



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXIX - n. 11

**Publicato sul sito www.agcm.it
18 marzo 2019**

SOMMARIO

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	5
AS1567 - AGENZIA DOGANE E MONOPOLI - PROCEDURA DI SELEZIONE PER L'AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DELLA GESTIONE DI GIOCHI NUMERICI A TOTALIZZATORE NAZIONALE	
AS1568 - SERVIZIO DI TRASPORTO MARITTIMO TRA L'ITALIA CONTINENTALE E LE ISOLE MAGGIORI E MINORI	7

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1567 - AGENZIA DOGANE E MONOPOLI – PROCEDURA DI SELEZIONE PER L’AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DELLA GESTIONE DI GIOCHI NUMERICI A TOTALIZZATORE NAZIONALE

Roma, 1 febbraio 2019

Agenzia Dogane e Monopoli

Con riferimento alla richiesta di parere, formulata da codesta Amministrazione e pervenuta in data 8 gennaio 2019, in merito alle modalità di affidamento del servizio di gestione dei giochi numerici a totalizzatore nazionale, dei giochi complementari e opzionali e delle relative forme di partecipazione a distanza, nonché di ogni ulteriore gioco numerico basato su un unico totalizzatore a livello nazionale, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 23 gennaio 2019, ha ritenuto opportuno svolgere, ai sensi dell’art. 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, le seguenti considerazioni.

In merito all’eventuale impatto sulla concorrenza del bando di gara in questione, e rilevato preliminarmente che l’introduzione di una clausola quale quella riportata al paragrafo 19.7 del capitolato d’oneri¹ non discende da una specifica richiesta dell’Autorità, si ritiene opportuno richiamare quanto già affermato nel proprio parere del 27 giugno 2007, AS403, *Modalità di affidamento in concessione della gestione dei giochi numerici a totalizzatore nazionale*, pubblicato in Boll. n. 25/07.

In particolare, nel predetto parere, l’Autorità, dopo aver ricordato la nozione di posizione dominante elaborata dalla giurisprudenza europea, rappresentava che ai fini dell’accertamento di un potere di mercato qualificabile in termini di posizione dominante occorre prendere in considerazione, oltre alle quote di mercato, anche altri numerosi fattori, tra i quali, in particolare, le caratteristiche del mercato in cui opera un’impresa, avuto riguardo all’esistenza di eventuali barriere all’ingresso, nonché al numero e al potere di mercato delle imprese che vi operano; “ciò

¹ In base alla quale “ADM, ai sensi e per gli effetti dell’articolo 1, comma 90, lettera a), della legge del 27 dicembre 2006, n. 296, non procede all’aggiudicazione, qualora l’aggiudicazione stessa determini posizione dominante nel mercato nazionale del gioco. In tal caso, escluso il candidato primo classificato poiché in posizione dominante, si procede all’aggiudicazione a favore del secondo classificato. Qualora anche il candidato secondo classificato risulti essere in posizione dominante, ADM non procede all’aggiudicazione”

consente di verificare il carattere più o meno stabile della quota di mercato dell'impresa interessata anche alla luce del grado di pressione esercitabile su di essa dai concorrenti attuali e potenziali".

Con specifico riferimento al mercato dei giochi e delle scommesse, caratterizzato dall'esistenza di barriere all'ingresso di tipo amministrativo e tecnico e da una continua evoluzione – che ha portato all'introduzione di nuovi giochi, di recente anche sul canale *on line*, e al rilascio di nuovi titoli concessori che hanno determinato l'ingresso di nuovi operatori –, già nel 2007, l'Autorità evidenziava la necessità di tutelare le condizioni di concorrenzialità del mercato ed evitarne l'eccessiva concentrazione. Secondo l'Autorità tale obiettivo doveva essere perseguito evitando l'attribuzione di titoli ad operare in via esclusiva e garantendo la contendibilità dei diversi giochi e scommesse, in occasione del rilascio di nuovi titoli. In questa prospettiva, *"l'ingresso dovrebbe avvenire nel rispetto del principio costituzionale di libertà di iniziativa economica e dei principi comunitari di non discriminazione, di parità di trattamento, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità; in particolare, le condizioni di accesso non dovrebbero essere tali da favorire gli operatori già attivi sul mercato"*.

Nello specifico, per evitare il rischio che le condizioni di accesso favoriscano ingiustificatamente gli operatori già attivi sul mercato, l'Autorità aveva sottolineato come possano essere previste clausole che non attribuiscono un rilievo determinante e assorbente al requisito della previa disponibilità di una rete distributiva, ovvero che non richiedano che i livelli di fatturato e i volumi di raccolta siano realizzati con riguardo a giochi specifici o, ancora, che non prevedano limitazioni alla costituzione di raggruppamenti temporanei di impresa.

Ciò precisato, nel testo del bando di gara in esame non si ravvisano previsioni tali da condizionare l'esito della procedura a favore del precedente affidatario del servizio o suscettibili di impedire l'accesso al mercato di nuovi operatori. Sebbene siano richiesti requisiti relativi alla pregressa esperienza nel settore dei giochi nonché alla capacità finanziaria, gli stessi appaiono infatti proporzionati all'esigenza di garantire l'efficace svolgimento del servizio e la sua operatività.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento del presente parere, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

AS1568 - SERVIZIO DI TRASPORTO MARITTIMO TRA L'ITALIA CONTINENTALE E LE ISOLE MAGGIORI E MINORI

Roma, 4 marzo 2019

Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti

In data 13 febbraio 2019, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in base alle competenze conferite dall'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ha deliberato di formulare alcune osservazioni in relazione alla Convenzione per l'esercizio di servizi di collegamento marittimo in regime di pubblico servizio tra l'Italia continentale e le Isole maggiori e minori, in scadenza a luglio 2020, in particolare alla luce dell'avvenuta delibera di fusione per incorporazione di Moby S.p.A. (di seguito, "Moby") in Compagnia Italiana Navigazione (di seguito, "CIN"), attuale titolare della summenzionata Convenzione.

Sia Moby che CIN svolgono servizi di trasporto di passeggeri e di merci via mare in regime di convenzione e in regime di mercato. Il peso delle attività convenzionate nell'ambito dell'attività economica svolta è, tuttavia, marginale per ciò che riguarda Moby¹. Viceversa, le attività in convenzione costituiscono gran parte delle attività di CIN, la quale, in qualità di aggiudicataria della procedura di cessione attraverso gara espletata nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria alla quale era stata assoggettata Tirrenia di Navigazione S.p.A. in amministrazione straordinaria (di seguito, "Tirrenia"), ne ha acquistato il ramo d'azienda nel 2012². Come anticipato, CIN è, dunque, titolare della Convenzione per l'esercizio di servizi di collegamento marittimo in regime di pubblico servizio tra l'Italia continentale e le Isole maggiori e minori, stipulata il 18 luglio 2012 con il Ministero per le Infrastrutture e i Trasporti (di seguito, la "Convenzione")³. Per lo svolgimento di tali servizi CIN riceve un corrispettivo pari a oltre 72 milioni di euro annui di sussidi pubblici⁴.

¹ In particolare, Moby svolge attività di trasporto marittimo di passeggeri e di merci tra la Penisola e la Sardegna, la Sicilia e l'Isola d'Elba, prestate in regime di libero mercato. Inoltre, Moby è aggiudicataria della procedura di gara espletata dalla Regione Toscana per la privatizzazione di Toremar – Toscana Regionale Marittima S.p.A. (di seguito, "Toremar") e il contestuale affidamento dei servizi pubblici di cabotaggio marittimo di collegamento con le isole dell'arcipelago toscano. In ottemperanza al Contratto di servizio stipulato il 2 gennaio 2012 tra la Regione Toscana, Moby e Toremar, Moby effettua i richiamati servizi di trasporto pubblico mediante Toremar (di cui detiene l'intero capitale sociale).

² V. il provv. dell'Autorità n. 23670, C11613 – Compagnia Italiana di Navigazione /Ramo di azienda di Tirrenia di Navigazione, del 21 giugno 2012, in Boll. 25/2012.

