

## **Il Consiglio di Stato si pronuncia sull'abuso di posizione dominante (Consiglio di Stato, sezione VI, 9 aprile 2025, n. 3058)**

Costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE la condotta posta in essere da società appartenenti ad un gruppo che, approfittando della peculiare posizione caratterizzata dalla presenza del gestore monopolista della rete e da un'impresa ferroviaria verticalmente integrata, pongono in essere una complessiva strategia caratterizzata dalla trattazione parallela e unitaria di questioni di competenza del gestore delle rete e della verifica dei relativi vantaggi per l'impresa ferroviaria verticalmente integrata, al fine di assecondare il pur legittimo disegno politico – amministrativo di interlocutori istituzionali di potenziamento del servizio ferroviario (nella specie, mediante investimenti per la elettrificazione di tratte), ma agevolando l'affidamento del servizio senza gara per la durata massima prevista, impedendo quindi, una concorrenza per il mercato.

\*\*\*

### **Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

#### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9667 del 2023, proposto da: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

#### ***contro***

Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Siragusa, G. Cesare Rizza e Alessandro Comino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Piero Fattori, Antonio Lirosi e Salvatore Spagnuolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli e Paolo Giugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

#### ***per la riforma:***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 13627/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a., di Trenitalia s.p.a. e di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2025 il Consigliere Lorenzo Cordi e uditi, per le parti, l'avvocato dello Stato Anna Collabolletta e gli avvocati Mario Siragusa, Cesare Rizza, Fabio Cintioli, Paolo Giugliano, Piero Fattori, Antonio Liroi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

### A. FATTO E SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO.

1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche solo "A.G.C.M.") ha proposto ricorso in appello avverso la sentenza n. 13627/2023, con la quale il T.A.R. per il Lazio – sede di Roma (Sezione Prima) ha accolto i ricorsi R.G. n. 13291/2019, R.G. n. 13434/2019 e R.G. n. 13880/2019, proposti, rispettivamente, da Trenitalia s.p.a., Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a. (di seguito anche solo "F.S.") e Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (di seguito anche solo "R.F.I.") avverso il provvedimento n. 27878 del 31.7.2019, adottato dall'A.G.C.M. a conclusione del procedimento "A519 – Affidamento diretto del trasporto pubblico ferroviario in Veneto", e gli ulteriori atti ad esso connessi.

2. Con il provvedimento n. 27878 l'A.G.C.M.: *i*) ha accertato che F.S., R.F.I. e Trenitalia avevano posto in essere un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 del T.F.U.E., consistente nell'adozione di una complessa e unitaria strategia escludente volta a sfruttare indebitamente una serie di "asset" e prerogative possedute unicamente in virtù della propria posizione di operatore integrato nella gestione/sviluppo della rete (in monopolio legale) e nella fornitura dei servizi di trasporto ferroviario e, dunque, non replicabili per tutti gli altri operatori potenzialmente concorrenti; *ii*) ha ordinato alle parti di astenersi in futuro dal porre in essere le condotte contestate o comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata; *iii*) ha irrogato alle parti, in solido, la sanzione amministrativa simbolica pari a euro 1.000,00 (mille/00).

3. In punto di fatto l'A.G.C.M. ha dedotto che la strategia abusiva del gruppo aveva visto il coinvolgimento di F.S., *holding* dell'omonimo gruppo societario e controllante al 100 per cento R.F.I. s.p.a. (gestore unico dell'infrastruttura ferroviaria italiana) e Trenitalia s.p.a. (principale impresa ferroviaria nazionale, attiva nel trasporto ferroviario ad alta velocità, a media e lunga percorrenza e regionale) (v., anche, parr. 1-3 del provvedimento). Secondo l'Autorità, le tre Società - in violazione degli obblighi di separazione e indipendenza tra l'attività di gestione della rete e quella di offerta dei servizi ferroviari sanciti dalla normativa nazionale e europea in materia - avevano posto in essere una strategia volta a sfruttare indebitamente la posizione dominante (*sub specie* di monopolio legale) detenuta da R.F.I. nel mercato della gestione e del potenziamento della rete (tramite la programmazione di taluni interventi infrastrutturali di elettrificazione) per ottenere dalla Regione Veneto l'affidamento diretto dei servizi ferroviari a favore di Trenitalia, per il periodo massimo consentito dalla normativa europea, in luogo dello svolgimento della procedura di gara inizialmente

prevista. In base alla risultanza istruttorie, l'A.G.C.M. aveva ritenuto che: *i*) il gruppo avesse ottenuto la stipula del contratto di servizio tra la Regione Veneto e Trenitalia sfruttando l'impegno ad attuare alcuni interventi infrastrutturali di elettrificazione sulla rete ferroviaria veneta, ad opera del gestore unico R.F.I.; *ii*) la strategia abusiva posta in essere dalle società del gruppo aveva avuto concreti effetti, avendo impedito l'esplicitarsi di una concorrenza "per" il mercato nell'offerta dei servizi di trasporto ferroviario di persone in Veneto, in danno dei potenziali concorrenti (quali la società Arriva Italia Rail s.r.l.) e degli utenti finali, privati della possibilità di fruire di offerte migliorative a seguito del confronto competitivo che poteva instaurarsi sul mercato.

4. Le Società del gruppo FS hanno proposto autonomi ricorsi dinanzi al T.A.R. per il Lazio, sorretti da plurimi motivi.

4.1. In particolare, Trenitalia ha dedotto l'illegittimità del provvedimento per: *i*) insussistenza della condotta abusiva e omessa considerazione degli snodi essenziali del processo decisionale della Regione Veneto, osservando che il tema dell'elettrificazione dell'anello bellunese era stato, da tempo, individuato come prioritario e non era stato trattato in modo congiunto con l'affidamento del servizio, che la Regione aveva disposto in considerazione degli investimenti proposti da Trenitalia; *ii*) violazione e falsa applicazione degli artt. 102 del T.F.U.E., 5 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, 11 del D.Lgs. n. 112/2015, 7 del D.Lgs. n. 139/2018 e 61 della L. n. 99/2009, in ragione della "neutralità" sotto il profilo concorrenziale dei dati scambiati tra R.F.I. e Trenitalia, nell'insussistenza di benefici per i consumatori derivanti dall'eventuale gara (stante la proroga del contratto fino al 2023), e, per converso, della sussistenza di tangibili benefici derivanti dalla proposta di Trenitalia; *iii*) insussistenza della condotta abusiva, per non aver verificato l'effettivo interesse di Arriva (o di altri operatori ferroviari) a concorrere con Trenitalia per l'assegnazione del servizio nell'ambito di una ipotetica gara, essendosi l'A.G.C.M. limitata a riportare il mero dato formale delle manifestazioni di interesse inviate da Arriva alla Regione in data 3.11.2016 e 26.1.2017, senza accertare come non vi fosse una reale volontà della Società di entrare nel mercato, circostanza testimoniata dalle rinunce e dai ritiri dalla gare per le quali aveva manifestato interesse; *iv*) per utilizzo strumentale dell'art. 102 del T.F.U.E. al fine di sindacare la discrezionalità dell'Amministrazione nella scelta delle modalità di affidamento del servizio; *v*) per contraddittorietà dell'operato dell'A.G.C.M. che, pur avendo qualificato la condotta come "particolarmente grave", aveva, poi, irrogato una sanzione meramente simbolica.

4.2. F.S. ha dedotto l'illegittimità del provvedimento: *i*) per violazione e falsa applicazione degli artt. 102 del T.F.U.E. e 11 del D.Lgs. n. 112/2015, in quanto F.S. non avrebbe avuto alcun ruolo nell'attuazione della presunta strategia abusiva e il suo coinvolgimento sarebbe stato affermato solo in ragione della partecipazione ad una riunione di natura politico-istituzionale con la Regione Veneto, priva di rilievo per la scelta regionale di affidare a Trenitalia il servizio (dipendente, esclusivamente, dal miglioramento dell'offerta); *ii*) per insussistenza di effetti anticoncorrenziali e per omessa analisi dello scenario controfattuale alternativo in assenza delle condotte contestate; *iii*) per inoperatività della presunzione di esercizio di un'influenza determinante in ragione dei vincoli economici, organizzativi e giuridici intercorrenti tra F.S. e le controllate; *iv*) per violazione dei diritti fondamentali di F.S., derivanti dall'applicazione della presunzione di esercizio di influenza determinante da parte della controllante totalitaria, ritenuta inoperante in considerazione della

natura dei precisi vincoli esistente tra controllante e controllate; *v*) per violazione e falsa applicazione degli artt. 15 e 31 della L. n. 287/1990, non potendosi considerare la condotta come grave.

4.3. R.F.I. ha dedotto l'illegittimità del provvedimento: *i*) per mancanza di prova della condotta illecita atteso che la decisione di R.F.I. di pianificare investimenti nella elettrificazione dell'anello basso del bellunese era stata frutto di indicazioni impartite direttamente dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, le interlocuzioni erano del tutto fisiologiche e non potevano elevarsi a indice significativo di illiceità della condotta, e, in ultimo, non vi era autonomia decisionale di R.F.I.; *ii*) per difetto dei presupposti per poter qualificare la condotta come un abuso di posizione dominante, mancando i presupposti costantemente richiesti dalla giurisprudenza nazionale e unionale per configurare tale fattispecie illecita; *iii*) per assenza di effetto escludente in quanto, nel periodo in esame, non esisteva alcuna impresa effettivamente interessata all'affidamento del contratto di servizio, come rilevabile sulla base del fatto che l'unica potenziale "concorrente" di Trenitalia non aveva neppure manifestato un vero interesse, né contestato in sede giurisdizionale l'affidamento diretto del contratto di servizio fino al 2032.

5. Il T.A.R. per il Lazio ha riunito i tre giudizi e li ha accolti per le ragioni che saranno nel prosieguo illustrate, per quanto di interesse per la presente decisione. L'A.G.C.M. ha proposto ricorso in appello affidato a tre motivi, di seguito esaminati. Si sono costituiti in giudizio F.S., R.F.I. e Trenitalia chiedendo di respingere il ricorso in appello. In memoria di costituzione F.S. ha riproposto i motivi assorbiti dal T.A.R. e, in particolare, il terzo motivo (con il quale ha dedotto l'inoperatività della presunzione di esercizio di influenza determinante) e il quarto motivo (con il quale ha dedotto la violazione dei propri diritti fondamentali conseguenti all'applicazione della presunzione di esercizio di influenza determinante) [v., punto 4.1, *sub iii*) e *iv*)]. Trenitalia ha riproposto il quarto motivo (con il quale ha dedotto l'uso strumentale dell'art. 102 del T.F.U.E. per sindacare decisioni politiche) [v. punto 4, *sub v*)]. R.F.I. ha riproposto il terzo motivo con il quale ha dedotto l'errata ricostruzione di un'autonomia di R.F.I. nell'individuazione delle risorse pubbliche [v. punto *sub 1*)]. In vista dell'udienza pubblica del 20.3.2025 le Società del gruppo F.S. hanno depositato memorie conclusionali. L'A.G.C.M. e F.S. hanno depositato memorie di replica. All'udienza del 20.3.2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

## B. SULLA CONDOTTA DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE.

6. Preliminarmente si osserva come l'A.G.C.M. abbia articolato tre motivi di ricorso in appello, censurando i capi della sentenza di primo grado relativi alla ricostruzione della condotta, agli effetti della stessa, alla valutazione dell'infrazione e al suo trattamento sanzionatorio. In questa sezione verrà esaminato il primo motivo di ricorso, relativo alla sussistenza della condotta illecita alla luce del quadro probatorio raccolto dall'A.G.C.M. Per connessione tematica si procederà ad esaminare in questa sezione i motivi riproposti dalle parti appellate relativi alla condotta ritenuta illecita dall'A.G.C.M. In particolare, saranno esaminati il terzo e il quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio, il quarto motivo del ricorso introduttivo di Trenitalia, e, in ultimo, il terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di R.F.I.

### B.1. SUL CAPO DI SENTENZA DI PRIMO GRADO RELATIVO ALLA CONDOTTA.

7. Prima di procedere alla disamina del ricorso in appello, appare opportuno sintetizzare la trama argomentativa della sentenza di primo grado, che si è soffermata sui principali fatti dai quale l'A.G.C.M. aveva desunto la sussistenza di una condotta illecita delle Società del gruppo F.S.

