

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 3 luglio 2013;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 101 del TFUE;

VISTA la delibera adottata in data 17 ottobre 2012 con la quale è stato avviato un procedimento istruttorio, ai sensi dell'art. 14 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti delle società Salini Costruttori S.p.A. e Impregilo S.p.A., volto ad accertare eventuali violazioni dell'art. dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea-TFUE;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, trasmessa alle parti in data 29 gennaio 2013;

VISTA la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Salini Costruttori S.p.A. (di seguito, Salini Costruttori) è una società che detiene l'intero capitale sociale di Salini S.p.A. (di seguito, Salini), a sua volta attiva nel settore edilizio attraverso l'assunzione in appalto e/o in concessione,

sia da enti pubblici che da privati, di lavori edilizi, stradali, aeroportuali, idraulici, marittimi e ferroviari e di costruzione in genere, tanto in Italia quanto all'estero, sia per conto di terzi che in proprio.

Salini Costruttori è controllata dalla società Salini Simonpietro e C. S.a.p.A., che ne detiene il 47,1% del capitale sociale.

Nel 2011 il Gruppo Salini ha realizzato, a livello mondiale, un fatturato pari a 1,4 miliardi di euro, dei quali 325 milioni di euro sono stati realizzati in Italia.

2. Impregilo S.p.A. (di seguito, Impregilo) è una società per azioni quotata sul mercato telematico gestito da Borsa Italiana S.p.A., attiva nel settore delle costruzioni, segnatamente nei settori dell'industria delle costruzioni d'ingegneria civile e delle grandi infrastrutture (opere stradali, portuali, idrauliche, idroelettriche, edilizie ferroviarie) in Italia ed all'estero.

Impregilo è controllata da Salini, che ne detiene il 92,08% del capitale sociale a seguito dell'offerta pubblica di acquisto volontaria comunicata alla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa in data 6 febbraio 2013¹.

Nel 2011 Impregilo ha realizzato, a livello mondiale, un fatturato pari a 2,1 miliardi di euro, dei quali 457 milioni di euro sono stati realizzati in Italia.

II. LE ATTIVITÀ ISTRUTTORIE SVOLTE

3. In data 18 ottobre 2012 sono state effettuate verifiche ispettive presso le sedi delle società Impregilo, Salini Costruttori e Salini.

Le società Impregilo e Salini Costruttori sono state sentite in audizione in data 10 dicembre 2012. La società Salini Costruttori ha esercitato il diritto di accesso agli atti del procedimento in data 22 novembre 2012. La società Impregilo ha presentato memoria in data 14 dicembre 2012.

4. Rispettivamente in data 14 novembre 2012 e 27 novembre 2012 le società Itinera S.p.A. e IGLI S.p.A. hanno fatto pervenire istanza di partecipazione al procedimento istruttorio ai sensi dell'art. 7, comma 1, del D.P.R. n. 217/98. Entrambe le società sono state ammesse a partecipare al procedimento.

Rispettivamente in data 4 dicembre e 21 dicembre 2012 le società Itinera S.p.A. e IGLI S.p.A. hanno esercitato il diritto di accesso agli atti del procedimento.

¹ Cfr. provvedimento n. 24236, caso C11779B - *SALINI/IMPREGILO*, in Boll. n. 9/2013.

La società IGLI S.p.A. ha presentato memoria in data 8 gennaio 2013 e 8 marzo 2013.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

III.1. L'Accordo

5. In data 4 ottobre 2012 Impregilo ha predisposto (e pubblicato sul proprio sito Internet²) il documento denominato “*Documento informativo relativo all'Accordo strategico di cooperazione commerciale e organizzativa tra Impregilo S.p.A. e Salini Costruttori S.p.A.*” (di seguito, il Documento).

In particolare, il Documento ha a oggetto “*l'accordo strategico di cooperazione commerciale e organizzativa*” (di seguito, l'Accordo) sottoscritto in data 27 settembre 2012 tra Impregilo e Salini Costruttori, al fine di avviare una strategia di collaborazione tra il Gruppo Impregilo e il Gruppo Salini (di seguito, anche “le Parti”), strategia “*volta a cogliere le opportunità di incremento di valore e di ricavi per entrambi i Gruppi, nonché a conseguire risparmi di costi per effetto di sinergie operative e industriali*”.

L'Accordo ha durata indeterminata, salva la facoltà di ciascuna delle Parti di recedere con tre mesi di preavviso.