³ In base alla Convenzione CIN svolge, in regime di servizio pubblico, il trasporto marittimo di passeggeri e di merci nei collegamenti tra le Penisola e le Isole maggiori. In particolare, sono soggette a regime convenzionale le tratte Napoli-Palermo (e vv.), Genova-Porto Torres (e vv.), Genova-Olbia-Arbatax (e vv.), Napoli-Cagliari (e vv.), Cagliari-Palermo (e vv.), Civitavecchia-Cagliari-Arbatax (e vv.), Civitavecchia-Olbia (e vv.), Termoli-Tremiti (e vv.), per ciò che riguarda il

Il 17 ottobre 2018 le assemblee straordinarie di Moby e CIN, entrambe facenti parte del gruppo Onorato, hanno deliberato un progetto di fusione inversa con indebitamento ai sensi dell'art. 2501-*bis* c.c. (c.d. *merger leveraged buy out*) che comporta l'incorporazione della società controllante Moby in CIN, sua controllata al 100%. Poiché l'ultima iscrizione della delibera di fusione nel Registro delle Imprese previste dall'art. 2502-*bis* c.c. è avvenuta il 19 ottobre 2018, si sarebbe potuto dare attuazione all'operazione di fusione dal 18 dicembre 2018, una volta spirato il termine di sessanta giorni posto dall'art. 2503 c.c. a disposizione dei creditori per esercitare il diritto di opposizione all'operazione. Tuttavia, l'attuazione della stessa è attualmente sospesa, dal momento che la gestione commissariale di Tirrenia ha esercitato il summenzionato diritto di opposizione e ha impugnato la delibera di fusione dinanzi al Tribunale di Milano, ritenendo che la società risultante dalla fusione non offrisse garanzie patrimoniali sufficienti e che l'effettiva esigibilità del credito che lo Stato italiano vanta ancora nei confronti di CIN per l'acquisto del ramo d'azienda di Tirrenia potesse essere perciò messa a rischio⁵.

Dagli elementi acquisiti emerge che la società risultante dalla fusione risulterà gravata dai debiti ora facenti capo alle società partecipanti alla fusione e che la scadenza di tali debiti travalica l'orizzonte temporale dell'attuale Convenzione di alcuni anni⁶. Inoltre, data la necessità, imposta dalla Legge a tutela dei creditori delle imprese che decidono di fondersi, di trovare adeguate fonti reddituali che finanzino l'intera operazione, e avendo le stesse società partecipanti alla fusione individuato tali fonti principalmente nei flussi di cassa provenienti dalla gestione caratteristica - ovvero dall'attività di trasporto marittimo - sembra che uno dei presupposti per la realizzazione della fusione tra Moby e CIN sia la proroga dell'attuale scadenza della Convenzione (prevista per il 18 luglio 2020) quantomeno al 2022/2023⁷.

Orbene, si ritiene che questo scenario presenti dei risvolti critici sotto il profilo concorrenziale.

Innanzitutto la normativa eurolunitaria sulla liberalizzazione dei servizi di cabotaggio, in particolare il Regolamento CEE n. 3577/92, prevede che un Ente affidante, prima di assoggettare determinati servizi a Obblighi di Servizio Pubblico (OSP), sia tenuto a effettuare una verifica preventiva del mercato per stabilire se vi siano le condizioni per l'offerta dei servizi predetti a condizioni di mercato, senza compensazione; solo in presenza di comprovata incapacità da parte degli operatori a fornire tali servizi a condizioni di mercato l'Ente affidante può assoggettare i

trasporto prevalentemente di passeggeri, Livorno -Cagliari (e vv.) e Ravenna-Catania (e vv.), per quanto riguarda il trasporto di merci.

⁴ Ai sensi dell'art. 7, comma 4, della Convenzione tale importo è stabilito in termini massimi per l'intero periodo della Convenzione affinché l'impresa garantisca il rispetto degli obblighi di servizio pubblico, in condizioni di complessivo equilibrio economico-finanziario della gestione con riferimento alla struttura dei costi e dei ricavi in un arco temporale non limitato al singolo esercizio, senza che da ciò possano determinarsi sovra-compensazioni, in linea con quanto previsto dalla normativa europea in materia di compensazioni di oneri di servizio pubblico.

⁵ V. *Siluro contro fusione Moby-CIN*, Milano Finanza del 4 dicembre 2018; *In bilico la fusione Moby-CIN*, Milano Finanza del 18 dicembre 2018.

⁶ Cfr. pp. 5, 9-11 della Relazione degli Amministratori, *cit.*

⁷ Dalla lettura della Relazione degli Amministratori sul progetto di fusione di Moby in CIN, depositata nel Registro delle Imprese, emerge come le fonti della capacità reddituale dell'impresa risultante dalla fusione siano individuate nei flussi di cassa derivanti dalla gestione caratteristica, ovvero dall'attività di trasporto marittimo. Tra le assunzioni poste alla base della possibilità dell'impresa risultante dalla fusione di generare tali flussi di cassa, il piano economico-finanziario annovera, tra l'altro, la proroga triennale della Convenzione rispetto alla naturale scadenza del luglio 2020.

servizi a Obblighi di Servizio Pubblico (OSP)⁸. Inoltre, il medesimo Regolamento introduce una distinzione tra “obblighi di servizio pubblico” (art. 2, punto 4 e art. 4.2) e “contratto di servizio pubblico” (art. 3, punto 4). Tale distinzione rileva poiché in alcuni casi è possibile assoggettare a OSP il servizio offerto contestualmente da uno o più operatori su una o più rotte (in questo caso si parlerà di c.d. OSP orizzontali), mentre in altri casi, date le caratteristiche dei servizi richiesti e le correlate esigenze essenziali di trasporto dell’Ente affidante, è ipotizzabile esclusivamente uno scenario in cui gli OSP gravino su uno specifico servizio oggetto di un contratto di servizio pubblico, da assegnare con una procedura di tipo competitivo a un unico soggetto (il quale, tuttavia, non opera necessariamente in esclusiva).

Si ricorda, altresì, che tali principi sono in procinto di trovare attuazione nella regolazione di prossima emanazione da parte dell’Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART)⁹, la quale intende intervenire per “definire una cornice regolatoria per i mercati interessati [...], limitando il ricorso alle procedure di affidamento in esclusiva degli stessi servizi”, con un Regolamento che “mira a perseguire condizioni competitive per l’accesso al mercato attraverso l’identificazione di idonee procedure per l’affidamento, trasparenti e non discriminatorie”¹⁰.

L’Autorità, in un suo recente parere sullo schema di Regolamento che l’ART intende adottare, ha affermato al riguardo che: “In questo difficile contesto strutturale, le criticità del settore appaiono in buona misura il riflesso di un’applicazione erronea, in quanto solo formale ma non sostanziale, della normativa e dei principi eurounitari sulla liberalizzazione del cabotaggio marittimo da parte delle amministrazioni competenti, nonché della scarsa qualità della normativa e regolazione che tali amministrazioni adottano, in applicazione del suddetto regolamento comunitario. In più occasioni è emersa, infatti, l’assenza di quella verifica preventiva del mercato che andrebbe svolta prima di assoggettare i servizi a Obblighi di Servizio Pubblico (OSP), di natura orizzontale (destinati a tutti gli armatori interessati a operare) o a un solo operatore; inoltre, laddove l’amministrazione abbia optato per l’affidamento con gara di un contratto di servizio pubblico, gli esiti delle procedure non sono sempre positivi, posto che in taluni casi vi sono procedure andate deserte; in altri casi ha formulato offerta solo l’operatore incumbent; in altri ancora il livello delle compensazioni non è risultato stabilito in modo congruo con effetti sul novero dei potenziali partecipanti”¹¹.

Nella medesima sede l’Autorità ha anche evidenziato che un assetto regolatorio insoddisfacente contribuisce anche a rendere più ardua la propria attività di *enforcement* delle norme a tutela della concorrenza (artt. 101 e 102 TFUE), in quanto la scarsa trasparenza e qualità della regolazione non

⁸ Il Reg. CEE n. 3577/92 si applica nella stessa maniera, siano erogate sovvenzioni o meno. Quando sono concessi aiuti di Stato per compensare obblighi di servizio pubblico, gli Stati membri devono erogarle in conformità alla legislazione comunitaria ed in particolare alle norme del trattato sugli aiuti di Stato, come interpretate dalla Corte di giustizia.

⁹ V. lo schema di Regolamento sui bandi di gara per il trasporto marittimo di passeggeri da/tra e verso le Isole (Delibera n. 89/2018 del 27 settembre 2018 *Procedimento volto all’adozione di misure regolatorie per la definizione dei bandi delle gare per l’assegnazione dei servizi di trasporto marittimo di passeggeri da, tra e verso le isole, e degli schemi delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare, avviato con la delibera n. 4/2016 come ampliato nell’oggetto dalla delibera n. 124/2017. Indizione di consultazione pubblica e delibera n. 103/2018 che ha prorogato fino al 5 dicembre 2018 il termine di conclusione della consultazione pubblica).*

¹⁰ V. lo schema di AIR allegato al documento di consultazione, p. 16.

¹¹ Cfr. il provv. AS1546 DEFINIZIONE BANDI DI GARA ASSEGNAZIONE SERVIZI TRASPORTO MARITTIMO PASSEGGERI DA-TRA-PER LE ISOLE in bollettino 48/2018.

consentono agevolmente di discernere in che misura le condotte delle imprese siano pienamente autonome o costituiscano, invece, il portato della cornice regolatoria assunta a riferimento. Da tutto ciò emerge che, anche in presenza di fallimenti di mercato che giustificano l'assoggettamento dei servizi di cabotaggio marittimo agli OSP, la disciplina eurounitaria applicabile richiede, previa ulteriore verifica di assoggettamento a c.d. OSP orizzontali, un ricorso alle procedure a evidenza pubblica per l'affidamento di uno o più contratti di servizio, con il fine di tutelare al massimo il principio della libera concorrenza nell'attività di cabotaggio marittimo¹². Nel contesto normativo testé delineato, l'obiettivo di garantire la continuità aziendale della società risultante dalla eventuale fusione tra Moby e CIN anche successivamente al 18 luglio 2020 non pare in alcun modo una circostanza che possa giustificare una deroga ai principi più sopra menzionati e, dunque, consentire un'eventuale proroga della Convenzione rispetto alla sua naturale scadenza.

Pertanto, l'Autorità auspica che codesto dicastero proceda, secondo una tempistica congrua rispetto alla scadenza del 18 luglio 2020, ad una corretta applicazione del Regolamento (CEE) n. 3577/92 e della regolazione settoriale di prossima emanazione da parte dell'ART, e svolga un'analisi dei fabbisogni effettivi di mobilità da e per le isole interessate (declinati in termini di tipologia e frequenza dei collegamenti, articolazione tariffaria, standard qualitativi, ecc.), propedeutica sia alla verifica preventiva delle condizioni per l'offerta dei servizi predetti a condizioni di mercato sia all'eventuale assoggettamento a OSP dei servizi da affidare con gara.

Lo svolgimento di una nuova gara per l'assegnazione nei tempi originariamente previsti del servizio di cabotaggio marittimo da svolgersi in regime di OSP, il cui perimetro sia opportunamente definito dalla previa analisi, più sopra richiamata, dei fabbisogni effettivi di mobilità, appare, infatti, lo strumento più appropriato per raggiungere gli obiettivi posti dal Regolamento e dalla regolazione settoriale - tra i quali rileva l'efficienza delle gestioni e il rispetto delle condizioni minime di qualità del servizio - e, in particolare, per correggere eventuali distorsioni e attivare i meccanismi di confronto competitivo in grado di "dissipare" gli extra profitti di cui potrebbe beneficiare l'impresa aggiudicataria del servizio.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

¹² Cfr., sul punto, Corte Cost., sentenze del 11 aprile 2011 n. 123 e del 13 gennaio 2014 n. 2, nonché Corte Conti, Deliberazione del 13 febbraio 2014 n. 12.

*Autorità garante
della concorrenza e del mercato*

Bollettino Settimanale
Anno XXIX- N. 11 - 2019

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Sandro Cini, Valerio Ruocco, Simonetta Schettini,
Manuela Villani
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Ufficio Statistica e Applicazioni Informatiche
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

Web: <http://www.agcm.it>

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