7.1. Il T.A.R. ha, in primo luogo, valutato le evidenze relative ad una riunione svoltasi in data 9.3.2016 tra le Società del gruppo e alcuni esponenti istituzionali e politici della Regione Veneto, ove, secondo l'Autorità, si sarebbe trattato nella medesima sede di questioni relative all'infrastruttura e all'affidamento del servizio. Il T.A.R. ha evidenziato, in primo luogo, come l'Autorità avesse richiamato il comunicato stampa dell'1.10.2016 (nel quale l'assessore ai trasporti della Regione Veneto aveva fatto riferimento ad una riunione tenutasi in data 9.3.2016, a cui avevano partecipato lo stesso assessore, gli a.d. di F.S., R.F.I. e Trenitalia, il vicepresidente della provincia di Belluno, il segretario regionale del Partito Democratico in Veneto, il direttore della Divisione passeggeri regionale di Trenitalia e il presidente di Busitalia Sita Nord), osservando come, in tale riunione, si sarebbe concordato che l'elettrificazione dell'anello basso bellunese poteva essere avviata a fronte del miglioramento del contratto di servizio con Trenitalia, che ne avrebbe potuto giustificare l'investimento. Questa ricostruzione era stata, invece, contestata dalle parti, secondo le quali il tema dell'elettrificazione era antecedente e non era stato posto in correlazione con l'affidamento. Secondo il T.A.R. le risultanze non potevano provare in modo inequivoco la condotta abusiva in quanto, dallo stesso tenore del comunicato, non poteva evincersi che il collegamento tra le due proposte era posto come imprescindibile delle Società, atteso che la condizione *“se non si elettrifica non si fa il nuovo contratto dieci più cinque”* sembrava, piuttosto, enfatizzare l'intenzione della parte politica di subordinare la possibilità dell'affidamento diretto all'avvio degli investimenti sulla rete elettrica, anche tenuto conto che il comunicato era stato emesso proprio dalla Regione Veneto. Questa ricostruzione era confermata – secondo il T.A.R. – dalle dichiarazioni dell'assessore regionale ai trasporti, che aveva evidenziato come la riunione fosse stata indetta su impulso di alcuni esponenti politici, affermando che, nel corso della stessa, non era stato proposto alcuno scambio tra elettrificazione della linea e affidamento del servizio e che il comunicato era una risposta di carattere squisitamente politico alla dichiarazioni rese dall'allora Vice Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, che sembravano mettere in dubbio la possibilità dell'elettrificazione delle linee del bellunese. Secondo il T.A.R. non poteva ritenersi raggiunta la prova della condotta illecita, non potendo assumere rilievo dirimente la mera presenza alla riunione dei rappresentanti delle Società del gruppo F.S., finalizzata solo a fornire un apporto utile ai fini della discussione, tenuto conto anche che Trenitalia era affidataria del servizio fino al 2023.

7.2. Inoltre, secondo il T.A.R.: *i*) non poteva neppure aver rilievo la circostanza che Trenitalia stava elaborando un'offerta commerciale alla Regione, comprendente l'acquisto di nuovo materiale rotabile elettrico, in luogo di treni diesel, finalizzata ad ottenere l'affidamento diretto per 15 anni del servizio, poiché la Società, essendo, evidentemente, a conoscenza dei progetti di elettrificazione in corso, aveva predisposto la propria offerta in modo consequenziale; *ii*) non aveva un ruolo decisivo l'*e-mail* interna di Trenitalia del 7.6.2016 (in cui la Società - commentando la richiesta dell'assessore di *“inserire nel protocollo per il passaggio al contratto a 15 anni gli investimenti di RFI su PL ed elettrificazione”* - affermava che non si poteva inserire quella parte infrastrutturale sul contratto di servizio), in quanto la missiva evidenziava, piuttosto, l'impossibilità di trattare congiuntamente i due temi; *iii*) il mutamento di indirizzo della Regione non poteva essere connesso all'elettrificazione quanto, piuttosto, ai nuovi contenuti dell'offerta di Trenitalia, che aveva manifestato alla Regione la propria disponibilità a investire *“ulteriori 350 milioni di euro”*, a fronte di una *“durata contrattuale più ampia [...] coerentemente con quanto previsto dalla normativa europea di settore (Regolamento CE*

1370/2007)” e agli sforzi compiuti a partire dal 2014 dall’azienda per il miglioramento del livello generale del servizio; *iv*) in relazione ai contatti intercorsi negli ultimi mesi del 2017 doveva considerarsi come, all’epoca, fosse già intervenuta la sottoscrizione dell’accordo quadro tra la Regione e R.F.I. (che contemplava al suo interno gli interventi di elettrificazione), e che la Regione si era già determinata a procedere con l’affidamento a fronte degli ulteriori investimenti promessi da Trenitalia, sicché nemmeno tali condotte potevano ritenersi idonee a comprovare la strategia abusiva posta in essere al fine di ottenere tale affidamento; *v*) gli scambi di informazioni tra le parti neppure potevano costituire una prova della condotta abusiva, trattandosi di fisiologica interazione tra il gestore della rete e l’azienda incaricata del servizio di trasporto, consentita dalla disciplina di settore atteso che l’art. 11 del D.lgs. n. 112/2005 prevedeva un espresso obbligo di riservatezza in capo al gestore della rete solo con riferimento alle “*informazioni commerciali in suo possesso*” e alle “*informazioni sensibili relative alle funzioni essenziali*” (quali l’assegnazione delle tracce e i canoni per l’utilizzo dell’infrastruttura), mentre non vietava la comunicazione di dati di altro genere; *vi*) la circostanza che la normativa vigente *ratione temporis* non avesse distinto tra le funzioni essenziali del gestore e le altre funzioni non essenziali non inficiava tali conclusioni in quanto il D.lgs. n. 112/2015 definiva le funzioni essenziali del gestore dell’infrastruttura (“*relative alla determinazione e riscossione dei canoni all’assegnazione di capacità dell’infrastruttura, incluse sia la definizione e la valutazione che la disponibilità e l’assegnazione delle singole tracce orarie*”), considerando dunque non essenziali quelle relative allo sviluppo dell’infrastruttura; *vii*) di conseguenza anche le interlocuzioni tra R.F.I. e Trenitalia non potevano essere ritenute illecite né sintomo di una condotta abusiva; *viii*) il programma delle relazioni infrastrutturali era stato elaborato tenendo conto delle indicazioni del M.I.T., come confermato anche dall’*affidavit* dell’allora Ministro pro tempore, il quale aveva evidenziato come l’elettrificazione del tratto in questione fosse stata una proposta della Regione, condivisa dal Ministero; *viii*) seppur ciò non elideva la discrezionalità del gestore nell’allocazione delle risorse stanziata dal complessivo programma di investimenti, non era, comunque, revocabile in dubbio che la pianificazione degli investimenti non potesse ritenersi rientrare nell’autonoma disponibilità del gestore, in modo da potere essere utilizzata come fattore di scambio nell’ambito della contrattazione con l’Amministrazione appaltante.

7.3. L’A.G.C.M. ha contestato la ricostruzione effettuata dal T.A.R. ritenendola, da un lato, errata nella lettura della documentazione e nella valutazione delle evidenze, e, dall’altro, non esaustiva, non essendosi considerati diversi elementi raccolti dall’A.G.C.M. e ritenuti indici significativi della sussistenza di un abuso di posizione dominante.

## B.2. SUGLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL’ILLECITO E SULLA DISTINZIONE TRA GESTORE E IMPRESA FERROVIARIA.

8. Prima di esaminare le analitiche censure dell’Autorità e le speculari difese delle Società del gruppo F.S. occorre fissare due assi portanti per la cognizione della vicenda, ricostruendo, pur in termini necessariamente sintetici, la giurisprudenza unionale in materia di sfruttamento abusivo della posizione dominante (necessaria per la successiva verifica della corretta o inesatta sussunzione del fatto nell’alveo dell’art. 102 del T.F.U.E. da parte dell’AG.C.M.) e il quadro normativo di riferimento del trasporto pubblico per ferrovia (indispensabile per comprendere il contesto all’interno del quale sarebbe maturato l’eventuale abuso di posizione dominante).

9. Partendo dalla prima tematica si osserva come, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia (v., *ex multis*, C.G.U.E., 12.5.2022, causa C- 377/20): *i*) lo scopo proprio dell'articolo 102 del T.F.U.E., è quello di evitare che i comportamenti di un'impresa che detiene una posizione dominante abbiano l'effetto, a danno dei consumatori, di ostacolare, ricorrendo a mezzi o a risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza (v., anche, C.G.U.E, 10.9.2024, causa C48/22 P, punto 87 e giurisprudenza ivi citata; Id., 25.2.2025, causa C-233/03, punto 38); *ii*) per l'effetto, l'illecito è integrato non soltanto dalle pratiche che possono provocare un danno diretto ai consumatori, ma anche da quelle che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza; *iii*) sebbene l'art. 102 del T.F.U.E. non osti a che scompaiano o siano emarginati sul mercato in questione concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione, ciò potrebbe lecitamente avvenire soltanto in virtù di una concorrenza basata sui meriti; *iv*) di conseguenza, gli elementi costitutivi dell'infrazione in esame sono rappresentati, da un lato, dalla capacità della pratica, quando è attuata, di produrre un effetto escludente, nel senso che essa può rendere più difficile la penetrazione o il mantenimento dei concorrenti nel mercato di cui trattasi, e, così facendo, può incidere sulla struttura del mercato; dall'altro, dallo sfruttamento di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti.

9.1. Riservando al prosieguo la disamina del tema degli effetti, si osserva come lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sia intesa come una nozione oggettiva che riguarda i comportamenti di un'impresa in posizione dominante, i quali, su un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito, abbiano l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza (C.G.U.E., 25.3.2021, causa C-152/19 P; C.G.U.E, 10.9.2024, causa C48/22 P, punto 88 e giurisprudenza ivi citata; Id., 25.2.2025, causa C-233/03, punto 39). Di conseguenza, non è richiesta la prova di un elemento intenzionale; l'illegittimità di un comportamento abusivo è, infine, indipendente dalla qualificazione di tale comportamento in altri rami del diritto.

9.2. In relazione allo sfruttamento di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti, deve aversi riguardo a qualsiasi pratica: *i*) per l'attuazione della quale un'impresa dominante non ha alcun interesse economico se non quello di eliminare i suoi concorrenti; *ii*) che non può essere riprodotta da un ipotetico concorrente il quale, benché altrettanto efficiente, non detenga una posizione dominante sul mercato di cui trattasi, poiché tale pratica si basa sullo sfruttamento di risorse o di mezzi propri di una tale posizione.

9.3. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, alle imprese in posizione dominante incombe, indipendentemente dalle cause di una simile posizione, la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il loro comportamento, una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno: le imprese in posizione dominante possono, infatti, difendersi dai loro concorrenti, ma devono farlo ricorrendo ai mezzi propri di una concorrenza "normale", basata sui meriti (C.G.U.E., 12 gennaio 2023, causa C-42/21; v., anche Corte di giustizia CE, 14 novembre 1996, causa C-333/94).

9.5. In definitiva, secondo quanto precisato dalla giurisprudenza unionale, la nozione di concorrenza basata sui meriti si riferisce, in linea di principio, a una situazione di concorrenza da cui i consumatori traggono profitto mediante prezzi meno elevati, una qualità migliore e una scelta più ampia di beni e di servizi nuovi o più efficienti. In tal senso, devono in particolare essere considerati propri della concorrenza basata sui meriti i comportamenti che hanno l'effetto di ampliare la scelta dei consumatori immettendo sul mercato nuovi prodotti o aumentando la quantità o la qualità di quelli già offerti.

10. Passando al contesto di riferimento occorre soffermarsi, in particolare, su quattro profili di peculiare interesse, inerenti: *i)* all'affidamento dei contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia; *ii)* all'indipendenza del gestore dell'infrastruttura; *iii)* ai rapporti tra R.F.I. e lo Stato; *iv)* ai rapporti tra R.F.I. e le Regioni. Si tratta di aspetti ricostruiti, puntualmente, nel provvedimento impugnato, che - in *parte qua* - può, quindi, parzialmente riportarsi.

10.1. In relazione al primo aspetto, il provvedimento ha evidenziato come il progressivo processo di liberalizzazione del mercato abbia comportato incisive modifiche al sistema di affidamento, giunte ad un punto di approdo con la regola di cui all'art. 5 del Regolamento (CE) 1370/2007 [parte del c.d. III Pacchetto ferroviario, e modificato, a partire dal 24.12. 2017, dal Regolamento (UE) 2338/2016, parte del c.d. IV Pacchetto ferroviario], la quale prevede - oltre alla procedura di gara e con l'esclusione delle ipotesi in cui sia espressamente vietato dalla legislazione nazionale - la facoltà per le Autorità competenti dei singoli Stati membri di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia. La durata del contratto di affidamento non può essere superiore a dieci anni, prorogabili per altri cinque sia nel caso in cui ciò sia giustificato dai costi derivanti dalla particolare situazione geografica sia qualora l'operatore fornisca beni di entità significativa in rapporto all'insieme dei beni necessari per la fornitura dei servizi di trasporto di passeggeri oggetto del contratto di servizio pubblico e prevalentemente finalizzati ai servizi di trasporto di passeggeri previsti dal contratto. Nel caso di affidamento diretto è, comunque, necessaria la pubblicazione preventiva di un avviso contenente, tra l'altro, informazioni sul tipo di aggiudicazione prevista e sui servizi e i territori potenzialmente interessati, e un successivo avviso.

10.1.1. Nel diritto interno, il settore del trasporto pubblico locale è stato devoluto alla Regioni e agli enti locali, e, con la regola di cui all'art. 61 della L. n. 99/2009, si è previsto quanto segue: *"al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le Autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007"*.

10.2. In relazione al secondo aspetto l'A.G.C.M. ha, correttamente, evidenziato come la normativa di riferimento fosse racchiusa all'interno della direttiva 2012/34/UE che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico, successivamente emendata dalla Direttiva (UE) 2016/2370, che ha rafforzato l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura ferroviaria con specifico riferimento ai casi in cui esso sia integrato verticalmente con un'impresa che offre servizi di trasporto ferroviario. Già prima di tale direttiva, il diritto unionale e la normativa interna di attuazione avevano, comunque, dettato una serie di principi ai quali il gestore si sarebbe dovuto adeguare e in particolare: *i)* l'autonomia e indipendenza gestionale, amministrativa e contabile delle imprese ferroviarie; *ii)* l'indipendenza del

gestore dell'infrastruttura, la separazione contabile o costituzione di strutture aziendali autonome e distinte, sotto il profilo patrimoniale e contabile, per la gestione dell'infrastruttura ferroviaria e per l'esercizio dell'attività di trasporto a mezzo ferrovia; *iii*) la libertà di accesso al mercato dei trasporti di merci e di passeggeri per ferrovia da parte delle imprese ferroviarie, in conformità alle prescrizioni contenute nelle direttive dell'Unione europea e negli articoli 56 e seguenti del T.F.U.E., a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti e tali da garantire lo sviluppo della concorrenza nel settore ferroviario.

10.2.1. Nell'ordinamento interno è stata data attuazione alla separazione societaria tra il gestore della rete e l'impresa ferroviaria e, inoltre, la previsione di cui all'art. 11 del D.Lgs. n. 112/2015 ha previsto che il gestore dell'infrastruttura fosse un soggetto autonomo e indipendente sul piano giuridico, organizzativo o decisionale, e sotto il profilo contabile, dalle imprese operanti nel settore dei trasporti.

10.3. In ordine ai rapporti tra il gestore dell'infrastruttura e lo Stato, l'A.G.C.M. ha osservato come questi siano disciplinati da un atto di concessione e da uno o più contratti di programma, stipulati nel rispetto dei principi e parametri fondamentali indicati. Il contratto di programma è lo strumento mediante il quale si disciplinano gli aspetti economici e finanziari del rapporto di concessione tra il M.I.T. e R.F.I. in relazione agli investimenti per lo sviluppo e alle attività di manutenzione della rete. L'Autorità ha, inoltre, evidenziato che: *i*) il contratto di programma (che ha durata non inferiore a cinque anni ed è aggiornabile e rinnovabile anche annualmente) disciplina l'erogazione dei finanziamenti pubblici necessari e funzionali allo svolgimento dell'attività del gestore e allo sviluppo dell'infrastruttura ferroviaria nazionale; *ii*) a partire dal 2013, i rapporti tra il M.I.T. e R.F.I. sono regolati dalla parte servizi del contratto di programma (che disciplina il finanziamento delle attività di manutenzione dell'infrastruttura e degli altri oneri di gestione) e dalla parte investimenti (che regola la programmazione degli interventi finalizzati alla realizzazione di varie tipologie di interventi); *iii*) l'iter di approvazione della parte investimenti del contratto di programma prevede che lo schema di contratto sia predisposto da R.F.I. e condiviso dapprima con il M.I.T. e, di seguito, con il M.E.F., e sia poi trasmesso al CIPESS per l'approvazione con eventuali prescrizioni; *iv*) del contenuto del contratto sono informati l'Autorità di settore, le imprese di settore e le Regioni, per esprimere il loro parere, nonché le Commissioni parlamentari competenti, che esprimono – anch'esse – il loro parere; *v*) il contratto viene sottoscritto tra R.F.I. e M.I.T. ed è approvato da un decreto interministeriale M.I.T.-M.E.F., sottoposto a registrazione da parte della Corte dei Conti; *vi*) nel periodo in esame il contratto di programma era stato stipulato in data 8.8.2014 e aveva terminato l'iter autorizzativo con la registrazione del 16.6.2015; *vii*) il nuovo contratto 2017-2021 aveva, invece, concluso l'iter autorizzativo con la registrazione del 9.5.2019.

10.4. In ultimo l'Autorità ha evidenziato che i rapporti tra R.F.I. e le Regioni sono regolati da accordi quadro, volti a garantire la disponibilità della capacità di infrastruttura necessaria all'espletamento dei servizi ferroviari regionali e locali, di competenza delle Regioni stesse, prevedendo altresì una serie di impegni per il gestore. Con l'accordo quadro R.F.I. e le Regioni si accordano, quindi, su interventi infrastrutturali che rispondono a specifiche esigenze di ciascun territorio e rispetto alle quali il gestore della rete svolge una valutazione di fattibilità e convenienza, avendo come unico vincolo il rispetto della coerenza con il contratto di programma e con il programma generale di Governo. Tali accordi prevedono l'impegno della Regione ad acquistare tracce sulle linee che si

programma di realizzare o potenziare e, quindi, garantiscono l'esecuzione di interventi su tratte che, poi, saranno effettivamente utilizzate dai treni regionali.

B.4. SUI FATTI POSTI A FONDAMENTO DELL'ACCERTAMENTO DELL'A.G.C.M. – (ESAME DEL PRIMO MOTIVO DI APPELLO E DEI MOTIVI RIPROPOSTI DA TRENITALIA E R.F.I.).

11. Descritta la figura dell'abuso di posizione dominante e il quadro generale entro il quale la specifica condotta sarebbe maturata, può, quindi, procedersi alla disamina delle vicende di fatto, prendendo l'abbrivio dallo scenario esistente al momento in cui le condotte sono state poste in essere, indispensabili per il corretto inquadramento delle vicende successive, oggetto della valutazione dell'A.G.C.M.

11.1. Dalla ricostruzione effettuata nel provvedimento impugnato e documentata in giudizio, risulta che, in data 23.9.2010, era stato sottoscritto tra la Regione Veneto e Trenitalia un contratto per l'affidamento del trasporto ferroviario di persone di interesse regionale e locale per il periodo 1.1.2009-31.12.2014. Tale contratto aveva durata pari a sei anni, con un'opzione di rinnovo per altri sei, oltre ad un'eventuale proroga tecnica per un anno. In data 30.12.2014 la Regione aveva comunicato a Trenitalia la disdetta del contratto - in quanto vi erano state delle difficoltà operative nel passaggio dall'orario c.d. a domanda (ossia sulla base dell'intensità del flusso dei passeggeri) all'orario c.d. cadenzato (par. 16 del provvedimento, che rinvia all'audizione della Regione Veneto; v., anche, f. 2 del doc. n. 33 depositato in primo grado da Trenitalia) – e aveva deciso di procedere all'affidamento del servizio mediante gara. La Regione aveva, infatti, successivamente pubblicato l'avviso di pre-informazione di cui all'art. 7, par. 2, del Regolamento (CE) 1370/2007, contenente l'indicazione dello svolgimento di una gara d'appalto aperta per l'affidamento del servizio, e, in data 29.9.2014, aveva incaricato la Società regionale Sistemi Territoriali s.p.a. di svolgere tutte le attività tecniche finalizzate alla predisposizione del progetto e tutti gli atti propedeutici all'espletamento della gara d'appalto di rilevanza europea (par. 45-47 del provvedimento).

11.2. R.F.I. e la Regione avevano sottoscritto un verbale di intesa che prevedeva di sottoporre agli organi deliberanti una proroga del servizio fino al 31.12.2020, nelle more dell'espletamento della gara. Con delibera n. 1760 dell'1.12.2015, la Giunta regionale aveva stabilito di prorogare il servizio fino al 31.12.2023, ma il relativo accordo non era stato immediatamente sottoscritto dalle parti. In sostanza, il contratto in essere all'epoca dei fatti era stato oggetto di disdetta da parte della Regione per insoddisfazione del servizio reso e l'Ente aveva deciso di non ricorrere ad un affidamento diretto ma di indire una procedura di gara europea.

11.3. In quegli anni la Regione Veneto aveva, inoltre, il problema della mancanza della rete elettrica in alcune parti della linea e, in particolare, nel c.d. anello basso del bellunese, caratterizzato da intensi collegamenti tra pendolari, e, all'epoca, escluso dal contratto di programma 2012-2016, che contemplava solo gli interventi delle tre tratte pedemontane.

12. In questo scenario si inseriscono le condotte che, secondo l'A.G.C.M., avrebbero integrato un abuso di posizione dominante e che si sarebbero sostanziate in una strategia del gruppo F.S., finalizzata a sfruttare indebitamente la posizione di monopolio legale detenuta da R.F.I. sul mercato "a monte" della gestione e dello sviluppo dell'infrastruttura, al fine di preservare la posizione di "incumbency" detenuta da Trenitalia sul mercato "a valle" della fornitura dei servizi di trasporto ferroviario di persone in Veneto fino al 2032, conseguendo un affidamento diretto per il periodo massimo previsto dal Regolamento (CE) 1370/2007 (10+5 anni) ed evitando il ricorso alle procedure

di gara preventivate dalla Regione (par. 142 del provvedimento). A sostegno della propria valutazione l'A.G.C.M. ha allegato diverse evidenze, che devono essere esaminate in modo analitico (onde cogliere gli aspetti di rilevanza del singolo fatto, come si esporrà *infra*) e vagliate nel significato complessivo che assumono.

13. Il primo fatto esaminato dall'A.G.C.M. è l'incontro tra le Società del gruppo e alcuni esponenti politici e istituzionali della Regione. Come esposto in precedenza, il T.A.R. ha ritenuto tale riunione non idonea a costituire una prova della strategia abusiva posta in essere dalle Società del Gruppo F.S., valorizzando, in particolare, il carattere politico della riunione e dei comunicati ad essa successivi, osservando come il legame tra elettrificazione e affidamento fosse stato, piuttosto, enfatizzato dalla parte politica, e ritenendo che non fosse dirimente la presenza di Trenitalia, all'epoca impresa affidataria che gestiva il servizio (v., *retro*, punto 7.1 della presente sentenza).

13.1. Nel censurare questo punto della sentenza l'A.G.C.M. ha enfatizzato, *ex aliis*, il tenore dei comunicati e delle dichiarazioni della parte politica; per converso, le parti appellate hanno rimarcato proprio il carattere politico dell'incontro, testimoniato dall'iniziativa e dalle comunicazioni ad esso relative. Inoltre, le parti appellate hanno enfatizzato anche le dichiarazioni rese dall'assessore regionale, che ha escluso che i due temi fossero stati posti in una logica di "scambio", o, per usare un'espressione più accorta, in termini di condizionalità. Una logica che è stata esclusa dal Giudice di primo grado che, sul punto, ha motivato la decisione richiamando i paragrafi 65-67 del provvedimento, che sono, tuttavia, relativi alle risultanze istruttorie e non alle valutazioni espresse dall'Autorità.

13.2. Osserva, invero, il Collegio come le deduzioni relative alla portata e al significato di questa riunione siano *utrimque* non aderenti alle valutazioni propriamente espresse sul punto dall'Autorità e accentuino alcuni aspetti di carattere propriamente politico – la politica essendo attività libera nei fini e non sindacabile in via giurisdizionale amministrativa se non in quanto essa si traduca in decisioni amministrative non conformi al principio di legalità – che non sono rilevanti per il diritto antitrust. Appare, quindi, necessario individuare e circoscrivere l'esatto fatto rilevante per il provvedimento amministrativo e, quindi, per il presente giudizio che ne deve verificare la legittimità. Operazioni che può condursi esplicitando – in negativo – ciò che non costituisce fatto rilevante per l'accertamento *antitrust* in esame, perimetrando, per converso, il solo segno illativo di una possibile condotta contraria alla previsione di cui all'art. 102 del T.F.U.E. Questo aspetto è di particolare rilievo in quanto l'intera vicenda si snoda lungo un sottile crinale, confinante con una sfera propriamente politica che è, chiaramente, estranea al presente giudizio. Infatti, sia con riferimento al caso specifico della riunione del 9.3.2016 che in relazione ad altri episodi deve, propriamente, procedersi a scindere comportamenti rilevanti ai fini antitrust e condotte, espressioni o rappresentazioni che sono, invece, della sfera politica, e a verificare se – espunti i secondi – restino o meno fatti che possano sussumersi nella fattispecie di cui all'art. 102 del T.F.U.E.

13.3. Nel caso specifico della riunione del 9.3.2016 è, invero, lo stesso provvedimento impugnato a circoscrivere il fatto rilevante, evitando sia commistioni tra il diritto antitrust e la sfera politica sia di porre a fondamento dell'accertamento (pur avendo raccolto il materiale istruttorio) alcune dichiarazioni che, in quanto provenienti da organi politici sono, in realtà, espressioni di quel linguaggio e di quella forma comunicativa, e, come tali, possono dare delle suggestioni che, tuttavia, non hanno reale significato esplicativo della vicenda. Infatti, il provvedimento dell'A.G.C.M. ha

affermato come non fossero rilevante per l'accertamento i contenuti della riunione, la sua natura politico-istituzionale o il soggetto politico dal quale era giunta l'iniziativa (par. 154 del provvedimento). Né hanno rilievo per il Collegio le comunicazioni stampa – ove enfaticamente sembra messa in stretta relazione di condizionalità l'elettrificazione delle linee con l'affidamento del servizio – trattandosi, come spiegato, di comunicazione propriamente politica.

13.4. Operate queste considerazioni, si osserva, quindi, come il solo fatto rilevante sia la partecipazione, su *imput* della holding del gruppo, del gestore della rete e dell'impresa ferroviaria ad una riunione in cui sono stati trattati il tema degli interventi strutturali e quello del servizio di trasporto. Un fatto che, ferma la sua valutazione che si esporrà *infra*, risulta, comunque, provato. Infatti, dalla documentazione istruttoria risulta che la Segreteria dell'a.d. di F.S. - con comunicazione mail del 4.3.2016, avente ad oggetto "riunione per elettrificazione Belluno e TPL Veneto" - aveva invitato all'incontro del 9.3.2016 l'a.d. di R.F.I., il Direttore della Divisione Passeggeri Regionale di Trenitalia, il presidente e l'a.d. di Busitalia Sita Nord e l'a.d. di Busitalia Veneto (v. nota 58 del provvedimento impugnato). Su indicazione dell'a.d. di F.S. sono stati, quindi, invitati ad una riunione con rappresentanti istituzionali e politici i vertici delle altre due Società del gruppo, e, in particolare, il gestore dell'infrastruttura e l'impresa ferroviaria.

13.5. Lo stesso oggetto della comunicazione di posta elettronica indica che la riunione ha avuto i due diversi oggetti sopra indicati e tale dato non è smentito dalla dichiarazione dell'assessore regionale del Veneto (relativa al fatto rilevante e non alla sfera politica e, per questo, presa in considerazione dal Collegio) che ha negato come le tematiche fossero state poste in una logica di scambio ma non ha escluso che fossero state trattate nell'ambito della stessa riunione (v., correttamente, punto 155 del provvedimento). Del resto, l'accertamento dell'A.G.C.M. non ha affermato che nell'incontro sarebbe stata espressa la condizionalità tra elettrificazione e affidamento del servizio di trasporto, che avrebbe, invero, integrato una prova diretta di un illecito antitrust, che è stato, invece, ricostruito in modo via deduttiva e secondo una logica propriamente inferenziale.

13.6. Se, quindi, deve escludersi che la riunione sia *ex se* prova dell'illecito antitrust, ciò non consegna, tuttavia, il fatto all'irrelevanza per questo settore del diritto. Va, infatti, considerato come il fatto rilevi, comunque, come esempio della trattazione congiunta delle due tematiche, che, come si esporrà, emerge anche in altre occasioni, e di cui vanno appurate le finalità, accertando, in sostanza, se questi episodi siano stati meri rapporti istituzionali o scambi fisiologici tra il gestore della rete e il soggetto che, all'epoca, espletava il servizio o, al contrario, occasioni per perseguire finalità diverse, sfruttando la posizione del gestore per assecondare i *desiderata* della Regione e, al contempo, consentire all'impresa ferroviaria di ottenere l'affidamento del servizio, evitando una concorrenza degli altri operatori.

13.7. Questa verifica non può arrestarsi affermando, semplicemente, che si sarebbe trattato di una riunione di carattere politico-istituzionale. In primo luogo, una simile spiegazione che replica l'errore prospettico e metodologico di ricondurre il tema della valenza della riunione nella logica della prova diretta, omettendo di considerare come la riunione sia – nella logica dell'accertamento – solo un tassello di un mosaico più ampio, il cui significato va, quindi, colto nel contesto. Del resto, sebbene sia indubbio che la riunione avesse anche una connotazione politica (testimoniata dalla presenza di esponenti di partiti politici), la stessa ha, comunque, comportato, su *input* della holding, la partecipazione degli organi di vertice del gestore dell'infrastruttura e dell'impresa ferroviaria

verticalmente integrata, mettendo, quindi, sul tavolo le due diverse tematiche e presentandosi in modo congiunto all'interlocutore che non era, esclusivamente, politico ma anche istituzionale e, in tale veste, chiamato ad assumere decisioni sull'affidamento del servizio. Né la spiegazione della presenza di Trenitalia può risiedere necessariamente nel ruolo di impresa ferroviaria all'epoca operante (a cui era legata anche la presenza di Busitalia, operante nel trasporto su gomma, valorizzata dalle difese degli appellati), atteso che una simile spiegazione isola, ancora una volta, il fatto dal contesto, rappresentando quello che verosimilmente è stata anche una parte della riunione, ma non consentendo di cogliere eventuali ulteriori significati che derivano dall'intero contesto.

13.8. In quest'ottica va, quindi, tenuto conto degli elementi di contesto e, in primo luogo, degli antecedenti alla riunione del 9.3.2016. Anticipando le conclusioni si evidenzia come dalla documentazione acquisita dall'Autorità emerga come, prima dell'incontro del 9.3.2016, le Società del gruppo avessero già iniziato a trattare le due tematiche, ma in modo congiunto e calibrato sullo specifico interesse per l'impresa ferroviaria. Infatti, dalla documentazione in atti emerge, in primo luogo, che, con e-mail del 10.1.2016, la Segreteria dell'a.d. di F.S. aveva chiesto a R.F.I. la disponibilità ad un incontro per discutere il tema dell'elettrificazione delle linee ferroviarie del bellunese. La *holding* aveva, quindi, manifestato un interesse per un tema di competenza del gestore della rete, ricevendo riscontro in data 20.1.2016 da parte dello stesso, il quale aveva, successivamente, confermato che non vi erano aggiornamenti rispetto a quanto già rappresentato. Circostanza che conferma, quindi, l'interesse della *holding* per il tema, sul quale voleva essere, altresì, aggiornata (par. 52 del provvedimento). Nel medesimo periodo anche Trenitalia aveva effettuato delle valutazioni relative ai vantaggi derivanti dall'elettrificazione delle tratte di linea afferenti il bacino del bellunese (parr. 53-54).

13.9. Contenuti, oggetto, e metodologia di tali valutazioni sono di particolare rilievo anche per il contesto temporale in cui erano state effettuate. Va, infatti, osservato come, all'epoca (inizio del 2016), Trenitalia fosse in proroga del servizio fino al 2020, non essendo stato ancora sottoscritto l'atto di proroga fino al 2023. Di conseguenza, le valutazioni erano di interesse relativo in relazione al periodo rimanente di esercizio in proroga, tenuto conto anche del tempo necessario per l'attività amministrativa funzionale alla realizzazione degli interventi, nonché del tempo di esecuzione. Le valutazioni assumevano, piuttosto, particolare valenza nella prospettiva di un ulteriore futuro espletamento del servizio, e, quindi, di un'ipotetica aggiudicazione (in caso di gara) o di un eventuale nuovo affidamento. Per tale ragione questa attività istruttoria non poteva ritenersi meramente funzionale ad individuare risparmi da conseguire (ove, effettivamente, conseguibili) nel tempo rimanente, né, certamente, a un generale "*quadro sullo stato del servizio ferroviario regionale e le sue potenzialità di sviluppo*" (f. 10 della memoria conclusionale di Trenitalia), in quanto questa istruttoria era stata calibrata sulla specifica posizione di Trenitalia e non di qualsiasi impresa ferroviaria.

13.10. Osserva il Collegio come una disamina degli scenari di medio-lungo periodo sia in sé valutazione pienamente legittima per un'impresa ferroviaria, stante anche gli ingenti investimenti richiesti e i tempi di realizzazione, che, quindi, impongono, fisiologicamente, di effettuare valutazioni prospettiche. Del resto, come ricordato, il diritto antitrust non preclude, in alcun modo, una concorrenza fondata sul merito, che si nutre – nello specifico mercato in esame – anche della capacità di analisi e di sviluppo del settore. Ma nella vicenda in esame non è, certamente, questo

l'aspetto che rileva ai fini del diritto antitrust, quanto le modalità e le connessioni che emergono dalla concreta istruttoria svolta.

13.11. Infatti, la documentazione acquisita dall'A.G.C.M. rileva le valutazioni proprie del gestore e dell'impresa ferroviaria non siano state separate ma, al contrario, condotte secondo una logica di convenienza economica del gruppo, e, in particolare, dell'impresa ferroviaria. In particolare, occorre considerare che: *i*) vi sono in atti diverse mail tra dirigenti di R.F.I. e Trenitalia risalenti ai primi giorni del mese di marzo in cui il gestore e l'impresa effettuano una valutazione degli interventi di elettrificazione nel bellunese; *ii*) alla e-mail del 7.3.2016 (prima, quindi, dell'incontro con la Regione) inviata – *“come da intese, per i tuoi commenti/integrazioni”* – dal Direttore della Direzione Commerciale ed Esercizio Rete di R.F.I. al Direttore Divisione Passeggeri Regionale di Trenitalia sono allegate alcune *slides* relative all'elettrificazione con indicazione dei costi/risparmi sia per R.F.I. che per Trenitalia; *iii*) nelle *slides* è indicato che la valutazione era *“aziendale FSI”*, comprendendo il v.a.n. e l'opportunità di investimento rispetto ai valori economici coinvolti per R.F.I. e Trenitalia; *iv*) le *slides* hanno riportato una *“SWOT analysis”*, con distinte considerazioni non solo per il *“Gestore dell'infrastruttura”* e per l'intero gruppo [denominato: *“Gruppo (GI [gestore infrastruttura] +IF [impresa ferroviaria])”*], indicando – come punti di forza – i vantaggi per l'impresa ferroviaria e come punti di debolezza i costi per il gestore; *v*) quest'ultima e-mail è stata, poi, inoltrata dal Direttore della Divisione Passeggeri Regionale di Trenitalia a un collaboratore rappresentando come quelli non fossero *“i risultati attesi”* e illustrando che l'obiettivo era quello di un catalogo di prodotti diversi in funzione della domanda e del numero dei treni, da condividere anche con R.F.I.

13.11.1. I contenuti delle *slides* risultano, quindi, calibrati sul gruppo F.S. e non costituiscono – come, invece, evidenziato da F.S. (f. 7 della memoria conclusionale) – una analisi volta ad individuare *“in termini generali e astratti, gli elementi tecnici ed economici coinvolti in un progetto di elettrificazione, che, come tali, dovevano costituire oggetto di valutazione ai fini di una decisione strategica a livello politico”*, né una rappresentazione dei vantaggi e degli svantaggi *“derivanti – per il sistema ferroviario nel complesso e per qualsiasi tratta ferroviaria – nel passaggio da un sistema a rete non interamente elettrificata a un sistema a rete elettrificata”*. Inoltre, deve osservarsi come, sebbene l'inciso secondo cui la valutazione sarebbe stata aziendale F.S. sia stato modificato nella versione finale del provvedimento (v, punto 13.12 della presente sentenza), ciò non cambia i contenuti di questa analisi. Né può condividersi quanto affermato da F.S., secondo cui, *“nell'effettuare tale valutazione, i decisori pubblici – i soli responsabili ultimi – non potevano che considerare i fattori rilevanti relativi all'infrastruttura ferroviaria e ai servizi sulla stessa prestati: fattori che, all'epoca di cui si discute, erano riconducibili al Gruppo FS”* (f. 7 della memoria conclusionale). In disparte la contraddittorietà logica tra le due deduzioni difensive di F.S., deve, comunque, notarsi come una simile valutazione non fosse ancorata allo scenario all'epoca attuale (in cui l'impresa ferroviaria era in proroga per altri quattro anni), ma, come spiegato, proiettata alle prospettive future, tenendo conto dei tempi per la realizzazione dell'elettrificazione.

13.12. I risultati di queste valutazioni sono stati, successivamente, inviati – in data 9.3.2016 - agli a.d. delle due Società, pur con parziali modifiche ai documenti; come anticipato è stata sostituita la proposizione (invero, molto significativa) *“La valutazione è aziendale FSI”* con la proposizione *“Il costo di investimento [...] per adeguamento gallerie deve essere un investimento statale/regionale”*, e, inoltre, è stata aggiunta la valutazione relativa a *“quanti treni/gg ripagano i costi di manutenzione della rete?”* e l'indicazione del *“risparmio di esercizio nell'elettrificazione [per Trenitalia]”*. Nella e-mail inviata dal

Direttore della Divisione Passeggeri Regionale all'a.d. di Trenitalia si è evidenziato, espressamente, di aver effettuato una valutazione congiunta con R.F.I. Omologa indicazione si rinviene nella *e-mail* inviata dal Direttore commerciale ed esercizio rete all'a.d. di R.F.I. In relazione a questa comunicazione va osservato come alla stessa fossero stati allegati due schede: una relativa al metodo di valutazione, l'altra all'estensione dell'elettrificazione, con indicazione sia degli interventi già previsti nel contratto di programma (le tre linee pedemontane) che degli interventi nel bellunese. In questa seconda scheda vi è una nota a mano dell'a.d. di R.F.I. dal seguente tenore: *"la sintesi dell'incontro è stata: non conviene!"*, recante la data di protocollo dell'8.2.2016.

13.12.1. In relazione a quest'ultimo documento le difese delle parti appellate hanno evidenziato come l'indicazione dell'a.d. fosse *"soltanto una valutazione strutturale e tecnica collegata al rapporto tra portata dell'investimento e volume del traffico presente sulla rete"*, anche in considerazione del fatto che R.F.I., *"quando compie investimenti in merito agli investimenti sulla infrastruttura di rete da finanziare con risorse stanziare dal Contratto di Programma sottoscritto con il Ministero, non segue mai logiche di redditività, ma di realizzazione dell'interesse pubblico ad un'efficace gestione del sistema ferroviario"* (f. 18 della memoria conclusionale di R.F.I.). Le deduzioni delle parti appellate non paiono, tuttavia, smentire il significato dell'appunto. In sostanza, il progetto di elettrificazione delle linee in questione viene ritenuto non conforme all'interesse pubblico ad un'efficace gestione del sistema ferroviario, e, quindi, un intervento che – in considerazione delle risorse assegnate – non sarebbe stato utile realizzare. Risulta, quindi, necessario comprendere le ragioni del mutamento di prospettiva, che, come si vedrà, sono ricondotte alla volontà politica dalle difese delle appellate. Una deduzione che, tuttavia, non esclude la sussistenza di un'utilità propria dell'impresa ferroviaria. Al contrario, anticipando le conclusioni che si trarranno dalla disamina della documentazione, emerge come la volontà politica sia stata, comunque, assecondata – nell'ambito, comunque, di margini di scelta del gestore che devono tuttavia pur sempre rispettare i limiti del diritto antitrust - anche al fine di trarre l'indubbio vantaggio consistente nell'affidamento diretto del servizio per l'impresa ferroviaria.

13.13. Prima di esaminare gli ulteriori snodi cruciali della vicenda – da cui si traggono le conclusioni appena esposte – possono, comunque, fissarsi i primi tasselli che discendono dalla disamina sin qui effettuata. La documentazione esaminata comprova come la disamina dell'elettrificazione abbia coinvolto in modo congiunto entrambe le Società, valutando i riflessi positivi a livello di gruppo. Pertanto, la fase anche immediatamente precedente alla riunione risulta caratterizzata da una trattazione congiunta e nell'ottica del gruppo delle due tematiche, così come congiunto è stata poi l'interlocuzione con i soggetti politici e istituzionali, tra cui il decisore per la parte relativa all'affidamento del servizio. Inoltre, le valutazioni per l'impresa ferroviaria hanno avuto precipuo rilievo in prospettiva futura; in quella fase l'impresa si trovava in un mero regime di proroga del precedente affidamento, ma la Regione aveva già deciso di indire una gara pubblica. Risulta, quindi, evidente come fosse necessario per l'impresa un forte sforzo per ottenere un eventuale ulteriore affidamento, dovendo convincere il decisore: *i)* della possibilità di superare integralmente le problematiche che, in passato, avevano condotto alla disdetta del contratto; *ii)* della possibile di predisporre un'offerta particolarmente significativa per la Regione, così da superare non solo l'intenzione di indire una gara ma ottenere anche un affidamento per il tempo massimo previsto dalla normativa vigente.

13.14. Queste ultime considerazioni impongono di prestare particolare attenzione a un aspetto che il Giudice di primo grado ha trattato limitandosi ad enfatizzare la nuova offerta di Trenitalia, senza, tuttavia, considerare come i contenuti di tale offerta dipendessero in parte anche dai risparmi derivanti dall'elettrificazione, che era, certamente, una utilità per ogni impresa ferroviaria ma soprattutto per l'impresa verticalmente integrata che poteva, alla luce delle valutazioni congiunte operate, calibrare meglio la propria offerta. Del resto, la stessa offerta di Trenitalia prevedeva l'acquisto di materiale rotabile tenendo conto proprio dell'elettrificazione della rete (parr. 69-70 del provvedimento).

13.15. Il tema dell'elettrificazione era, quindi, particolarmente significativo sia gli evidenti riflessi sull'offerta di Trenitalia (e, quindi, sulla possibilità di ottenere un affidamento), sia per il peculiare interesse della Regione in ragione delle criticità esistenti sulla tratta. La rilevanza di tale interesse, nonché la commistione tra attività del gestore e attività dell'impresa ferroviaria, emerge dalle successive interlocuzioni tra la Regione e Trenitalia. In particolare, dalle premesse al protocollo di intesa finalizzato alla stipula del contratto di servizio tra la Regione e Trenitalia, emerge come si volesse, persino, fare un espresso riferimento all'elettrificazione della rete, quale elemento condizionante per l'affidamento. Si legge in tale documento: *"l'elettrificazione delle linee ferroviarie del bacino Bellunese rappresenta una priorità per la Regione Veneto, nonché una condizione indispensabile per la sottoscrizione di un nuovo contratto di servizio di durata quindicennale"*. Nel successivo articolo 2 (relativo agli impegni delle parti) si legge che la Regione *"si impegna ad aggiudicare direttamente a Trenitalia il servizio regionale con la sottoscrizione di un nuovo contratto di servizio di durata quindicennale (2018 – 2032), sempre che sia certa la realizzazione degli interventi sull'infrastruttura ferroviaria di cui in premessa"*.

13.15. Anche in relazione a tale segmento della vicenda fattuale occorre operare un discrimine tra la sfera politico-amministrativa e il comportamento delle Società appellate. Sul punto, il T.A.R. ha evidenziato come questa connessione, espressa persino in termini condizionali, fosse, piuttosto, iniziativa della Regione. Ma questa affermazione – quand'anche corretta – non è idonea ad esaurire la disamina integrale della vicenda, dovendosi verificare il comportamento delle Società dinanzi ad una simile richiesta. E' proprio indagando tale aspetto che si coglie il fatto rilevante per il diritto antitrust. Infatti, dagli atti emerge come Trenitalia non avesse rappresentato, in termini chiari, alla Regione l'impossibilità (ma anche l'illegittimità ed illiceità) di porre i due aspetti in tale rapporto condizionale, accettando anche le conseguenze di una simile doverosa rappresentazione, che avrebbero potuto sostanziarsi in una decisione contraria all'interesse della Società per quanto riguardava l'affidamento. Al contrario, risulta in atti una e-mail interna nella quale è stato rappresentato che l'assessore regionale avrebbe voluto *"inserire nel protocollo per il passaggio al contratto a 15 anni gli investimenti di RFI su PL ed elettrificazione"*; tuttavia, la comunicazione aggiunge: *"In sostanza non concorda con la bozza del protocollo, se non si prevedono impegni in questo senso. E' un tema importante, temo che se non sarà risolto il contratto 10 + 5 non si firmerà"*. In risposta a tale comunicazione, il Direttore della Divisione Passeggeri Regionale di Trenitalia ha rilevato: *"non si può inserire quella parte infrastrutturale sul contratto di servizio possiamo invece fare un lavoro in parallelo con Rfi con accordo quadro"*.

13.16. In sostanza, dinanzi ai desiderata della politica l'impresa ferroviaria ha affermato, da un lato, la doverosa impossibilità di inserire il tema infrastrutturale nel contratto (valorizzata dalla decisione di primo grado), ma, dall'altro, ha ipotizzato di poter fare un lavoro in parallelo con R.F.I. (non

preso, invece, in considerazione dal T.A.R.), spostando la decisione su un piano informale sintomatico della piena coscienza della possibile illegittimità sul piano del diritto antitrust della condotta tenuta. Quindi, sul piano formale e verbale l'impresa ha tenuto separate le attività del gestore dalle proprie, ma, sul piano sostanziale ed informale del mero coordinamento di fatto, ha affermato di poter lavorare in parallelo con R.F.I. Ma nel contesto specifico in esame questo lavoro parallelo non ha, quindi, inteso soddisfare, esclusivamente, gli interessi dell'Amministrazione o della politica ma anche il differente interesse dell'impresa ferroviaria a ribaltare una situazione che era sfociata nella disdetta nel precedente contratto e nella decisione di indire una gara.

13.17. L'incidenza dell'investimento infrastrutturale sulla proposta di Trenitalia (e, quindi, sul sensibile incremento di possibilità di addivenire ad un affidamento diretto per il periodo di quindici anni), sono, altresì, testimoniate, in primo luogo, dalla D.G.R. n. 1260/2016, nella quale si evidenzia come il ritardo nella sottoscrizione della proroga fino al 2023 fosse dipeso dalla volontà dell'impresa di proporre nuovi investimenti *"anche alla luce della attesa elettrificazione di alcune linee ferroviarie come previsto dall'Accordo Quadro in corso di definizione tra Regione Veneto e gestore della Rete - RFI"*. Da questa nota si evince, infatti, come l'offerta dell'impresa e l'accordo tra la Regione e il Gestore procedessero, effettivamente, in parallelo, incrementando, con ogni evidenza, le *chance* di affidamento per Trenitalia, potendo essa migliorare la propria offerta (anche in ragioni dei minori costi derivanti dall'elettrificazione). Omologhe considerazioni valgono per la successiva D.G.R. n. 1919/2016, ove si afferma che i nuovi investimenti proposti dall'impresa si prestavano ad un più efficace utilizzo del nuovo scenario infrastrutturale delineato nell'accordo quadro in corso di definizione con il gestore.

13.18. A seguito della nuova offerta la Regione ha, quindi, pubblicato un nuovo avviso *ex art. 7* del Regolamento n. 1370/2007, che non prevedeva più la gara ipotizzata nel 2014 ma un affidamento diretto a Trenitalia. Nella fase successiva, emerge dalla documentazione come R.F.I. e Trenitalia si fossero scambiate informazioni - *"su cui ragionare tra RFI e TI per presentarsi in Regione in modo coerente"* - in merito all'elettrificazione dell'intero bacino bellunese e al suo finanziamento nel nuovo contratto di programma, valutando l'opportunità di *"attivare un tavolo centrale tra di noi per chiudere il cerchio"* e promuovere *"un incontro collegiale"*, *"per allinearci nei confronti della Regione"*. Da queste e-mail emerge, ancora una volta, la volontà della Regione di rendersi disponibile alla sottoscrizione del contratto fino al 2032, assicurandosi l'elettrificazione delle tratte. Anche in tal caso, le Società non hanno ricondotto la situazione alla necessaria separazione tra attività del gestore e strategia dell'impresa ferroviaria, ma, al contrario, hanno: i) affermato la necessità di un *"tavolo centrale per chiudere il cerchio"* e *"un incontro collegiale"* per *"allinear[si] nei confronti della Regione, discutendo in modo collegiale il tema dell'elettrificazione"*; ii) operato in modo congiunto stante l'importanza del tema dell'elettrificazione per la Regione e la necessità di *"non avere sorprese"*, altrimenti sarebbe saltato *"il contratto 10+5 importante per il gruppo"*; iii) ribadito che senza l'elettrificazione la Regione non avrebbe firmato il contratto, essendo, quindi, necessario conoscere le date del completamento del progetto come da *"intercorsi"* tra assessore, R.F.I. e Trenitalia (par. 87 e 88 del provvedimento).

13.19. Dall'esame di questo ulteriore segmento della vicenda emerge, quindi, come lo scambio di informazioni sia stato funzionale alla strategia delle Società del gruppo. Ciò rende non rilevanti la deduzione articolate dalle difese delle parti appellate, che, in plurimi passaggi, hanno fatto riferimento alla piena legittimità dello scambio di informazioni tra il gestore della rete e l'impresa ferroviaria, richiamando le previsioni di cui all'art. 11, comma 3, e 11, comma 10, del D.Lgs. n.

112/2015. Va, infatti, considerato come la Corte di Giustizia abbia evidenziato come la nozione di *“sfruttamento abusivo”* sia fondata su una valutazione oggettiva del comportamento, che è indipendente dalla qualificazione di tale comportamento in altri rami del diritto (Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, 12 maggio 2022, causa C-719/2022; Id., 6 dicembre 2012, C-457/10; v., inoltre, Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 marzo 2024, n. 2967). Nel caso di specie, lo scambio di informazioni non ha avuto rilievo nell'ambito di una legittima diffusione di dati relativi all'infrastruttura, ma, al contrario, al fine di effettuare valutazioni congiunte tra gestore e impresa così da rendere possibile l'affidamento diretto per l'impresa ferroviaria verticalmente integrata. Non si è trattato, quindi, di scambi funzionali alla finalità di garantire pari opportunità alle imprese (punto 18 della memoria conclusionale di F.S.), ma proprio al fine di precludere la concorrenza per il mercato.

14. Stante l'importanza dell'elettrificazione per la Regione, a cui era connesso il contratto di affidamento (definito – come visto – *“importante per il gruppo”*), gli interventi nel bellunese sono stati inseriti nell'accordo quadro tra R.F.I. e la Regione, con indicazioni dei dettagli necessari per l'inserimento nel contratto di programma. Questo impegno di R.F.I. si è tradotto, poi, nella proposta da formulare al M.I.T. per l'adeguamento del contratto di programma. In questa fase ha, quindi, fatto ingresso il M.I.T., a cui spetta l'approvazione del contratto di programma. Pertanto, in questo specifico segmento della vicenda è subentrato un nuovo attore politico-istituzionale, nonché decisore finale in ordine al contratto di programma. Questa fase è, quindi, di particolare importanza per la vicenda in esame, dovendosi considerare come questo momento decisivo sul piano politico-istituzionale sia stato enfatizzato dalle difese delle parti appellate al fine di escludere la possibilità delle Società del gruppo di porre in essere un abuso di posizione dominante, trattandosi, in sostanza, di aspetti rimessi alla decisione del M.I.T., rispetto ai quali non erano predicabili margini di intervento da parte di R.F.I.

14.1. Le difese delle parti (e, in particolare, di R.F.I., che, sul punto ha riproposto il terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio che viene, in questa sede, esaminato) si sono incentrate, in particolare, sul procedimento di approvazione, sulla *“neutralità”* dell'intervento per R.F.I. (trattandosi di costi finanziati dallo Stato), e, in ultimo, sulle dichiarazioni rese dall'allora Ministro dei Trasporti, il quale aveva evidenziato come le esigenze di investimento fossero state indicate dalla Regione e come nel contratto di programma dovessero confluire le esigenze di sviluppo infrastrutturale rispondendo ai criteri di programmazione e politica dei trasporti definita dallo Stato e dagli enti locali, e non solo le iniziative proposte e sostenute da R.F.I.

14.2. Osserva il Collegio come la potestà decisoria in capo al M.I.T. non escluda, comunque, la responsabilità del gestore nella formulazione della proposta che si inserisce, come evidenziato, nell'ambito di una strategia che – in ragione della documentazione esaminata – ha inteso cogliere il vantaggio derivante dall'elettrificazione delle linee in esame per l'affidamento del servizio all'impresa ferroviaria. In primo luogo, deve evidenziarsi come la riunione tra la Regione e il Ministro dell'epoca – risalente al 16.9.2015 – non può ritenersi decisiva, trattandosi – come affermato dallo stesso Ministro – di un incontro finalizzato ad esaminare le proposte di intervento provenienti tra le Regione, ma non tradottosi, poi, in una formale indicazione da parte del Ministero a R.F.I. nella necessità di inserire tale intervento nella proposta del contratto di programma, non risultante dalla documentazione in atti. Del resto, ove tale incontro avesse già sancito l'inserimento dell'intervento

del contratto di programma, non avrebbero una spiegazione logica i successivi contratti tra la Regione e R.F.I. finalizzati ad ottenere l'inserimento nella proposta, risultando, in tal caso, sufficiente la spendita della volontà politico-istituzionale avallata dallo stesso Ministero. Né avrebbero senso le affermazioni con le quali l'assessore regionale ha spiegato la ragione del comunicato stampa dell'1.10.2016 (punto 16 dell'affidavit), che, al contrario, disvelano come, nel rapporto tra le Amministrazioni, nulla fosse stato ancora definitivamente deciso e, in questa situazione, l'apporto di R.F.I. aveva, comunque, un particolare rilevanza, testimoniata dalle interlocuzioni sin qui esaminate. La ricostruzione delle parti appellate termina per ridurre il ruolo di R.F.I. a mero esecutore di una scelta politica, che, tuttavia, non ha riscontri nella documentazione in atti, difettando, *ex aliis*, comunicazioni nelle quali la Regione (forte dell'accordo raggiunto con il Ministero) si fosse limitata ad indicare a R.F.I. di prendere atto di tale decisione, o, come detto, indicazioni dirette a R.F.I. da parte del Ministero.

14.3. Tali circostanza non possono neppure ritenersi provate dalla *e-mail* di un onorevole all'a.d. di R.F.I. del 16.2.2016, trattandosi di una comunicazione in cui si solo fa riferimento a pregressi incontri con il Ministero, e che, quindi, non offre indicazioni sulla sussistenza di atti puntuali del Ministero a R.F.I. Il successivo comunicato stampa indicato dalla difesa di R.F.I. imputa, poi, a tale deputato il ruolo di "*portatore di specifiche indicazioni del M.I.T.*", ma, invero, non risulta da nessun atto che il deputato fosse stato investito da un tale compito (neppure nell'affidavit del Ministro dell'epoca), quanto, piuttosto, esponente del medesimo partito sul territorio. Inoltre, non si comprende perché il Ministero concedente avrebbe dovuto affidare una tale indicazione per il concessionario ad un soggetto diverso, ben potendo dare indicazioni dirette allo stesso. In ultimo, questo comunicato è chiara espressione di rappresentazioni proprie della sfera politica, anche considerato come vi fosse tra la Regione e la maggioranza politica di cui era espressione il Governo dell'epoca un rapporto non privo di conflittualità sul punto, in cui i rappresentanti politici della Regione temevano che la questione potesse essere oggetto di una impropria "*appropriazione*" altrui, a livello di comunicazione politica (v. affidavit dell'assessore regionale del Veneto; punto 11).

14.4. In ogni caso, non può non evidenziarsi come questi *imput* non erano, comunque, neutri per il Gruppo F.S., in quanto avallavano una scelta di elettrificazione, che – come esposto dalla stessa R.F.I. – non erano conformi "*all'interesse pubblico ad un'efficace gestione del sistema ferroviario*", ma avrebbero, comunque, agevolato la strategia del gruppo e consentito un miglioramento dell'offerta di R.F.I. Del resto, all'epoca R.F.I. era pienamente consapevole della rilevanza del tema per Trenitalia, come comprovato dalla documentazione in precedenza esaminata, ed era, quindi, chiaro come i desiderata espressi dalla sfera politica-amministrativa statale schiudevano realistiche possibilità di operare al fine di venire incontro alle richieste della Regione, con i riflessi – sopra indicati – per l'affidamento del servizio.

14.5. Tornando agli aspetti più propriamente amministrativi della vicenda, deve, poi, osservarsi come nella proposta di R.F.I. per lo schema di contratto di programma (parte investimenti) 2017-2021 fosse stato inserito, *ex aliis*, il programma P199 "*Upgrading infrastrutturale tecnologico bacini di Nord Est*" (Tabella A – "*Portafoglio investimenti in corso e programmatici – Classe A – Programmi pluriennali di interventi, Programmi prioritari ferrovie – Valorizzazione delle reti regionali*"), con un costo totale pari a 957 milioni di euro, di cui stanziati 146 milioni. Come affermato dai rappresentanti del M.I.T. questo programma era un contenitore generale all'interno del quale non era stata precisata la

destinazione delle somme ai singoli progetti e solo l'appendice 5 alla Relazione informativa "*schede interventi CdP-I agg. 2017-2021*", allegata al Contratto, conteneva un riferimento al progetto relativo al completamento dell'elettrificazione delle linee del Bacino Bellunese. Inoltre, i rappresentanti del M.I.T. hanno affermato di non procedere ad esaminare nel dettaglio la destinazione concreta a specifici e singoli progetti delle risorse stanziare all'interno di un programma, ma di valutarne la coerenza con gli indirizzi del Governo. Pertanto, se anche gli interventi proposti erano, in termini generali coerenti con gli indirizzi del Ministero, la concreta destinazione delle risorse ai vari programmi non era stata né indicata né era stata oggetto di disamina da parte del M.I.T., trattandosi di aspetto che il M.I.T. ha dichiarato venisse individuato in un momento successivo, e, in particolare, nei c.d. libretti regionali, con cui R.F.I. informava il M.I.T. sui singoli progetti che sarebbero stati realizzati. Sul punto, i rappresentanti del M.I.T. hanno dichiarato di aver avuto contezza della destinazione specifica degli interventi di cui al Programma P199 Upgrading infrastrutturale tecnologico bacini di Nord Est con la trasmissione, nel giugno del 2018, da parte di R.F.I. del libretto "*Principali investimenti di RFI nella Regione Veneto*", riportante l'elettrificazione dell'anello basso del bellunese, con un costo totale delle opere di 200 milioni di euro, di cui finanziati 70 milioni. In sostanza, la compiuta destinazione di parte delle risorse all'elettrificazione delle linee del bellunese è stata appresa solo dopo l'approvazione del contratto di programma, con la conseguenza che, fermo restando la valutazione di coerenza alla base del generale inserimento delle opere, la concreta destinazione delle risorse è stata, comunque, una scelta rimessa a R.F.I. che non può, quindi, ritenersi un soggetto che ha, semplicemente, dato esecuzione ad una scelta politico-amministrativa delle Amministrazioni (ferma la circostanza relativa ad corretto rapporto politica - amministrazione che imporrebbe all'autorità amministrativa di rappresentare sempre al decisore politico i possibili punti di contrasto delle strategie programmate con il quadro giuridico vigente, con i principi dello Stato di diritto fra i quali vi è anche - nella società contemporanea - il sistema del diritto *antitrust* che diviene cruciale per l'impostazione di un corretto rapporto economia/politica).

15. Alla luce della ricostruzione compiuta, emerge una chiara linea che lega i vari eventi esaminati e che disvela come il tema dell'elettrificazione di parte della linea sia stato oggetto di interesse delle Società del gruppo (ivi compresa la holding F.S., che si è fatta promotrice dell'incontro del 9.3.2016 e risulta essersi interessata a tale aspetto, chiedendo informazioni e aggiornamenti a R.F.I.) in quanto tale tematica aveva una chiara incidenza sulle scelte che la Regione Veneto avrebbe dovuto adottare in ordine all'affidamento del servizio, ed è stata una circostanza che ha, comunque, inciso nella modulazione dell'offerta da parte dell'impresa verticalmente integrata. Anche con questa complessiva strategia è stato possibile per Trenitalia "*recuperare*" la situazione venutasi a creare dopo la disdetta del contratto nel 2014 e la scelta della Regione di indire una gara pubblica per l'affidamento del servizio. Un recupero che non può ritenersi, certamente, dipeso integralmente dal tema dell'elettrificazione, che ha però avuto netta incidenza, vista l'importanza che lo stesso aveva per la Regione interessata. In questa strategia, la connessione tra i due temi è stata resa possibile dalla peculiare situazione del gruppo F.S., all'interno del quale vi è il soggetto che ha il monopolio legale della rete, le cui valutazioni e azioni sono state, come esposto, comunque funzionali a far ottenere quel contratto "*10+5 importante per il gruppo*", per riprendere l'espressione utilizzata dalle Società, sfruttando risorse e mezzi propri del gruppo, non riproducibili da altro concorrente sul mercato.

16. La ricostruzione sin qui compiuta consente di ritenere fondato il primo motivo di ricorso in appello dell'A.G.C.M. Inoltre, come emerge dalle considerazioni del Collegio, l'operato dell'A.G.C.M. si è incentrato sulle condotte proprie delle Società del gruppo, senza involgere né il piano propriamente politico né le scelte discrezionali della Regione in ordine all'affidamento. In relazione a quest'ultimo aspetto, si appalesa, quindi, infondato il quanto motivo di Trenitalia, riproposto con la memoria di costituzione. L'accertamento effettuato dall'A.G.C.M. non ha, infatti, messo in discussione la scelta della Regione di disporre un affidamento diretto a Trenitalia, quanto le attività e vicende antecedenti a tale scelta che hanno reso possibile per l'impresa la predisposizione di un'offerta particolarmente rilevante e non replicabile, in quel momento, da altro operatore che non avrebbe potuto sfruttare le risorse, informazioni e indebite connessioni derivanti dall'appartenenza al medesimo gruppo. Né può ritenersi che l'operato dell'A.G.C.M. sia stata espressione della posizione espressa dall'Autorità in sede di "advocacy" in quanto la contestazione non è stata mossa da una genericità contrarietà agli affidamenti diretti, quanto dall'accertamento di circostanze specifiche che hanno dimostrato come questa scelta fosse giunta a valle di una vicenda segnata da un abuso della posizione di dominanza delle Società del gruppo F.S.

#### B.5. SULLA RESPONSABILITÀ DEL GRUPPO F.S. (ESAME DEI MOTIVI RIPROPOSTI DA F.S.).

17. Prima di procedere alla disamina del secondo motivo di appello, occorre soffermarsi sui motivi riproposti da F.S., la quale ha contestato il provvedimento nella parte in cui: *i*) ha ritenuto la *holding* responsabile per le condotte poste in essere dalle controllate, non tenendo conto della struttura societaria e dei particolari compiti di F.S. nell'ambito del gruppo, che escludono la sussistenza di ingerenze sul piano delle attività delle controllate; *ii*) ha ommesso di considerare come l'estensione della responsabilità alla controllante fosse dettata da esigenze di effettività della sanzione, che, nel caso, di specie, era, tuttavia, meramente simbolica; *iii*) ha violato i diritti fondamentali della Società e, in particolare, il principio della responsabilità esclusivamente personale, che esclude di poter configurare una responsabilità per fatto altrui, e il principio di presunzione di non colpevolezza, fino a prova contraria, ritenuta insussistente nel caso di specie (terzo e quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio, riproposti nella memoria di costituzione di F.S.).

17.1. I motivi possono essere trattati congiuntamente in quanto strettamente connessi.

17.2. Osserva il Collegio come, a prescindere dalle tematiche inerenti l'incidenza del controllo totalitario della *holding* sulle controllate, nel caso di specie, l'A.G.C.M. ha accertato, comunque, la sussistenza di una condotta propria – e non altrui – di F.S., consistente nell'aver svolto il ruolo di "promotore e facilitatore di una piena e attiva collaborazione tra gestore della rete e impresa ferroviaria, al fine di conseguire in Veneto (che pure aveva manifestato la propria volontà di procedere con una gara di rilevanza europea) il proprio obiettivo di ottenere l'affidamento diretto dei servizi ferroviari regionali, per la durata massima consentita dalla normativa comunitaria, in vista della piena liberalizzazione del settore (10+5)" (par. 226 del provvedimento). In sostanza, l'Autorità ha fondato la responsabilità di F.S. non solo sulla sua posizione di controllante totalitaria ma su una condotta attiva della stessa, funzionale alle complessive attività delle controllate. In *parte qua*, l'accertamento dell'A.G.C.M. risulta confermato dalle considerazioni esposte dal Collegio in ordine alla valenza della riunione del 9.3.2016, che, valutata unitamente al complesso delle altre evidenze, risulta non un mero incontro istituzionale, ma un tassello comunque rilevante nella strategia del Gruppo. Del resto, l'aver convocato una

riunione con esponenti istituzionali e politici della Regione per trattare questioni afferenti all'attività delle due controllate risulta, comunque, attività contraria al modello societario esposto nei motivi riproposti, denotando un'assenza di quella separazione che è, invece, rivendicata con forza in tali motivi. Né può ritenersi che la Società doveva essere ritenuta esente da responsabilità avendo solo partecipato a tale riunione. Invero, la portata della riunione è già stata indicata dal Collegio, valutandola nel complesso delle condotte delle Società, sia antecedenti che successive. Inoltre, risulta che F.S. si sia anche informata dell'andamento delle verifiche sull'elettrificazione, dimostrando, quindi, interesse per un tema che, come esposto, era diventato particolarmente importante nell'ottica del gruppo. In ogni caso, non sono allegare evidenze dalle quali possa affermarsi la non consapevolezza della holding di quanto stesse accadendo. Come evidenziato dalla giurisprudenza *"in tema di sanzioni amministrative, la L. n. 689 del 1981, art. 3 pone una presunzione di colpa a carico dell'autore del fatto vietato, riservando a questi l'onere di provare l'assenza di elemento soggettivo (Cass., Sez. 1, n. 2406 del 08/02/2016); in particolare, poiché il giudizio di colpevolezza non è ancorato al dato puramente psicologico, una volta integrata e provata dall'autorità amministrativa la fattispecie tipica dell'illecito, grava sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa posta dalla L. n. 689 del 1981, art. 3, l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza (Cass., Sez. Un., n. 20930 del 30/09/2009; Cass., Sez. 1, n. 4114 del 02/03/2016)"* (Cassazione civile, Sez. II, 10 agosto 2023, n. 24386; Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2024, n. 525). Nel caso di specie, la prova di aver agito in assenza di consapevolezza non è stata offerta da F.S.; al contrario, dalla documentazione esaminata, emerge come già dal gennaio del 2016 la *holding* si fosse informata del tema elettrificazione e fosse, quindi, consapevole della rilevanza del tema anche per l'affidamento, anche perché aveva partecipato alla riunione del 9.3.2016, e, quindi, era stata messa, evidentemente, a conoscenza delle valutazioni che, in vista di tale incontro, le Società avevano effettuato e che sono risultate caratterizzate da una logica di gruppo e tale consapevolezza non ha trovato una risposta adeguata da parte della *holding* sul piano del rispetto e della garanzia della necessaria autonomia delle scelte dei soggetti del gruppo per tutto quanto detto.

17.3. In considerazione di quanto esposto i motivi di ricorso riproposti da F.S. devono respingersi in quanto infondati.

#### C. SUGLI EFFETTI DELLA CONDOTTA.

18. Con il secondo motivo di ricorso in appello l'A.G.C.M. ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha escluso la sussistenza di effetti anticoncorrenziali derivanti dalla condotta delle Società del gruppo F.S.

18.1. Sul punto il T.A.R. per il Lazio ha affermato che: *i)* Arriva si era limitata a delle mere manifestazioni di interesse dopo tre anni dalla disdetta del contratto e dopo un mese dalla pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di affidamento diretto, senza porre in essere alcuna ulteriore e concreta attività; *ii)* nei tre anni seguiti alla disdetta nessuna impresa aveva presentato proposte alla Regione, né aveva richiesto informazioni alle Amministrazioni competenti sui progetti di elettrificazione; *iii)* non vi erano elementi certi per ritenere che Arriva potesse reperire sul mercato le risorse necessarie per poter presentare una proposta commerciale alternativa, e, al contrario, in passato la stessa Società non aveva coltivato alcun interesse concreto per fare ingresso nel mercato italiano; *iv)* le stesse dichiarazioni dell'assessore ai trasporti del Veneto avevano confermato come Arriva non potesse costituire una vera alternativa a Trenitalia.

18.1.1. Dopo aver riportato la giurisprudenza unionale e interna in materia, il T.A.R. ha affermato che il provvedimento si era *“limitato a ritenere sussistente un concreto effetto pregiudizievole rispetto al normale dispiegarsi della concorrenza sulla base delle manifestazioni di interesse all'affidamento del servizio espresse da Arriva, senza però adeguatamente accertare l'effettiva realizzabilità delle stesse nell'ambito dell'assetto concorrenziale del settore e le circostanze rappresentate dalle ricorrenti con riferimento alla genericità di tali manifestazioni di interesse, non supportate dalla sussistenza di elementi concreti in ordine al possesso dei necessari requisiti aziendali”*; pertanto, l'Autorità non aveva tenuto conto *“delle condizioni del mercato date al momento dei fatti al fine di verificare la sussistenza dell'idoneità, anche a livello potenziale, delle condotte ad arrecare pregiudizio alla concorrenza, con conseguente fondatezza, anche sotto tale profilo, delle doglianze proposte”*.

18.2. L'A.G.C.M. ha osservato come la sentenza di primo grado fosse in contrasto con i principi enunciati dalla stessa giurisprudenza richiamata, che, declinati al caso di specie, conducevano ad affermare la sussistenza di effetti lesivi per la concorrenza per il mercato.

18.3. Il motivo è fondato.

18.4. Prima di procedere all'esame delle deduzioni delle parti sul punto, occorre richiamare l'orientamento espresso dal Giudice unionale sul tema della prova degli effetti delle condotte di abuso di posizione dominante. In ordine alla capacità della pratica di produrre un effetto escludente, la Corte di Giustizia ha precisato che l'articolo 102 del T.F.U.E. mira a sanzionare lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di esso indipendentemente dall'eventuale esito fruttuoso di un simile sfruttamento. Ne deriva che la prova addotta da un'impresa in posizione dominante dell'assenza di effetti escludenti concreti non può essere considerata sufficiente, di per sé, a escludere l'applicazione dell'articolo 102 del T.F.U.E.: tale circostanza potrebbe costituire un indizio del fatto che la condotta in questione non fosse idonea a produrre gli effetti escludenti dedotti, ma un tale principio di prova dovrebbe essere integrato, dall'impresa sottoposta ad accertamento, con elementi volti a dimostrare che tale assenza di effetti concreti era effettivamente la conseguenza dell'incapacità di detta condotta di produrre simili effetti. Inoltre, posto che il benessere dei consumatori, sia intermedi sia finali, costituisce l'obiettivo ultimo che giustifica l'intervento del diritto della concorrenza per reprimere lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale del medesimo, un'impresa che detiene una simile posizione può provare che una pratica escludente non incorre nel divieto di cui all'articolo 102 del T.F.U.E., dimostrando che gli effetti che tale pratica può produrre sono controbilanciati, se non superati, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità o di innovazione (C.G.U.E., 25 febbraio 2025, causa C-233/23, punti 56-57; Id., 12 maggio 2022, causa C377/20, punto 53 e giurisprudenza ivi citata).

18.5. Secondo il Giudice unionale, un'autorità garante della concorrenza può constatare una violazione dell'articolo 102 del T.F.U.E. dimostrando che, durante il periodo nel quale il comportamento in questione è stato attuato, esso aveva, nelle circostanze del caso di specie, la capacità di restringere la concorrenza basata sui meriti nonostante la sua mancanza di effetti (C.G.U.E., 19 gennaio 2023, C680/20, punto 41). Tale dimostrazione deve fondarsi, in linea di principio, su elementi di prova tangibili, che dimostrino, aldilà della mera ipotesi, la capacità effettiva della prassi in questione di produrre tali effetti, dovendo l'esistenza di un dubbio al

riguardo andare a vantaggio dell'impresa che ha fatto ricorso a detta prassi (v., ancora, C.G.U.E., 19 gennaio 2023, causa C680/20, punto 42 e giurisprudenza ivi citata).

18.6. Nel caso di specie, la restrizione di una concorrenza fondata sui meriti non si basa su dati meramente ipotetici, avendo, comunque, determinato una chiusura del mercato fino al 2032, quale effetto della complessiva strategia posta in essere dal gruppo che, in ragione di quanto effettuato sulla rete a monte, ha, comunque, nettamente agevolato gli esiti a valle relativi al contratto di servizio. Infatti, nel caso di specie, la condotta ha precluso la possibilità di un'apertura del mercato al confronto concorrenziale. Va considerato che la condotta – come complessivamente ricostruita nella precedente sezione – ha condotto: *i*) in primo luogo, ad una proroga del contratto di servizio a favore dei Trenitalia, una volta che era stato sottoscritto l'accordo quadro tra la Regione e R.F.I., e in attesa della formulazione di un'ulteriore offerta migliorativa da parte di Trenitalia; *ii*) successivamente, a mutare la decisione della Regione di effettuare una gara disponendo, di seguito, l'affidamento del servizio fino al 2032. In sostanza, in forza della strategia del gruppo, la Regione ha ottenuto l'elettrificazione della rete (che, come esposto, era aspetto al quale teneva in modo particolare, visti i disagi che vi erano nella zona del bellunese e la volontà politica di giungere ad una soluzione del problema) e, di seguito, ha deciso di non ricorrere ad un confronto competitivo ma di affidare il servizio per il tempo massimo previsto dall'ordinamento, come era stato palesato anche nelle interlocuzioni con l'impresa ferroviaria preliminari alla stipula dell'accordo, nelle quale la possibilità di un simile affidamento – a fronte dell'elettrificazione delle linee dell'anello bellunese – era, chiaramente, emersa.

18.7. La sussistenza di una lesione alla concorrenza per il mercato non può essere negata neppure degradando le proposte di Arriva a manifestazioni prive di concreto interesse. Deve, infatti, osservarsi come il dato relativo al tempo intercorso tra la disdetta e la prima manifestazione di interesse è poco rilevante. La Regione aveva, all'epoca, manifestato di voler ricorrere alla gara e solo dopo il mutamento di avviso Arriva aveva manifestato l'interesse a partecipare ad una procedura competitiva. La Società aveva, quindi, effettuato il proprio interesse dopo il *revirement* della Regione che preludeva alla sottrazione del servizio dal confronto competitivo. Del resto, dopo la disdetta dal contratto, la Regione aveva più volte manifestato l'interesse ad effettuare la gara, per cui all'operatore interessato non restava che attendere l'indizione della stessa. Si consideri, infatti, che la Regione aveva pubblicato l'avviso di pre-informazione nel febbraio del 2014 e aveva confermato la scelta nel settembre dello stesso anno, adottando gli atti prodromici alla pubblicazione del bando. Persino nell'atto di proroga dell'1.12.2015, la Regione aveva, comunque, fatto riferimento al completamento della procedura di gara e dell'avvio dei servizi da parte dell'aggiudicatario, manifestando, ulteriormente, l'intenzione di ricorrere a tale procedura.

18.8. Quest'ultimo atto è di particolare importanza in quanto apre al confronto nel mercato per un servizio che avrebbe dovuto avere inizio nel 2023. Vi era, quindi, un lasso temporale che ben avrebbe consentito alle imprese ferroviarie di predisporre mezzi tecnici ed economici e attività funzionali all'esecuzione del servizio. E non era irragionevole ritenere che ciò sarebbe stato possibile per Arriva, trattandosi di una Società parte di un gruppo multinazionale di notevoli dimensioni e *incumbent* ferroviario in Germania. In quest'ottica non potevano ritenersi decisive – come, invece, ritenuto dal T.A.R. – le pregresse iniziative di Arriva, trattandosi di una Società che si era costituita solo nel 2012 e che, quindi, al momento delle procedure indicate dal T.A.R. e dalle difese delle parti

appellate, non aveva ragionevolmente l'organizzazione per penetrare nel mercato, ma non per questo non l'avrebbe potuta avere a partire da una data lontana come era, al momento, il 2023. Neppure possono avere rilievo le vicende successive enfatizzate da F.S. e, in particolare, la cessione di Arriva, realizzatasi solo nel 2024 (punto 37 della memoria conclusionale). Né una seria smentita di tale affermazione può rinvenirsi nelle dichiarazioni rese dalla Regione nel corso del procedimento istruttorio, atteso che, in esse si è fatto riferimento alla mancanza di alternative all'*incumbent* nel 2016, senza, quindi, affermare la possibilità che, invece, un'alternativa fosse ipotizzabile nel momento in cui la gara sarebbe stata indetta, visto anche il lasso di tempo che vi era tra il 2016 e il 2023.

18.9. Inoltre, deve considerarsi come la Regione avesse, comunque, deciso di effettuare un confronto competitivo tra le offerte giunte da altri operatori interessati e il soggetto al quale intendeva affidare il servizio in via diretta (decreto dirigenziale n. 57 del 7.11.2017). Dinanzi alla prospettiva di un confronto con Arriva, Trenitalia aveva, invero, manifestato preoccupazioni, come si evince dalla *e-mail* acquisita dall'Autorità, nella quale il Direttore della Divisione Regionale Veneto affermava che avrebbero fatto di tutto per "*convincere la Regione a dar seguito all'affidamento diretto*" (par. 97 del provvedimento), evitando, quindi, il confronto concorrenziale con altri operatori. A questo intendimento ha fatto seguito un ulteriore miglioramento dell'offerta che ha condotto alla delibera di affidamento diretto dell'11.1.2018. In ultimo, neppure le dichiarazioni dell'assessore regionale risultano idonee a smentire la possibilità di Arriva di fare ingresso nel mercato. Nell'*affidavit* è stata manifestata l'opinione personale dell'Assessore, la quale ha affermato che nutriva dubbi sull'effettivo interesse di Arriva, ma questa valutazione non è stata supportata da elementi. L'assessore ha, poi, riferito che vi erano difficoltà a strutturare il confronto competitivo non avendo ricevuto riscontro alla richiesta di ausilio inoltrata all'A.R.T. L'esito finale è stato, quindi, il ricorso ad un affidamento diretto ritenendo che non vi fossero operatori in grado di formulare "*una proposta commerciale paragonabile a quella di Trenitalia*". Ma osservando la situazione alla luce dell'accertamento compiuto, deve concludersi che questa possibilità era stata preclusa – almeno in parte molto rilevante – sia per Arriva che per altri eventuali ulteriori operatori, proprio dalla condotta posta in essere dalle Società che aveva consentito all'impresa verticalmente orientata di porsi come l'unico interlocutore della Regione.

#### D. SUL TRATTAMENTO SANZIONATORIO.

19. Con l'ultimo motivo di ricorso in appello l'A.G.C.M. ha dedotto l'erroneità del capo di sentenza con cui il T.A.R. ha ritenuto illegittimo anche il segmento del provvedimento relativo al trattamento sanzionatorio.

19.1. Sul punto il Giudice di primo grado ha evidenziato che l'irrogazione di una sanzione simbolica (pari a 1000,00 euro, a carico solidale delle Società) fosse inficiata da contraddittorietà nella parte in cui l'A.G.C.M. aveva qualificato la condotta come grave, affermando, tuttavia, come non vi fossero state condotte volte a condizionare la volontà della Regione in ordine alla scelta se procedere all'affidamento del servizio tramite gara, piuttosto che per via diretta, e aveva, altresì, riconosciuto la sussistenza di benefici per gli utenti e per la Regione sotto il profilo del "*miglioramento infrastrutturale della rete in termini di innovazione tecnologica*". Il T.A.R. ha evidenziato come anche l'Autorità per i trasporti avesse riconosciuto che il contratto di servizio 2018-2032 avesse apportato una serie di benefici al trasporto regionale, quali l'incremento degli investimenti in materiale rotabile

(oltre 1 miliardo di euro previsti dal nuovo contratto), il miglioramento dei principali indicatori di qualità del servizio e l'aumento dei ricavi da mercato (dovuto anche all'aumento del numero dei passeggeri) quantificabile in un 3,5% annuo, con conseguente riduzione dei costi della Regione a titolo di contribuzione pubblica. Secondo il T.A.R. *“anche la qualificazione delle condotte in termini di gravità, in contrasto con l'apprezzamento dei benefici delle stesse ai fini della quantificazione in misura meramente simbolica della sanzione”*, si palesava come illegittima.

19.2. L'A.G.C.M. ha evidenziato come il T.A.R. avesse ignorato, in ordine alla gravità dell'infrazione, la natura della stessa e gli effetti restrittivi della concorrenza, nonché il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte. L'A.G.C.M. ha osservato come si fosse tenuto presente che la condotta era espressione di una strategia di gruppo, finalizzata a far ottenere all'impresa ferroviaria un affidamento diretto del servizio, evitando l'indizione della gara, già preventiva dalla Regione, e comportando, quindi, la non apertura del mercato al confronto concorrenziale a danno degli utenti e degli altri operatori economici. L'A.G.C.M. ha, inoltre, osservato di aver tenuto conto dello sfruttamento abusivo dei vantaggi derivanti dalla gestione in regime di monopolio della rete, idonei a incidere sul mercato a valle dell'offerta dei servizi di trasporto. In ultimo, l'Autorità ha osservato di aver tenuto conto dei benefici per gli utenti e per la Regione sotto il profilo del miglioramento infrastrutturale della rete in termini di innovazione tecnologica, e del contesto nel quale la strategia escludente era stata posta in essere, in conformità con quanto previsto dal par. 33 delle Linee guida in materia di quantificazione delle sanzioni.

19.3. Il motivo è fondato.

19.4. In termini generali occorre osservare come l'articolo 15, comma 1, della L. n. 287 del 1990 preveda che l'Autorità *“[n]ei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione”*. L'articolo 31 della legge n. 287 del 1990 precisa poi che: *“Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689”*. L'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689, detta i criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie nei seguenti termini: *“Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”*.

19.5. Secondo una prassi più volte avallata dal Consiglio di Stato (cfr., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 marzo 2024, n. 2967, e giurisprudenza ivi indicata) l'Autorità tiene conto, quale canone orientativo per il dosaggio oggettivo e trasparente delle sanzioni in ambito nazionale, degli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (in Gazzetta ufficiale C 210 dell'1 settembre 2006).

19.6. Inoltre, va considerato come, secondo la giurisprudenza della Sezione, vi è il potere/dovere del Giudice amministrativo di effettuare un'autonoma valutazione della sanzione, ai sensi dell'art. 134 comma 1, lett. c), c.p.a., che assegna al Giudice giurisdizione di merito sulle sanzioni amministrative,

anche delle Autorità amministrative indipendenti. In *subiecta materia* il Giudice amministrativo ha, infatti, piena giurisdizione, al pari di quanto avviene per il Giudice unionale, considerato che l'art. 31 del Regolamento n. 1/2003 è ritenuto *“la base giuridica di riferimento che attribuisce alla Corte la competenza estesa al merito in ambito antitrust, per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con cui la Commissione infligge un'ammenda o una penalità di mora, circostanza che implica che essa possa annullare, ridurre o maggiorare l'ammenda o la penalità di mora inflitta”* (Corte di Giustizia dell'Unione europea, 10 luglio 2014, Telefónica e Telefónica de España/Commissione, causa C-295/12, punti 198 e 199). La piena giurisdizione estesa al merito è, del resto, considerata una *“garanzia supplementare a favore delle imprese di un controllo assolutamente rigoroso da parte di un tribunale indipendente e imparziale sull'importo dell'ammenda che è stata loro inflitta”* (conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa Commissione/Tomkins, C-286/11 punto 40; v., inoltre, le conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa Telefónica e Telefónica de España/Commissione, C-295/12 P, punto 107, e giurisprudenza ivi citata). Secondo la Corte di Giustizia questa giurisdizione *“autorizza il giudice, al di là del mero controllo di legittimità della sanzione, a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a eliminare, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta”* (Corte di Giustizia dell'Unione europea, 27 aprile 2017, causa C-469/15 P, punto 74 e giurisprudenza ivi citata).

19.7. Ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento si osserva come la qualificazione della condotta come grave sia esente dall'illegittimità affermata dal Giudice di primo grado e non vi sia neppure quella contraddittorietà con l'irrogazione di una sanzione simbolica.

19.8. La gravità del fatto emerge dalla considerazione sin qui effettuate in ordine alla condotta e agli effetti della stessa. Le Società del gruppo hanno fatto indebito uso della loro peculiare posizione – caratterizzata dalla presenza del gestore monopolista della rete e da un'impresa ferroviaria verticalmente integrata – in modo da ottenere l'indubbio vantaggio di ottenere un affidamento diretto da parte della Regione senza, quindi, concorrere nella gara che era stata, inizialmente, preventivata. La condotta è da considerarsi grave anche in considerazione dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, secondo la quale la *“dominanza”* genera nell'impresa una *“speciale responsabilità”* di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto (Corte di giustizia dell'Unione europea, 9 novembre 1983, causa C-322/81; Corte di giustizia CE, 14 novembre 1996, causa C-333/94; Id., 6 settembre 2017, causa, C-413/14).

19.9. La qualificazione della condotta come grave non può ritenersi in contraddizione con il trattamento sanzionatorio irrogato, che, al contrario, pare al Collegio decisione particolarmente ragionevole e saggia in considerazione dei benefici per l'infrastruttura e, in particolare, del contesto in cui i comportamenti sono stati posti in essere. Infatti, l'Autorità ha, correttamente, tenuto conto di come il vantaggio per l'impresa ferroviaria abbia, comunque, condotto all'elettrificazione di alcune linee di particolare importanza per il trasporto locale, stante il numero di pendolari e, in generale, di utenti interessati. In questa parte la condotta ha realizzato un beneficio sociale ed economico per il territorio e per i consumatori, sostanziatosi nell'adeguamento infrastrutturale della rete, che, di riflesso, ha inciso sul servizio di trasporto. A ciò va, certamente, aggiunto il miglioramento del servizio offerto dall'impresa ferroviaria, che, comunque, ha effettuato investimenti cospicui e migliorato la propria offerta. Aspetto questo che non elide, tuttavia, l'illiceità

della condotta o i suoi effetti, atteso che, come esposto in precedenza, questa parabola dell'offerta di Trenitalia è stata, comunque, agevolata dalle decisioni del gestore (che, come visto, non erano improntate al neutrale obiettivo di miglioramento della rete ma anche a perseguire quella strategia di gruppo nell'interesse dell'impresa ferroviaria parte dello stesso), e ha condotto, ad un risultato (l'affidamento diretto) che ha chiuso, comunque, la possibilità di un confronto competitivo con altri operatori.

19.10. Inoltre, va considerato come il riferimento al contesto contenuto nel provvedimento dell'A.G.C.M. debba, correttamente, intendersi avendo riguardo alla posizione del gruppo rispetto agli interlocutori istituzionali. Le Società del gruppo – seppur non, certamente, costrette – sì, comunque, trovate dinanzi ad indicazioni istituzionali che, nel caso della Regione, erano anche particolarmente robuste, stante l'interesse che l'Ente nutriva e l'importanza – anche politica – che assegnava al tema. Se ciò non elide l'illiceità della condotta non può, neppure, non tenersi conto – sul piano del trattamento sanzionatorio – di tale rilevante circostanza. La sfera politica ha, comunque, avuto dei riflessi sull'operato delle Società, che hanno dovuto, quindi, assecondare un pur legittimo disegno politico-amministrativo (considerato in se stesso e non nelle sue concrete modalità attuative sul piano squisitamente amministrativo), diretto ad ottenere l'elettrificazione delle linee in esame e il miglioramento del servizio, e, quindi, a realizzare interessi pubblici rilevanti. Interessi ai quali le Società hanno connesso l'interesse ad ottenere l'affidamento del servizio che è stato, tuttavia, perseguito con una indebita commistione tra il ruolo del gestore e quello dell'impresa ferroviaria che ha, quindi, consentito – almeno in parte e, comunque, grazie alla rilevanza che l'elettrificazione aveva per la Regione – di ottenere un affidamento diretto, sottraendosi al confronto concorrenziale. La mitezza del trattamento sanzionatorio riflette, quindi, la chiara comprensione da parte dell'A.G.C.M. delle dinamiche in cui si è realizzata la condotta e, in quanto tale, non ha alcuna irragionevolezza né contraddittorietà con la qualificazione della stessa.

#### E. STATUIZIONI FINALI.

20. In definitiva, il ricorso in appello deve essere accolto; vanno, invece, respinti i motivi riproposti dalle parti appellate; per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, devono essere respinti i ricorsi introduttivi dei giudizi di primo grado.

21. Le questioni esaminate e decise esauriscono la disamina dei motivi, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante; cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021, n. 6209; Id., 13 settembre 2022, n. 7949), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

22. Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate ai sensi degli articolo 26 del codice del processo amministrativo e 92 del codice di procedura civile, come risultante dalla sentenza della Corte Costituzionale, 19 aprile 2018, n. 77 che dichiara l'illegittimità costituzionale di quest'ultima disposizione nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, da individuarsi nella indubbia complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto:

- i)* accoglie il ricorso in appello dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; respinge i motivi di ricorso riproposti dalle parti appellate; per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge i ricorsi introduttivi dei giudizi di primo grado;
- ii)* compensa tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere, Estensore

Thomas Mathà, Consigliere