6. Più precisamente, come si legge nel Documento, l'Accordo “*disciplina procedure di coordinamento delle rispettive organizzazioni*” al fine di selezionare le iniziative commerciali aventi ad oggetto infrastrutture e grandi opere complesse di potenziale interesse per entrambe le Parti nonché al fine di disciplinare la partecipazione alle relative gare di appalto, vale a dire la predisposizione e la presentazione congiunta di offerte.

7. Con specifico riferimento alla “*Finalità dell'Accordo*”, il Documento riporta che: “*Pur avendo una finalità preminentemente commerciale e industriale, l'Accordo ha cura di definire, garantendo specifici presidi nella fase istruttoria delle gare di comune interesse delle Parti, le modalità di gestione di un potenziale conflitto di interessi che, in riferimento alle operazioni in oggetto, non è prevenibile in assoluto [...]. Si evidenzia al riguardo che l'Accordo scandisce, dandone evidenza formale e documentata, i passaggi che possono*

² Cfr. http://www.impregilo.it/public/impregilo/it/comunicatostampa_Impregilo_04ott2012.php.

condurre le Parti alla partecipazione congiunta ad una gara, con ciò consentendo che i processi decisionali rimessi in ultima istanza agli organi deliberativi competenti di ciascuna delle Parti si svolgano in modo trasparente e tracciabile, nel rispetto delle applicabili previsioni di legge”³.

8. A tal fine, le Parti hanno ravvisato l’opportunità di disciplinare nell’Accordo *“una procedura immediatamente operativa per la cooperazione continuativa nell’attività di selezione delle iniziative commerciali aventi ad oggetto infrastrutture e grandi opere complesse [di seguito, “le commesse”] di potenziale interesse per entrambe le Parti e la partecipazione alle relative gare di appalto”*.

9. In particolare, l’Accordo⁴ rimette l’individuazione e valutazione delle sinergie commerciali e industriali a un comitato – c.d. *“Comitato per l’Accordo Strategico”* - composto da 4 membri, 2 dei quali in rappresentanza di Salini Costruttori e 2 di Impregilo⁵. Il Comitato per l’Accordo Strategico *“svolge un ruolo propositivo nei confronti degli organi sociali competenti di ciascuna delle Parti”*.

Tuttavia, *“ogni decisione in merito all’adozione e attuazione di proposte o suggerimenti formulati dal Comitato per l’Accordo Strategico dovrà essere sottoposta all’approvazione degli organi deliberativi competenti di ciascuna Parte, in conformità alle rispettive procedure interne. Nessun obbligo sorgerà a carico delle Parti se non in forza di specifici accordi o protocolli di intesa sottoscritti tra le Parti per le singole materie”*.

10. Nelle competenze del Comitato per l’Accordo Strategico rientrano principalmente:

- (a) l’approfondimento delle strategie commerciali comuni da implementare nei Paesi in cui, alla data dell’Accordo, entrambe le Parti o una di esse operano, nonché l’analisi delle opportunità di ingresso in nuovi mercati ritenuti strategici;
- (b) lo sviluppo di sinergie di costo;
- (c) l’ottimizzazione dell’utilizzo del personale delle Parti, con specifico riferimento alle attività di cui all’Accordo, e l’individuazione di eventuali criticità e opportunità relative all’utilizzo delle risorse nei Paesi oggetto di sinergie commerciali e di *marketing*;

³ Sezione I, punto D. del Documento, denominato *“Finalità dell’Accordo”*.

⁴ Sezione 2, punto A., del Documento, denominato *“Procedura per la definizione delle possibili sinergie commerciali e industriali”*.

⁵ Più precisamente, i 4 membri sono così designati: 2 amministratori in carica, indicati uno per parte, e il *Chief Financial Officer* di ciascuna parte.

(d) l'individuazione di ulteriori aree che consentano di beneficiare di sinergie di costo e/o commerciali.

Segue: la selezione delle nuove commesse e la partecipazione alle relative gare

11. Il Documento disciplina dettagliatamente le *“Procedure per la selezione delle nuove Commesse e la partecipazione alle relative Gare”*.

In tale ottica, il Documento prevede che Impregilo e Salini Costruttori nominino un Responsabile dei Progetti Italia e un Responsabile dei Progetti Estero che dovranno a loro volta fare riferimento al Coordinatore dei Progetti Italia e al Coordinatore dei Progetti Estero, nominati dalle Parti di comune accordo.

12. In particolare, è previsto che i Responsabili Progetti di ciascuna società *“condividono tra loro, su base continuativa, le segnalazioni di Commesse di volta in volta pervenute dai rispettivi responsabili di Paese/aerea”*.

Per il caso in cui una o più commesse tra quelle segnalate vengano ritenute da entrambi i competenti Responsabili Progetti di nessun interesse per entrambe le Parti, la stessa commessa verrà esclusa da quelle oggetto di studio. In tutti gli altri casi, ciascun Responsabile Progetti procederà alla stesura di una relazione che illustri i principali termini e condizioni della commessa, ivi incluso il *budget* preliminare con indicazione dell'importo complessivo dei lavori, eventuali soggetti terzi che potrebbe essere opportuno coinvolgere nella gara nonché l'indicazione della Parte che svolgerà il ruolo di leader (c.d. *“capofila della gara”*).

13. Le relazioni dei Responsabili Progetti e la relazione del Coordinatore (che individuerà le c.d. *“gare preselezionate”*) verranno da ultimo trasmesse agli organi interni competenti di ciascuna delle Parti, ai quali è rimessa la valutazione finale circa l'opportunità di intraprendere ogni ulteriore attività in relazione a ciascuna gara preselezionata.

14. Gli organi competenti di ciascuna Parte selezionano autonomamente le commesse di interesse oggetto delle gare preselezionate, sulla base delle procedure interne vigenti, al fine di individuare l'elenco finale delle c.d. *“Gare Selezionate”*, prevedendo altresì che *“tutte le iniziative selezionate dai suddetti Responsabili e Coordinatori vengano perseguite congiuntamente e si concludano, di regola, con la presentazione di un'unica offerta al cliente”*, fatta salva *“la facoltà di ciascuna delle Parti di decidere di non perseguire l'iniziativa commerciale selezionata, fermo restando che tale facoltà dovrà*

essere motivata da comprovate ragioni di natura industriale, commerciale o finanziaria. Nel caso in cui una delle Parti si dovesse avvalere di tale facoltà, l'altra sarà libera di perseguire l'iniziativa commerciale in autonomia o in collaborazione con altri partner, mentre la Parte che avrà manifestato la propria intenzione di non perseguire l'iniziativa, non potrà più parteciparvi ad alcun titolo”.

15. Quanto alle modalità “*Partecipazione alle Gare Selezionate e predisposizione delle Offerte*”, il Documento prevede che per la gara selezionata le quote di partecipazione saranno le seguenti: 1. Impregilo: 50%; 2. Salini: 50%.

Inoltre, prima della predisposizione e presentazione dell'offerta, le Parti (e gli eventuali altri soci) negoziano e sottoscrivono gli accordi associativi (c.d. “*pre-bid agreement*”) disciplinanti i rapporti tra le stesse e i reciproci diritti e obbligazioni nell'ambito dello svolgimento della gara selezionata e della gestione della commessa in caso di aggiudicazione, prevedendo esplicitamente, *inter alia*: i) la forma associativa dell'entità operativa di scopo, fermo restando che le Parti si danno atto che, per quanto possibile, opereranno attraverso la costituzione di consorzi; ii) le quote di partecipazione e le regole di *governance*; iii) la ripartizione dei compiti per la preparazione dell'offerta; iv) le modalità di affidamento dei lavori.

III.II. Le motivazioni dell'Accordo

16. La documentazione acquisita agli atti del procedimento, a seguito delle attività ispettive e delle audizioni con le Parti, ha permesso di delineare le motivazioni sottostanti la sottoscrizione dell'Accordo, ovvero le finalità che attraverso il medesimo Accordo si proponevano di raggiungere le Parti medesime.

In tale ottica, in un documento reperito in ispezione⁶ – consistente in un'analisi di mercato sviluppata per la società Impregilo da parte della società di consulenza “*The Boston Consulting Group*” – vengono evidenziati i fattori che rappresentano i c.d. “razionali industriali” alla base dell'Accordo. Più specificamente, l'analisi sviluppata individua alcuni “*motivi chiave per avviare con successo un accordo strategico di collaborazione tra Impregilo e Salini*”.

⁶ Cfr. doc. I.7.

Tra questi, vi è la *“forte complementarità geografica”* esistente tra i due soggetti, atteso che Impregilo ha una forte presenza nel Sud America, mentre Salini è presente in *“Africa, Middle East e Eastern Europe”*⁷. In particolare, Salini realizza oltre l’80% del proprio fatturato all’estero *“grazie ad una presenza storica in Africa, dove opera da oltre 50 anni”*⁸.

17. Sempre tra i motivi alla base dell’Accordo viene poi fatto riferimento alla possibile maggiore *“facilità di accesso al credito”* e alla maggiore *“capacità di bonding”*, in ragione del fatto che il soggetto che si verrebbe a delineare a seguito dell’Accordo di collaborazione avrebbe una maggiore dimensione e darebbe una *“percezione di minor rischio da parte degli istituti di credito”*: tali fatti vengono definiti come *“essenziali per fare business con successo in paesi come per esempio gli Stati Uniti”*.

18. Nel medesimo documento⁹ viene altresì definito il *“Contesto di mercato”* nel quale si svilupperà l’Accordo; più specificamente l’analisi fa riferimento al *“mercato globale delle costruzioni”*, il quale ha registrato tassi di crescita significativi sia nel periodo c.d. *“pre-crisi”* economica (2003-2007) sia nel periodo contestuale alla crisi (2007-2011), con proiezioni di crescita per i prossimi anni anch’esse importanti (il documento stima un tasso di crescita pari all’8-9% annuo nel periodo 2012-2020).

Tali opportunità di crescita che il mercato pare destinato a offrire nei prossimi anni, tuttavia, potranno essere colte, prosegue il documento, soltanto da quegli operatori che, tra le altre cose, possiederanno *“referenze nei paesi attrattivi”*.

19. Sempre in merito alle finalità dell’Accordo in esame, i documenti agli atti acquisiti in sede ispettiva evidenziano l’intenzione delle Parti di realizzare, attraverso l’Accordo, un soggetto che sia *“in grado di competere a livello internazionale grazie al bagaglio di competenze specifiche, alle importanti referenze acquisite e alle caratteristiche dimensionali internazionali”*¹⁰.

Coerentemente con tale finalità, tra le linee guida strategiche di Impregilo per il periodo 2013-2017 è indicata la necessità di *“Identificare 2-3 nuovi grandi mercati su cui sviluppare un piano convincente di penetrazione e crescita”*: in particolare, l’attenzione è rivolta a *“Paesi con più di 50Mld€ di investimenti attesi nei prossimi 4-5 anni in ferrovie, strade, idroelettrico e metro, come*

⁷ Più specificamente, dalla documentazione agli atti emerge una presenza delle due società parti dell’Accordo in più di 50 Paesi a livello mondiale (cfr. doc. II.27).

⁸ Cfr. doc. II.27, pag. 5.

⁹ Cfr. doc. I.7.

¹⁰ Cfr. doc. II.27, pag. 5.

U.S.A., Brasile, Turchia, Medio Oriente, Canada o Australia”¹¹.

20. Quanto alle dinamiche competitive nel settore delle costruzioni di infrastrutture e di grandi opere complesse - talora definito nei documenti “*Construction market*” (cfr. tra gli altri, doc. I.8) - altri documenti evidenziano come le medesime si svolgano a livelli sovranazionali.

In tale prospettiva, il doc. I.8, sempre in merito ai “*razionali industriali*” sottostanti l’Accordo, sviluppa in più punti un’analisi delle prospettive di crescita del mercato delle costruzioni per regione geografica (“*by region*”), dove per “*region*” si intendono le seguenti aree: Africa, Oceania, Medio Oriente (“*MidEast*”), Sud America (“*South America*”), Europa orientale (“*Eastern Europe*”), Asia, Nord America (“*North America*”) ed Europa occidentale (“*Western Europe*”).

21. Dal confronto con i principali *player* internazionali attivi nel settore in oggetto, emerge uno scenario nel quale Impregilo, che pure rappresenta “*il più grande general contractor italiano*”, nel 2011 ha fatto registrare ricavi assai inferiori rispetto ai principali *competitor* europei: ossia ricavi che sono circa 1/15 rispetto a quelli medi dei due principali operatori francesi, 1/10 rispetto a quelli medi dei due *top player* tedeschi e 1/5 dei ricavi di altri concorrenti europei. A tal proposito, da uno studio di mercato acquisito agli atti che riporta una classifica dei principali *general contractor* mondiali, emerge come Impregilo si collochi, nel 2012, soltanto al 49° posto dei principali operatori a livello mondiale, mentre Salini Costruttori al 71° posto¹².

22. Quanto alle prospettive di crescita delle diverse aree geografiche mondiali, dal documento I.8 emerge che i mercati che hanno registrato un maggior tasso di crescita (“*growth rate*”) nel periodo 1997-2012 sono quelli dell’Europa Orientale (+14,7%), del Sud America (+13%) e dell’Africa (+11,9%); diversamente, Nord America ed Europa Occidentale hanno registrato i tassi di crescita meno significativi (rispettivamente + 3,5% e + 3,7%).

Quanto alle prospettive di crescita delle medesime aree geografiche, emerge poi che le regioni con maggior prospettiva di crescita (nel periodo 2012-2020) sono l’America del Sud (+14,5%), l’Asia (+10,2%), il Medio Oriente (+10,0%) e l’Europa orientale (+9,5%); diversamente, le aree geografiche dalla quali ci si aspettano tassi di crescita meno significativi sono l’Oceania (+6,4%) e l’Europa occidentale (+4,0%).

¹¹ Cfr. doc. III.46, pag. 9.

¹² Cfr. doc. IV.81.

23. Tali prospettive di crescita sono confermate da altri documenti. In particolare, il Gruppo Salini si aspetta, con riferimento al periodo 2011-2015, che i maggiori investimenti saranno dovuti alla commessa denominata “Millennium” (che riguarda Etiopia e Malesia), alla commessa “Zytomir” (Ucraina), nonché ad ulteriori commesse da acquisire in Turchia e Medio Oriente¹³.

24. Con specifico riguardo alle prospettive di crescita in Europa, più in generale, e in Italia, più specificamente, in un altro documento acquisito in ispezione¹⁴ si legge che *“Il mercato italiano delle costruzioni si è contratto nel periodo 2006-11 ed è attesa una crescita a tassi più bassi”*; analogamente, *“In Europa la crescita attesa nel periodo 2011-15 è modesta”*.

In ragione di tali ultimi elementi, il medesimo documento, con specifico riferimento al piano strategico di Impregilo per il periodo 2012-2016 (c.d. *“Impregilo’s 2012-2016 strategic plan: three key considerations”*¹⁵) evidenzia che Impregilo dovrebbe mantenere (e non incrementare) la propria presenza in Italia (*“Impregilo should contain, and not increase, its presence in Italy”*), ciò in quanto il mercato delle costruzioni a livello nazionale non crescerà così rapidamente come i mercati internazionali; peraltro, il mercato italiano ha caratteristiche intrinseche che lo rendono meno interessante¹⁶. Di converso, i mercati internazionali offrono opportunità di crescita *“significativamente maggiori”*¹⁷.

25. I *“razionali industriali”* dell’accordo, così come delineati sulla base della documentazione reperita in sede ispettiva, sono stati ulteriormente precisati dalle Parti, anche attraverso documentazione versata agli atti nel corso del procedimento. In particolare, le Parti hanno evidenziato come l’Accordo in questione sia mirato principalmente alle future gare internazionali, atteso che le due società realizzano circa i 4/5 del proprio fatturato nel resto del mondo ed *“essendo il mercato italiano del tutto residuale per gli interessi delle due società”*¹⁸. In questo contesto, *“le maggiori possibilità di sviluppo, nei prossimi anni, proverranno non dal mercato italiano, che soffre dei noti problemi di*

¹³ Cfr. doc. III.48, pag. 46.

¹⁴ Cfr. doc. II.27.

¹⁵ Cfr. doc. II.27, pag. 28.

¹⁶ Nel testo: *“The Italian construction market will not grow as rapidly as international markets and has inherent characteristics that make it less interesting”*.

¹⁷ Nel testo: *“The international markets offer significantly greater growth opportunities”*.

¹⁸ Cfr. doc. IV.74 cit.

finanza pubblica, bensì dai mercati esteri”¹⁹. Ed infatti, a fronte dei positivi tassi di crescita (passati e attesi) a livello mondiale nel settore delle opere pubbliche, il contesto nazionale è stato, invece, interessato negli ultimi anni da un fenomeno di progressiva contrazione: nel 2010 si è registrato un tasso negativo del 9%, nel 2011 la contrazione è stata dell’1,6%, mentre nei primi nove mesi del 2012 si è verificata una contrazione del 20%, presentandosi, per prossimo futuro, aspettative “*estremamente incerte*”²⁰.

26. In questo contesto, in merito alle future procedure concorsuali per le quali le Parti hanno valutato la possibilità di partecipazione congiunta, nel corso del procedimento le stesse Parti hanno evidenziato come il numero totale delle procedure concorsuali interessate dall’applicazione dell’Accordo il cui presumibile svolgimento si colloca nell’ultimo trimestre 2012 e nel 2013 è di [50-100]²¹ gare. Di tale numero (per un valore complessivo di [0-50] miliardi di euro), la stragrande maggioranza riguarda paesi extra UE (per un valore complessivo di [0-50] miliardi di euro), mentre soltanto [1-10] gare (per un valore complessivo di [0-5] miliardi di euro) riguardano il mercato italiano²².

Pertanto, in sede di sua prima realizzazione, come emerge dai dati acquisiti agli atti del procedimento, l’Accordo risulta aver interessato, in valore, quasi interamente progetti internazionali e solo del tutto marginalmente affidamenti sul mercato interno.

III.III. L’acquisizione del controllo esclusivo di Impregilo da parte di Salini

27. In data 7 febbraio 2013 Salini ha formalmente notificato all’Autorità, ai sensi dell’art. 16 della legge n. 287/90, l’operazione di concentrazione relativa all’acquisizione del controllo esclusivo di Impregilo.

In particolare, Salini, già titolare di una partecipazione pari al 29,84% del capitale sociale ordinario di Impregilo, intendeva promuovere un’offerta pubblica di acquisto volontaria ai sensi e per gli effetti dell’articolo 160, comma 4, del d.l. n. 58 del 1998 avente ad oggetto la totalità della azioni ordinarie di Impregilo non ancora in suo possesso.

28. Nella sua adunanza del 20 febbraio 2013 l’Autorità ha ritenuto che la

¹⁹ Cfr. doc. IV.73 cit.

²⁰ Cfr. doc. IV.75.

²¹ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

²² Cfr. doc. IV.75.

suddetta operazione non determinasse, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato interessato, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza, deliberando pertanto di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90²³. Ad esito dell'operazione comunicata, pertanto, Salini ha acquisito il controllo esclusivo di diritto di Impregilo, essendone venuta a detenere il 92,08% del capitale sociale.

IV. ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

29. Le Parti obiettano l'applicabilità della normativa *antitrust* in materia di intese al caso di specie per tre distinti motivi: *i*) l'Accordo in esame sarebbe intercorso tra due soggetti non autonomi; *ii*) l'Accordo sarebbe necessitato dalle previsioni dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 (c.d. Codice dei Contratti Pubblici); *iii*) l'Accordo sarebbe sorto in applicazione della disciplina relativa alle operazioni con parti correlate (essendo Impregilo quotata in Borsa).

A tal riguardo, le Parti hanno ricordato le circostanze che hanno preceduto la sottoscrizione dell'Accordo in esame. In particolare, dopo aver raccolto le necessarie deleghe, nell'Assemblea dei soci di Impregilo del luglio 2012 Salini ha ottenuto la nomina della quasi totalità dei membri del CdA di Impregilo (14 su 15), nonché dell'amministratore delegato e della maggioranza del Comitato Esecutivo della stessa società. La situazione così venutasi a determinare, pertanto, sarebbe tale per cui, fatte salve le valutazioni che l'Autorità ha compiuto in merito alla natura del controllo di Salini su Impregilo (che investivano il carattere della stabilità del controllo medesimo²⁴), le due società sarebbero sostanzialmente soggette ad un medesimo centro decisionale, elemento che renderebbe del tutto irrilevante l'Accordo ai sensi della normativa *antitrust*.

30. Inoltre, la non applicabilità della normativa *antitrust* all'Accordo in esame discenderebbe dalle previsioni del Codice dei Contratti Pubblici, ed in particolare dalla previsione di cui all'art. 38, in base alla quale, in ragione della sussistenza di un unico centro decisionale per le due società parti del procedimento, non sarebbe possibile la partecipazione di entrambe le società ad

²³ Cfr. provvedimento *cit.* n. 24236, caso C11779B - SALINI/IMPREGILO, in Boll. n. 9/2013.

²⁴ Cfr. provvedimento n. 24006, caso C11779 - SALINI/IMPREGILO, in Boll. n. 42/2012.

una medesima procedura competitiva per l'affidamento di un'opera pubblica, pena l'esclusione delle offerte presentate da entrambe²⁵.

Infatti, sostengono le Parti, ricorrendo *“una identità di amministratori con funzioni operative e decisionali tra Impregilo e Salini (lo stesso Amministratore Delegato e una composizione del Comitato Esecutivo di Impregilo con la presenza di esponenti operativi di Salini), era agevolmente configurabile la sussistenza di un unico centro decisionale per le due Società”*.

31. Da ciò, pertanto, deriverebbe il carattere essenziale dell'Accordo sottoscritto da Impregilo e Salini ai fini del rispetto della disciplina dell'art. 38, in quanto finalizzato a disciplinare preventivamente e in modo trasparente, ed opponibile ai terzi, le modalità di partecipazione delle due società, potenzialmente concorrenti, alle medesime gare pubbliche.

32. Infine, secondo le Parti la normativa *antitrust* non sarebbe applicabile all'Accordo in esame in ragione della disciplina relativa alle operazioni con parti correlate. Infatti, in base a tale disciplina – cui Impregilo è tenuta in quanto società quotata in Borsa – Impregilo era tenuta a individuare precise misure per regolamentare possibili conflitti di interesse: in tale prospettiva l'Accordo costituirebbe una *“trasparente disciplina di analisi congiunta delle gare”*²⁶, individuando una procedura *“che tuttavia rimette agli organi interni delle due società ogni decisione ultima in merito alla partecipazione o meno alle gare stesse”*²⁷.

33. Tanto premesso in merito alla non applicabilità della normativa a tutela della concorrenza all'Accordo in esame, anche laddove si volesse esaminare il medesimo Accordo sotto il profilo della normativa *antitrust*, secondo le Parti esso non avrebbe comunque alcun rilievo concorrenziale in ragione del ruolo marginale rivestito dalle due società nel contesto internazionale dei grandi operatori di settore.

In tale ottica, essendo Salini e Impregilo piccoli operatori nel panorama mondiale, l'Accordo mirerebbe a realizzare quelle economie di scala necessarie per poter competere con i concorrenti esteri, che sono i soggetti con i quali le

²⁵ In particolare, l'art. 38, lettera m *quater*), prevede che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti *“che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”*.

²⁶ Cfr. doc. IV.74, audizione della società Impregilo del 10 dicembre 2012.

²⁷ Cfr. doc. IV.74 cit.

Parti si confrontano sul mercato. Le Parti evidenziano inoltre che le gare nazionali sulle quali le esse hanno ragionato congiuntamente a seguito della sottoscrizione dell'Accordo sono “*gare del tutto marginali rispetto all'accordo*”²⁸ e dall'importo modesto.

34. In un siffatto contesto, il fatto che l'Accordo prevede una figura definita “*Responsabile Progetti Italia*” non significa di per sé che l'Accordo sia restrittivo della concorrenza in Italia (mercato che attualmente ha uno scarsissimo *appeal* sugli operatori di mercato). Peraltro, tale figura era già presente nella struttura organizzativa di Impregilo.

35. In conclusione, le Parti ritengono che l'Accordo non sia suscettibile di produrre un qualche effetto sul mercato nazionale e, dunque, *a fortiori*, di restringere in maniera consistente la concorrenza, in violazione dell'art. 101 del TFUE.

V. ARGOMENTAZIONI DEI TERZI

36. Nelle proprie memorie, IGLI ha rilevato come l'Accordo sottoscritto in data 27 settembre 2012 tra Salini Costruttori e Impregilo costituisca un'intesa avente per oggetto la restrizione del confronto competitivo tra i medesimi due soggetti in quanto, in virtù delle disposizioni contrattuali previste nel medesimo Accordo, le due società non potranno più competere tra loro nelle commesse che interessino anche solo una di esse. Al contrario, le Parti vi parteciperanno congiuntamente oppure si spartiranno gli ambiti di intervento.

37. A detta di IGLI, inoltre, non sarebbe corretta l'individuazione del mercato interessato dall'Accordo effettuata nella Comunicazione delle risultanze istruttorie. Infatti, come da prassi costante dell'Autorità, in caso di intese aventi ad oggetto la partecipazione alle gare d'appalto, i mercati potenzialmente interessati sono rappresentati da tutte le future gare pubbliche che possono ricadere nell'ambito di applicazione dell'intesa stessa. Di conseguenza, a detta di IGLI, non sarebbe corretto concludere che vi sia un solo mercato rilevante (ossia, il mercato mondiale per la realizzazione di infrastrutture e grandi opere complesse) nell'ambito del quale valutare l'Accordo, senza fare alcun riferimento alle singole gare o anche all'Italia, dove pure l'Accordo esplicherà

²⁸ Cfr. doc. IV.74 cit.

parte dei suoi effetti.

38. IGLI ha poi contestato l'asserita mancanza di consistenza dell'Accordo sostenuta nella Comunicazione delle Risultanze istruttorie. Laddove, infatti, fossero stati correttamente individuati i mercati rilevanti (rappresentati dalle singole gare d'appalto ovvero da gruppi di gare), non sarebbe stato possibile concludere circa l'inconsistenza dell'intesa. A tale ultimo proposito, IGLI evidenzia come le Parti sono comunque fra i principali operatori nazionali del settore delle infrastrutture e che, con riferimento alle gare nazionali, esse rappresentano una parte rilevante dell'offerta.

In ogni caso, conclude IGLI, anche a voler prescindere dalla corretta individuazione dei mercati rilevanti, secondo la prassi e la giurisprudenza rilevante, in presenza di intese restrittive per oggetto e volte alla ripartizione dei mercati, quale quella in esame, il requisito della consistenza non è richiesto ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'articolo 101 TFUE.

39. Quanto all'applicabilità dell'articolo 38 del Codice dei Contratti Pubblici al caso di specie, IGLI ha osservato che, diversamente da quanto sostenuto dalle Parti, sarebbe proprio l'Accordo che, creando un unico centro decisionale per la valutazione delle gare d'appalto e per le relative decisioni di partecipazione, renderebbe applicabile alla fattispecie la norma suddetta.

Inoltre, anche laddove si potesse ritenere che i rapporti partecipativi e personali fra le Parti siano tali da poter teoricamente far configurare una situazione rilevante ai sensi dell'articolo 38 del Codice dei Contratti Pubblici, la soluzione della questione dovrebbe rinvenirsi altrimenti, attraverso meccanismi che garantiscano la totale separazione delle rispettive attività di partecipazione alle gare (approntando strumenti di separazione e riservatezza delle informazioni commercialmente sensibili) e non certo con il preventivo e totale coordinamento della strategia commerciale.

40. Da ultimo, quanto all'affermazione delle Parti secondo cui l'Accordo sarebbe stato stipulato per rispondere a una richiesta della Consob di adottare precise misure per regolamentare possibili conflitti di interesse, IGLI ritiene che in tal modo si tenta di giustificare la conclusione di un'intesa anticoncorrenziale con la sussistenza di obblighi imposti da normative di carattere differente.

Ciò premesso, IGLI aggiunge che, in ogni caso, non è certo che l'Accordo sia in grado di risolvere i conflitti di interesse, nel momento in cui in realtà subordina l'operatività di una parte a quella dell'altra e ne limita fortemente l'indipendenza. Peraltro, la Consob si è semplicemente limitata a richiedere la soluzione di un

potenziale conflitto di interessi, lasciando libere le Parti di individuare quella più opportuna.

VI. VALUTAZIONI

41. L'istruttoria è stata avviata in data 17 ottobre 2012 al fine di verificare la sussistenza di comportamenti restrittivi della concorrenza, *sub specie* di intesa in violazione dell'articolo 101 del TFUE, adottati dalle società Salini e Impregilo, consistenti nella stipula di un accordo avente ad oggetto la definizione congiunta delle procedure di selezione e successiva partecipazione alle gare d'appalto di interesse per le due Parti.

42. Nel febbraio 2013, Salini ha promosso un'offerta pubblica di acquisto volontaria avente ad oggetto la totalità delle azioni ordinarie di Impregilo non già detenute, acquisendo, ad esito della stessa, circa il 92,08% del capitale sociale ordinario di Impregilo e, di conseguenza, il controllo esclusivo di tale società. Ciò posto, la sottoscrizione dell'Accordo può configurarsi come la fase preliminare di un processo successivamente confluito nell'acquisizione di Impregilo da parte di Salini stessa.

43. In quest'ottica, l'Accordo – che al momento dell'avvio del presente procedimento risultava concluso tra imprese indipendenti sul mercato - a seguito dell'acquisizione del controllo di Impregilo da parte di Salini ha assunto la connotazione di intesa fra operatori appartenenti allo stesso gruppo. Tale circostanza rende il coordinamento tra le due società, in sede di partecipazione alle gare per la realizzazione di grandi opere, privo di rilievo dal punto di vista antitrust.

44. Peraltro, l'attività istruttoria svolta ha permesso di appurare come l'Accordo sia finalizzato a realizzare sinergie operative con precipuo riferimento alle gare internazionali.

Sulla base delle informazioni agli atti, infatti, emerge come il settore della costruzione di grandi opere pubbliche risulti caratterizzato dalla presenza di imprese operanti a livello mondiale di grandi dimensioni, ben maggiori rispetto alle società Impregilo e Salini Costruttori, che nel 2011, hanno fatto registrare ricavi assai inferiori rispetto ai principali *competitor* europei²⁹.

²⁹ Cfr. *supra*, § 21.

45. In tale contesto di mercato, che le stesse parti identificano come il “*mercato globale delle costruzioni*”, la gara rappresenta uno strumento fondamentale, se non l’unico, per l’aggiudicazione di lavori³⁰, determinando una tipica situazione di concorrenza per il mercato ed un confronto, quindi, tra soggetti in grado di partecipare, a livello mondiale, alle gare per l’affidamento dei lavori di costruzione di infrastrutture e grandi opere.

46. In conclusione, dall’insieme delle evidenze acquisite e delle circostanze date, si ritiene che non sussistano le condizioni per contestare a Salini Costruttori e Impregilo di aver posto in essere un’intesa restrittiva della concorrenza.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

che in base alle informazioni disponibili sono venuti meno i motivi di intervento nei confronti delle società Salini Costruttori S.p.A. e Impregilo S.p.A., in relazione all’intesa contestata in violazione dell’articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea.

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

³⁰ Tra gli altri, cfr. doc. IV.73, verbale dell’audizione di Salini Costruttori del 10 dicembre 2012.

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

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella