

A389 - RAIL TRACTION COMPANY/RETE FERROVIARIA ITALIANA-FERROVIE DELLO STATO

Provvedimento n. 17327

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 18 settembre 2007;

SENTITO il Relatore Dottor Antonio Pilati;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 82 del Trattato CE;

VISTE le segnalazioni pervenute il 13 luglio 2007 ed il 27 luglio 2007 da parte della società Rail Traction Company S.p.A;

VISTA la segnalazione della società Nord Cargo S.r.l., pervenuta in data 27 luglio 2007;

VISTA la segnalazione della società Railion Italia S.r.l., pervenuta in data 7 agosto 2007;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE DENUNCE

1. Con comunicazione del 13 luglio 2007, integrata in data 27 luglio 2007, la società Rail Traction Company S.p.A. (di seguito, RTC), impresa ferroviaria attiva nel trasporto merci, ha rappresentato all'Autorità l'esistenza di distorsioni nelle condizioni di accesso alla rete ferroviaria italiana in considerazione del comportamento del gestore Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (di seguito, RFI), società appartenente al gruppo Ferrovie dello Stato S.p.A. (di seguito, FS).

2. RTC ha sviluppato negli ultimi anni, in misura consistente, il traffico ferroviario merci lungo l'asse del Brennero, dove al momento opera con 15 coppie di treni al giorno, e copre il 54% del traffico intermodale su questa direttrice. Dal 2005 RTC opera anche lungo l'asse del Tarvisio con 1 coppia di treni al giorno, e, a partire dal maggio 2006, opera su una tratta interamente nazionale lungo l'asse Nola-Milano Segrate.

3. Le condotte di RFI segnalate da RTC riguardano il mancato riconoscimento alle imprese ferroviarie (di seguito anche IF) di uno sconto denominato "K2" - previsto per legge - da applicarsi al canone per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, in considerazione dell'arretratezza tecnologica e delle insufficienze regolamentari che caratterizzano il regime di utilizzo della rete che non consentirebbero la condotta dei convogli ferroviari ad "agente unico" (cioè utilizzando un unico macchinista). Il mancato riconoscimento di detto sconto, a detta di RTC, avrebbe effetto sulle condizioni di operatività del servizio di trasporto ferroviario merci, settore liberalizzato in cui le IF operano in concorrenza fra di loro, determinando un indebito vantaggio a favore della società Trenitalia S.p.A. (di seguito Trenitalia) - principale IF attiva in Italia e appartenente al gruppo FS - nei confronti dei principali concorrenti privati.

4. In data 27 luglio 2007 la società Nord Cargo S.r.l. (di seguito, NC), impresa ferroviaria attiva nel trasporto merci, ha presentato una segnalazione che ripercorre gli stessi profili evidenziati nella comunicazione di RTC del 13 luglio. NC, società appartenente al gruppo Ferrovie Nord Milano S.p.A., ha iniziato la propria attività di trasporto internazionale delle merci nel settembre 2001 ed attualmente gestisce 150 treni merci alla settimana lungo cinque direttrici che collegano l'Italia settentrionale con il nord Europa (Melzo-Zeebrugge, Turrite-Mulhouse, Dinazzano-Limburg, Desio-Basilea, Gallarate-Deus).

5. Infine, in data 7 agosto 2007 la società Railion Italia S.r.l. (di seguito, RL), anch'essa impresa ferroviaria attiva nel trasporto merci, ha presentato una segnalazione che, oltre a ripercorrere i medesimi profili evidenziati da RTC e NC, li ha integrati con la descrizione delle ultime condotte assunte da RFI nei confronti delle IF in data 1° agosto 2007.

II. IL QUADRO REGOLAMENTARE RELATIVO ALL'ACCESSO ALLA RETE FERROVIARIA ITALIANA

Profili generali

6. Il settore del trasporto ferroviario di merci è stato liberalizzato progressivamente per effetto delle Direttive n. 91/440/CE, 95/18/CE, 95/19/CE, 2001/12/CE, 2001/13/CE, 2001/14/CE (recepite in Italia con i D.P.R. n. 277/98 e n. 146/99 e, da ultimo, con il Decreto Legislativo n. 188/03). Ai sensi di tale normativa, il gestore della rete ferroviaria, previa verifica della sussistenza delle condizioni legislativamente previste¹, è tenuto a consentire alle IF nazionali ed internazionali che lo chiedano l'accesso alla, e l'utilizzo della, infrastruttura ferroviaria ai fini dello svolgimento dell'attività di trasporto.

7. La società RFI - appartenente al gruppo facente capo alla *holding* FS - 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 - insieme al Contratto di Programma - i rapporti fra lo Stato (concedente) e RFI (concessionario).

¹ [L'accesso alla rete delle IF è subordinato (i) al possesso di licenza rilasciata dal Ministero dei Trasporti, (ii) al possesso di certificato di sicurezza rilasciato dal gestore della rete, (iii) al pagamento di un canone di accesso.]

8. I rapporti fra RFI e le singole IF sono regolati, oltre che in generale dai menzionati decreti di recepimento delle Direttive comunitarie, a mezzo di contratti di accesso all'infrastruttura stipulati sulla base del "Prospetto informativo della rete" (PIR), documento previsto dal Decreto Legislativo n. 188/03, in cui sono definite 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.

9. La competenza a dirimere i contrasti in via amministrativa fra RFI e le IF è attribuita, ai sensi dell'articolo 37 del Decreto Legislativo n. 188/03, all'Ufficio per la Regolamentazione dei Servizi Ferroviari (di seguito, URSF) presso il Ministero dei Trasporti. Avverso le decisioni dell'URSF è possibile fare ricorso alla magistratura amministrativa.

Determinazione del canone di accesso all'infrastruttura ferroviaria e dello sconto K2

10. La definizione dei criteri di determinazione del canone di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria sono contenuti nel D.M. 21 marzo 2000 43/T, e sono ripresi e declinati con riferimento alle singole tratte delle rete italiana nel capitolo 6 del "Prospetto informativo della rete" (PIR). Il canone di utilizzo rappresenta dunque un costo per le IF e la principale voce di ricavo da mercato per RFI.

11. A parziale compensazione dei maggiori costi indotti dell'arretratezza tecnologica della rete ferroviaria gestita da RFI, il DM 22 marzo 2000 44/T aveva definito i criteri per la corresponsione agli utilizzatori dell'infrastruttura ferroviaria di uno sconto temporaneo (definito "sconto K2") rispetto al canone stabilito dal D.M. 43/T. Il D.M. 44/T prevedeva che tale sconto si applicasse in relazione all'utilizzo di quelle sezioni di rete per le quali «[...] non sussistono le condizioni per ammettere la guida dei convogli ad agente unico (o a solo macchinista)».

12. Sulla determinazione del pedaggio e sul relativo sconto K2 il CIPE aveva espresso parere favorevole con la delibera n. 180 del novembre 1999, precedente ai D.M. 43/T e 44/T. In tale delibera venivano identificati i costi aggiuntivi per le IF conseguenti all'utilizzo del secondo macchinista «[...] necessario in relazione alle insufficienze tecnologiche della rete», prevedendo «[...] contributi statali al maggior costo sopportato dalle IF per i mancati adeguamenti tecnologici e regolamentari che impediscono la guida ad agente unico». Tali contributi sarebbero stati corrisposti al gestore della rete che li avrebbe trasferiti alle IF «[...] sotto forma di sconti trasparenti e non discriminanti [...] ridefiniti in diminuzione, in relazione alla progressiva realizzazione degli interventi previsti nel contratto di programma».

Il programma di superamento delle arretratezze tecnologiche e regolamentari della rete

13. Per recuperare l'arretratezza tecnologica della rete, il gestore RFI ha avviato l'installazione su una parte considerevole della rete ferroviaria nazionale del cosiddetto "Sistema di Controllo Marcia Treno" (SCMT). Il programma, particolarmente complesso, comprende (i) un sotto-sistema di terra (SST) che prevede l'attrezzaggio progressivo, da parte di RFI, della rete con il sistema SCMT di terra, (ii) un sotto-sistema di bordo (SSB) che prevede l'attrezzaggio, da parte delle IF, dei treni con equipaggiamenti di bordo che interagiscono con l'SST, e (iii) l'emanazione di una regolamentazione tecnica, da parte di RFI, che disciplini la circolazione ferroviaria ad agente unico (ovvero quella resa possibile dal SCMT proprio per superare le arretratezze tecnologiche della rete).

14. Sulla base di tale programma, dal dicembre 2003 RFI ha predisposto un elenco delle linee attrezzate con il SST pubblicato sul PIR e aggiornato annualmente. Il piano di realizzazione dell'SST è infatti articolato per fasi e, allo stato, il suo completamento è previsto per fine 2007, come da ultimo stabilito nella Direttiva n. 13 del marzo 2006 sulla sicurezza della circolazione ferroviaria dell'allora Ministero delle Infrastrutture e Trasporti.

15. Per quanto attiene agli obblighi delle IF, la stessa Direttiva n. 13 del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti ha indicato come data ultima di installazione dei sottosistemi di bordo sul materiale rotabile (c.d. attrezzaggio delle locomotive) il 30 giugno 2008.

16. Per quanto riguarda i fondi stanziati per la copertura dello sconto K2, essi sono stati inseriti nel Contratto di Programma 2001/2006 fra Stato e RFI esplicitamente fino all'anno 2003². Successivamente, l'*Addendum* al Contratto di Programma, così come approvato dal CIPE il 5 aprile 2007, ha previsto un finanziamento per il contributo riconosciuto alle IF per gli extra costi di condotta (sconto K2) anche per gli anni 2004 e 2005. Per l'anno 2006 e successivi, invece, non è stato previsto alcun finanziamento.

III. I FATTI

La sospensione dello sconto

17. Dopo l'entrata in vigore del D.M. 44/T, lo sconto K2 è stato applicato da RFI come previsto dal decreto stesso. Dal dicembre 2003 RFI ha pubblicato sul PIR un elenco delle linee attrezzate con il SST-SCMT, costantemente aggiornato.

18. Con provvedimenti del 15 giugno 2004, 17 marzo 2005, 26 aprile 2005, 20 giugno 2005, RFI ha informato le IF della revoca dello sconto K2 su alcune linee ferroviarie espressamente indicate, a seguito dell'avvenuto attrezzaggio delle stesse con il sistema SCMT di terra (SST).

19. Al momento delle varie comunicazioni di RFI su tali linee: (i) le IF segnalanti non avevano ancora completato l'installazione sui propri rotabili dell'SSB; (ii) RFI non aveva ancora emanato la regolamentazione tecnica per la conduzione dei convogli ad agente unico, pubblicate solo in data 6 dicembre 2006. Tutti i treni delle IF segnalanti,

² [Il Contratto di programma copriva originariamente il periodo 2001-2005, ma, con delibera CIPE n. 159 del 2 dicembre 2005, è stato prorogato per l'anno 2006 per consentire, in particolare, il completamento degli interventi prioritari sulla sicurezza.]

pertanto, nonostante la revoca dello sconto K2 da parte di RFI, avrebbero dovuto continuare ad utilizzare il doppio macchinista con i conseguenti aggravii di costo.

20. Secondo RFI, dunque, l'avvenuta installazione del sottosistema di terra sarebbe stata condizione sufficiente per l'eliminazione dello sconto K2, senza tener conto dell'effettiva presenza, e del relativo funzionamento, del sottosistema di bordo sui locomotori (per l'installazione del quale le IF hanno tempo fino al 30 giugno 2008), né della definizione, da parte di RFI stessa, della normativa tecnica.

La decisione dell'URSF e i ricorsi al TAR

21. I provvedimenti di RFI sono stati portati all'attenzione dell'URSF dalle IF segnalanti. Il regolatore ha reso una prima decisione circa i requisiti tecnici e regolamentari di applicabilità del K2 in data 20 gennaio 2006.

22. In sintesi, la decisione dell'URSF evidenzia che «[...] a prescindere dalle eventuali responsabilità e degli eventuali ritardi nelle rispettive attività del gestore dell'infrastruttura e delle imprese ricorrenti³, allo stato attuale [...] non può essere utilizzato dalle imprese ricorrenti il modulo di condotta a solo macchinista, perché mancanti sia il SSB sui locomotori, sia la regolamentazione tecnica ancora in corso di predisposizione da parte di RFI» (enfasi aggiunta). Pertanto, il mancato riconoscimento da parte di RFI dello sconto temporaneo sul canone di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria introdotto dal D.M. 44/T nei confronti delle IF veniva considerato "illegittimo" dall'URSF, e si faceva obbligo di ripristinare lo sconto sulle sezioni di rete fino al realizzarsi delle condizioni oggettive per l'adozione del modulo di condotta ad agente unico, ovvero fino ad una eventuale modifica della disciplina che regolava l'erogazione dello sconto.

23. RFI ha impugnato tale decisione davanti al TAR del Lazio, sostenendo, in estrema sintesi, che lo sconto K2 non sarebbe applicabile in assenza di un suo specifico finanziamento nell'ambito dei rapporti fra la stessa RFI e lo Stato. Con ordinanza del 20 aprile 2006 il giudice amministrativo ha respinto l'istanza di sospensione cautelare formulata da RFI. Si è ancora in attesa del merito della decisione del TAR.

24. Anche per gli anni 2006 e 2007, e quindi successivamente alla decisione dell'URSF ed all'ordinanza del TAR Lazio, si sono registrati ulteriori contrasti fra RFI e alcune IF in merito all'interpretazione di alcune parti del PIR, modificate da RFI ed inerenti lo sconto K2. La controversia avrebbe determinato, a detta dei segnalanti, rinvii nella sottoscrizione dei contratti di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, con conseguenti problemi relativi alle richieste di tracce per nuovi servizi.

25. Sulla base della documentazione in atti risulta che, in data 6 dicembre 2006, RFI ha trasmesso alle IF – su richiesta delle stesse – le proposte di contratto circa la regolamentazione dell'utilizzo delle tracce orarie. Per sottoscriverlo, le IF dovevano accettare integralmente quanto contenuto nell'edizione aggiornata del PIR.

Fra le modifiche effettuate da RFI - ed espressamente non accettate dalle IF – vi era l'affermazione inserita al punto 5.2.5 per cui «*non risulta ancora perfezionato l'Addendum al contratto di programma 2006 e quindi non sono assicurati né resi disponibili i finanziamenti per l'applicazione dello sconto per l'anno 2006*». Inoltre nell'appendice del PIR inerente le regole e le convenzioni dello sconto, RFI ribadiva che l'applicazione dello sconto K2 doveva venire riconnessa all'attrezzaggio tecnologico della rete da parte del gestore e non anche alla predisposizione delle motrici da parte delle IF.

26. Le IF segnalanti rilevano nelle rispettive denunce come RFI avrebbe avviato la fase di sperimentazione del sottosistema di bordo esclusivamente con la società Trenitalia, appartenente al gruppo facente capo alla *holding* FS al pari di RFI⁴.

La contestazione delle fatture e l'autoriduzione

27. RFI ha riconosciuto come prive di rilevanza le riserve espresse dalle IF in sede di perfezionamento del contratto, in ragione della «*vincolatività delle prescrizioni contenute nel PIR e la relativa inderogabilità*», fatturando alle IF il canone pieno di utilizzo della rete.

28. Le IF segnalanti, NC, RTC e RL, hanno contestato le fatture trasmesse e hanno omesso il pagamento delle stesse fino al raggiungimento di un valore economico stimato pari al valore dello sconto non riconosciuto per gli anni 2004 e 2005. Successivamente, a partire dal secondo trimestre 2006, le IF hanno provveduto al pagamento delle fatture per una quota pari al 70% del pedaggio ed al 100% dell'energia elettrica e dei servizi accessori forniti da RFI.

29. Nel marzo 2007 RFI ha comunicato a NC di non poter accogliere la richiesta di tracce per nuovi servizi in attesa della sottoscrizione del contratto. NC ha presentato ricorso all'URSF che, con decisione del 30 marzo 2007, non ha riconosciuto valida l'interpretazione data dal gestore della rete degli aggiornamenti apportati per l'anno 2007 al paragrafo 5.2.5 del PIR. Nella decisione del 30 marzo 2007 l'URSF afferma che il collegamento fra sconto K2 e copertura finanziaria deve quindi intendersi «[...] introdotto per ragioni meramente ricognitive dei rapporti giuridici esistenti in materia (nel caso indicato i rapporti Stato-Gestore) e non possono intendersi quali disposizioni atte a determinare elementi innovativi di norme di rango superiore e di connessione tra la materia dello sconto ed i

³ [Altrove, nella decisione, si rileva che «la disciplina dettata dal DM 44/T del 2000 consideri il realizzarsi delle condizioni per ammettere la guida dei convogli ad agente unico come fatto oggettivo, prescindendo dall'analisi delle diverse responsabilità per l'esecuzione degli specifici compiti e per il rispetto di determinati tempi di realizzazione».]

⁴ [La stessa decisione del URSF del gennaio 2006 esprimeva peraltro preoccupazioni in merito a condizioni per cui «Trenitalia S.p.A. o altre società del Gruppo possano trarre vantaggio dalla loro appartenenza alla holding del gestore dell'infrastruttura».]

finanziamenti erogati dallo Stato al Gestore posto che tale connessione può essere prevista solo con modifiche al D.M. 44T/2000 o provenienti da fonti di livello superiore» (enfasi aggiunta).

Il decreto del Ministro dei Trasporti (11/07/2007)

30. In data 11 luglio 2007 il Ministro dei Trasporti, ritenendo opportuno procedere alla precisazione delle corrette modalità applicative del D.M. 44/T che diede origine allo sconto K2, ha emanato un nuovo decreto sulla vicenda in esame (D.M. 92/T). Nei Considerati del D.M. 92/T si afferma che «[...] la praticabilità dello sconto disciplinato dal richiamato D.M. 44/T del 22 marzo del 2000 non può che sussistere esclusivamente in concomitanza di condizioni di arretratezza tecnologica dell'infrastruttura ferroviaria». Il venir meno delle condizioni di arretratezza tecnologica che rendono necessaria la guida a doppio agente «[...] è da ricondurre in modo specifico all'installazione ed al funzionamento delle tecnologie di terra che, unitamente a quelle di bordo, da installarsi a cura delle imprese ferroviarie, consentono la realizzazione del sistema di protezione della marcia dei treni, nonché all'adozione delle necessarie prescrizioni tecniche da parte del gestore dell'infrastruttura» (enfasi aggiunta).

31. Fatta questa premessa, il D.M. 92/T giunge poi alla conclusione – con ciò sposando la tesi di RFI – secondo cui la praticabilità dello sconto K2 «[...] è limitata alla sussistenza delle condizioni tecnologiche esclusivamente per l'infrastruttura ferroviaria, non potendo evidentemente ricadere, seppur indirettamente, a carico delle finanze statali un onere indotto unicamente da scelte imprenditoriali delle imprese ferroviarie che, nella propria autonomia gestionale, determinano i propri programmi di adeguamento tecnologico».

32. La norma stabilisce inoltre che: (i) la corresponsione dello sconto K2 da parte di RFI non possa prescindere dall'esistenza di finanziamenti pubblici dedicati a tale attività, in assenza dei quali «[...] non sussiste alcun obbligo da parte del Gestore medesimo di applicare il predetto sconto, né il diritto da parte delle imprese ferroviarie a rivendicare l'applicazione»; (ii) conseguentemente, tenuto conto che il Cipe, nella seduta del 5 aprile 2007, non ha previsto per l'anno 2006 e 2007 alcuna risorsa per il finanziamento del K2, il presupposto per l'applicazione da parte di RFI dello sconto K2 deve ritenersi essere venuto meno a partire dal 1° gennaio 2006; (iii) anche ipotizzando un ripristino dei finanziamenti da parte dello Stato negli anni futuri, le condizioni per l'applicazione dello sconto K2 non devono ritenersi sussistenti «[...] per le sezioni di rete per le quali il gestore dell'infrastruttura abbia provveduto alla realizzazione dei sottosistemi di terra, a decorrere dalla data di adozione delle norme tecniche da parte del gestore che disciplinano la circolazione dei treni con un solo agente addetto alla condotta senza agente di accompagnamento» (enfasi aggiunta).

33. Al riguardo deve ricordarsi che RFI ha emanato tali norme tecniche in data 6 dicembre 2006, e dunque quasi dodici mesi dopo la data del 1° gennaio 2006 indicata dal D.M. 44/T come quella a partire dalla quale sarebbe venuto meno il presupposto per l'applicazione dello sconto K2.

La comunicazione di RFI alle IF del 1° agosto 2007

34. In data 1° agosto 2007 RFI ha inviato alle IF segnalanti una comunicazione nella quale si afferma che «il contenuto del DM 92/T dell'11 luglio 2007 pone [...] definitiva chiarezza in merito ai principi applicabili in materia di sconto K2, superando le incertezze fino ad ora generate dalle due decisioni assunte dall'URSF (n. 18 del 20 gennaio 2006 e n. 83 del 30 marzo 2007)». La nota prosegue invitando le IF «[...] a provvedere all'integrale corresponsione del pedaggio come da fatture pregresse e future pena l'adozione da parte della Scrivente delle misure prescritte nel paragrafo 2.3.2.6 del PIR – ed. dicembre 2006». Quest'ultimo paragrafo del PIR richiamato da RFI è quello che regola la risoluzione del contratto tra gestore della rete ed IF, che stabilisce che nei casi previsti (quelli ex codice civile, nonché quelli previsti nel PIR), la risoluzione del contratto di accesso si verifichi di diritto a seguito di comunicazione del gestore della rete da inoltrarsi a mezzo di lettera A.R.

L'entità dello sconto K2

35. Da informazioni non ufficiali acquisite dall'URSF, l'entità dello sconto K2 non riconosciuto da RFI ammonterebbe per Trenitalia a circa 160 milioni di euro l'anno, mentre per gli operatori privati attivi nel trasporto merci ferroviario si tratterebbe di una voce che varrebbe circa 2 milioni di euro l'anno⁵.

IV. VALUTAZIONI

IV.1 I mercati rilevanti e la posizione dominante del gruppo FS

Il mercato dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria

36. I comportamenti segnalati, ed in particolare la decisione di RFI di interrompere il riconoscimento dello sconto K2, sono avvenuti sul mercato dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale. Su tale mercato è agevole individuare la posizione dominante di RFI; tale posizione dominante discende direttamente dall'atto concessorio di cui al D.M. 31 ottobre 2000 n. 138/T, con cui la società del gruppo FS ha assunto la gestione in monopolio legale della quasi interezza della rete nazionale.

⁵ [In una dichiarazione rilasciata al Sole 24 Ore del 25 luglio 2007 l'a.d. di NC quantifica in una cifra più consistente, pari a circa 3 milioni di euro l'anno, l'ammontare della perdita dovuta al mancato riconoscimento dello sconto K2 per la sua società.]

37. La posizione dominante di RFI sul mercato dell'accesso alla infrastruttura ferroviaria nazionale è ulteriormente rafforzata dalla circostanza che questa impresa, oltre al ruolo di gestore della rete nazionale, svolge anche importanti funzioni di regolazione in tema di sicurezza. In primo luogo rilascia il certificato di sicurezza che, insieme alla licenza rilasciata dal Ministero dei Trasporti, rappresenta una delle condizioni per lo svolgimento dell'attività di IF; inoltre, come si è visto con riferimento alla vicenda in esame, ha il compito di redigere la normativa tecnica senza la quale alcune attività (come la condotta dei treni con unico agente) non possono essere effettuate.

38. RFI svolge questi ruoli di concessionario, gestore della rete e di regolatore tecnico essendo una società partecipata al 100% da FS. RFI ha dunque un rapporto di stretta dipendenza con Trenitalia, l'operatore *incumbent* nel trasporto ferroviario.

39. Alla luce dei propri compiti, gran parte delle decisioni e dei comportamenti di RFI esercitano i propri effetti sui mercati a valle di fornitura di servizi di trasporto ferroviario. Data la particolare integrazione societaria in seno ad FS sia di RFI che di Trenitalia, ogni decisione del gestore della rete astrattamente idonea a rendere più difficoltoso l'ingresso di nuove IF e/o la sopravvivenza di quelle esistenti, può essere dunque interpretata come una manifestazione del conflitto di interessi esistente tra il gestore/regolatore della rete e l'impresa *incumbent* nel trasporto ferroviario.

Il mercato della fornitura di servizi di trazione ferroviaria

40. Nel caso di specie, le attività di fornitura di servizi di trasporto ferroviario coinvolte riguardano il trasporto ferroviario di merci. Con riferimento a quest'ultima attività, l'Autorità nei suoi precedenti ha sempre distinto tra: (i) i mercati del trasporto di merci per via terrestre, al cui interno si può avere una organizzazione intermodale del servizio tra la modalità ferroviaria, quella su gomma e quella marittima – e che possono essere distinti ulteriormente dal lato del prodotto sulla base della tipologia di merce trasportata; (ii) il mercato della fornitura di servizi di trazione ferroviaria – inteso come la fornitura di locomotive e di macchinisti necessari per la resa di servizi di trasporto ferroviario nei mercati a valle⁶. E' quest'ultimo il mercato a valle direttamente interessato, nello specifico, dai comportamenti di RFI segnalati.

41. La domanda di servizi di trazione ferroviaria, e di conseguenza di accesso alla infrastruttura, per il trasporto di merci esprime una esigenza di collegamento tra un punto di origine del carico ed uno di destinazione (c.d. approccio O&D). Con riferimento ai collegamenti ferroviari tra l'Italia Settentrionale ed il Nord Europa è possibile affermare, in prima approssimazione, che alcune direttrici sud-nord (corrispondenti ad altrettanti valichi alpini) siano in concorrenza tra loro e dunque possano essere inserite nel medesimo mercato geografico rilevante. In ogni caso, in questa fase iniziale del procedimento e tenuto conto della posizione monopolistica di RFI sulla totalità della rete nazionale, si ritiene che una definizione dei mercati geografici seguendo un rigido approccio O&D piuttosto di uno che aggregi tra loro più fasci di rotte non modifichi la valutazione dei comportamenti in esame. In considerazione delle barriere tecniche, legali ed economiche per la fornitura di trazione per i servizi di trasporto ferroviario, in termini di standard tecnici ed amministrativi in relazione alle reti nazionali, la fornitura di servizi di trazione è circoscritta di fatto ai confini dei singoli Stati e l'offerta di tale servizio si identifica in via prevalente negli ex monopolisti nazionali del servizio di trasporto ferroviario.

42. Mentre sui mercati del trasporto delle merci competono tra loro una serie di operatori, tra cui società specializzate nel trasporto ferroviario, società di autotrasporto e imprese specializzate nel trasporto combinato, sul mercato della fornitura di servizi di trazione ferroviaria possono operare esclusivamente IF autorizzate con regolare licenza e certificato di sicurezza (che a loro volta possono limitarsi a fornire ai trasportatori i servizi di vezione ferroviaria ovvero possono fornire ai clienti finali - caricatori - servizi di trasporto integrato).

43. Trenitalia è l'impresa in posizione dominante sul mercato della fornitura di servizi di trazione ferroviaria. A livello nazionale la quota coperta da Trenitalia sulla trazione dovrebbe attestarsi intorno al 90%, con i nuovi entranti che si dividono il restante⁷.

IV. 2 La fattispecie

40. Gli elementi descritti appaiono idonei a configurare l'esistenza di una strategia unitaria di FS, posta in atto da RFI, e finalizzata ad ostacolare/escludere le IF concorrenti dell'*incumbent* Trenitalia dal mercato della fornitura di servizi di trazione ferroviaria per il trasporto di merci.

41. Tale strategia trova i seguenti momenti attuativi:

– in primo luogo, la decisione unilaterale di RFI - espressa sin dal giugno 2004 e reiterata sino al giugno 2005 - di revocare la concessione dello sconto K2 sulle tratte su cui RFI aveva già effettuato gli investimenti a terra, sulla base del presupposto che tale evento esaurisse le condizioni per l'effettuazione dello sconto, nonostante le IF non avessero

⁶ [Cfr. Provvedimenti n. 8065 del febbraio 2000, caso A227 Cesare Fremura-Assologistica/Ferrovie Dello Stato; n. 1511 del gennaio 2005, caso C7476 – FS Cargo/Cemat.]

⁷ [Cfr. Sole 24 del 9 agosto 2007. Dati di fonte Direzione generale Trasporti della Commissione Europea indicano che ancora nel 2005 la posizione di Trenitalia nel trasporto merci a livello fosse intorno al 90%, mentre in un recente studio dell'Istituto Bruno Leoni si fornisce una stima dell'indice HHI per il trasporto ferroviario merci in Italia pari a circa 8.500 (l'indice HHI raggiunge il valore massimo di 10.000 in condizioni di monopolio). Dati aziendali evidenziano come la divisione cargo di Trenitalia movimentava circa 900 treni giornalieri con 40.000 carri impiegati.]

ancora completato le opere di messa a bordo dei sistemi di sicurezza e RFI stessa non avesse ancora emanato le norme tecniche per la conduzione dei convogli ad agente unico;

– la decisione, espressa con comunicazione alle IF del 1° agosto 2007, di richiedere le somme che le IF segnalanti si erano autoridotte a titolo di sconto per l'intero periodo 2004-2006, pena la risoluzione del contratto di accesso alla rete, nonostante: (i) dall'aprile 2007 fosse noto che il CIPE aveva finanziato la voce K2 per gli anni 2004-2005; (ii) che almeno fino al 6 dicembre 2006 fosse impossibile per qualsiasi IF condurre i treni con unico agente stante l'assenza delle norme tecniche che RFI stessa avrebbe dovuto emanare.

42. Con riferimento alle eventuali motivazioni sottese alla decisione di RFI di non riconoscere lo sconto K2 del canone di accesso alla infrastruttura ferroviaria – ed in particolare al nesso tra l'erogazione dei finanziamenti dello Stato e la concessione dello sconto - assumono sicuro rilievo le valutazioni fornite in due occasioni dall'URSF circa l'assenza di alcuna relazione tra erogazione dei finanziamenti e sconto K2 nel D.M. 44/T del 2000, nonché sulla natura oggettiva delle condizioni da soddisfare per l'adeguamento tecnologico della infrastruttura ferroviaria, e consistenti nella messa a terra e messa a bordo dei sistemi di sicurezza e nella emanazione delle norme tecniche da parte di RFI (emanate solo il 6 dicembre 2006).

43. Quanto alla portata escludente della descritta strategia di FS per il tramite di RFI, si osserva che il comportamento di RFI consistente nella mancata applicazione dello sconto K2 dal 2004 in poi, nonché nella richiesta dell'agosto 2007 di avere indietro tutte le somme non ricevute dalle IF, appare capace di influenzare le condizioni finanziarie delle IF concorrenti di Trenitalia, pregiudicandone il potenziale concorrenziale.

44. Per queste ultime, infatti, la mancata concessione degli sconti per il triennio 2004-2006 può incidere in modo significativo; tanto più significativo laddove si tratta di imprese di dimensioni contenute, in fase di crescita, con esigenze di investimento più marcate rispetto a quelle di un operatore consolidato.

45. L'entità delle richieste di RFI, e in ogni caso l'incertezza prodotta da tali richieste, potrebbe mettere a rischio gli investimenti che le IF segnalanti devono effettuare nei sottosistemi di bordo nei propri treni e dunque, in una sorta di circolo vizioso, non consentire il rispetto del termine del giugno 2008 per il completo adeguamento del materiale rotabile ai nuovi standard di sicurezza (in tal senso perpetuando l'onere di dover condurre i convogli con doppio macchinista). In tal senso, una strategia del gruppo FS mirante ad innalzare i costi dei nuovi entranti potrebbe essere particolarmente efficace stante la fase di *start-up* della concorrenza sui mercati rilevanti.

46. L'incremento nei costi delle IF, come effetto della strategia di FS, per il tramite di RFI, potrebbe portare dunque ad una divaricazione nelle condizioni concorrenziali di effettuazione del servizio di fornitura di trazione ferroviaria tra le IF segnalanti e Trenitalia, e ciò nonostante non vi siano elementi che comprovino una discriminazione esplicita nelle condotte di RFI tra Trenitalia e le IF concorrenti. L'assenza di sconti, infatti, formalmente penalizza in ugual misura l'*incumbent* Trenitalia e le IF concorrenti; anzi, in termini assoluti il mancato introito per Trenitalia ammonta ad una cifra di molto superiore a quella relative alle IF concorrenti.

47. Appare tuttavia ragionevole ipotizzare che le IF concorrenti potrebbero essere sicuramente più pronte di Trenitalia – in ragione della diversa prospettiva di crescita e di relazioni industriali meno rigide - a giovare del completamento del processo di adeguamento tecnologico della rete e servirsi dei macchinisti non utilizzati in coppia sui convogli per incrementare la propria offerta commerciale. Pertanto, l'aggravio di costo imposto ai denunciati da RFI in questa fase rappresenta l'unica possibilità per ostacolare i concorrenti di Trenitalia prima che tali imprese possano beneficiare, più agevolmente della stessa Trenitalia, dei vantaggi derivanti dalla possibilità di utilizzare un solo macchinista, ed in tal modo rendersi particolarmente efficienti, rispetto all'*incumbent*, nell'utilizzo del fattore lavoro.

48. Quanto all'ampiezza degli effetti derivanti dalla strategia escludente descritta è sufficiente considerare che RFI è concessionario della quasi totalità della rete ferroviaria nazionale. La decisione di RFI di non riconoscere lo sconto K2, dunque, estende gli effetti su tutte le IF che sono autorizzate ad operare sul territorio nazionale.

49. Le considerazioni che precedono inducono a ritenere che gli elementi attualmente agli atti siano sufficienti per giustificare l'avvio di un procedimento istruttorio nei confronti di FS e RFI per verificare l'esistenza di un abuso di posizione dominante nel mercato dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria, e ciò anche in ragione della speciale responsabilità gravante in capo all'impresa monopolista legale nella gestione della infrastruttura ferroviaria ed appartenente al medesimo gruppo societario dell'*incumbent* nel trasporto ferroviario. Le condotte poste in essere da FS per il tramite di RFI appaiono idonee ad ostacolare i concorrenti di Trenitalia nel mercato della fornitura di servizi di trasporto ferroviario di merci e risultano prive di giustificazione, e tali da determinare un significativo danno per i consumatori (le imprese che si servono dei servizi di trasporto ferroviario di merci).

50. Considerato che le condotte in esame appaiono tali da limitare l'operatività di qualsiasi IF, anche appartenente ad altro paese comunitario, che, avendone i requisiti, intende svolgere la propria attività di trazione ferroviaria per trasporto merci sulla rete italiana, esse arrecano un pregiudizio al commercio tra stati membri e, di conseguenza, configurano una violazione dell'articolo 82 del Trattato CE.

RITENUTO, pertanto, che i comportamenti posti in essere da FS, per il tramite di RFI, nel mercato dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale e consistenti nella revoca sin dal giugno 2004 della concessione dello sconto K2 e nella decisione, espressa con comunicazione alle IF del 1° agosto 2007, di pretendere la restituzione delle somme che le IF segnalanti si erano autoridotte a titolo di sconto per l'intero periodo 2004-2006, pena la risoluzione del contratto di accesso alla rete, appaiono configurare violazioni dell'articolo 82 del Trattato CE;

DELIBERA

- a) l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società Ferrovie dello Stato S.p.A. e Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 82 del Trattato CE;
- b) la fissazione del termine di giorni sessanta, decorrente dalla data di notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio da parte dei legali rappresentanti delle parti, o da persona da essi delegata, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Agroalimentare e Trasporti di questa Autorità almeno quindici giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;
- c) che il responsabile del procedimento è il Dott. Marco Benacchio;
- d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Agroalimentare e Trasporti di questa Autorità dai rappresentanti legali delle parti o da persona da essi delegata;
- e) che il termine di chiusura dell'istruttoria è fissato al 30 settembre 2008.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato ai sensi di legge.

IL SEGRETARIO GENERALE
Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà