di lavoro) e con maggiore frequenza in determinate fasce orarie.

Il trasporto ferroviario regionale presenta caratteristiche tali da consentire di individuare un mercato del prodotto distinto rispetto a tutte le altre modalità di trasporto pubblico locale. In talune circostanze e per alcune tratte, le descritte esigenze di mobilità potrebbero essere soddisfatte, per parte della domanda passeggeri, da altre modalità di trasporto pubblico, in particolare il trasporto su gomma, che però risente maggiormente dei problemi di congestione di traffico caratteristici delle aree densamente urbanizzate; peraltro, in genere, nella fornitura dei servizi di trasporto pubblico locale le autorità competenti per la programmazione (Regioni ed enti locali) utilizzano il trasporto su gomma in una logica di intermodalità rispetto al trasporto ferroviario o in alternativa, su percorsi non adeguatamente coperti

³⁴ Nei rari casi in cui sono in scadenza precedenti contratti di servizio con Trenitalia, almeno per il 2011, l'articolo 25, comma 2, della legge n. 2/2009, prevede stanziamenti per i soli contratti di servizio che saranno stipulati con Trenitalia. Unica eccezione, i servizi di trasporto ferroviario regionale delle Regioni Sicilia, Sardegna e Valle d'Aosta, ancora prestati sulla base del contratto di servizio nazionale stipulato da Trenitalia con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, almeno fino alla fine del 2011. Dopo tale data, due sono le alternative possibili: i) un'ulteriore proroga o una modifica del quadro normativo al fine di completare il trasferimento dallo Stato alle tre Regioni indicate delle competenze in materia di trasporto pubblico regionale ferroviario.

dall'infrastruttura ferroviaria. Solo in casi rari si parla di servizi “sostitutivi” del trasporto ferroviario, peraltro garantiti dallo stesso gestore.

Occorre invece considerare le strette relazioni di sostituibilità esistenti con quei treni a lunga distanza il cui percorso coincide, in parte, con quello dei treni locali e che effettuano fermate intermedie. A ciò vanno aggiunti, solo per poche tratte sulla rete ferroviaria, i treni internazionali, in particolare quelli che svolgono attività di cabotaggio e, in misura minore, i treni ad alta velocità e i treni notturni.

51. Analogamente, i servizi di trasporto ferroviario a lunga distanza soddisfano in buona parte una domanda di mobilità proveniente da utenti interessati a percorsi di media-lunga distanza. Per quanto riguarda tale tipologia di utenti occorre considerare la stretta relazione di sostituibilità esistente con i servizi locali (nelle parti del percorso coperte da entrambi i servizi) e, in linea di principio - in modo più o meno ampio a seconda del contesto - l'alternativa rappresentata da altre modalità di trasporto, in particolare i servizi di trasporto aereo.

52. L'utenza si ripartisce tra i diversi servizi in base alla disponibilità a pagare (reddito), alla frequenza, al prezzo e alla qualità del servizio.

53. Dal punto di vista geografico, è possibile individuare molteplici coppie di origine e destinazione (O&D) all'interno del territorio nazionale, corrispondenti ai collegamenti tra diverse città, che consentono di definire fasci di rotte cui fanno riferimento i diversi bacini di utenza. Ciascuna rotta/fascio di rotte può costituire un distinto mercato rilevante. Nel caso in esame, occorre fare riferimento principalmente al bacino di utenza interessato dai flussi di mobilità a cui erano primariamente rivolti i servizi prospettati da Arenaways lungo l'anello circolare Torino-Milano-Alessandria-Torino (v. *infra*).

54. Fino al tentato ingresso di Arenaways sia i servizi di trasporto ferroviario locale che quelli di trasporto ferroviario a lunga distanza (sussidiati e non) erano, tranne rare eccezioni (in particolare, con riferimento alla direttrice per il Brennero, estranea ai fatti del presente procedimento), svolti dalla sola Trenitalia, con le diverse tipologie di treni già menzionate (IC, ES, ES City, Frecciargento, Frecciabianca, Frecciarossa, Regionali, Regionali Veloci).

3. I SERVIZI PROSPETTATI DA ARENAWAYS

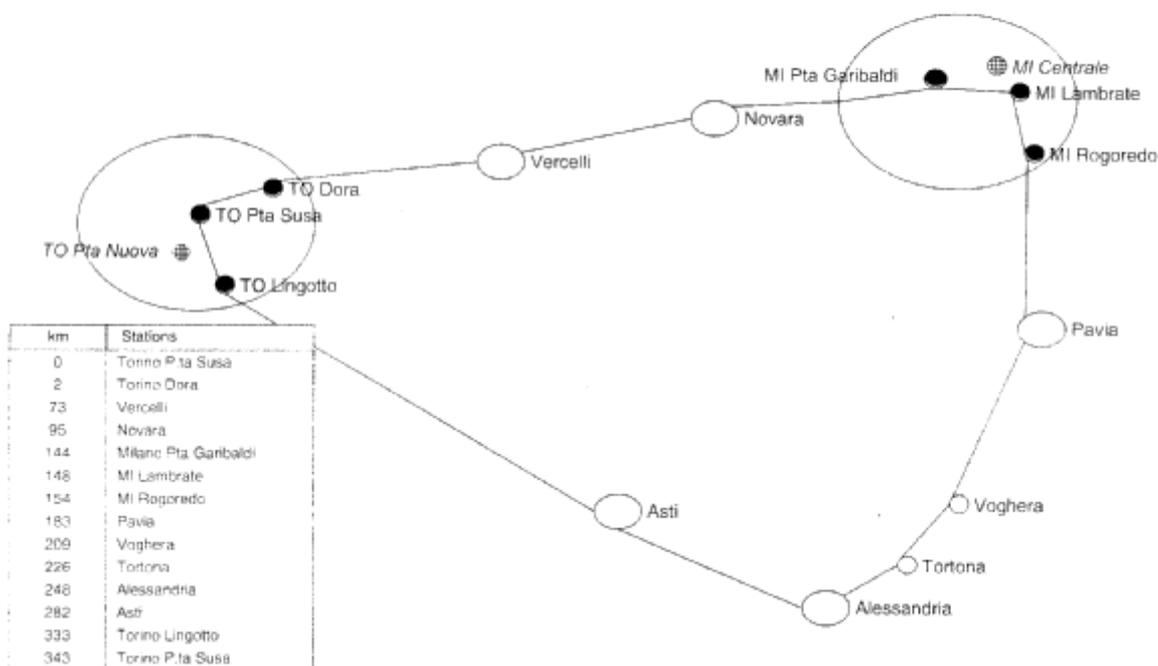
55. La società Arenaways si proponeva di offrire servizi di trasporto ferroviario passeggeri lungo i 343 km di rete che collegano l'anello Torino-

Milano-Alessandria-Torino, con l'obiettivo non solo di intercettare parte della domanda di viaggiatori che si muovono su tale tratta (in particolare, su percorsi di distanze medie – circa 50-100 km), ma anche di indurre utenti di mezzi di trasporto differenti ad utilizzare il treno per i propri spostamenti. A tal fine, Arenaways offriva servizi di trasporto di standard qualitativamente elevato, nonché servizi extra a bordo, tra cui ristorazione, servizio di lavanderia, ordine della spesa, spedizione documenti, vendita biglietti per eventi e mezzi pubblici³⁵.

56. Il progetto iniziale prevedeva l'offerta di servizi di trasporto passeggeri in entrambi i sensi di marcia con una serie di fermate intermedie, secondo lo schema rappresentato nella tavola 1 di seguito riportata. La durata prevista del percorso era pari a 1 ora e 35 minuti.

A tal fine, in data 11 aprile 2008, Arenaways formulava ad RFI una richiesta di 51 tracce per lo svolgimento di servizi di trasporto passeggeri nell'orario di servizio 2008-2009 con cadenza oraria e periodicità 7 giorni a settimana, da effettuare con materiale rotabile ETR (peso: 130 tonn; lunghezza: 75 mt; velocità massima: 160 km/h)³⁶.

Tavola 1. L'anello circolare prospettato da Arenaways



³⁵ Informazioni tratte dal *business plan*, doc. 4.208 all. 86.

³⁶ Doc. 2.56.

57. Per quanto riguarda la politica tariffaria, venivano ipotizzati 3 prezzi base per i biglietti, a seconda della lunghezza del percorso, così fissati per il primo anno di attività: i) 19 euro per una tratta lunga, circa 150 Km, come la Torino-Milano; ii) 17 euro per una tratta media, circa 110 Km, come la tratta Alessandria-Torino e iii) 10,5 euro per una tratta breve, circa 80 Km, come la Milano-Alessandria.

Il prezzo dei servizi offerti da Trenitalia su tali tratte varia in modo sensibile a seconda della tipologia di treno utilizzata, oltre che della classe. Ad esempio sulla Torino-Milano si va dai 10 euro richiesti per un biglietto di seconda classe su un treno regionale veloce, ai 45 euro pagati per la prima classe su un treno ad Alta Velocità. Per gli Eurostar City (i c.d. Frecciabianca) il prezzo è di 30 euro per la prima classe e 22,5 euro per la seconda classe³⁷. Al momento del progettato ingresso, per i treni Intercity di Trenitalia era previsto un prezzo medio (tra prima e seconda classe) superiore a quello richiesto da Arenaways per un percorso analogo³⁸.

58. Il percorso prospettato da Arenaways insisteva su un territorio caratterizzato dai flussi di mobilità più elevati della penisola. Posto che nelle aree urbane si concentra l'80% della domanda di mobilità dell'utenza, sia il nodo di Torino, che quello metropolitano di Milano, rappresentano due dei punti fondamentali del sistema ferroviario nazionale. Limitandosi alla sola utenza pendolare, nel nodo di Torino si concentrano quasi 200.000 viaggiatori al giorno, mentre solo in Lombardia sono oltre 560.000 le persone che ogni giorno si spostano per motivi di lavoro e di studio, spesso avendo come destinazione Milano.

Secondo quanto riferito dai rappresentanti dell'utenza, il nodo di Milano dispone di una più che adeguata infrastruttura ferroviaria, mentre occorrerebbe *“disporre di molti nuovi treni per portare l'offerta all'altezza della domanda di pendolari e delle potenzialità della rete”*³⁹. A ciò va aggiunto il traffico, anch'esso sostenuto, rappresentato da utenti occasionali e dall'utenza che si sposta su distanze più lunghe.

4. LE CONDOTTE CONTESTATE AL GRUPPO FS

59. Nei paragrafi che seguono è analizzata la strategia escludente posta in essere dal gruppo FS, ai danni di Arenaways, distinguendo tra i comportamenti adottati da RFI, in qualità di gestore dell'infrastruttura e

³⁷ I prezzi di Trenitalia sono quelli risultanti dal sito della società a settembre 2011.

³⁸ Doc. 4.208, allegato 86, cit.

³⁹ Cfr. doc. 1.26.

quelli posti in essere da Trenitalia e dando conto del ruolo di FS.

60. Con riguardo a quest'ultima, si ricorda che non svolge funzioni operative, prestate invece dalle proprie controllate secondo le rispettive competenze, ma esercita un ruolo di coordinamento e di indirizzo dell'attività del gruppo, beneficiando dei risultati conseguiti, in quanto titolare dell'intero capitale sociale delle diverse società, in particolare RFI e Trenitalia. Ciò spiega l'interesse attivo di FS nelle fasi principali che hanno contribuito a delineare il contesto normativo di riferimento, caratterizzate da una "partecipazione" alla redazione del testo di alcune norme, come risulta ad esempio nel caso delle modifiche alla normativa sul trasporto ferroviario che hanno portato all'emanazione dell'art. 59 della legge n. 99/2009⁴⁰.

61. Dalla documentazione in atti emerge anche un interesse diretto di FS per la vicenda Arenaways, come testimonia ad esempio una *e-mail* inviata da un dirigente di Trenitalia all'AD di FS in data 2 ottobre 2007, avente ad oggetto "*stampa nord ovest-articolo su arenaways*", nella quale, con specifico riferimento alla questione si legge: "*trattasi di servizi non contribuiti nel triangolo torino-milano-alessandria-torino. In prima fase sono concorrenti degli IC, in seconda fase (quando ci sarà la gara), parteciperanno senz'altro anche loro....*" e prosegue affermando "*con il catalogo certe idee verranno allo scoperto, dopodomani non sarà facile*"⁴¹. Ancora, un altro documento reperito presso la sede di FS nel corso degli accertamenti ispettivi, redatto nel corso del 2010, contiene il confronto competitivo tra i servizi offerti da Arenaways sulla tratta Torino-Milano e quelli corrispondenti offerti da Trenitalia⁴².

4.1. I comportamenti di RFI

4.1.1 I continui rinvii di RFI

62. Al momento della richiesta di tracce di Arenaways, RFI ha deciso di avviare una "procedura di consultazione" con le Regioni coinvolte e con altri soggetti istituzionali (in particolare, il MIT-DGTF), non prevista dalla normativa vigente.

La procedura che, a detta di RFI, avrebbe avuto un precedente nel caso Metroferro del 2001⁴³, sarebbe stata avviata al fine di rispondere alle

⁴⁰ Doc. 1.22.

⁴¹ Doc. 4.182, allegato 1.

⁴² Doc. 1.20.

⁴³ Docc. 4.226 all. 6 e 2.59.

perplexità avanzate da Trenitalia, con lettera del 4 marzo 2008 in merito all'ingresso di Arenaways, con particolare riguardo alla coesistenza tra i servizi del nuovo entrante (considerati di natura regionale e dunque esercitabili solo mediante contratti di servizio, secondo l'interpretazione della normativa del gestore e di Trenitalia) e servizi sussidiati⁴⁴. In altri termini, secondo RFI, la qualificazione dei servizi come regionali o di interesse nazionale sarebbe stata necessaria a stabilire la legittimità della richiesta di Arenaways e dunque l'esistenza stessa di un diritto di accesso all'infrastruttura in capo all'impresa ferroviaria.

63. Di seguito si riporta la cronologia dei fatti, come risulta dagli atti del procedimento, distinguendo tra: a) alcuni eventi precedenti alla richiesta di tracce di Arenaways; b) i fatti successivi alla prima richiesta di tracce avanzata da Arenaways nell'aprile 2008, fino all'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 59 da parte dell'URSF, nel maggio 2010; c) i comportamenti tenuti da RFI dopo tale data fino alla sottoscrizione del contratto di accesso all'infrastruttura avvenuta nel novembre 2010⁴⁵.

a) Gli eventi antecedenti la richiesta di tracce di Arenaways

64. Dagli accertamenti condotti risulta che alcune problematiche sollevate da RFI nella "procedura di consultazione" ed in particolare quelle relative all'impatto dei nuovi servizi sui CdS, erano state già affrontate e in buona parte risolte dal MIT-DGTF ancora prima della richiesta di accesso alla rete avanzata da Arenaways.

65. Già nel **10 gennaio 2008**, il MIT-DGTF aveva inviato una lettera al Capo di Gabinetto dell'allora Ministro dei Trasporti per rispondere alle richieste di chiarimento in merito al rilascio del titolo autorizzatorio ad Arenaways. In tale lettera il MIT-DGTF confermava che "*non sussistono motivi ostativi ai fini dell'accesso all'infrastruttura nazionale per la società Arenaways*". Inoltre "*dall'esame del business plan presentato, si deduce che trattasi di un volume di servizi destinato ad avere un impatto di carattere marginale nell'ambito del settore e delle tipologie di trasporto espletate*" (sottolineature aggiunte). Infine, il MIT-DGTF avvisava che ai fini dell'ingresso della società sul mercato sarebbe stata "*sufficiente l'aggiunta, nel dispositivo del decreto di estensione dell'attività all'infrastruttura nazionale, di una riserva che testualmente disponga che la Società è tenuta*

⁴⁴ Doc. 2.59. La lettera era diretta a MIT-DGTF, RFI e Regioni Lombardia e Piemonte.

⁴⁵ Docc. 2.53 e 5.370 (relazione tecnica).

alla copertura degli oneri dei contratti di servizio relativi ai servizi universali”⁴⁶.

66. Ancora, con nota del **18 aprile 2008**, inviata al capo della Segreteria dell’allora Ministero dei Trasporti (ora Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture), il MIT-DGTF aveva ulteriormente ribadito le misure da adottare in casi come quello Arenaways.

Nella nota citata il MIT-DGTF chiariva che la società Arenaways intendeva espletare servizi di trasporto passeggeri “*con una minima sovrapposizione con Trenitalia*” e che “*questa Direzione Generale ha ritenuto opportuna e sufficiente l’aggiunta, nel dispositivo del decreto di rilascio del titolo autorizzatorio, per l’estensione dell’attività ai servizi di trasporto in ambito nazionale, di una clausola funzionale ad assicurare l’obbligo per la società di contribuire alla copertura degli oneri dei Contratti di Servizio relativi ai “servizi universali” secondo le modalità previste dalla normativa vigente al momento dell’effettiva attivazione dei servizi stessi in relazione ai treni per chilometro effettuati dalla Società medesima*”. IL MIT-DGTF precisava che ciò valeva “*in relazione a quei servizi che avessero una connotazione tale da interferire con quelli a committenza pubblica e di competenza statale*”⁴⁷

Secondo il MIT-DGTF un’analogha pretesa avrebbe potuto essere avanzata dalle Regioni per i servizi a committenza pubblica di loro competenza, qualora ne ricorressero i presupposti e una volta assicurato il recepimento della Direttiva 2007/58/CE (da recepire entro il 4 giugno 2009).

67. Per altro profilo, si segnala il favore degli enti locali (in particolare il Piemonte) rispetto all’ingresso di Arenaways nel mercato, favore espresso già in data 14 marzo 2008 al Ministro dei Trasporti. In tale data, la Regione chiedeva aggiornamenti sullo stato della procedura di rilascio delle necessarie certificazioni ad Arenaways, in considerazione del fatto che “la regione Piemonte [...] ritiene sia da favorire comunque l’arricchimento qualitativo e quantitativo dell’offerta di servizi ferroviari” (sottolineature aggiunte)⁴⁸.

b) Gli eventi successivi alla richiesta di tracce dell’aprile 2008

b.1) Maggio 2008 – luglio 2009

68. Nel seguito si riportano i principali fatti successivi alla prima richiesta

⁴⁶ Doc. 5.376, allegato 1 e doc. 1.5 allegato 9.

⁴⁷ Doc. 5.376, allegato 2.

⁴⁸ Doc. n. 5.376, allegato 2.

di tracce avanzata da Arenaways, da cui risultano i continui rinvii di RFI, anche a fronte delle posizioni di sostanziale favore espresse dalle Regioni interpellate (Piemonte e Lombardia) e nonostante i continui solleciti da parte di MIT-DGTF e URSF, che la stessa RFI aveva coinvolto nella “procedura di consultazione”.

69. Il **13 maggio 2008** RFI scrive alle Regioni Piemonte e Lombardia, e per conoscenza al MIT-DGTF, per informare della richiesta di tracce di Arenaways per l’orario di servizio 2008-2009, in vigore dal 14 dicembre 2008⁴⁹.

Nella lettera RFI ricorda che i servizi ferroviari che non rientrano tra quelli di interesse nazionale sono di competenza delle Regioni⁵⁰, sottolinea che le relazioni interessate dalla richiesta di tracce di Arenaways sono di competenza regionale⁵¹ e chiede ai destinatari di esprimersi al riguardo⁵².

70. Il **16 giugno 2008** la Regione Piemonte scrive a RFI e per conoscenza alla Regione Lombardia e al MIT-DGTF, per chiedere a RFI la documentazione tecnica necessaria per esprimere una valutazione, in particolare con riguardo a eventuali interferenze tra i servizi Arenaways e quelli oggetto delle funzioni di trasporto ferroviario trasferite alle Regioni e per segnalare di non avere ricevuto alcuna richiesta da parte di Arenaways⁵³.

71. Sempre il **16 giugno 2008** RFI scrive ad Arenaways che il progetto orario è in fase di elaborazione e specifica che l’assegnazione formale delle tracce orarie “*potrà avvenire a seguito della conclusione con esito positivo dell’iter attivato con le Regioni competenti, in merito a tutte le richieste pervenute che potrebbero ricadere nell’ambito dei servizi di trasporto pubblico locale*”⁵⁴.

72. Il **29 luglio 2008**, quasi quattro mesi dopo la richieste di tracce di Arenaways, RFI trasmette finalmente alla Regione Piemonte le specifiche tecniche della richiesta di tracce di Arenaways, con lettera indirizzata anche

⁴⁹ Con attivazione inizialmente prevista a maggio 2009 (doc. 5.370 all. 2).

⁵⁰ RFI richiama come base normativa l’art. 3 del D.Lgs. n. 422/97 e il D.M. 109/T del 3 novembre 1999.

⁵¹ Tali relazioni rientrano, infatti, tra quelle trasferite dal DPCM 16/11/2000 alle Regioni per l’espletamento dei compiti di cui all’art. 9 del D. Lgs. n. 422/97.

⁵² Il 14 maggio 2008 RFI comunica ad Arenaways di avere provveduto ad informare le Regioni per procedere alla definizione della questione.

⁵³ Nella lettera, la Regione richiama la nota del 18 aprile 2008 del MIT-DGTF al capo della Segreteria dell’allora Ministero dei Trasporti, contenente l’orientamento del Ministero sulle misure da adottare in casi come quello Arenaways (doc. 5.370 all. 3). Il 30 giugno 2008 RFI chiede ad Arenaways l’autorizzazione ad inviare alla Regione Piemonte i dati richiesti, ricevendo risposta affermativa il 9 luglio 2008. I dati in questione vengono quindi trasmessi da RFI alla Regione Piemonte il 29 luglio 2008.

⁵⁴ In particolare, nella lettera RFI evidenzia che la richiesta di Arenaways deve tenere conto dei lavori del nodo di Torino e della linea ad alta velocità Novara-Milano Certosa e che, non essendo possibile instradare i treni sul Passante ferroviario di Milano, essi sarebbero stati instradati nel Nodo di Milano via Milano Porta Garibaldi-Milano Lambrate-Milano Rogoredo. Doc. 5.370 all. 3.1.

alla Regione Lombardia e, per conoscenza, al MIT-DGTF. RFI informa i destinatari in merito al contenuto della richiesta inviata ad Arenaways, ribadendo che *“l’assegnazione formale della capacità potrà avvenire solo a seguito della conclusione con esito positivo dell’iter attivato con le regioni competenti e che, comunque, nel caso in cui non vi siano ragioni ostative all’assegnazione [...] non potrà essere garantita la sistematicità del cadenzamento né, al momento, il numero totale delle tracce richieste”* (sottolineature aggiunte). RFI ricorda inoltre che la Direttiva 2007/58 prevede la possibilità per le autorità pubbliche nazionali di limitare il diritto di accesso all’infrastruttura qualora l’esercizio dello stesso leda l’equilibrio economico di uno o più contratti di servizio⁵⁵.

73. In data **11 agosto 2008**, in occasione della scadenza prevista dal PIR (Prospetto Informativo della Rete) per la comunicazione del progetto orario, RFI comunica ad Arenaways *“che è ancora in corso l’iter di consultazione con le Regioni Piemonte e Lombardia [...] per quanto attiene le attribuzioni regionali in materia di trasporto pubblico locale”*⁵⁶.

74. Il **12 agosto 2008** la Regione Piemonte manifesta il proprio favore all’ingresso di Arenaways⁵⁷.

In risposta all’istanza di luglio di RFI, la Regione afferma che *“questa direzione regionale [...] esprime il proprio parere favorevole all’attivazione dei servizi succitati pur evidenziando che le caratteristiche dei servizi offerti da Arenaways sembrerebbero assimilabili ad un servizio nazionale di media-lunga percorrenza”*.

In ogni caso, la Regione rappresenta l’auspicio che le tariffe applicate da Arenaways siano *“pari o superiori al sistema tariffario IC [InterCity], ciò al fine di non determinare una possibile interferenza tra servizi svincolati da sussidi pubblici e quelli oggetto di contratto di servizio di competenza regionale”*⁵⁸.

75. In data **2 ottobre 2008**, anche la Regione Lombardia si esprime in modo favorevole. Nella lettera inviata a RFI la Regione *“prende [...] favorevolmente atto che è stato escluso l’inserimento nel passante di Milano delle tracce in oggetto”* e chiede garanzia a RFI che *“le eventuali tracce aggiuntive richieste da Arenaways siano rilasciate senza alcuna compromissione del sistema delle linee S lombarde”* (vale a dire la rete di

⁵⁵ Doc.2.56.

⁵⁶ Doc. 2.115.

⁵⁷ Con lettera inviata anche al MIT-DGTF e alla Lombardia.

⁵⁸ Doc. 2.111 e doc. 2.67.

linee suburbane che servono il centro)⁵⁹.

76. In conclusione, alla data del 2 ottobre 2008 entrambe le Regioni coinvolte si erano espresse positivamente nei confronti dell'ingresso di Arenaways.

77. Nonostante i pareri positivi espressi dalle Regioni, il gestore della rete, invece di assegnare le tracce, in data **24 ottobre 2008** investe della questione l'URSF e il MIT-DGTF, con una lettera, inviata per conoscenza anche a Lombardia, Piemonte e Trenitalia⁶⁰.

Nella lettera RFI ribadisce che i servizi di Arenaways sono servizi di trasporto pubblico locale e richiama nuovamente il precedente Metroferro⁶¹.

In tale lettera RFI evidenzia il persistere di questioni di natura economica (tariffe e *royalty*) che impediscono la definizione del processo di allocazione delle tracce. Su tali basi RFI invita i destinatari della lettera ad esprimersi *“per quanto di rispettiva competenza [...] sia in merito al sistema tariffario che l'impresa new comer dovrà applicare alla clientela, sia riguardo alla determinazione di eventuali royalties finalizzata a preservare l'equilibrio economico dei contratti di servizio in essere”*. Inoltre, secondo RFI, *“in caso di risposta affermativa alla previsione di royalty sarà poi necessario indicare il soggetto incaricato della loro riscossione, ovvero se RFI per conto della Regione oppure direttamente l'amministrazione locale”*.

78. Con lettera del **10 novembre 2008** il MIT-DGTF risponde ad RFI chiarendo definitivamente la propria posizione in merito alle questioni sollevate dal gestore ed evidenziando l'assenza di ostacoli all'assegnazione delle tracce⁶².

Quanto alla natura dei servizi Arenaways, il MIT-DGTF afferma come, una volta che le Regioni abbiano individuato i servizi da regolare con contratto di servizio e siano state assegnate le corrispondenti tracce, *“tutte le tracce e le capacità residue rimangono disponibili per le attività di trasporto esercite in autonomia commerciale (senza il ricorso quindi a contributi di parte pubblica), indipendentemente da una loro specificità di livello nazionale o regionale [...]. Conseguentemente, a parere della scrivente, nessuna limitazione appare ravvisarsi, a legislazione vigente, per lo svolgimento di quei servizi di trasporto che, pur non assumendo le caratteristiche di servizi di interesse nazionale ai sensi del citato DM 109/T, siano effettuati in piena*

⁵⁹ Doc. 2.75.

⁶⁰ Doc. 2.55.

⁶¹ Richiamando ancora, come base normativa, il D. Lgs. 422/97 e il DM 109T del 1999.

⁶² Doc. 2.122 e doc. 5.370 all. 7.

autonomia commerciale senza contribuzione di parte pubblica”⁶³.

Quanto alla problematica di eventuali *royalty* connesse all’esigenza di preservare l’equilibrio economico dei contratti di servizio a fronte dei servizi eserciti in autonomia commerciale, il Ministero ricorda di avere ovviato a tale problematica - in coerenza con la Direttiva 2007/58 e nelle more del suo recepimento - con *“l’aggiunta, nel dispositivo del decreto di rilascio del titolo autorizzatorio [...] di una clausola funzionale in cui si obbliga l’impresa ferroviaria alla contribuzione di oneri di contratti di servizio, in relazione ad eventuali “servizi universali” con le modalità che saranno previste al momento dell’effettiva attivazione dei servizi stessi”*.

Infine, in relazione al tema delle *tariffe* di Arenaways, il Ministero precisa che *“trattandosi di servizi svolti in autonomia commerciale – alcun regime di regolamentazione delle tariffe può ritenersi applicabile”*.

79. In sintesi, al 10 novembre 2008, anche il MIT-DGTF aveva ritenuto che sussistessero le condizioni affinché il gestore procedesse all’assegnazione delle tracce richieste⁶⁴.

80. Tuttavia, nonostante i pareri favorevoli delle Regioni interpellate e la posizione espressa dal MIT-DGTF, RFI, anziché procedere all’assegnazione delle tracce, rinvia ulteriormente la risposta ad Arenaways, ritenendo a questo punto necessaria l’acquisizione di un parere “convergente” da parte delle Regioni e del MIT, a cui RFI scrive in data **11 dicembre 2008**⁶⁵.

81. In tale contesto, persistendo i rinvii e le perplessità di RFI, interviene nuovamente il MIT-DGTF in data **16 dicembre 2008**, inviando una lettera a Regioni, URSF e RFI, con la quale conferma la propria posizione e si fa carico di convocare tempestivamente un incontro risolutivo, in particolare *“per evitare che il prolungarsi di questa situazione di impasse possa procurare danni economici alla impresa ferroviaria richiedente le tracce orarie, non avendo quest’ultima certezza di poter iniziare la sua attività nei*

⁶³ In questo senso, il MIT-DGTF chiarisce che il DM 109T del 1999, più volte richiamato da RFI come base normativa a giustificazione della procedura di consultazione, non è pertinente, in quanto la descrizione dei servizi ivi contenuta può, in linea di principio, essere utilizzata per individuare i servizi aventi una connotazione commerciale, ma non per stabilire quali servizi debbano essere prestati solo con Contratto di servizio.

⁶⁴ In conclusione, il MIT-DGTF evidenzia infatti come il *“GI non possa rifiutare l’assegnazione delle tracce richieste, a meno che la Regione stessa non eccepisca e dimostri l’esistenza di ragioni di un contrastante potere programmatico rispetto all’esistenza di un eventuale servizio a committenza pubblica che si collochi, quanto ad orari e modalità di esercizio, sulle medesime tracce oggetto di richiesta”*.

⁶⁵ Nella lettera RFI reputa *“necessario che codeste sedi si esprimano in modo chiaro e convergente in ordine alla conciliabilità tra le attività che Arenaways si propone di esercire e quelle svolte il regime di contratto di servizio”*. La lettera viene inviata, per conoscenza, a Trenitalia” in considerazione della possibile coesistenza tra i servizi di Arenaways e quelli sussidiati da contributi pubblici”. Doc. 2.123 e doc. 5.370 all. 8.

tempi prestabiliti”⁶⁶.

82. Contestualmente, in data **18 dicembre 2008**, la Regione Piemonte risponde all’invito di RFI, ribadendo la posizione di favore già espressa il 12 agosto 2008, con una lettera nella quale l’amministrazione “*sottolinea [di ritenere] sufficientemente chiara la posizione espressa [...] e di per se tale da consentire a RFI di adottare le determinazioni del caso*”⁶⁷.

83. Nel corso della riunione, tenutasi il **15 gennaio 2009**, tutti i soggetti coinvolti da RFI ribadiscono nuovamente quanto già espresso circa l’assenza di veti all’accesso di Arenaways⁶⁸, mentre RFI continua a ritenere necessaria l’acquisizione di indicazioni convergenti, soprattutto da parte delle Regioni, chiedendo loro di presentare una nota in proposito, nonostante l’ulteriore invito del MIT-DGTF, in data **26 gennaio 2009**, a “*procedere celermente ad una soluzione del problema*”⁶⁹.

84. Sia la Regione Piemonte che la Regione Lombardia rispondono alla sollecitazione ulteriore di RFI con lettere rispettivamente del **27 aprile 2009** e **5 maggio 2009**, ribadendo sostanzialmente le posizioni già manifestate nell’agosto e nell’ottobre 2008 e successivamente riaffermate.

Quanto alla Lombardia, l’Ente, “*nel confermare il favore [...] rispetto ad un possibile potenziamento dell’offerta*” ricorda altresì la necessità “*che l’assegnazione di tracce ad Arenaways [...] non interferisca in alcun modo con gli impegni già assunti da RFI con Regione Lombardia*”⁷⁰.

Quanto al Piemonte, con specifico riferimento alla richiesta di RFI di assumere una posizione congiunta con l’altra Regione, l’Ente rinvia ad una verifica bilaterale tra Regione Lombardia e Ministero dei Trasporti. Ciò in quanto le problematiche sollevate dalla Regione Lombardia sono

⁶⁶ Doc. 2.119.

⁶⁷ Doc. 2.120. Il 23 dicembre 2008 la lettera della Regione Piemonte viene girata da RFI al MIT-DGTF e, per conoscenza, alle Regioni coinvolte. Doc. 2.65. e doc. 5.370 all. 12.

⁶⁸ In particolare, il MIT-DGTF ribadisce nuovamente che le uniche limitazioni allo svolgimento dei servizi da parte di Arenaways “*potrebbero essere adottate unicamente in relazione ad una dimostrata sovrapposizione con servizi a committenza pubblica ovvero legate ad una situazione di insufficiente capacità di rete*”. Il Ministero riafferma inoltre che la questione delle tariffe “*può difficilmente essere fatta valere, sotto il profilo sostanziale, quale ragione per un diniego all’accesso, atteso che trattasi di un servizio svolto in assenza di sovvenzioni pubbliche*”. Anche le regioni confermano l’assenza di veti, purché non vi siano interferenze con il sistema delle linee suburbane (Regione Lombardia) e la tariffazione dei servizi di Arenaways sia non inferiore a quella prevista per gli InterCity (Regione Piemonte). L’URSF concorda con l’esigenza del MIT di procedere in tempi brevi alla soluzione della problematica.

⁶⁹ Cfr. minute della riunione. Doc. 2.61.

⁷⁰ Doc. 2.124. Nella citata lettera, in particolare, la Regione chiede ad RFI di garantire che: 1) le tracce rilasciate ad Arenaways siano inserite nelle maglie cadenzate già esistenti e siano compatibili con gli schemi cadenzati già oggetto di accordi con RFI; 2) che non verrà rilasciata capacità interna al Passante di Milano, poiché esso è stato realizzato per sviluppare il servizio suburbano milanese; che le tracce sulla tratta Milano-Alessandria siano compatibili con i sistemi cadenzati dei regionali ed interregionali insistenti su tale tratta.

*“principalmente orientate alle interferenze che potrebbero verificarsi sui servizi del Passante di Milano, dove questa Direzione non ha né competenze, né titolarità a intervenire”*⁷¹.

85. In assenza di sviluppi positivi, il **30 aprile 2009** Arenaways, mai coinvolta da RFI nella *“procedura di consultazione”* né *“convocata per discutere su eventuali problematiche e incompatibilità della richiesta”*, in contrasto con la normativa e con la procedura prevista dal PIR, scrive al MIT-DGTF per lamentare il mancato rilascio delle tracce, nonostante: i) la regolare richiesta presentata, per tempi e modi, sia per l’anno ferroviario 2008-2009 che per il successivo 2009-2010; ii) il possesso dei requisiti prescritti (licenza e titolo autorizzatorio); iii) l’intervenuta soluzione ai problemi di interferenza con il Passante di Milano, studiata e risolta autonomamente da Arenaways⁷².

86. In considerazione del persistere della situazione di stallo e dell’inerzia di RFI, il **20 maggio 2009** il MIT-DGTF investe della questione l’URSF *“per le valutazioni di competenza ai sensi dell’art. 37 Dlgs n. 188/03”*, con una lettera nella quale ricorda che *“è espresso compito” del Gestore provvedere alla “assegnazione di capacità” ai sensi dell’articolo 27 del Decreto Legislativo n. 188 del 8 luglio 2003 e che il Gestore debba attuare una azione di “coordinamento” come indicato dall’art. 29 del medesimo Dlgs 188/03, affinché vengano soddisfatte, per quanto possibile, tutte le richieste formulate dalle imprese*”; inoltre, riconfermando la propria posizione, già espressa il 10 novembre e il 16 dicembre 2008, il MIT-DGTF *“invita [...] il gestore a procedere alla assegnazione delle tracce secondo norma di legge, avendo cura di tenere informate tutte le parti interessate”*⁷³.

87. Dopo oltre un anno dalla prima richiesta di tracce, Arenaways, solo grazie all’invio di tale lettera da parte del MIT-DGTF, viene formalmente resa partecipe delle questioni inerenti la propria richiesta di accesso⁷⁴.

88. Il **15 giugno 2009** RFI risponde alla richiesta dell’URSF inviata a RFI e, per conoscenza, a tutte le controparti (Arenaways, MIT-DGTF, Regione Piemonte, Regione Lombardia), volta a conoscere lo stato di avanzamento della procedura di assegnazione delle tracce richieste da Arenaways⁷⁵. Nella lettera RFI giustifica l’inerzia appellandosi al *“quadro regolatorio incerto e lacunoso”* e riproponendo tutte le argomentazioni, sollevate sin dalla metà

⁷¹ Doc. 2.127.

⁷² Doc. 2.124

⁷³ La lettera è all’URSF, a RFI e, per conoscenza, ad Arenaways. Doc. 2.124.

⁷⁴ Doc. 2.124 cit. e doc. 2.127.

⁷⁵ Doc. 2.129.

del 2008, che già avevano trovato adeguata soluzione e ricevuto debito riscontro da parte dei soggetti coinvolti (natura del servizio, tariffe, *royalty*)⁷⁶.

Nella comunicazione all'URSF il gestore richiama anche una lettera di Trenitalia del 20 maggio 2009, nella quale quest'ultima "*constata che i servizi che Arenaways S.r.l. intende fornire sono da qualificarsi come servizi regionali [...]*" e che, come tali, essi sono esercitabili solo dopo attribuzione da parte delle Regioni mediante CdS, ribadendo la necessità di garantire l'equilibrio economico del CdS medesimo⁷⁷.

Su tali basi, RFI avvisa che "*non potrà che provvedere per quanto di competenza a valle delle determinazioni regionali in merito alle problematiche sollevate*" da Trenitalia, ribadendo tale posizione anche in una lettera inviata il **16 giugno 2009** alle Regioni, al MIT-DGTF e all'URSF⁷⁸.

89. In risposta a tale lettera di RFI, la regione Piemonte, in data **7 luglio 2009**, nel ribadire nuovamente la propria posizione favorevole in merito all'ingresso di Arenaways, già espressa in date 12 agosto e 18 dicembre 2008, evidenzia che "*non vi è sovrapposizione alcuna fra il progetto di Arenaways ed il contratto di servizio tra la Regione Piemonte e Trenitalia, ciò in quanto si ritiene che il servizio offerto dalla succitata società sia assimilabile ad un servizio nazionale di "media-lunga percorrenza"*". La Regione rappresenta inoltre come, a suo parere, anche la posizione della Regione Lombardia, espressa nella lettera del 5 maggio 2009, deponga nel senso della non riconducibilità del servizio offerto da Arenaways nell'alveo dei servizi regionali⁷⁹.

90. In data **24 luglio 2009** l'URSF esprime la propria posizione sulla vicenda Arenaways, sottoposta alla sua attenzione dal MIT-DGTF il 20 maggio 2009, con una lettera destinata a RFI e a tutti gli altri soggetti coinvolti, incluso Arenaways⁸⁰.

Nella lettera l'URSF, dopo avere proposto una sintesi delle posizioni

⁷⁶ In particolare, RFI: ritorna nuovamente sulla natura del servizio Arenaways, qualificato come regionale e pertanto di esclusiva competenza delle regioni; richiama la necessità di definire una "*specificata regolamentazione tariffaria che avrebbe dovuto trovare applicazione per l'impresa new comer*"; rinvia alla lettera del MIT-DGTF del 10 novembre 2008 (nella quale, lo si ricorda, il MIT-DGTF aveva definitivamente chiarito la questione dell'irrelevanza della natura dei servizi prospettati ai fini del procedimento di rilascio delle tracce ad Arenaways) solo nella parte in cui il MIT-DGTF riconosce che l'aver informato le regioni competenti fosse corretto da parte di RFI. Doc. 2.101.

⁷⁷ Doc. 5.370 all. 17.

⁷⁸ Doc. 5.370 all. 19.

⁷⁹ Doc. 2.110 e doc. 5.370 all. 19.1.

⁸⁰ Doc. 2.79 e doc. 5.370 all. 19.2.

espresse dai soggetti interessati⁸¹, chiarisce ulteriormente, in armonia con quanto rappresentato finora dal MIT-DGTF, il pieno diritto di accesso alla rete di Arenaways, a prescindere dalla natura del servizio del nuovo entrante.

91. In particolare *“l’URSF ritiene comunque che – ai fini della risoluzione della problematica in questione – sia irrilevante la natura del servizio richiesto da Arenaways”*. Ciò in quanto, continua l’URSF, se il servizio Arenaways è classificabile come trasporto pubblico locale ferroviario, le condizioni ostative poste dalla regione Lombardia sembrano superate, avendo Arenaways eliminato le tracce interferenti col Passante di Milano; se il servizio è classificabile invece come servizio nazionale di media-lunga percorrenza, applicandosi pienamente il D.Lgs. n. 188/03 *“si conferma il pieno diritto di accesso alla rete da parte dell’impresa richiedente”*. *“In entrambi i casi”* - conclude l’URSF - *“codesto Gestore è pertanto invitato a completare – secondo la tempistica prevista nel PIR per l’elaborazione del progetto orario – lo studio di fattibilità delle tracce richieste da Arenaways”*. L’URSF fa proprio anche il parere espresso dal MIT-DGTF secondo cui è *“corretto lasciare disponibile per le altre attività di trasporto – esercite in autonomia commerciale – quella capacità non richiesta dalla Regione e non formalizzata con un contratto di servizio”*, replicando così al rinvio fatto da RFI (il 15 giugno 2009) alla nota in cui Trenitalia ribadisce la necessità di un contratto di servizio pubblico per potere espletare tutti i servizi di trasporto regionale.

Inoltre, l’URSF evidenzia anche l’erroneità dell’affermazione di RFI secondo cui lo stesso regolatore avrebbe posto in risalto l’incertezza del quadro normativo. A riguardo, l’URSF specifica di avere *“indicato la normativa applicabile [...] precisando solo di non avere elementi sufficienti a classificare il servizio di trasporto passeggeri di cui trattasi”*, per cui *“non appare corretta l’affermazione di codesto Gestore [...] secondo cui l’URSF avrebbe posto ulteriormente in risalto le difficoltà ad individuare quale fosse l’ambito normativo ove trarre la disciplina da applicare alla tipologia dei*

⁸¹ Da cui risulta che: RFI ha qualificato i servizi Arenaways come servizi di trasporto pubblico ferroviario locale e quindi ha interessato le regioni competenti; la Regione Piemonte ha espresso parere favorevole e ha dichiarato che non vi è alcuna sovrapposizione il contratto di servizio con Trenitalia ed i servizi Arenaways poiché questi ultimi sono qualificabili come servizio nazionale a media-lunga percorrenza; la Regione Lombardia ha posto come condizione che l’assegnazione di tracce ad Arenaways non interferisca con gli impegni già assunti da RFI con la Regione e soprattutto che non venga rilasciata capacità interna al Passante di Milano; dal canto suo, Arenaways ha eliminato dalla propria richiesta di tracce la circolazione dei propri mezzi nel suddetto passante; il MIT-DGTF ha affermato che *“indipendentemente da livello, nazionale o regionale, del trasporto – le tracce e la capacità residue, non assegnate dalla Regione con un contratto di servizio, rimangono disponibili per le altre attività di trasporto esercite in autonomia commerciale, senza alcuna limitazione”*. Per questo, il MIT-DGTF ha inviato RFI a *“procedere alla assegnazione delle tracce secondo norma di legge”*;

servizi richiesti da Arenaways”.

92. In definitiva, a luglio 2009 anche l’URSF si era chiaramente espresso, concordando sostanzialmente con la valutazione del MIT e confermando l’assenza di ostacoli al completamento del processo di assegnazione delle tracce ad Arenaways da parte di RFI.

b.2) Le questioni specifiche sollevate dalla regione Lombardia

93. Prima di completare la cronologia dei fatti occorre meglio delineare la natura delle problematiche emerse in relazione alla Regione Lombardia, al fine di chiarire che si trattava esclusivamente di questioni inerenti la possibile interferenza delle tracce richieste da Arenaways con quelle necessarie a soddisfare la programmazione regionale definita nel CdS, questioni che solo il gestore della rete avrebbe dovuto affrontare e risolvere, nei tempi e con i modi previsti dalla normativa (tra cui, in particolare, la procedura di coordinamento).

94. Nel dettaglio, nel corso del procedimento la Regione ha chiarito come, al fine di valutare l’eventuale sovrapposizione tra servizi Arenaways e servizi ferroviari oggetto del CdS, sono stati considerati tre aspetti: 1) l’instradamento dei servizi; 2) la capacità disponibile in linea e nel nodo; 3) l’eventuale sovrapposizione commerciale - competenza dei servizi⁸².

95. Quanto all’instradamento dei servizi, inizialmente si era ipotizzato di instradare i servizi Arenaways nel Passante Ferroviario di Milano, linea dedicata esclusivamente ai servizi suburbani (c.d. Linee S). Avendo Arenaways rinunciato spontaneamente ad utilizzare il Passante, tale problematica è stata da subito superata⁸³, come confermato dalla regione Lombardia anche nel corso dell’audizione: *“per quanto concerne i problemi relativi all’assegnazione di capacità sulla rete, di competenza di RFI, [...] la Regione Lombardia era interessata specificatamente ai possibili effetti dell’ingresso di Arenaways sul c.d. “Passante di Milano”. [...] La questione del Passante, tuttavia, è stata pienamente risolta sin dal luglio 2008. Pertanto sin da allora la Regione Lombardia si è espressa positivamente, non riscontrando incompatibilità di principio tra i servizi offerti da Arenaways e quelli previsti dal proprio contratto”.*

⁸² La posizione della Regione Lombardia è stata ulteriormente chiarita nel corso dell’audizione del 20 ottobre 2011 (doc. 5.371) e nella risposta alla richiesta di informazioni inviata in corso di procedura in data 19 ottobre 2011 ed integrata in data 20 ottobre 2011 (doc. 5.370 relazione tecnica).

⁸³ A tale riguardo la Regione Lombardia richiama le lettere di RFI del 16 giugno e del 29 luglio 2008, nelle quali si evidenzia che Arenaways aveva rinunciato a utilizzare il Passante (doc. 5.370).

96. Quanto alla capacità disponibile, in linea e nel nodo, la Regione Lombardia ha chiarito che le linee interessate dalla richiesta di Arenaways sono molto trafficate⁸⁴ e che, presumibilmente, il servizio ad anello prospettato da Arenaways avrebbe dovuto essere instradato utilizzando un nodo particolarmente congestionato (c.d. "via Bivio Mirabello"). Per tale ragione la Regione Lombardia ha chiesto a RFI garanzia che le eventuali tracce aggiuntive richieste da Arenaways non compromettessero il sistema delle linee suburbane. Tale richiesta è contenuta sin nella lettera del 2 ottobre 2008 e, in assenza di risposte da parte di RFI, è stata reiterata il 5 maggio 2009. Come confermato dalla Regione nel corso del procedimento *“da questo punto di vista, si è inizialmente evidenziata l'assenza di conferme da parte del Gestore dell'infrastruttura, preposto a rilasciare le tracce”*.

In questo senso, ha precisato la Regione Lombardia, va letta la nota inviata l'11 agosto 2009 all'URSF, nella quale la Regione Lombardia rimarcava la mancanza di informazioni necessarie per una corretta valutazione, informazioni che spettava a RFI, in qualità di gestore della rete, fornire.

La Regione ha poi precisato che RFI non ha mai scritto alla Regione per dare evidenza del fatto che le tracce predisposte per Arenaways non interferivano con il servizio regionale lombardo; è stato possibile constatare tale dato solo dopo l'avvio effettivo dei servizi di Arenaways⁸⁵.

97. Sarà solo l'URSF, il 22 settembre 2009, ad informare la Regione che il progetto di RFI aveva espressamente tenuto conto delle determinazioni delle Regioni Piemonte e Lombardia. Secondo l'URSF, ciò si poteva evincere dalla lettera del 13 agosto 2009 con la quale RFI aveva trasmesso ad Arenaways il progetto orario per l'anno 2009-2010, affermando che esso era stato predisposto *“tenendo conto delle determinazioni delle Regioni Piemonte e Lombardia”*⁸⁶.

98. In una successiva lettera, inviata il 18 settembre 2009 ad Arenaways⁸⁷, RFI rappresentava che nel predisporre il progetto orario aveva dovuto *“procedere ad una complessa attività di armonizzazione tra quanto da Voi*

⁸⁴ Nel dettaglio, sulla Milano-Novara, il servizio è già stato strutturato secondo "canali" cadenzati: due tracce/ora di tipo lento (suburbano) utilizzate dalla Linea S6 e una traccia/ora di tipo veloce (interregionale) utilizzata dai treni RV Mila-no-Torino. Un'ulteriore traccia veloce è parzialmente utilizzata (cioè è attiva solo in alcune fasce orarie) per i servizi EScity Torino-Venezia (non a contratto). Una nuova traccia che si dovesse aggiungere, per non degradare le prestazioni del sistema, dovrebbe essere progettata in modo da non andare in conflitto con le tracce già esistenti e consolidate sin dal 2004.

⁸⁵ Nel corso del procedimento la Regione ha chiarito, con l'ausilio di appositi schemi grafici (doc. 5.370) che il progetto orario di Arenaways, ove fosse stato autorizzato con tutte le fermate intermedie, avrebbe potuto essere interamente prestato senza interferire con alcuno dei servizi già esistenti.

⁸⁶ Doc. 2.74 e doc. 5.370 all. 21.

⁸⁷ E, per conoscenza, anche all'URSF, alle Regioni e al MIT-DGTF. LA lettera è inviata in risposta ad una lettera di Arenaways del 9 settembre 2009. Doc. 2.95.

richiesto ed i vincoli posti dalla Regione Lombardia” evidenziando che, a fronte della richiesta di Arenaways (340 km in 3 ore e 45 minuti con una velocità commerciale di 90 km/h), RFI aveva trasmesso all’impresa ferroviaria un progetto orario che avrebbe consentito di effettuare i 340 km in 4 ore e 45 minuti con una velocità commerciale di 70 km/h.

RFI proseguiva affermando che, anche se Arenaways aveva comunicato di non accettare tale progetto orario (in quanto troppo diverso e oneroso rispetto alla richiesta dell’impresa ferroviaria), era opportuno trasmetterlo alla Regione Lombardia.

Ciò in quanto, secondo RFI, con lettera dell’11 agosto la Regione avrebbe subordinato il proprio assenso alla proposta formulata da Arenaways *“all’acquisizione di non meglio precisati elementi in base ai quali valutare le ripercussioni economiche sui contratti di servizio”*. Per tale ragione RFI affermava, *“alla luce di quanto previsto dall’art. 59 della legge 99/2009”*, di avere inviato la lettera anche all’URSF.

99. Quanto, infine, alla possibile sovrapposizione commerciale e alla competenza dei servizi, la Regione Lombardia ha chiarito di essere competente, sulle direttrici interessate dai servizi Arenaways, solo per un sottoinsieme di relazioni e più precisamente per le relazioni di tipo regionale/suburbano, mentre la competenza per le relazioni a scala interregionale sulla Torino-Milano è del Piemonte⁸⁸.

Poiché il servizio Arenaways aveva caratteristiche più simili ai treni interregionali che a quelli a contratto della Lombardia, era da subito chiaro che un’ipotetica compromissione dell’equilibrio economico non avrebbe riguardato il contratto della Regione Lombardia. Ed infatti, quando l’URSF ha avviato i procedimenti ai sensi dell’art. 59 (v. *infra*), la Lombardia non ha ravvisato la necessità di iniziare una verifica di compromissione dell’equilibrio economico del proprio contratto.

100. Il **22 settembre 2009**, dopo che RFI, nell’estate 2009, aveva deciso di prendere in considerazione (unilateralmente) le esigenze rappresentate sin dall’estate precedente dalla Regione Lombardia, l’URSF invierà un nuovo sollecito a RFI⁸⁹.

101. Da **settembre 2009**, fino alla metà del mese di **maggio 2010**, quando

⁸⁸ La Regione sottolinea che questa situazione riflette la divisione operata dal DPCM 16/11/2000 e rappresenta un inevitabile compromesso gestionale, perché è evidente che entrambe le relazioni citate hanno un ruolo fondamentale anche per i cittadini lombardi, sia negli spostamenti interregionali, sia anche per molti spostamenti regionali (ad es. da Magenta, Pavia e Voghera verso Milano).

⁸⁹ Nella lettera, inviata per conoscenza al MIT-DGTF, si legge: *“In relazione alla nota dell’impresa ferroviaria Arenaways del 9.9.2009 sull’argomento in oggetto, si resta in attesa di conoscere l’esito della procedura di riesame del progetto orario di cui trattasi”*. La lettera di RFI è inviata a seguito della già citata lettera di Arenaways del 9 settembre 2009. Doc. 2.85.

ormai erano state chiarite tutte le posizioni dei soggetti istituzionali coinvolti e dunque il gestore della rete avrebbe dovuto finalmente evadere la richiesta di tracce avanzata da Arenaways, RFI non procede comunque all'assegnazione delle tracce, permanendo così la situazione di stallo in essere ormai da aprile 2008.

c) I comportamenti di RFI dopo l'avvio del procedimento URSF *ex art. 59*

102. Il **13 maggio 2010**, facendo leva sulle modifiche *medio tempore* intervenute nel quadro normativo di riferimento, RFI invia all'URSF una richiesta ai sensi dell'art. 59, comma 3, della legge n. 99/2009 in relazione alla richiesta di tracce avanzata da Arenaways “*per l'orario di servizio in corso e per quello dic. 2010/2011*”, chiedendo di comunicarle se i servizi Arenaways siano suscettibili di compromettere l'equilibrio economico dei contratti di servizio interessati [Piemonte, Lombardia e Toscana] e “*a quali limitazioni detta attività dovrà ritenersi eventualmente assoggettata*” per effetto della verifica richiesta⁹⁰.

103. Già il **18 maggio 2010**, l'URSF, in risposta ad una nota di RFI che comunicava l'intenzione di subordinare l'assegnazione di capacità alle decisioni del regolatore, informa il gestore della rete che quanto affermato “*non trova fondamento a livello normativo*”. In particolare, secondo l'URSF, ove ciò si verificasse si verrebbe a determinare “*un trattamento non equo e discriminatorio di tali IF all'interno della citata procedura*”.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, l'URSF informa RFI che avvierà il procedimento ai sensi dell'art. 59, ed invita contestualmente il gestore ad “*esaminare le richieste pervenute ed assegnare le tracce orarie*”⁹¹.

104. Il **19 maggio 2010** l'URSF comunica l'avvio del procedimento istruttorio ai sensi dell'art. 59, comma 2, della legge n. 99/2009 alle parti interessate (RFI, Trenitalia, Arenaways e le Regioni)⁹². Il procedimento, come noto, si concluderà in data 9 novembre 2010, con una decisione nella quale l'URSF inibisce ad Arenaways le fermate intermedie (v. *infra*).

Per quanto qui interessa, va rilevata la posizione assunta da RFI nel periodo in cui viene svolto detto procedimento, da cui risulta che RFI continua a subordinare la conclusione del procedimento di assegnazione delle tracce ad Arenaways, alla chiusura del procedimento avviato dall'URSF ai sensi dell'art. 59 della legge n. 99/09, nonostante il parere contrario ed i solleciti

⁹⁰ Doc. 5.370 all. 24 e doc. 5.373 cartella A, all. 1.

⁹¹ Cfr. doc. 5.384, allegato 18.

⁹² Doc. 5.373 cartella A, all. 2.

espressi sia dalla DGTF-MIT che dalla stessa URSF.

105. In particolare, dalla documentazione in atti risulta che già in data **7 giugno 2010**, a procedimento avviato, l'URSF scrive ad RFI chiedendo chiarimenti in merito alla richiesta di tracce avanzata da Arenaways ed ai relativi sviluppi⁹³.

106. Il **12 agosto 2010** RFI scrive ad Arenaways informando l'impresa di non poter procedere al rilascio del progetto orario in considerazione dell'intervenuta richiesta di modifiche presentata dalla stessa Arenaways il 4 agosto 2010. Inoltre, il Gestore della rete ribadisce che *“la contrattualizzazione delle tracce richieste per il corso d'orario....resta subordinata al pronunciamento dell'URSF....in ordine ad eventuali provvedimenti limitativi o modificativi suscettibili di incidere sulla struttura di offerta del servizio”*⁹⁴.

107. Il **1 settembre 2010** RFI scrive nuovamente ad Arenaways, affermando che, poiché l'impresa ha presentato una modifica al progetto orario (per tenere conto, come richiesto da RFI, della non disponibilità di materiale bidirezionale), la richiesta di Arenaways non può essere evasa prima della data del previsto avvio di attività (e cioè il 6 settembre); secondo il PIR (§ 4.3.4.1), informa inoltre RFI, le richieste in corso d'orario vanno avanzate almeno 30 giorni prima della data di effettuazione del servizio⁹⁵.

Da notare che la modifica a fronte della quale RFI ritiene di dovere rinviare ulteriormente ogni decisione è stata introdotta a seguito di una specifica richiesta della stessa RFI.

108. Il **16 settembre 2010** RFI scrive ad Arenaways e all'URSF trasmettendo il progetto orario e informando nuovamente l'impresa che *“questo Gestore – così come già comunicato all'URSF – per tutti i casi di nuovi servizi proposti oggetto di procedimento di cui al menzionato art. 59 della legge 99/2009 procederà alla formale sottoscrizione dei contratti di utilizzo dell'infrastruttura solo a valle delle definitive determinazioni dell'Ufficio medesimo”*⁹⁶.

109. A seguito dell'ennesimo rinvio prospettato da RFI, il **27 settembre 2010**, l'URSF scrive al gestore della rete, ad Arenaways e a Trenitalia, sulla richiesta di tracce relativa all'orario di servizio 2009-2010, informando che *“il procedimento relativo alla valutazione prevista dalla legge n. 99/2009, art. 59, comma 2, è in corso di esame per maggiori approfondimenti”*.

⁹³ La lettera è destinata anche, per conoscenza, ad Arenaways. Doc. n. 2.87.

⁹⁴ La lettera è destinata anche, per conoscenza, all'URSF. Doc. 2.51.

⁹⁵ La lettera è diretta anche all'Agenzia Nazionale per la sicurezza delle ferrovie. Doc. 2.50.

⁹⁶ Doc. 2.107.

L'URSF "... *precisa, comunque, che la normativa vigente nonché il Prospetto Informativo della Rete (D. Lgs. n. 188 dell'8/07/2003 e Legge n. 99/2009) prevedono che codesto Gestore proceda alla stipula del contratto di utilizzo dell'infrastruttura, una volta che l'impresa ferroviaria abbia ottenuto la disponibilità delle tracce e prodotta la documentazione di cui al par. 2.3.2.1 del suddetto PIR*"⁹⁷.

110. Il contratto per l'uso dell'infrastruttura tra RFI e Arenaways viene finalmente sottoscritto pochi giorni dopo la chiusura del procedimento URSF *ex art. 59*, il 12 novembre 2010, e il 15 novembre 2010 l'impresa ferroviaria inizia la propria attività, con l'operatività ridotta secondo quanto prescritto dall'URSF (collegamento diretto Milano-Torino senza fermate intermedie).

111. Nel **dicembre 2010** è stato modificato il PIR, con l'introduzione di una norma che subordina esplicitamente l'esito del procedimento di assegnazione di capacità alla conclusione delle eventuali procedure avviate dall'URSF *ex art. 59*⁹⁸.

Detta modifica, successiva agli eventi descritti, non incide sulla ricostruzione dei fatti, come sottolineato sia dal MIT-DGTF che dall'URSF nel corso del procedimento, poiché spettava comunque al gestore della rete proseguire il processo di assegnazione delle tracce.

A questo proposito, durante l'audizione il MIT ha affermato che, nonostante l'introduzione dell'art. 59 "*non ci sono stati mutamenti normativi nel Dlgs 188/93 con riguardo alle attività e responsabilità del Gestore nell'assegnazione della capacità e delle tracce. Pertanto si ritiene che l'azione di valutazione di "interferenza economica" operata dall'URSF, non dovrebbe interrompere il processo e l'iter di assegnazione delle tracce, fintanto che la decisione non sia conclusa*". In questo senso, la modifica del PIR del dicembre 2010 "*riguarda la sola contrattualizzazione e non il procedimento di assegnazione delle tracce, che è precedente e distinto dalla definitiva sottoscrizione e volto eminentemente ad agevolare la programmazione dell'impresa ferroviaria richiedente*"⁹⁹.

⁹⁷ Doc. 2.97. Ai sensi del par. 2.3.2.1 del PIR (aggiornamento dicembre 2009, applicabile all'epoca dei fatti contestati), l'IF, ottenuta la disponibilità delle tracce.... al fine di stipulare il Contratto di Utilizzo, atto formale di assegnazione di tracce orarie, provvede a produrre i documenti di seguito indicati: "*licenza, titolo autorizzatorio, certificato di sicurezza, certificato di iscrizione alla C.C.I.A, procura alla stipula di futuri contratti, copia della polizza assicurativa, elenco dei contatti per comunicazioni tecniche sulla gestione dell'infrastruttura, copia dell'eventuale accordo di associazione internazionale d'impresa, scheda dei servizi e documento con dislocazione delle locomotive di riserva e degli eventuali mezzi di soccorso*". Tale documentazione va prodotta al Gestore almeno 15 giorni prima della data di inizio del servizio per contratti in corso d'orario.

⁹⁸ Si tratta del capitolo 4 del PIR "*Allocazione della capacità*", § 4.2, punto 9 bis: "*La contrattualizzazione dei servizi passeggeri oggetto di procedimento valutativo da parte dell'organismo di regolazione, ai sensi dell'art. 59 della L. 99/09, è subordinata alla relativa decisione dell'Organismo medesimo*".

⁹⁹ Doc. 5.374.

Dal canto suo, l'URSF, nel corso dell'audizione, ha ribadito di avere “sollecitato RFI, sin dalla primavera 2009 e in più di un'occasione, a completare il processo di assegnazione delle tracce ad Arenaways (processo che, si ricorda, include lo studio da parte del gestore del progetto orario presentato dall'impresa ferroviaria e la “riserva” delle tracce all'impresa ferroviaria richiedente con progetto definitivo)”.

In tale ottica, “la modifica del PIR avvenuta a dicembre 2010 [...] secondo la quale la contrattualizzazione dei servizi passeggeri oggetto di procedimento ai sensi dell'art. 59 da parte dell'URSF deve essere subordinata alla decisione dell'URSF [...] non incide su tale ricostruzione dei fatti”¹⁰⁰.

4.1.2 La risposta di RFI alle richieste di tracce avanzate da Trenitalia

112. La documentazione raccolta testimonia un comportamento del gestore della rete differente a seconda che le richieste di tracce siano avanzate da Arenaways ovvero provengano da Trenitalia per i propri treni commerciali, non sussidiati.

113. Dalle risultanze istruttorie emerge, in particolare, che negli stessi anni interessati dalle richieste del nuovo entrante, Trenitalia ha presentato ripetute richieste integrative di tracce al gestore della rete, per treni non caratterizzati da obblighi di servizio pubblico, ottenendo sia la capacità richiesta sia tutte le modifiche al progetto orario presentate, nei tempi previsti dalla normativa, senza che RFI si preoccupasse delle possibili interferenze con i contratti di servizio pubblico in essere.

Una parte preponderante di tali richieste riguardava proprio le stesse tratte interessate dai servizi proposti da Arenaways.

114. In media, negli anni “ferroviari” 2008-2009 e 2009-2010, in relazione ai quali sono state presentate le richieste di accesso di Arenaways, Trenitalia ha operato sulla linea Torino-Milano con otto coppie di treni appartenenti alle categorie IC, ES ed ES City (cd. Frecciabianca)¹⁰¹, chiedendo ogni anno al gestore il rilascio della necessaria capacità e numerose modifiche al progetto orario riguardanti, principalmente, la sostituzione di alcuni IC con ES City a percorso modificato e l'introduzione di nuovi IC, attivi per un breve periodo e poi soppressi. In tali occasioni, il gestore della rete ha tempestivamente accolto tutte le richieste di tracce e le modifiche repute di volta in volta necessarie dall'*incumbent*.

¹⁰⁰ Doc. 5.375.

¹⁰¹ Doc. 4.227. allegato 2.

115. Si considerino a riguardo le richieste di tracce avanzate da Trenitalia il 3 e il 6 novembre 2009¹⁰². Tali richieste riguardavano l'istituzione di nuovi treni sulla c.d. Trasversale Padana con un percorso ed in orari che si sovrapponevano in buona parte con quelli chiesti da Arenaways¹⁰³.

In particolare, il 3 novembre 2009 Trenitalia chiedeva, oltre a 5 coppie veloci tra Milano e Mestre, l'istituzione di due nuovi IC Torino P.N.-Milano C.le: il primo, con arrivo a Milano entro le 9.00 e fermate intermedie di Vercelli e Novara; il secondo, con partenza da Milano intorno alle 18.00 e fermate intermedie di Novara e Vercelli.

Tre giorni dopo, Trenitalia richiedeva a RFI l'istituzione di due nuovi IC: il primo, da Torino P.N.-A Milano P.G., con arrivo prima delle 8.00 e fermate intermedie di Torino P.S., Vercelli e Novara; il secondo, da Milano P.G. a Torino P.N., con partenza intorno alle 17.00 e fermate intermedie di Novara, Vercelli e Torino P.S..

116. Anche nel corso del 2010, le richieste di capacità formulate ad RFI da parte di Trenitalia per i treni commerciali hanno riguardato la linea Torino-Milano, intervenendo in alcuni casi dopo l'entrata in vigore dell'art. 59 della legge n. 99/2009 e della successiva emanazione del decreto attuativo del maggio 2009.

Ad esempio, a giugno 2010, Trenitalia ha chiesto la soppressione di alcuni IC e il prolungamento del percorso di 4 ES City, due dei quali con partenza da Milano C.le ed arrivo a Venezia (alle ore 8.05 e 9.05) e due con partenze da Venezia ed arrivo a Milano C.le (alle 15.20 ed alle 17.50). Per tali treni sono stati chiesti la partenza/arrivo su Torino P.N. e l'inserimento delle fermate di Torino P.S., Vercelli e Novara.

Analogamente, ad agosto 2010, Trenitalia ha chiesto tracce per cinque ES City da Torino P.N. a Venezia Santa Lucia, due dei quali in partenza da Torino alle 6.05 e 7.05; tre, invece, in partenza da Venezia alle 15.20, 17.50 e 18.20, con diverse fermate intermedie incluse Vercelli e Novara.

A novembre 2010, la società ha chiesto modifiche a due ES City (uno con partenza da Milano alle 13.35 ed arrivo a Venezia, uno con partenza da Venezia alle 14.50 ed arrivo a Milano), tra cui la partenza/arrivo su Torino e fermate a Vercelli e Novara¹⁰⁴.

117. A fronte delle numerose richieste di tracce e di modifiche formulate da parte di Trenitalia per i propri treni commerciali, RFI non ha mai sollevato il

¹⁰² Doc.4.227 allegato 4c.

¹⁰³ Le richieste afferivano anche l'istituzione a la velocizzazione di diverse coppie di treni sulla linea Bari-Lecce, sulla direttrice Tirrenica e sulla direttrice Adriatica.

¹⁰⁴ Doc. 4.227 allegato 4d.

problema della compromissione dei CdS con le regioni Piemonte e Lombardia quando le richieste di capacità provenivano dalla stessa Trenitalia.

118. Tale circostanza trova conferma nella risposta alla richiesta di informazioni di RFI del 24 maggio 2011.

In tale lettera si legge che *“una consultazione istituzionale non ha riguardato i treni cd. Frecciabianca di Trenitalia, atteso che - oltre a porsi in linea di continuità con precedenti servizi “storici” della stessa Trenitalia, di fatto pre-esistenti agli stessi contratti di servizio pubblico con le Regioni e di cui ovviamente queste ultime hanno tenuto necessariamente conto al momento della definizione e programmazione delle esigenze di trasporto pubblico regionale - si tratta di servizi interni ad una stessa azienda, nella specie Trenitalia, e come tali coerenti con l’equilibrio economico dei relativi rapporti di servizio”* (sottolineatura aggiunta)¹⁰⁵.

4.1.3 Gli altri comportamenti del gestore dell’infrastruttura

119. Oltre a quanto sin qui illustrato, le evidenze disponibili danno conto anche di ulteriori comportamenti posti in essere dal gestore della rete che hanno contribuito a rendere più oneroso l’ingresso di Arenaways sul mercato.

120. Ad esempio, le evidenze in atti testimoniano come RFI abbia chiesto ad Arenaways requisiti tecnici onerosi per l’impresa (ad esempio l’uso esclusivo di materiale bidirezionale, vale a dire due locomotive per treno, una in testa ed una in coda). Peraltro, come già osservato (cfr. § 102-103), RFI ha utilizzato il necessario adeguamento apportato da Arenaways al progetto orario come ulteriore motivo di rinvio¹⁰⁶.

121. Inoltre, RFI, nonostante l’eliminazione delle fermate intermedie, risulta avere assegnato ad Arenaways tracce molto “larghe” (secondo il gergo tecnico in uso), vale a dire più ampie del necessario. In conseguenza, ad Arenaways è stato consentito di prestare il servizio da Torino P. S. a Milano P.G. (senza fermate) in un 1 ora e 58 minuti, ben 15 minuti in più del tempo impiegato dal treno interregionale di Trenitalia che opera 6 fermate intermedie¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Doc. 4.226.

¹⁰⁶ Doc. 4.208 all. 47, doc. 4.208, allegato 36 e doc. 2.50.

¹⁰⁷ Doc. 4.205.

4.1.4 Considerazioni conclusive sulle condotte di RFI

122. Riassumendo, le evidenze agli atti dimostrano come RFI abbia impiegato oltre un anno e mezzo per evadere la richiesta di tracce avanzata da Arenaways nell'aprile 2008.

Il gestore ha nei fatti ritardato l'assegnazione delle tracce sollevando di volta in volta questioni relative i) alla natura dei servizi di Arenaways, ii) al sistema tariffario del nuovo entrante, iii) all'esigenza, infine, di subordinare l'assegnazione delle tracce alla verifica dell'impatto sull'equilibrio economico dei CdS di Trenitalia con le Regioni coinvolte, con eventuale determinazione di *royalty* finalizzate a preservare tale equilibrio.

Ciò, nonostante le Regioni Piemonte e Lombardia avessero chiaramente evidenziato l'assenza di motivi ostativi nel procedere all'assegnazione delle tracce, anche dopo l'avvio del procedimento *ex art. 59* da parte dell'URSF, e le ripetute sollecitazioni del MIT e dell'URSF ad assegnare le tracce a prescindere dagli esiti del procedimento *ex art. 59*.

Quando, infine, a metà novembre 2010, è stato firmato il contratto di accesso all'infrastruttura con Arenaways, RFI ha rilasciato tracce di ampiezza tale da rendere la durata del viaggio con i treni Arenaways, senza fermate intermedie, addirittura superiore rispetto a quella dei treni interregionali di Trenitalia.

4.2 I comportamenti di Trenitalia

123. Dagli accertamenti istruttori emergono numerose evidenze che confermano come parte centrale della strategia escludente sia rappresentata dalle condotte poste in essere da Trenitalia al fine di indurre in errore l'URSF e ostacolare o impedire per questa via l'ingresso di Arenaways sulle rotte interessate. Ci si riferisce in particolare: i) al comportamento tenuto da Trenitalia nell'ambito dei procedimenti avviati dall'URSF ai sensi dell'art. 59 al fine di valutare l'eventuale compromissione dell'equilibrio economico dei contratti di servizio; ii) all'indebito ruolo attribuito dall'impresa ai propri treni commerciali sulle rotte interessate dall'ingresso di Arenaways, posto che Trenitalia, da un lato, ha trascurato di considerarli nel valutare la compromissione dei contratti di servizio, dall'altro, li ha utilizzati come ulteriore ostacolo all'ingresso sul mercato di Arenaways; iii) alle lettere con le quali Trenitalia ha cercato di influenzare i soggetti istituzionali coinvolti sostenendo che la natura regionale dei servizi prospettati da Arenaways

consentisse di svolgerli solo nell'ambito di un contratto di servizio.

4.2.1. La condotta di Trenitalia nell'ambito dei procedimenti URSF ex art. 59

a) I procedimenti URSF ex art. 59 relativi ai servizi Arenaways

124. Come già evidenziato (cfr. *supra* paragrafi 101 e ss.), in data 19 maggio 2010, su richiesta di RFI del 13 maggio 2010, l'URSF ha avviato un procedimento ai sensi dell'art. 59 della legge n. 99/2009, volto a verificare *“se l'esercizio dell'attività di trasporto oggetto di richiesta dell'impresa Arenaways S.r.l. sia suscettibile di compromettere l'equilibrio economico dei contratti di servizio esistenti; se ed a quali limitazioni detta attività dovrà ritenersi eventualmente assoggettata per effetto delle risultanze della verifica di cui al precedente punto”*¹⁰⁸.

125. Il procedimento si è concluso il 9 novembre 2010, con la decisione n. 589, con la quale l'URSF ha stabilito che i servizi di trasporto ferroviario richiesti da Arenaways sulla Torino-Milano compromettono l'equilibrio economico del CdS *“in termini di redditività di Trenitalia titolare dei contratti di servizio con le regioni Piemonte e Lombardia”* e di conseguenza ha limitato *“le tracce richieste dalla IF Arenaways sulla direttrice Milano-Torino alle sole fermate nei capoluoghi di regione (Milano e Torino)”*, inibendo così ogni fermata intermedia¹⁰⁹. La decisione dell'URSF prevedeva che *“ai sensi del comma 4 dell'art. 59 ... le parti interessate [potessero] richiedere il riesame della decisione a seguito della stipula del “contratto di servizio ponte” tra l'impresa ferroviaria Trenitalia e la Regione Piemonte”*.

126. Il 15 novembre 2010 Arenaways ha iniziato ad operare, da Milano Rogoredo a Torino Lingotto. All'inizio dell'attività Arenaways ha utilizzato due coppie di treni al giorno, trasportando al più un migliaio di passeggeri a settimana (spesso anche meno)¹¹⁰. Dal 1° aprile è stata ridotta l'offerta, ad una sola coppia settimanale di treni¹¹¹, fino all'intervenuto fallimento del 1° agosto 2011.

¹⁰⁸ Doc. 5.373, cartella A, all. 1.

¹⁰⁹ Doc. 5.373, cartella A, all. 20.

¹¹⁰ Doc. 4.208 all. 45.

¹¹¹ Per completezza va rappresentato che nel maggio 2011 Arenaways aveva chiesto a RFI altre tracce per svolgere servizi su alcune destinazioni turistiche, in Piemonte, Toscana e Lombardia (in particolare, su tratte non particolarmente trafficate, Santhià-Livorno e Livorno-Sestri Levante). Anche in questo caso RFI ha sollecitato l'intervento dell'URSF, il quale ha avviato un nuovo procedimento ex art. 59, concluso a giugno 2011 dichiarando che i servizi in esame non erano suscettibili di compromettere l'equilibrio economico dei contratti di servizio interessati.

127. In data 2 marzo 2011, Arenaways chiedeva all'URSF il riesame della decisione n. 589. Tale richiesta era motivata dall'intervenuta sottoscrizione (il 13 dicembre 2010) tra FS, Trenitalia e Regione Piemonte, del Protocollo di Intesa che individuava le Linee Guida per la predisposizione del nuovo Contratto di Servizio (cfr. *supra*, paragrafo 37). In particolare, Arenaways sottolineava come, sulla base delle Linee Guida, il nuovo Contratto di Servizio, oltre ad individuare un livello della produzione di 19,4 milioni di treni/km e un ammontare di corrispettivi pari a 236 milioni di euro più 10 milioni per investimenti, prevedeva l'inserimento a favore di Trenitalia di *“clausole di garanzia dell'equilibrio economico del contratto stesso, attraverso il riesame delle condizioni economiche conseguenti ad eventi non prevedibili all'atto della stipula”*. Pertanto, data la tipologia di treni utilizzati da Arenaways, con *“capacità inferiore ai 200 posti”*, secondo la società *“non solo il servizio attuale (due corse nelle due direzioni sulla tratta Torino-Milano) non può in assoluto compromettere l'equilibrio del contratto di Trenitalia, ma anche l'assegnazione delle tracce originarie (il noto “anello” Torino-Milano nella sua estensione massima di 343 km per una capacità massima di 6 giri completi comporta una percorrenza di 751.000 km/ann0) non andrebbe oltre il 3% della produzione di Trenitalia”* (enfasi aggiunta). In ogni caso, si evidenziava come, in assenza di un'indicazione precisa sul livello di operatività di Arenaways in grado di compromettere il suddetto equilibrio sulla base del criterio di cui all'atto dirigenziale del 6/5/2010, la società *“non può sapere in quali termini (percorso, fermate, tempi e numero di corse) può permettersi di chiedere le tracce se non tirando ripetutamente ad indovinare”* (enfasi aggiunta).

Per ragioni espone, Arenaways chiedeva all'URSF *“la concessione ad Arenaways della possibilità di effettuare, per l'anno 2011, le fermate intermedie nella tratta Torino Milano, nell'“anello originario” e in subordine ... con fermate nei soli capoluoghi di provincia e Rho Fiera”*¹¹².

In data 21 marzo 2011, l'URSF avviava un nuovo procedimento ex art 59, inviando tra il 24 e il 28 marzo 2011, richieste di informazioni alla stessa Arenaways, alle Regioni Lombardia e Piemonte, e a Trenitalia, reiterata a quest'ultima in data 11 luglio 2011.¹¹³

Con decisione n. 768 del 27 ottobre 2011 l'URSF confermava la decisione n. 589¹¹⁴.

128. Un ulteriore procedimento, tuttora in corso, è stato avviato dall'URSF

¹¹² Doc. 5.344, allegato 1 e allegato 2.

¹¹³ Doc. 5.343, allegati 1 e 2.

¹¹⁴ Doc. 5.383, allegato 3.

il 24 giugno 2011, su richiesta di RFI del 20 maggio 2011, per la valutazione del possibile impatto sui contratti di servizio dei nuovi servizi ferroviari richiesti da Arenaways per l'anno ferroviario 2011/2012¹¹⁵.

129. In attuazione della normativa vigente, l'URSF, anche in tale procedimento, ha chiesto alle parti interessate le informazioni necessarie ad esprimere la propria valutazione.

b) La rappresentazione dei fatti fornita da Trenitalia nel primo procedimento URSF

130. Nell'ambito del primo procedimento URSF, conclusosi nel novembre 2010, Trenitalia ha inviato una relazione in data 5 agosto 2010, contenente l'analisi di compromissione dell'equilibrio economico¹¹⁶.

131. Nella relazione Trenitalia ha rappresentato che l'ingresso di Arenaways sul mercato avrebbe determinato rilevanti effetti negativi sull'equilibrio economico dei contratti di servizio di Piemonte e Lombardia. L'analisi è preceduta innanzitutto da alcune premesse metodologiche, tra le quali vale evidenziare le seguenti:

i) nonostante il dettato del Decreto Dirigenziale del 6 maggio 2010 n. 203/1/URSF nel riprodurre quanto previsto dall'art. 59 della legge 99/2009 reciti che *“L'equilibrio economico di uno specifico contratto di servizio si esprime in termini di redditività di tutti i servizi coperti da tale contratto”*, ad avviso di Trenitalia, dalla lettura del dodicesimo considerando della Direttiva 2007/58/CE da cui deriva la norma e in un'ottica di efficientamento dell'intervento regolatorio, risulterebbe più corretto considerare non il conto economico dell'intero contratto di servizio della Regione Piemonte ma quello del bacino di utenza interessato dai servizi offerti dal nuovo entrante;

ii) Trenitalia sottolinea la natura “regionale” dei servizi offerti da Arenaways ai sensi del DM 109T del 1999, sia con riferimento a quelli effettuati all'interno del territorio di un'unica regione, sia con riferimento a quelli effettuati tra due distinte regioni. In particolare, per frequenza commerciale e città servite, tali servizi sarebbero stati in tutto e per tutto identici – a prescindere dalla “supposta qualità estetica” del materiale rotabile - ai servizi interregionali offerti da Trenitalia nell'ambito di contratti di servizio, rendendo pertanto necessaria un'analisi rigorosa e attenta al fine della tutela dell'interesse pubblico.

¹¹⁵ Doc. 5.373, relazione.

¹¹⁶ Doc. 3.140.

b.1) L'analisi per linea

132. Come evidenziato nella premessa metodologica, Trenitalia ha svolto l'analisi di compromissione dell'equilibrio economico per singola linea interessata, e non sull'intero contratto di servizio, stimando l'impatto della prospettata perdita di passeggeri sull'utile di ciascuna linea interessata dall'offerta di Arenaways¹¹⁷.

Ciò in contrasto con quanto previsto dalla normativa e con quanto affermato in audizione da tutti i soggetti coinvolti nel procedimento innanzi all'URSF, secondo i quali l'analisi di compromissione dell'equilibrio economico di un CdS deve essere svolta sull'intero contratto¹¹⁸.

133. Seguendo tale impostazione, Trenitalia ha considerato prima l'impatto dell'offerta di servizi prestati da Arenaways sulla linea Torino-Milano (di seguito anche linea TO-MI).

In particolare, nella relazione predisposta da Trenitalia per l'URSF si legge che, *“con ampia riserva di formulare ulteriori verifiche e considerazioni una volta noti i profili completi dei nuovi servizi in oggetto, da settembre 2010, Arenaways effettuerà dieci coppie di treni sulla linea Torino Milano (e viceversa)”* con fermate nelle stazioni di Torino Lingotto, Torino Porta Susa, Santhià, Vercelli, Novara, Rho Fiera e Milano Porta Garibaldi, utilizzando *“convogli inizialmente di circa 350 posti che salirebbero progressivamente fino a 800 posti”*.

Secondo Trenitalia, *“in considerazione delle stazioni servite, del numero dei collegamenti e degli orari e dei tempi di percorrenza previsti, l'offerta di Arenaways si sovrappone ampiamente all'offerta di collegamenti interregionali sulla linea attualmente compresi nel contratto di servizio con*

¹¹⁷ In particolare dalla Direttiva 2007/58/CE, dall'art. 59 della legge n. 99/2009, dal relativo decreto di attuazione. Ciò è stato confermato anche dalla Comunicazione interpretativa della Commissione sulla Direttiva in questione *Comunicazione interpretativa della Commissione in merito ad alcune di disposizioni della direttiva 2007/58/CE* del 28 dicembre 2010, 2010/C 353/01.

¹¹⁸ Così affermano il MIT-DGTF: *“un'analisi di compromissione deve essere fatta sull'intero contratto di servizio”* (doc. 5.374), la Regione Piemonte, la quale dichiara *“in un contratto a catalogo, quale quello oggi stipulato dalla Regione Piemonte, un'analisi di compromissione non può che essere svolta su tutti i servizi disciplinati dal contratto, in quanto un'analisi per singola linea o per relazione non avrebbe senso”* (doc. 5.368) e la Regione Lombardia, secondo cui *“l'analisi di compromissione dovrebbe essere svolta a livello di contratto: se il contratto è su una sola linea, è allora possibile svolgere l'analisi solo su quella linea, se il contratto è su più linee, l'impatto economico non può che essere valutato sull'intero contratto (ovvero sull'insieme di linee del contratto rispetto alle quali, complessivamente, la Regione e Trenitalia hanno concordato il livello dei corrispettivi”*. La Regione sottolinea inoltre che *“di tale aspetto si è discusso nell'ambito di un'audizione organizzata dall'URSF con il coordinamento tecnico delle regioni [...] nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni”* da cui *“sembrava emergere chiaramente che fosse necessaria e sensata esclusivamente un'analisi svolta a livello di intero contratto”* (doc.5.371). Tale impostazione non è smentita dalla stessa URSF, per la quale *“l'analisi di compromissione va effettuata sul contratto di servizio”* (doc. 5.375).

la Regione Piemonte”. Sebbene la stessa Trenitalia riconosca che il livello del prezzo base sia più elevato di quello dei servizi offerti comparabili (prezzo base di listino di 17 euro a fronte di un biglietto di 1° classe di Trenitalia pari a 14,30 euro), a dire della società le “previste offerte promozionali articolate per fascia oraria e giorno di viaggio [...sarebbero...] in grado di riportare il prezzo base di listino a un livello concorrenziale con le tariffe in vigore”¹¹⁹

134. Trenitalia ipotizza quindi che, da dicembre 2010, all’offerta sulla linea TO-MI sopra descritta, Arenaways affianchi un’offerta aggiuntiva di servizi ferroviari ad anello (per un totale di ulteriori 12 coppie al giorno di treni) che, nella parte “alta” dell’anello, dovrebbe collegare Torino a Milano, analogamente all’offerta precedente, via Santhià, Vercelli, Novara e Rho Fiera, mentre, nella parte “bassa” dell’anello, via Asti, Alessandria, Tortona, Voghera e Pavia (cfr. Tavola 2, di seguito).

Tavola 2



Fonte: Relazione presentata da Trenitalia all’URSF in data 5 agosto 2010, doc. 3.140

135. Al fine di valutare l’impatto di tale offerta aggiuntiva, nella propria relazione all’URSF, Trenitalia considera prima gli effetti dell’ingresso di Arenaways sull’equilibrio economico della parte bassa dell’anello, la linea Torino-Milano via Alessandria (di seguito anche linea TO-MI (via Alessandria)) e poi valuta quelli dell’ingresso di Arenaways sull’intero bacino Torino-Milano. In tale secondo scenario, in particolare, Trenitalia somma l’impatto della prima offerta sulla linea TO-MI con l’impatto dell’offerta sull’intero anello (di seguito linea TO-MI (offerta complessiva)), con l’effetto di raddoppiare l’offerta sulla linea TO-MI. Ciò è confermato

¹¹⁹ Doc. 3.140.

dalla lettura della relazione, ove è riportato che *“appare evidente che, a partire da dicembre, l’offerta di nuovi servizi da parte di Arenaways sarà più che raddoppiata sulla parte ‘alta’ del collegamento tra Torino e Milano, con l’effetto di aumentare di molto la contendibilità della nuova offerta rispetto ai servizi programmati da Trenitalia nell’ambito dei contratti di servizio pubblico con le regioni. In pratica, da dicembre 2010 l’offerta interregionale Trenitalia e l’offerta Arenaways saranno sostanzialmente equivalenti”*.

b.2) La stima dei ricavi da traffico contendibili

136. Nel valutare la riduzione di domanda derivante dall’ingresso di Arenaways¹²⁰ come sopra prospettato, Trenitalia ha fornito, per ciascuna delle linee interessate - TO-MI, TO-MI (via Alessandria) e TO-MI (offerta complessiva) -, una propria stima dei ricavi contendibili per il 2009.

In particolare, a dire di Trenitalia¹²¹:

- 1) sulla TO-MI, a fronte di una domanda annua di oltre [500-1500] milioni di viaggiatori*km, circa il [30-70%] risulterebbe interessata dall’offerta di Arenaways – [300-800] milioni di viaggiatori*km -, corrispondente ad un livello di ricavi da biglietti contendibili da parte del nuovo entrante pari a circa [5-20] milioni di euro rispetto ad un totale di ricavi di Trenitalia sulla linea pari a [25-50] milioni di euro;
- 2) sulla TO-MI (via Alessandria), a fronte di una domanda annua di oltre [500-1.500] milioni di viaggiatori*km, circa il [30-70%] sarebbe interessata dall’offerta di Arenaways – [300-800] milioni di viaggiatori*km - corrispondente ad un ammontare di ricavi da traffico contendibili pari a [10-25] milioni di euro su un totale di ricavi di Trenitalia sulla linea pari a [25-50] milioni di euro;
- 3) infine, sulla TO-MI (offerta complessiva), che include l’offerta sulla linea TO-MI più quella relativa all’intero anello, per la quale la domanda

¹²⁰ Le rotte interessate dai servizi Arenaways incidono su due distinti CdS, in prevalenza quello con il Piemonte e, solo in misura ridotta, quello con la Lombardia, tant’è che, quest’ultima, nel corso del procedimento URSF ha ritenuto che non fosse necessario effettuare una verifica di compromissione del proprio contratto. Ciò nonostante, Trenitalia ha preso in considerazione anche il contratto della Lombardia; tuttavia, avendo ragionato per linea, dalla relazione non emerge quale sia l’impatto dei servizi Arenaways sul citato contratto. La scarsa trasparenza da parte di Trenitalia nella rappresentazione dei fatti emerge anche dal contratto di servizio nazionale (per i treni a media-lunga percorrenza). In relazione a tale contratto, infatti, Trenitalia non svolge l’analisi quantitativa di compromissione, limitandosi unicamente ad affermare *“Essendo il conto economico dei treni in questione in una situazione di equilibrio precario, appare evidente che anche una perdita contenuta di domanda contribuirebbe a compromettere detti servizi”*.

¹²¹ Doc. 3.140.

annua sarebbe quantificabile in oltre [1-3] miliardi di viaggiatori*km, quasi il [40-100%] risulterebbe interessata dall'offerta di Arenaways – [0-2] miliardi di viaggiatori*km, pari a [300-800] milioni per la linea TO-MI più [500-1.500] milioni ([omissis]) per l'intero anello -, con un livello di ricavi da traffico contendibili pari a circa [20-50] milioni di euro rispetto ad un totale di ricavi di Trenitalia sulla linea di [50-75] milioni di euro.

b.3) Il calcolo della compromissione dell'equilibrio economico effettuato da Trenitalia

137. Nella relazione all'URSF Trenitalia ha fornito tre tabelle, una per ciascuna delle linee considerate, contenenti i dati di conto economico utilizzati nello svolgimento del test di compromissione. A titolo di esempio, si riporta la tabella relativa alla direttrice TO-MI (via Alessandria).

Tabella 1: Torino-Milano via Alessandria da dicembre 2010

Introiti (euro)	
Introiti da tariffa	[25-50 mil]
Introiti da CdS	[25-50 mil]
Introiti da capitalizzazione	[omissis]
Totale introiti	[50-100 mil]
Costi (euro)	
Condotta	[omissis]
Scorta	[omissis]
Manutenzione	[omissis]
Manutenzione capitalizzabile	[omissis]
Manovra	[omissis]
Pulizia	[omissis]
Distribuzione	[omissis]
Energia elettrica	[omissis]
Diesel	[omissis]
Altri costi (al netto dei ricavi)	[omissis]
Costo trasporto	[omissis]
Pedaggio	[omissis]
Ammortamento	[omissis]
Accantonamenti	[omissis]
Totale costi (al netto di imposte e tasse)	[50-75 mil]
Costo del capitale investito	[0-10 mil]
IRAP	[omissis]
Totale costi	[50-100 mil]
Bilancio	
Introiti totali – Costi totali	[0-5 mil]

Fonte: doc. 3.140.

138. Trenitalia, calcolando il profitto per la TO-MI (via Alessandria) come differenza degli introiti totali e dei costi totali, stima che esso abbia un valore

corrispondente a [0-5 mil] euro, pari a circa il [1-10%] dei ricavi da traffico contendibili (si ricorda pari a [10-25] milioni di euro) sulla linea. Pertanto, la società arriva alla conclusione che sarebbe sufficiente una perdita del [1-10%] dei ricavi da biglietti contendibili (poco meno di [0-2,5 mil] euro l'anno) perché vi sia la compromissione dell'equilibrio economico. Tale risultato dipenderebbe dalla circostanza che *“Trenitalia non ha modo di incidere né significativamente con azioni di effettiva riduzione dei costi (in particolare per la componente dei costi fissi) né sul fronte dei ricavi (prezzi vincolati normativamente)”*.

Non è superfluo qui ricordare che il CdS con il Piemonte (competente per la linea in questione) prevede clausole di flessibilità economica che consentono la rinegoziazione dell'ammontare dei corrispettivi incluso il caso in cui *“si verificano eventi non prevedibili agli atti della stipula, tali da determinare un cambiamento sostanziale delle componenti di costo e ricavo incidendo sull'equilibrio economico del contratto”* e che i costi del catalogo sono frutto di autonoma determinazione dell'impresa ferroviaria¹²².

139. Con una metodologia di calcolo del tutto analoga, Trenitalia stima che il profitto sulla TO-MI nel 2009 sia pari a circa [0-5 mil] euro, corrispondente a quasi [5-15%] dei ricavi da biglietti contendibili ([5-20] milioni di euro) e tale da generare, pertanto, una compromissione dell'equilibrio già con una perdita del [1-10%] degli stessi (circa [0-2,5 mil] euro); mentre sulla TO-MI (offerta complessiva) il profitto ammonterebbe a [0-5 mil] di euro, pari a circa il [1-10%] dei ricavi da biglietti contendibili, con compromissione dell'equilibrio a seguito di una perdita del solo [1-10%] di essi (poco più di [0-2,5 mil] euro).

140. A fronte di tale rappresentazione dei fatti, Trenitalia conclude che l'equilibrio economico dei propri contratti di servizio sarebbe gravemente compromesso dall'ingresso di Arenaways.

141. Analoghe valutazioni sull'impatto derivante dall'ingresso di Arenaways sono svolte da Trenitalia sia per le altre linee interessate dall'offerta di servizi Arenaways¹²³ che sul contratto di servizio a media-lunga percorrenza¹²⁴.

142. Si osserva infine che le Regioni interpellate dall'URSF non hanno fornito alcun contributo “tecnico” all'analisi di compromissione, ulteriore

¹²² Doc. 5.369.

¹²³ Torino-Milano-Biella, con un'offerta di 8 treni al giorno di Arenaways su 62 treni di Trenitalia, Firenze-Livorno : una coppia al giorno di treni Arenaways su 80 treni Trenitalia.

¹²⁴ Si tratta di 27 treni di Trenitalia sulla Milano-Pavia-Voghera-Tortona e di 26 treni di Trenitalia sulla Torino-Asti-Alessandria.. Per tale ultimo contratto viene stimato un ammontare di ricavi contendibili pari a circa 15,8 milioni di euro, pari a circa il 13% del totale di tutti i ricavi dei servizi interessati. Doc. 3.140.

rispetto a quello prodotto da Trenitalia, anche in considerazione del fatto che non disponevano dei dati necessari. A tale riguardo, entrambe le Regioni, nel corso del presente procedimento hanno affermato che Trenitalia ha fornito in ritardo i dati sui parametri fisici ed economici dei CdS, rispetto a quanto previsto dai contratti stessi¹²⁵.

143. La Regione Lombardia si è limitata ad affermare che non vi fosse esigenza di iniziare una verifica di compromissione del proprio contratto di servizio¹²⁶.

Il Piemonte ha espresso invece l'esigenza di tenere in considerazione le argomentazioni di Trenitalia – contenute in particolare nella nota del 21 settembre 2010 – per cui il servizio di trasporto ferroviario proposto in Piemonte da Arenaways interferiva significativamente con i servizi attualmente gestiti da Trenitalia¹²⁷.

144. È, dunque, soltanto sulla base della relazione di Trenitalia del 5 agosto 2010 che l'URSF ha potuto assumere la propria decisione, vietando ad Arenaways le fermate intermedie. In particolare, l'URSF concluderà il procedimento con decisione n. 589 stabilendo il divieto di fermate intermedie *“considerato che la rappresentazione dei possibili impatti sui servizi regolati da contratto di servizio pubblico effettuata da Trenitalia nella relazione trasmessa all'URSF in data 5/08/2010 dimostra che anche una “minima” perdita della quota commerciale contendibile causa la perdita della metà del risultato netto del bacino preso a riferimento”*.

¹²⁵ Doc. 5.369 e 5.370. In particolare, nella risposta alla richiesta di informazioni dell'Autorità del 19 ottobre 2011, la Regione Piemonte ha dichiarato che *“per le annualità dal 2008 al 2010, Trenitalia Spa non ha fornito i dati richiesti. Analogamente, Trenitalia Spa non ha fornito i dati di pre-consuntivo dell'annualità 2011 (fatto salvo i treni*Km.). Questa Regione ha inoltrato formale richiesta a Trenitalia Spa per l'acquisizione degli stessi”*. I dati relativi al triennio 2008/2010 sono stati forniti da Trenitalia al Piemonte nel mese di novembre 2011.

Parimenti la Regione Lombardia, nella risposta alla richiesta di informazioni dell'Autorità del 20 ottobre 2011 ha affermato che *“dal 2008 Trenitalia (e successivamente TreNord) non ha più inviato i dati necessari a compilare tale scheda [quella contenente i parametri fisici ed economici del contratto]. Si allegano i reiterati solleciti e verbali del Comitato di gestione del contratto, con cui Regione Lombardia ha più volte ribadito la richiesta dei dati in esame”*.

¹²⁶ Con lettera del 20 luglio 2010, nella quale la Regione argomenta che i servizi offerti da Arenaways non sono sufficientemente delineati per permettere di valutare un eventuale impatto negativo sui servizi a contratto MI-TO, che peraltro sono di competenza della Regione Piemonte (doc. 5.373 allegato 8 A). La Regione invierà poi una lettera il 17/9/10 in cui descrive i punti salienti del servizio ferroviario in Lombardia e le principali caratteristiche del contratto di servizio con Trenitalia (meglio, con TLN) e, una lettera successivamente, il 22 settembre 2010, contenente la descrizione dei punti salienti del servizio ferroviario in Lombardia (doc. 5.373 allegato 11°).

¹²⁷ Tale posizione della Regione è contenuta in una lettera del 15 ottobre 2010. La Regione invierà all'URSF anche ulteriori lettere in date 26 agosto 2010, 22 settembre e 5 novembre 2010 (Doc. 5.373 allegati 10A, 13A, 14A e 18°). Per quanto l'altro soggetto interpellato dall'UTSF, il MIT-DGTF, in data 25 novembre 2010 ha rappresentato che *“appaiono minimi gli effetti distorsivi sul contratto di servizio globalmente inteso, proprio in considerazione dell'attuale frequenza dei treni della Arenaways rispetto al cadenzamento dell'offerta di Trenitalia”* (doc. 5.376 allegato 9).

c) Le implicazioni sulla compromissione dell'equilibrio derivanti dal catalogo

c.1) L'errore metodologico

145. Come sopra evidenziato (cfr *supra*, paragrafi 32 e seguenti), con il nuovo contratto a catalogo, Trenitalia ha inteso elaborare un indicatore univoco su base nazionale del costo unitario di produzione (treno*km) che fosse realmente in grado di rispecchiare il costo di produzione per ciascuna tipologia di treno richiesta dalla Regione committente, tale da garantire un corretto calcolo del corrispettivo dovuto da quest'ultima a Trenitalia.

Ciò ha determinato, diversamente dai precedenti CdS, un sostanziale spostamento dei rischi legati all'offerta del servizio a carico della Regione, restando in capo a Trenitalia solo il rischio derivante da una errata previsione dei ricavi da traffico (a meno di variazioni eccezionali dei costi legate a ragioni non imputabili a Trenitalia).

Analogamente ai precedenti CdS, invece, è stato ugualmente garantito a Trenitalia il cd. "equo margine di utile", individuato dal NARS in un valore pari al 6,74% del WACC. Tale voce (inclusiva sia della remunerazione del capitale di debito – i.e. oneri finanziari - che della remunerazione del capitale di rischio) è indicata come "costo del capitale investito" ed è stata inserita da Trenitalia tra le voci di costo che concorrono a determinare l'ammontare dei corrispettivi che la Regione deve versare a Trenitalia una volta detratti i ricavi da traffico.

146. Vale evidenziare che la metodologia di calcolo dei corrispettivi in base al catalogo, per il modo stesso in cui è concepita (copertura pressoché integrale dei costi di produzione del servizio, compreso il margine dell'operatore ferroviario, al netto dei ricavi da traffico), ha una conseguenza di estremo rilievo per la determinazione del profitto ai fini della compromissione dell'equilibrio economico: per definizione, a meno di errate previsioni sui ricavi da traffico, la differenza tra ricavi totali (ricavi da biglietti + corrispettivi) e costi totali (costi + "costo del capitale investito") è pari (o pressoché pari) a zero, e questo a prescindere dal fatto che si prenda in considerazione la singola linea/bacino o l'intero contratto di servizio della Regione Piemonte. In altri termini, l'eventuale differenza positiva, a fronte di un utile garantito da contratto (contabilizzato nei costi come "costo del capitale investito"), rappresenta di fatto un extra-profitto.

147. Peraltro, la documentazione agli atti evidenzia *a)* in primo luogo, che Trenitalia, attraverso la propria Direzione Pianificazione Strategica, in data

28 luglio 2010, valutava come egualmente possibili almeno due diverse rappresentazioni contabili ai fini della valutazione dell'impatto sull'utile della linea To-MI, vale a dire sia quella basata sul contratto con corrispettivi a catalogo che quella con contratto con corrispettivi medi a treno*km; b) in secondo luogo che, a fronte del fatto che la prima soluzione avrebbe determinato *“un impatto potenziale dei servizi concorrenti ..molto forte, poiché l'impostazione stessa del catalogo mette tendenzialmente in equilibrio le linee. Quindi nel caso della TO-MI bastano pochissimi viaggiatori/ricavi persi per intaccare il 50% dell'utile”*¹²⁸, mentre la seconda rappresentazione, pur producendo *“numeri comunque ragionevoli”* determinava una situazione in cui *“il corrispettivo è quello medio, quindi più alto, la linea è in forte utile (perché finanzia tutte le altre) e il livello di domanda/ricavi da perdere è più alto”*, la stessa Trenitalia (Divisione Passeggeri Regionale) decideva di presentare al regolatore la soluzione a catalogo, nella convinzione che *“Sceglierne un'altra sarebbe come dire che ci sono alternative e quindi non sapremmo dove finiremo”*¹²⁹.

In altre parole, consapevole delle diverse conseguenze derivanti dall'una o dall'altra rappresentazione della contabilità all'URSF, Trenitalia scientemente ha preferito presentare quella che massimizzava le probabilità di intaccare l'equilibrio economico del contratto di servizio, e quindi minimizzava la possibilità di ingresso di operatori concorrenti sulla tratta in questione.

148. Anche la Regione Lombardia ha evidenziato le problematiche conseguenti alla scelta di Trenitalia di calcolare l'utile sulla base dei dati del contratto a catalogo, sottolineando che è la stessa metodologia di calcolo che è tale per cui basta perdere un solo passeggero per soddisfare il criterio previsto dall'URSF per accertare la compromissione.

La Regione ha chiarito che, anche se il metodo basato sul catalogo può essere più accurato ai fini del calcolo dei costi, esso non consente di valutare in modo appropriato l'effettivo impatto che l'ingresso di un nuovo operatore produce sui ricavi dell'*incumbent*, poiché, per definizione, genera un utile prossimo allo zero.

¹²⁸ Ciò è stato ulteriormente confermato da Trenitalia nell'audizione 14 novembre 2011, nel corso della quale la società ha affermato *“che la costruzione dei contratti a catalogo tende a mantenere i contratti in equilibrio economico”*, aggiungendo che *“l'eventuale utile contribuisce alla generazione di cash flow da utilizzare per investimenti destinati al rinnovo del materiale rotabile, regolato nell'ambito degli stessi contratti di servizio, da impiegarsi ai fini dello svolgimento del servizio pubblico”* Doc. 6.396.

¹²⁹ Doc. 3.149, consistente in una e-mail interna alla società inviata dalla Direzione Pianificazione Strategica alla Divisione Passeggeri regionale quando Trenitalia non aveva ancora stipulato con la Regione Piemonte il nuovo CdS (il precedente contratto era scaduto nel 2007 e quello nuovo, a valere dal 2009, era in corso di negoziazione).

149. A detta della Regione, “*al fine del calcolo della compromissione, lo strumento corretto dovrebbe essere quello della contabilità industriale. Infatti il contratto a catalogo, per definizione, fissando un livello dei corrispettivi pari alla differenza tra i costi (determinati da catalogo) e i ricavi da biglietto, determina convenzionalmente un livello dell’utile pari a zero. Pertanto è sufficiente perdere un solo passeggero per avere una compromissione dell’equilibrio economico (sia che si consideri la linea, sia che si consideri il contratto per intero)*”. Ciò dipende, precisa la Regione Lombardia, dalle diverse finalità perseguite dal contratto a catalogo, introdotto da Trenitalia “*per: i) trovare un metodo più aderente alla realtà per il calcolo dei costi e adeguarli all’inflazione maturata dal 2000 al 2008; ii) avere la possibilità di recuperare risorse da destinare agli investimenti in materiale rotabile; iii) guidare le Regioni ad un uso “a consumo” dei servizi di Trenitalia*”. La Regione ha poi chiarito che “*l’algoritmo per attribuire alle varie voci di costo il valore riconosciuto nel catalogo è stato sviluppato e tarato da Trenitalia su base nazionale, inclusivo del margine per l’impresa e, benché migliorativo rispetto al passato, utilizza inevitabilmente valori almeno in parte semplificati/convenzionali e identici per tutte le regioni. Poiché il margine/utile per l’impresa è incluso nell’ammontare del corrispettivo, la differenza tra ricavi più corrispettivi e costi non può che dare un valore prossimo a zero*”. A detta della Regione Lombardia “*se ne deduce che tale metodologia non appare idonea ad essere impiegata per il calcolo della compromissione dell’equilibrio economico secondo il decreto dirigenziale URSF del maggio 2010*”¹³⁰.

c.2) L’utile “effettivo”

150. Come precedentemente sottolineato, il passaggio dal vecchio contratto al contratto a catalogo ha lasciato inalterato il livello dell’“utile garantito” (“costo del capitale investito”) a Trenitalia dalla Regione, spostando in larga misura su quest’ultima i rischi di produzione del servizio.

La stessa società ha precisato, su richiesta degli uffici, che, facendo un confronto con le voci di un conto economico di un’impresa senza oneri di servizio pubblico, il “costo del capitale investito” potrebbe essere raffrontato con la remunerazione del capitale proprio e del capitale di debito, ovvero, rispettivamente, con l’utile e gli oneri finanziari¹³¹.

151. Ciò ha due importanti implicazioni. La prima è che, ai fini della

¹³⁰ Doc. 5.371.

¹³¹ Doc. 6.409.

compromissione dell'equilibrio, la rappresentazione fornita da Trenitalia all'URSF si è basata su un set di dati che non ha consentito al regolatore di comprendere la metodologia di contabilizzazione dei costi usata e conseguentemente di calcolare il corretto ammontare dell'utile. Infatti, alla luce dell'utilizzo dei dati a catalogo, l'utile avrebbe dovuto essere calcolato come somma del profitto derivante dal conto economico - quale prospettato nella relazione all'URSF - più il "costo del capitale investito" al netto degli oneri finanziari.

Ciò è particolarmente evidente se si considera che il comma 2 dell'art. 6 del decreto dirigenziale dell'URSF individua tassativamente le voci di costo che devono essere incluse ai fini del calcolo dell'utile per la compromissione dell'equilibrio e tra queste vi sono solo gli oneri finanziari e non il "costo del capitale investito" nel suo complesso (inclusivo cioè anche della remunerazione del capitale di rischio, cfr. *supra* paragrafo 39).

152. La seconda implicazione, che è diretta conseguenza della prima, è che, una volta individuato correttamente l'utile, la valutazione relativa alla compromissione è molto diversa qualora l'analisi sia limitata ad una singola linea/bacino o piuttosto sia estesa all'intero contratto di servizio. Come sarà mostrato nei prossimi paragrafi, infatti, l'analisi condotta a livello di linea/bacino "drammatizza" ampiamente l'impatto del nuovo entrante sul bilancio dell'*incumbent*.

d) Una valutazione dell'impatto dell'ingresso di Arenaways a partire dall'utile effettivamente realizzato da Trenitalia

d.1) Il calcolo dell'utile in base all'art. 6 del decreto dirigenziale 203/1/URSF

153. A prescindere dalla correttezza della premessa metodologica di Trenitalia relativa all'utilizzo dei dati di linea/bacino piuttosto che di contratto ai fini della compromissione dell'equilibrio, di seguito è stato innanzitutto ricalcolato il profitto dell'operatore ferroviario sulle diverse linee tenendo conto delle voci di ricavo e di costo indicate dall'art. 6 del decreto dirigenziale dell'URSF. Si è quindi proceduto anche ad una valutazione relativa all'intero contratto.

A tale scopo è stato chiesto a Trenitalia di fornire, con riferimento al triennio 2008-2010, il valore degli *asset* acquisiti con capitale proprio con riferimento all'intero contratto di servizio e alla linea/bacino interessata dal presente procedimento. Ciò al fine di calcolare l'ammontare degli oneri finanziari

sostenuti dall'operatore e conteggiare solo tale valore, come correttamente richiesto dal decreto dirigenziale dell'URSF, tra le voci di costo che concorrono alla determinazione dei costi complessivi sopportati da Trenitalia per l'erogazione del servizio.

154. Trenitalia ha affermato di aver acquistato nel triennio, esclusivamente con capitale di debito, [25-50] nuove locomotive da destinare ai servizi oggetto di contratto con la Regione Piemonte, per un valore complessivo di [40-120] milioni di euro¹³². La società ha dichiarato invece di poter fornire solo una stima dell'utilizzo delle suddette locomotive con riferimento alla linea/bacino Torino-Milano – *“sette sono dedicate esclusivamente all'effettuazione del servizio sulla linea Torino-Milano e sei sono destinate prevalentemente (benché non in via esclusiva alla linea Torino-Alessandria)”* - mentre non sarebbe in grado di fornire alcuna indicazione in merito agli oneri finanziari sostenuti per tali acquisti in quanto *“la gestione finanziaria in Trenitalia è un processo accentrato a livello societario, sotto il controllo dell'azionista Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., attraverso la struttura Finanza, Controllo e Patrimonio; pertanto, non è percorribile in assenza di linee di credito dedicate ai singoli asset, l'individuazione di oneri finanziari specifici”*¹³³

155. Nonostante le informazioni fornite siano parzialmente incomplete, si è provveduto comunque ad effettuare una stima degli oneri finanziari che concorrono alla determinazione dei costi sostenuti da Trenitalia che, in via prudenziale, si è basata su parametri del tutto favorevoli a Trenitalia sia in termini di valore degli *asset* utilizzati sulla linea che di costo del capitale di debito investito. In particolare, sono state formulate le seguenti ipotesi: 1) tutti e [omissis] i rotabili (considerando un valore di ciascuno pari a [omissis] milioni di euro, per un valore totale di [25-40] milioni di euro) sono interamente impiegati sulla linea/bacino; 2) il costo del capitale preso a debito per l'acquisto di tali rotabili è pari al [1-10%] (un valore, si noti, più alto del “costo del capitale investito approvato dal NARS” e coerente con le analisi svolte dalla società che certifica il bilancio di Trenitalia e con i nuovi principi contabili internazionali)¹³⁴

Sulla base di tali ipotesi, gli oneri finanziari per la linea/bacino Torino-

¹³² In particolare, Trenitalia ha dichiarato di aver acquistato, nel 2008 [10-25] locomotive per un valore di [20-40] milioni di euro ([omissis] milioni di euro ciascuna), nel 2009 [1-15] locomotive per un valore di [10-25] milioni di euro ([omissis] milioni di euro ciascuna), e nel 2010 [15-30] locomotive per un valore complessivo di [35-50] milioni di euro ([omissis] milioni di euro ciascuna) (cfr doc. 6.410).

¹³³ Doc. 6.410.

¹³⁴ Doc. 6.404.

Milano ammonterebbero a *[0-5] milioni di euro*¹³⁵. Considerando l'intero contratto, gli oneri finanziari relativi al capitale di debito necessario a finanziare tutte e *[20-50]* le locomotive utilizzate per lo svolgimento dei servizi per la Regione Piemonte, calcolati sempre con un tasso del *[1-10%]*, ammonterebbero invece a *[0-15] milioni di euro*¹³⁶.

156. Ciò premesso, il profitto ai fini della valutazione di una eventuale compromissione dell'equilibrio è stato calcolato come somma dell'utile dichiarato da Trenitalia all'URSF più quella parte dell'utile garantito che non copre gli oneri finanziari (ovvero “costo del capitale investito” meno gli oneri finanziari).

La tabella di seguito riporta il valore del profitto, così calcolato, per ciascuna delle ipotesi linea/bacino interessate dall'ingresso di Arenaways prospettate da Trenitalia all'URSF, più l'ipotesi che invece fa riferimento all'intero contratto di servizio stipulato con la Regione Piemonte. Si noti che, sebbene la linea MI-TO e la linea MI-TO (via Alessandria) rappresentino solo una parte dell'offerta relativa all'intero bacino TO-MI (ovvero la TO-MI più l'anello), gli oneri finanziari sono stati attribuiti, ancora in via del tutto prudenziale e favorevole a Trenitalia, per intero a ciascuna linea/bacino.

Tab. 2: Utile effettivo (dati in milioni di euro)

	CCI (a)	Oneri finanziari (b)	CCI - Oneri f. (c)=(a)-(b)	Utile dichiarato (d)	Utile effettivo (c) +(d)
TO-MI	<i>[0-10]</i>	<i>[0-5]</i>	<i>[0-5]</i>	<i>[0-5]</i>	<i>[0-10]</i>
TO-MI (via Alessandria)	<i>[0-10]</i>	<i>[0-5]</i>	<i>[0-5]</i>	<i>[0-5]</i>	<i>[0-10]</i>
TO-MI (off. complessiva)	<i>[10-20]</i>	<i>[0-5]</i>	<i>[0-10]</i>	<i>[0-5]</i>	<i>[0-15]</i>
Intero Contratto	<i>[20-40]*</i>	<i>[0-10]</i>	<i>[0-30]</i>	<i>[-10/-1]</i>	<i>[-20/-1]</i>

*valore 2010

Fonte:elaborazioni su dati forniti da Trenitalia (doc.3.140 e doc. 6.404)

In particolare, la prima colonna indica l'utile garantito (CCI – “costo del capitale investito”) indicato da Trenitalia nella relazione all'URSF, la seconda gli oneri finanziari (calcolati come sopra indicato), la terza l'utile garantito al netto degli oneri finanziari, la quarta l'utile dichiarato all'URSF nella medesima relazione, la quinta l'utile effettivo, così come avrebbe dovuto essere calcolato secondo le indicazioni del decreto dirigenziale 203/1/URSF.

¹³⁵ Tale valore si ottiene calcolando il *[1-10%]* di *[25-40]* milioni di euro.

¹³⁶ Tale valore si ottiene calcolando il *[1-10%]* di *[40-120]* milioni di euro.

d.2) L'offerta programmata da Arenaways

157. Alla luce delle valutazioni effettuate da Trenitalia e allo scopo di valutare la reale capacità del nuovo entrante di contendere passeggeri all'*incumbent* sul bacino Torino-Milano, è stato chiesto ad Arenaways di precisare qual era l'ampiezza dell'offerta programmata e quale sarebbe stata l'offerta massima in termini di viaggiatori*km nelle due ipotesi di riempimento integrale dei treni o di riempimento in base a d una ragionevole stima.

158. Arenaways ha precisato¹³⁷ che il suo progetto era di offrire il servizio sul circuito Torino Lingotto – Torino PS – Santhià – Vercelli –Novara – Milano P.Garibaldi – Voghera – Tortona – Alessandria – Asti – Torino Lingotto. La programmazione tuttavia, il cui inizio era fissato nel mese di settembre 2010, era slittata al mese di novembre 2010 per problemi di definizione delle tracce.

Proprio perché le relative tracce dovevano essere autorizzate, la società aveva ipotizzato anche la sola direttrice Torino-Milano (via Santhià-Vercelli-Novara), da intendersi quale parte del circuito, ma in nessun caso il progetto di Arenaways prevedeva la sovrapposizione dei servizi sull'anello con quelli relativi alla sola direttrice Torino-Milano né era mai stato programmato il solo servizio Torino-Milano via Pavia-Voghera-Asti (parte bassa dell'anello).

159. Il numero di convogli a disposizione di AW era di 2, con capienza massima di 184 posti per convoglio¹³⁸, con un coefficiente medio ipotizzato di riempimento pari al 33% e una copertura del servizio integrale da lunedì a sabato e ridotto la domenica e i giorni festivi, con un totale di giorni/anno considerati pari a 310.

160. Ciò premesso, sulla direttrice Torino-Milano (corrispondente alla linea TO-MI nella relazione di Trenitalia all'URSF), erano ipotizzati 6 treni al giorno (3 in una direzione e 3 nell'altra), che dovevano coprire un percorso di 153 Km per tratta, per un totale complessivo annuo di 61,6 milioni di viaggiatori*km nel caso di riempimento integrale dei treni e di 20, 4 milioni nel caso di riempimento ipotizzato al 33% della capacità.

161. Con riferimento alla direttrice Torino-Alessandria-Milano - corrispondente alla linea TO-MI (via Alessandria) nella relazione di Trenitalia, considerando la medesima offerta di 6 treni al giorno (3 per

¹³⁷ Doc. 6.413.

¹³⁸ Doc. 6.438.

direzione) e una tratta di lunghezza pari a 190 Km, il totale complessivo annuo sarebbe stato di 76,6 milioni di viaggiatori*km in caso di riempimento totale di treni e di 25,4 milioni in caso di riempimento pari al 33%.

162. Infine, considerando l'intero anello – senza la sovrapposizione del circuito sulla direttrice Torino–Milano via Santhià-Vercelli-Novara, in quanto mai presa in considerazione da Arenaways - e considerando sempre 6 treni al giorno (3 per direzione), l'offerta annua di viaggiatori*km avrebbe raggiunto i 138,2 milioni con riempimento integrale e i 45,8 milioni con riempimento al 33%.

d.3) L'ammontare di viaggiatori*km che un nuovo entrante dovrebbe effettuare per compromettere l'equilibrio economico di Trenitalia

163. Come sopra evidenziato, Trenitalia ha stimato, con riferimento alle linee TO-MI, TO-MI (via Alessandria) e TO-MI (offerta complessiva), che i bacini di traffico interessati dall'offerta di Arenaways fossero rispettivamente pari a [300-800] milioni, [300-800] milioni e [0-2] miliardi di viaggiatori*km, corrispondenti, in termini di ricavi da traffico per Trenitalia, a [5-20], [10-25] e [20-50] milioni di euro.

Sulla base di questi dati, Trenitalia ha calcolato che sarebbe stato sufficiente perdere, rispettivamente, il [1-10%], il [1-10%] e il [1-10%] dei ricavi da traffico contendibili, ovvero importi, invero modesti, pari a [0-2,5 milioni di euro], [0-2,5 milioni di euro] e [0-2,5 milioni di euro], per dimezzare il proprio utile (dichiarato) e compromettere l'equilibrio economico di ciascuna linea.

Di seguito è stato calcolato il numero di viaggiatori*km che il nuovo entrante avrebbe dovuto effettuare, stando ai valori forniti da Trenitalia, per compromettere l'equilibrio dell'*incumbent*.

Tab. 3: Utile di linea/bacino dichiarato da Trenitalia all'URSF

	50% dell'utile dichiarato (euro)	% ricavi contendibili che dimezza l'utile	Viagg.*km che dimezzano l'utile (mil)
TO-MI	[0-2,5] mil.	[1-10]	[10-25]
TO-MI (via Alessandria)	[0-2,5] mil.	[1-10]	[10-25]
TO-MI (off. complessiva)	[0-2,5] mil.	[1-10]	[20-30]

Fonte:elaborazioni su dati forniti da Trenitalia (doc.3.140)

Proprio sulla base di tali dati Trenitalia è arrivata alla conclusione che tale offerta era certamente tale da erodere il 50% dell'utile dichiarato e quindi da compromettere l'equilibrio sulle suddette linee.

164. Seguendo un ragionamento del tutto analogo a quello di Trenitalia, si è proceduto a calcolare la percentuale di ricavi contendibili e il corrispondente il numero di viaggiatori*km che Arenaways avrebbe dovuto sottrarre a Trenitalia per dimezzare non l'utile dichiarato, ma quello effettivo (ovvero comprensivo dell'utile garantito al netto degli oneri finanziari) sia per la singola linea/bacino che per l'intero contratto di servizio. Infine, sono stati confrontati tali valori con il numero massimo di viaggiatori*km che Arenaways ha documentato sarebbe stata in grado di effettuare sia riempiendo integralmente i propri treni sia riempiendoli secondo una stima ragionevole (cfr. *supra* paragrafi 155 e seguenti).

Le tabelle di seguito riportano i dati sopra decritti nelle tre ipotesi di utile di linea dichiarato, utile di linea effettivo e utile da contratto effettivo:

Tab. 4: Compromissione dell'equilibrio con utile di linea/bacino effettivo (dati in milioni)

	50% dell'utile effettivo	viagg.*km che dimezzano l'utile	max viagg.*km di AW (100% riempimento)	viagg.*km con % riempimento treni di AW compatibile con eq.	viagg.*km con 33% riempimento treni di AW
TO-MI	[0-5]	[50-60]	[60-70]	[50-60] (85%)	[20-30]
TO-MI (via Alessandria)	[0-5]	[50-60]	[70-80]	[50-60] (75%)	[20-30]
TO-MI (off. complessiva)	[5-10] ([0-5]*)	[100-120] ([100-120]*)	[130-150]*	[100-120] (80%)	[40-60]

* solo anello

Fonte:elaborazioni su dati forniti da Trenitalia (doc.3.140) e da Arenaways (doc. 6.413)

Tab. 5: Compromissione dell'equilibrio con utile da contratto effettivo (dati in milioni)

	50% dell'utile effettivo da contratto	viagg.*km che dimezzano l'utile	viagg.*km max di Arenaways	viagg.*km stimata di Arenaways
TO-MI	[0-10]	[200-210]	[60-70]	[20-30]
TO-MI (via Alessandria)	[0-10]	[200-210]	[70-80]	[20-30]
TO-MI (off. complessiva)	[0-10]	[200-210]	[130-150]*	[40-60]

* solo anello

Fonte:elaborazioni su dati forniti da Trenitalia (doc.3.140) e da Arenaways (doc. 6.413)

165. È immediatamente evidente che, anche svolgendo l'analisi a livello di linea/bacino e non d'intero contratto, Arenaways non sarebbe stata in grado di compromettere l'equilibrio economico di Trenitalia pur riempiendo i propri treni quasi integralmente (ovvero con percentuali di riempimento tra il 75% e l'85%, cfr. quarta colonna tab 4), ipotesi invero alquanto improbabile

e di gran lunga più ottimistica alle previsioni di Arenaways; ovvero, detto in altri termini, sarebbe stato necessario superare tali soglie di riempimento per dimezzare l'utile di Trenitalia. E ciò, si sottolinea, avendo assunto ipotesi particolarmente favorevoli a Trenitalia nel calcolo degli oneri finanziari, che concorrono a ridurre l'utile effettivo in misura significativa.

166. L'analisi, invece, ove correttamente effettuata a livello di intero contratto, come peraltro previsto dalla legge, evidenzia un ampio margine per l'ingresso di nuovi operatori sulla linea di riferimento. Un margine che non sarebbe stato colmato dall'ingresso di Arenaways anche nell'ipotesi di percentuali di riempimento dei treni pari al 100%.

d.4) La mancata considerazione dei propri treni commerciali

167. Sulle medesime tratte interessate dal prospettato ingresso di Arenaways e su cui viaggiano i propri treni regionali sussidiati, Trenitalia presta un significativo quantitativo di servizi anche con i propri treni commerciali.

Dal momento in cui si è avuta notizia della richiesta di tracce di Arenaways, Trenitalia ha richiesto a RFI e ottenuto, in più occasioni, tracce volte a variare, spesso potenziando, la propria offerta di servizi commerciali sulle medesime tratte interessate dai servizi Arenaways, con percorsi ed orari analoghi o in parte sovrapposti a quelli chiesti dal nuovo entrante (v. *supra*, paragrafi 109 e ss.)¹³⁹.

168. Inoltre, Trenitalia, quantomeno dal 2009, ha stipulato con le Regioni convenzioni che incentivano gli utenti dei servizi pubblici ad utilizzare i treni commerciali dell'*incumbent*.

Ad esempio, in Piemonte, Trenitalia ha introdotto la cd. "Carta Tutto Treno", che permette ai possessori di un abbonamento per i treni regionali di viaggiare sui treni commerciali di Trenitalia (IC ed ES City), per una relazione coincidente o compresa all'interno di quella dell'abbonamento, previo pagamento di un costo fisso (pari a 120 euro l'anno per il 2011).

Per consentire tale utilizzo, la Regione Piemonte corrisponde a Trenitalia un "*extra-corrispettivo*" che si aggiunge rispetto a quello previsto nel contratto di servizio, il cui ammontare è calcolato in modo da far percepire a Trenitalia, per ogni carta venduta, un introito pari al costo (per un anno) di

¹³⁹ Nel corso dell'audizione Trenitalia si è difesa sostenendo che "il numero complessivo dei treni non sussidiati di Trenitalia, nel periodo considerato, è rimasto pressoché inalterato o si è ridotto, essendo soprattutto intervenuta una riqualificazione dell'offerta (mera sostituzione di materiale rotabile o di lunghezza della linea operata, senza alcun aumento di capacità". Doc.6.396.

un abbonamento mensile per i treni IC, con una maggiorazione del 5% (è questo, infatti, il prezzo richiesto all'utente per un abbonamento IC esteso anche ai treni regionali)¹⁴⁰.

Un meccanismo analogo è alla base della c.d. "Carta Plus" introdotta da Trenitalia in Lombardia, il cui funzionamento è disciplinato da un apposito accordo.

169. Tali convenzioni prevedono corrispettivi extra rispetto ai CdS, ma sono logicamente connesse a questi ultimi e sono considerate in modo congiunto nella programmazione e nelle trattative sull'offerta di servizi che Trenitalia presta alle Regioni. Nella delibera della Giunta regionale del Piemonte del 15 giugno 2009 si sottolinea come *"il sistema di trasporto a lunga percorrenza sia integrato al sistema di trasporto pubblico locale e di conseguenza anche l'uso dei due sistemi debba necessariamente rispondere a logiche di integrazione"*. Anche nel CdS vigente della Regione Lombardia è esplicitamente richiamato l'accordo che disciplina la Carta Plus, prevedendo che le parti *"si impegnano a trovare soluzioni condivise per le problematiche tariffarie che dovessero emergere anche in futuro a seguito delle scelte commerciali sui servizi a lunga percorrenza"*.

170. La stessa Trenitalia peraltro, sin dal 2007 ha considerato i servizi proposti da Arenaways come servizi in concorrenza con i propri treni commerciali. Ciò si evince dalla già citata e-mail inviata da un dirigente di Trenitalia all'AD di FS in data 2 ottobre 2007, relativa ai servizi Arenaways, nella quale, con specifico riferimento ad essi si legge: *"trattasi di servizi non contribuiti nel triangolo torino-milano-alessandria-torino. In prima fase sono concorrenti degli IC, in seconda fase (quando ci sarà la gara), parteciperanno senz'altro anche loro..."*¹⁴¹.

171. Ciò nonostante Trenitalia non ha considerato l'impatto sui CdS delle Regioni Piemonte e Lombardia dei propri treni commerciali (circa 8 coppie nel periodo di interesse) ed in particolare non ha tenuto conto della variazione dei ricavi da traffico generata dalla sottrazione di passeggeri sulla Milano-Torino attribuibile ai propri treni commerciali che viaggiano sulla medesima tratta.

¹⁴⁰ Doc. 5.369 e 5.370.

¹⁴¹ Doc. 1.11.

e) La rappresentazione dei fatti di Trenitalia nei successivi procedimenti URSF

172. Sia nel procedimento di riesame della decisione n. 589, concluso dall'URSF a fine ottobre 2011 con decisione n. 768, che nel corso del successivo procedimento avviato dall'URSF in data 24 giugno ed ancora in corso, Trenitalia ha fornito i contributi richiesti¹⁴².

173. Innanzitutto, la società ha risposto ad una richiesta di informazioni dell'URSF del 28 marzo 2011, peraltro solo in data 20 luglio 2011, dopo il sollecito inviato dal regolatore l'11 luglio 2011¹⁴³.

Nella risposta Trenitalia si è limitata a confermare integralmente le proprie valutazioni espresse nella relazione del 5 agosto 2010. A detta dell'impresa *“le considerazioni sviluppate nella nota del 5 agosto 2010, volte a dimostrare la compromissione dell'equilibrio economico dei contratti di servizio interessati, risultano, ad oggi, pienamente valide ed efficaci, considerato che l'attuale definizione dei rapporti con la Regione Piemonte non ha inciso sulla struttura complessiva dell'offerta assunta a riferimento delle valutazioni espresse nel corso del procedimento principale”*.

174. Inoltre, Trenitalia ha risposto alla richiesta di parere avanzata dalla Regione Piemonte, il 5 luglio 2011, in merito alla *“sostenibilità ed alla continuità dei servizi erogati”* a fronte del nuovo contratto di servizio tra le parti, nell'eventualità che fossero effettuati i servizi Arenaways.

La risposta è pervenuta in data 12 agosto 2011¹⁴⁴. Nella lettera, Trenitalia ha evidenziato che le tracce richieste da Arenaways confliggono con quelle necessarie ad offrire i servizi previsti nei CdS firmati con la Regione Piemonte e con l'Agenzia per la Mobilità Metropolitana. In particolare, Trenitalia ha affermato che risulterebbero pregiudicati la graduale realizzazione di sistemi cadenzati nel nodo di Torino ed il potenziamento del servizio dei Regionali veloci sulla direttrice Milano-Torino. Trenitalia ha affermato poi che la riduzione delle quote commerciali sulle linee interessate dai servizi Arenaways – le più appetibili dal punto di vista commerciale – avrebbe un effetto dirompente sulla sostenibilità economica dei CdS¹⁴⁵.

175. In particolare, Trenitalia cita espressamente l'allegato 10 dei CdS che contiene i *“programmi obiettivo”*, vale a dire gli interventi che le parti intendono porre in essere per potenziare il servizio esistente. Trenitalia, dunque, si riferisce a servizi non ancora operativi e neanche previsti al

¹⁴² Doc. 5.373, doc. 5.369 e doc. 5.343.

¹⁴³ Doc. 5.344 allegato 10.

¹⁴⁴ Doc 5.383, allegato 3.

¹⁴⁵ Doc.5.343, allegato 7 e doc. 5.383, allegato 3, *cit.*

momento in cui è stata presentata all'URSF la relazione dell'agosto 2010. Dall'allegato 10 del CdS del Piemonte emerge che a partire dall'anno ferroviario 2011-2012 Trenitalia aumenterà ulteriormente la propria offerta nelle ore di punta sulla linea Torino-Milano, mediante l'istituzione di due collegamenti giornalieri diretti, analoghi a quelli che Arenaways aveva in animo di effettuare, lungo il percorso Torino-Chivasso-Santhià-Vercelli-Novara-Milano: uno con partenza da Milano Centrale alle 6.30 e arrivo a Torino P.N. alle 8.30, l'altro con partenza da Torino P.N. alle 18.30 e arrivo a Milano Centrale alle 20.30. L'istituzione di tali nuovi servizi comporterà una maggior produzione annua di circa 95 mila treni*km¹⁴⁶.

176. Anche nel caso del procedimento di riesame dalle altre parti interessate non sono pervenuti contributi all'analisi di compromissione: la Regione Lombardia ha ribadito quanto già sostenuto nella precedente nota del 20 luglio 2010, e cioè di non essere competente sui servizi Milano-Torino (di competenza invece della Regione Piemonte), ovvero di non poter ravvisare la compromissione dei CdS della Regione Lombardia a causa dei servizi richiesti da Arenaways; la Regione Piemonte si è solo limitata a ribadire le considerazioni più volte espresse da Trenitalia sull'impatto dei nuovi servizi richiesti da Arenaways per l'orario 2011/2012¹⁴⁷. Pertanto, anche il procedimento di riesame si è concluso sulla base del solo contributo di Trenitalia in merito alla compromissione dei contratti di servizio.

177. Quanto poi al nuovo procedimento avviato dall'URSF in data 24 giugno 2011 per l'anno ferroviario 2011/2012, tuttora in corso, dalle informazioni disponibili risulta che Trenitalia ha fornito una relazione, in data 22 luglio 2011, utilizzando la medesima metodologia contenuta nell'agosto 2010 e pervenendo così ad analoghe conclusioni circa la compromissione dell'equilibrio economico dei propri contratti di servizio derivante dal prospettato ingresso di Arenaways¹⁴⁸.

4.2.2 Le lettere di Trenitalia a MIT, RFI, Regioni e URSF

178. Nella descrizione delle condotte di Trenitalia vanno richiamate anche alcune lettere inviate dall'impresa al gestore della rete, alle regioni interessate e all'URSF nel periodo compreso tra la prima richiesta di tracce di Arenaways ad RFI ed il primo procedimento URSF *ex art.* 59.

¹⁴⁶ Doc. 5.369, allegato 2.

¹⁴⁷ Doc. 5.344, allegati 12 e 13.

¹⁴⁸ Nuovo procedimento: richiesta di parere, inviata il 5 luglio 2011, a cui Trenitalia ha risposto il 22 luglio 2011 (doc. 5.343, nonché doc. 5.383, allegato 2).

179. Sin dal marzo 2008, la società ha inviato una serie di lettere (4 marzo 2008, 23 dicembre 2008 e 20 maggio 2009) ai vari soggetti istituzionali coinvolti (MIT-DGTF, RFI, Regione Lombardia e Regione Piemonte), affermando che i servizi prospettati da Arenaways dovevano essere considerati regionali e che, per tale ragione, essi potevano essere svolti solo nell'ambito di un contratto di servizio.

180. La società, inoltre, sin da subito ha rappresentato che *“l’assegnazione di tracce per servizi in concorrenza con quelli svolti nell’ambito del contratto di servizio con le Regioni avrebbe un impatto significativo sull’equilibrio economico delle prestazioni rese da Trenitalia”*¹⁴⁹. Già nella prima lettera del marzo 2008, inviata a MIT-DGTF, RFI, Regione Lombardia e Regione Piemonte, Trenitalia ricordava che i servizi regionali potevano essere svolti solo con contratto di servizio, affermando che le autorità pubbliche avrebbero dovuto vietare i servizi in caso di lesione dell’equilibrio economico.

181. E ciò benché sia il MIT-DGTF che l’URSF avessero chiaramente affermato come la natura dei servizi fosse irrilevante ai fini dell’assegnazione delle tracce al nuovo entrante (v. *supra* paragrafi 75/76 e 87/88).

4.2.3 Considerazioni conclusive sulle condotte poste in essere da Trenitalia

182. La documentazione sopra illustrata testimonia che Trenitalia ha fornito all’URSF una rappresentazione dei fatti che ha indotto il regolatore prima a vietare ad Arenaways le fermate intermedie sulla Torino-Milano, poi a confermare tale divieto. Ciò senza tenere conto delle prescrizioni dettate dalla normativa vigente sia in termini di valutazione dell’impatto a livello di contratto di servizio e non di singola linea/bacino sia in termini di corretto calcolo degli utili ai fini della valutazione della compromissione dell’equilibrio.

Contemporaneamente Trenitalia, grazie anche alla disponibilità nei suoi confronti di RFI, ha più volte modificato e spesso potenziato la propria offerta di servizi commerciali sulle tratte interessate dall’offerta di Arenaways, introducendo servizi spesso analoghi nel percorso e negli orari rispetto a quelli del nuovo operatore¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Doc. 2.59 e doc. 2.121.

¹⁵⁰ A tale incremento dell’offerta commerciale vanno aggiunti anche i nuovi treni, previsti nel CdS del Piemonte a partire dal prossimo anno, nelle ore di punta e con fermate in molte delle stazioni previste dall’iniziale progetto orario di Arenaways.

Tali condotte sono state ulteriormente rafforzate attraverso l’invio ai vari soggetti coinvolti - sia nel periodo in cui si è svolta la “procedura di consultazione” intrapresa da RFI sia durante i procedimenti dell’URSF ex art. 59 – di una serie di lettere volte, da un lato, ad avvalorare la tesi della “natura regionale” dei servizi offerti da Arenaways e conseguentemente dell’insussistenza di un diritto di accesso alla rete, dall’altro, ad influenzare a proprio favore il procedimento dell’URSF ex art. 59.

VI. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

183. Le parti hanno avuto modo di esporre le proprie posizioni sia nel corso delle audizioni che presentando memorie scritte.

Le stesse, inoltre, hanno rappresentato le proprie argomentazioni nell’ambito dell’audizione finale svoltati innanzi al Collegio in data 19 giugno 2012¹⁵¹, prima della quale hanno versato in atti ulteriori scritti difensivi¹⁵².

Nella sezione che segue si darà conto di tutte le difese delle società del gruppo FS, distinte per tematiche e, ove necessario, per chiarezza espositiva, si considereranno anche le posizioni espresse dai soggetti istituzionali coinvolti nella vicenda Arenaways (MIT-DGTF, URSF e Regioni Lombardia e Piemonte), nonché le contro-deduzioni della società segnalante.

1 ECCEZIONI PRELIMINARI

1.1 La violazione dei diritti di difesa

184. In via preliminare, RFI e Trenitalia hanno eccepito la violazione dei diritti di difesa per diniego di accesso a due atti del fascicolo istruttorio, ritenuti indispensabili ai fini del contraddittorio. Di tali documenti, in particolare, le società hanno contestato la natura sensibile ed affermato, al contrario, la natura storica.

Nel merito dell’eccezione di RFI, in particolare, uno dei documenti al quale è stato negato l’accesso¹⁵³ consiste in un *business plan* della società segnalante, la cui conoscenza sarebbe stata essenziale per il Gestore al fine di definire “*l’effettiva tempistica dell’accesso al mercato da parte di*

¹⁵¹ Doc. 6.498, allegati 1-7.

¹⁵² Docc. 6.476, 6.477, 6.478 e 6.479.

¹⁵³ L’altro documento consiste in uno studio interno condotto da Arenaways, avente ad oggetto un confronto con i servizi proposti da Trenitalia.

Arenaways”, posto che ad RFI è stato contestato un “*supposto abuso dilatorio*”¹⁵⁴.

185. Sul punto, la società Arenaways ha invece sempre affermato in corso di procedura la natura sensibile delle informazioni contenute nei documenti ai quali RFI e Trenitalia chiedevano accesso; da ultimo, in data 13 giugno 2012, ha dichiarato che “*i medesimi contengono fondamentali dati sensibili e attinenti alla struttura e alle strategie dell’azienda, il cui eventuale disvelamento costituirebbe grave nocimento alla tutela delle proprie azioni e grave danno commerciale per l’attività del ramo d’azienda ceduto. Sotto il profilo dell’interesse si sottolinea che il Fallimento è tuttora creditore di gran parte della somma dovuta dalla cessionaria per l’acquisto del ramo d’azienda (conseguentemente il mantenimento in bonis dell’azienda ceduta è condizione sine qua non per il soddisfacimento del credito fallimentare) ed è rimasto titolare delle azioni e dei diritti di credito da esse derivanti*”¹⁵⁵.

Quanto in particolare alla conoscenza del *business plan*, in sede di audizione finale Arenaways ha eccepito come il documento non fosse affatto essenziale ai fini della ricostruzione della tempistica di ingresso sul mercato. Esso, infatti, che ha ad oggetto una valutazione prospettica dell’attività di Arenaways con riferimento al periodo 2008-2012, è stato predisposto nel 2007, e fa riferimento ad un contesto completamente diverso. D’altra parte, dalla documentazione in atti emerge chiaramente come Arenaways “*intendesse in origine avviare il proprio servizio nel 2009 [...]; dopo aver ottenuto il rilascio della licenza n. 47 del 6/7/2007 e del titolo autorizzatorio del 1/4/2008, e dopo aver richiesto il certificato di sicurezza, AW nell’aprile 2008 ha richiesto ad R.F.I. le tracce per avvio attività nel 2009*”¹⁵⁶.

186. Sempre in via preliminare, Trenitalia ha rappresentato di non avere potuto esercitare compiutamente i propri diritti di difesa, poiché il provvedimento di estensione soggettiva non avrebbe delimitato con chiarezza il perimetro delle contestazioni mosse¹⁵⁷.

1.2 L'imputabilità del comportamento a FS

187. FS ha eccepito come alla società non possa essere imputato alcuno dei comportamenti oggetto di istruttoria e di essere stata, pertanto, indebitamente coinvolta nella procedura..

¹⁵⁴ Doc. 6.477.

¹⁵⁵ Doc. 6.480.

¹⁵⁶ Doc. 6.498, allegato 4.

¹⁵⁷ Doc. 6.396.

In particolare, a detta della Parte, i comportamenti oggetto di contestazione si inseriscono in un settore regolato, in cui opera anche un'Autorità di regolazione (l'URSF); nel caso di specie quindi non opererebbe *“la presunzione automatica di partecipazione alla condotta contestata come ‘impresa unica’ elaborata dalla giurisprudenza UE”*.

FS ha inoltre rilevato di non avere alcun potere di direzione e coordinamento sull'attività di RFI quale gestore dell'infrastruttura, per quanto attiene alle funzioni “sensibili” relative all'accesso all'infrastruttura; quanto precede troverebbe conferma nel fatto che il Consiglio di Amministrazione di RFI, sin dal 2004, avrebbe deliberato che FS, per quanto riguarda i compiti e le funzioni svolti da RFI, non esercita i poteri di coordinamento e controllo previsti dal codice civile¹⁵⁸.

Parimenti, FS ha affermato di non aver alcun ruolo di indirizzo e coordinamento nell'attività di Trenitalia, società dotata di elevata autonomia operativa, che dispone di tutte le leve e le responsabilizzazioni necessarie ad un presidio efficace del proprio *business*.

188. Inoltre, secondo FS, RFI e Trenitalia hanno distinti organi societari; non sussistono *interlocking directorate* tra Trenitalia, RFI e FS; gli Amministratori delegati di RFI e Trenitalia avrebbero ampi poteri di gestione e di determinazione delle politiche commerciali delle rispettive società: l'elaborazione del *budget*, gli investimenti e le altre materie di rilievo relative alla gestione commerciale delle due società sono di competenza esclusiva dei rispettivi Consigli di Amministrazione.

In particolare, le decisioni in materia di *budget*, investimenti e linee di piano sarebbero adottate in piena autonomia da RFI e Trenitalia e successivamente consolidati a livello di gruppo, mentre FS si limiterebbe a controllare che tali scelte siano indirizzate alla massimizzazione di valore.

Ancora, *“RFI e Trenitalia gestiscono in maniera autonoma le proprie partecipazioni societarie nelle rispettive società collegate e/o controllate; non vi è alcuna ingerenza da parte di FS nelle strategie commerciali e di prezzo applicate da RFI e Trenitalia”*. Ciò in quanto, *“i prezzi applicati da*

¹⁵⁸ L'esercizio in concreto di un'influenza determinante da parte di FS non sarebbe stato neanche possibile in astratto sulle “attività sensibili” del Gestore della rete relative all'accesso all'infrastruttura in ragione del contesto normativo di settore; ciò in quanto, la pertinente normativa di riferimento (art. 11 del D.Lgs. 8 luglio 2003, n. 188, recante *“Attuazione delle direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE in materia ferroviaria”*) e l'Atto di concessione obbligano RFI a *“conformarsi ai principi di trasparenza, equità e non discriminazione”* e pongono l'esercizio delle sue funzioni essenziali sotto lo stringente controllo dello Stato (Ministero dei trasporti e URSF), senza attribuire a FS alcun potere di direzione e coordinamento sulle attività di RFI. Ne consegue che, a fronte delle precise e cogenti indicazioni che emergono dal quadro regolatorio concernente le funzioni sensibili dell'accesso all'infrastruttura, non è possibile parlare di presunzione dell'esercizio da parte di FS di un'influenza determinante su RFI (docc. 6.476 e 6.498, allegato 2).

*RFI sono regolamentati e i contratti di servizio con le competenti amministrazioni sono negoziati e conclusi in completa autonomia da Trenitalia, senza necessità di approvazione o ratifica da parte di FS*¹⁵⁹.

189. Infine, dagli atti del procedimento non emergerebbero né “*evidenze di condotte autonome di FS specifiche rispetto alla richiesta di accesso di tracce avanzata da Arenaways*” né che “*FS abbia effettivamente esercitato un’influenza determinante sulle condotte di RFI su cui verte il procedimento istruttorio*”.

In questo senso, “*i rapporti tra quest’ultima e l’URSF, a cui si riferiscono alcuni atti del procedimento, riguarderebbero l’attività svolta dalla holding in relazione al più generale assetto regolatorio*”¹⁶⁰.

190. In merito all’imputabilità ad FS delle condotte contestate, Arenaways ha ricordato che “*F.S., in qualità di società detentrici del 100% del capitale sociale di R.F.I. e di Trenitalia risponde in via oggettiva della responsabilità antitrust delle controllate in forza della presunzione di influenza sulle medesime*”.

Inoltre, a detta di Arenaways non risulta pertinente il richiamo alla normativa settoriale poiché “*il D.Lgs. 188/2003, [...] sancisce l’autonomia del gestore dell’infrastruttura ferroviaria (R.F.I.) rispetto alle imprese operanti nel settore (Trenitalia), mentre nel nostro caso il gestore non è affatto autonomo rispetto alla sua controllante al 100% F.S.*”; né, tantomeno, “*una presunzione di influenza .. può essere superata con l’indicazione di dati formali quali organigrammi, poteri di CdA e AD*”, sicché sostenere che FS non avrebbe impartito alcuna direttiva alle sue controllate resta una pura apodittica asserzione di principio”¹⁶¹.

Infine, Arenaways ha evidenziato come i documenti istruttori testimonino “*un coinvolgimento diretto di F.S., ai massimi livelli, nel dettaglio degli sviluppi dell’offerta Arenaways e delle sue richieste tracce*”¹⁶².

2 LA POSIZIONE DI RFI

191. RFI ha incentrato la propria difesa sulle argomentazioni di seguito illustrate:

- il comportamento assunto non sarebbe abusivo, non essendo né ostruzionistico né pretestuoso, ma doveroso;

¹⁵⁹ Doc. 6.498 allegato 2.

¹⁶⁰ Docc. 4.211., 6.476 e 6.497, allegato 2.

¹⁶¹ Doc. 6.498, allegato 4.

¹⁶² Doc. 6.498, allegato 4.

- i ritardi nell'accesso all'infrastruttura ferroviaria sarebbero dipesi dalle caratteristiche di Arenaways, considerato un concorrente inefficiente, che non era in grado di rispettare tempi e condizioni di accesso all'infrastruttura;
- i comportamenti non sarebbero gravi¹⁶³.

2.1 L'assenza di abuso e la correttezza del comportamento di RFI

192. Il gestore ha anzitutto affermato la correttezza del proprio operato, evidenziando di avere, da un lato, osservato una trasparente cooperazione istituzionale con le autorità nazionali e regionali, attenendosi alla regolamentazione di settore, nonché di aver agito in modo appropriato e tempestivo nell'assegnazione delle tracce ad Arenaways, malgrado le incertezze e carenze gestionali manifestate da quest'ultima¹⁶⁴.

193. RFI ha in particolare ricordato le difficoltà derivanti dalla sussistenza di un quadro normativo lacunoso ed incerto, che si sarebbe precisato solo *“con l'entrata in vigore dell'art. 59 della legge n. 99/2009 e con l'avvio del relativo procedimento istruttorio da parte dell'URSF”* ad esito del quale il regolatore ha inibito alla società Arenaways, nel novembre 2010, le fermate intermedie sulla tratta Torino-Milano.

194. In un'ottica di correttezza andrebbe letta anche l'iniziativa, all'indomani della richiesta di tracce avanzata da Arenaways, di informare i soggetti istituzionali interessati; tale iniziativa, in particolare, *“rispondeva all'esigenza di tutelare l'effetto utile del regime regolatorio esistente, con particolare riguardo alla necessità di evitare che la richiesta di tracce di Arenaways, ove accolta, potesse compromettere il regime regolatorio relativo ai contratti di servizio esistenti. Questa è anche la ratio delle modifiche al PIR introdotte da RFI dopo l'entrata in vigore dell'art. 59 della legge n. 99/2009”*¹⁶⁵.

195. Nel complesso, la consultazione istituzionale, ed in particolare quella indetta con le Regioni - che aveva un precedente nel caso Metroferro depositato in atti - lungi dall'essere pretestuosa sarebbe stata per RFI perfettamente legittima e doverosa.

Ciò in quanto le Regioni, secondo RFI, non avevano affatto raggiunto una posizione univoca rispetto all'ingresso del nuovo operatore, né sarebbero risultate risolte talune questioni ritenute preliminari rispetto alla successiva assegnazione di tracce ad Arenaways, quali ad esempio la natura del servizio

¹⁶³ Doc. 6.477 e 6.498, allegato 3.

¹⁶⁴ Docc. 4.222, 6.477 e 6.498 allegato 3. In particolare, il gestore ha ricordato che .

¹⁶⁵ Doc. 4.211.

prospettato da Arenaways e la regolamentazione tariffaria del nuovo entrante, prospettate dalle Regioni come necessarie al fine di esprimersi sulla questione di cui erano state investite¹⁶⁶.

196. Con riferimento alla consultazione istituzionale indetta da RFI, Arenaways ha anzitutto eccepito che la stessa “*semplicemente non era (né è) stabilita dal diritto positivo e, ben lungi dall’essere necessaria, non andava effettuata*”.

La società ha quindi affermato che il gestore avrebbe ricostruito “*il quadro normativo ed il regime di accesso all’infrastruttura in modo strumentale alle proprie difese*” ed ha ricostruito la cronologia degli eventi successivi alla richiesta di tracce di Arenaways per testimoniare la pretestuosità del comportamento di RFI¹⁶⁷.

2.2 La natura del servizio svolto da Arenaways ed il regime normativo applicabile

197. A detta di RFI, uno degli ostacoli all’avvio del processo di assegnazione delle tracce ad Arenaways era rappresentato dall’esigenza di qualificare il servizio prospettato da tale operatore – come regionale o a media e lunga-percorrenza - al fine di determinare il regime giuridico ad esso applicabile e, dunque, stabilire la titolarità del diritto di accesso da parte dell’operatore nuovo entrante.

A riprova del ruolo cruciale della qualificazione del servizio, RFI ha richiamato la posizione dell’Avvocatura di Stato assunta a seguito del ricorso da parte di Arenaways nei confronti della decisione dell’URSF del novembre 2010. In tale occasione l’Avvocatura di Stato aveva sostenuto “*come la questione della qualificazione del servizio di Arenaways [fosse] essenziale, al fine di stabilire se tale servizio si possa o meno svolgere: l’Avvocatura di Stato avrebbe specificato che, nel momento in cui il servizio viene qualificato come regionale, non potrebbe essere svolto, per le sue ripercussioni sui contratti di servizio; se il servizio viene qualificato come servizio di media/lunga percorrenza, esso può essere svolto*”¹⁶⁸.

198. In sede di audizione finale, RFI, nel ribadire che la consultazione intercorsa con le Regioni si iscriveva in un quadro normato, ha affermato che i “*servizi di AW erano plausibilmente riconducibili a servizi di rilevanza regionale ovvero servizi su cui le Regioni avevano pieni poteri di*

¹⁶⁶ Doc. 6.477 e 6.498, allegato 3.

¹⁶⁷ Doc. 6.498, allegato 4.

¹⁶⁸ Doc. 4.211.

programmazione e di disciplina”¹⁶⁹. A riprova di ciò, “*nel corso dell’interlocuzione, le stesse Regioni, con tempi di reazione diversi e spesso molto lunghi, hanno sollevato problematiche tutte rilevanti ai fini delle chances e modalità di accesso al mercato da parte di AW; su taluni temi le Regioni hanno formulato indicazioni tassative circa le modalità di svolgimento del servizio di AW*”¹⁷⁰.

199. A tale riguardo, nel corso del procedimento, entrambe le Regioni coinvolte, Lombardia e Piemonte, hanno chiaramente affermato che i servizi prospettati da Arenaways, per le loro caratteristiche, erano assimilabili ai servizi commerciali di Trenitalia e non ai servizi regionali sussidiati.

In particolare, per la Regione Piemonte, i servizi Arenaways non erano qualificabili come regionali “*in quanto parificabili ai servizi offerti da Trenitalia con i treni a media a lunga percorrenza. Era previsto, infatti, che essi effettuassero fermate intermedie e praticassero prezzi diversi (più elevati) rispetto a quelli regionali (in quanto sussidiati)*”; d’altro canto, secondo la Regione, un ulteriore indice “*della natura a media lunga percorrenza dei servizi offerti da Arenaways risiede nella circostanza che Arenaways non abbia mai ritenuto di consultare la Regione Piemonte, in qualità di soggetto competente in materia di trasporto pubblico Regionale*”¹⁷¹.

Parimenti, secondo la Regione Lombardia, il servizio prospettato da Arenaways non era qualificabile come regionale, in quanto “*i passeggeri cui era destinato il servizio di Arenaways, date le sue caratteristiche in termini qualitativi e di tariffazione, erano differenti da quelli cui è destinata l’offerta di trasporto regionale*”¹⁷².

200. Nello stesso senso si è espresso anche il MIT-DGTF in sede di audizione; in particolare, il MIT-DGTF ha ricordato di aver risposto al gestore dell’infrastruttura “*sostenendo che i servizi Arenaways non erano qualificabili come regionali, secondo le disposizioni normative vigenti (contenute nel decreto legislativo 422/97 e del DM n. 109/1999). Sulla base di tali disposizioni i servizi regionali devono soddisfare requisiti minimi e dopo che le Regioni hanno stabilito quali servizi vadano inseriti nel contratto di servizio, tutti quelli che residuano possono essere prestati in regime di mercato*”. Peraltro, per il MIT-DGTF, i servizi Arenaways avevano le “*caratteristiche di un servizio a media/lunga percorrenza di*

¹⁶⁹ Doc. 6.498, allegato 3.

¹⁷⁰ Doc. 6.498, allegato 3.

¹⁷¹ Doc. 5.368.

¹⁷² Doc. 5.371.

mercato e, pertanto, non rientravano tra quelli oggetto di contratto di servizio”¹⁷³.

2.3 L’operatività del servizio Arenaways e le questioni di carattere tariffario

201. Secondo RFI, ulteriori problematiche da risolvere concernevano *“l’operatività del servizio di Arenaways (problemi in questo senso sono stati sollevati soprattutto dalla Regione Lombardia)”*, nonché *“quesiti di carattere tariffario e relativamente ai diritti di accesso da corrispondere a carico dell’IF Arenaways”*¹⁷⁴.

In particolare, a differenza delle contestazioni presenti negli addebiti, per le Regioni alcune *“problematiche erano tutt’altro che risolte atteso che: la Regione Piemonte aveva espresso un generico favore all’ingresso di AW, ma aveva richiesto una specifica condizione [...] di natura tariffaria, invitando tutti i soggetti, ognuno per quanto di competenza, a volersi esprimere assumendo le determinazioni necessarie e consequenziali”*; la Regione Lombardia rilevava, a distanza di 5 mesi dalla richiesta di RFI, che il livello tariffario di AW era effettivamente suscettibile di incidere sulle condizioni di accesso al mercato (livelli di prezzo eguali o superiori agli IC di Trenitalia), e richiedeva al Gestore che le tracce di AW non interferissero con il Passante di Milano e le cd. Linee S”¹⁷⁵.

202. Con specifico riferimento alle questioni sollevate dalla Regione Lombardia, nel corso del procedimento la Regione ha chiarito che si trattava esclusivamente di questioni inerenti la possibile interferenza delle tracce richieste da Arenaways con quelle necessarie a soddisfare la programmazione regionale definita nel CdS, questioni che solo il gestore della rete avrebbe dovuto affrontare e risolvere nei tempi e con i modi previsti dalla normativa (tra cui, in particolare, la procedura di coordinamento); ed infatti, dal momento in cui è stata risolta *“la questione del passante”* (luglio 2008), la Regione Lombardia *“si è espressa positivamente, non riscontrando interferenze, in termini di tracce, tra i servizi offerti da Arenaways e quelli previsti dal proprio contratto”*¹⁷⁶.

203. Quanto alla Regione Piemonte, quest’ultima, in sede di audizione ha affermato che *“con riferimento alla consultazione di RFI, la Regione*

¹⁷³ Doc..5.374.

¹⁷⁴ Docc. 4.211, 6.477 e 6.498, allegato 3.

¹⁷⁵ Doc. 6.498, allegato 3.

¹⁷⁶ Doc. 5.371.

*Piemonte ha sempre espresso una posizione favorevole all'ingresso di Arenaways, dando il suo parere positivo sin dal 2008" e che "la posizione favorevole sulla vicenda Arenaways era stata già espressa sin dall'agosto 2008 e più volte confermata"*¹⁷⁷.

204. Quanto alle questioni di carattere tariffario ed alle eventuali *royalty*, il MIT-DGTF in sede di audizione ha dichiarato che a suo avviso tali questioni "non sono di competenza del gestore della rete" e che quest'ultimo "ben potrebbe procedere all'assegnazione delle tracce non appena ricevute le informazioni necessarie dalle Regioni interessate". In ogni caso, a detta del MIT-DGTF, "eventuali valutazioni diverse da quelle relative all'assegnazione delle tracce potrebbero essere svolte comunque in parallelo, senza condizionare le decisioni in materia di capacità da parte di RFI"¹⁷⁸.

Questo perchè, secondo il MIT-DGTF, al gestore della rete "compete solo l'assegnazione di capacità a prescindere dalla valutazione di problematiche di altra natura. Ciò peraltro dovrebbe essere nell'interesse dello stesso gestore che agisce nella duplice veste di concessionario dell'infrastruttura ferroviaria nazionale e di imprenditore e ha dunque come obiettivo la valorizzazione dell'infrastruttura grazie a un'assegnazione tempestiva delle tracce, per le quali percepisce un corrispettivo economico"¹⁷⁹.

2.4 L'assegnazione delle tracce e le ripercussioni della richiesta di Arenaways sull'equilibrio economico dei contratti di servizio

205. A detta di RFI, oltre alla natura del servizio ed alle questioni di carattere tariffario, un'ulteriore problematica che ostacolava il processo di assegnazione delle tracce era quella legata alle "ripercussioni della richiesta di accesso di Arenaways sull'equilibrio economico dei contratti di servizio in ragione dei quali vengono svolti i servizi di trasporto ferroviario sussidiati".

In quest'ottica andrebbe letta la scelta, secondo RFI assolutamente legittima - successivamente all'entrata in vigore dell'art. 59 della legge n. 99/2009 -, di chiedere all'URSF di esprimersi "in merito all'eventuale interferenza dei servizi di AW con quelli oggetto di contratto di servizio pubblico regionale"¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Doc. 5.368.

¹⁷⁸ Doc. 5.374.

¹⁷⁹ Doc. 5.374.

¹⁸⁰ Doc. 6.477.

206. Sul punto, il MIT-DGT in corso di audizione ha sostenuto che eventuali problemi di natura economica legati all'interferenza dell'offerta di Arenaways con i servizi regionali sovvenzionati non sono di competenza del gestore della rete; ciò in quanto *“quest'ultimo ben potrebbe procedere all'assegnazione delle tracce non appena ricevute le informazioni necessarie dalle Regioni interessate”*¹⁸¹.

207. Con riferimento a tale questione, la Regione Piemonte in sede di audizione ha affermato di avere *“sempre espresso una posizione favorevole all'ingresso di Arenaways, dando il suo parere positivo sin dal 2008”*¹⁸².

208. Analogamente, la Regione Lombardia ha affermato che, pur non disponendo di dati precisi, l'impatto dei servizi richiesti da Arenaways sull'equilibrio economico dei contratti di servizio *“sembrava decisamente contenuto”*; più specificamente, la Regione ha affermato che, date le ridotte dimensioni di Arenaways, rispetto al rilevante valore (dell'ordine di centinaia di milioni di euro) dei CdS coinvolti, era improbabile che vi fosse un apprezzabile effetto di compromissione¹⁸³.

2.5 L'imputabilità del ritardo nell'assegnazione delle tracce ad Arenaways

209. RFI ha affermato che *“se Arenaways non è entrata nel mercato nei tempi da essa prefigurati è solo per carenze proprie dell'impresa ferroviaria e del tutto estranee ai comportamenti del Gestore”*.

Più in dettaglio, il gestore, dopo aver ricordato i requisiti che ciascun operatore deve possedere per accedere all'infrastruttura ferroviaria (e cioè, licenza, titolo autorizzatorio e certificato di sicurezza), ha eccepito che Arenaways non avrebbe mai potuto sottoscrivere il contratto di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, avendo conseguito il certificato di sicurezza solo nel mese di marzo 2010¹⁸⁴.

210. Inoltre, secondo RFI, Arenaways aveva *“carenze ..in termini di pianificazione e disponibilità di input produttivi essenziali per l'operatività*

¹⁸¹ Doc. 5.374.

¹⁸² Doc. 5.368.

¹⁸³ A ulteriore riprova delle scarse possibilità di compromissione dei CdS connesse con l'ingresso di Arenaways la Regione Lombardia ha sottolineato come *“l'eventuale impatto dell'ingresso di Arenaways era talmente modesto, che l'analisi di compromissione rischiava di essere esposta ad un elevato rischio di errore dovuto all'oscillazione statistica delle variabili. Infatti le eventuali riduzioni della domanda dei servizi offerti da Trenitalia, a seguito dell'ingresso di Arenaways, comunque contenute dato il basso numero di treni/km chiesti da Arenaways, potevano anche essere confuse con le riduzioni determinate da altre variabili (oscillazioni stagionali dei passeggeri, eventi esogeni ovvero ricorso ai mezzi privati)”*.

¹⁸⁴ Docc. 6.477 e 6.498, allegato 3.

[che] non avrebbero comunque consentito all'IF l'accesso al mercato secondo la tempistica originariamente prefigurata"; pertanto, è solo "in ragione di tali carenze e dell'impossibilità intrinseca di conseguire l'accesso al mercato secondo la tempistica prefigurata che si spiegano i continui slittamenti dell'inizio attività e il comportamento inerte e silente di AW durante il processo di consultazione".

In particolare, a detta di RFI, Arenaways non disponeva del materiale rotabile necessario anche qualora fosse stato sottoscritto il contratto di utilizzo della rete con il gestore¹⁸⁵.

211. Infine, secondo RFI, Arenaways sarebbe rimasta assolutamente inerte rispetto al processo di consultazione virtuosamente avviato.

212. Quanto al possesso dei requisiti richiesti *ex lege*, Arenaways ha affermato che "con errore non scusabile da parte di un gestore della rete che sia veramente *super partes*", RFI non avrebbe considerato che "sin dall'agosto 2009 ... AW disponeva del certificato di sicurezza (n. 28/2009) valido per i servizi di trasporto passeggeri espletati sulle linee interessate dalle proprie richieste di tracce e, dunque, era perfettamente in condizione di completare il processo di allocazione delle tracce richieste ad aprile 2008, per l'orario di servizio 2009".

213. Quanto alle obiezioni sollevate in merito all'asserita assenza di "input produttivi essenziali per l'operatività", Arenaways ha dichiarato che "ogni osservazione di R.F.I. relativa al materiale rotabile ed all'immatricolazione delle carrozze è capziosa e priva di pregio, in quanto i relativi tempi sono stati dettati dai comportamenti di R.F.I. Visti i ritardi che stava subendo, sarebbe stato davvero imprudente per AW – la quale già ha dovuto problematicamente adeguare le proprie scelte industriali ai comportamenti, iniziative e ostacoli di R.F.I. – immobilizzare il materiale ancora prima di conoscere da parte di R.F.I. il progetto orario e le sue caratteristiche. Ed infatti non appena ha potuto disporre di un progetto accettabile ha immediatamente provveduto a conseguire l'ammissione tecnica ed immatricolazione del materiale relativo (con complessa organizzazione dell'avvio del servizio, sconvolto poi dalla decisione dell'URSF che ha escluso tutte le fermate intermedie)"¹⁸⁶.

In conclusione, "nulla ostava all'assegnazione delle tracce richieste da AW, nei tempi e con le modalità previsti dal PIR, disponendo quest'ultima dei requisiti necessari per accedere all'infrastruttura in tempi coerenti con le

¹⁸⁵ Docc. 6.477 e 6.498, allegato 3.

¹⁸⁶ Doc. 6.498, allegato 4.

sue richieste”¹⁸⁷.

214. Quanto infine alla presunta inerzia nel processo di consultazione, Arenaways ha dichiarato che le evidenze in atti testimoniano il contrario. In ogni caso, *“se da un lato, ovviamente, AW non poteva che rimettersi con fiducia al Gestore, dall’altro, quando tempistiche e atteggiamenti sono diventati inconciliabili con le previsioni normative e con l’avvio del proprio progetto, ha proposto le sue lamentele e ha comunque dovuto subire da parte di R.F.I. un chiaro comportamento dilatorio ed escludente nei propri confronti”*; peraltro, *“anche le informative di R.F.I. ad AW sono state del tutto sporadiche e formali e men che meno tese a coinvolgerla nel pur surrettizio processo di consultazione che nel frattempo [il gestore] aveva ritenuto di instaurare con le Regioni ... ulteriormente appesantito dall’estensione (arbitraria e non dovuta) [della corrispondenza con i vari soggetti istituzionali coinvolti] a Trenitalia”*¹⁸⁸.

2.6. L’assenza di gravità delle condotte del gestore

215. RFI ha infine eccepito che non ricorrono i presupposti per un ipotetico trattamento sanzionatorio. In particolare, anche a voler ritenere che ricorrano le condizioni *“per attribuire ad RFI responsabilità rilevanti [...] non è possibile qualificare le supposte violazioni alla stregua di infrazioni gravi, con la conseguenza che alcuna sanzione potrebbe essere prefigurata nei confronti del Gestore, ovvero tutt’al più sarebbe ipotizzabile una sanzione simbolica”*; ciò in quanto i ritardi nell’accesso al mercato di AW non sono dipesi dai comportamenti di RFI, ma piuttosto da carenze organizzative e di pianificazione proprie dell’impresa ferroviaria¹⁸⁹.

3. LA POSIZIONE DI TRENITALIA

216. La difesa di Trenitalia si è principalmente incentrata sulle seguenti eccezioni.

In primo luogo, nel caso di specie sarebbero assenti i presupposti per l’applicazione dell’art. 102 del TFUE, in quanto: i) ci sarebbe stata un’indebita ingerenza nella sfera di competenza dell’organismo di Regolazione; ii) i contributi forniti da Trenitalia sarebbero stati completi e idonei a consentire all’URSF di condurre la sua analisi, mentre l’analisi degli

¹⁸⁷ Doc. 6.498, allegato 4.

¹⁸⁸ Doc. 6.498, allegato 4.

¹⁸⁹ Doc. 6.477.

Uffici sarebbe viziata da errori fattuali e tecnico/economici, nonché dall'obliterazione di circostanze di fatto essenziali; ii) sarebbero state travisate le finalità dell'art. 59 della Legge n. 99/2009.

In secondo luogo, vi sarebbe un'erronea definizione ed analisi dei mercati rilevanti.

Infine, Trenitalia contesta l'inidoneità dei comportamenti contestati a produrre effetti nel procedimento di riesame, oltre che l'assenza di gravità dei comportamenti stessi.

3.1. L'assenza dei presupposti per l'applicabilità dell'art. 102 TFUE

3.1.1 L'indebita ingerenza nella sfera dell'URSF

217. Trenitalia ha eccepito che mancherebbero, nel caso di specie, i presupposti per poter applicare l'art. 102 TFUE, e che, al più, qualora le condotte della società fossero scrutinabili ai sensi della citata norma, esse rientrerebbero nell'ambito delle fattispecie di "abuso di procedura amministrativa" di cui anche al caso AstraZeneca.

Tuttavia, secondo tale caso, solo in situazioni eccezionali le interlocuzioni procedimentali fra imprese dominanti e pubblica amministrazione sono suscettibili di rientrare nell'alveo dell'art. 102, che non dovrebbe mai essere applicato "*per sindacare modalità di partecipazione di un'impresa dominante ad un'indagine condotta da un regolatore di settore*", qual è la fattispecie oggetto di analisi, pena uno straripamento di potere ed un'illegittima invasione nella sfera di competenza dell'URSF.

Pertanto, negli addebiti contestati a Trenitalia, l'Autorità si sarebbe indebitamente sostituita al Regolatore, unico soggetto competente a poter decidere, nell'esercizio dei propri poteri, come impostare le proprie istruttorie¹⁹⁰.

218. Ciò premesso, secondo Trenitalia, non sarebbe pertinente il richiamo al precedente Astrazeneca, poiché difetterebbero nel caso di specie le condizioni previste dalla citata pronuncia e cioè i) una discrezionalità limitata dell'amministrazione, e ii) un'oggettiva ingannevolezza della rappresentazione fornita.

¹⁹⁰ Docc. 6.396, 6.478 e 6.498, allegato 5.

a) Erronea applicazione del precedente Astrazeneca: l'assenza di discrezionalità limitata dell'Amministrazione

219. Quanto all'assenza di una discrezionalità limitata da parte del Regolatore, Trenitalia ha ricordato che l'URSF è un organismo dotato di discrezionalità piena, avendo *ex lege* specifici compiti e precipe funzioni.

220. Sul punto si evidenzia che l'URSF, in sede di audizione in data 24 ottobre 2011, ha dichiarato di essere *“una struttura ... che dispone di poteri di indagine limitati e di conseguenza lavora solo per acta ... per poter svolgere l'analisi di compromissione ai sensi dell'art. 59 ... l'Organismo è vincolato alla disponibilità delle amministrazioni regionali a produrre le informazioni richieste e ai dati forniti dall'incumbent e ... effettuare una verifica della autenticità dei dati forniti è un lavoro impossibile. [...] in tale situazione, solo laddove vi siano delle inesattezze o incongruenze macroscopiche nei dati forniti, l'URSF è in grado di coglierle e di tenerne adeguatamente conto nella propria decisione”*¹⁹¹.

b) Erronea applicazione del precedente Astrazeneca: l'assenza di ingannevolezza nella rappresentazione dei fatti fornita all'URSF

221. Quanto alla seconda delle condizioni previste per l'applicabilità del caso Astrazeneca, Trenitalia ha contestato di aver fornito informazioni poco trasparenti e fortemente ingannevoli al Regolatore ed ha sostenuto di avere anzi adottato un approccio trasparente nel rappresentare all'URSF la propria visione dei fatti e del contesto normativo di riferimento, fornendo al Regolatore, in assoluta buona fede, tutte le informazioni necessarie per poter effettuare le proprie valutazioni.

Nel complesso, pertanto, la documentazione in atti testimonierebbe che i contributi forniti da Trenitalia erano completi, congrui con i parametri regolamentari e idonei a consentire all'URSF di condurre la sua analisi, tant'è che il Regolatore non ha chiesto né chiarimenti né informazioni supplementari ed ha inoltre ribadito la propria posizione in ben due decisioni.

222. In particolare, la società ha affermato come l'approccio seguito, consistente nell'effettuare un'analisi di impatto per linea e non per contratto, sia l'unico percorribile, tant'è che la società *“si è riservata di valutare opportune iniziative giudiziali ove, a livello amministrativo, si fosse*

¹⁹¹ Doc. 5.375.

affermata la diversa interpretazione secondo cui l'erosione del 50% dell'utile va calcolata sull'intero contratto di servizio”.

Quanto all'adozione del modello contrattuale a catalogo, a detta della società tale modello *“consente una rappresentazione contabile più realistica e trasparente rispetto al precedente modello contrattuale a treno/km”*; posto che tutti i contratti di servizio di Trenitalia sono, ormai, a catalogo (incluso il nuovo contratto di servizio del Piemonte), l'unica rappresentazione possibile al regolatore era quella dei corrispettivi calcolati con il metodo a catalogo.

223. Ciò premesso, Trenitalia ha eccepito di non aver mai nascosto nelle relazioni presentate all'URSF che dal profitto dovesse essere integralmente detratto il costo del capitale investito né che i dati utilizzati erano quelli dello stipulando CdS a catalogo della Regione Piemonte; secondo Trenitalia, l'URSF, *“ben lungi dall'essere stato tratto in errore [...] ha perfettamente compreso e condiviso la composizione e collocazione della voce costo del ‘capitale investito’ [...e...] non ha mai fondato le proprie decisioni sul presupposto che Trenitalia avesse fornito dati di costo ‘pre-catalogo’ anziché dati di costo ‘computati sulla base del catalogo’”*; e ciò *“nonostante gli incessanti tentativi degli Uffici di sostituirsi al regolatore e di ottenere nei verbali di audizione ammissioni circa presunti errori decisivi di valutazione indotti”* da Trenitalia¹⁹².

Proprio la circostanza che l'Autorità *antitrust* sia stata in grado di evidenziare le criticità, a suo dire, insite nella prospettazione dei dati forniti da Trenitalia, dimostrerebbe l'inidoneità del comportamento di Trenitalia ad indurre in errore il Regolatore.

A riprova della correttezza della rappresentazione dei dati all'URSF, la società ha richiamato una circolare diramata in data 30 marzo 2012 dall'URSF, nella quale il citato Organismo ha fornito un'interpretazione autentica del DD 203/1/URSF, contestando all'Autorità di non averne tenuto conto in sede di redazione degli addebiti.

224. Con riguardo, alla tipologia di analisi condotta da Trenitalia e, in particolare alla scelta di valutare l'eventuale compromissione dell'equilibrio economico a livello di singola linea, tutti i soggetti coinvolti nella vicenda Arenaways (MIT-DGTF e Regioni) hanno invece sostenuto che l'analisi di compromissione deve essere fatta sull'intero contratto di servizio¹⁹³.

225. In merito poi al calcolo dei corrispettivi dovuti dalle Regioni sulla base della contabilità a catalogo, si richiamano le affermazioni della Regione

¹⁹² Doc. 6.498, allegato 5.

¹⁹³ Docc. 5.374, 5.368 e 5.371.

Lombardia nel corso del procedimento sulle problematiche insite in tale modalità di contabilizzazione, che evidenziano che con il catalogo potrebbe essere sufficiente perdere anche un solo passeggero per soddisfare il criterio previsto dall'URSF per accertare la compromissione dell'equilibrio. In particolare, secondo la Regione *“l'algoritmo per attribuire alle varie voci di costo il valore riconosciuto nel catalogo è stato sviluppato e tarato da Trenitalia su base nazionale, inclusivo del margine per l'impresa e, benché migliorativo rispetto al passato, utilizza inevitabilmente valori almeno in parte semplificati/convenzionali e identici per tutte le regioni. Poiché il margine/utile per l'impresa è incluso nell'ammontare del corrispettivo, la differenza tra ricavi più corrispettivi e costi non può che dare un valore prossimo a zero”*. Pertanto *“tale metodologia non appare idonea ad essere impiegata per il calcolo della compromissione dell'equilibrio economico secondo il decreto dirigenziale URSF del maggio 2010”*¹⁹⁴.

c) la posizione dell'URSF sui dati forniti da Trenitalia

226. Con riferimento all'affermazione di Trenitalia sulla trasparenza e completezza dei dati forniti, l'URSF, nel corso della prima audizione con gli Uffici del 24 ottobre 2011, ha evidenziato la rilevante posizione di asimmetria informativa in cui versa.

In particolare, a detta del regolatore, i *“dati forniti dall'incumbent, [...] a volte non sono di agevole interpretazione”*; pertanto, *“solo laddove vi siano delle inesattezze o incongruenze macroscopiche nei dati forniti, l'URSF è in grado di coglierle e di tenerne adeguatamente conto nella propria decisione”* (enfasi aggiunta)¹⁹⁵.

227. La posizione dell'URSF è stata meglio chiarita nel corso di una seconda audizione tenutasi in data 30 marzo 2012¹⁹⁶.

In tale occasione il regolatore, anche alla luce delle informazioni fornite in data 15 marzo 2012¹⁹⁷, ha spiegato che nell'analisi di compromissione dell'equilibrio economico relativa all'ingresso di Arenaways *“nei costi sono*

¹⁹⁴ Doc. 5.371, enfasi aggiunta.

¹⁹⁵ Doc. 5.375.

¹⁹⁶ Doc. 6.436.

¹⁹⁷ Doc. 6.431. In particolare, nel documento il regolatore evidenzia che: 1) in primo luogo appaiono risolti gli eventuali dubbi relativi alla remunerazione del capitale investito: l'IF Tenitalia S.p.A. ha infatti applicato quanto stabilito dal NARS nel parere dell'11 novembre 2002; 2) l'analisi sviluppata dall'IF Tenitalia S.p.A. a livello di intero contratto di servizio, anziché “di linea e di bacino” come prospettato dall'IF stessa nella relazione fornita a quest'Ufficio il 5 agosto 2010 nell'ambito del procedimento ex art. 59, comma 3 della legge n. 99(2009 ed assunta a base della Decisione URSF n. Decisione n. 589 del 9/1/2010, evidenzia – come peraltro era prevedibile – una realtà ben più compromessa in termini di sbilancio costi-ricavi”.

stati correttamente computati solo gli oneri finanziari, come previsto dal Decreto Dirigenziale ... Tuttavia, una volta calcolato l'utile, da esso sarebbe stata poi sottratta l'altra componente del 'costo del capitale investito', quella relativa alla remunerazione del capitale di rischio, considerata una sorta di remunerazione dovuta all'operatore Trenitalia al fine di incentivare un corretto livello degli investimenti" (enfasi aggiunta). L'analisi del regolatore sarebbe stata fatta però sulla base del presupposto che i dati di costo relativi all'offerta dei servizi di trasporto ferroviario sulla linea/bacino di riferimento fossero stati calcolati in un contesto pre-catalogo, in quanto *"all'epoca della valutazione, il Piemonte non aveva ancora firmato il Contratto di Servizio con Trenitalia"*. Il regolatore ha riconosciuto che, alla luce del fatto che l'art. 6 del D.D. 203/1/URSF elenca tra le voci di costo solo gli oneri finanziari, *"sarebbe stato molto più corretto esplicitare tale ragionamento e rendere trasparenti le componenti non rientranti nell'utile di esercizio"*.

L'URSF, tuttavia, preso atto nel corso dell'audizione che i dati di costo forniti da Trenitalia ai fini dell'analisi di compromissione sono stati computati sulla base del catalogo, ha convenuto che *"la contabilità a catalogo e il 'costo del capitale investito', ove simultaneamente considerati, pongono dei problemi metodologici"*. Ha dichiarato, d'altra parte, che *"Trenitalia ha inviato solo costi aggregati e, soprattutto, non ha fornito il 'catalogo'"*¹⁹⁸. A ciò si aggiunga che le Regioni, che pure erano parti direttamente interessate, non hanno fornito né il Contratto di Servizio né la valorizzazione 'a catalogo', rendendo il lavoro del suo ufficio quanto meno difficile e basato su un set informativo aggregato e privo di dettaglio ... tali elementi saranno certamente considerati nelle valutazioni future, a condizione che gli Enti interessati trasmettano effettivamente le informazioni necessarie".

3.1.2 Gli errori e le incongruenze dell'analisi condotta dagli Uffici

228. Infine, Trenitalia ha eccepito che se la rappresentazione fornita da Trenitalia all'URSF era *"certamente plausibile e corretta nella sostanza"* quella effettuata dagli Uffici sarebbe, all'opposto, *"viziata da consistenti*

¹⁹⁸ In merito alla scelta di utilizzare i dati a catalogo, nella relazione all'URSF Trenitalia si limita ad indicare che *"per quanto concerne la Regione Piemonte – atteso che il contratto precedentemente in essere è venuto a scadere il 31 dicembre 2007 con proroga a tutto il 2008, mentre quello a valere dal 2009 è tutt'ora in corso di negoziazione con la regione Piemonte – si fa riferimento ai dati che, ad avviso di Trenitalia, dovranno trovare definitiva collocazione nel contratto in via di definizione, secondo una stima peraltro prudentiale ai fini della valutazione di codesto Ufficio"* (Doc. 3.140).

errori ed incongruenze”.

229. In primo luogo, secondo Trenitalia, il passaggio al sistema di calcolo dei corrispettivi sulla base del catalogo non rappresenterebbe un obiettivo trasferimento del rischio da Trenitalia alla Regione: se è vero, infatti, che la contabilità a catalogo ha permesso di mitigare la situazione strutturale di squilibrio economico in cui si trovava la società, non avrebbe ridotto i rischi di possibili mutamenti del quadro regolatorio e normativo, soprattutto in relazione ai trasferimenti delle risorse dallo Stato alle Regioni né di aumento dei costi dovuti a fattori esogeni.

230. In secondo luogo, Trenitalia contesta la scelta dei dati di partenza rispetto ai quali è formulata l'analisi controfattuale degli Uffici, in particolare: 1) l'inclusione nell'utile del “costo del capitale investito” al netto degli oneri finanziari, in quanto tale metodologia limiterebbe il valore degli investimenti di TI al mero acquisto di nuovi rotabili e non al complessivo Capitale Investito Netto dell'azienda riconducibile al mercato di riferimento; 2) il numero di treni che Arenaways avrebbe operato sulla linea Torino-Milano, che risulterebbe di gran lunga più contenuto rispetto alle informazioni a disposizione di Trenitalia all'epoca del primo procedimento URSF, ricavate sulla base della prima richiesta di tracce orarie formulata da Arenaways all'URSF e da notizie di stampa diffuse dalla stessa società.

231. Al riguardo Arenaways ha evidenziato che *“la relazione di Trenitalia avrebbe dovuto limitarsi ad indicare ... quale fosse l'equilibrio economico del contratto di servizio e quale la sua compromissione, vale a dire il traffico contendibile. Ciò senza entrare nel merito di dati relativi all'offerta AW, di cui non era in possesso se non in modo imparziale, frammentario e provvisorio”*. Peraltro, le tracce ancora nell'estate 2010 avevano subito variazioni.

3.1.3 Il travisamento delle finalità dell'art. 59

232. Infine, a detta di Trenitalia, vi sarebbe stato, nel caso di specie, un travisamento della finalità dell'art. 59 della Legge n. 99/2009, il cui obiettivo principale sarebbe quello di tutelare i servizi di trasporto pubblico ferroviario di interesse generale¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Docc. 6.478 e 6.498, allegato 5.

3.2 *L'erronea definizione ed analisi dei mercati rilevanti*

233. Trenitalia ha contestato la definizione del mercato rilevante presente nella Comunicazione delle risultanze istruttorie.

In particolare, a detta della parte, la CRI erroneamente includerebbe nello stesso mercato rilevante sia i treni regionali che i treni a media/lunga percorrenza, nonostante le profonde differenze in termini di prezzi, tempi di percorrenza, numero di fermate e copertura oraria, nonché di utenza che domanda il servizio (pendolari *price-sensitive*).

234. Inoltre, secondo la società, l'ingresso di Arenaways riguardava unicamente i servizi di trasporto regionale passeggeri, che sono offerti da Trenitalia non con logiche commerciali, ma come affidataria di un servizio pubblico le cui caratteristiche (prezzi e quantità) sono definite nell'ambito di Contratti di Servizio.

235. Al riguardo, in audizione il Regolatore, su esplicita domanda degli Uffici, ha affermato che “... *i servizi Arenaways avevano caratteristiche che li rendevano di fatto sostituibili con i servizi regionali, in quanto rivolti agli stessi utenti.*

Ciò stando alle informazioni a disposizione dell'URSF in merito alle tracce e alle caratteristiche del materiale rotabile. Inoltre, per quanto riguarda i prezzi ... l'URSF non disponeva delle informazioni necessarie per una valutazione completa, poiché nel caso di Arenaways ciò che conta per stabilirne il grado di sostituibilità con i servizi regionali è il prezzo degli abbonamenti (non noto all'URSF) e non il prezzo dei singoli biglietti....

In ogni caso si può rintracciare una sostituibilità con gli Intercity nella misura in cui anche gli Intercity costituiscono un'alternativa per i pendolari

...

... anche i treni “di mercato” di Trenitalia (es. Intercity) possono essere utilizzati dai pendolari; a tal fine, alcune Regioni hanno stipulato una convenzione con Trenitalia che consente ai pendolari, titolari di abbonamento per i servizi regionali oggetto di contratto di servizio pubblico, di utilizzare gli Intercity o altri treni di mercato di Trenitalia che fanno fermate anche in stazioni in cui fermano i treni regionali propriamente detti”²⁰⁰.

Si rinvia, inoltre, a quanto affermato dalle Regioni Piemonte e Lombardia nella sezione VI.3.2.

²⁰⁰ Doc. 5.375.

3.3 L'inidoneità a produrre effetti dei presunti ritardi nel procedimento di riesame

236. Quanto all'imputazione a Trenitalia di comportamenti ostruzionistici nell'ambito del procedimento di riesame, la società ha affermato la sostanziale congruità della tempistica delle risposte di Trenitalia, anche rispetto a quella degli altri soggetti coinvolti e che, poiché l'URSF ha comunque confermato pienamente la decisione precedente, anche se vi fossero stati dei ritardi attribuibili a Trenitalia, i suddetti comportamenti sarebbero stati inidonei a produrre effetti.

3.4 Assenza di gravità dei comportamenti contestati

237. Trenitalia, infine, ha eccepito l'assenza dei presupposti per l'irrogazione della sanzione sia per la natura delle condotte contestate che per il contesto normativo di riferimento, ancora incerto e lacunoso. In particolare, a detta della Società: i) non vi sarebbe agli atti alcun documento in grado di provare contatti tra FS, RFI e Trenitalia al fine di definire una posizione "comune" rispetto all'ingresso del *new entrant*; ii) le limitazioni al nuovo entrante sono state imposte dal Regolatore e, infine, iii) la fattispecie sarebbe nuova e complessa.

VII. VALUTAZIONI

1. PREMESSA

238. La presente istruttoria è stata avviata al fine di verificare la sussistenza di comportamenti restrittivi della concorrenza, *sub specie* di abuso di posizione dominante, in violazione dell'art. 102 del TFUE, adottati da FS - attraverso le società controllate RFI e Trenitalia - volti ad ostacolare e, in ultima analisi, ad impedire l'ingresso di Arenaways nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri.

239. Gli elementi probatori acquisiti nel corso del procedimento, sopra dettagliatamente descritti, confermano le ipotesi alla base dell'avvio dell'istruttoria e della successiva estensione in merito alla natura abusiva delle condotte poste in essere dalle menzionate società.

240. Tale documentazione, infatti, dimostra l'esistenza di una complessa e unitaria strategia del gruppo FS, realizzata per il tramite di RFI e di

Trenitalia, così articolata:

- RFI ha adottato comportamenti ingiustificatamente dilatori rispetto alla richiesta di assegnazione delle tracce avanzata da Arenaways, che hanno portato ad un ritardo di oltre 18 mesi nel consentire l'accesso ad un'infrastruttura essenziale. Tali comportamenti sono peraltro opposti a quelli riscontrati nei casi in cui le tracce sono state richieste a RFI dall'impresa ferroviaria *incumbent*, sullo stesso percorso e sempre per treni commerciali;

- Trenitalia ha fornito all'URSF, nell'ambito dei procedimenti *ex art. 59*, una rappresentazione dei fatti non corretta, concretamente idonea ad indurre in errore il regolatore, al fine di orientarne la decisione a proprio favore ed ostacolare così l'ingresso di Arenaways nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri.

Nell'ambito della propria strategia escludente la società ha altresì svolto un'intensa attività finalizzata ad influenzare a proprio vantaggio le posizioni di tutti gli altri soggetti coinvolti da RFI nella vicenda Arenaways, sostenendo la natura regionale dei servizi prospettati dal concorrente al fine di inibirne l'accesso al mercato del trasporto regionale di passeggeri.

Sempre nell'ambito di tale strategia va letto il tentativo di Trenitalia di sottrarre domanda ad Arenaways, variando con frequenza e, in sostanza, aumentando la propria offerta sulla tratta Torino-Milano sia di servizi commerciali che, dal 2010, sussidiati. La presenza sulle tratte interessate di treni commerciali operati dalla stessa Trenitalia, senza che si ponesse il problema della compromissione dell'equilibrio dei CdS, offre un'importante conferma della strumentalità delle condotte poste in essere da RFI e Trenitalia.

2. ECCEZIONI PRELIMINARI

241. In via preliminare si ritiene necessario rispondere a talune obiezioni sollevate dalle parti in corso di procedura relative: 1) alla violazione dei diritti di difesa per mancato accesso a taluni atti del fascicolo istruttorio; 2) alla mancata indicazione, in sede di estensione soggettiva della procedura, dell'esatto perimetro delle contestazioni mosse; 3) all'imputabilità ad FS delle attività delle proprie controllate RFI e Trenitalia.

2.1 Sulla violazione dei diritti di difesa

242. Quanto alla presunta violazione dei diritti di difesa per mancato accesso a due atti del fascicolo istruttorio, preme anzitutto ricordare che - in conformità al consolidato orientamento giurisprudenziale - il principio della “*parità delle armi*” postula l’esigenza di contemperare il diritto all’accesso al fascicolo invocato nella specie da RFI e Trenitalia con l’esigenza di salvaguardare il diritto di Arenaways a tutelare i propri segreti commerciali. Nel bilanciamento tra contrapposti interessi, dunque, il diritto di accesso non prevale sempre sulle esigenze di riservatezza e non attribuisce in capo all’interessato “*un indiscriminato potere di conoscenza e/o di riproduzione del fascicolo detenuto dall’Autorità*”, ma implica che alle parti sia consentito “*di conoscere il contenuto dell’intero fascicolo ... e che la segretezza sia limitata alle cd. parti sensibili dei documenti...*”²⁰¹.

243. Tanto premesso, si osserva che alle parti è stato consentito di accedere in più occasioni ai numerosi atti del fascicolo istruttorio e le stesse hanno estratto copia di tutti i documenti ivi presenti, ad eccezione di quelli contenenti informazioni sensibili. E ciò è quanto si è puntualmente verificato anche con particolare riferimento al *business plan* 2008-2012 di Arenaways, la cui segretezza, ex art. 13 del D.P.R. n. 217/98, è stata limitata alle sole parti sensibili di tale documento; per converso - proprio al fine di garantire un equo contraddittorio tra le parti ed il pieno esercizio dei diritti di difesa - sono state rese accessibili talune informazioni indispensabili ai fini delle contestazioni sollevate nella CRI, relative alle caratteristiche dell’offerta di Arenaways (in termini di servizi e prezzi che la stessa intendeva praticare).

244. Le sole informazioni sottratte all’accesso erano e rimangono sensibili, a differenza di quanto eccepito dalle parti, poiché attengono alla strategia commerciale di Arenaways; del resto, la stessa società aveva formulato istanza di riservatezza in corso di procedura, reiterandola da ultimo a seguito delle insistenti richieste di accesso formulate dalle parti, in data 13 giugno 2012. Basti richiamare, a conferma della natura sensibile e non storica dei dati sottratti all’accesso, le affermazioni di Arenaways, secondo la quale “*i medesimi contengono fondamentali dati sensibili e attinenti alla struttura e alle strategie dell’azienda, il cui eventuale disvelamento costituirebbe grave nocumento alla tutela delle proprie azioni e grave danno commerciale per l’attività del ramo d’azienda ceduto. Sotto il profilo dell’interesse si sottolinea che il Fallimento è tuttora creditore di gran parte della somma*

²⁰¹ Cfr., ex multis, sentenza TAR 8016/2010 del 22 aprile 2010.

dovuta dalla cessionaria per l'acquisto del ramo d'azienda (conseguentemente il mantenimento in bonis dell'azienda ceduta è condizione sine qua non per il soddisfacimento del credito fallimentare) ed è rimasto titolare delle azioni e dei diritti di credito da esse derivanti"²⁰².

245. Né può essere accolta l'eccezione di RFI secondo la quale la conoscenza del *business plan* richiamato sarebbe risultata necessaria per ricostruire la tempistica di accesso al mercato di Arenaways e dunque confutare il supposto abuso dilatorio imputato al gestore della rete.

Valga al riguardo ricordare che il documento in questione si riferisce ad un periodo precedente a quello in cui Arenaways aveva chiesto il rilascio delle tracce, essendo stato predisposto nel corso del 2007; inoltre, esso riguardava una valutazione prospettica dell'attività che il nuovo entrante intendeva svolgere. Pertanto la conoscenza di tale documento era del tutto irrilevante ai fini dell'esercizio del diritto di difesa della parte.

Nel merito, inoltre, come documentato in atti - e come peraltro noto alla stessa RFI - la richiesta ed il rilascio delle tracce di norma avvengono nel corso dell'anno precedente a quello di utilizzo; posto, quindi, che la prima richiesta di tracce da parte di Arenaways è stata formulata, senza esito, l'11 aprile 2008, la stessa non poteva che riguardare l'orario di servizio 2009/2010. E tale dato era nella piena disponibilità del gestore, nella misura in cui - ad esito della prima richiesta di accesso di Arenaways - ha poi indetto una procedura di consultazione con le Regioni e numerosi soggetti istituzionali²⁰³.

246. Alla luce delle precedenti considerazioni appare, pertanto, priva di pregio l'eccezione sollevata dalle parti in merito alla violazione dei diritti di difesa per mancato accesso ad alcuni atti del fascicolo istruttorio.

2.2 Sul perimetro delle contestazioni in sede di estensione soggettiva

247. Quanto poi all'eccezione di Trenitalia in merito alla violazione dei diritti di difesa per mancata indicazione del perimetro delle condotte contestate in sede di estensione soggettiva, si osserva quanto segue.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla società, il provvedimento di estensione soggettiva della procedura istruttoria adottato in data 22 settembre 2011 dava chiaramente conto delle contestazioni nei confronti di Trenitalia: infatti, nelle sezioni antecedenti la delibera di estensione si legge che

²⁰² Doc. 6.480.

²⁰³ Doc. 2.56.

“Trenitalia S.p.A. appare avere fornito all’URSF, nell’ambito del procedimento avviato ai sensi dell’articolo 59 della legge n. 99/2009 e concluso in data 9 novembre 2010, una rappresentazione non corretta dell’impatto del prospettato ingresso di Arenaways sui contratti di servizio pubblico stipulati da Trenitalia stessa, volta ad enfatizzare il rischio che la presenza di Arenaways pregiudicasse l’equilibrio economico della gestione del servizio pubblico, compromettendone la sostenibilità”; che “Trenitalia S.p.A. sembra avere adottato un comportamento ostruzionistico nell’ambito del procedimento avviato dall’URSF di riesame della decisione del novembre 2010, comportamento consistente, tra l’altro, nel ritardare l’invio all’URSF delle informazioni richieste, necessarie a svolgere il procedimento di riesame, che avrebbe potuto consentire ad Arenaways di effettuare almeno alcune fermate intermedie lungo il percorso che nell’originaria richiesta collegava Milano a Torino”; infine, che la strategia di Trenitalia S.p.A. “appare avere comportato un utilizzo strumentale dei propri treni non sussidiati, in particolare aumentando l’offerta di corse sulle tratte interessate dalla richiesta di Arenaways, al fine di ostacolare l’ingresso del nuovo entrante”.

Diversamente da quanto eccepito dalla parte, pertanto, nel provvedimento di estensione soggettiva erano già presenti tutti gli elementi necessari alla società per predisporre un’efficace e tempestiva difesa.

248. A ciò si aggiunga che, secondo giurisprudenza amministrativa consolidata, è nella Comunicazione delle risultanze istruttorie che le condotte trovano poi puntuale descrizione e qualificazione anche ai fini dell’esercizio del diritto di difesa. Il medesimo giudice amministrativo ha, infatti, specificato che: *“La CRI, adottata a conclusione delle indagini condotte dopo l’avvio dell’istruttoria, ha per oggetto la precisazione degli addebiti che l’Autorità intende formulare in base agli elementi probatori acquisiti e su di essi si apre il contraddittorio e si esercita il più ampio diritto di difesa”*²⁰⁴.

Inoltre, in data 11 aprile 2012, successivamente all’invio della CRI, è stata disposta una proroga del procedimento in corso dal 31 maggio al 26 luglio 2012, al fine di consentire alla parte di difendersi nel modo più ampio possibile sulle contestazioni delineate in sede di estensione soggettiva e puntualmente riprese negli addebiti formulati nella Comunicazione delle risultanze istruttorie.

²⁰⁴ Cfr., TAR Lazio, sentenza 11 dicembre 2000, n. 11485, Coca-Cola.

L'insieme di tali elementi, pertanto, induce a ritenere priva di pregio l'eccezione sollevata da Trenitalia.

2.3 Sull'imputabilità ad FS dei comportamenti di RFI e Trenitalia

249. Contrariamente a quanto eccepito dalla parte, la strategia escludente descritta nella parte in fatto risulta imputabile anche alla società FS, che detiene il 100% del capitale sociale sia di RFI che di Trenitalia.

Infatti, in ossequio alla consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, *“nel caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della sua controllata che si sia resa responsabile di un comportamento illecito, esiste una presunzione semplice che tale società controllante eserciti un'influenza determinante sul comportamento della sua controllata”*²⁰⁵.

Per effetto di tale giurisprudenza opera pertanto una presunzione di responsabilità oggettiva nei confronti di FS che, in qualità di titolare dell'intero capitale sociale di Trenitalia e RFI, ha chiaramente beneficiato delle condotte delle proprie controllate.

250. Priva di pregio risulta inoltre l'eccezione, sollevata da FS, secondo la quale la citata presunzione risulterebbe sconfessata dalle recenti scelte operate dal gruppo nel suo insieme e finalizzate a rendere del tutto autonome le attività delle controllate da quelle della controllante - quali ad esempio, creazione di distinti organi societari, assenza di *interlocking directorate*, autonomi amministratori delegati e consigli di Amministrazione dotati di ampi poteri di gestione e di determinazione delle politiche commerciali delle rispettive società -.

Tuttavia, contrariamente a quanto eccepito dalla parte, tali elementi non appaiono di per sé indicatori atti a comprovare un'autonomia delle condotte delle diverse società del gruppo FS; inoltre, come più volte evidenziato da questa Autorità, continua a sussistere, a tutt'oggi, un interesse economico comune tra la *holding* e le sue controllate: tutte e tre le imprese – FS, RFI e

²⁰⁵ (v., in tal senso, sentenza della Corte 25 ottobre 1983, causa 107/82, *AEG/Commissione*, Racc. pag. 3151, punto 50, e sentenza *PVC II*, citata al punto 59 supra, punti 961 e 984), e che esse costituiscano quindi un'unica impresa ai sensi dell'art. 81 CE (sentenza del Tribunale 15 giugno 2005, cause riunite T-1/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon e a./Commissione*, punto 59). *“Incombe quindi alla società controllante che contesta dinanzi al giudice comunitario una Decisione della Commissione che le infligge un'ammenda per il comportamento della sua controllata confutare tale presunzione fornendo elementi di prova idonei a dimostrare l'autonomia della sua controllata”* (sentenza del Tribunale 27 settembre 2006, causa T-314/01, *Avebe/Commissione*, Racc. pag. 085, punto 136; v. anche, in tal senso, sentenza della Corte, 16 novembre 2000, causa C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione*, Racc. pag. 9925; in prosieguo: la “sentenza Stora”, punto 29). Cfr., anche A/333 *Enel Trade/Clienti idonei*.

Trenitalia – operano nello stesso settore industriale e le iniziative assunte da una controllata si riverberano sulle prestazioni dell'altra, influenzando sulla redditività della *holding* FS nel suo insieme.

251. In merito poi all'autonomia di RFI rispetto ad FS, non si ritiene pertinente il riferimento né al Decreto Legislativo n. 188/03, che sancisce l'autonomia e l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura, né all'Atto di concessione, che obbliga RFI a “*conformarsi ai principi di trasparenza, equità e non discriminazione*” e pone l'esercizio delle sue funzioni sotto lo stringente controllo dello Stato (Ministero dei Trasporti e URSF), senza attribuire ad FS alcun potere di direzione e coordinamento.

Il Decreto Legislativo n. 188/03, infatti, sancisce l'indipendenza e l'autonomia del gestore rispetto alle imprese attive nel settore dei trasporti, non già rispetto alla *holding* FS; quanto all'esercizio di funzioni sotto lo stringente controllo del Ministero dei Trasporti, si osserva che sia la *holding* che le sue controllate appartengono tutte ad un medesimo azionista e, dunque, quest'ultimo ha tutto l'interesse a far sì che il comportamento all'interno della *holding* continui ad essere sufficientemente coordinato”²⁰⁶.

Peraltro, dubbi circa la reale indipendenza di FS rispetto al gestore della rete continuano a persistere anche a livello europeo nella misura in cui, proprio di recente, la Commissione Europea, con ricorso presentato in data 12 luglio 2011, ha adito la Corte di Giustizia per constatare l'accertamento della non corretta attuazione del primo pacchetto ferroviario. Tra i motivi di ricorso adottati dalla Commissione si legge in particolare: “*Anzitutto, il regime che regola l'esercizio da parte del gestore dell'infrastruttura delle funzioni in materia di accesso all'infrastruttura non fornirebbe garanzie sufficienti che detto gestore operi in modo indipendente dalla holding del gruppo di cui fa parte, il quale comprende anche la principale impresa ferroviaria sul mercato*”²⁰⁷.

252. Infine, ad ulteriore confutazione delle eccezioni sollevate da FS, rileva osservare come alcuni atti della procedura istruttoria testimoniano un interesse diretto alle fasi principali che hanno contribuito a delineare il contesto normativo di riferimento nonché un interesse attivo di FS alla “vicenda Arenaways”: si pensi, in questo senso, al contributo fornito da FS

²⁰⁶ Così la decisione della Commissione del 27 agosto 2003, caso COMP.37.685 GVG/FS, secondo la quale: “*si consideri infine che Trenitalia, da un lato, rappresenta il più importante cliente di RFI, dall'altro, quest'ultima società, in quanto gestore dell'infrastruttura, determina la possibilità per i concorrenti di Trenitalia di accedere all'infrastruttura stessa e quindi di entrare nel mercato. Poiché, dunque, le società RFI e Trenitalia sono soggette al controllo dei medesimi azionisti, questi ultimi hanno un interesse ad assicurare che i comportamenti all'interno del gruppo FS siano sufficientemente coordinati*”.

²⁰⁷ Così il ricorso presentato dalla Commissione avverso l'Italia il 12 luglio 2011, in causa C-369/11.

alla definizione dell'art. 59, che costituisce espressione evidente della volontà della holding di interferire con la definizione del quadro regolamentare nella materia dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri e segnatamente con riguardo alla definizione dei limiti entro i quali si determina una compromissione dei contratti di servizio pubblico.

In questo senso, depone poi anche la *e-mail* reperita presso la sede di FS inviata da un dirigente di Trenitalia all'AD di FS, nella quale il primo sente la necessità di informare il secondo in merito alle possibili conseguenze che potrebbero derivare dall'ingresso di Arenaways sul mercato, sia in termini di concorrenza esercitata sin da subito nei confronti degli Intercity sia di concorrenza per il mercato quando sarebbero state bandite le gare nell'offerta di servizi regionali, e poi afferma "*con il catalogo certe idee verranno allo scoperto, dopodomani non sarà facile*"²⁰⁸.

Si consideri, da ultimo, lo studio reperito presso la sede di FS avente ad oggetto l'analisi dei dettagli dell'offerta di Arenaways e recante il confronto competitivo tra i servizi di Trenitalia e quelli del nuovo operatore, che dimostra un concreto e specifico interesse della *holding* per le attività commerciali della controllata Trenitalia, anche attraverso verifiche puntuali sull'attività dei suoi concorrenti.

3. I MERCATI RILEVANTI E LA POSIZIONE DOMINANTE DELLE PARTI

253. I comportamenti contestati a RFI e Trenitalia interessano, rispettivamente, il mercato a monte dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale e quello a valle del trasporto ferroviario passeggeri, nel quale hanno prodotto effetti.

3.1 Il mercato dell'accesso alle infrastrutture

254. Quanto al mercato dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale si ricorda che con atto concessorio di cui al D.M. 31 ottobre 2000 n. 138/T, RFI ha assunto la gestione in monopolio legale della quasi totalità della rete nazionale, che costituisce un fattore produttivo essenziale per potere operare nel mercato a valle del trasporto ferroviario passeggeri.

²⁰⁸ Docc. 1.22 e 4.182, allegato 1.

3.2 *Il mercato del trasporto ferroviario passeggeri*

255. Nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri esistono diverse tipologie di servizi, in particolare di natura locale e di natura nazionale, idonei a soddisfare le esigenze di mobilità di diverse categorie di utenti, che presentano relazioni di sostituibilità più o meno accentuate con altre modalità di trasporto.

Quanto alla dimensione geografica, che si individua convenzionalmente a partire dall'insieme rilevante di coppie di origine e destinazione (O&D) all'interno del territorio nazionale, nel caso in esame occorre fare riferimento principalmente al bacino di utenza interessato dai flussi di mobilità a cui erano primariamente rivolti i servizi prospettati da Arenaways lungo i 343 km dell'anello circolare Torino-Milano-Alessandria (v. *infra*).

256. In considerazione della posizione di sostanziale monopolio detenuta da Trenitalia nella fornitura di ciascuna delle tipologie di trasporto passeggeri sopra elencate, nel caso in esame non occorre procedere ad una più puntuale individuazione delle diverse articolazioni di cui si compone il mercato nazionale del trasporto ferroviario passeggeri, posto che in ogni caso l'esito della valutazione non muterebbe.

257. Al riguardo appare del tutto strumentale l'obiezione sollevata da Trenitalia in merito alla errata definizione del mercato rilevante e, in particolare, all'inclusione nel medesimo mercato sia dei treni regionali che dei treni a media e lunga percorrenza, stanti le profonde differenze fra i due servizi che li renderebbero non sostituibili sotto il profilo della domanda.

Sul punto deve rilevarsi, in primo luogo, che è proprio il "consumatore collettivo", la Regione Piemonte, a considerare i servizi tra loro sostituibili nella misura in cui ha stipulato una convenzione con Trenitalia che consente ai pendolari, titolari di abbonamento per i servizi regionali oggetto di contratto di servizio pubblico, di utilizzare gli Intercity o altri treni di mercato di Trenitalia che fanno fermate anche in stazioni in cui fermano i treni regionali propriamente detti. In secondo luogo, è lo stesso Regolatore che ha confermato un certo grado di sostituibilità tra i servizi regionali e quelli offerti in regime di mercato (ad esempio gli Intercity), sostenendo in audizione²⁰⁹ che "*gli Intercity costituiscono un'alternativa per i pendolari*".

258. Ugualmente priva di pregio appare l'obiezione in base alla quale i servizi di Arenaways si sarebbero posti in concorrenza unicamente con i servizi di trasporto regionale effettuati da Trenitalia. È la stessa Trenitalia

²⁰⁹ Doc. 5.375.

infatti, nella già citata *e-mail* inviata da un proprio dirigente all'AD di FS, che già nell'ottobre del 2007, ovvero poco prima che Arenaways formulasse ad RFI la propria richiesta di accesso alla rete, scrive che: “*trattasi di servizi non contribuiti nel triangolo torino-milano-alessandria-torino. In prima fase sono concorrenti degli IC, in seconda fase (quando ci sarà la gara), parteciperanno senz'altro anche loro...*”²¹⁰, confermando, da una lato, la natura quanto meno “bivalente” dei servizi che Arenaways si apprestava ad offrire e, dall'altro, la sostituibilità degli stessi sia con i servizi a media e lunga percorrenza sia con i servizi regionali.

3.3 *L'accertamento della posizione dominante*

259. Come noto, al fine di imputare un abuso ai sensi dell'articolo 102 del TFUE, occorre in primo luogo verificare la sussistenza di una posizione dominante in capo al soggetto parte del procedimento. Secondo un consolidato orientamento comunitario e nazionale, la posizione dominante consiste in una situazione di potenza economica grazie alla quale un'impresa è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori²¹¹.

260. In base al consolidato orientamento comunitario, la detenzione di quote di mercato elevate per un periodo sufficientemente prolungato è considerata l'indice principale ai fini della prova dell'esistenza di una posizione dominante²¹².

261. Sussistono inoltre ulteriori indici di dominanza relativi alla struttura del mercato e/o alle caratteristiche specifiche dell'operatore, quali la disponibilità di ingenti risorse economiche, economie di scala o di scopo precluse ai concorrenti, un'elevata integrazione verticale, la reputazione e l'immagine dell'impresa, nonché la presenza di barriere all'ingresso nel mercato di riferimento.

262. Alla luce dei citati principi, tali requisiti risultano tutti sussistenti nel caso di specie.

263. Nel caso di RFI la posizione dominante discende direttamente dall'atto

²¹⁰ Doc. 4.182, allegato 1.

²¹¹ Cfr. per tutti Corte di Giustizia, sentenza del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, in Raccolta 1979, pagg. 471 ss..

²¹² Cfr., per tutti, Corte di Giustizia, sentenza 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo Chemie BC c. Commissione*, in Raccolta 1991, I, pagg. 3359 ss..

concessorio di cui al D.M. 31 ottobre 2000 n. 138/T, in virtù del quale RFI ha assunto la gestione in monopolio legale della quasi totalità della rete nazionale.

264. Parimenti indiscutibile è la posizione dominante di Trenitalia nei mercati del trasporto ferroviario passeggeri, la quale si fonda sui seguenti elementi:

a) Trenitalia, nonostante l'avvio di un processo di liberalizzazione, nei fatti è l'unico operatore attivo su tali mercati, sia con riguardo ai servizi sussidiati che con riguardo ai servizi prestati a condizioni commerciali, ivi incluse le rotte interessate dall'ingresso di Arenaways;

b) la quasi totalità dei contratti di servizio pubblico (per i servizi di trasporto regionale) sono stati sottoscritti da Trenitalia e sono di durata particolarmente elevata, ragion per cui per i servizi regionali sussidiati non appare ipotizzabile – almeno nel medio termine - neanche una eventuale concorrenza potenziale;

c) il mercato è caratterizzato da rilevanti barriere all'ingresso, sia di carattere amministrativo (licenze ed autorizzazioni), che di carattere tecnico-economico, in considerazione della elevata rischiosità degli investimenti, caratterizzati da considerevoli *sunk cost* (si pensi ad esempio ai costi e alle difficoltà connessi alla reperibilità del materiale rotabile).

d) Trenitalia è verticalmente integrata con RFI, gestore dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, che costituisce un fattore produttivo essenziale per poter operare nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri.

4. I COMPORTAMENTI ABUSIVI DEL GRUPPO FS

4.1 Premessa

265. La documentazione descritta nelle sezioni che precedono testimonia che FS ha posto in essere un'articolata e unitaria strategia escludente, per il tramite delle società RFI e Trenitalia, le quali hanno assunto condotte sistematicamente e deliberatamente volte ad ostacolare se non ad impedire l'ingresso di Arenaways nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri.

4.2 Gli ostacoli all'accesso all'infrastruttura: la natura escludente delle condotte di RFI

266. Secondo i recenti orientamenti della Commissione in materia di abusi escludenti, sono considerate abusive le pratiche che pregiudicano l'accesso

al mercato a concorrenti efficienti²¹³, tra cui le strategie volte ad impedire l'accesso ad un'infrastruttura essenziale, qual è la rete nazionale gestita da RFI, al verificarsi di talune condizioni.

267. Dalla ricostruzione effettuata, e a differenza di quanto eccepito da RFI, emerge che il gestore della rete ha tenuto comportamenti ingiustificatamente dilatori con l'obiettivo di impedire l'accesso ad Arenaways all'infrastruttura ferroviaria, essenziale per operare nel mercato a valle del trasporto ferroviario passeggeri.

268. Risulta infatti che, a fronte di una regolare richiesta di accesso alla rete da parte di Arenaways, presentata nell'aprile 2008, RFI, secondo la tempistica definita dal PIR, avrebbe dovuto completare il processo di assegnazione delle tracce al più tardi nel mese di agosto 2008, al fine di consentire ad Arenaways l'ingresso sul mercato a valere sull'orario di servizio 2009/2010²¹⁴.

Viceversa, le testimonianze in atti comprovano che l'accesso definitivo alla rete mediante stipula del contratto di utilizzo dell'infrastruttura è stato concesso solo a novembre del 2010, con significativo ritardo rispetto a quanto previsto.

In assenza dell'assegnazione delle tracce, per Arenaways risultava difficile programmare le caratteristiche dei servizi che avrebbero dovuto costituire la sua offerta ed approntare quanto necessario per cominciare ad operare nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri, secondo la tempistica programmata.

4.2.1 Sul carattere non necessario della procedura di consultazione

269. Nel periodo considerato, e contrariamente a quanto asserito in sede di audizione finale, RFI ha avviato, in modo pretestuoso e su richiesta esplicita di Trenitalia (con lettera del 4 marzo 2008), una procedura di consultazione con vari soggetti istituzionali: prima le Regioni Piemonte e Lombardia, poi il MIT-DGTF e l'URSF.

270. Al riguardo appare, innanzitutto, priva di pregio l'eccezione sollevata dal gestore, secondo la quale detta consultazione aveva un suo precedente nel caso Metroferro: la vicenda oggetto di istruttoria risulta infatti alquanto diversa rispetto al precedente invocato dalla parte per le seguenti ragioni.

²¹³ Cfr. Comunicazione della Commissione "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti"(2009/C 45/02).

²¹⁴ Cfr. § 22-24.

Nel caso Metroferro, la richiesta di tracce avanzata al gestore era intervenuta in un periodo immediatamente precedente al trasferimento alle Regioni delle competenze in materia di trasporto pubblico locale.

Nel precedente citato da RFI, dunque, il Ministero dei Trasporti aveva ritenuto che fosse prudenzialmente necessario attendere il completo trasferimento dei nuovi compiti ed il definitivo riparto di competenze prima di assegnare tracce comprese tra i servizi di interesse locale. In altri termini, nel caso Metroferro, l'unica ragione per cui il Ministero dei Trasporti aveva inibito al gestore di assegnare tracce ricomprese tra i servizi di interesse locale era rappresentata dal fatto che non era stato completato il pieno trasferimento alle Regioni dei compiti di pianificazione e programmazione previsti dal DPCM 16 novembre 2000, laddove tale trasferimento era pienamente operativo quando, nell'aprile 2008, Arenaways ha manifestato la propria volontà di accedere al mercato richiedendo il rilascio delle tracce al gestore della rete²¹⁵.

271. Sotto un diverso profilo, poi, si osserva che la procedura di consultazione non è prevista in via ordinaria dalla normativa vigente che, al contrario, ne confina l'utilizzo ai soli casi di richieste di tracce confliggenti da parte delle imprese ferroviarie, con obbligo del gestore di adottare in tempi rapidi una soluzione²¹⁶.

272. Ciò premesso, si osserva che non già per una presunta negligenza o inefficienza di Arenaways, ma grazie ad una serie di comportamenti volutamente posti in essere da RFI al fine di prolungare la procedura di consultazione - e oggi pretestuosamente adottati dal gestore a giustificazione del proprio operato -, quest'ultima ha potuto indebitamente rinviare la conclusione del processo di assegnazione delle tracce.

273. In tal senso, depone la cronologia degli eventi riportata nella sezione in fatto, dalla quale emerge che RFI, a fronte di un avvio "tempestivo" della procedura di consultazione, ha inviato alle Regioni la documentazione necessaria per esprimersi solo a fine luglio 2008 e solo dopo esplicita richiesta della Regione Piemonte. Nel frattempo, a giugno 2008, RFI ha informato Arenaways dell'impossibilità di procedere all'assegnazione delle tracce senza avere acquisito il parere delle Regioni.

Ad agosto 2008, quando, coerentemente con la tempistica prevista dal PIR, RFI avrebbe dovuto esprimersi in modo definitivo per quanto di sua competenza, il gestore ha invece scritto ad Arenaways confermando l'esigenza di acquisire il parere delle Regioni.

²¹⁵ Docc. 4.226, allegato 6 e 2.59.

²¹⁶ Così l'art. 29 del D. Lgs. n. 188/2003.

274. Diversamente da quanto sostenuto da RFI, infatti, e secondo le informazioni disponibili in atti, entrambe le Regioni interpellate hanno chiarito in tempi celeri la propria posizione, esprimendosi positivamente in merito all'ingresso di Arenaways: l'una, il Piemonte, già in data 12 agosto 2008 e l'altra, la Lombardia, il 2 ottobre 2008.

In particolare, la Regione Piemonte – che già nel marzo 2008 aveva manifestato apprezzamento rispetto al prospettato ingresso di Arenaways – si è espressa con favore, limitandosi a formulare l'auspicio che Arenaways praticasse per i propri servizi prezzi analoghi a quelli dei servizi commerciali (come gli Intercity di Trenitalia).

Sul punto vale richiamare la lettera inviata nel marzo del 2008 al Ministro dei Trasporti, nella quale la Regione chiedeva notizie circa l'operatività di Arenaways poiché *“la regione Piemonte [...] ritiene sia da favorire comunque l'arricchimento qualitativo e quantitativo dell'offerta di servizi ferroviari”*, nonché la posizione espressa dalla stessa Regione in data 12 agosto 2008, secondo la quale *“questa direzione regionale [...] esprime il proprio parere favorevole all'attivazione dei servizi succitati”*²¹⁷.

Parimenti anche la Regione Lombardia aveva espresso una posizione favorevole, chiedendo solo la garanzia che i servizi di Arenaways non interferissero con le tracce suburbane dei servizi cadenzati regionali. A tal fine, la citata Regione ha più volte sollecitato, senza esito, un intervento del gestore, unico soggetto titolato ad esprimersi nel merito e ad avviare la procedura di coordinamento tra imprese ferroviarie prevista dalla normativa in caso di richieste di tracce confliggenti²¹⁸.

275. Tali elementi sono di per sé sufficienti a considerare pretestuosi i continui rinvii praticati da RFI.

In ogni caso, a ulteriore conferma di ciò, si ricorda anche che le posizioni assunte sono state più volte ribadite e confermate durante la procedura di consultazione sia dal Piemonte (18 dicembre 2008, 27 aprile 2009, 7 luglio 2009) che dalla Lombardia (ottobre 2008, maggio 2009), così come rappresentato (vedi *supra* sezione 4.1.1, paragrafi 75 e 84).

276. Ciò anche quando RFI, nel dicembre 2008, ha motivato l'ulteriore rinvio con l'esigenza di acquisire una posizione congiunta delle Regioni che, a dire di RFI, avevano tassativamente posto talune condizioni all'ingresso di Arenaways sul mercato, essenzialmente legate alla natura dei servizi prospettati ed alla regolamentazione tariffaria del nuovo entrante.

²¹⁷ Docc. 5.376 allegato 2 e 2.111.

²¹⁸ Doc. 5.371.

Infatti, dalla riunione, indetta dal MIT-DGTF nel gennaio 2009 per superare la situazione di stallo prodotta da RFI e per evitare che essa procurasse danni economici ad Arenaways, emerge l'ennesima conferma delle posizioni favorevoli già espresse dai soggetti coinvolti. D'altro canto – come evidenziato in particolare dal Piemonte - non sarebbe stato possibile raggiungere la posizione congiunta richiesta da RFI, poiché l'unica eventuale questione residua riguardava la possibile interferenza tra i servizi di Arenaways e i servizi suburbani della Lombardia, problematica che solo il gestore avrebbe potuto risolvere mediante un'apposita procedura di coordinamento, rientrando nelle sue specifiche competenze, e che invece quest'ultimo, nonostante le reiterate richieste della Regione Lombardia, non ha ritenuto di affrontare.

Proprio l'inerzia del gestore ha indotto Arenaways ad affrontare e a risolvere autonomamente ogni possibile problematica legata ad interferenze con il Passante di Milano, comunicandolo al MIT-DGTF in data 30 aprile 2009 e lamentando il mancato rilascio delle tracce.

Quanto precede testimonia dunque come non possa essere accolta neanche l'obiezione secondo la quale Arenaways non avrebbe partecipato attivamente al processo di consultazione avviato da RFI; viceversa, la ricostruzione degli eventi descritti nella parte in fatto, dimostra che la società non è mai stata coinvolta da RFI nel processo di consultazione al fine di discutere delle eventuali incompatibilità legate alla propria richiesta.

277. Nel complesso, pertanto, già ad ottobre 2008 RFI avrebbe potuto concludere il processo di assegnazione delle tracce, avendo acquisito i pareri favorevoli delle Regioni, per vero reputati necessari dal gestore ma non prescritti dalla normativa.

278. Viceversa, non potendo più fare leva sulla necessità di acquisire il parere delle Regioni coinvolte, a ottobre 2008 RFI decide di investire della questione sia il MIT-DGTF che l'URSF, sollevando una serie di problematiche legate, ad avviso del gestore, all'incertezza del quadro normativo vigente ed in particolare: i) l'esigenza di qualificare la natura dei servizi Arenaways; ii) la regolamentazione tariffaria da prevedere per il nuovo entrante; iii) l'individuazione delle *royalty* che Arenaways avrebbe dovuto versare a compensazione della compromissione dell'equilibrio economico dei contratti di servizio di Trenitalia, compromissione che RFI – così come Trenitalia – dà da subito per scontata.

Tuttavia anche tali problematiche, per le motivazioni che seguono, appaiono un'ulteriore testimonianza dell'infondatezza delle argomentazioni addotte da

RFI a giustificazione dei continui rinvii nel processo di assegnazione delle tracce.

4.2.2 Sulla natura dei servizi offerti da Arenaways

279. Quanto alla necessità di definire preventivamente la natura dei servizi di Arenaways, che RFI considerava pre-requisito indispensabile per stabilire la titolarità di Arenaways ad accedere alla rete, si osserva che diversamente da quanto eccepito dal gestore anche in sede di audizione finale, sia il MIT-DGTF che l'URSF avevano affermato con chiarezza l'assoluta irrilevanza della natura del servizio rispetto al processo di assegnazione delle tracce che, solo, spetta al gestore.

In quest'ottica, il MIT-DGTF, già a novembre 2008, aveva sottolineato che *“nessuna limitazione appare ravvisarsi, a legislazione vigente, per lo svolgimento di quei servizi di trasporto che, pur non assumendo le caratteristiche di servizi di interesse nazionale ai sensi del citato DM 109/T, siano effettuati in piena autonomia commerciale senza contribuzione di parte pubblica”*²¹⁹.

Sul punto, infine, rileva richiamare la lettera inviata dall'URSF anche ad RFI nel luglio 2009 (quando aveva già avviato il procedimento *ex art. 59*); in tale lettera, infatti, il regolatore ribadiva il pieno diritto di accesso alla rete da parte di Arenaways, a prescindere dalla qualificazione della natura del servizio del nuovo entrante, concludendo come *“in entrambi i casi [...sia che si tratti di servizi regionali che nazionali...] codesto Gestore è pertanto invitato a completare – secondo la tempistica prevista nel PIR per l'elaborazione del progetto orario – lo studio di fattibilità delle tracce richieste da Arenaways”*²²⁰.

280. Per altro profilo, e ad ulteriore conferma della pretestuosità dei continui rinvii frapposti da RFI all'ingresso di Arenaways nel mercato, rileva la circostanza, documentata in atti, che entrambe le Regioni coinvolte dal gestore nel processo di consultazione hanno sempre ritenuto che i servizi Arenaways avessero caratteristiche tali da renderli assimilabili ai servizi commerciali di Trenitalia²²¹; ed è ancora più significativa la circostanza che sia proprio quest'ultima, e ben prima del processo di consultazione inutilmente avviato dal gestore, a considerare i treni proposti da Arenaways come concorrenti dei propri Intercity²²².

²¹⁹ Docc. 2.122 e 5.370 allegato 7.

²²⁰ Doc. 2.79.

²²¹ Docc. 5.368 e 5.371.

²²² Doc. 4.182, allegato 1.

Da ultimo, rileva quanto affermato in sede di audizione da parte del MIT-DGTF, secondo il quale *“i servizi di Arenaways avevano le caratteristiche di un servizio a media/lunga percorrenza di mercato e, pertanto, non rientravano tra quelli oggetto di contratto di servizio”*²²³.

281. Ne consegue che appare destituita di fondamento l’eccezione di RFI secondo cui l’accertamento della natura del servizio sarebbe stata condizione preliminare ed indispensabile per avviare il processo di assegnazione delle tracce.

4.2.3 Sull’esigenza di preservare l’equilibrio dei contratti di servizio e sull’incertezza del quadro normativo

282. Non si ritengono inoltre accoglibili le eccezioni sollevate dal gestore in merito alla necessità di preservare l’equilibrio economico dei contratti di servizio che sarebbero stati sicuramente compromessi dall’ingresso di Arenaways, nonché le questioni legate alla regolamentazione tariffaria del nuovo entrante.

283. Con riferimento, infatti, all’esigenza di preservare l’equilibrio economico dei contratti di servizio, si ricorda la posizione assunta sin dal novembre 2008 dal MIT-DGTF, interpellato dallo stesso gestore, il quale ha più volte comunicato a RFI di avere inserito una clausola funzionale nel dispositivo di rilascio del decreto autorizzatorio, ritenuta sufficiente a tenere in considerazione il rischio di compromissione dell’equilibrio economico, peraltro solo eventuale²²⁴. Quanto poi all’asserita necessità di individuare un regime di regolamentazione tariffaria per l’impresa nuova entrante, in più occasioni il Ministero ha ribadito che la questione delle tariffe *“può difficilmente essere fatta valere, sotto il profilo sostanziale, quale ragione per un diniego all’accesso, atteso che trattasi di un servizio svolto in assenza di sovvenzioni pubbliche”*²²⁵.

Al riguardo, preme sottolineare che proprio le Regioni, virtuosamente coinvolte nel processo di consultazione, hanno negato che i servizi offerti da Arenaways potessero avere un significativo impatto sui contratti di servizio in essere²²⁶.

284. In ogni caso, il MIT-DGTF in sede di audizione ha chiaramente

²²³ Doc. 5.374.

²²⁴ Doc. 5.376, allegato 2.

²²⁵ Doc. 2.122 e 5.370, allegato 7.

²²⁶ Depongono in questo senso le affermazioni rese dalla Regione Lombardia in corso di audizione, secondo la quale l’impatto dei servizi di Arenaways era assolutamente modesto se rapportato al valore dei contratti di servizio coinvolti (doc. 5.371).

affermato che ad RFI compete unicamente l'assegnazione delle tracce, esulando dalla sua competenza eventuali problematiche di natura economica legate ad una possibile interferenza tra i servizi del nuovo entrante ed i servizi regionali sovvenzionati. Pertanto, RFI avrebbe ben potuto *“procedere all'assegnazione delle tracce non appena ricevute le informazioni necessarie dalle Regioni”*²²⁷.

285. Secondo il MIT-DGTF un'assegnazione tempestiva delle tracce – a fronte di un corrispettivo economico - *“...dovrebbe essere nell'interesse dello stesso gestore che agisce nella duplice veste di concessionario dell'infrastruttura ferroviaria nazionale e di imprenditore e ha dunque come obiettivo la valorizzazione dell'infrastruttura ”*. D'altro canto, come ben precisato in audizione, *“eventuali valutazioni diverse da quelle relative all'assegnazione delle tracce potrebbero essere svolte comunque in parallelo, senza condizionare le decisioni in materia di capacità da parte di RFI”*²²⁸.

286. Persistendo l'inerzia di RFI, a maggio 2009 il MIT-DGTF ha trasmesso la questione all'URSF, il quale, a sua volta, ha avallato pienamente l'impostazione del MIT-DGTF, invitando il gestore, prima a luglio e poi a settembre 2009, a completare il processo di assegnazione delle tracce.

Nonostante ciò, da settembre 2009 a maggio 2010, il gestore della rete ha perseverato nel suo comportamento dilatorio.

287. Tutto ciò considerato, quanto all'obiezione di RFI circa l'incertezza del quadro normativo di riferimento nel quale la stessa si è trovata ad operare, si osserva che, anche a volere considerare la sussistenza di un contesto normativo in evoluzione - caratterizzato dall'esigenza di recepire le disposizioni comunitarie con particolare riferimento al temperamento dell'obiettivo di liberalizzazione dei mercati con quello di tutela dell'equilibrio economico dei contratti di servizio - ciò non avrebbe in alcun modo dovuto influire su quelle che sono le competenze del gestore, che avrebbe dovuto unicamente procedere all'assegnazione delle tracce.

Ciò, ancor più, dopo avere riscontrato l'assenza di motivi ostativi in tal senso, secondo quanto più volte ribadito da tutti i soggetti istituzionali coinvolti dalla stessa RFI nella procedura di consultazione.

288. A maggio 2010, quando è entrato in vigore il decreto di attuazione dell'art. 59 emanato dall'URSF, RFI ha continuato a persistere nella propria

²²⁷ Doc.. 5.374.

²²⁸ Doc. 5.374.

strategia dilatoria, non procedendo ad assegnare le tracce. Anzi, ha usufruito immediatamente della potestà riconosciuta dalla legge, chiedendo all'URSF di avviare il procedimento ai sensi dell'art. 59.

A partire da questa data, RFI si è rifiutata di procedere all'assegnazione delle tracce, subordinando il processo di assegnazione alle determinazioni dell'URSF, e ciò, nonostante il fatto che il regolatore (unitamente al MIT-DGTF) abbia più volte sollecitato il gestore della rete ad evadere comunque le richieste di Arenaways.

289. A tale riguardo, la circostanza che il PIR, a partire dall'edizione dicembre 2010, è stato modificato, con l'introduzione di una clausola *ad hoc* che subordina la sottoscrizione dei contratti di accesso all'infrastruttura all'esito di eventuali procedimenti URSF *ex art. 59*, non modifica la ricostruzione precedente, come affermato esplicitamente sia dall'URSF che dal MIT-DGTF. Tale modifica, infatti, è intervenuta successivamente ai fatti contestati e, in ogni caso, come sottolineato dal MIT-DGTF, "*riguarda la sola contrattualizzazione e non il procedimento di assegnazione delle tracce, che è precedente e distinto dalla definitiva sottoscrizione*". Pertanto, il processo di assegnazione di capacità può e deve, comunque, proseguire, anche in presenza di un procedimento *ex art. 59*.

290. E non potrebbe essere diversamente, considerato che è solo dopo l'assegnazione delle tracce che un operatore è realmente in grado di programmare la propria offerta, valutando se e quanti treni potrà far viaggiare sulle rotte assegnate e con quali caratteristiche. In tal senso la procedura di consultazione appare a maggior ragione strumentale laddove l'impatto dell'ingresso dell'operatore Arenaways, per essere valutato correttamente, doveva basarsi sul servizio che il nuovo operatore sarebbe stato effettivamente - e non in via ipotetica - in grado di offrire.

291. Il comportamento ostruzionistico di RFI è proseguito fino al 12 novembre 2010, data in cui è stato finalmente sottoscritto il contratto di accesso all'infrastruttura.

Peraltro, come emerso nel corso del procedimento, le tracce concesse da RFI ad Arenaways erano di ampiezza tale da rendere la durata del viaggio con i treni Arenaways, senza fermate intermedie, addirittura superiore rispetto a quella dei treni interregionali di Trenitalia.

292. A conferma della natura escludente delle condotte poste in essere da RFI va evidenziato, inoltre, il diverso comportamento adottato dal gestore della rete nel soddisfare le richieste di tracce, per treni commerciali, provenienti da Trenitalia.

Nel periodo preso in esame, infatti, RFI, così dubbioso nel concedere le tracce ad Arenaways, ha invece sempre sollecitamente accolto le richieste di tracce e le modifiche in corso d'orario avanzate da Trenitalia per i propri treni commerciali, richieste che, si sottolinea, erano finalizzate alla prestazione di nuovi servizi o alla modifica di servizi preesistenti, che in buona parte replicavano, quanto ad orari e percorso, l'offerta del nuovo entrante.

293. A riguardo non appare conclusiva la motivazione adottata da RFI a giustificazione di tale diversità di condotta, basata sulla natura "storica" dei servizi oggetto di richiesta di tracce e sulla circostanza che si trattava, comunque, di servizi interni ad una stessa azienda (Trenitalia). Per molti versi, anzi, la giustificazione di RFI non fa che sottolineare il cuore del problema concorrenziale e la strumentalità della condotta di RFI, laddove pretendeva di condizionare l'assegnazione delle tratte all'analisi di compromissione. Per i treni commerciali di Trenitalia - evidentemente in quanto servizi interni alla stessa azienda - tale esigenza non è stata avvertita.

4.2.4 Sull'imputabilità del ritardo ad Arenaways

294. Da ultimo, si ritiene necessario confutare l'eccezione sollevata da RFI secondo la quale i ritardi nell'accesso all'infrastruttura ferroviaria sarebbero dipesi unicamente da Arenaways, operatore che sarebbe stato privo dei requisiti essenziali per accedere all'infrastruttura ferroviaria (i.e. certificato di sicurezza ex D.Lgs. n. 188/03 e PIR), che non avrebbe effettuato un'adeguata programmazione dei propri servizi e che non sarebbe stato in possesso del materiale rotabile necessario per poter entrare nel mercato.

295. Sul punto, diversamente da quanto rilevato da RFI, si osserva che Arenaways era dotata di tutti i requisiti previsti dalla pertinente normativa di riferimento per accedere all'infrastruttura, avendo la stessa conseguito la licenza nel luglio del 2007 ed il titolo autorizzatorio nell'aprile del 2008, poco prima di inoltrare la prima richiesta di tracce al gestore dell'infrastruttura. La medesima società, poi, aveva presentato domanda per ottenere il certificato di sicurezza - così come previsto dal PIR - ed aveva conseguito tale certificato il 26 agosto del 2009, come documentato in atti²²⁹. Pertanto, Arenaways era assolutamente in condizione di rispettare la tempistica di ingresso sul mercato a valere sull'orario di servizio 2009 e, dunque, nulla ostava all'assegnazione delle tracce richieste, posto che tale

²²⁹ Doc. 1.5 allegato 6.

operatore disponeva di tutti i requisiti previsti dalla pertinente normativa di riferimento per accedere all'infrastruttura in tempi coerenti con le sue richieste.

296. Quanto alla mancanza di materiale rotabile, si osserva che, come già rilevato, qualunque forma di programmazione da parte di un'impresa ferroviaria è comunque subordinata alla conoscenza di un progetto orario fornito da parte del gestore della rete; d'altro canto, come sottolineato dalla stessa Arenaways, *“visti i ritardi che stava subendo, sarebbe stato davvero imprudente per AW – la quale già ha dovuto problematicamente adeguare le proprie scelte industriali ai comportamenti, iniziative e ostacoli di R.F.I. – immobilizzare il materiale ancora prima di conoscere da parte di R.F.I. il progetto orario e le sue caratteristiche. Ed infatti non appena ha potuto disporre di un progetto accettabile ha immediatamente provveduto a conseguire l'ammissione tecnica ed immatricolazione del materiale relativo”*²³⁰.

297. Alla luce delle argomentazioni che precedono, dunque, Arenaways costituiva una presenza commerciale credibile, in grado di offrire ai consumatori un servizio innovativo, in ragione delle caratteristiche qualitative dei servizi offerti, ed a prezzi appetibili.

Pertanto, Arenaways era un operatore efficiente, almeno interessante quanto Trenitalia per i consumatori *“segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità e dell'innovazione”*²³¹.

4.2.5 Sull'assenza di giustificazioni e sull'intento escludente della condotta di RFI

298. La giurisprudenza comunitaria consolidata ha affermato che, ai fini di valutare la violazione dell'art. 102 TFUE da parte di un'impresa dominante, non è necessaria la verifica della sussistenza di un intento escludente, poiché la nozione di abuso è di carattere oggettivo e quindi prescinde a stretto rigore dall'accertamento dell'intento²³².

²³⁰ Doc. 6.498 allegato 4.

²³¹ Cfr. sentenza CGE in causa C-209/10, del 27 marzo 2012, *Postdanmark*.

²³² Cfr., per tutti, para. 352, sentenza *AstraZeneca*, cit., ai sensi della quale: *“Secondo una costante giurisprudenza, la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda i comportamenti dell'impresa in posizione dominante atti ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera l'impresa considerata, il grado di concorrenza è già sminuito, e che hanno l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”*. Al riguardo, inoltre, cfr. para. 91, causa n. 85/76, depositata il 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European*

299. Tanto premesso, dalla documentazione in atti emerge l'assenza di giustificazione dei continui rinvii operati nella conclusione del procedimento di assegnazione delle tracce, con l'unica finalità di ostacolare l'ingresso di Arenaways sul mercato.

Ciò si evince con chiarezza dai ripetuti inviti rivolti a RFI, senza esito, da parte del MIT-DGTF e dell'URSF, a procedere nell'assegnazione delle tracce ad Arenaways.

Infatti, entrambi i soggetti istituzionali – coinvolti dalla stessa RFI nella “procedura” di consultazione - hanno concordato sia sul fatto che al gestore della rete compete unicamente l'assegnazione di capacità, a prescindere dalla valutazione di problematiche di altra natura, sia sulla sostanziale irrilevanza di siffatte problematiche rispetto al procedimento di assegnazione delle tracce.

300. È sufficiente qui richiamare l'invito formulato nel maggio 2009 dal MIT-DGTF a RFI a “*procedere alla assegnazione delle tracce secondo norma di legge, avendo cura di tenere informate le parti interessate*”, posto che “*è espresso compito del gestore provvedere alla “assegnazione di capacità”*”, nonché i ripetuti solleciti dell'URSF a RFI a completare il procedimento di assegnazione delle tracce, inviati a partire dalla primavera 2009, e reiterati dopo l'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 59²³³.

Anche in audizione il MIT-DGTF ha inteso ribadire che al gestore della rete “*compete solo l'assegnazione di capacità a prescindere dalla valutazione di problematiche di altra natura*”²³⁴.

A riprova dell'assenza di giustificazioni alternative nella condotta dilatoria di RFI si rileva, infatti, come l'aver ritardato l'accesso alla rete da parte di Arenaways ha prodotto mancati introiti per il gestore, in termini di diritti di accesso che RFI avrebbe potuto riscuotere da Arenaways.

Communities. Il Tribunale conclude, pertanto, che, sebbene la sussistenza di un intento escludente costituisca comunque un elemento da valutare, risulta fondamentale l'accertamento oggettivo della condotta: “*l'intenzione di ricorrere a prassi estranee alla concorrenza basata sui meriti [non] sia in ogni caso priva di rilevanza, potendo comunque essere presa in considerazione per concludere nel senso che l'impresa interessata ha commesso un abuso di posizione dominante, anche se tale conclusione dovrebbe basarsi, in primo luogo, sull'accertamento oggettivo di una materiale attuazione del comportamento abusivo*” (para 359). Al riguardo, si vedano anche le seguenti sentenze della Corte di Giustizia Europea: para. 69, causa n. C-62/86, depositata il 3 luglio 1991, *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities*; para. 111, causa n. T-228/97, depositata il 7 ottobre 1999, *Irish Sugar plc v Commission of the European Communities*; para. 54, causa n. 322/81, depositata il 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*.

²³³ Cfr. § 83 e seguenti.

²³⁴ Doc. 5.374.

4.3 L'induzione in errore dell'URSF: la natura escludente delle condotte di Trenitalia

301. Dalla documentazione in atti emerge un ruolo essenziale anche di Trenitalia nell'ambito della complessa strategia escludente posta in essere dal gruppo FS.

In particolare, Trenitalia ha fornito all'URSF, nell'ambito dei procedimenti *ex art. 59*, una rappresentazione dei fatti concretamente idonea ad indurre in errore il regolatore nella valutazione della compromissione dell'equilibrio del contratto di servizio pubblico, ostacolando così, fino ad impedire del tutto, l'ingresso di Arenaways nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri.

302. In buona misura, la condotta di Trenitalia nell'ambito del procedimento URSF si connota per l'uso strumentale di procedure amministrative da parte di un'impresa in posizione dominante, che costituisce una pratica estranea alla concorrenza basata sui meriti, nella misura in cui determina in concreto una restrizione della possibilità per i concorrenti di competere efficacemente sul mercato.

303. A conclusioni analoghe è giunto anche il giudice comunitario nella sentenza *AstraZeneca*, nella quale ha affermato che la presentazione alle autorità pubbliche di informazioni elusive, se non direttamente non veritiere, di natura tale da indurre tali autorità in errore, costituisce una fattispecie particolarmente restrittiva della concorrenza²³⁵.

304. Peraltro, sempre secondo la citata sentenza, la circostanza che l'effetto sul mercato di tali condotte possa dipendere anche dalle decisioni di autorità pubbliche (nel caso di specie il divieto di fermate intermedie per Arenaways) non esclude di per sé che le condotte in esame possano configurare un abuso di posizione dominante²³⁶.

4.3.1 Sull'indebita ingerenza nella sfera dell'URSF

305. In tale contesto appare priva di fondamento l'eccezione sollevata da Trenitalia, secondo la quale un eventuale sindacato dell'Autorità sui criteri e sulle metodologie seguite nel prospettare la relazione all'URSF si

²³⁵ Cfr. para 355 e 361 della sentenza del TPG, sez. Sesta ampliata, causa T-321/05, depositata il 1 luglio 2010, *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v. Commission of the European Communities*.

²³⁶ Cfr. para. 82-88, sentenza della Corte di Giustizia Europea, cause riunite n. C-395/96 P e C-396/96 P, depositata il 16 marzo 2000, *Compagnie maritimes belges transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritimes belges SA (C-395/96 P) and Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) v Commission of the European Communities*.

tradurrebbe in uno straripamento dei poteri e in un'indebita ingerenza in attività proprie di un regolatore.

306. Sul punto vale anzitutto considerare che la fattispecie oggetto di istruttoria non ha nulla a che vedere con l'analisi e le valutazioni che spettano all'URSF; infatti, nella presente procedura, l'Autorità intende solo accertare la correttezza del comportamento di Trenitalia nella rappresentazione dei dati forniti al regolatore.

Del resto, l'URSF, cui compete *ex lege* l'analisi di compromissione dell'equilibrio economico dei contratti di servizio, si muove su un piano differente rispetto a quello in cui opera l'Autorità, il cui compito è quello di impedire e sanzionare comportamenti delle imprese restrittivi della concorrenza *sub specie* di intese e/o di abusi di posizione dominante. In altri termini, l'URSF e l'Autorità tutelano interessi e perseguono finalità sensibilmente differenti.

Pertanto, secondo il costante orientamento giurisprudenziale, non può ravvisarsi alcuna limitazione all'applicazione della disciplina a tutela della concorrenza anche in presenza di settori espressamente regolamentati, quale quello in esame. E ciò poiché *“quando un comportamento ricade nella sfera di applicazione delle norme in tema di concorrenza, queste ultime sono applicabili indipendentemente dal fatto che tale comportamento possa essere disciplinato anche da altre norme, di origine nazionale o meno, che perseguono obiettivi diversi”*²³⁷.

307. Quanto precede vale *a fortiori* quando ci si trovi in presenza di casi come quello descritto in cui, data la situazione di asimmetria informativa in cui versa l'URSF, la decisione assunta dal regolatore a seguito della relazione di Trenitalia ha avuto l'effetto di vietare le fermate intermedie al nuovo entrante, compromettendone definitivamente le possibilità di permanenza sul mercato. Qualora, infatti, per effetto della situazione generata dalla condotta di Trenitalia, fosse escluso anche un intervento dell'Autorità *antitrust* *“si avrebbe un conflitto negativo di competenze in cui a rimetterci sarebbe la corretta concorrenza”*²³⁸.

308. Si sottolinea, infine, che il TAR ha recentemente ribadito come *“La competenza dell'AGCM coesiste con la competenza dell'organismo preposto allo specifico settore dei servizi ferroviari, vale a dire l'URSF, in ragione della differente finalità dei due Istituti ... Le due competenze ... hanno finalità complementari, sia pure in qualche misura sovrapponibili, sicché*

²³⁷ Cfr. para. 366 della sentenza *AstraZeneca*, cit..

²³⁸ Cfr. decisione del Consiglio di Stato n. 4016 del 24 giugno 2010, relativa al caso *A377 SEA/Tariffe aeroportuali*.

nello svolgimento delle proprie attività, gli operatori del settore devono considerare l'insieme di queste due discipline come un complesso regolamentare integrato e curare il rispetto della regolamentazione nella sua globalità, adottando le misure necessarie"²³⁹.

4.3.2 Sull'applicabilità del precedente AstraZeneca: la discrezionalità limitata dell'Amministrazione

309. Del tutto prive di pregio appaiono le obiezioni di Trenitalia in merito all'insussistenza, nel caso di specie, delle condizioni previste dalla sentenza *AstraZeneca*, ai fini della configurabilità di un abuso di posizione dominante. Diversamente da quanto eccepito dalla società, infatti, nel caso in questione risultano presenti entrambi i requisiti previsti dalla citata pronuncia e cioè: i) una discrezionalità limitata dell'amministrazione e ii) un'oggettiva ingannevolezza della rappresentazione fornita all'URSF.

310. Quanto al primo requisito, si osserva che, sebbene la legge istitutiva attribuisca al regolatore una discrezionalità piena nell'esercizio delle proprie funzioni ed in particolare nelle valutazioni di cui all'art. 59, tuttavia tale discrezionalità è sensibilmente sminuita dalle seguenti circostanze. Le decisioni dell'URSF trovano un limite oggettivo nella disponibilità dei soggetti interpellati ad inviare all'Organismo di regolazione la documentazione necessaria ad esprimersi e si basano pressoché integralmente sulle valutazioni effettuate da Trenitalia (*"effettuare una verifica della autenticità dei dati forniti è un lavoro impossibile"*). D'altro canto è proprio il regolatore ad ammettere che è in grado di cogliere, e quindi di tenere in adeguato conto ai fini della sua valutazione, solo *"incongruenze o inesattezze macroscopiche"*²⁴⁰.

4.3.3 Sull'applicabilità del precedente AstraZeneca: l'ingannevolezza della rappresentazione fornita

311. Quanto al secondo dei requisiti richiesti dalla pronuncia *AstraZeneca*, si osserva che le evidenze in atti dimostrano inequivocabilmente che la rappresentazione dei fatti che Trenitalia ha fornito all'URSF è stata tale da indurre in errore il regolatore. Diversamente da quanto eccepito da

²³⁹ Cfr. Sentenza del TAR Lazio n. 864/2012 del 26 gennaio 2012, relativa al ricorso proposto da RFI contro l'Agcm per l'annullamento del provvedimento ispettivo e di avvio del procedimento proprio in relazione al presente caso istruttorio.

²⁴⁰ Doc. 5.375.

Trenitalia, infatti, le informazioni rese all'URSF sono state caratterizzate da mancanza di trasparenza e da forte ingannevolezza.

A seguito di tale rappresentazione dei fatti, l'URSF ha vietato le fermate intermedie ad Arenaways, riducendo così in modo drastico l'attrattività per l'utenza dei servizi da essa proposti e la possibilità stessa di Arenaways di restare sul mercato.

In tal modo, la condotta di Trenitalia ha determinato l'estromissione di Arenaways dal mercato del trasporto ferroviario passeggeri, riuscendo a mantenere la posizione di sostanziale monopolio di fatto detenuta finora.

312. L'idoneità a indurre in errore l'URSF della rappresentazione dei fatti fornita da Trenitalia si evince principalmente dalla relazione inviata il 5 agosto 2010²⁴¹, da cui risulta quanto segue.

a) Sull'utilizzo fuorviante dei dati a catalogo

313. Trenitalia, ai fini della valutazione della compromissione dell'equilibrio economico, ha fornito all'URSF i dati di conto economico basati sul catalogo, in forma assolutamente aggregata e priva di dettaglio, così come riconosciuto dallo stesso regolatore. Tuttavia, come sopra evidenziato (cfr. *supra* sez. 4.2), la metodologia di calcolo dei corrispettivi dovuti dalla Regione a Trenitalia in base al catalogo, per il modo stesso in cui è costruita – tale cioè da coprire sostanzialmente tutti i costi del servizio che non sono coperti dai ricavi da traffico e da garantire anche un margine congruo all'operatore ferroviario (margine che viene riportato tra le voci di costo come “costo del capitale investito”) – implica che il profitto rispetto al quale deve essere effettuata l'analisi di compromissione sia pari a zero (o quasi) per definizione. E ciò sia che la valutazione sia condotta a livello di singola linea/bacino che di intero contratto di servizio.

314. Infatti, con il passaggio al catalogo se, da un lato, correttamente, Trenitalia, ha inteso elaborare una metodologia di calcolo dei costi di produzione del servizio che fosse il più possibile legata ai costi effettivamente sostenuti dall'operatore, dall'altro, ciò ha determinato lo spostamento pressoché integrale del rischio d'impresa sulle Regioni, con l'effetto di confinarlo ad un'errata previsione dei ricavi da biglietto (a meno di variazioni esogene e imprevedute delle voci di costo). Tale effetto è particolarmente evidente se si considera che il catalogo non ha fatto venire meno l'elemento innovativo che aveva caratterizzato i nuovi contratti di

²⁴¹ Doc. 3.140.

servizio con il passaggio delle competenze alle Regioni: l'inclusione nei corrispettivi versati a favore di Trenitalia anche di un "equo margine di utile", volto a remunerare la società per l'utilizzo degli *asset* del servizio commissionato.

In linea teorica, pertanto, a fronte di una corretta previsione del numero degli utenti del servizio, l'utile di esercizio sarebbe esattamente pari a zero, con la conseguenza che basterebbe perdere anche un solo passeggero per compromettere l'equilibrio del contratto (come della linea), così eliminando in radice qualsiasi possibilità di ingresso da parte di nuovi operatori nell'offerta di servizi ferroviari passeggeri alle Regioni.

315. Né può accettarsi l'eccezione di Trenitalia relativa ai rischi connessi a possibili mutamenti del quadro regolatorio e normativo - soprattutto in relazione ai trasferimenti delle risorse dallo Stato alle Regioni - o all'aumento dei costi dovuti a fattori esogeni. A riguardo, deve osservarsi infatti che il CdS con il Piemonte prevede specifiche clausole di flessibilità economica che consentono la rinegoziazione dell'ammontare dei corrispettivi, incluso il caso in cui *"si verificano eventi non prevedibili agli atti della stipula, tali da determinare un cambiamento sostanziale delle componenti di costo e ricavo incidendo sull'equilibrio economico del contratto"*²⁴².

316. La stessa Trenitalia, peraltro, appare consapevole dell'inappropriatezza della metodologia privilegiata. Tale consapevolezza si evince dalla documentazione in atti, tra cui in particolare l'*e-mail* interna di Trenitalia, contenente una prospettazione - ai fini della relazione da predisporre per l'URSF - di due possibili alternative di calcolo della compromissione dell'equilibrio economico. Come già ricordato, in tale documento, con riferimento ai dati relativi all'ipotesi *"contratto con corrispettivi a catalogo"*, si legge: *"in questo caso l'impatto potenziale dei servizi concorrenti è molto forte poiché l'impostazione stessa del catalogo mette sostanzialmente in equilibrio le linee. Quindi nel caso della TO-MI bastano pochissimi viaggiatori/ricavi persi per intaccare il 50% dell'utile"* (enfasi aggiunta). Nella stessa *e-mail* Trenitalia aveva preso in considerazione una possibile rappresentazione alternativa, che avrebbe prodotto risultati meno favorevoli all'*incumbent*, e tuttavia decide di non fornirla all'URSF perchè *"sceglierne un'altra sarebbe come dire che ci sono alternative e quindi non sapremo come finiremo"*²⁴³.

²⁴² Doc. 5.369.

²⁴³ Doc. 3.149.

317. Sul punto, in corso di istruttoria, anche la Lombardia si è espressa con chiarezza, evidenziando che *“tale metodologia non appare idonea ad essere impiegata per il calcolo della compromissione dell’equilibrio economico secondo il decreto dirigenziale URSF del maggio 2010”* poiché con il metodo a catalogo, *“la differenza tra ricavi più corrispettivi e costi, non può che dare un valore prossimo a zero”*. Pertanto, *“è sufficiente perdere un solo passeggero per avere compromissione dell’equilibrio economico”*²⁴⁴.

b) Sulle reali motivazioni alla base dell’analisi di linea

318. Le ragioni sottese alla scelta di un’impostazione metodologica basata sulla contabilità di linea/bacino, piuttosto che di contratto - diversamente da quanto previsto dall’art. 59 e dal D.D. 203/1/URSF di attuazione dello stesso -, ampiamente argomentate nella relazione all’URSF, diventano chiare quando si considerino attentamente le previsioni di cui all’art. 6 del citato decreto dirigenziale ai fini del calcolo dell’utile per la valutazione di compromissione.

319. Più chiaramente, Trenitalia, ai fini del calcolo dell’utile, include tra le voci di costo che concorrono alla sua determinazione (ricavi da traffico più corrispettivi meno costi) anche il cd. “costo del capitale investito”. In tale modo, la determinazione dei corrispettivi risulta idonea a garantire all’operatore, oltre alla copertura dei costi di produzione, anche un margine congruo. Tuttavia, per stessa ammissione di Trenitalia, il “costo del capitale investito” corrisponderebbe, nel conto economico di un’azienda non soggetta ad oneri di servizio pubblico, alla somma delle voci “utile” (remunerazione del capitale proprio) e “oneri finanziari” (remunerazione del capitale di debito)²⁴⁵.

320. Non a caso, l’art. 6 del D.D. 203/1/URSF elenca tassativamente le voci di costo che devono essere utilizzate per il calcolo del profitto ai fini della compromissione e, tra queste, vi sono solo gli oneri finanziari.

In altri termini, solo gli oneri sostenuti per l’utilizzo di capitale preso a debito possono legittimamente rientrare tra i costi che concorrono a ridurre l’utile di esercizio e non la remunerazione del capitale proprio che, tipicamente, rappresenta proprio ciò che, in un ordinario bilancio di esercizio, viene indicato come “utile”.

321. Risulta allora evidente che, calcolando correttamente l’utile, ovvero

²⁴⁴ Doc 5.371.

²⁴⁵ Doc. 6.409.

conteggiando tra le voci di costo solo una parte del “costo del capitale investito” (quella corrispondente agli oneri finanziari), non solo la valutazione della compromissione sarebbe stata del tutto diversa ma, di più, l’impatto sarebbe risultato notevolmente ridotto laddove l’analisi fosse stata svolta, correttamente, per l’intero contratto piuttosto che per linea/bacino.

c) Sulle implicazioni derivanti dal calcolo dell’utile effettivo in termini di compromissione dell’equilibrio

322. Più in dettaglio, il calcolo dell’utile effettivo per ciascuna delle ipotesi di linea/bacino rappresentate da Trenitalia all’URSF, oltre che per l’intero contratto, evidenzia come le informazioni fornite al regolatore siano state tali da indurlo in errore. In particolare, l’operatore ferroviario ha fornito un set di dati aggregato e privo di dettaglio, tale da non consentire all’URSF una verifica rispetto alla metodologia sottesa al calcolo dei costi (nel caso di specie l’utilizzo del catalogo, anche questo non fornito)²⁴⁶.

Per tale ragione, il regolatore, ha spiegato in corso di audizione, di aver ritenuto che la rappresentazione dei dati offerta fosse quella pre-catalogo e ha conseguentemente valutato che fosse più coerente sottrarre per intero dall’utile il “costo del capitale investito” - salvo poi riconoscere in quella sede che sarebbe stata opportuna una maggiore trasparenza rispetto al dettato dell’art. 6 del D. D. di attuazione dell’art. 59.

323. Per effetto della rappresentazione dei fatti fornita da Trenitalia, è scaturita la determinazione di un livello dell’utile di gran lunga inferiore a quello effettivo e tale da far ritenere all’URSF che Arenaways sarebbe stata certamente in grado di sottrarre un numero di passeggeri*km sufficiente a dimezzarne l’importo.

324. Più in generale, occorre tener presente anche altre caratteristiche delle informazioni contenute nella relazione presentata all’URSF. A fronte di generiche e non documentate indicazioni sul numero di coppie di treni (e sulla loro capacità in termini di passeggeri) che Arenaways, a dire dell’*incumbent*, si sarebbe apprestata ad effettuare²⁴⁷, Trenitalia dà per

²⁴⁶ Doc. 6.436. In particolare, secondo l’URSF, “*Trenitalia ha inviato solo costi aggregati e, soprattutto, non ha fornito il “catalogo”. A ciò si aggiunga che le Regioni, che pure erano parti direttamente interessate, non hanno fornito né il Contratto di Servizio, né la valorizzazione “a catalogo”, rendendo il lavoro del suo ufficio quanto meno difficile e basato su un set informativo aggregato e privo di dettaglio*”.

²⁴⁷ Non si comprende, tuttavia, dalla relazione quali siano le fonti di tali informazioni, limitandosi Trenitalia ad affermare: “*in base a quanto noto a Trenitalia, anche a seguito della trasmissione della documentazione in possesso dell’URSF*” e ancora “*secondo quanto reso noto al pubblico da Arenaways la composizione minima dell’offerta prevedrebbe convogli inizialmente di 350 posti, che salirebbero progressivamente fino ad 800*” (Doc. 3.140, sottolineature aggiunte).

scontato che l'offerta del nuovo operatore sarà in grado di compromettere il 50% dell'utile di linea/bacino.

325. Eppure, si evidenzia, quando Trenitalia presentava la documentazione all'URSF, RFI non aveva ancora reso noto ad Arenaways se e quali tracce gli sarebbero state assegnate, e con quale frequenza avrebbe potuto effettuare i propri treni. Pertanto, Arenaways non era in grado di programmare compiutamente la propria offerta né di valutarne le implicazioni in termini di tipologia del materiale rotabile che avrebbe dovuto impiegare (si pensi ad esempio al doppio locomotore per la stazione di Milano P.G.). Le stime di Trenitalia appaiono, quindi, quanto mai irrealistiche e prive di fondamento. Una corretta valutazione dell'impatto sul contratto di servizio della Regione Piemonte avrebbe, quanto meno, richiesto un confronto di RFI e Trenitalia con Arenaways.

E in ogni caso non era questo il tipo di analisi che avrebbe dovuto compiere Trenitalia. A prescindere dalle informazioni disponibili, Trenitalia avrebbe dovuto infatti limitarsi a valutare il "livello" dell'ingresso del concorrente in grado di compromettere l'equilibrio del contratto di servizio, così come previsto dalla normativa di riferimento e come ricordato dalla stessa Arenaways.

326. In altri termini, proprio l'inerzia del gestore della rete nell'assegnazione delle tracce ad Arenaways rendeva impossibile svolgere compiutamente quella valutazione dell'impatto del nuovo operatore sul CdS delle Regioni alla quale RFI pretendeva di subordinare l'assegnazione stessa delle tratte.

Arenaways, che in più occasioni ha sottolineato l'incoerenza di una sua mancata consultazione a tale fine, ha comunque fornito agli Uffici quella che era, all'epoca del processo di consultazione avviato da RFI - ove la richiesta fosse stata accolta - la sua offerta programmata sull'anello Torino-Milano-Alessandria, precisando che in nessun caso tale offerta includeva la possibilità di un raddoppio dell'offerta sulla direttrice Torino-Milano.

327. Ciò premesso, calcolando correttamente gli utili di esercizio relativamente a tutte le ipotesi di linea/bacino prospettate da Trenitalia all'URSF nella sua relazione, ovvero sommando all'utile dichiarato dall'*incumbent* il "costo del capitale investito" al netto degli oneri finanziari, i risultati dell'analisi di compromissione, anche a voler accettare la premessa metodologica di Trenitalia, appaiono attestarsi su risultati molto diversi, pur assumendo, si sottolinea, ipotesi particolarmente favorevoli a Trenitalia nel calcolo degli oneri finanziari²⁴⁸.

²⁴⁸ Si ricorda che la società ha dichiarato di essere in grado di fornire solo dati parziali.

328. In particolare, immaginando che Arenaways fosse stata in grado di presentarsi sin da subito all'utenza come un'alternativa in grado di attrarre sui propri convogli un'elevata quantità di passeggeri (nonostante le differenze nel livello dei prezzi rispetto a Trenitalia), non vi sarebbe stata compromissione dell'equilibrio fino ad un tasso di riempimento dei treni oscillante, a seconda della linea/bacino considerata, tra il 75% e l'85%. Solo superando tali soglie l'utile avrebbe subito una riduzione superiore al 50% e, tuttavia, la stessa Trenitalia riconosce che il *load factor* medio di un nuovo entrante si aggira intorno al [omissis]% a fronte di un *load factor* medio dell'*incumbent* [omissis]%, di poco più alto²⁴⁹. Un calcolo più preciso degli oneri finanziari porterebbe con ogni probabilità molto vicino al 100% il valore della percentuale di riempimento dei treni da parte di Arenaways sufficiente a compromettere l'equilibrio.

L'analisi - ove effettuata, coerentemente con le previsioni normative, a livello di intero contratto - evidenzia un margine ancora più ampio per l'ingresso di nuovi operatori sul bacino di riferimento, margine che non sarebbe stato colmato dall'ingresso di Arenaways neanche nell'ipotesi ipotetica di riempimento dei treni pari al 100%.

329. Si rileva al riguardo che, ai fini del calcolo della compromissione, risulta del tutto inconferente l'eccezione di Trenitalia relativa alla circostanza che la richiesta di tracce formulata da Arenaways a RFI, nonché le dichiarazioni sulla stampa, facevano presupporre un ingresso su scala più ampia rispetto al dato utilizzato nell'analisi degli Uffici, quale comunicato da Arenaways nel corso del procedimento. Trenitalia avrebbe dovuto limitarsi a calcolare qual era il numero di passeggeri*km, lasciando al più al regolatore il compito di valutare la tipologia di treni, la frequenza del servizio e il numero di fermate lungo la linea/bacino Torino-Milano in grado di sottrarre all'*incumbent* la metà del proprio utile. Né poteva essere diversamente alla luce del fatto che, come dichiarato dalla stessa Trenitalia, le sue valutazioni si basavano su previsioni e notizie ipotetiche ricavate addirittura dai giornali.

330. E d'altra parte, come già precedentemente osservato, Arenaways non era in grado di programmare la sua offerta non avendo ottenuto da RFI risposta in merito alla disponibilità delle tracce e sarebbe stato quindi quanto meno "imprudente" programmare un investimento finanziario nei termini prospettati da Trenitalia nella sua relazione all'URSF senza avere certezze in tal senso.

331. A riprova, comunque, che l'ingresso inizialmente programmato da

²⁴⁹ Doc. 6.478, relazione economica.

Arenaways sulla linea prevedeva effettivamente due soli treni di capienza massima inferiore ai 200 passeggeri si evidenzia, in primo luogo, la circostanza che quando l'impresa ferroviaria poi ha ottenuto l'autorizzazione per operare sulla Torino-Milano senza fermate intermedie ha svolto il servizio utilizzando due soli treni di 184 passeggeri; in secondo luogo, ciò è evidenziato anche nella richiesta di riesame della decisione dell'URSF n. 589, in cui Arenaways evidenzia che *“non solo il servizio attuale (due corse nelle due direzioni sulla tratta Torino-Milano) non può in assoluto compromettere l'equilibrio del contratto di Trenitalia”* ma ciò sarebbe ugualmente vero anche ipotizzando *“l'assegnazione delle tracce originarie (il noto “anello” Torino-Milano nella sua estensione massima di 343 km per una capacità massima di 6 giri completi comporta una percorrenza di 751.000 km/anno ...)”*. A riguardo la società evidenziava nel documento proprio la difficoltà di non poter avere un'indicazione precisa sul livello di operatività di Arenaways in grado di compromettere l'equilibrio sulla base del criterio di cui al D.D. del 6 maggio 2010 e chiedeva *“la concessione ... della possibilità di effettuare, per l'anno 2011, le fermate intermedie nella tratta Torino Milano, nell'“anello originario” e in subordine ... con fermate nei soli capoluoghi di provincia e Rho Fiera”*²⁵⁰.

332. Trenitalia, al contrario, pur presentando al regolatore una serie dettagliata di informazioni e calcoli su quello che, a suo dire, risultava l'ammontare di ricavi contendibili da parte del nuovo entrante, non riteneva utile né necessario, nella relazione predisposta per il regolatore, esplicitare il “livello” dell'ingresso del nuovo entrante compatibile con l'equilibrio.

333. Merita osservare che tale analisi è, invece, contenuta nella relazione tecnica predisposta *ex post* da Trenitalia al fine di confutare l'analisi controfattuale degli Uffici²⁵¹.

Tuttavia, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, le obiezioni ivi contenute appaiono del tutto prive di pregio. La predetta relazione tecnica, infatti, non contesta le valutazioni degli Uffici nel merito dell'analisi svolta ma si limita a confutare la scelta dei dati di partenza rispetto ai quali è formulata l'analisi, ovvero l'inclusione nell'utile della remunerazione del capitale al netto degli oneri finanziari e il numero di treni che Arenaways avrebbe operato sulla linea Torino –Milano.

[Omissis].

²⁵⁰ Doc. 5.344, allegato 1 e allegato 2.

²⁵¹ Doc 6.478, relazione economica.

4.3.4 Sui treni commerciali di Trenitalia già presenti sulla linea/bacino Torino-Milano

334. Al fine di amplificare l'impatto della riduzione dei ricavi da biglietti connessi ai contratti di servizio, derivante dall'ingresso di Arenaways, nella documentazione fornita all'URSF Trenitalia non ha tenuto conto della presenza, sulle medesime rotte, dei propri numerosi treni commerciali, suscettibili anch'essi di avere un impatto sull'equilibrio economico dei contratti di servizio al pari di quelli dell'operatore Arenaways.

In altri termini, Trenitalia ha omesso di considerare, nell'analisi di compromissione, la variazione dei ricavi da traffico relativi ai servizi oggetto di CdS, generata dalla sottrazione di passeggeri sulla Milano-Torino attribuibile ai treni commerciali di Trenitalia che già viaggiano sulla medesima tratta.

335. Il risultato è stato quello di drammatizzare l'impatto dell'ingresso di un operatore efficiente, ma di piccole dimensioni, la cui produzione avrebbe rappresentato, porzioni alquanto marginali della produzione annua relativa al contratto di servizio delle Regioni interessate. Sotto questo profilo è significativo quanto affermato nel corso della procedura dalla Regione Lombardia, secondo la quale *“l'eventuale impatto dell'ingresso di Arenaways era talmente modesto, che l'analisi di compromissione rischiava di essere esposta ad un elevato rischio di errore dovuto all'oscillazione statistica delle variabili. Infatti le eventuali riduzioni della domanda dei servizi offerti da Trenitalia, a seguito dell'ingresso di Arenaways, comunque contenute dato il basso numero di treni/km chiesti da Arenaways, potevano anche essere confuse con le riduzioni determinate da altre variabili (oscillazioni stagionali dei passeggeri, eventi esogeni ovvero ricorso ai mezzi privati)”*.

4.3.5 Sull'idoneità ad indurre in errore

336. Alla luce delle considerazioni svolte, la relazione trasmessa da Trenitalia all'URSF è stata, pertanto, concretamente idonea ad indurre in errore l'URSF, posto che essa ha costituito l'unico presupposto sul quale il regolatore ha poi nei fatti basato la propria decisione. Come infatti già illustrato nelle sezioni che precedono, le Regioni non hanno effettuato alcuna analisi di compromissione, non essendo, tra l'altro, in possesso dei dati di contabilità relativi ai CdS, che a Trenitalia spetterebbe periodicamente inviare alla controparte.

337. La concreta idoneità ad indurre in errore il regolatore va apprezzata soprattutto alla luce della posizione di rilevante asimmetria informativa dell'URSF nei confronti dell'*incumbent*, come del resto riconosciuto nel corso del presente procedimento istruttorio dall'URSF, secondo cui *“per poter svolgere l'analisi di compromissione ai sensi dell'art. 59 [...l'URSF...] è vincolato alla disponibilità delle amministrazioni regionali a produrre le informazioni richieste e ai dati forniti dall'incumbent e che, proprio per la sussistenza di oggettivi problemi di organico, effettuare una verifica della autenticità dei dati forniti è un lavoro impossibile”* e che i *“dati forniti dall'incumbent, [...] a volte non sono di agevole interpretazione”*; pertanto, *“solo laddove vi siano delle inesattezze o incongruenze macroscopiche nei dati forniti, l'URSF è in grado di coglierle e di tenerne adeguatamente conto nella propria decisione”*²⁵².

338. In particolare, come meglio chiarito dal regolatore nel corso dell'audizione del 3 marzo 2012²⁵³, la rappresentazione dei dati fornita da Trenitalia è stata tale da non consentirgli di comprendere la metodologia di calcolo dei costi sottesa all'analisi di compromissione e da indurlo, conseguentemente, a computare interamente il “costo del capitale investito” tra le voci di costo da considerare ai fini del calcolo dell'utile, ritenendo che ci si trovasse ancora in una logica pre-catalogo. Infatti, l'URSF ha precisato che Trenitalia ha fornito solo *“un set informativo aggregato e privo di dettaglio”* e soprattutto *“non ha fornito il ‘catalogo’”*; finanche *“le Regioni, che pure erano parti interessate, non hanno fornito né il Contratto di Servizio né la valorizzazione ‘a catalogo’”*²⁵⁴.

Ciò, se da un lato smentisce l'eccezione di Trenitalia secondo la quale i dati forniti al regolatore erano completi e congrui ai fini delle proprie valutazioni, testimonia, dall'altro, l'induzione in errore del Regolatore.

Infatti, e diversamente da quanto eccepito da Trenitalia, l'URSF – per sua stessa ammissione - era consapevole che il profitto fosse stato calcolato sottraendo per intero il “costo del capitale investito”; mentre non era consapevole che si trattasse di dati a catalogo.

In tale contesto, il Regolatore ha ritenuto giusto, in un'ipotesi pre-catalogo, computare tra i costi l'intero il “costo del capitale investito”. Viceversa, appreso in audizione che ci si trovava nell'altra ipotesi, ha riscontrato un problema metodologico, proponendosi di tenerne conto nelle valutazioni future.

²⁵² Doc. 5.375.

²⁵³ Doc. 6.436.

²⁵⁴ Doc. 6.436.

339. Che questo fosse il convincimento del regolatore, peraltro, si evince anche dalla richiesta di riesame della decisione n. 528, motivata da Arenaways proprio sulla base dell'intervenuta sottoscrizione (il 13 dicembre 2010) tra FS, Trenitalia e Regione Piemonte, del Protocollo di Intesa che individuava le Linee Guida per la predisposizione del nuovo Contratto di Servizio²⁵⁵. A tale richiesta faceva seguito l'avvio di un procedimento di riesame da parte dell'URSF, nel corso del quale il regolatore chiedeva a Trenitalia una nuova valutazione in merito alla compromissione dell'equilibrio anche alla luce dei recenti fatti intervenuti. A tale richiesta, tuttavia, Trenitalia ancora una volta forniva una rappresentazione ingannevole dei fatti, limitandosi ad indicare che *“le considerazioni sviluppate nella nota del 5 agosto 2010, ... risultano, ad oggi, pienamente valide ed efficaci, considerato che l'attuale definizione dei rapporti con la Regione Piemonte non ha inciso sulla struttura complessiva dell'offerta assunta a riferimento delle valutazioni espresse nel corso del procedimento principale”*, di nuovo inducendo il regolatore a contestualizzare l'analisi in uno scenario diverso da quello effettivo (si veda *supra* sezione 4.2, paragrafo 173).

340. Né varrebbe ad inficiare tale ricostruzione la circostanza che il regolatore ha pubblicato un'interpretazione autentica del DD 203/1/URSF, che proverebbe la correttezza dei comportamenti di Trenitalia.

La citata delibera è stata assunta il 30 marzo 2012 - ovvero esattamente lo stesso giorno dell'ultima audizione del regolatore con gli Uffici dell'Autorità – e, proprio alla luce delle affermazioni rese in audizione, non può che essere intesa nel senso di confermare quanto già affermato nel corso dell'audizione stessa: la remunerazione del capitale investito deve essere integralmente garantita a Trenitalia solo se il metodo di calcolo dei costi non è a catalogo, altrimenti, mutuando le affermazioni rese dall'URSF, *“la contabilità a catalogo e il ‘costo del capitale investito’, ove simultaneamente considerati, pongono dei problemi metodologici”*.

341. Pertanto, poiché Trenitalia ha fornito al Regolatore dati a catalogo, peraltro in forma aggregata e del tutto priva di dettaglio, avrebbe dovuto effettuare un calcolo dei profitti inclusivo anche del “costo del capitale investito” decurtato del solo valore degli oneri finanziari. Una diversa interpretazione, del resto, determinando un livello del profitto pressoché nullo, non lascerebbe mai spazio all'ingresso di nuovi operatori nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri.

²⁵⁵ Doc. 5.344, all. 1.

Peraltro, in tal modo risulterebbe vanificata la *ratio* stessa dell'art. 59, la cui finalità – diversamente da quanto eccepito da Trenitalia - è quella di contemperare due interessi contrapposti e parimenti degni di tutela: l'esigenza di garantire l'apertura dei mercati e l'esigenza di salvaguardare l'equilibrio economico di un Contratto di servizio.

Ed è il regolatore a farsi garante di questo equilibrio, chiarendo quale sia il limite entro il quale entrambi gli interessi sono soddisfatti.

342. Sotto un diverso profilo si comprende anche perché il regolatore, nel caso specifico, non abbia discusso il fatto che Trenitalia avesse effettuato un'analisi per linea/bacino piuttosto che relativa all'intero contratto: la prima, data l'erronea valutazione in merito alla valorizzazione dei costi e la conseguente scelta di detrarre dall'utile l'intero ammontare del “costo del capitale investito”, risultava addirittura più garantista per Arenaways. Infatti, sottraendo all'utile utilizzato per l'analisi di compromissione anche la parte del “costo del capitale investito” che corrisponde alla remunerazione del capitale di rischio, a livello di intero contratto si è in presenza di una perdita (e non di un utile) di esercizio, rendendo del tutto superflua l'analisi di compromissione.

343. D'altra parte, la remunerazione degli *asset* utilizzati nella produzione del servizio (il cd. “costo del capitale investito” calcolato sulla base del WACC) è stata per la prima volta introdotta nei contratti di servizio nel 2003, in un contesto in cui il livello dei sussidi pagati a Trenitalia si dimostrava quasi sempre insufficiente a coprire i costi di produzione del servizio – costi la cui stima appariva approssimativa e distorta verso il basso – rischiando di deprimere gli incentivi dell'operatore ferroviario a nuovi investimenti. In tal senso, la remunerazione del capitale investito garantiva a Trenitalia, nella maggior parte dei casi, oltre alla copertura degli oneri finanziari, la copertura di costi sottostimati. La nuova metodologia a catalogo introdotta nel 2007, unitamente al mantenimento della previsione della remunerazione del capitale investito (conteggiata tra i costi come “costo del capitale investito”), permette invece di calcolare un livello dei corrispettivi in grado di coprire integralmente i costi di produzione – ora imputati correttamente a bilancio – e di garantire un livello di utile pressoché “certo” sul capitale di rischio. Il rischio, infatti, rispetto ai contratti pre-catalogo, è di gran lunga più contenuto, essendo limitato ai soli ricavi da biglietto (a meno di eventuali e imprevedute variazioni esogene dei costi).

344. In considerazione del contesto nel quale Trenitalia si è trovata ad operare e dell'assoluto vantaggio informativo di cui la stessa dispone, quindi,

essa non poteva ragionevolmente ignorare che, in mancanza di una rappresentazione dei fatti completa quanto alle scelte metodologiche adottate ed alle conseguenze da queste derivanti, l'URSF sarebbe stato indotto a interpretare in senso favorevole all'*incumbent* le dichiarazioni rese nel corso del procedimento *ex art. 59*.

Rileva in questo senso quanto affermato nel caso AstraZeneca, in cui il giudice ha dichiarato che “ *senza che la Commissione debba dimostrare la malafede [della società] o un'intenzione positivamente fraudolenta da parte sua, è sufficiente rilevare che tale comportamento, caratterizzato da un'evidente mancanza di trasparenza, è contrario alla responsabilità particolare che incombe ad un'impresa in posizione dominante di non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune (v., in tal senso, sentenza Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, cit. supra al punto 30, punto 57)*”.

345. In tale direzione vanno anche le affermazioni dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni relative al caso AstraZeneca “ *... nell'ambito di un abuso di posizione dominante, nel valutare se un particolare tipo di comportamento sia ingannevole, il Tribunale non era tenuto ... a valutare l'asserita convinzione soggettiva dell'AZ [la parte] riguardo a un'interpretazione del diritto, in buona fede o altro, ma piuttosto ad esaminare la loro condotta effettiva*”²⁵⁶.

346. In conclusione, le informazioni fornite da Trenitalia all'URSF - impregiudicata la scelta di privilegiare le sole informazioni a livello di linea/bacino - appaiono nel complesso organizzate in modo tale da alterare l'analisi di compromissione dell'equilibrio e indurre in errore il regolatore, vanificando per questa via le finalità dell'art. 59 della legge n. 99/09.

L'esito di tale condotta - che si aggiunge ed arricchisce il comportamento ostruzionistico posto in essere da RFI in relazione all'assegnazione delle tracce ferroviarie effettivamente disponibili (senza le quali il nuovo entrante non poteva, peraltro, calibrare la propria offerta) - è stato quello di frapporre un'insuperabile barriera di natura amministrativa all'introduzione della concorrenza sui mercati rilevanti.

²⁵⁶ Para 50 delle Conclusioni dell'AG Mazak, nella causa *Astra Zeneca*, cit..

4.3.6 Sulla condotta tenuta da Trenitalia nel successivo procedimento di riesame

347. I medesimi comportamenti ostruzionistici sono stati adottati da Trenitalia anche nell'ambito del successivo procedimento di riesame, avviato a marzo 2011 e concluso a fine settembre 2011.

348. Infatti, da un lato, la società ha atteso ben quattro mesi per fornire risposta alla richiesta di informazioni dell'URSF, risposta che, come risulta dalla decisione che chiude il procedimento, è stata sollecitata dal regolatore. Dall'altro, pur essendo stato nel frattempo sottoscritto il nuovo contratto di servizio con la Regione Piemonte, Trenitalia non ha fornito alcun elemento addizionale o esplicativo delle modifiche intervenute per effetto del nuovo contratto (si pensi solo, ad esempio, che in precedenza i servizi del Piemonte erano regolati da un unico contratto di servizio, mentre dal giugno 2011 esistono due distinti contratti, uno con la Regione e uno con l'Azienda per la Mobilità Metropolitana e quest'ultimo non è interessato dall'offerta di servizi Arenaways).

Nella breve lettera inviata all'URSF Trenitalia si è limitata a confermare integralmente l'analisi condotta nell'ambito del primo procedimento. Pertanto, anche per la condotta tenuta da Trenitalia nell'ambito del procedimento di riesame valgono le valutazioni svolte nella precedente sezione.

349. In assenza di ulteriori contributi all'analisi di compromissione, per le medesime ragioni rilevate con riguardo al primo procedimento URSF, anche il procedimento di riesame è stato deciso dall'URSF sulla base della sola – fuorviante - rappresentazione dei fatti riportata da Trenitalia.

Su tali basi, non può essere accolta l'ulteriore eccezione formulata da Trenitalia sull'inidoneità dei propri comportamenti, relativi al procedimento di riesame, a produrre effetti. Ciò in quanto la conferma da parte dell'URSF della decisione che ha vietato le fermate intermedie ad Arenaways ha consentito a Trenitalia di mantenere ancora inalterato lo *status quo*.

350. Si osserva infine che la rappresentazione dei fatti fornita da Trenitalia nell'ambito del procedimento avviato dall'URSF in relazione alle richieste di tracce di Arenaways per l'anno ferroviario 2011/2012, procedimento tuttora in corso, si basa sulle medesime premesse metodologiche e sulla medesima metodologia di calcolo degli utili contenute nella relazione del 5 agosto 2010, giungendo ad analoghe conclusioni circa l'impatto rilevante che l'ingresso del concorrente avrebbe sui propri contratti di servizio.

4.3.7 Sull'uso strumentale da parte di Trenitalia dei propri treni commerciali

351. Nell'ambito dell'articolata strategia escludente posta in essere da Trenitalia si inserisce anche la condotta consistente nell'utilizzo strumentale di propri treni commerciali al fine di ostacolare l'ingresso del nuovo operatore.

352. Sul punto occorre ribadire in via preliminare come la presenza di treni commerciali e la continua ridefinizione (talvolta potenziamento) sulle tratte oggetto del prospettato ingresso di Arenaways sta innanzitutto a testimoniare come vi sia spazio per la presenza di altri operatori senza che l'equilibrio del CdS rischi di essere compromesso.

353. Va quindi rilevato che Trenitalia, sin dal 2008, e cioè dal momento in cui ha avuto notizia della richiesta di tracce di Arenaways, ha richiesto a RFI e in più occasioni ottenuto - potendo contare sulla tempestiva risposta affermativa del gestore della rete - tracce volte a variare sensibilmente, spesso potenziando, la propria offerta di servizi commerciali. Ed è significativo che ciò sia avvenuto proprio sulle medesime tratte interessate dai servizi Arenaways, in orari e con percorsi analoghi o in parte sovrapposti a quelli chiesti da tale operatore (v. *supra*, paragrafi 108 e seguenti).

Da ultimo, a conferma di una strategia escludente che si avvale sia di treni commerciali che di quelli sussidiati, nel nuovo CdS sottoscritto con il Piemonte, nella parte relativa alla programmazione, Trenitalia ha previsto un'offerta addizionale di treni sussidiati che opererà proprio nelle ore di punta e svolgendo le principali fermate previste nel progetto di Arenaways.

354. Va ricordato inoltre come tali comportamenti si inseriscano in un contesto nel quale Trenitalia ha sottoscritto, con le Regioni Piemonte e Lombardia, convenzioni che incentivano gli utenti dei servizi pubblici ad utilizzare i treni commerciali di Trenitalia (le c.d. Carta Tutto Treno e alla c.d. Carta Plus).

Tali convenzioni, che vengono considerate da Trenitalia come inscindibilmente connesse con i servizi sussidiati nella programmazione dell'offerta con le Regioni, sono idonee a sottrarre domanda ad eventuali operatori concorrenti, nonché a rafforzare il proprio potere contrattuale nei confronti delle Regioni.

355. Di più, ove la strategia escludente di Trenitalia è posta in essere con i treni commerciali, oltre a ridurre gli spazi "fisici" (tracce) ed "economici" (minori passeggeri) per l'ingresso di un nuovo operatore, ha anche l'effetto

di incidere direttamente sull'utile di esercizio - della rotta come dell'intero CdS – in termini di minori ricavi da traffico determinati da uno spostamento degli utenti dal servizio regionale ad un servizio più qualificato (IC ed ES City). In altri termini, Trenitalia, da un lato, aumenta i propri introiti – a causa del maggior prezzo dei biglietti dei treni IC e ES City rispetto a quelli regionali che gli utenti finali con una maggiore disponibilità a pagare e/o la Regione (si pensi all' *extra-corrispettivo*, fuori dal CdS, pagato a Trenitalia per la Carta Tutto Treno) versano a Trenitalia – dall'altro, riduce proprio l'ammontare dell'utile rispetto al quale l'URSF è chiamato a fare la valutazione di compromissione, pregiudicando ulteriormente le possibilità di ingresso di un nuovo operatore.

356. Infine, il comportamento fortemente aggressivo di Trenitalia, volto ad ostacolare l'ingresso di Arenaways, appare dettato non solo dalla consapevolezza degli effetti di riduzione della domanda che esso avrebbe avuto con riferimento sia ai propri treni commerciali (IC e ES City) - che per le loro caratteristiche, qualitative e tariffarie, erano indubbiamente sostituibili con i treni Arenaways - che con riguardo ai propri treni sussidiati, ma anche dall'effetto di “segnalazione” a favore dell'apertura del mercato che l'ingresso di Arenaways avrebbe avuto.

4.4 Conclusioni

357. Dalle evidenze acquisite nel corso del procedimento istruttorio emerge che l'insieme delle condotte descritte, posta in essere da FS, tramite le sue controllate RFI e Trenitalia - configura una fattispecie di abuso di posizione dominante, rilevante ai sensi della normativa *antitrust*, che ha avuto l'effetto di escludere Arenaways dal mercato del trasporto ferroviario passeggeri.

358. Più specificamente, il comportamento posto in essere costituisce un'unica e complessa strategia escludente consistita i) nell'aver, RFI, gestore dell'infrastruttura essenziale, ritardato ingiustificatamente l'assegnazione delle tracce richieste da Arenaways, attraverso continui rinvii strumentali, operando in modo discriminatorio rispetto a quanto riscontrato nei casi in cui analoghe tracce sono state richieste dall'impresa ferroviaria *incumbent*; ii) nell'aver, Trenitalia, durante i procedimenti URSF e con particolare riguardo al primo di tali procedimenti, fornito una rappresentazione dei fatti oggettivamente fuorviante e di fatto idonea a indurre in errore il regolatore. Ad esito di tale condotta, l'URSF ha assunto una decisione che ha vietato le fermate intermedie ad Arenaways, riducendo

drammaticamente per l'utenza l'attrattività dei servizi del nuovo entrante che, di conseguenza, si è trovato costretto ad uscire dal mercato. Tale decisione dell'URSF è stata confermata nel successivo procedimento di riesame, nell'ambito del quale Trenitalia ha perseverato nella propria strategia. Trenitalia risulta inoltre avere utilizzato con finalità escludente i propri treni commerciali e, in un secondo momento, anche quelli programmati nel CdS, ampliando e modulando la propria offerta in modo da sovrapporsi in parte rilevante, quanto a orari e percorso, ai servizi che il nuovo entrante intendeva prestare; ciò in un contesto caratterizzato da indebiti vantaggi competitivi per *l'incumbent* riconducibili all'esistenza di convenzioni che legano, in parte, i ricavi derivanti dai treni commerciali alla domanda espressa dagli utenti dei treni sussidiati.

359. Tale complessa strategia è risultata idonea a ritardare e poi impedire l'ingresso di Arenaways nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri e, inoltre, a creare i presupposti per ostacolare agevolmente - attraverso un uso strumentale delle procedure amministrative - ogni futuro tentativo di apertura del mercato.

360. La strategia escludente esaminata ha prodotto evidenti danni ai consumatori, rappresentati dal venire meno dell'unica alternativa possibile ai treni di Trenitalia, costituita da una presenza commerciale credibile, in grado di offrire un servizio innovativo su rotte caratterizzate da elevati flussi di traffico, in relazione ai quali l'utenza ha spesso manifestato insoddisfazione rispetto alle attuali caratteristiche qualitative e quantitative dei servizi offerti.

361. L'impatto sulla concorrenza dei comportamenti descritti appare pertanto molto rilevante, considerato che Trenitalia, avendo mantenuto lo *status quo*, continua ad operare in posizione di sostanziale monopolio nella generalità dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri, risultando così pregiudicato ogni effetto utile della vigente normativa sulla liberalizzazione del trasporto ferroviario passeggeri.

VIII. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTRACOMUNITARIO

362. Secondo la Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 - *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri* di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, su GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004, il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

363. Le condotte in questione, sebbene riferite a rotte che interessano due regioni del Nord d'Italia, coinvolgono l'intero territorio italiano, essendo state poste in essere dal gestore dell'infrastruttura ferroviaria nazionale; esse risultano idonee a pregiudicare il commercio tra Stati membri, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, poiché consolidano la compartimentazione del mercato a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato²⁵⁷.

IX. GRAVITÀ E DURATA DELLE INFRAZIONI

364. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura massima del dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata delle stesse infrazioni.

365. Per quel che riguarda la gravità dell'abuso realizzato da FS, per il tramite di RFI e Trenitalia, secondo la prassi dell'Autorità, conformemente all'orientamento comunitario, il suo apprezzamento è determinato da una pluralità di elementi di cui occorre tener conto, quali la natura delle condotte, l'importanza dell'impresa ed il contesto nel quale il comportamento è stato posto in essere.

366. A questo proposito, si rileva che il comportamento assunto da FS, attraverso le sue controllate RFI e Trenitalia – pienamente consapevoli della portata anticoncorrenziale delle condotte poste in essere, come dimostra la documentazione in atti – integra una fattispecie di abuso escludente, così come stabilita dal diritto *antitrust* comunitario e nazionale, ed è risultato suscettibile di causare un pregiudizio significativo, in quanto ha avuto l'effetto di inibire per lungo tempo ad Arenaways l'accesso all'infrastruttura ferroviaria, estromettendo conseguentemente dal mercato del trasporto ferroviario passeggeri un concorrente in grado di offrire un servizio innovativo e commercialmente appetibile.

Pertanto, l'unitaria strategia perseguita da FS per il tramite delle sue controllate RFI e Trenitalia, la prima in posizione di monopolio nel mercato dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria e la seconda in posizione di assoluta dominanza nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri, ha

²⁵⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione recante “Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato”, in GUCE C101/81 del 27 aprile 2004.

consentito a Trenitalia stessa di continuare ad essere l'unico operatore attivo sia nel mercato dei servizi di trasporto sussidiati che in quelli prestati a condizioni commerciali di cui al presente provvedimento, per questa via vanificando il processo di liberalizzazione in corso.

367. Sulla base di quanto precede emerge, dunque, in conformità con gli orientamenti giurisprudenziali comunitari e nazionali, che il comportamento posto in essere dal gruppo FS, finalizzato all'estromissione di Arenaways dal mercato del trasporto ferroviario passeggeri, costituisce una violazione grave della disciplina a tutela della concorrenza.

368. In merito alla durata, le risultanze istruttorie attestano che l'inizio della complessiva strategia escludente posta in essere da FS, attraverso RFI e Trenitalia, risale al maggio 2008 e si è concluso in data 5 settembre 2011.

In particolare, quanto alle condotte poste in essere da FS attraverso RFI, il comportamento abusivo ha avuto inizio il 13 maggio 2008, in occasione della prima lettera di RFI che dà il via alla "procedura" di consultazione volta a ritardare l'assegnazione delle tracce ad Arenaways e si è concluso in data 12 novembre 2010 con la stipula del contratto di uso dell'infrastruttura tra RFI e Arenaways.

I comportamenti di FS si sono poi arricchiti con la condotta di Trenitalia; in particolare, il comportamento abusivo posto in essere da FS tramite Trenitalia ha avuto inizio in data 5 agosto 2010, in occasione della prima relazione inviata dalla società all'URSF, nella quale quest'ultima ha fornito informazioni idonee ad indurre in errore il Regolatore, e si è concluso in data 5 settembre 2011 data in cui, nel corso dell'ultima procedura innanzi all'URSF – avviata il 24 giugno 2011 - per la valutazione del possibile impatto sui contratti di servizio dei nuovi servizi ferroviari richiesti da Arenaways per l'anno ferroviario 2011/2012, Trenitalia ha presentato una relazione nella quale ha continuato a sostenere che i servizi del nuovo operatore impattavano significativamente sui Contratti di servizio in essere.

X. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

369. Una volta accertate la gravità e la durata delle infrazioni poste in essere da FS per il tramite delle controllate RFI e Trenitalia, ai fini dell'individuazione dei criteri di quantificazione, occorre tenere presente la Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02, recante "*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, para. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003*".

Inoltre, in un'ottica di quantificazione della sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, devono essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni. Alla luce di tali criteri, si determinano gli importi delle sanzioni comminabili alle Parti, prendendo anche in debita considerazione l'effettiva capacità economica delle Parti di pregiudicare, in modo significativo, il gioco concorrenziale.

370. Relativamente alla gravità dell'infrazione, nel richiamare le considerazioni già svolte, occorre tener presente che l'infrazione in esame, in quanto consistita nella frapposizione di ostacoli volti a ritardare l'ingresso di Arenaways nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri al fine di prolungare artificialmente il monopolio di fatto detenuto dell'operatore in posizione dominante su tale mercato, si connota come una violazione grave della disciplina *antitrust*.

371. Ai fini della quantificazione della sanzione è necessario considerare che FS, per il tramite delle società RFI e Trenitalia detiene una posizione di sostanziale monopolio nel mercato dell'accesso all'infrastruttura ed un monopolio di fatto nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri; si tratta peraltro, in considerazione delle dimensioni, di un gruppo necessariamente consapevole della gravità delle politiche anticoncorrenziali poste in essere.

372. Ai fini della quantificazione della sanzione, deve essere considerato il contesto assolutamente peculiare nel quale è stata posta in essere l'unitaria strategia escludente di FS per il tramite delle proprie controllate RFI e Trenitalia; ciò soprattutto in quanto la decisione resa dall'URSF in merito alla compromissione dei servizi prospettati da Arenaways sul Contratto di servizio di Trenitalia è stata la prima decisione emessa in vigore dell'art. 59 e del Decreto Dirigenziale 203/1 del 6 maggio 2010, di attuazione del citato articolo.

Quanto precede, sebbene non incida sull'esistenza e sulla gravità dell'abuso, conferisce un carattere di novità alla condotta contestata, tale da costituire motivo sufficiente per irrogare una sanzione minima alle parti della procedura istruttoria in corso, limitata a 100.000 euro, con riferimento alla condotta posta in essere da FS, per il tramite della propria controllata RFI, e a 200.000 euro, con riferimento alla condotta posta in essere da FS, per il tramite della propria controllata Trenitalia.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che la condotta posta in essere da Ferrovie dello Stato S.p.A. per il tramite delle società controllate Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e Trenitalia S.p.A., costituisce un abuso di posizione dominante contrario all'articolo 102 del TFUE, finalizzato ad ostacolare, ed in ultima analisi, ad estromettere la società Arenaways dal mercato del trasporto ferroviario passeggeri;

b) che le citate società si astengano in futuro dal porre in essere un comportamento analogo a quello oggetto dell'infrazione accertata al punto precedente;

c) di irrogare, in solido, alle società Ferrovie dello Stato S.p.A. e Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., in ragione dell'infrazione di cui al punto a), una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 100.000 €(centomila euro);

d) di irrogare in solido, alle società Ferrovie dello Stato S.p.A. e Trenitalia S.p.A., in ragione dell' infrazione di cui al punto a), una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 200.000 €(duecentomila euro).

La sanzione amministrativa di cui alle precedenti lettere c) e d) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/97. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

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.

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

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

I. PREMESSA	3
II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO	3
1. LE DENUNCE	3
2. L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA	4
III. LE PARTI	6
1. LE SOCIETÀ DENUNCIATE	6
2. I DENUNCIANTI	7
IV. IL CONTESTO NORMATIVO-REGOLAMENTARE	8
1. L'ACCESSO ALL'INFRASTRUTTURA FERROVIARIA	8
2. SERVIZI SUSSIDIATI E CONTRATTI DI SERVIZIO PUBBLICO	12
2.1 <i>La determinazione dei sussidi: l'Accordo-quadro del 1999</i>	14
2.2 <i>I contratti "a catalogo"</i>	15
2.3 <i>I contratti con le Regioni Piemonte e Lombardia</i>	16
3. LIBERALIZZAZIONE ED EQUILIBRIO ECONOMICO DEI CONTRATTI DI SERVIZIO PUBBLICO	17
V. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE	20
1. L'ACCESSO ALL'INFRASTRUTTURA FERROVIARIA E LA POSIZIONE DI RFI	20
2. IL TRASPORTO FERROVIARIO PASSEGGERI E LA POSIZIONE DI TRENITALIA	20
3. I SERVIZI PROSPETTATI DA ARENAWAYS	22
4. LE CONDOTTE CONTESTATE AL GRUPPO FS	24
4.1 <i>I comportamenti di RFI</i>	25
4.1.1 I continui rinvii di RFI	25
a) Gli eventi antecedenti la richiesta di tracce di Arenaways	26
b) Gli eventi successivi alla richiesta di tracce dell'aprile 2008	27
b.1) Maggio 2008 – luglio 2009	27
b.2) Le questioni specifiche sollevate dalla regione Lombardia	36
c) I comportamenti di RFI dopo l'avvio del procedimento URSF ex art. 59	39
4.1.2 La risposta di RFI alle richieste di tracce avanzate da Trenitalia	42
4.1.3 Gli altri comportamenti del gestore dell'infrastruttura	44
4.1.4 Considerazioni conclusive sulle condotte di RFI	45
4.2 <i>I comportamenti di Trenitalia</i>	45
4.2.1 La condotta di Trenitalia nell'ambito dei procedimenti URSF ex art. 59	46
a) I procedimenti URSF ex art. 59 relativi ai servizi Arenaways	46
b) La rappresentazione dei fatti fornita da Trenitalia nel primo procedimento URSF	48
b.1) L'analisi per linea	49
b.2) La stima dei ricavi da traffico contendibili	51
b.3) Il calcolo della compromissione dell'equilibrio economico effettuato da Trenitalia	52
c) Le implicazioni sulla compromissione dell'equilibrio derivanti dal catalogo	55
c.1) L'errore metodologico	55
c.2) L'utile "effettivo"	57
d) Una valutazione dell'impatto dell'ingresso di Arenaways a partire dall'utile effettivamente realizzato da Trenitalia	58
d.1) Il calcolo dell'utile in base all'art. 6 del decreto dirigenziale 203/1/URSF	58
d.2) L'offerta programmata da Arenaways	61
d.3) L'ammontare di viaggiatori*km che un nuovo entrante dovrebbe effettuare per compromettere l'equilibrio economico di Trenitalia	62
d.4) La mancata considerazione dei propri treni commerciali	64
e) La rappresentazione dei fatti di Trenitalia nei successivi procedimenti URSF	66
4.2.2 Le lettere di Trenitalia a MIT, RFI, Regioni e URSF	67
4.2.3 Considerazioni conclusive sulle condotte poste in essere da Trenitalia	68
VI. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI	69
1. ECCEZIONI PRELIMINARI	69
1.1 <i>la violazione dei diritti di difesa</i>	69
1.2 <i>L'imputabilità del comportamento ad FS</i>	70
2. LA POSIZIONE DI RFI	72
2.1 <i>L'assenza di abuso e la correttezza del comportamento di RFI</i>	73
2.2 <i>La natura del servizio svolto da Arenaways ed il regime normativo applicabile</i>	74
2.3 <i>L'operatività del servizio Arenaways e le questioni di carattere tariffario</i>	76
2.4 <i>L'assegnazione delle tracce e le ripercussioni della richiesta di Arenaways sull'equilibrio economico dei contratti di servizio</i>	77
2.5 <i>L'imputabilità del ritardo nell'assegnazione delle tracce ad Arenaways</i>	78
2.6 <i>L'assenza di gravità delle condotte del gestore</i>	80
3. LA POSIZIONE DI TRENITALIA	80
3.1 <i>L'assenza dei presupposti per l'applicabilità dell'art. 102 TFUE</i>	81

3.1.1	L'indebita ingerenza nella sfera dell'URSF -----	81
a)	Erronea applicazione del precedente Astrazeneca: l'assenza di discrezionalità limitata dell'Amministrazione -----	82
b)	Erronea applicazione del precedente Astrazeneca: l'assenza di ingannevolezza nella rappresentazione dei fatti fornita all'URSF -----	82
c)	la posizione dell'URSF sui dati forniti da Trenitalia -----	84
3.1.2	Gli errori e le incongruenze dell'analisi condotta dagli Uffici -----	85
3.1.3	Il travisamento delle finalità dell'art. 59 -----	86
3.2	<i>L'erronea definizione ed analisi dei mercati rilevanti</i> -----	87
3.3	<i>L'inidoneità a produrre effetti dei presunti ritardi nel procedimento di riesame</i> -----	88
3.4	<i>Assenza di gravità dei comportamenti contestati</i> -----	88
VII.	VALUTAZIONI -----	88
1.	PREMESSA -----	88
2.	ECCEZIONI PRELIMINARI-----	89
2.1.	<i>Sulla violazione dei diritti di difesa</i> -----	90
2.2	<i>Sul perimetro delle contestazioni in sede di estensione soggettiva</i> -----	91
2.3	<i>Sull'imputabilità ad FS dei comportamenti di RFI e Trenitalia</i> -----	93
3.	I MERCATI RILEVANTI E LA POSIZIONE DOMINANTE DELLE PARTI-----	95
3.1	<i>Il mercato dell'accesso alle infrastrutture</i> -----	95
3.2	<i>Il mercato del trasporto ferroviario passeggeri</i> -----	96
3.3	<i>L'accertamento della posizione dominante</i> -----	97
4.	I COMPORTAMENTI ABUSIVI DEL GRUPPO FS -----	98
4.1	<i>Premessa</i> -----	98
4.2	<i>Gli ostacoli all'accesso all'infrastruttura: la natura escludente delle condotte di RFI</i> -----	98
4.2.1	Sul carattere non necessario della procedura di consultazione -----	99
4.2.2	Sulla natura dei servizi offerti da Arenaways-----	103
4.2.3	Sull'esigenza di preservare l'equilibrio dei contratti di servizio e sull'incertezza del quadro normativo-----	104
4.2.4	Sull'imputabilità del ritardo ad Arenaways-----	107
4.2.5	Sull'assenza di giustificazioni e sull'intento escludente della condotta di RFI -----	108
4.3	<i>L'induzione in errore dell'URSF: la natura escludente delle condotte di Trenitalia</i> -----	110
4.3.1	Sull'indebita ingerenza nella sfera dell'URSF-----	110
4.3.2	Sull'applicabilità del precedente AstraZeneca: la discrezionalità limitata dell'Amministrazione-----	112
4.3.3	Sull'applicabilità del precedente AstraZeneca: l'ingannevolezza della rappresentazione fornita -	112
a)	Sull'utilizzo fuorviante dei dati a catalogo-----	113
b)	Sulle reali motivazioni alla base dell'analisi di linea-----	115
c)	Sulle implicazioni derivanti dal calcolo dell'utile effettivo in termini di compromissione dell'equilibrio -----	116
4.3.4	Sui treni commerciali di Trenitalia già presenti sulla linea/bacino Torino-Milano-----	120
4.3.5	Sull'idoneità ad indurre in errore-----	120
4.3.6	Sulla condotta tenuta da Trenitalia nel successivo procedimento di riesame -----	125
4.3.7	Sull'uso strumentale da parte di Trenitalia dei propri treni commerciali -----	126
4.4	<i>Conclusioni</i> -----	127
VIII.	IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTRACOMUNITARIO -----	128
IX.	GRAVITÀ E DURATA DELLE INFRAZIONI -----	129
X.	QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE -----	130