



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.1271/06

Reg. dec.

N. 5622/2005 +

N. 7206/2005

reg. ric.

**IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE  
(SEZIONE SESTA)**

ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sui ricorsi in appello:

1) **n. 5622/2005** proposto dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

**contro**

Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Piero d'Amelio, Andrea Guarino, Bernardino Libonati, Claudio Tesauro, Alberto Toffoletto, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. D'Amelio, in Roma, via della Vite, n. 7,

**appellata e appellante incidentale in via autonoma** (appello incidentale notificato, oltre che all'appellante principale e alle parti evocate con l'appello principale, anche all'Autorità garante per le comunicazioni);

**e nei confronti delle seguenti parti cointeressate all'accoglimento  
dell'appello principale**

Wind Telecomunicazioni s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Santa Maria, Gian Michele Roberti, Claudio Biscaretti di Ruffia, Beniamino Caravita di Toritto, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via di Porta Pinciana, n. 6, **anche appellante incidentale in adesione all'appello principale** (appello incidentale notificato, oltre che all'appellante principale e alle parti evocate con l'appello principale, anche all'Autorità garante per le comunicazioni);

Fastweb s.p.a. (già e.Biscom s.p.a.), in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Libertini e Renzo Ristuccia, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via E. Quirino Visconti, n. 20, **anche appellante incidentale in adesione all'appello principale;**

Albacom s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Rino Caiazzo e Giovanni Pesce, ed elettivamente domiciliata presso il loro studio, in Roma, via XX Settembre n. 1;

Colt Telecom s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Rino Caiazzo e Giovanni Pesce, ed elettivamente domiciliata presso il loro studio, in Roma, via XX Settembre n. 1;

Tiscali s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Rino Caiazzo e Giovanni Pesce, ed elettivamente domiciliata presso il loro studio, in Roma, via XX Settembre n. 1;

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Stella Richter e Gustavo Olivieri, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, viale G. Mazzini, n. 11;

Associazione Assoproviders Indipendenti – Assoprovider, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Sarzana di S. Ippolito, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio, in Roma, via Cesare Beccaria, n. 16;

Associazione Italiana Internet Providers, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in appello;

Associazione Nazionale cittadini europei, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Carmelo Giurdanella e Guido Scorza ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Di Monte Giordano, n. 36;

***nonché, a seguito di integrazione del contraddittorio, nei confronti***  
dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici per legge domicilia, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***e con l'intervento in appello***  
dell'Associazione dei consumatori per una società dell'informazione aperta, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Carmelo Giurdanella e Guido Scorza ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Di Monte Giordano, n. 36;

**2) n. 7206/2005** proposto da Albacom s.p.a., Colt Telecom s.p.a., Tiscali s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dagli avvocati Rino Caiazzo e Giovanni Pesce, ed elettivamente domiciliata presso il loro studio, in Roma, via XX Settembre n. 1;

***contro***

Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, **non costituita;**

***e nei confronti delle seguenti parti cointeressate all'accoglimento dell'appello principale***

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Stella Richter e Gustavo Olivieri, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, viale G. Mazzini, n. 11;

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

Fastweb s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, **non costituita;**

Wind s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, **non costituita;**

Associazione Assoproviders Indipendenti – Assoprovider, in persona del legale rappresentante in carica, **non costituita**;

***nonché nei confronti di***

Autorità garante per le comunicazioni, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici per legge domicilia, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

Commissione UE, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita;

***con l'intervento ad adiuvandum***

a sostegno di entrambi gli appelli principali, del CODACONS, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Rienzi, ed elettivamente domiciliato presso l'ufficio legale nazionale del Codacons, in Roma, viale Mazzini, n. 73;

***entrambi per la riforma***

della sentenza del T.A.R. per il Lazio – Roma, sez. I, 11 maggio 2005, n. 3655, resa tra le parti.

Visti i due appelli con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Albacom s.p.a., Colt Telecom s.p.a., Tiscali s.p.a., Associazione Assoproviders Indipendenti – Assoprovider nell'appello n. 5622/2005;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip s.p.a. sia nell'appello 5622/2005 che nell'appello 7206/2005;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'AGCM nell'appello n. 7206/2005;

visto l'appello incidentale autonomo di Telecom Italia s.p.a. nel giudizio n. 5622/2005;

visti gli appelli incidentali in adesione all'appello principale n. 5622/2005 proposti da Wind s.p.a., Fastweb s.p.a.;

vista l'ordinanza della Sezione 7 dicembre 2005, n. 6992 e gli atti depositati in esecuzione della stessa, e, in particolare, gli atti di integrazione del contraddittorio;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visto l'atto di intervento *ad adiuvandum* del Codacons, depositato in data 9 febbraio 2006;

visto l'atto di costituzione in entrambi gli appelli dell'Autorità garante delle comunicazioni, in data 10 febbraio 2006;

visti tutti gli atti della causa;

relatore alla pubblica udienza del 10 febbraio 2006 il consigliere Rosanna De Nictolis e uditi:

- l'avvocato dello Stato Danilo del Gaizo per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e per l'Autorità garante delle comunicazioni;

- gli avvocati Caiazzo e Pesce per le società appellanti principali Albacom, Colt Telecom e Tiscali;

- gli avvocati Caravita di Toritto, Roberti e Santa Maria per la società appellante incidentale Wind;

- gli avvocati Libertini e Ristuccia per la società appellante incidentale Fastweb;

- gli avvocati Olivieri e Stella Richter per l'interveniente Consip;

- gli avvocati Giurdanella e Scorza per l'interveniente Associazione nazionale cittadini europei;
  - gli avvocati Libonati, Tesauro, Guarino, D'Amelio e Toffoletto per l'appellante incidentale Telecom Italia;
- ritenuto e considerato quanto segue.

### **FATTO E DIRITTO**

#### **1. Gli abusi contestati dall'Autorità e il contenuto della sentenza di primo grado.**

**1.1.** Con il ricorso di primo grado Telecom Italia s.p.a., (d'ora innanzi TI) ha impugnato il provvedimento 16 novembre 2004, notificato il successivo giorno 19, emesso a conclusione del procedimento A351, con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora innanzi AGCM) ha accertato, in relazione al periodo 2001 - 2002 - 2003:

a) che le condotte poste in essere da TI nei mercati rilevanti dei servizi finali all'utenza aziendale, consistenti nell'applicare condizioni contrattuali contenenti clausole di esclusiva, penalizzazioni per il mancato raggiungimento degli obiettivi di spesa e clausole equivalenti quanto agli effetti a clausole inglesi, costituiscono violazioni molto gravi dell'art. 3, lett. b), l. 10 ottobre 1990, n. 287;

b) che le condotte poste in essere da TI nella formulazione alla clientela aziendale di condizioni economiche e tecniche non replicabili dai concorrenti, configurabili come pratiche discriminatorie sui mercati rilevanti dei servizi intermedi, consistenti nell'applicare ai propri concorrenti condizioni economiche e tecniche peggiorative rispetto a quelle praticate alle proprie divisioni commerciali, costituiscono violazioni molto gravi dell'art. 3, lett. b) e lett. c), l. n. 287/1990;

e ha disposto:

c) che TI ponga immediatamente termine ai comportamenti distorsivi della concorrenza di cui alle precedenti lettere a) e b), dando comunicazione all'Autorità delle misure adottate per la cessazione delle infrazioni entro 90 giorni dalla notificazione del provvedimento;

d) che, in ragione della gravità dei comportamenti tenuti, per le infrazioni di cui alla lettera a), a TI è applicata una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura di 76 milioni di euro;

e) che, in ragione della gravità dei comportamenti tenuti, per le infrazioni di cui alla lettera b), a TI è applicata una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura di 76 milioni di euro.

Sempre con il ricorso di primo grado TI ha chiesto anche l'annullamento di tutti gli atti collegati e connessi, presupposti e conseguenti ed in particolare, per quanto di ragione, del parere espresso dall'Autorità garante per le comunicazioni (d'ora innanzi AGCom) sulla proposta di provvedimento finale dell'AGCM (parere 12 novembre 2004, n. U2832/04) nonché, sempre per quanto di ragione, della deliberazione n. 152/02/CONS dell'AGCom.

**1.2.** Con la sentenza in epigrafe il ricorso è stato accolto in parte.

In sintesi, il T.a.r. ha ritenuto:

- illegittime le affermazioni del provvedimento impugnato circa l'obbligo di TI di presentare solo offerte disaggregate, e circa l'impossibilità per TI di stipulare contratti personalizzati con singoli clienti (**pagg. 55 - 61** della sentenza);
- illegittima, sotto il profilo della insufficiente istruttoria, la ricostruzione operata dall'AGCM in relazione al primo dei due abusi contestati, relativo alle clausole escludenti nei contratti con la grande clientela affari (GCA), essendo mancata una

corretta contestualizzazione della nozione di <<abuso di posizione dominante>> alle circostanze fattuali (**pagg. 78 – 84** della sentenza);

- illegittima, sotto il profilo del difetto di motivazione e della insufficiente istruttoria, la tesi dell'AGCM circa il carattere escludente delle clausole contrattuali inserite nei contratti standard con l'utenza affari privata diversa dalla GCA, trattandosi di clausole approvate dall'AGCom; sul punto, l'AGCM si sarebbe immotivatamente discostata dal parere dell'AGCom (**pag. 85** della sentenza);

- parzialmente illegittima la ricostruzione operata dall'AGCM in relazione al secondo dei due abusi contestati (l'offerta non replicabile), in particolare in relazione ai criteri impiegati dall'Autorità medesima per ritenere non replicabile l'offerta economica di TI nei contratti con la grande clientela affari privata, diversi dai contratti in cui l'offerta economica coincideva con quella Consip (**pagg. 86 – 92** della sentenza); mentre, ad avviso del T.a.r., sarebbe legittima la ricostruzione dell'Autorità in relazione al carattere non replicabile dell'offerta economica di TI quanto alla gara Consip, e al carattere non replicabile delle offerte alla GCA laddove contenevano le stesse condizioni economiche dell'offerta Consip;

- illegittima la ricostruzione operata dall'Autorità in relazione alla configurazione di due abusi distinti anziché di un unico abuso (**pag. 97** della sentenza);

- illegittima la misura complessiva della sanzione di 152 milioni di euro, sia sotto il profilo dell'unicità dell'abuso, sia sotto il profilo del difetto di motivazione in ordine alla gravità dell'abuso (**pag. 96** della sentenza) sia sotto il profilo della mancata considerazione degli impegni proconcorrenziali assunti da Telecom per il futuro (**pagg. 93 – 95, e pag. 97** della sentenza).

**1.3.** Contro tale sentenza hanno proposto due distinti appelli principali l'AGCM, da un lato, e le società Albacom, Colt Telecom e Tiscali, dall'altro lato.

Nell'appello principale proposto dall'AGCM hanno spiegato due distinti appelli incidentali, in adesione all'appello principale, le società Wind e Fastweb.

Sempre in relazione all'appello principale proposto dall'AGCM, TI ha proposto appello incidentale autonomo, in relazione ai capi della sentenza di primo grado ad essa sfavorevoli.

**1.4.** La Sezione, con ordinanza 7 dicembre 2005, n. 6992, ha:

- disposto la riunione dei due appelli principali;

- ordinato la notifica dell'appello principale dell'AGCM e dell'appello incidentale di Fastweb nei confronti dell'AGCom;

- ordinato alle parti il deposito dei provvedimenti impugnati in prime cure e di tutti i pertinenti documenti istruttori;

- ordinato alla segreteria della Sezione, di acquisire presso il T.a.r. del Lazio tutti i documenti non ancora trasmessi.

Il T.a.r. del Lazio ha trasmesso voluminosa documentazione in date 10 dicembre 2005, 16 dicembre 2005, 1 febbraio 2006.

L'AGCM ha depositato l'atto di integrazione del contraddittorio e documenti in data 21 gennaio 2006.

Fastweb ha depositato l'atto di integrazione del contraddittorio e documenti in date 11 gennaio 2006 e 2 febbraio 2006.

Wind ha depositato documenti in data 16 gennaio 2006.

In data 9 febbraio 2006 ha proposto intervento *ad adiuvandum* degli appelli principali il Codacons.

In data 10 febbraio 2006 si è costituita in udienza l'Autorità garante delle comunicazioni, tramite l'Avvocatura dello Stato, dichiarando a verbale di aderire *in toto* all'appello principale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Eseguiti i disposti adempimenti istruttori, la causa è passata in decisione all'udienza odierna.

## **2. L'articolazione interna degli abusi contestati a TI.**

Al fine di una migliore comprensione dei fatti di causa, il Collegio ritiene di dover schematizzare come segue gli abusi contestati dall'AGCM a TI.

Sono stati contestati due abusi, entrambi pluristrutturati.

L'abuso *sub a)* del provvedimento dell'AGCM si articola in due segmenti:

- le clausole escludenti contenute nei contratti personalizzati con la GCA (grande clientela affari);
- le clausole escludenti contenute nei contratti standard con la restante utenza *business* privata.

L'abuso *sub b)* del provvedimento dell'AGCM si articola in quattro segmenti:

- le condizioni economiche non replicabili nei contratti con la GCA;
- le condizioni tecniche non replicabili nei contratti con la GCA;
- le condizioni economiche non replicabili nella gara Consip;
- le condizioni tecniche non replicabili nella gara Consip.

TI costituisce l'operatore dominante nel settore delle comunicazioni telefoniche (*incumbent*).

I concorrenti di TI costituiscono gli OLO (*other licensed operators*).

I servizi di interconnessione costituiscono servizi all'ingrosso (*wholesale*) che TI fornisce agli OLO e alle proprie divisioni commerciali.

I servizi al dettaglio (*retail*) sono i servizi che gli OLO e TI offrono agli utenti finali.

L'OIR (offerta di interconnessione di riferimento) è il prezzo che gli OLO pagano a TI per l'acquisto dei servizi di interconnessione.

La GCA (grande clientela affari) è l'utenza *business* privata (o utenza non residenziale) di grandi dimensioni.

## **3. L'eccezione di inammissibilità dell'appello dell'AGCM e degli appelli degli OLO, sollevata da TI; l'eccezione di inammissibilità del ricorso di TI sollevata dal Codacons.**

**3.1.** Va anzitutto esaminata l'eccezione di rito sollevata da TI con la memoria depositata per l'udienza del 22 novembre 2005, articolata nelle pagg. da 1 a 58, e nelle pagg. da 95 a 98 (in particolare pag. 97, par. 8.5.) della memoria medesima.

In relazione a tutti gli appelli (principali e incidentali, ovviamente diversi dall'appello di TI), TI ritiene che gli stessi sarebbero inammissibili perché non avrebbero censurato tutte le statuizioni della sentenza di primo grado su cui c'è soccombenza.

**3.2.** In sintesi, non sarebbero state impugnate le seguenti statuizioni della sentenza, su cui, ad avviso di TI, le altre parti sarebbero soccombenti:

- statuizioni sulla definizione del mercato rilevante e della posizione dominante;
- statuizioni sulla <<contestualizzazione>> delle norme rispetto ai fatti;
- statuizioni sugli elementi di fatto specifici da cui si desumerebbe che TI non ha commesso abuso di posizione dominante nei contratti con la GCA;
- statuizioni sul difetto di istruttoria e motivazione del provvedimento dell'AGCM laddove afferma la non replicabilità delle offerte di TI alla GCA;
- statuizioni sulla unicità dell'abuso di TI;
- statuizioni sulla gravità dell'abuso di TI.

**3.3.** Le censure di inammissibilità sono infondate.

**3.3.1.** E' principio consolidato che l'appello deve criticare tutti i capi di sentenza su cui l'appellante è soccombente, pena:

- il passaggio in giudicato dei capi di sentenza non impugnati;
- e, talora, l'inammissibilità dell'intero appello, ove i capi di sentenza non impugnati siano il presupposto logico necessario di quelli impugnati, sicché l'impugnazione parziale non gioverebbe alle ragioni del ricorrente (Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 1999, n. 930; Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 1996, n. 1204; Cons. Stato, sez. IV, 26 giugno 1998, n. 991).

Essendo l'inammissibilità dell'appello per incompletezza dell'impugnazione una gravissima sanzione, la stessa va applicata con estremo rigore, utilizzando come criterio orientatore quello della soccombenza effettiva e dell'effettivo interesse a rimuoverla. Solo dove la soccombenza emerga con chiarezza e dove con altrettanta chiarezza emerga la mancata impugnazione, si può giungere ad affermare l'inammissibilità dell'appello.

**3.3.2.** Al fine di individuare la soccombenza, occorre distinguere i capi, i punti e i passaggi della sentenza.

I capi sono le parti della sentenza relative a ciascun motivo di ricorso (o talora a un gruppo di motivi): nella parte conclusiva del capo la sentenza indica (o dovrebbe indicare) con chiarezza e in via di sintesi se il motivo è accolto o respinto, in tutto o in parte.

I punti sono le articolazioni interne del capo, in cui si affrontano i singoli profili del motivo di ricorso e che possono dare luogo a specifica soccombenza.

I passaggi sono argomenti, di fatto, di diritto o di pura logica, non essenziali nell'economia complessiva del capo di sentenza.

Premessa tale distinzione tra capi, punti e passaggi della sentenza, si deve affermare che l'appello deve investire tutti i capi che si pronunciano su specifici motivi e investire altresì i singoli punti se da un attento esame si possa desumere che in relazione ad essi c'è una specifica soccombenza.

L'appello non è invece tenuto a investire i passaggi della sentenza che:

- costituiscano affermazioni che, senza accogliere o respingere un motivo specifico di ricorso, richiamano o preannunciano (esplicitamente o implicitamente) altri capi di sentenza che affrontino specificamente un dato motivo di ricorso;
- costituiscano affermazioni in diritto fatte per completezza, ma che non sono specificamente applicate al caso deciso;
- costituiscano affermazioni avulse dagli specifici motivi di ricorso affrontati nel capo di sentenza.

In conclusione, la sinteticità del gravame non va confusa con la mancanza o incompletezza del medesimo.

Non è indispensabile che l'appello si spinga ad una analiticità tale da censurare singole affermazioni della sentenza, vale a dire singoli punti o passaggi, essendo ammissibile un appello che confuti sinteticamente il nucleo essenziale dei capi o punti di sentenza su cui c'è soccombenza effettiva. Pertanto, è ammissibile un appello che non censuri punti e passaggi della sentenza gravata su cui non c'è soccombenza effettiva e dunque manchi l'interesse all'impugnazione.

**3.3.3.** Nel caso specifico, l'eccezione di inammissibilità si incentra non su capi di sentenza, ma su punti e passaggi in relazione ai quali ad avviso del Collegio non vi è una specifica soccombenza degli appellanti principali e incidentali.

**3.3.4.** In particolare, le affermazioni della sentenza sulla definizione del mercato rilevante e sulla posizione di dominanza di TI, non possono essere interpretate nel senso preteso da TI, e cioè nel senso che la GCA costituirebbe un

mercato rilevante a sé, sul quale TI non è in posizione dominante. Al contrario, la sentenza, pur ritenendo che l'AGCM avrebbe meglio dovuto considerare le peculiarità della domanda della GCA, non si è spinta ad affermare che questa desse luogo ad un mercato a sé, né ad escludere che TI fosse in posizione di dominanza, ma ha solo escluso che TI avesse abusato della sua posizione dominante.

Dirimente è la considerazione che la sentenza, nell'ambito del capo in cui esamina specificamente il motivo di ricorso con cui si lamentava l'errata definizione del mercato rilevante, afferma che, nonostante le peculiarità della domanda della GCA rispetto alla più ampia domanda dell'utenza *business*, <<la portata delle conseguenze sul provvedimento impugnato non è, tuttavia, tale da configurare i vizi dedotti in ricorso>> (pag. 46), e conclude espressamente nel senso del rigetto del motivo di ricorso: <<conclusivamente il Collegio ritiene non fondata la doglianza proposta>> (pag. 48).

Avendo il T.a.r. respinto il motivo del ricorso di TI sulla definizione del mercato rilevante, sul punto non c'è nessuna soccombenza reale e specifica delle controparti di TI.

**3.3.5.** Quanto, poi, al motivo con cui in prime cure TI aveva lamentato l'errata attribuzione a TI medesima di una posizione dominante, il T.a.r. del pari lo respinge *in toto*: <<relativamente, poi, alle censure sull'errata individuazione della posizione dominante, il Collegio ritiene che la valutazione effettuata dall'Autorità sia sorretta da criteri di ragionevolezza, logicità e supportata da adeguata istruttoria>> (pag. 48).

In relazione sia alla definizione del mercato rilevante che della posizione dominante, il T.a.r., nel medesimo capo in cui accoglie le censure di TI in relazione al preteso abuso mediante clausole contrattuali escludenti, ribadisce che la particolare configurazione della negoziazione tra TI e la GCA <<non porta alla negazione dell'esistenza di una posizione dominante in capo a TI, né all'individuazione di un mercato rilevante specifico>> (pag. 53): in altre parole, secondo il T.a.r. manca l'«abuso» di posizione dominante, ma resta tuttavia ferma la correttezza della ricostruzione operata dall'AGCM sia del mercato rilevante che della posizione dominante.

Pertanto, non c'è alcuna soccombenza degli appellanti principali e incidentali sul punto, e dunque non occorre una specifica impugnazione.

Solo per completezza il Collegio osserva che, comunque, l'appello dell'AGCM non ha mancato di sottolineare la contraddittorietà della sentenza laddove prima ritiene legittima la definizione del mercato rilevante e della posizione dominante di TI e poi afferma che le peculiarità della GCA imporrebbero una separata considerazione di tale segmento del mercato dell'utenza *business* (pagg. 24 - 25).

**3.3.6.** Quanto alla asserita mancata impugnazione dei punti della sentenza in cui si afferma che l'AGCM è tenuta a contestualizzare le norme, si tratta di punti su cui non c'è soccombenza.

Invero il T.a.r. non ha fatto altro che richiamare la giurisprudenza amministrativa circa l'iter attraverso cui si snoda il sindacato dell'AGCM (pag. 39). Ma tale iter è stato seguito dall'AGCM, e non vi è contrasto tra le parti circa la necessità di seguire tale iter, sicché non vi è soccombenza specifica.

La soccombenza sussiste solo in relazione al capo di sentenza in cui il T.a.r., nell'accogliere il ricorso di TI relativamente al primo dei due abusi contestati (le clausole contrattuali escludenti nei contratti con l'utenza *business* privata) afferma che <<è mancata una corretta contestualizzazione della nozione

indeterminata di “abuso di posizione dominante” alle circostanze fattuali>> (pag. 84).

Ma su tale capo di sentenza vi è specifica impugnazione dell’AGCM (e delle altre controparti di TI), nel mentre va ribadito che l’AGCM non era tenuta ad impugnare le affermazioni di puro diritto contenute a pag. 39 della sentenza.

**3.3.7.** Quanto agli elementi specifici da cui il T.a.r. desume che TI non avrebbe abusato della sua posizione dominante in relazione ai contratti con la GCA, il T.A.R. sul punto recepisce gli argomenti del ricorso di primo grado di TI.

Secondo il T.a.r. gli elementi specifici che farebbero escludere l’abuso di TI sarebbero:

- le grandi dimensioni delle imprese ascrivibili alla GCA;
- l’imponente volume d’affari;
- la richiesta di servizi integrati;
- l’utilizzo di consulenti specializzati per la predisposizione delle condizioni contrattuali;
- le procedure complesse per la selezione dell’operatore di telecomunicazioni;
- il rilevante potere negoziale della GCA (pagg. 51 – 52 – 53 e pagg. da 77 a 84 della sentenza).

La lettura dell’appello principale dell’AGCM evidenzia come tutti questi punti della sentenza sono stati ampiamente criticati (da pag. 16 a pag. 32).

Si confuta anzitutto, in generale, che la peculiarità dei rapporti con la GCA incida sull’abuso (pagg. 16 – 17, pag. 24).

Si confuta, poi, in dettaglio, la rilevanza, ai fini di escludere l’abuso di TI:

- delle grandi dimensioni delle imprese e del volume di affari dei singoli contratti;
- della richiesta di servizi integrati, che si assume spesso smentita in fatto dalla contraria risultanza istruttoria della diffusione delle domande multifornitore (pagg. 18 - 19);
- del rilevante potere negoziale della GCA (pagg. 20, 23, 24, 25, 26, 29);
- delle peculiarità degli strumenti negoziali, quali: predisposizione del contenuto contrattuale da parte della GCA (pag. 17, 25, 27); procedure complesse per la selezione del fornitore (pag. 27 e 28) e utilizzo di consulenti specializzati, spesso con formule di partenariato (pagg. 27 e 28).

**3.3.8.** Quanto alla asserita incompleta impugnazione del capo di sentenza che ritiene viziato da difetto di istruttoria e motivazione il provvedimento dell’AGCM laddove considera non replicabili le offerte di TI alla GCA, in sintesi TI sostiene che l’appello dell’AGCM:

- da un lato avrebbe attribuito alla sentenza affermazioni che la sentenza non ha fatto;
- dall’altro lato non avrebbe specificamente contestato le affermazioni della sentenza secondo cui il *test* di replicabilità andava condotto tenendo conto degli effettivi costi di interconnessione che sopporta un OLO efficiente, non necessariamente coincidenti con l’OIR, tutte le volte in cui in concreto risulti che l’OLO dispone di una propria infrastruttura di rete e dunque non ha necessità di connettersi alla rete di TI.

Sul primo punto, il Collegio ritiene che non ci sia alcuna inammissibilità di un appello che attribuisce ad una sentenza affermazioni che questa non ha fatto, semmai si tratta di questione di non pertinenza e dunque di infondatezza dell’appello medesimo.

Sul secondo punto, il Collegio osserva che l’appello di TI in relazione alla questione dei parametri del *test* di replicabilità muove da un aspetto pregiudiziale

che, ove fondato, travolgerebbe l'intero ragionamento del T.a.r., e di qui la non necessità di confutazione specifica degli argomenti della sentenza.

Infatti secondo l'appellante AGCM, il provvedimento dell'AGCM avrebbe affermato che le offerte di TI alla GCA si collocano non già al di sotto dell'OIR, bensì addirittura al di sotto dei costi regolatori (che sono inferiori all'OIR).

Se così fosse, le offerte di TI non supererebbero il primo dei due *tests* di prezzo indicati nell'allegato E della delibera n. 152/2002 dell'AGCom (cioè il *test* di profittabilità per TI), e dunque sarebbero offerte sottocosto, non profittabili per la stessa TI, e come tali precluse dalla citata delibera n. 152/2002.

Secondo il ragionamento dell'appellante AGCM, se risulta dimostrato che le offerte di TI alla GCA non superano il *test* di profittabilità, non sarebbe necessario accertare che le stesse non superano il *test* di replicabilità.

E' perfettamente logico che, con siffatta impostazione, l'appellante AGCM non ha necessità di attaccare il capo di sentenza relativo ai parametri del *test* di replicabilità, perché si ritiene, a monte, non necessario tale *test*.

Non vi è dunque alcun profilo di inammissibilità dell'appello dell'AGCM, ma vi è solo questione circa la fondatezza o infondatezza del motivo.

**3.3.9.** Quanto alla asserita mancata impugnazione dei punti della decisione del T.a.r. in cui si afferma che l'abuso è unico, si deve osservare che nella sentenza del T.a.r. la questione della unicità o duplicità dell'abuso viene espressamente affrontata solo nella parte dedicata alla sanzione, ed in questa parte il T.a.r. afferma, a pag. 97, che l'abuso era unico.

In altri punti della sentenza, laddove si parla di strategia unitaria delle condotte di TI, non si affronta specificamente la questione dell'unicità o dualità di abusi.

In realtà, molti dei passaggi della sentenza richiamati da TI, si limitano a parlare di <<strategia unitaria>> nel riportare il contenuto del provvedimento impugnato (v. pag. 28) ovvero il contenuto dei motivi di ricorso: non vi è dunque alcuna presa di posizione del T.a.r. sulla unicità o pluralità di abuso, ma solo l'esposizione in fatto del contenuto del provvedimento e dei motivi di ricorso.

E' perciò di tutta evidenza che in relazione a tali passaggi della sentenza non vi è alcuna soccombenza, e che la soccombenza sussiste solo in relazione al capo di cui a pag. 97. Tale capo è specificamente impugnato dall'appello principale dell'AGCM (pagg. 47 - 48, par. 5.4.).

**3.3.10.** Quanto alla asserita mancata impugnazione del punto di sentenza in cui si esclude la gravità dell'illecito perché non vi sarebbe una esclusiva responsabilità di TI, attesa la collaborazione della GCA alla predisposizione delle clausole contrattuali ritenute abusive, si tratta di un punto che è strettamente correlato al capo di sentenza in cui il T.a.r. esclude che TI abbia abusato della sua posizione dominante in relazione ai contratti con la GCA.

Tale capo di sentenza assume un ruolo di principalità e di presupposto necessario rispetto alla valutazione di gravità dell'abuso. Pertanto, laddove gli appelli contestano il capo principale e presupposto, sostenendo che TI è responsabile delle clausole contrattuali nei contratti con la GCA, ciò è sufficiente per contestare anche la consequenziale affermazione della sentenza: infatti, ove cadesse il capo principale e presupposto, cadrebbe in via automatica e consequenziale anche il punto sulla non gravità dell'illecito.

**3.3.11.** Si deve infine osservare che il superamento, da parte dell'appello principale dell'AGCM, di tutte le eccezioni di inammissibilità sollevate da TI, esonera il Collegio dall'esame delle analoghe eccezioni sollevate in relazione agli appelli degli OLO. Infatti, anche ove taluno di tali appelli dovesse essere

dichiarato inammissibile, in tutto o in parte, non ne risulterebbe modificata la materia del contendere in appello, attesa la completezza e ammissibilità dell'appello principale, che impedisce il passaggio in giudicato di singoli capi o punti della sentenza di primo grado (asseritamente) favorevoli a TI.

In definitiva, una volta ritenuto pienamente ammissibile l'appello principale dell'AGCM, viene meno l'interesse di TI alla declaratoria di inammissibilità degli altri appelli.

Solo per completezza il Collegio osserva che la eventuale inammissibilità degli appelli degli OLO in relazione a specifici capi di sentenza, non comporterebbe comunque la inammissibilità integrale di detti appelli.

E' infatti evidente che, data la pluralità di condotte abusive contestate a TI, le parti del provvedimento dell'AGCM sono scindibili, e scindibili sono i capi della sentenza del T.a.r.

Sicché, anche se in ipotesi gli appelli fossero inammissibili in relazione a singoli capi scindibili (v. p. es. l'appello di Wind che non impugna il capo di sentenza che ha ritenuto illegittimo il provvedimento laddove considera abusive le clausole contrattuali delle offerte standard autorizzate dall'AGCom), permarrebbe l'interesse in relazione ai restanti capi di sentenza.

**3.3.12.** E' infine infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso di TI, sollevata dal Codacons nell'atto di intervento depositato il giorno prima dell'udienza.

Tale eccezione può essere esaminata, perché le controparti hanno implicitamente accettato il contraddittorio, non avendo chiesto termini a difesa, nonostante il deposito dell'atto di intervento solo un giorno prima dell'udienza odierna.

Osserva il Codacons che il ricorso di primo grado avrebbe dovuto essere notificato ad essa associazione.

L'eccezione è infondata.

I singoli consumatori e le loro associazioni non sono parti necessarie nel procedimento che si svolge davanti all'AGCM (sicché non hanno titolo a ricevere avviso di avvio del procedimento, salvo il loro intervento spontaneo), e conseguentemente non sono parti necessarie nel successivo giudizio avverso il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità antitrust (Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792).

Nel caso specifico, poi, il Codacons non è neppure intervenuto nel procedimento amministrativo davanti all'AGCM, sicché non costituiva controinteressato individuato o agevolmente individuabile, e pertanto ad esso non andava notificato il ricorso di TI.

#### **4. Ordine di esame delle questioni in appello.**

Passando all'esame del merito, il Collegio osserva che, formando la sentenza oggetto sia di appelli principali (dell'AGCM e di Albacom + 2), che di appello incidentale autonomo (di TI), rivivono tutti i motivi del ricorso di primo grado.

E' pertanto opportuno esaminare detti motivi, e, in relazione agli stessi, le statuizioni della sentenza gravata e i motivi degli appelli principali e incidentali.

Devono invece ritenersi inammissibili le prospettazioni contenute nelle memorie depositate in appello, laddove rivolte a introdurre nuovi temi di indagine non dedotti nel ricorso di primo grado e negli atti di appello.

I motivi del ricorso di primo grado saranno esaminati secondo il seguente ordine:

- profili di ordine generale, in rito e in merito, che, se accolti, comporterebbero l'annullamento integrale del provvedimento;
- profili di ordine specifico, relativi a singoli capi del provvedimento; l'esame di questi ultimi profili sarà preceduto dalla delimitazione della materia del contendere.

A profili di ordine generale in rito attengono il primo e il quattordicesimo motivo del ricorso di primo grado, rispettivamente:

- l'omessa partecipazione al procedimento davanti all'AGCM delle imprese costituenti la GCA;
- l'asserita incompetenza dell'AGCM.

A profili di ordine generale in merito attengono il secondo, il tredicesimo, il terzo, il quarto (esclusa l'ultima parte), il quinto motivo del ricorso di primo grado, rispettivamente:

- la disciplina applicabile attesa la successione di leggi nel tempo (2° e 13°);
- la delimitazione del mercato rilevante (3°);
- la posizione dominante (4° e 5°).

A profili relativi a singoli capi del provvedimento impugnato attengono il 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 15° motivo del ricorso di primo grado, rispettivamente:

- l'asserita replicabilità delle condizioni economiche delle offerte (6°, 8°, 10°);
- la possibilità di presentare offerte unitarie e non disaggregate (7°);
- la possibilità di presentare offerte personalizzate (9°);
- le clausole escludenti nei contratti con l'utenza *business* privata (11°);
- gli impegni proconcorrenziali di TI (12°);
- le sanzioni (15°).

## **5. La questione della partecipazione della GCA al procedimento davanti all'AGCM.**

**5.1.** Con il **primo motivo del ricorso di primo grado**, riproposto con il **primo motivo dell'appello incidentale di TI**, si era dedotta la violazione degli artt. 14, l. n. 287/1990, 6 e 7, d.P.R. n. 217/1998, 7 e 9, l. 7 agosto 1990, n. 241, sotto il profilo che al procedimento davanti all'AGCM avrebbero dovuto partecipare anche le quarantaquattro imprese clienti di TI, i cui contratti prevedevano, secondo la contestazione dell'AGCM, prezzi inferiori ai costi regolatori, sconti al raggiungimento di particolari soglie di traffico, e l'obbligo di TI di adeguamento alla migliore offerta (clausola assimilabile alla c.d. clausola inglese).

Secondo la tesi di TI, riproposta in appello, le clausole previste nei contratti con tali imprese, costituenti la GCA, sarebbero per esse vantaggiose, sicché il provvedimento inibitorio dell'AGCM comporterebbe per le imprese un pregiudizio.

Ne conseguirebbe che illegittimamente non sarebbe stata consentita la partecipazione di tali imprese al procedimento, mediante invio ad esse di avviso di avvio ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/1990.

**5.2.** Il T.a.r. ha disatteso la censura osservando che:

- l'avviso di avvio del procedimento andrebbe dato solo ai soggetti diretti destinatari dei provvedimenti sanzionatori dell'AGCM, e non anche ai clienti dei soggetti sanzionati;
- non sarebbe pertinente il richiamo dell'art. 7, l. n. 241/1990, in quanto la disciplina generale sul procedimento amministrativo sarebbe derogata dalla disciplina speciale dettata per il procedimento davanti all'AGCM;
- sarebbero manifestamente infondate le censure di legittimità costituzionale dell'art. 14, l. n. 287/1990, apparendo ragionevole che l'apertura dell'istruttoria

da parte dell'AGCM sia notificata solo ai soggetti destinatari dei provvedimenti sanzionatori.

**5.3.** L'appellante incidentale TI critica tale capo di sentenza, osservando che:

- i clienti appartenenti alla GCA, che si avvantaggerebbero dei contratti censurati dall'AGCM, erano in concreto individuati;
- ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/1990, l'avviso di avvio del procedimento andrebbe dato non solo alle parti necessarie, ma anche a coloro che dal provvedimento finale subiscono effetti pregiudizievoli, specifici e diretti;
- l'art. 14, l. n. 287/1990 non sarebbe esaustivo del novero dei soggetti che partecipano al procedimento davanti all'AGCM, dovendo essere completato con l'applicazione dell'art. 7, l. n. 241/1990.

**5.4.** La censura è infondata.

La partecipazione al procedimento spetta, *ex art.* 7, l. n. 241/1990:

- ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti;
- ai soggetti diversi dai diretti destinatari del provvedimento finale, nei cui confronti quest'ultimo può produrre un pregiudizio (i. c.d. controinteressati).

Si deve trattare in ogni caso di soggetti su cui il provvedimento incide in via diretta e non semplicemente in via riflessa e derivata.

Da un lato, gli utenti ascrivibili alla GCA, non sono i destinatari diretti delle misure sanzionatorie dell'Autorità, che si rivolgono esclusivamente nei confronti di TI, e dunque non sono parti necessarie del procedimento.

Dall'altro lato non risulta dimostrato, contrariamente a quanto sostiene TI, che la GCA subirebbe un pregiudizio specifico, in conseguenza delle misure sanzionatorie adottate dall'Autorità nei confronti di TI.

Infatti, se è vero che l'AGCM ha imposto a TI di porre immediatamente termine ai comportamenti distorsivi della concorrenza, tuttavia questo non comporta in via diretta e immediata un pregiudizio per i terzi contraenti, i quali hanno gli ordinari strumenti civilistici di tutela nel caso in cui la controparte receda dal contratto.

Inoltre TI muove dal presupposto, che è invece indimostrato, che i contratti intercorsi tra TI e gli utenti appartenenti alla GCA sarebbero vantaggiosi per questi ultimi.

Infatti a tale risultato TI perviene ricordando il contenuto contrattuale solo in via parziale, vale a dire menzionando solo le condizioni di prezzo, la scontistica, le clausole inglesi.

Ma una visione complessiva del contenuto contrattuale evidenzia anche clausole svantaggiose per i clienti, come i poteri di recesso di TI e penalizzazioni varie.

Pertanto, l'esecuzione da parte di TI della diffida dell'AGCM, con conseguente eventuale cessazione dei contratti in questione, o rinegoziazione senza le clausole ritenute abusive, si può tradurre in un vantaggio per la concorrenza e in definitiva per la GCA.

Pertanto la GCA non aveva nella specie un interesse diretto alla partecipazione al procedimento, ma, al più, un interesse riflesso e derivato, che semmai poteva giustificare il suo spontaneo intervento nel procedimento (art. 9, l. n. 241/1990).

**5.5.** In conclusione, nei procedimenti sanzionatori condotti dall'AGCM, i clienti dell'impresa sanzionata hanno un interesse riflesso e derivato, con la conseguenza che non è obbligatorio l'avviso di avvio del procedimento nei loro confronti, salvo il loro spontaneo intervento; pertanto nel caso specifico né in

base all'art. 14, l. n. 287/1990, né in base all'art. 7, l. n. 241/1990, era necessario estendere la partecipazione al procedimento nei confronti della GCA.

## **6. La questione del riparto di competenze tra l'AGCom e l'AGCM.**

**6.1. Il 14° motivo del ricorso di primo grado**, esaminato per secondo dalla sentenza gravata, è stato riproposto da TI con il **secondo motivo dell'appello incidentale autonomo**.

**6.2.** Sia in primo grado che in appello si lamenta l'incompetenza dell'AGCM, alla luce dell'art. 1, co. 31, d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318, e dell'art. 20, l. n. 287/1990, nonché dell'art. 25, l. n. 128/1998, e la competenza, invece, dell'AGCom.

Si osserva, che l'AGCM potrebbe intervenire:

- in tema di intese e concentrazioni, che attengono al diritto della concorrenza e che non rientrano nella competenza dell'AGCom;
- ovvero, per colmare una lacuna, su materie che toccano sia la concorrenza che la disciplina del settore delle comunicazioni, ma su cui in concreto l'AGCom non ha normato.

Invece, l'AGCM non potrebbe intervenire in materie concorrenziali su cui l'AGCom disponga di poteri regolatori che abbia in concreto esercitato: in tal caso, l'AGCom si sostituirebbe in pieno all'AGCM, per quanto attiene alla tutela della concorrenza nel settore delle comunicazioni.

In particolare, posto che spetta ad AGCom individuare, nel settore delle comunicazioni, i mercati rilevanti e i soggetti in posizione dominante, e dettare le regole per impedire gli abusi di posizione dominante, non vi sarebbe spazio per la competenza dell'AGCM: gli abusi di posizione dominante sarebbero infatti diretta violazione della regolamentazione dettata dall'AGCom, e dovrebbero essere accertati e sanzionati esclusivamente da quest'ultima.

Tanto, anche per evitare potenziali conflitti tra le due Autorità, che potrebbero compiere valutazioni differenti rispetto a nozioni opinabili quali sono i mercati rilevanti, le posizioni dominanti, gli abusi.

**6.3.** Il T.a.r. ha disatteso la censura osservando che secondo le norme vigenti e secondo l'elaborazione della giurisprudenza amministrativa, l'AGCM ha una generale competenza antitrust, che non è venuta meno per effetto delle competenze attribuite all'Autorità di regolamentazione del settore delle telecomunicazioni (AGCom), atteso che le deroghe a siffatta competenza generale necessitano di espressa previsione legislativa, nella specie mancante.

Tuttavia il T.a.r. ha ritenuto che le due Autorità devono coordinarsi e che l'AGCM potrebbe discostarsi dall'obbligatorio parere dell'AGCom solo con congrua motivazione.

**6.4.** In appello TI ripropone le censure di primo grado e aggiunge un ulteriore argomento giuridico a favore della competenza dell'AGCom, che trae dall'art. 98, co. 11, del codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003).

**6.5.** A loro volta l'appellante AGCM (con il primo motivo di appello, riportato *sub* 2 nell'atto di appello, a pag. 10 e ss.) e gli altri appellanti (appello di Albacom + 2, motivo III; appello di Fastweb, punto 4; appello di Wind, pagg. 23 - 26 e pagg. 81 - 85) si dolgono del capo di sentenza che impone un particolare dovere di motivazione all'Autorità antitrust, ove voglia discostarsi dal parere dell'AGCom, osservando che, per il principio delle competenze parallele, il parere dell'AGCom è obbligatorio ma non vincolante.

**6.6.** Tutte le censure sono infondate.

**6.6.1.** I motivi articolati da TI denunciano un'esigenza di coerenza tra la regolamentazione, a monte, dei mercati e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, e l'accertamento, a valle, degli abusi che costituiscono violazione della regolamentazione, e di coordinamento per evitare sovrapposizioni, e rischio di *bis in idem*.

**6.6.2.** Tuttavia dal sistema normativo vigente si desume che le attribuzioni dell'AGCom, che opera quale Autorità di regolamentazione del settore delle telecomunicazioni, non hanno scalfito la competenza generale dell'AGCM in tema di vigilanza antitrust.

Già a livello comunitario, le linee direttrici della Commissione europea (2002/C 165/03) avvertono che le indicazioni che vengono fornite alle Autorità nazionali di regolamentazione per la definizione dei mercati rilevanti e delle significative posizioni di mercato, non pregiudicano l'applicazione delle norme relative alla concorrenza, da parte degli organi nazionali competenti.

Nell'ambito del diritto italiano, anzitutto, l'art. 20, co. 1, l. n. 287/1990, che sottraeva all'AGCM la competenza antitrust nei confronti delle imprese operanti nei settori della radiodiffusione e dell'editoria, per attribuirle all'allora Garante per la radiodiffusione e l'editoria, successivamente AGCom, è stato abrogato dall'art. 1, co. 6, lett. c), n. 9, l. 31 luglio 1997, n. 249.

Inoltre proprio l'art. 1 appena citato, al comma 6, lett. c), n. 8, stabilisce che l'AGCom accerta l'effettiva sussistenza di posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo e adotta i conseguenti provvedimenti.

La norma si riferisce solo al settore radiotelevisivo, e non anche a quello della telefonia.

E, invero, il medesimo art. 1, co. 6, lett. c), al successivo n. 11) stabilisce che l'AGCom esprime parere obbligatorio sui provvedimenti dell'AGCM riguardanti operatori del settore delle comunicazioni.

Pertanto, l'art. 1, co. 31, l. n. 249/1997, laddove prevede il potere sanzionatorio dell'AGCom nel caso di inottemperanza a provvedimenti adottati in ordine alla violazione delle norme sulle posizioni dominanti, si correla solo alla competenza dell'AGCom di cui al citato art. 1, co. 6, lett. c), n. 8, sul settore radiotelevisivo.

Per converso, l'art. 20, co. 7, l. n. 287/1990, dispone che allorché l'intesa, l'abuso di posizione dominante, o la concentrazione riguardino imprese operanti in settori sottoposti alla vigilanza di più Autorità, ciascuna di esse può adottare i provvedimenti di propria competenza.

Da tale quadro normativo, si evince che la competenza antitrust spetta all'AGCM, e che l'AGCom esprime un parere obbligatorio per le imprese operanti nel settore delle comunicazioni.

**6.6.3.** Quanto all'assetto descritto dal sopravvenuto codice delle comunicazioni elettroniche, le deduzioni di TI, - a prescindere da ogni considerazione sulla loro inammissibilità, perché articolate per la prima volta in appello -, sono infondate.

Infatti il rapporto tra le due Autorità, come sopra delineato, è confermato, e non intaccato, dal codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259).

Quest'ultimo mantiene l'assetto, correttamente delineato dalla sentenza gravata, secondo cui l'AGCom opera come Autorità di regolamentazione, le cui competenze non elidono quelle antitrust dell'AGCM.

Anzitutto l'art. 8, d.lgs. n. 259/2003 stabilisce il principio di cooperazione tra le due Autorità, che adottano, anche ricorrendo a <<specifiche intese>>, disposizioni

sulle <<procedure di consultazione e di cooperazione reciproca nelle materie di interesse comune>>.

L'art. 98, co. 11, d.lgs. n. 259/2003, attribuisce all'AGCom la competenza sanzionatoria in caso di violazione dei provvedimenti dell'AGCom con cui si stabiliscono gli obblighi delle imprese aventi significativo potere di mercato.

Ora, secondo l'art. 17, d.lgs. n. 259/2003, per significativo potere di mercato si intende, in conformità al diritto comunitario, il godimento di una posizione equivalente ad una posizione dominante, e dunque di una forza economica tale da consentire alle imprese di comportarsi in misura notevole in modo indipendente da concorrenti, clienti, consumatori.

Gli artt. 18 e ss., d.lgs. n. 259/2003 attribuiscono all'AGCom la competenza a definire i mercati rilevanti (art. 18) e ad accertare se le imprese godono di un significativo potere di mercato (art. 19), con la conseguente imposizione, in caso affermativo, di obblighi di regolamentazione (se il mercato non sia effettivamente concorrenziale) (artt. 46, 47, 48, 49, 50, 66, 67, 68, 69, d.lgs. n. 259/2003).

E' di tutta evidenza che l'art. 98, co. 11, d.lgs. n. 259/2003, attribuisce all'AGCom la competenza a sanzionare la violazione degli obblighi di regolamentazione da essa impartita con i propri provvedimenti, adottati ai sensi dei citati articoli, ma lascia integra la competenza dell'AGCM ad accertare l'abuso di posizione dominante con una delle condotte di cui all'art. 3, l. n. 287/1990.

**6.6.4.** Tuttavia, il principio di cooperazione tra le due Autorità (art. 8, d.lgs. n. 259/2003), la perdurante regola sul <<parere>> espressamente qualificato come <<obbligatorio>> dell'AGCom sui provvedimenti dell'AGCM (art. 1, co. 6, lett. c), n. 11, l. n. 249/1997), la istituzionale competenza dell'AGCom ad accertare quali sono le imprese aventi significativo potere di mercato e a dettare le prescrizioni vincolanti per garantire una effettiva e sostenibile concorrenza nel mercato delle comunicazioni, l'esigenza che non si verificano *bis in idem* o difformi valutazioni, sono tutti elementi che fanno ritenere che le due Autorità, pur esercitando competenze parallele, debbano coordinarsi in un'ottica di leale collaborazione (anche, se del caso, con lo strumento tipico dell'intesa), e con il fine ultimo e comune di garantire il corretto funzionamento del mercato alla cui vigilanza sono preposte.

In particolare:

- il parere dell'AGCom è obbligatorio ma non vincolante e, pertanto, secondo i consueti criteri circa il rapporto tra parere e provvedimento finale, l'AGCM se ne può discostare solo con congrua motivazione;
- la motivazione in caso di scostamento dal parere deve essere particolarmente puntuale, attese le specifiche competenze dell'AGCom, il dovere di cooperazione tra le due Autorità normativamente imposto, e il principio che per gli operatori del mercato le regole devono essere certe e conoscibili *ex ante*.

In conclusione, i compiti attribuiti all'Autorità nazionale di regolamentazione (AGCom) in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, non hanno fatto venire meno la generale competenza antitrust spettante all'AGCM: quest'ultima deve acquisire il parere della prima, che è obbligatorio e non vincolante, ma dalle cui risultanze l'AGCM può discostarsi con adeguata motivazione.

La giurisprudenza di questo Consesso, ha già in passato ritenuto, in relazione alla rilevanza del parere dell'Autorità di regolamentazione nell'ambito del procedimento antitrust, che <<le valutazioni dell'Autorità di settore assumono una valenza diversa a seconda che si riferiscano alla disciplina ed alle caratteristiche

*del settore regolato rispetto a quelle attinenti l'applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza. In entrambi i casi l'Autorità antitrust dovrà motivare il discostamento dal parere dell'autorità di settore, ma nella prima ipotesi la motivazione dovrà essere particolarmente esauriente a differenza della seconda, in cui le valutazioni attengono direttamente alle competenze attribuite al garante della concorrenza>> (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 e Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1187, in vicende relative al rapporto tra ISVAP e AGCM)*

Sulla base di tale conclusione, il Collegio, nel valutare la sentenza di primo grado, ritiene che la stessa non vada intesa nel senso di aver reso vincolante il parere dell'AGCom, ma nel senso che il parere, pur non vincolante, acquista tuttavia particolare importanza e merita particolare attenzione da parte dell'AGCM.

Così intesa la sentenza, le censure avverso la stessa sono infondate.

**6.6.5.** Ciò affermato in linea di principio, occorre verificare punto per punto se, laddove l'AGCM si è discostata dal parere dell'AGCom, lo abbia o meno fatto rispettando il dovere di adeguata motivazione. Tale verifica sarà condotta nei paragrafi che seguono, in relazione ai singoli motivi del ricorso di primo grado e ai singoli motivi degli appelli.

In tale indagine non è tuttavia priva di rilievo la circostanza che l'AGCom si è costituita nel presente appello aderendo espressamente alla posizione dell'AGCM: segno evidente che l'AGCom ritiene che l'AGCM non abbia invaso competenze ad essa riservate né commesso scostamenti immotivati dal proprio parere.

## **7. La successione delle leggi nel tempo e la disciplina applicabile.**

**7.1.** Con il **secondo e con il tredicesimo motivo del ricorso di primo grado** veniva introdotta un'altra questione di ordine generale relativa alla successione delle leggi nel tempo.

**7.2.** Il secondo motivo del ricorso di primo grado viene riproposto con il **terzo motivo dell'appello** di TI. Il tredicesimo motivo del ricorso di primo grado ad avviso dell'appellante TI sarebbe stato pretermesso dal T.a.r. e viene riproposto in via cautelativa con il **quattordicesimo motivo di appello**.

L'AGCM ha contestato le condotte abusive di TI per il periodo 2001, 2002, 2003.

Ma a partire dal luglio 2003 è entrato in vigore il nuovo quadro regolatorio comunitario (direttive 19, 20, 21 e 22 del 2000), recepite in Italia con il codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003), in vigore dal 16 settembre 2003. Il codice ha espressamente abrogato il d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318.

**7.3.** TI assume che avrebbe perciò errato l'AGCM a ritenere tutte le condotte regolate dalla precedente disciplina, espressamente abrogata, e, in particolare, avrebbe errato nell'individuare i mercati rilevanti senza tenere conto del nuovo quadro regolatorio comunitario.

Per quanto attiene al mercato rilevante, TI lamenta che l'AGCM avrebbe errato nel definire i mercati rilevanti nel settore della telefonia utilizzando una quadripartizione sulla base di una normativa che non sarebbe più in vigore.

Opererebbero infatti le direttive comunitarie 19, 20, 21, 22 del 2002 e le raccomandazioni adottate dalla Commissione sulla base di tali direttive.

In particolare, nel definire i mercati rilevanti si dovrebbe tenere conto anche delle condizioni della domanda, e dunque si sarebbe dovuto definire come autonomo mercato rilevante quello della GCA, tenendo conto del potere contrattuale delle imprese che costituiscono il versante della domanda.

**7.4.** Il T.a.r. ha respinto tali censure (pag. 42), ritenendo che l'AGCM abbia fatto corretta applicazione del quadro normativo vigente.

L'appellante TI lamenta che il T.a.r. avrebbe travisato il senso delle censure, e che avrebbe dovuto verificare se il nuovo quadro regolatorio comunitario fosse vincolante per l'AGCM, essendo entrato in vigore il 24 luglio 2003.

**7.5.** La censura è infondata.

**7.5.1.** Il sopravvenuto codice delle comunicazioni elettroniche non ha di fatto inciso sulla disciplina anteriore, per il periodo dal 2001 al 2003.

Anzitutto, per quanto attiene agli obblighi in materia di interconnessione e di accesso, nonché gli obblighi su mercati specifici (ivi compresi quelli dei servizi finali e delle linee affittate), rispettivamente l'art. 44 e l'art. 66 del codice hanno lasciato in vigore gli obblighi già vigenti e le delibere già adottate dall'AGCom relative a detti obblighi, fino al riesame di essi a seguito dell'analisi dei mercati rilevanti: anche sotto tale profilo, pertanto, correttamente l'AGCM ha tenuto presente il quadro regolatorio anteriore al codice, per desumerne gli obblighi di TI sia quanto ai servizi intermedi sia quanto ai servizi finali.

In secondo luogo, per quanto attiene alla definizione dei mercati rilevanti, l'art. 19 del codice prevede che la stessa vada effettuata entro centoventi giorni dalla sua entrata in vigore, e dunque entro il quattordici gennaio 2004, sicché corretta è stata la individuazione dei mercati rilevanti, per il periodo 2001 – 2003, in base alla normativa anteriore al citato codice.

**7.5.2.** Né si può ritenere che tale differimento disposto dal codice si ponga in contrasto con le direttive comunitarie, *self executing*, che sono in vigore già dal 24 luglio 2003.

Da un lato, l'art. 15 della c.d. direttiva quadro (n. 21/2002) nel disciplinare la procedura per la definizione dei mercati rilevanti, stabilisce che la Commissione adotta una raccomandazione avente ad oggetto i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti. La raccomandazione individua, conformemente all'allegato I, i mercati dei prodotti e dei servizi all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche, le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione stabiliti dalle direttive particolari senza che ciò pregiudichi la individuazione di altri mercati in casi specifici di applicazione delle regole di concorrenza. La Commissione definisce i mercati in base ai principi del diritto della concorrenza.

Spetta poi alle Autorità nazionali di regolamentazione definire i mercati rilevanti sulla base di tale raccomandazione.

A sua volta la raccomandazione emanata in attuazione di tale direttiva (raccomandazione 11 febbraio 2003, n. 2003/311/CE) dispone che, nel settore delle comunicazioni elettroniche, occorre considerare almeno due tipi principali di mercati rilevanti: i mercati di servizi e prodotti forniti agli utenti finali (mercati al dettaglio) e i mercati di elementi necessari agli operatori per fornire a loro volta servizi e prodotti agli utenti finali (mercati all'ingrosso). All'interno di questi due tipi di mercati si <<possono operare>> ulteriori distinzioni in base alle caratteristiche della domanda e dell'offerta.

Dunque la considerazione delle caratteristiche della domanda e dell'offerta, da parte delle Autorità nazionali di regolamentazione, nella definizione dei mercati rilevanti, è solo facoltativa.

Il d.lgs. n. 259 del 2003, nel recepire la direttiva, impone all'AGCom di tenere nel massimo conto la raccomandazione della Commissione, e di effettuare

l'analisi dei mercati rilevanti entro centoventi giorni, in sede di prima applicazione del codice.

Posto che le linee direttrici comunitarie sono facoltative e che il termine per l'analisi dei mercati non era ancora decorso alla data del provvedimento dell'AGCM, correttamente quest'ultima si è attenuta, nell'individuare i mercati rilevanti, alla disciplina e agli orientamenti anteriori.

## **8. La delimitazione del mercato rilevante.**

**8.1. Con il terzo motivo del ricorso di primo grado e con una parte del quarto** (la restante parte del quarto motivo del ricorso di primo grado attiene alla replicabilità dell'offerta nella gara Consip e verrà esaminata in altro paragrafo della presente decisione) TI contestava la delimitazione del mercato rilevante operata dall'AGCM.

**8.2.** Giova premettere che l'AGCM ha individuato un unico mercato per l'utenza *business*, all'interno del quale ha operato una partizione tra mercato a monte e a valle, cioè in relazione ai servizi all'ingrosso (*wholesale*) e al dettaglio (*retail*).

Avuto riguardo ai servizi intermedi, o all'ingrosso, l'AGCM ha individuato: il mercato dei servizi di interconnessione su rete fissa; il mercato all'ingrosso dell'accesso alla rete locale; il mercato delle linee affittate.

Avuto riguardo ai servizi al dettaglio, l'AGCM ha differenziato: il mercato dei servizi di accesso alla rete telefonica; il mercato dei servizi di fonia (telefonia vocale su base locale, nazionale, internazionale e verso terminali mobili); il mercato dei servizi di trasmissione dati; il mercato dei servizi di accesso a internet.

**8.3.** TI sostiene che erroneamente l'AGCM avrebbe considerato come unico mercato rilevante quello dell'utenza *business*, senza differenziare la GCA privata e la pubblica amministrazione (che opera mediante convenzione Consip) rispetto alla generalità dell'utenza *business* di piccole e medie dimensioni.

Al contrario, l'AGCM avrebbe dovuto considerare come mercati a sé stanti, da un lato, la GCA, e dall'altro lato la gara Consip.

Tale ricostruzione avrebbe reso evidente che in nessuno di tali due mercati, così correttamente delimitati, TI avrebbe una posizione dominante.

E, invero, quanto al mercato della domanda della GCA:

- le esigenze della clientela sarebbero peculiari, in quanto i singoli clienti chiederebbero servizi integrati personalizzati;
- peculiare sarebbe il procedimento di formazione del contratto: non mediante condizioni generali predisposte unilateralmente da TI e offerte alla utenza indifferenziata, bensì mediante contratti frutto di articolate negoziazioni individuali, spesso tramite gruppi di lavoro costituiti congiuntamente da TI e dal cliente;
- i contenuti dei singoli contratti sarebbero specifici;
- le dimensioni dei clienti sarebbero rilevanti, trattandosi di grandi società, quali gruppi bancari e simili;
- i clienti avrebbero una particolare posizione di forza, e, di conseguenza, un particolare potere negoziale;
- in genere sarebbero i clienti ad indire una gara per la scelta dell'operatore telefonico, predisponendo le specifiche contrattuali.

Quanto alla gara Consip, anch'essa sarebbe un mercato a sé stante, in quanto:

- il valore del contratto (TI ha offerto di eseguirlo per poco più di 488 milioni di euro) supera di gran lunga il valore dei contratti sia dell'utenza *business* medio – piccola, sia della GCA;
- le clausole contrattuali non sono predisposte da TI, bensì dalla stazione appaltante pubblica (la centrale di committenza Consip);
- il contenuto contrattuale presenta un carattere di elevata specificità;
- il progetto tecnico è elaborato dalla Consip;
- TI sarebbe nell'impossibilità giuridica di comunicare preventivamente il contenuto della propria offerta all'AGCom, in quanto nelle gare per pubblici appalti l'offerta è segreta, e non può essere divulgata, pena il reato di turbativa d'asta (in tal senso un parere del Consiglio di Stato, reso in data 29 maggio 2002, escluderebbe le comunicazioni preventive alle Autorità di vigilanza delle offerte nelle gare per pubblici appalti);
- anche il Consiglio di Stato, sez. VI, nella nota decisione 2 marzo 2004, n. 926, relativa alla gara Consip per i buoni pasto per i dipendenti pubblici, ha ritenuto che la gara Consip costituisca un mercato rilevante a sé stante.

**8.4.** Il T.a.r. ha disatteso tali censure osservando che la delimitazione del mercato rilevante da parte dell'AGCM è frutto di una corretta analisi e ricostruzione dei fatti, e di una corretta contestualizzazione delle norme rispetto ai fatti.

Il T.a.r. ha tuttavia ritenuto che l'AGCM, nel definire i mercati rilevanti nel settore delle telecomunicazioni, non possa, nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, del tutto prescindere dalla individuazione dei mercati ai fini della regolamentazione: sotto tale profilo, il diritto comunitario consente la possibilità di considerare a sé il mercato della GCA, sicché tale mercato, pur non essendo configurato allo stato attuale della legislazione, non è da escludere *de futuro*. Ad avviso del T.a.r. non è viziata la definizione di mercato rilevante operata dall'AGCM, e tuttavia le peculiarità della GCA sono tali che, pur non dando luogo ad un autonomo mercato rilevante, non si può configurare un abuso di TI nella contrattazione con essa.

**8.5.** Tale capo di sentenza è contestato dagli appellanti principali e dagli OLO appellanti incidentali.

Si lamenta che contraddittoriamente il T.a.r. prima ha escluso che la GCA dia luogo ad un mercato a sé, e poi di fatto ha considerato la domanda della GCA come segmento a sé stante per affermare che non vi sarebbe stato abuso da parte di TI nei contratti con la GCA (v. appello dell'AGCM, pagg. 17 – 24; appello di Albacom + 2, motivo II.1; appello di Wind, pagg. 26 – 33).

Inoltre erroneamente il T.a.r. avrebbe ritenuto che l'AGCM non avrebbe adeguatamente motivato laddove si discosta dal parere dell'AGCom sulle peculiarità del mercato della GCA (vedi primo motivo dell'appello dell'AGCM, pag. 10).

Ancora, il T.a.r. erroneamente avrebbe ritenuto per l'AGCM vincolanti le definizioni dei mercati date dall'AGCom (v. appello dell'AGCM, primo motivo, pag. 12 – 13; v. anche pag. 16 s.).

**8.6.** L'appellante incidentale TI, nel riprodurre, nel paragrafo IV dell'atto di appello, il contenuto del III motivo del ricorso di primo grado, sostiene che il T.a.r. avrebbe accolto in pieno detto motivo.

**8.7.** Tale assunto di TI è ad avviso del Collegio erroneo, in quanto il T.a.r. non ha inteso annullare in radice la ricostruzione del mercato rilevante da parte dell'AGCM, ma vi ha inserito alcune precisazioni.

Su tali precisazioni fatte dal T.a.r., meritano accoglimento le censure degli appellanti principali e degli OLO appellanti incidentali.

**8.7.1.** Si deve premettere che la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti implica un'operazione di <<contestualizzazione>> delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quale il <<mercato rilevante>> e <<l'abuso di posizione dominante>> al caso specifico.

Non di rado tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni.

Il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, *Rc Auto*; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, *buoni - pasto*).

**8.7.2.** Ciò premesso, il Collegio ritiene che l'individuazione del mercato rilevante operata dall'AGCM è immune, quanto all'accertamento dei fatti, da vizi di travisamento o di illogicità, nonché immune, quanto alle norme giuridiche interpretate e applicate, da vizi di legittimità.

Per mercato rilevante si intende quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348, *Italcementi*; Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, *Vendomusica*).

Il mercato di riferimento deve comunque essere costituito da una parte «rilevante» del mercato nazionale e di regola non può coincidere con una qualsiasi operazione economica.

**8.7.3.** E' anzitutto, corretto, che la domanda costituita dalla gara Consip e la domanda della GCA siano state considerate unitariamente e non disgiuntamente.

Invero, come emerso dall'istruttoria condotta dall'AGCM, le esigenze della grande utenza *business* pubblica e privata sono simili:

- domanda di servizi integrati;
- elevato valore dei contratti;
- predisposizione di capitoli tecnici da parte della clientela;
- svolgimento di gare per la selezione dell'operatore di telecomunicazioni.

E' irrilevante, ai fini del presente giudizio, che talora le gare di pubblici appalti siano state considerate, anche dalla giurisprudenza amministrativa, un mercato a sé stante, in quanto la definizione del mercato rilevante varia da caso a caso in funzione delle diverse situazioni di fatto.

Inoltre, nella vicenda citata da parte ricorrente (la gara Consip per i buoni pasto, su cui ha deciso Cons. Stato, n. 926/2004 cit.), come in altre in cui il mercato rilevante è stato identificato con le pubbliche gare (v. le gare delle U.S.L. per l'acquisizione di lettori e strisce per diabetici, ric. 7224/2004 e altri, decisione

in corso di pubblicazione; nonché le gare per la fornitura di carburante indette da aziende comunali di trasporto pubblico, decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 548), la singola gara è stata considerata un mercato rilevante in ipotesi in cui l'illecito anticoncorrenziale era costituito da intese restrittive della concorrenza.

Nell'ipotesi di intese restrittive, la definizione del mercato rilevante è successiva all'individuazione dell'intesa, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'abuso è commesso: vale a dire che la definizione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito.

Invece nella diversa ipotesi di abuso di posizione dominante, la definizione del mercato rilevante precede quella della posizione dominante, e costituisce un presupposto dell'illecito.

**8.7.4.** E' del pari corretta la ricostruzione dell'AGCM secondo cui la domanda della GCA e quella della Consip facevano parte della più vasta domanda dell'utenza *business*.

Si è infatti già osservato che il mercato di riferimento o è il mercato nazionale, o una parte rilevante di esso e, pertanto, di regola non coincide con una singola operazione economica.

L'assunto di TI, circa la personalizzazione dei contratti con la GCA porterebbe, se condotto alle estreme conseguenze, al paradosso che ciascun singolo contratto con la GCA è un mercato a sé.

Al contrario, dall'analisi condotta dall'AGCM è emerso che le peculiarità evidenziate da TI in relazione ai contratti con la GCA e in ordine alla gara Consip non sono tali da farli assurgere a separati mercati.

Invero, sul versante dell'offerta, i soggetti offerenti sono gli operatori di comunicazione (TI e gli OLO) quali che siano le categorie di utenti.

Sul versante della domanda, le esigenze della GCA e della Consip non sono radicalmente differenti, sul piano qualitativo, rispetto alla domanda dell'utenza *business*, ma semmai se ne discostano sotto il profilo quantitativo.

I servizi richiesti non differiscono in modo significativo.

Il carattere integrato dei servizi stessi da un lato non è da escludere anche per la generalità dell'utenza *business*, dall'altro lato non è un elemento ineluttabile e costante, in quanto l'AGCM ha verificato che spesso la clientela chiede soluzioni multifornitore.

L'ingente valore economico dei contratti è un dato di per sé non significativo, in quanto non è attribuibile ad un profilo qualitativo ma essenzialmente ad un profilo quantitativo (la GCA e la Consip negoziano per un elevato numero di articolazioni organizzative, le quali, singolarmente considerate, non differiscono da una utenza *business* ordinaria).

La circostanza che le modalità di contrattazione sono particolari, essendovi o una gara pubblica o una gara indetta dalla GCA, è attribuibile essenzialmente all'ingente valore economico dei contratti, ma non ad una peculiarità dei servizi.

Inoltre dalla ricostruzione condotta dall'AGCM è emerso che lo strumento degli accordi di *partnership* è stato utilizzato anche per clienti di minori dimensioni.

La predisposizione di specifiche tecniche da parte del cliente è, ancora una volta, ascrivibile più alle caratteristiche quantitative, che a quelle qualitative della prestazione.

Di per sé, poi, non è un dato rigido, in quanto l'offerta di TI non è mai solo una offerta di prezzo, ma anche un'offerta di carattere tecnico, con indicazione delle soluzioni migliori in relazione alle esigenze del cliente.

Inoltre, per quanto riguarda la gara pubblica (Consip), a fronte del prezzo base indicato nel bando, compete al concorrente formulare la propria offerta economica, e dunque indicare le condizioni di prezzo.

Si deve anche osservare che la considerazione unitaria del mercato dell'utenza *business* risponde a canoni logici, atteso che i contestati <<abusi>>:

- avvantaggiando una particolare categoria di utenti (quelli di fascia più alta), si traducono verosimilmente, specie nel lungo periodo, in un pregiudizio per i restanti utenti, che non si giovano di scontistica così elevata;
- mirando ad escludere dal mercato i concorrenti, recano loro pregiudizio sull'intero mercato dell'utenza *business*.

Sicché, gli abusi hanno un effetto sull'intero mercato dell'utenza *business*, e non solo sulle due porzioni che si pretende far assurgere a mercati autonomi.

**8.7.5.** Né rilevano le nuove definizioni dei mercati rilevanti come si desumerebbero dal nuovo quadro comunitario, in quanto:

- si è già visto che le stesse non erano in vigore in relazione al periodo contestato (2001 - 2003);
- l'individuazione di mercati rilevanti segmentati con riguardo alle tipologie di prodotti e servizi, ha lo scopo principale di definire un quadro regolatorio *ex ante*, per ciascun mercato (art. 15, direttiva 21/2002), ma non impedisce una considerazione unitaria, *ex post*, ai fini antitrust, come si desume anche dalla raccomandazione 2003/311/CE, 18° considerando, e dalle linee direttrici 2002/C 165/03, punto 25;
- l'individuazione di molteplici mercati è comunque oggetto di raccomandazione non vincolante (come già osservato).

Si deve in conclusione ritenere immune da vizi il provvedimento dell'AGCM, laddove non ha considerato autonomamente il mercato della GCA, nonostante una sua emersione a livello di linee direttive comunitarie, perché, se è vero che l'AGCM non può trascurare l'esistenza di una specifica disciplina sull'analisi dei mercati rilevanti nel settore delle comunicazioni, tuttavia, nel caso concreto, la definizione accolta dall'AGCM è coerente con l'abuso contestato e non appare incompatibile con le definizioni dei mercati rilevanti da elaborare ai fini della regolamentazione a monte.

## **9. La individuazione della posizione dominante di TI.**

**9.1. Con il quinto motivo del ricorso di primo grado** si contestava l'individuazione della posizione dominante operata dall'AGCM.

**9.2.** L'errore dell'AGCM deriverebbe, ad avviso di TI, anzitutto, dall'erronea definizione dei mercati.

Se, infatti, il mercato dei contratti con la GCA e il mercato della gara Consip fossero stati considerati separatamente tra di loro e separatamente rispetto all'utenza *business*, sarebbe emerso come in entrambi i mercati TI non avrebbe una posizione dominante, trovandosi di fronte clienti con elevato potere negoziale, in grado di dettare le condizioni contrattuali, sia economiche che tecniche, il più delle volte da essi unilateralmente predisposte.

Le stesse direttive comunitarie che introducono il nuovo quadro regolatorio delle telecomunicazioni, indicherebbero che per individuare l'impresa con un significativo potere di mercato (nozione che coincide con quella di impresa in

posizione dominante), non sarebbe elemento sufficiente il possesso di una quota di mercato superiore al 50%, ma occorrerebbe tenere conto di una pluralità di elementi, tra cui, acquisterebbe rilievo nel caso di specie, quello della <<mancaza o insufficienza di contropotere da parte degli acquirenti>>.

Nel caso specifico, l'esistenza di acquirenti con contropotere negoziale (GCA e Consip) sarebbe stato un elemento tale da far escludere la dominanza di TI.

Il provvedimento dell'AGCM sarebbe viziato da difetto di motivazione e carente istruttoria, in quanto ha tenuto conto di cinque elementi per definire la dominanza di TI, anziché considerare la molteplicità di elementi indicati dal quadro comunitario. In particolare l'AGCM avrebbe errato nel non tenere conto dell'esistenza di acquirenti con contropotere negoziale.

**9.3.** Il T.a.r. ha respinto le censure quanto alla gara Consip, osservando che in ordine alla posizione dominante di TI in tale gara la valutazione dell'AGCM sarebbe sorretta da criteri di ragionevolezza e logicità, e supportata da adeguata istruttoria.

Il T.a.r. ha respinto le censure anche quanto ai contratti con la GCA, ritenendo tuttavia che nonostante la posizione di dominanza di TI, non vi sia stato abuso di essa.

**9.4.** TI ripropone il motivo a titolo incidentale perché il T.a.r. non avrebbe considerato il punto di diritto sottoposto al suo esame, e non si comprenderebbe se perché ritenuto infondato o assorbito.

**9.5.** Gli appellanti principali e gli OLO appellanti incidentali criticano tale capo di sentenza osservando che dal provvedimento impugnato si evincerebbero con chiarezza gli elementi che connotano la condotta di TI in termini di abuso anche nei contratti con la GCA, e che il T.a.r., contraddittoriamente, utilizza categorie inedite sconosciute al diritto antitrust, come la <<consistenza>> della posizione di dominanza, o la distinzione tra una dominanza <<assoluta>> e <<relativa>> (appello dell'AGCM, pag. 24 ss.; appello di Albacom + 2, motivo II.2; appello di Wind, pagg. 33 - 36).

**9.6.** Le censure di TI sono infondate.

Le censure degli altri appellanti sono fondate.

**9.6.1.** Secondo costante giurisprudenza comunitaria e nazionale, la posizione dominante consiste in una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori (Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348).

La dominanza si evince da una pluralità di elementi da accertare caso per caso.

Tale nozione, elaborata alla luce dell'art. 82 del Trattato, al fine della generale disciplina antitrust, è utilizzabile anche per la individuazione delle imprese con un significativo potere di mercato nel settore delle telecomunicazioni.

E, invero, secondo le linee direttive della Commissione europea in argomento, la nozione di impresa con rilevante potere di mercato nel settore delle comunicazioni coincide con la nozione di impresa in posizione dominante, e si individua con gli stessi parametri, attraverso una pluralità di elementi, che dette linee indicano a titolo esemplificativo (nello stesso senso dispone ora l'art. 17, d.lgs. n. 259/2003, che invita l'AGCom a tenere in massimo conto tali linee direttrici per accertare le posizioni dominanti).

**9.6.2.** Nel caso specifico, l'AGCM ha individuato una pluralità di elementi di fatto, e sulla scorta di essi ha ritenuto esservi la dominanza.

Tali elementi di fatto sono:

- il dato oggettivo della quota di mercato posseduta da TI, superiore al 70%, e con un *trend* in crescita nonostante la recente apertura del mercato delle comunicazioni telefoniche alla concorrenza, dopo un regime di monopolio legale;
- la forte integrazione verticale, in quanto TI opera sia sul mercato dei servizi intermedi (o servizi all'ingrosso), offerti agli altri operatori (i c.d. OLO), sia sul mercato dei servizi finali (o servizi al dettaglio) offerti agli utenti;
- il vantaggio tecnologico e il possesso di informazioni sui protocolli di accesso e sulle interfacce, che le derivano dalla sua posizione di ex monopolista pubblico;
- l'ampia gamma di prodotti offerti;
- la titolarità di un marchio celebre;
- il possesso di una rete di distribuzione efficiente ed estesa.

**9.6.3.** TI sostiene che l'AGCM avrebbe utilizzato elementi superati, non avendo invece valutato gli elementi indicati nelle linee direttive della Commissione, e, segnatamente, l'elemento della mancanza o insufficienza di contropotere da parte degli acquirenti.

Ma, in contrario, si deve osservare che:

- l'elemento invocato dall'appellante TI è solo uno, a titolo semplificativo, tra i molteplici elementi di fatto che possono essere considerati;
- nel caso specifico il potere negoziale della GCA e di Consip non era tale da scalfire la dominanza, come si desume dagli altri elementi considerati dall'AGCM.

Infatti non risulta dimostrata né la consistenza di tale potere negoziale né la sua idoneità a influire sulla capacità di TI di comportarsi in modo alquanto indipendente dagli OLO e dalla clientela.

Quanto alla gara Consip, l'esistenza di un meccanismo di gara non ha impedito a TI di formulare un'offerta frutto di valutazioni che sono state indipendenti dalla condotta degli OLO.

Quanto ai contratti con la GCA, TI ha imposto clausole che non sono vantaggiose per la GCA, e che quindi sono frutto di comportamenti indipendenti dell'*incumbent*.

Alla luce di tali elementi, e una volta ritenuta sussistente la posizione dominante di TI, non si può discutere di <<consistenza>> di tale posizione, ma solo di abuso o non abuso della posizione medesima.

Pertanto, si deve riformare la sentenza laddove, pur non escludendo la posizione dominante, impone all'AGCM di valutarne la consistenza nei confronti della GCA.

Le questioni relative all'abuso o meno di tale posizione dominante nei contratti con la GCA e nella gara Consip verranno esaminate in distinti paragrafi.

## **10. Le questioni specifiche: la delimitazione della materia del contendere. L'acquiescenza di TI in ordine alla non replicabilità delle condizioni tecniche delle offerte.**

Prima di passare all'esame delle questioni specifiche, sollevate nei restanti motivi del ricorso di primo grado, il Collegio ritiene necessario delimitare la materia del contendere.

Il provvedimento dell'AGCM, in relazione al secondo abuso contestato, afferma che TI ha fatto offerte non replicabili, sia nei contratti con la GCA che nella convenzione Consip. La non replicabilità è stata contestata dall'AGCM a TI sia per quanto attiene alle condizioni economiche, sia per quanto attiene alle condizioni tecniche delle offerte.

Il ricorso di primo grado, nel paragrafo 6.1. del motivo 6, enuncia di voler contestare le affermazioni dell'AGCM circa la non replicabilità delle condizioni economiche e tecniche dell'offerta.

Tuttavia, in nessun motivo del ricorso di primo grado sono mosse specifiche contestazioni al provvedimento dell'AGCM, laddove, con ampiezza di argomenti, evidenzia la non replicabilità delle offerte di TI sotto il profilo tecnico.

Né potrebbe giovare un generico rinvio alle deduzioni svolte da TI davanti all'AGCM, perché i motivi del ricorso giurisdizionale devono essere specifici e non possono identificarsi con le deduzioni di parte nel procedimento amministrativo (in termini v. Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 1988, n. 431: <<*i motivi di gravame devono essere contenuti in tutta la loro consistenza ed estensione nell'atto di ricorso*>>).

Giova anche considerare che la sentenza di primo grado, proprio per la mancanza del motivo di ricorso sul punto, non esamina la questione della replicabilità o meno delle offerte di TI sotto il profilo tecnico (nella parte in fatto della sentenza, a pag. 23, par. 2.5, si riporta una asserita contestazione di TI circa la non replicabilità delle condizioni tecniche, ma di essa non vi è traccia nel ricorso di primo grado: tale contestazione è tratta dalle deduzioni di TI davanti all'AGCM, v. par. 228 del provvedimento dell'AGCM).

Pertanto, in difetto di specifica impugnazione, si deve ritenere che TI abbia prestato acquiescenza ai capi del provvedimento dell'AGCM che hanno ritenuto non replicabili le condizioni tecniche delle offerte di TI.

Tale acquiescenza non determina tuttavia l'inammissibilità del ricorso di primo grado, perché nel caso specifico vi è un interesse concreto e attuale di TI anche ad un'impugnazione solo parziale del provvedimento dell'AGCM, attesa l'evidente utilità che TI conseguirebbe, sotto il profilo della tipologia ed entità della sanzione, anche da un annullamento solo parziale.

## **11. La non replicabilità delle offerte alla GCA e dell'offerta nella gara Consip.**

### **11.1. Le censure articolate da TI nel ricorso di primo grado.**

Con l'ultima parte del **quarto motivo del ricorso di primo grado, nonché con il sesto, settimo, ottavo, nono e decimo motivo del ricorso di primo grado**, che possono essere esaminati congiuntamente, TI aveva contestato i capi del provvedimento dell'AGCM che hanno ritenuto non replicabile da parte degli OLO sia le offerte economiche di TI alla GCA sia l'offerta economica di TI nell'ambito della gara Consip.

**11.2.** Si lamentava il difetto di istruttoria, la contraddittorietà, la motivazione illogica e insufficiente, la violazione di legge sotto svariati profili e la violazione della delibera n. 152/2002 dell'AGCom.

In sintesi, si deduceva che:

- il prezzo di interconnessione effettivamente pagato dagli OLO a TI in molti casi sarebbe stato inferiore all'OIR pubblicata, in conseguenza di riduzioni apportate dall'AGCom e del loro carattere retroattivo (6° e 8° motivo);
- le tesi espone dall'AGCM escluderebbero TI dal mercato, perché le imporrebbero di formulare offerte disaggregate che, servizio per servizio, rispettino i costi regolatori, in tal modo rendendo conoscibile da parte di chiunque il contenuto economico delle offerte di TI, - essendo l'OIR pubblica -, e ponendo TI in posizione di inferiorità rispetto agli OLO, che invece non hanno alcun vincolo e hanno facoltà di presentare offerte con prezzi inferiori all'OIR (7° motivo);

- non sarebbero sottoposte al controllo dell'AGCom, e in particolare alle prescrizioni della delibera n. 152/2002, le offerte <<personalizzate>> di servizi finali, ma solo quelle <<standard>> (8° motivo);
- il *test* di replicabilità dell'offerta di servizi finali è disciplinato dalle linee guida della delibera n. 152/2002 dell'AGCom, secondo parametri diversi da quelli utilizzati dall'AGCM, parametri che considerano un OLO efficiente, il quale dispone di una propria rete infrastrutturale per una parte dei servizi di interconnessione e accesso (8° motivo); illegittimamente, pertanto, l'AGCM avrebbe condotto il *test* di replicabilità con parametri difformi;
- gli argomenti del provvedimento impugnato si tradurrebbero in un illegittimo divieto, per TI, di negoziare con singoli clienti (9° motivo);
- in subordine, se fosse esatta la tesi dell'AGCM, e dunque l'interpretazione della delibera n. 152/2002 nel senso di vietare le negoziazioni di TI con utenti singoli, tale delibera sarebbe costituzionalmente illegittima e giuridicamente inesistente (10° motivo articolato in via subordinata);
- con specifico riferimento alla gara Consip si lamentava inoltre un errore materiale commesso nel *test* di replicabilità, errore che, se emendato, porterebbe al risultato finale che l'offerta di TI sarebbe replicabile da parte degli OLO (ultima parte del quarto motivo del ricorso di primo grado).

### **11.3. Le statuizioni del T.a.r. sulla replicabilità delle offerte.**

Il T.a.r. ha parzialmente accolto tale gruppo di censure, ritenendo che:

- sarebbe viziato da difetto di istruttoria e di motivazione il provvedimento dell'AGCM nella parte in cui ritiene non replicabili le condizioni economiche delle offerte di TI alla GCA, in quanto non terrebbe conto dei costi di interconnessione per un OLO efficiente, ma darebbe per scontato che tali costi coincidano sempre e comunque con l'OIR pubblicata;
- TI non sarebbe tenuta a formulare offerte disaggregate servizio per servizio, e potrebbe effettuare compensazioni interne tra i vari fattori di costo e profitto;
- TI sarebbe legittimata a condurre trattative con singoli clienti, in aggiunta all'offerta di contratti standard.

Il T.a.r. ha invece respinto le censure relative alla non replicabilità dell'offerta nella gara Consip, e ha ritenuto di conseguenza non replicabili anche le offerte di TI alla GCA, laddove si modellano sulle condizioni dell'offerta Consip.

L'AGCM e gli OLO hanno impugnato il capo di sentenza che ha ritenuto illegittimo il giudizio di non replicabilità delle offerte alla GCA; mentre TI ha impugnato il capo di sentenza che ha ritenuto legittimo il giudizio di non replicabilità dell'offerta nella gara Consip.

#### **a) Le offerte alla GCA.**

### **11.4. Le deduzioni dell'AGCM e degli OLO sulla non replicabilità delle offerte alla GCA.**

Vanno anzitutto esaminate le censure contenute negli appelli principali, e negli appelli incidentali spiegati dagli OLO, attinenti alle offerte economiche alla GCA (appello dell'AGCM; appello di Albacom + 2, motivo 5; appello di Fastweb, motivo 6; appello di Wind, pagg. 53 - 75).

Si assume che il giudizio formulato dall'AGCM circa la non replicabilità dell'offerta economica di TI alla GCA sarebbe congruamente motivato, sorretto da adeguata istruttoria e immune da vizi.

Il T.a.r. avrebbe errato laddove afferma che gli OLO disporrebbero di infrastrutture di rete alternative, circostanza che non rispecchierebbe la realtà, in quanto gli OLO sarebbero ancora in posizione di sostanziale dipendenza da TI per quanto attiene all'acquisto dei servizi intermedi.

Si assume inoltre che la sentenza sarebbe errata laddove afferma che TI potrebbe discostarsi dall'OIR, ovvero potrebbe effettuare compensazioni o aggiustamenti dei vari fattori di costo, perché in tal modo si autorizzerebbe TI a violare il divieto di discriminazione e il divieto di sussidi incrociati.

Secondo l'appello dell'AGCM, il T.a.r. avrebbe confuso tra OIR e costi regolatori (questi ultimi inferiori all'OIR). Dal provvedimento dell'AGCM, infatti, risulterebbe che le offerte di TI alla GCA sarebbero inferiori non solo all'OIR, ma anche ai costi regolatori: questo avrebbe come conseguenza che le offerte in questione non superano il primo dei *tests* di prezzo indicati nell'allegato E alla delibera n. 152/2002 dell'AGCom, vale a dire il *test* di profittabilità. Pertanto si tratterebbe di offerte non ammissibili, e non sarebbe necessario sottoporle al *test* di replicabilità.

Si osserva, inoltre, che essendo l'offerta di TI inferiore ai costi regolatori, delle due l'una: o i costi regolatori rispondono ai costi effettivi, e in tal caso l'offerta è sottocosto, o i costi regolatori sono gonfiati, e in tal caso l'offerta di TI viola il principio di parità interno - esterno, perché TI ha fatto pagare agli OLO un prezzo più alto di quello praticato alle proprie divisioni commerciali; in entrambe le ipotesi emergerebbe una illecita politica di *price - squeeze* da parte di TI in danno degli OLO (v. p. es. appello di Albacom + 2, motivo V).

Né TI potrebbe dolersi che i costi regolatori siano superiori ai costi effettivi, perché è nella disponibilità di TI la conoscenza dei costi di rete e la possibilità di indicarli all'AGCom nei termini reali, al fine della determinazione dell'OIR (appello di Albacom + 2, motivo V).

Avrebbe errato il T.a.r. a ritenere che l'AGCM doveva attenersi ai *tests* di prezzo di cui alla delibera n. 152/2002 dell'AGCom, in quanto:

- l'AGCM ben avrebbe potuto condurre i *tests* di prezzo con i criteri propri del diritto generale della concorrenza;
- la stessa AGCom ha ritenuto corretto il *test* di prezzo come condotto dall'AGCM;
- TI non ha mai sottoposto le offerte personalizzate al controllo dell'AGCom e dunque ai *tests* di prezzo con i criteri della delibera n. 152/2002 (appello di Albacom + 2, motivo V; appello di Wind, pagg. 63 - 71).

Inoltre contrariamente a quanto ritenuto dal T.a.r., il provvedimento dell'AGCM non impedirebbe a TI la formulazione di offerte aggregate, e non impedirebbe a TI di derogare ai costi diversi da quelli regolamentati; neppure imporrebbe a TI di formulare le proprie offerte sulla base della tariffa pubblica risultante dall'OIR, in quanto TI è vincolata a non praticare alle proprie divisioni offerte inferiori ai costi regolatori, laddove i costi regolatori, inferiori all'OIR, non sono pubblici.

### **11.5. Sulla non replicabilità delle offerte alla GCA.**

Ad avviso del Collegio le censure di cui al sesto, ottavo e decimo motivo del ricorso di primo grado sono infondate, sicché gli appelli dell'AGCM e degli OLO vanno sul punto accolti, e la sentenza di primo grado va riformata. Per quanto attiene, invece, alle censure di cui al settimo e nono motivo del ricorso di primo grado, ad avviso del Collegio non si pone una questione di legittimità o illegittimità del provvedimento dell'AGCM, ma piuttosto una questione di sua corretta interpretazione.

#### **11.5.1. I criteri di calcolo dei costi regolatori.**

Vanno fatte anzitutto alcune considerazioni sul sistema di determinazione dell'OIR e sui *tests* di prezzo elaborati dall'Autorità nazionale di regolamentazione (AGCom).

Quanto all'OIR, sul presupposto che TI, in quanto ex monopolista, detiene la rete infrastrutturale a cui gli OLO devono, in tutto o in parte, connettersi per fornire i servizi finali, fino a quando non disporranno di una integrale rete alternativa, è previsto che sia stabilito il prezzo, trasparente e non discriminatorio, a cui TI deve fornire agli OLO l'interconnessione (art. 4, co. 7, lett. a), d.P.R. n. 318/1997; e, ora, art. 50, d.lgs. n. 259/2003).

A tale scopo, TI quantifica il costo dell'interconnessione, e lo comunica all'AGCom (art. 4, co. 7, lett. d), d.P.R. n. 318/1997).

Sulla base di tale costo, viene determinata l'OIR (offerta di interconnessione di riferimento), vale a dire il prezzo che gli OLO pagano per l'interconnessione.

L'OIR deve essere orientata ai costi (art. 4, co. 7, lett. d), d.P.R. n. 318/1997; e, ora, art. 50, d.lgs. n. 259/2003), ossia consentire un ragionevole margine di profitto per TI, senza però discostarsi in maniera eccessiva verso l'alto dai costi.

L'OIR è soggetta a pubblicazione (art. 4, co. 9, d.P.R. n. 318/1997).

Va da sé che più alti sono i costi base, più elevata è l'OIR.

Secondo quanto deduce TI e non è contestato, i criteri di calcolo dei costi di rete possono essere molteplici: costi storici, costi correnti, costi di lungo periodo.

Il primo criterio è quello che conduce a costi più elevati, il terzo a costi meno elevati.

TI deduce che all'epoca dei fatti si utilizzava il primo criterio (ai sensi dell'art. 4, co. 7, lett. d), e dell'art. 8, commi 1 e 2, d.P.R. n. 318/1997): il che avrebbe comportato che i costi regolatori, posti a base dell'OIR, erano superiori a quelli effettivi.

Sul piano normativo, l'art. 4, co. 7, lett. d), d.P.R. n. 318/1997 stabilisce che i costi di rete sono quantificati con i criteri di cui all'art. 8, co. 1 e co. 2, del medesimo d.P.R. Sia l'art. 4 citato, che l'art. 8, al co. 3, prevedono un ruolo attivo di TI per una modifica dei criteri di quantificazione dei costi di rete, e per il passaggio ad un sistema che utilizzi il criterio dei costi prospettici incrementali di lungo periodo.

#### **11.5.2. I tests di prezzo di cui alla delibera n. 152/2002 dell'AGCom.**

Quanto ai *tests* di prezzo, la delibera n. 152/2002 dell'AGCom, che, come si vedrà, ha carattere vincolante per TI, mira a garantire il rispetto della c.d. parità di trattamento interno – esterno, vale a dire del dovere, per l'*incumbent*, allorché offre servizi intermedi, di consentire agli OLO l'accesso a detti servizi alle medesime condizioni che TI riserva alle proprie divisioni commerciali (ovvero società controllate o collegate).

Tale delibera tiene conto dell'integrazione verticale di TI, e cioè della circostanza che TI offre, oltre che i servizi intermedi, che gli OLO, all'epoca dei fatti, in prevalenza acquistavano da TI, anche i servizi finali, servizi finali offerti anche dagli OLO.

E' pertanto necessaria l'adozione di misure volte a impedire che TI pratici, nell'offerta dei servizi finali, condizioni di prezzo da un lato sotto costo e dunque non profittevoli per la stessa TI, e dall'altro lato non replicabili degli OLO, offrendo alle proprie divisioni commerciali prezzi di accesso ai servizi intermedi inferiori rispetto a quelli posti a base dell'OIR.

In entrambi i casi infatti – prezzi sotto costo e prezzi non replicabili – si avrebbe una illecita pratica di *price – squeeze*, non consentita all'*incumbent* dal diritto della concorrenza.

A questo scopo, la delibera n. 152/2002 ribadisce, nel rispetto delle direttive comunitarie e del d.P.R. n. 318/1997:

- che TI comunica all'AGCom i costi base che sopporta per i servizi intermedi;
- che sulla base di tali costi, si determina il prezzo dei servizi intermedi che TI pratica agli OLO, la c.d. OIR (offerta di interconnessione di riferimento);
- che la OIR è orientata ai costi, ossia si avvicina il più possibile ai costi, pur garantendo un margine di utile a TI;
- che, per garantire il rispetto della parità di trattamento interno – esterno, le offerte di TI sul mercato dei servizi finali devono superare due *tests* di prezzo, il *test* di profittabilità per TI (è detto anche *test* di redditività, o di sostenibilità interna, o di recupero dei costi, ed è volto a garantire che TI non operi sotto costo, senza profitto), e il *test* di replicabilità o sostenibilità per gli OLO (è detto anche *test* di sostenibilità esterna, ed è volto a garantire che gli OLO siano in grado di replicare l'offerta di TI).

Strumentale al rispetto della parità interno – esterno è l'obbligo, normativamente imposto a TI, della separazione contabile tra divisioni che forniscono i servizi intermedi e divisioni che offrono i servizi finali (art. 9, d.P.R. n. 318/1997; e, ora, art. 50, d.lgs. n. 259/2003).

**11.5.3.** Per quanto riguarda il *test* di sostenibilità interna, la delibera n. 152/2002 richiede che il prezzo praticato da TI sia pari o superiore ai propri costi, tra cui i costi dei servizi intermedi (più in dettaglio, il prezzo deve essere pari o superiore alla somma dei costi di rete, dei costi operativi e del costo del capitale).

I costi di rete, per garantire il principio di parità interno – esterno, devono essere calcolati avuto riguardo ai costi regolamentati, ossia ai costi che TI comunica all'AGCom ai fini dell'OIR, e non avuto riguardo ai costi effettivi.

Lo scopo, evidente, di tale regola, è di impedire che TI possa operare un *dumping* sui prezzi, gonfiando i costi denunciati ai fini della contabilità regolatoria al fine di far lievitare l'OIR in danno dei concorrenti, e praticando alle proprie divisioni costi inferiori a quelli dichiarati all'AGCom ai fini dell'OIR.

**11.5.4.** Per quanto attiene al *test* di replicabilità, in estrema sintesi si tratta di un *test* che pone a confronto il prezzo dei servizi finali praticato da TI con i costi di tali servizi per un OLO: perché l'offerta sia replicabile, il prezzo di TI deve essere pari o superiore ai costi dell'OLO. In caso contrario, e cioè se il prezzo di TI è inferiore ai costi dell'OLO, quest'ultimo non è in grado di replicare l'offerta, non potendo, in una logica di mercato concorrenziale e di profitto, vendere sotto costo.

Ora, deve in astratto osservarsi che il *test* di replicabilità presenta margini di opinabilità e implica giudizi di valore, laddove si intenda stabilire quali sono i costi di un OLO da comparare con i prezzi praticati da TI.

Infatti, già se e quando si afferma che bisogna avere riguardo non ai costi di un qualsivoglia OLO, bensì di un OLO efficiente, - perché l'obiettivo è un mercato concorrenziale ed efficiente, con infrastrutture moderne, che garantiscano qualità e contenimento dei costi - , si esprime un giudizio di valore, se non addirittura politico.

Ancora, quando occorre stabilire quale è il modello di un OLO efficiente e quali sono i costi da considerare, si esprime un giudizio che ha margini di opinabilità.

Ora, posto che il mercato necessita di regole certe e conoscibili *ex ante*, una volta che in sede di regolamentazione si stabilisca che l'operatore dominante è tenuto a formulare offerte che superino il *test* di replicabilità, occorre necessariamente individuare con ragionevole certezza quali sono i parametri del *test* di prezzo, affinché l'operatore dominante sia consapevole dei parametri cui deve attenersi nel formulare le proprie offerte.

L'AGCom ha proprio inteso assicurare regole certe e conoscibili *ex ante*, laddove, con la delibera n. 152/2002, ha dettato puntuali linee guida sui criteri dei *tests* di prezzo.

In particolare per quanto riguarda il *test* di replicabilità, l'allegato E della delibera n. 152/2002 indica i fattori di costo per un OLO efficiente. Tali fattori di costo non coincidono in pieno con l'OIR, in quanto il *test* di replicabilità è ancorato a dati concreti e, in particolare, ai costi effettivi dell'OLO efficiente, che non sono necessariamente corrispondenti all'OIR. In particolare, il *test* di replicabilità di cui al citato allegato E scinde i costi di interconnessione dell'OLO efficiente in due parti fondamentali, una corrispondente all'OIR e una corrispondente ai costi della infrastruttura propria dell'OLO, sul presupposto che l'OLO efficiente sempre più sviluppa una propria rete infrastrutturale. Quanto poi alla prima componente dei costi di interconnessione, vale a dire l'OIR, il *test* di replicabilità dell'allegato E ne prevede una rilevanza decrescente nel tempo, mediante coefficienti di riduzione, perché da un OLO efficiente ci si attende che non si avvalga *sine die* dell'OIR, ma migri verso una propria rete infrastrutturale a costi inferiori.

Sempre secondo la delibera n. 152/2002 dell'AGCom, le offerte di TI che non superano il *test* di redditività, non sono ammissibili perché <<sono da ritenersi sottocosto in quanto non garantiscono un margine sufficiente per l'operatore notificato>>; le offerte sono ammissibili se superano entrambi i *tests*; se si attestano su una soglia intermedia, sono sottoposte a ulteriore valutazione sulla base di una serie di elementi puntualmente indicati.

#### **11.5.5. Rilevanza giuridica dei tests di prezzo di cui alla delibera n. 152/2002 dell'AGCom.**

Per quanto attiene alla valenza dei *tests* di prezzo elaborati dall'AGCom, il Collegio ritiene di dover formulare le seguenti considerazioni.

**a)** La delibera n. 152/2002 ha valore di disciplina regolamentare: a tale conclusione si perviene ove si consideri l'ampiezza del potere regolamentare (come tale vincolante a livello di normazione secondaria) conferito ad AGCom dall'art. 22, d.P.R. n. 318/1997, potere che riguarda anche la disciplina delle <<condizioni economiche dei servizi>>.

Con maggiore chiarezza l'art. 13, d.lgs. n. 259/2003 demanda agli atti di regolamentazione dell'AGCom di perseguire l'obiettivo che <<non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche>>.

L'art. 50 del medesimo codice demanda all'AGCom il potere di imporre, quanto a interconnessione e accesso, <<obblighi in materia di recupero dei costi e controlli dei prezzi>>.

L'art. 67 del medesimo codice demanda all'AGCom il potere di imporre alle imprese con significativo potere di mercato (in Italia TI), alla luce degli obiettivi di cui al citato art. 13, prescrizioni affinché le imprese non impediscano l'ingresso sul mercato né limitino la concorrenza fissando prezzi predatori.

E' evidente, alla luce di tali disposizioni, che all'AGCom spetta un potere normativo di fissare *tests* di prezzo per valutare la replicabilità delle offerte di TI, allo scopo di impedire che TI pratici prezzi predatori – non replicabili – volti a eliminare o ridurre la concorrenza degli altri OLO.

**b)** I *tests* di prezzo in commento, in quanto contenuti in un atto di regolamentazione che per TI è vincolante, sono anch'essi vincolanti per TI, nel senso che questa, quando formula offerte di servizi finali, deve tener conto di entrambi i *tests*, essendo consapevole che un'offerta che non li supera contrasta con le prescrizioni dell'AGCom e può concretare un abuso di posizione dominante.

**c)** Contrariamente a quanto sostiene TI, tali *tests* devono trovare applicazione non solo alle offerte standard praticate da TI a categorie di utenti finali, ma anche alle offerte personalizzate di TI a grandi imprese o enti appartenenti alla c.d. GCA.

Invero, sarebbe in contrasto con il sistema di regolamentazione del mercato delle comunicazioni che offerte di ingente valore economico, sol perché <<personalizzate>> si sottraggano al controllo dell'Autorità di regolamentazione.

La stessa AGCom, nel parere n. 2832/2004, ai punti 31 e 32 afferma che anche i listini personalizzati vanno sottoposti a comunicazione e dunque a controllo dell'AGCom.

Tanto si evince inoltre dal sistema normativo: v. art. 16, co. 1, lett. d), d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318, sull'obbligo di comunicare ad AGCom le modifiche delle offerte e le nuove offerte; v. anche art. 67, co. 2, d.lgs. n. 259/2003, secondo cui l'AGCom può imporre alle imprese con significativo potere di mercato (in Italia, allo stato, TI), obblighi volti a impedire che l'*incumbent* privilegi ingiustamente determinati utenti finali.

Tale disamina del quadro normativo è dirimente per l'affermazione del principio che anche i listini personalizzati, proprio per il vantaggio che possono comportare per determinati utenti rispetto ad altri, devono essere sottoposti al controllo dell'AGCom.

D'altro canto, considerato l'elevato volume di affari delle offerte personalizzate, la sottrazione al controllo dell'AGCom comporterebbe il concreto rischio del loro utilizzo anticompetitivo.

**d)** Sotto il profilo temporale, nonostante la delibera n. 152/2002 non sia applicabile, *ratione temporis*, alle condotte di TI anteriori alla sua entrata in vigore, tuttavia i *tests* di replicabilità in essa previsti, costituiscono una linea guida per la valutazione anche delle offerte di TI anteriori, rispondendo a criteri logici e a parametri economici condivisibili.

**e)** Quanto alla valenza dei *tests* di prezzo in commento in ordine alle valutazioni di competenza dell'AGCM, in linea di principio si deve affermare che, dovendo il mercato essere normato da regole certe e conoscibili *ex ante*, a tali *tests* di prezzo deve, di regola, attenersi anche l'AGCM, quando accerta se è stato o meno commesso un abuso di posizione dominante mediante offerta non replicabile.

Tuttavia in concreto possono sussistere particolari circostanze di fatto da cui emerga con evidenza che criteri diversi rispetto a quelli dei *tests* dell'AGCom conducono allo stesso risultato (prova di resistenza).

**f)** Quanto alla pretesa di TI, di sottoporre le proprie offerte a *tests* di prezzo condotti con criteri diversi rispetto a quelli indicati dall'AGCom nella delibera n. 152/2002, il Collegio ritiene che, stante l'intrinseco margine di opinabilità dei *tests* di prezzo, quelli dell'AGCom non possono essere sostituiti, a meno che non se ne dimostri la erroneità, illogicità, irragionevolezza.

In particolare, TI, sulla scorta di uno studio prodotto durante l'istruttoria davanti all'AGCM (studio NECG) sostiene che nella <<prassi internazionale>>, per i *tests* di prezzo sarebbe errato prendere a base i costi regolatori, calcolati con il criterio del costo storico o con quello del costo corrente, in quanto si tratterebbe di costi medi, come tali né incrementali, né *forward looking*. Sicché, i costi regolatori non rifletterebero i costi effettivi, nella cui valutazione occorrerebbe, in prospettiva, tener conto di una rete a nuova tecnologia e ottimizzata. Occorrerebbe invece calcolare i costi con il criterio dei costi incrementali, perché un *test* di prezzo che consideri i costi FDC (*fully distributed costs*), vuoi con il criterio dei costi storici (HCA), vuoi con il criterio dei costi correnti (CCA), sarebbe un *test* <<molto cautelativo>>.

Ad avviso del Collegio, posto, che, come si è già considerato, i *tests* di prezzo non sono meri calcoli matematici, ma implicano a monte giudizi di valore in ordine alla scelta dei parametri e, pertanto, margini di opinabilità, non si possono sostituire ai *tests* di prezzo come elaborati dall'AGCom altri *tests*, come proposti da TI.

Infatti, ciò che è essenziale è che i *tests* di prezzo dell'AGCom non siano affetti da errori di fatto, travisamenti, illogicità o irragionevolezza.

Ma il margine di opinabilità che essi, in ipotesi, presentino, non è sindacabile in sede giurisdizionale, attenendo alle scelte amministrative discrezionali.

Nel caso di specie, non si può affermare che i criteri di calcolo dei costi posti a base dei *tests* di prezzo dell'AGCom siano errati: essi sono, tutt'al più opinabili, e, invero, lo stesso studio NECG si limita a dire che si tratta di criteri <<molto cautelativi>>.

Si deve anche osservare che lo studio NECG, laddove afferma che nei *tests* di prezzo occorre tener conto dei costi incrementali, lo fa sul presupposto che si prevede lo sviluppo di una rete più efficiente e a costi minori, cioè sulla scorta di una previsione la cui attendibilità, avuto riguardo al mercato italiano nel periodo preso in considerazione dall'AGCM, era tutta da verificare.

Pertanto quale che sia la <<prassi internazionale>> sui criteri di calcolo dei costi di rete nei *tests* di prezzo (prassi internazionale della quale, peraltro, lo studio NECG si limita ad affermare l'esistenza, senza alcun riscontro probatorio), nell'ordinamento italiano tale prassi non è senz'altro importabile, a fronte della vigenza normativa di diversi parametri per i *tests* di prezzo.

In conclusione, si deve affermare che i parametri in base ai quali va espresso il giudizio di non replicabilità da parte dei concorrenti dell'offerta fatta agli utenti finali da parte dell'operatore dominante nel settore delle telecomunicazioni (Telecom Italia), contenuti nella delibera 152/2002 dell'AGCom, sono stati scelti nell'ambito di una pluralità di parametri economici, con una valutazione di carattere opinabile, che rientra nella scelta amministrativa discrezionale, sicché gli stessi, purché non siano viziati da travisamento o illogicità, non possono essere sostituiti con diversi parametri proposti dalla parte.

**g)** Infine, in base alla delibera 152/2002, le offerte di TI agli utenti finali devono rispettare i costi regolatori avuto riguardo al momento in cui tali offerte vengono formulate e sottoposte al controllo dell'AGCom, vale a dire *ex ante*, e necessariamente. E' infondata la diversa tesi sostenuta da TI nella memoria depositata per l'udienza odierna (tesi che, peraltro, è anche inammissibile perché dedotta per la prima volta con memoria in appello), secondo cui le offerte di TI dovrebbero rispettare i costi regolatori solo se ed in quanto gli OLO si avvalgano della interconnessione alla rete di TI. Infatti, la delibera n. 152/2002 impone un

obbligo all'*incumbent* che va rispettato sempre, ed *ex ante*, e non solo in via eventuale, ed *ex post*. Si vanificherebbero gli scopi della regolamentazione, se si consentisse a TI di derogare caso per caso al rispetto dei costi regolatori, sulla base di un accertamento volta per volta diretto a verificare se, per ciascuna offerta di TI, gli OLO sarebbero o meno in grado di replicarla avvalendosi di una rete alternativa. A prescindere da quello che sono in grado di fare gli OLO, TI è tenuta a formulare offerte che non vadano sotto costo regolatorio.

**11.5.6.** Passando ora alla disamina dei *tests* di prezzo come condotti dall'AGCM, nel caso specifico l'AGCM ha eseguito due distinti *tests* di replicabilità dell'offerta, uno relativo alle offerte di TI alla GCA, e uno relativo all'offerta di TI nella gara Consip.

In entrambi i casi, l'AGCM ha confrontato i prezzi con i costi di TI dichiarati ai fini della contabilità regolatoria, ha, cioè, utilizzato i criteri del *test* di sostenibilità interna previsto dalla delibera n. 152/2002.

Per l'offerta Consip, ha fatto una ulteriore verifica secondo i criteri proposti da TI.

L'AGCM, una volta acclarato che le offerte di TI erano fortemente sottocosto regolatorio, e dunque non remunerative per la stessa TI, le ha per ciò stesso ritenute non replicabili, e pertanto ha implicitamente ritenuto non necessario utilizzare i parametri del *test* di replicabilità di cui alla citata delibera n. 152/2002.

Ad avviso del Collegio, il mancato impiego dei parametri di cui alla delibera n. 152/2002 per il *test* di replicabilità appare sorretto da adeguata istruttoria e motivazione, attese le evidenti circostanze concrete che rendevano superfluo il *test* di replicabilità una volta acclarato che le offerte non superavano la prova di sostenibilità interna.

#### **11.5.7. Il test di prezzo condotto dall'AGCM in relazione alle offerte alla GCA.**

Va anzitutto esaminato il *test* di prezzo applicato per le offerte di TI alla GCA.

Sul punto il Collegio ritiene necessario un chiarimento in fatto.

Diversamente da quanto ritenuto dalla sentenza di primo grado, le offerte di TI alla GCA sono state confrontate dall'AGCM non già con l'OIR, bensì con i costi regolatori (che sono inferiori all'OIR).

E' stato accertato dall'AGCM, e sul punto non c'è contestazione, che le offerte di TI alla GCA erano inferiori ai costi regolatori.

La difesa di TI, sia davanti all'AGCM che nel presente giudizio, ha sostenuto che non si dovevano utilizzare come base di calcolo i costi regolatori, ma i costi effettivi, inferiori ai primi: ciò in quanto i primi tenevano conto dei costi storici, e non della circostanza che i costi correnti, e ancor più quelli futuri, tendono a ridursi progressivamente.

Ad avviso del Collegio tale prospettazione non può essere condivisa, e assume valore confessorio dell'abuso perpetrato.

Infatti, proprio in base al *test* di prezzo di cui alla delibera n. 152/2002, la cui applicazione viene invocata da TI, TI è tenuta ad applicare alle proprie divisioni commerciali i costi dei servizi intermedi calcolati sulla base dei costi regolatori, e non degli eventuali costi effettivi inferiori.

Sicché l'AGCM, da un lato correttamente ha utilizzato i criteri del *test* di sostenibilità interna di cui alla delibera n. 152/2002, e dall'altro lato correttamente ha disatteso la pretesa di TI di utilizzare per il *test* di prezzo criteri diversi rispetto a quelli di tale delibera (e, segnatamente, il criterio dei costi

incrementali anziché il criterio dei costi come calcolati ai fini della contabilità regolatoria).

Infatti, il parametro imposto dalla delibera n. 152/2002 (costi regolatori come base del *test* di redditività) persegue il fine di garantire il principio di parità interno – esterno, e dunque di impedire, in ultima analisi, che i costi regolatori vengano artatamente gonfiati al fine di elevare la soglia dell'OIR in danno degli OLO, e che al tempo stesso TI pratici alle proprie divisioni commerciali i costi effettivi inferiori.

Sicché, delle due l'una:

- o i costi regolatori rispettano i costi reali, e in tal caso TI ha effettivamente formulato offerte sotto costo;
- o i costi regolatori sono gonfiati rispetto ai costi reali, come sostenuto da TI, ma in tal caso TI ha commesso un abuso in danno degli OLO, da un lato facendo sì che l'OIR venisse determinata sulla base di costi gonfiati, e dall'altro lato formulando offerte di servizi finali senza rispettare i costi regolatori, ma tenendo conto degli inferiori costi effettivi.

Volendo ricorrere ad una esemplificazione numerica, se il costo effettivo dell'interconnessione è 5, ma TI ai fini dell'OIR dichiara che è 9, e sulla base di tale dato l'OIR viene stabilita in misura pari a 10, è evidente che l'OLO che paga 10 il costo di interconnessione non è in grado di formulare un'offerta di servizi finali di importo inferiore a 10, se non subendo perdite; invece TI è in grado di formulare offerte di servizi finali ad un prezzo che può variare da 5 a 10, senza incorrere in perdite.

A fronte di tale dato evidente, si comprende perché l'AGCM abbia affermato che le offerte di TI inferiori ai costi regolatori fossero offerte non replicabili da parte degli OLO, e ha ritenuto superfluo applicare l'ulteriore *test* di replicabilità diviso dalla delibera n. 152/2002.

Appare anche corretta e immune da vizi logici la scelta dell'AGCM di disattendere i diversi criteri di calcolo dei costi ai fini dei *tests* di prezzo, proposti da TI nel corso dell'istruttoria, mediante lo studio NECG, in quanto, come già osservato, tale studio propone criteri alternativi senza dimostrare l'erroneità dei criteri dei *tests* elaborati dall'AGCom.

**11.5.8.** La ragionevolezza della scelta dell'AGCM è supportata anche dai seguenti ulteriori elementi.

**a)** TI non ha mai sottoposto i propri listini personalizzati all'AGCom, e dunque non li ha mai sottoposti ai *tests* di prezzo di cui alla delibera n. 152/2002.

**b)** Anche nell'istruttoria davanti all'AGCM, TI non ha invocato l'applicazione dei *tests* di prezzo di cui alla delibera n. 152/2002, ma ha sostenuto che il *test* andava condotto avendo riguardo non ai costi regolatori, ma ai sottostanti costi effettivi, dunque con un criterio diverso rispetto a quello imposto dall'Autorità di regolamentazione.

**c)** Anche lo studio tecnico depositato nel procedimento da parte di TI (studio NECG), non richiama i *tests* di prezzo della delibera n. 152/2002, il che è indizio evidente che la loro applicazione avrebbe condotto ad un esito non favorevole a TI.

**d)** Contraddittoriamente TI, da un lato, in sede di procedimento istruttorio davanti all'AGCM e in sede di presente giudizio, invoca l'applicazione dei *tests* di prezzo di cui alla delibera n. 152/2002, e dall'altro lato li ricusa, pretendendo di porre a base di calcolo non già i costi di rete regolatori calcolati con il criterio del costo storico (come prevede detta delibera) bensì i costi di rete calcolati secondo il criterio dei costi incrementali.

**e)** La rete infrastrutturale alternativa degli OLO non era, in relazione al periodo 2001 – 2003, ad uno stadio di sviluppo tale che un OLO efficiente potesse prescindere in modo significativo dalla rete di TI, come compiutamente e correttamente accertato dal provvedimento dell'AGCM, e come risulta dagli atti di causa. Invero, le reti dorsali (c.d. *backbone*) realizzate dagli OLO avevano all'epoca uno sviluppo chilometrico nettamente inferiore a quello della rete dorsale di TI; e gli OLO erano dipendenti da TI per quanto attiene alla connessione alla rete locale (il c.d. ultimo miglio o collo di bottiglia, *bottleneck*).

Anche nella premessa della delibera n. 152/2002 dell'AGCom, si legge che i costi di interconnessione alla rete di TI <<sono, allo stato attuale di sviluppo delle infrastrutture, da considerarsi inevitabili, specie per quanto riguarda i segmenti di mercato dove minore è la concorrenza come a livello locale>>:

Ne consegue che, in un ipotetico *test* di replicabilità condotto con i criteri di cui alla delibera n. 152/2002, la voce <<costi di rete dell'OLO>> avrebbe avuto una rilevanza minima rispetto alla voce <<costi OIR>>.

E' dunque ragionevole ipotizzare che i costi dell'OLO efficiente fossero comunque quantomeno superiori ai costi effettivi di TI.

Pertanto correttamente l'AGCM ha ritenuto che le offerte di TI, commisurate ai suoi costi effettivi, fossero non replicabili da parte degli OLO.

**f)** I costi effettivi sono noti solo a TI; gli OLO conoscono l'OIR che è pubblica, e possono, in via di induzione logica e stima probabilistica, risalire ai costi regolatori, non ai costi effettivi; pertanto spettava a TI dichiarare, ai fini della contabilità regolatoria, costi pari ai costi effettivi o comunque a questi il più possibile vicini, in virtù della <<speciale responsabilità>> che grava sull'*incumbent*: <<sull'impresa in posizione dominante grava, indipendentemente dalle cause che hanno determinato tale posizione, la responsabilità particolare di non compromettere, con il proprio comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune>> (Corte di Giustizia CE, 16 marzo 2000, C395/96 P, *Compagnie Maritimes Belges*; Corte di Giustizia CE, 9 novembre 1983, C-322/81, *N. V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin c. Commiss. Ce*).

Se, invece, TI dichiara costi gonfiati, non può poi ritenersene irresponsabile.

**g)** Il criterio del costo storico per determinare i costi regolatori non era inderogabile e immutabile, avendo TI il potere e il dovere di:

- chiedere l'applicazione di un criterio che riflettesse i costi effettivi in modo più realistico (art. 4, co. 7, lett. d) e art. 8, co. 3, d.P.R. n. 318/1997);
- negoziare con gli OLO condizioni più favorevoli rispetto all'OIR (art. 4, co. 9, d.P.R. n. 318/1997).

Ma se il criterio del costo storico è posto a base di calcolo dei costi della contabilità regolatoria, il medesimo criterio deve essere posto a base dei *tests* di prezzo.

In definitiva, in una analisi di costi – benefici, il vantaggio derivante da costi regolatori superiori ai costi effettivi era esclusivamente di TI, che percepiva in tal modo una tariffa maggiore tramite l'OIR praticata agli OLO. A tale beneficio TI non poteva sommare anche quello di praticare agli utenti finali prezzi quantificati tenendo conto dei costi effettivi anziché dei costi regolatori.

**h)** Le pratiche di *price – squeeze* sono un tipico strumento con cui l'operatore dominante tende ad escludere i concorrenti dal mercato (v. Comunicazione della Commissione 22 agosto 1998 sull'applicazione delle regole di concorrenza nel settore delle telecomunicazioni, § 117 ss.).

i) Si deve infine considerare che l'AGCom, nel suo parere reso all'AGCM, ha ritenuto corretto il *test* di replicabilità condotto da quest'ultima e ha dunque concordato sul carattere non replicabile delle offerte di TI alla GCA.

**11.5.9.** In conclusione, in accoglimento degli appelli dell'AGCM e degli OLO, e in riforma della sentenza gravata, si deve ritenere legittima la valutazione del provvedimento impugnato in ordine alla non replicabilità delle condizioni economiche delle offerte di TI alla GCA.

#### **b) La gara Consip.**

**11.6.** Come già osservato, TI ha proposto appello contro il capo di sentenza che ha ritenuto legittimo il giudizio dell'AGCM circa la non replicabilità dell'offerta nella gara Consip.

#### **11.7. Caratteristiche e svolgimento della gara.**

Vanno brevemente riassunti i fatti e le valutazioni dell'AGCM.

Nel luglio 2002 la Consip s.p.a., società a totale partecipazione pubblica, indiceva una gara comunitaria a procedura aperta per l'individuazione del soggetto con cui stipulare una convenzione per l'affidamento dei servizi di telefonia fissa e mobile per la pubblica amministrazione.

Le principali caratteristiche della gara erano, in sintesi, le seguenti:

1) articolazione in due lotti: lotto A per l'affidamento dei servizi di telefonia fissa, di base e aggiuntivi di connettività IP, fornitura e ottimizzazione di *local loop*, nonché di servizi connessi di fatturazione, rendicontazione, manutenzione, assistenza e reportistica (copertura richiesta: intero territorio nazionale); lotto B per l'affidamento dei servizi di telefonia mobile, di base e aggiuntivi, di noleggio e manutenzione di apparati radiomobili e di schede SIM, nonché di servizi connessi di rendicontazione e di reportistica (copertura richiesta, 80% del territorio nazionale);

2) condizioni di offerta: 1) divieto di offerte parziali; 2) ogni offerta deve riferirsi al singolo lotto; 3) possibilità di presentare, oltre a un prezzo necessario (c.d. offerta non condizionata) anche un prezzo facoltativo (offerta c.d. condizionata);

3) condizioni di partecipazione: divieto di partecipazione per le imprese con rapporti di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. con altre imprese partecipanti singolarmente o come componenti di r.t.i. o di consorzi;

4) criteri di aggiudicazione: secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, valutata in base alle modalità e ai criteri fissati nel capitolato, che attribuiscono 30 punti alla valutazione della componente tecnica e 70 a quella economica;

5) durata: 12 mesi, nel senso che entro questo termine le amministrazioni potevano aderirvi, mentre i singoli contratti attuativi della convenzione avevano durata sino al diciottesimo mese dalla scadenza della durata della convenzione medesima; di conseguenza la generalità dei contratti aveva una durata al più di 30 mesi, ma in media minore.

TI partecipava alla gara per entrambi i lotti, risultando aggiudicataria del lotto A, in quanto la sua offerta non condizionata, del valore complessivo di 488,731 milioni di euro, veniva valutata economicamente più vantaggiosa di quella dell'altro unico operatore concorrente che partecipava alla gara, ossia Albacom, che aveva presentato un'offerta di circa 798 milioni di euro.

Per il lotto B, invece, risultava vincitrice la società Wind con un'offerta di oltre 60 milioni di euro.

I servizi di telefonia fissa di cui al lotto A erano, peraltro, già forniti, al momento dell'aggiudicazione della gara, da TI in quanto vincitrice della precedente gara Consip indetta nel 2000, con conseguente applicazione della clausola di cui all'art. 7 del capitolato tecnico, che prevedeva l'estensione automatica alle pubbliche amministrazioni già convenzionate delle condizioni previste dalla nuova convenzione, se oggettivamente migliorative, e salvo comunicazione di revoca da parte dell'amministrazione stessa.

Emerge dal provvedimento dell'AGCM che la Consip, nel corso della gara, riscontrava il carattere anormalmente basso dell'offerta presentata da TI, e invitava la concorrente a fornire dettagliate giustificazioni.

TI, in replica, adduceva vari fattori a giustificazione della particolare convenienza della propria offerta economica, tra i quali la significativa durata contrattuale, il numero elevato delle amministrazioni che potranno aderire alla convenzione, la possibilità di ridurre alcuni costi fissi.

L'insieme di queste circostanze avrebbe, infatti, permesso a TI di applicare "i migliori prezzi riferiti alle richieste di elevati volumi e relativi a una significativa durata contrattuale".

Tali argomentazioni venivano valutate sufficienti dalla centrale di committenza.

L'unico altro operatore concorrente, Albacom, - entrata nel mercato italiano delle telecomunicazioni dal 1998 per la concessione di licenza individuale per l'offerta del servizio pubblico di telefonia vocale da parte del Ministero delle comunicazioni -, denunciava il comportamento anticoncorrenziale di TI, ritenendo sottocosto il listino applicato alla suddetta gara.

#### **11.8. Le censure di TI in primo grado e in appello.**

Con il ricorso di primo grado, TI, in relazione alla gara Consip sosteneva di aver presentato un "pacchetto" replicabile da un OLO efficiente, negando di aver posto in essere una condotta anticoncorrenziale.

TI richiamava le conclusioni dello studio sulla profittabilità e replicabilità dell'offerta per la gara Consip, già esibito all'Autorità (studio NERA), evidenziando il difetto di istruttoria della delibera in *parte qua*, poiché non avrebbe considerato una serie di presupposti generali di analisi, che, ove fossero stati valutati, avrebbero portato ad un risultato economico completamente diverso.

Secondo tale studio di replicabilità alternativo, l'analisi andrebbe effettuata sull'offerta nel suo complesso, e i soli costi rilevanti nell'analisi sarebbero i costi incrementali o evitabili, che non sarebbero sorti se la gara non fosse stata aggiudicata a TI.

Sulla base di questi presupposti la ricorrente sosteneva che, ove l'offerta fosse considerata nel suo complesso, sarebbe sia remunerativa per TI, sia replicabile da parte degli OLO.

**11.9.** Con l'appello TI lamenta che il T.a.r. si sarebbe fondato su argomenti diversi da quelli indicati nel ricorso.

Aggiunge che:

- sarebbe errata da parte dell'AGCM la definizione del mercato rilevante e della posizione dominante;
- la sentenza avrebbe ritenuto erronea la definizione del mercato rilevante e della posizione dominante con effetto anche per la gara Consip, in quanto Consip farebbe parte della complessiva clientela affari;
- sarebbe errato il *test* di replicabilità ancorato ai costi regolatori/OIR;
- il T.a.r. avrebbe ignorato la censura circa l'errore di calcolo commesso dall'AGCM.

Inoltre TI ripropone in via incidentale il sesto, nono e decimo motivo del ricorso di primo grado, assumendo che detti motivi si devono intendere accolti, e che tuttavia, non avendo formato oggetto di espresso esame da parte del T.a.r., vengono riproposti per l'ipotesi in cui fossero stati ritenuti infondati o assorbiti.

#### **11.10. Sulla non replicabilità dell'offerta Consip.**

Tali censure sono infondate.

**11.10.1.** Si deve anzitutto respingere la tesi dell'appellante TI secondo cui la sentenza avrebbe ritenuto erronea la definizione del mercato rilevante e della posizione dominante anche con effetto sulla gara Consip.

Si è già osservato che la sentenza non ha toccato né la definizione del mercato rilevante né l'affermazione della posizione di dominanza di TI contenuta nel provvedimento dell'AGCM. E si è già osservato che il provvedimento dell'AGCM *in parte qua* è adeguatamente motivato e istruito.

**11.10.2.** Nel merito, ritiene il Collegio che il *test* di replicabilità condotto dall'AGCM in relazione alla gara Consip appare congruo e immune da vizi logici, sebbene non ricalchi tutti i parametri elaborati dall'AGCom: tanto, alla luce degli elementi istruttori raccolti dall'AGCM, - ivi compresi i documenti rinvenuti presso la stessa TI - , e delle caratteristiche oggettive dell'offerta di TI.

In sintesi, l'AGCM ha:

- valutato i costi dei singoli servizi componenti l'offerta;
- valutato l'offerta nel suo complesso;
- considerato i documenti rinvenuti presso TI;
- valutato la strategia cui era finalizzata l'offerta Consip;
- tenuto conto del parere espresso dell'AGCom.

Nei sottoparagrafi che seguono verranno sviluppati tali punti.

**11.10.3.** L'AGCM ha effettuato una completa e approfondita valutazione della non replicabilità del listino Consip, giudicato fortemente sottocosto rispetto ai costi regolatori e, quindi, idoneo a configurare un illecito concorrenziale.

Il provvedimento valuta, in primo luogo, la non replicabilità dell'offerta, sia se riferita ai singoli servizi (§ 2.1.3, sottoparagrafi 412 e ss.), considerando tutte le componenti di costi e di prezzi, sia sulla base dell'analisi alternativa proposta da TI nel corso dell'istruttoria, che considera l'offerta nella sua globalità.

Dalle risultanze istruttorie emerge la piena consapevolezza in capo alla dirigenza di TI, in fase di predisposizione dell'offerta di gara, della non replicabilità dei prezzi di alcuni servizi.

In particolare, il documento 89.4 indicava il prezzo di 288 lire/minuto per il traffico fisso - mobile come soglia minima di offerta: si legge in detto documento che <<l'attuale prezzo di 288 lire/minuto è basato sull'ipotesi di un *decalage* annuale della *termination charge* verso gli operatori mobili che, nella realtà, non si è concretizzata. Ciò rende tale tariffa già un limite di offerta **per non incorrere nelle sanzioni delle Autorità competenti in materia**>>.

Nonostante tale consapevolezza della impossibilità di scendere al di sotto di tale soglia, il prezzo effettivamente offerto da TI per tale direttrice di traffico nel listino per la gara Consip 2002 era di molto inferiore a tale limite critico, ossia pari a 10,53 eurocent/minuto (circa 204 lire/minuto).

Questa circostanza veniva confermata dai rappresentanti di TI nel corso dell'audizione istruttoria del 5 agosto 2003 davanti all'AGCM, allorché il responsabile affari regolatori divisione *domestic wireline* confermava espressamente che l'offerta di TI presentata per la gara Consip 2002 non assicurava la redditività su ciascuna direttrice di traffico.

**11.10.4.** L'analisi condotta dall'AGCM evidenzia, inoltre, la non replicabilità dei prezzi offerti da TI per la componente linee-affittate (circuiti PABX) rispetto alle corrispondenti offerte agli OLO per i medesimi servizi, come riconosciuto espressamente dai consulenti economici di TI intervenuti nell'istruttoria, a fronte di un maggior costo per gli OLO per tale servizio pari a 9 milioni di euro.

Ulteriori componenti non replicabili dell'offerta di TI sono quelle relative alla trasmissione dati (servizi di *multiconferenza*) ed alla connettività IP (*dial-up*). Anche con riferimento a tali componenti TI non contesta nel ricorso la non replicabilità del prezzo per il servizi di connettività IP (*dial-up*), ma sostiene, senza riscontro documentale, che le stime dei costi complessivi contenute nel documento istruttorio citato nella delibera sarebbero incoerenti con le specifiche del servizio richieste dal capitolato della gara Consip.

**11.10.5.** Inoltre l'AGCM ha basato la valutazione di non replicabilità su un solido fondamento probatorio: l'esibizione di un documento istruttorio (89.4), costituito da un simulazione interna trovata in ispezione presso la divisione pubblica amministrazione centrale di TI, che aveva materialmente predisposto l'offerta per la gara Consip, e che attesta la predetta non replicabilità dell'offerta di TI, anche ove valutata come offerta integrata.

Nel corso dell'istruttoria antitrust TI aveva reiteratamente cercato di dare una "diversa interpretazione" al già citato documento 89.4., negandone la valenza probatoria, in quanto riferito a valori espressi in milioni di euro, piuttosto che a miliardi di lire e relativo non già all'intero perimetro dei servizi posti a gara, ma solo alle componenti voce ed accessi.

Dalla delibera emerge che TI è stata sentita due volte in audizione sull'argomento, proponendo delle interpretazioni parzialmente contrastanti.

**11.10.6.** Nel ricorso non si confuta la portata probatoria di tale atto, limitandosi a contestare il metodo di valutazione disaggregata dell'offerta e a prospettare un errore di calcolo finale nei margini positivi dell'offerta integrata.

In relazione al primo profilo, giova ricordare che l'AGCM ha condotto il *test* di replicabilità anche secondo i criteri suggeriti da TI, cioè valutando l'offerta nel suo complesso e non nei singoli elementi disaggregati, e ciò nonostante è pervenuta ad un giudizio di non replicabilità.

Giova precisare che tale seconda indagine di replicabilità è stata fatta *ad abundantiam*, in quanto già la prima aveva univocamente condotto al risultato della illiceità della condotta di TI.

In particolare, nei paragrafi 435 e ss. è illustrata l'analisi di replicabilità secondo la metodologia proposta da TI, per cui il criterio di replicabilità deve tenere conto della condizione di efficienza dell'operatore concorrente.

L'Autorità ha postulato che l'operatore, a partire dal terzo mese dall'aggiudicazione della gara, potesse optare per la fornitura dell'accesso mediante ULL, anziché attraverso la preselezione automatica fornita da TI (CPS), fino a un certo numero di canali telefonici mensili, giungendo alla conclusione che l'ipotesi di partenza non poteva trovare riscontro nella realtà per l'impossibilità reale di attivare un elevatissimo numero di linee *unbundling*, data la necessità di tempi tecnici molto più lunghi di quelli ipotizzati da TI.

Nei successivi paragrafi l'Autorità prende in esame singolarmente tutti gli elementi proposti da TI nell'analisi di replicabilità dell'offerta, tra cui i valori di *decalage* sulla terminazione fisso-mobile e l'attribuzione dei costi di kit e circuiti per il traffico internazionale e fisso-mobile, arrivando comunque ad una valutazione di non replicabilità.

Si legge nella delibera, al paragrafo 448:

*“Si è quindi sviluppata un’analisi alternativa a quella dello studio prodotto da TI, sia pure mantenendo le ipotesi fondamentali adottate in quest’ultimo, nonostante non se ne condivida il fondamento per le motivazioni illustrate in precedenza. Occorre sottolineare che l’esercizio di seguito assume le medesime ipotesi di base adottate da TI al solo scopo di illustrare come la conclusione di replicabilità proposta dalla difesa riposi su un ben preciso insieme di ipotesi e che l’introduzione di una modifica seppur minore a tale set di ipotesi, correggendo elementi assolutamente non condivisibili alla luce delle risultanze istruttorie, conduca alla conclusione opposta di non replicabilità dell’offerta nel suo complesso. Pertanto, ai soli fini dell’esercizio prospettato, nel seguito si assume:*

- una valutazione di replicabilità dell’offerta Consip con riferimento al complesso dei servizi previsti dal bando di gara e non riguardo a singole componenti;*
- che i valori riportati per i costi generali e di marketing riflettano i costi che TI si aspetta di sostenere in caso di vittoria e non il livello medio dei costi calcolato ai fini della contabilità regolatoria. I soli costi rilevanti nell’analisi sono quindi i costi incrementali o evitabili, che non sarebbero sorti se la gara non fosse stata aggiudicata a TI;*
- l’adozione di tutte le ipotesi di decalage utilizzate da TI ad eccezione di quella per il fisso-mobile che la stessa TI riteneva non ragionevole nell’orizzonte temporale di fornitura, riducendola leggermente;*
- l’azzeramento dei costi esterni di rete del concorrente relativi ai Kit ed ai circuiti di interconnessione sulla rete di TI, ossia gli unici costi per Kit e circuiti considerati sono quelli relativi all’interconnessione con reti diverse, ovvero fisso-mobili o internazionali.”*

**11.10.7.** In relazione al secondo profilo, circa il preteso errore materiale, TI sostiene che per quanto riguarda il costo dei servizi multiconferenza, pari a 13.5 milioni di euro, l’AGCM avrebbe ommesso di considerare che 6.5 milioni costituiscono il costo del traffico, e che tale costo non sussiste se come modalità del servizio prescelto si utilizza quella *dial - in* anziché quella *dial - up*. Infatti nella modalità *dial - in* il costo delle chiamate non è a carico del centro servizi bensì delle pubbliche amministrazioni che si connettono alla multiconferenza. Perciò i relativi costi sarebbero già inclusi in quelli del traffico complessivo di fonia. Ad avviso dell’appellante, se si fossero esclusi i 6.5 milioni sarebbe emerso che l’offerta avrebbe presentato un margine di utile pari a 3,34 milioni.

Si deve premettere che tale preteso errore materiale, in quanto afferente alla seconda prova di replicabilità condotta dall’AGCM con i criteri suggeriti da TI, sarebbe comunque influente, atteso che la seconda prova di replicabilità è stata condotta dall’AGCM solo *ad abundantiam*: già il primo *test* di replicabilità relativo all’offerta Consip evidenzia il carattere sotto costo regolatorio dell’offerta medesima.

In ogni caso, nel merito, il Collegio ritiene la censura indimostrata, perché la stessa non specifica se si potessero sempre e in ogni caso seguire le modalità *dial - in* al luogo di quelle *dial - up*, e non specifica se, ai fini del costo del traffico complessivo di fonia, TI abbia tenuto conto anche del costo della modalità *dial - in* per i servizi di multiconferenza.

E, invero, in una nota del provvedimento dell’AGCM (nota 107 al par. 218, pag. 84) si legge che nello studio NERA presentato da TI il costo delle chiamate urbane, in quanto costituito da connessioni in *dial - up*, è stato abbattuto del 40%.

Dunque, TI da un lato scomputa dal costo dei servizi multiconferenza il costo della fonia sul presupposto che la modalità sia il *dial - in* e non il *dial - up*; ma dall'altro lato non conteggia tale costo nell'ambito dei servizi di fonia, dai quali scomputa una voce di costo sul presupposto che attenga ai servizi multiconferenza con modalità *dial - up*. Ma così operando è evidente che c'è un costo che non viene imputato né ai servizi multiconferenza né ai servizi di fonia, mentre va imputato ad uno dei due.

**11.10.8.** Ancora, il provvedimento dell'AGCM risulta congruamente e sufficientemente motivato nell'analisi della strategia commerciale sottostante, laddove (§ 425) evidenzia che TI ha "effettuato le sue scelte sulla base di una logica di gruppo che teneva conto distintamente dei costi, dei ricavi e dei margini derivanti a TI e TIM dalla partecipazione alla gara per il lotto A e per il lotto B."

**11.10.9.** Occorre, infine, sottolineare che anche l'AGCom, nel parere reso, conferma la valutazione di non replicabilità dell'offerta, condividendo, sostanzialmente, la sopravvalutazione e l'onerosità dei costi degli input o fattori intermedi fatti gravare sugli OLO, rispetto a quelli imputati alle proprie divisioni commerciali nella predisposizione dell'offerta nella gara Consip.

**11.10.10.** Per completezza il Collegio osserva che anche quanto al *test* di replicabilità dell'offerta Consip valgono le considerazioni già svolte, in relazione alle offerte alla GCA, in ordine ai parametri con cui condurre i *tests* di prezzo, nel rispetto dei costi regolatori e non di costi calcolati con il criterio incrementale.

**11.10.11.** Conclusivamente, con riguardo alla gara Consip, il Collegio respinge le censure proposte da TI.

#### **11.11. Sull'ammissibilità di offerte aggregate e di offerte personalizzate.**

Per quanto attiene all'ulteriore profilo di censura relativo ai capi del provvedimento dell'AGCM che impedirebbero a TI di formulare offerte personalizzate e che imporrebbero a TI la formulazione delle offerte disaggregate (7° e 9° motivo del ricorso di primo grado) il Collegio ritiene che non si tratti di legittimità o illegittimità del provvedimento, ma di corretta lettura da dare a quest'ultimo.

Il provvedimento dell'AGCM non ha inteso precludere a TI la formulazione di offerte personalizzate, purché tale formulazione avvenga nel rispetto dei criteri e delle autorizzazioni dell'Autorità di regolamentazione.

Quanto alla questione delle offerte unitarie o disaggregate, anche nel presente grado di giudizio l'AGCM ha negato di aver imposto a TI un divieto di formulare offerte integrate, in quanto in nessuna parte del provvedimento si vieta a TI di avanzare offerte aggregate e complessive, e che ha solo inteso ribadire il divieto di sussidi incrociati (v. pag. 34 dell'appello dell'AGCM).

Invero, il provvedimento ad avviso del Collegio non ha inteso precludere offerte integrate.

Il Collegio ritiene tuttavia di dover precisare che si debba distinguere il profilo interno ed esterno delle offerte.

All'esterno, a garanzia della riservatezza sulle strategie commerciali di TI, non è esigibile che l'offerta sia disaggregata.

Tuttavia, sotto il profilo della controllabilità interna dell'offerta, TI è tenuta a formulare una offerta che superi i *tests* di prezzo secondo i parametri fissati dall'AGCom, e che sia verificabile in tutte le sue componenti da parte dell'Autorità di regolamentazione.

Sotto il profilo interno, la disaggregazione deve evidenziare che per i servizi intermedi sia rispettato il principio di parità interno - esterno, e cioè che le

divisioni commerciali di TI, ovvero le sue società collegate o controllate che forniscono i servizi finali, acquistano i servizi intermedi nel rispetto dei costi regolatori vigenti al momento della contrattazione, secondo le prescrizioni dell'AGCom. La competitività delle offerte di servizi finali da parte di TI (sue divisioni commerciali, sue società collegate e controllate) deve essere raggiunta non mediante una politica di sottocosto rispetto ai costi regolatori, bensì mediante una politica di riduzione dei costi non regolamentati, ovviamente nel rispetto del divieto di discriminazione e del divieto di sussidi incrociati.

Giova infine aggiungere che non possono essere misconosciuti i problemi applicativi che derivano, in relazione alle offerte personalizzate e alle offerte in pubbliche gare, dalla necessità di conciliare l'esigenza di controllo preventivo dell'AGCom con l'esigenza di salvaguardare la riservatezza esterna delle offerte e di rispettare la tempistica delle gare.

Tuttavia tali problemi non possono condurre a derogare al principio del controllo dell'AGCom, ma devono indurre l'AGCom a elaborare congrue soluzioni che salvaguardino il principio, non precludendo al tempo stesso all'operatore di rispettare esigenze oggettive di celerità e riservatezza (ad. es. mediante procedimenti di controllo accelerati, differimento dell'accesso alle offerte riservate, controlli *ex post* sotto la responsabilità dell'operatore di telecomunicazioni).

## **12. Le clausole escludenti nei contratti con la GCA e con la restante utenza business privata.**

**12.1.** Con l'**undicesimo motivo** del ricorso di primo grado si contestavano i capi del provvedimento dell'AGCM che ha ritenuto illecite le clausole contrattuali contenute nei contratti con la GCA (e in particolare le clausole di esclusiva, di scontistica fidelizzante, di penalizzazione al mancato raggiungimento di determinate soglie di consumo, le clausole di adeguamento alla migliore offerta), nonché nei contratti con la restante utenza *business* privata, per il loro preteso carattere escludente.

**12.2.** Giova ricordare che sul punto, con il ricorso di primo grado, si era anzitutto contestata la definizione del mercato rilevante con riguardo all'utenza *business* privata.

L'AGCM, assumeva TI, avrebbe dovuto considerare separatamente le grandi imprese (la c.d. GCA, grande clientela affari) rispetto a quelle medio – piccole.

Se il mercato della GCA fosse stato considerato a sé stante, sarebbe emerso con evidenza che in tale mercato TI non si troverebbe in posizione dominante, in quanto avrebbe di fronte a sé grandi imprese che predispongono le condizioni contrattuali, nell'ambito di contratti personalizzati.

Le clausole contrattuali (di esclusiva, di scontistica fidelizzante, di adeguamento alle migliori condizioni di mercato) non sarebbero abusive, perché frutto di pattuizione concordata caso per caso con gli appartenenti alla GCA.

Inoltre l'AGCM non avrebbe adeguatamente considerato che le clausole contrattuali per i contratti standard con l'utenza *business* privata sarebbero state approvate da parte dell'Autorità di regolamentazione (AGCom).

**12.3.** Il T.a.r. ha parzialmente accolto tale prospettazione, in quanto:

- a) ha ritenuto corretta la definizione del mercato rilevante operata dall'AGCM, e tuttavia ha affermato che la GCA, pur non formando un mercato rilevante a sé, distinto dal complessivo mercato rilevante dell'utenza *business*, presentava peculiarità proprie;
- b) ha ritenuto sussistente una posizione dominante di TI su tale mercato;

c) ha ritenuto tuttavia che non vi sia stato, da parte di TI, abuso di posizione dominante in relazione ai contratti con la GCA, in quanto:

- le grandi imprese con cui TI ha negoziato avrebbero un rilevante potere negoziale, tale da consentire loro di dettare le regole del gioco;
- le condizioni contrattuali non sarebbero state abusivamente imposte da TI, ma negoziate caso per caso;
- ad escludere l'abuso militerebbero altresì le rilevanti dimensioni dei clienti, l'elevato volume di affari dei contratti con la GCA, le peculiarità del sistema di negoziazione (tramite gare indette dai clienti, capitolati da essi predisposti, appositi consulenti, spesso in partenariato, per la predisposizione delle condizioni contrattuali).

Infine, ad avviso del T.a.r., per quanto riguarda i contratti standard con l'utenza *business* privata, per i quali l'AGCM ha del pari ritenuto abusive le clausole contrattuali <<escludenti>>, l'AGCM non avrebbe adeguatamente considerato che tali clausole contrattuali avevano avuto l'assenso dell'AGCom, dal cui parere l'AGCM può discostarsi solo con adeguata motivazione.

**12.4.** In relazione a tale capo di sentenza gli appelli (appello dell'AGCM, secondo motivo, riportato *sub* 3 dell'atto di appello, pagg. 16 – 32; appello di Albacom + 2, motivo IV; appello di Fastweb, punto 5; appello di Wind, pagg. 37 - 53), si dolgono osservando, in sintesi, che:

- la GCA non costituirebbe un mercato a sé stante, né doveva essere considerata separatamente;
- la circostanza che la CGA avesse un rilevante potere negoziale, anche ove fosse provata, non sarebbe idonea a scolorire l'abuso di posizione dominante perpetrato da TI;
- molte delle clausole contrattuali non sarebbero vantaggiose per la GCA, dunque non si comprende come si possa affermare che tali clausole siano state volute dalla GCA e che la GCA avrebbe un rilevante potere negoziale;
- le dimensioni delle imprese, il volume di affari dei contratti, le peculiarità dei sistemi di negoziazione, non inciderebbero sull'abusività della condotta di TI, ma semmai la aggraverebbero, né escluderebbero la speciale responsabilità dell'*incumbent*, ma al più comporterebbero un concorso della GCA nell'illecito;
- anche ove talune clausole fossero vantaggiose per la GCA, le stesse andrebbero però valutate sotto il profilo della loro dannosità per i concorrenti (abuso di impedimento) e per l'intero mercato;
- quanto alle clausole contrattuali inserite nelle offerte standard, correttamente l'AGCM si sarebbe discostata dal parere dell'AGCom, avendo valutato un profilo di abusività nei confronti degli OLO che non sarebbe stato considerato dall'Autorità di regolamentazione (v. primo motivo appello dell'AGCM, pag. 11 e pagg. 13 - 15).

**12.5.** A sua volta TI ripropone in via incidentale due profili di illegittimità su cui il T.a.r. avrebbe omesso di pronunciare:

- la mancata estensione dell'istruttoria da parte dell'AGCM agli OLO;
- un errore di fatto perché l'AGCM, nonostante la contestazione si riferisca agli anni dal 2001 al 2003, avrebbe, nei §§ 85, 113 e 344, tenuto conto anche di comportamenti del 2000 e del 2004.

**12.6.** Vanno accolte in parte le censure degli appelli principali, nonché degli appelli incidentali degli OLO, mentre vanno respinte le censure incidentali di TI.

In sintesi, per le ragioni che si vanno ad esporre:

- va confermato il capo di sentenza che ha ritenuto corretta la ricostruzione del mercato rilevante;
- va riformato il capo di sentenza che ha ritenuto illegittima la ricostruzione operata dall'AGCM in relazione alle clausole contrattuali escludenti nei contratti con la GCA;
- va riformato il capo di sentenza che ha ritenuto viziato da carenze istruttoria e motivazione il capo del provvedimento che ritiene abusive le clausole dei contratti standard approvati dall'AGCom; tuttavia sotto il profilo sanzionatorio tale abuso va ritenuto non grave e come tale sanzionabile solo con la diffida.

### **12.6.1. Abusività delle clausole escludenti nei contratti personalizzati con la GCA.**

Si è già osservato che si deve ritenere corretta e immune da vizi logici la ricostruzione del mercato rilevante da parte dell'AGCM e, in particolare, la considerazione della GCA come parte del più vasto mercato rilevante dell'utenza *business*.

Ciò in quanto:

- da un lato le esigenze della domanda della GCA non differiscono in maniera significativa rispetto a quelle della domanda dell'utenza *business*;
- dall'altro lato il potere contrattuale della GCA non ha avuto, secondo quanto emerge dalle risultanze istruttorie, un peso tale da far ritenere che la domanda della GCA determini un monopolio o un oligopolio sul versante della domanda; pertanto, le particolarità della domanda della GCA non sono tali da farla assurgere a domanda autonoma, e non impediscono di classificarla come parte della complessiva domanda dell'utenza *business*.

In secondo luogo, e come già osservato, non è contestabile la ricostruzione operata dall'AGCM in ordine alla posizione dominante di TI su tale mercato.

**12.6.2.** Giova poi, per una migliore comprensione dei fatti, premettere che l'AGCM ha compiutamente accertato una variegata tipologia di clausole abusive, sia singolarmente considerate, sia valutate nel loro complesso, e valutato il loro significato abusivo secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Le numerose clausole sono state ricondotte in tre gruppi:

- la scontistica fidelizzante che si traduceva in vincoli di esclusiva;
- le penalità nei casi di recesso o di non corrispondenza fra consuntivato e programmato;
- l'adeguamento alla migliore offerta (clausola inglese).

**a)** Per quanto attiene alla scontistica fidelizzante, l'AGCM ha accertato la previsione di sconti condizionati implicitamente o esplicitamente all'obbligo dell'acquisto esclusivo da TI. Rientrano in tale categoria le clausole contenute nei contratti, quali Accordi di Programma, Accordi di *Partnership*, Accordi Quadro e Accordi di *Outsourcing*, che prevedono sconti a volume personalizzati in base all'intero fabbisogno stimato del cliente. Laddove questi sconti sono legati espressamente a un obbligo da parte del cliente di soddisfare il suo intero fabbisogno di servizi di telecomunicazioni avvalendosi unicamente di TI, essi, disincentivando il cliente a diversificare i fornitori, equivalgono per la loro struttura a sconti condizionati ad obblighi di esclusiva (§ 340).

Le clausole di sconto hanno una funzione fidelizzante e si traducono di fatto in una esclusiva, per le modalità con cui sono formulate (§ 341: gli sconti sono infatti subordinati <<*all'obbligo di acquisto esclusivo (o quasi esclusivo)*; in secondo luogo, si individuano formule contrattuali nelle quali sono applicati sconti

"personalizzati" in base al fabbisogno presunto del cliente, con modalità tali da tradursi, in pratica, in sconti condizionati ad un obbligo di esclusiva>>).

L'AGCM ha inoltre accertato (§ 355) che la contrattualistica utilizzata da TI prevede spesso durate contrattuali biennali, triennali, e in alcuni casi durate maggiori, anche grazie a rinnovi o proroghe, e ciò non solo per la fornitura di servizi particolarmente complessi, ma anche per la semplice fornitura dei servizi di fonia, per i quali siffatte durate sono del tutto estranee alla prassi di mercato.

Anche laddove la durata del contratto è formalmente annuale, i contratti di TI, prevedono in ogni caso numerose clausole facilitanti il rinnovo, tra cui, in particolare, quelle che prevedono l'impegno del cliente a incontrarsi per rinegoziare l'accordo, quelle contenenti un bonus del 5% sul totale dell'obiettivo di traffico programmato in caso di rinnovo e le clausole equivalenti negli effetti a clausole inglesi (§ 356 provvedimento).

In altri casi, vi è invece una proroga delle condizioni contrattuali applicate, così che, di fatto, rapporti di durata annuale vengono estesi nel tempo anche per due o tre anni.

**b)** Per quanto riguarda le penalità nei casi di recesso o di non corrispondenza fra consuntivato e programmato, l'AGCM ha accertato un ampio ricorso a clausole che escludono esplicitamente la possibilità di recesso unilaterale da parte del cliente, o che conferiscono a TI la possibilità di recedere unilateralmente dal contratto per scostamenti significativi rispetto al fabbisogno stimato di traffico del cliente, prevedendo che per il traffico sviluppato sino al momento del recesso siano applicate condizioni economiche più onerose di quelle originariamente pattuite (§ 358).

Queste disposizioni contrattuali sono state ritenute dall'AGCM clausole di penalizzazione a tutti gli effetti e non semplici clausole di "recesso *ad nutum*", integrando le stesse una vera e propria *condicio sine qua non* dell'applicazione delle condizioni economiche offerte da TI, come dimostra la loro collocazione nel complesso dell'atto, per lo più nell'ambito della "*Valutazione economica del traffico fonia*" ovvero della "*Verifica dell'attività*", mentre il recesso è in genere disciplinato da specifiche pattuizioni a sé stanti (§ 359).

La portata sanzionatoria di tale potere di recesso unilaterale risulta amplificata nell'ambito degli *Accordi Quadro*, dal momento che la stessa risulta connessa a scostamenti significativi rispetto agli obiettivi di traffico annuale predefiniti non solo a livello di gruppo, ma anche a livello di singola azienda del gruppo, così da saturare esattamente la domanda del cliente. In taluni casi, peraltro, l'effetto legante è rafforzato dall'obbligo di corrispondere per intero l'importo pattuito quale obiettivo per il gruppo cliente, anche se variano le singole società dello stesso che usano i servizi offerti da TI (§ 360).

Appare rientrare nella categoria delle penalizzazioni per il cliente anche l'applicazione di condizioni economiche più onerose rispetto a quelle previste nel contratto originario per il traffico residuo, nel caso di passaggio del cliente ad altri operatori, assumendo tali aumenti di prezzo carattere di "punizione" per i clienti "defezionati" (§ 362).

**c)** Per quanto riguarda l'adeguamento alla migliore offerta, l'AGCM ha rivenuto previsioni contrattuali riconducibili alla cosiddetta <<clausola inglese>>, in base alla quale un contraente <<...se riceve dalla concorrenza offerte a prezzi più vantaggiosi di quelli ottenibili in base al contratto, può chiedere al fornitore contraente di allinearsi su dette offerte>> (Corte di Giustizia CE, 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann La Roche c. Commissione*).

Alla luce dei precedenti giurisprudenziali, gli elementi costitutivi della clausola inglese sono infatti:

- 1) la dimostrazione dell'effettiva competitività della offerta di una impresa concorrente del fornitore originario, che deve prevedere condizioni più favorevoli per l'acquirente;
- 2) la possibilità per il fornitore originario di identificare il contenuto e la provenienza dell'offerta concorrente;
- 3) l'esistenza di un diritto di prelazione in capo al fornitore originario;
- 4) solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo si rifiuti di allinearsi alla nuova offerta sorge il diritto del cliente ad accettare la nuova proposta concorrente.

L'AGCM ha accertato che le previsioni contenute in alcuni contratti di TI appaiono contemplare tutti gli elementi succitati (§ 365 ss.).

**12.6.4.** Le clausole contrattuali contestate dall'AGCM erano finalizzate ad obiettivi (che emergono dalla documentazione istruttoria e segnatamente da documenti rinvenuti presso TI) di mantenimento e recupero di quote di mercato da parte dell'*incumbent* (politica di *retention e win – back*).

Siffatte clausole vanno pertanto considerate come clausole <<escludenti>>, volte, cioè, ad escludere dal mercato i concorrenti (con un effetto di c.d. *foreclosure*), in un contesto in cui TI da un monopolio legale è passata ad una posizione dominante: vi è stato, pertanto, un comportamento finalizzato a nuocere all'ampliamento delle quote di mercato dei concorrenti e, dunque, in definitiva, alla concorrenza.

E, invero, la giurisprudenza comunitaria attribuisce particolare rilevanza alla connotazione che i comportamenti commerciali delle imprese possono assumere nei singoli casi, in base alle risultanze probatorie.

In particolare, comportamenti apparentemente innocui sotto il profilo concorrenziale sono stati considerati anticoncorrenziali, in quanto finalizzati ad estromettere il concorrente da un dato mercato: la circostanza che una pratica controversa si collochi nell'ambito di un piano dell'impresa in posizione dominante avente lo scopo di eliminare un concorrente può stabilirne il carattere abusivo (Corte di Giustizia CE, 3 luglio 1991, C-62/86, *Akzo Chemie BV v. Commissione*; Trib. di I grado CE, 7 ottobre 1999, T 228/97, *Irish Sugar c. Commissione*; Trib. I grado CE, 17 dicembre 2003, n. 219/99, *British Airways plc c. Commiss. CE*).

Come già osservato, l'AGCM ha acquisito rilevante e inequivoca documentazione da cui risulta l'intento escludente perseguito da TI (§ 372).

**12.6.5.** Una volta acclarato che TI era in posizione dominante, e che perseguiva un intento escludente, e anche alla luce dell'essere le offerte sotto costo regolatorio, le clausole in questione non potevano che essere valutate come clausole escludenti.

Secondo la giurisprudenza comunitaria, per stabilire l'eventuale carattere abusivo di una pratica di prezzi, bisogna valutare tutte le circostanze e, in particolare, i criteri e le modalità di concessione degli sconti, e accertare se gli sconti mirino, mediante un vantaggio non basato su alcuna prestazione economica che li giustifichi, a sopprimere o limitare la possibilità dell'acquirente di scegliere la fonte di rifornimento, a chiudere l'accesso del mercato ai concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata (Corte di Giustizia CE, 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann*

*La Roche c. Commissione*, punto 90; Trib. di I grado CE, 7 ottobre 1999, T 228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, punto 114).

La natura falsata della concorrenza consegue al fatto che il vantaggio finanziario concesso dall'impresa in posizione dominante non si fonda su una contropartita economicamente giustificata, ma tende ad impedire l'approvvigionamento dei clienti di questa impresa dominante presso concorrenti.

Secondo la costante giurisprudenza comunitaria e nazionale, sono da considerarsi di natura abusiva, laddove applicate, come nel caso di specie, da un'impresa in posizione dominante, le clausole di esclusiva espresse, le previsioni di penalizzazione del cliente nel caso di passaggio ad altro operatore, nonché, infine, le clausole di adeguamento alla migliore offerta, che equivalgono nella sostanza alle c.d. "clausole inglesi". Tutte queste condizioni contrattuali appaiono infatti dirette a legare il cliente, ovvero ad evitare che esso si adoperi a cercare la migliore convenienza di eventuali offerte concorrenziali, e quindi sono finalizzate all'esclusione dei concorrenti.

**a)** Per ciò che concerne le formule contrattuali in cui l'applicazione di scontistica appare connessa al rispetto da parte del cliente ad obiettivi prefissati di consumo, queste integrano, secondo la giurisprudenza comunitaria, clausole di esclusiva implicita.

La presenza di sconti incrementali condizionati all'aumento progressivo dei consumi annui sviluppati dal cliente, nella giurisprudenza comunitaria è ritenuta abusiva (Trib. I grado CE, 30 settembre 2003 T-203/01, *Manufacture française pneumatiques Michelin c. Commiss. Ce*).

Nel caso *European Sugar Industry* (Corte di Giustizia 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73 e altre, *Suikes Unie e a. c. Commissione*), la Corte di Giustizia ha affermato che la concessione di uno sconto non su un volume di acquisto, ma solo su un'esclusiva di fornitura a favore dell'impresa dominante, limitando la libertà degli acquirenti, determina una diminuzione degli sbocchi sul mercato per i concorrenti dell'impresa dominante.

Inoltre, sempre in merito alle formule contrattuali consistenti nell'applicazione di scontistica commisurata a predeterminati volumi di traffico, nel caso *Deutsche Post* la Commissione europea ha confermato la natura escludente di tali pratiche non solo nel caso in cui lo sconto fosse condizionato ad un obbligo di acquisto esclusivo, ma anche nell'ipotesi in cui gli sconti fossero legati a determinati quantitativi di acquisto, proprio in quanto, similmente a quanto rilevato nel caso TI, il quantitativo da cui dipendeva l'eventuale sconto non era prefissato in maniera oggettiva, ma veniva determinato in base alle stime della capacità di acquisto del cliente (Commissione 5 maggio 2001, in GUCE L 125/27, punto 41).

Anche la durata ultrannuale dei contratti, accertata dall'AGCM, costituisce rafforzativo dell'esclusiva di fatto determinata dalla scontistica legata al rispetto di predeterminati consumi da parte del cliente: la giurisprudenza comunitaria ha evidenziato che <<il carattere fidelizzante di un sistema di riduzioni calcolati sulla totalità del fatturato realizzato aumenta proporzionalmente alla lunghezza del periodo di riferimento>> (Trib. I grado CE, 30 settembre 2003, T-203/01, *Manufacture française pneumatiques Michelin c. Commiss. Ce*).

Inoltre, secondo la giurisprudenza comunitaria, affinché un'impresa in posizione dominante su un mercato commetta un abuso non è necessario che essa imponga un obbligo giuridico in forza del quale il cliente è tenuto a rifornirsi esclusivamente presso l'impresa in questione, essendo sufficiente che le condizioni di vendita del fornitore dominante siano tali da indurre il cliente ad

approvvigionarsi esclusivamente o prevalentemente presso di lui, ed è invece ininfluente quali mezzi siano utilizzati per raggiungere tale risultato (Corte di Giustizia CE, 3 luglio 1991, C-62/86, *Akzo Chemie BV v. Commissione*; Commissione 19 dicembre 1990, IV/33.133-D, *Carbonato di Sodio-ICI*, annullata per questioni procedurali con sentenza della Corte di Giustizia CE 6 aprile 2000, C-286/95).

Anche secondo la giurisprudenza nazionale le clausole di scontistica fidelizzante sono uno strumento tipico per raggiungere l'obiettivo di escludere i concorrenti dal mercato (v. Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4001, *Coca Cola*: <<Gli sconti target o «sconti obiettivo» costituiscono un abuso di posizione dominante, quando siano idonei a fidelizzare i soggetti destinatari, sottraendoli di fatto ai concorrenti e riducendo il residuo grado di concorrenza conseguente alla presenza dell'impresa dominante>>).

**b)** Le penalità imposte ai clienti in caso di non corrispondenza fra consumi programmati e consuntivati, integrano gli estremi di un abuso in quanto equivalenti negli effetti ad una sanzione per il cambio di fornitore.

Lo stesso è a dirsi per le clausole che sanciscono esplicitamente una possibilità di recesso unilaterale esclusivamente in capo a TI nell'eventualità di una significativa riduzione dei volumi di traffico "a seguito dell'utilizzo di altri operatori".

Essendo le stime di fatturato, infatti, precisamente calcolate sul fabbisogno storico dei clienti di TI, risulta impossibile, in pratica, che questi ultimi possano sviluppare traffico con altri OLO, pena l'applicazione di condizioni contrattuali molto più onerose ovvero il recesso unilaterale da parte di TI. Nel contempo, gli altri OLO non sono posti in grado di formulare offerte competitive, essendo la totalità della domanda generata da tali clienti completamente saturata da TI.

Le suddette previsioni contrattuali, pertanto, precludono *de jure* o disincentivano *de facto* i clienti dell'operatore dominante dal rivolgersi ad operatori alternativi per soddisfare, in tutto o in parte, i loro bisogni di servizi di telecomunicazioni: <<un'impresa in posizione dominante non può concedere sconti o incentivi volti a incoraggiare la fedeltà del cliente e ad impedire, mediante la concessione di un vantaggi tecnici o finanziari, che vengano effettuati acquisti presso concorrenti del fornitore dominante>> (Corte di Giustizia CE, 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann La Roche c. Commissione*; Corte di Giustizia CE, 9 novembre 1983, C-322/81, *N. V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin c. Commiss. Ce*).

**c)** Le clausole di adeguamento alla migliore offerta, secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, se previste a favore di un operatore in posizione dominante, possono comportare una violazione dell'articolo 82 del Trattato in quanto, "il fatto che un'impresa in posizione dominante esiga od ottenga per contratto dai suoi clienti l'impegno a renderle note le offerte della concorrenza, mentre gli stessi clienti possono avere un evidente interesse commerciale a non comunicarle, è atto ad aggravare il carattere abusivo dello sfruttamento della posizione dominante; infine con il sistema della clausola inglese spetta [al fornitore] decidere se, allineando o no i propri prezzi, dare adito al gioco della concorrenza; esso può così diversificare, grazie agli elementi di informazione forniti [...] dai clienti la propria politica di mercato nei loro confronti e nei confronti dei concorrenti" (Corte di Giustizia CE, 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann La Roche c. Commissione*).

Gli effetti distorsivi della concorrenza dovuti alla previsione di una simile clausola contrattuale sono riconducibili alla creazione di una trasparenza

artificiale nei mercati liberalizzati. Infatti, il meccanismo della clausola inglese, attraverso il quale TI obbliga i propri clienti a comunicarle le offerte più vantaggiose dei suoi concorrenti, consente all'operatore ex-monopolista di ottenere informazioni sulla situazione del mercato, nonché sulle iniziative commerciali dei suoi concorrenti, particolarmente preziose per la determinazione della propria politica commerciale, che altrimenti le sarebbero indisponibili.

Inoltre, la clausola inglese consente a TI di neutralizzare l'offerta di forniture alternative e più vantaggiose, in termini di prezzo o di altre condizioni contrattuali, destinando all'insuccesso il tentativo dei suoi concorrenti di accrescere la loro quota di mercato, per effetto del diritto di prelazione e della facoltà di allinearsi alle loro offerte commerciali. Infatti, da un lato i clienti hanno tutto l'interesse a comunicare a TI le eventuali proposte migliorative ricevute; dall'altro lato, gli OLO sono disincentivati a formulare offerte più vantaggiose di quelle dell'*incumbent*, dal momento che l'allineamento di TI all'offerta alternativa non può determinare alcun passaggio di clientela a loro favore.

**12.6.6.** Giunti a questo punto della ricostruzione, risulta acclarato che:

- TI era in posizione dominante;
- TI aveva perseguito un intento escludente dei concorrenti;
- TI aveva utilizzato, per perseguire lo scopo, clausole contrattuali volte in vario modo a fidelizzare la clientela, per distoglierla dai concorrenti;
- siffatte clausole contrattuali corrispondono a quelle più volte esaminate dalla prassi e dalla giurisprudenza antitrust, e considerate abusive perché escludenti.

Sulla scorta di questi dati, l'ulteriore passaggio, per così dire la prova del nove, era quello di verificare se si potesse escludere l'abuso di posizione dominante di TI alla luce del ruolo svolto dalle controparti contrattuali.

Ad avviso del Collegio il rilevante potere negoziale (*buyer power*) della GCA, che pure non può essere negato, si rivela in concreto inidoneo a scolorire l'abuso di TI, e dunque non poteva essere apprezzato come fattore compensativo (*countervailing power*).

Invero, anzitutto talune delle clausole contrattuali contestate dall'AGCM a TI non sono favorevoli alla GCA: si pensi alle clausole di esclusiva, di penalizzazione al mancato raggiungimento di determinate soglie di traffico telefonico, di recesso in favore di TI, di impegno per la GCA a consultare TI per una rinegoziazione, in caso di migliori offerte, in luogo della possibilità di aderire senz'altro alle migliori offerte.

Sicché si deve trarne la conseguenza che il potere contrattuale della GCA non era poi così forte da controbilanciare in pieno la posizione dominante di TI.

In secondo luogo, anche in relazione alle clausole contrattuali che possono apparire favorevoli alla GCA (clausole tipo inglesi, scontistica), e anche in relazione al prezzo particolarmente basso offerto da TI alla GCA, che può sembrare favorevole alla GCA, si deve osservare che l'abuso di posizione dominante, e il conseguente danno per la concorrenza, non viene meno, né in un'ottica di breve termine, né in un'ottica di medio – lungo termine.

Si è infatti visto che l'obiettivo perseguito era quello di escludere i concorrenti dal mercato.

Alla luce di tale obiettivo perseguito, la circostanza di fatto delle dimensioni della GCA e del potere negoziale della stessa non attenua la responsabilità dell'*incumbent*, ma, semmai, la aggrava: maggiori sono le dimensioni dei clienti sottratti alla concorrenza, maggiore è il danno per la concorrenza medesima.

E se pure certe clausole negoziali sono, in astratto, vantaggiose per la GCA e da questa, in ipotesi, volute (o addirittura imposte), ciò è ininfluenza al fine della sussistenza dell'abuso (Corte di giustizia CE, 13 febbraio 1979, c. 85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*), ma al più si può affermare un concorso della GCA nell'abuso di impedimento dell'*incumbent*.

Sicché, il potere negoziale della clientela opera come <<fattore concausale rafforzativo>> dell'abuso escludente, e non come <<causa eliminativa>> dell'abuso medesimo.

In un'ottica di breve periodo non si deve neppure tralasciare che condizioni particolarmente favorevoli per un certo tipo di clientela (nella specie, quella *business* di grandi dimensioni), - a meno di non avere come contropartita che l'*incumbent* abbia un utile limitato o addirittura una perdita, il che, secondo un criterio di normalità, non è una scelta razionale da parte di un'impresa che persegua un fine di profitto - , si traducono, ragionevolmente, in un aggravio di condizioni economiche (aumento dei prezzi, o mancata diminuzione dei prezzi) per altri tipi di clientela, e dunque comportano comunque un danno per i consumatori e per il mercato.

Si verifica pertanto che una clientela con rilevante potere negoziale si appropria di una parte degli utili dell'impresa dominante, con svantaggio finale per altre categorie di clienti.

In un'ottica di medio e lungo periodo, poi, si deve considerare che clausole contrattuali, astrattamente favorevoli per i consumatori nel breve periodo, ma finalizzate ad escludere i concorrenti da un mercato concorrenziale appena nato, si traducono, in prosieguo di tempo, nella eliminazione di un mercato concorrenziale, con il conseguente rischio concreto di un aggravio dei prezzi per i consumatori.

**12.6.7.** Alla luce di quanto sin qui esposto, il comportamento di TI va considerato abusivo in quanto, come affermato dal provvedimento dell'AGCM sulla scorta di costante giurisprudenza comunitaria, sulle imprese dominanti incombe la <<speciale responsabilità>> di rispettare gli obblighi di trasparenza, equità, non discriminazione, al fine di non compromettere con il proprio comportamento lo svolgimento di una concorrenza corretta (*ex plurimis* v. Corte di Giustizia CE, 16 marzo 2000, C395/96 P, *Compagnie Maritimes Belges*; Trib. di I grado CE, 7 ottobre 1999, T 228/97, *Irish Sugar c. Commissione*; Corte di Giustizia CE, 9 novembre 1983, C-322/81, *N. V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin c. Commiss. Ce*).

L'abuso di TI va valutato anche come <<abuso di impedimento>> (verso i concorrenti), volto a inibire l'ingresso di operatori concorrenti sul mercato, oltre che come <<abuso di sfruttamento>> (verso la clientela).

Gli obblighi gravanti sull'*incumbent* non risultano rispettati, in quanto:

- le condizioni contrattuali personalizzate cliente per cliente non hanno formato oggetto di comunicazione all'Autorità di regolamentazione, in violazione del dovere di trasparenza;
- le condizioni contrattuali particolarmente favorevoli solo per un certo tipo di clientela, hanno violato gli obblighi di equità e non discriminazione.

**12.6.8.** In sintesi, si deve affermare che le clausole di scontistica fidelizzante, di esclusiva implicita o esplicita, di penalizzazione in caso di mancato raggiungimento di determinate soglie di consumo, di adeguamento a migliori condizioni fatte da altri operatori, se offerte da un imprenditore in posizione dominante sul mercato, con il preciso obiettivo di conservazione e recupero di

quote di mercato, sono abusive in quanto volte ad ostacolare l'ingresso di concorrenti sul mercato (abuso di impedimento), anche ove, in ipotesi, non siano svantaggiose per i clienti.

Ne consegue che è corretta la ricostruzione dei fatti e l'applicazione della normativa *antitrust* operata dall'AGCM in relazione al primo dei due abusi sanzionati, per quanto attiene ai contratti personalizzati con la GCA (e salvo quanto si dirà con riguardo ai contratti standard).

**12.6.9.** Giova sul punto concludere osservando che, per quanto riguarda il comportamento che TI deve tenere nel formulare offerte alla GCA, lo stesso non può che desumersi dalle regole dettate dall'AGCom e, segnatamente, dalla delibera n. 152/2002, ovvero da eventuali ulteriori o successive delibere che l'Autorità di regolamentazione adotti in considerazione dell'evoluzione del mercato.

Le offerte potranno contenere solo le clausole che siano preventivamente sottoposte all'Autorità di regolamentazione e da queste autorizzate, previa verifica che dette clausole non concretino né abuso di sfruttamento né abuso di impedimento.

### **12.7. Abusività delle clausole contrattuali escludenti contenute nelle offerte standard.**

**12.7.1.** Quanto, infine, all'addebito mosso all'AGCM dal ricorrente di primo grado e dalla sentenza appellata di non avere tenuto adeguatamente in conto che, per quanto attiene alle offerte standard all'utenza *business*, le clausole contrattuali erano state approvate dall'Autorità di regolamentazione, lo stesso è infondato e la sentenza va riformata, salvo quanto si dirà sotto il profilo sanzionatorio.

Le offerte c.d. standard (offerta <<budgetaria>>, offerta <<business>> e offerta <<corporate>>) contenevano clausole <<escludenti>>, quali scontistica fidelizzante, e penalizzazioni in caso di mancato raggiungimento di determinate soglie di traffico, che si traducono in clausole di esclusiva implicita, secondo quanto già esposto in relazione alle clausole contenute nei listini personalizzati.

Erano in particolare previsti sconti al raggiungimento di determinate soglie di traffico, esattamente commisurate al fabbisogno del cliente (calcolato sulla base dei consumi dell'anno precedente), ovvero sconti ulteriori in caso di rinnovo del contratto (v. offerta budgetaria), sicché di fatto il cliente veniva vincolato a TI, in tal modo realizzandosi clausole di esclusiva implicita (§§ 350, 351 del provvedimento: <<(…) poiché lo sconto è applicato non al raggiungimento di un determinato volume di spesa, ma al volume di spesa corrispondente esattamente al fabbisogno del cliente stimato sulla base del traffico dell'anno precedente, la stessa struttura dello sconto fornisce un potente disincentivo alla differenziazione della domanda tra più operatori alternativi. Tale disincentivo è poi rafforzato in taluni contratti (Offerte Budgetarie) dalla possibilità di sviluppare fino al 10% di traffico, oltre il proprio budget stimato, gratuitamente ovvero, in caso di rinnovo del contratto per l'anno successivo, dalla previsione di un ulteriore sconto del 5%>>).

Del pari clausole con effetto di esclusiva implicita si rinvenivano nelle offerte standard denominate <<business>> e <<corporate>>: <<anche nelle formule contrattuali c.d. "standard" quali l'Offerta Business e l'Offerta Corporate con fatturazione bimestrale a fronte di un impegno annuale di spesa preventivata, si riscontra una clausola di penalizzazione del cliente nel caso in cui i consumi realmente effettuati si rivelino inferiori a quelli relativi alle rate versate, consistente nel trattenere, da parte di TI, il 90% dell'impegno annuo di spesa concordato, con il rischio che la spesa sostenuta effettivamente dal cliente in un caso del genere –

*potenzialmente derivante, ad esempio, dalla scelta di passare per tutto o per parte del proprio traffico ad operatore concorrente- sia superiore a quella che questi avrebbe sostenuto in assenza della scontistica proposta. Ne deriva che anche in questo caso, la modalità prescelta di applicazione di condizioni economiche scontate per i prezzi dei servizi a traffico vincola di fatto il cliente a TI, rendendo estremamente onerosa per il cliente un'eventuale scelta di passaggio ad altro operatore>> (§ 361 del provvedimento).*

Nel caso specifico l'AGCM ha accertato che tali clausole contrattuali venivano impiegate per perseguire l'obiettivo strategico di *retention* e *winback* (v. documento 106.4, citato nel § 373 del provvedimento, da cui risulta che la rete di vendita per l'utenza *business* veniva premiata al raggiungimento di risultati di *retention* e *winback*).

Si tratta di clausole tipiche con cui le imprese in posizione dominante mirano a fidelizzare la clientela, allo scopo di escludere i concorrenti dal mercato (v. provvedimento della Commissione europea 20 marzo 2001 nel caso *Deutsche Post*).

**12.7.2.** L'intervenuta autorizzazione di tali clausole da parte dell'Autorità di regolamentazione non impediva, di per sé, una valutazione di abusività delle stesse sotto il profilo antitrust.

E, invero, le clausole delle offerte standard, sono state in concreto impiegate nell'ambito di una strategia volta a escludere i concorrenti dal mercato.

Nel caso specifico, infatti, risulta che:

- le clausole erano state autorizzate dall'Autorità di regolamentazione solo in via provvisoria, dovendo le clausole essere sottoposte a revisione dopo l'entrata in vigore della delibera sulla parità interno – esterno (anche la delibera 152/2002 prevede la revisione delle autorizzazioni provvisorie entro 90 giorni dalla sua entrata in vigore);
- le autorizzazioni provvisorie avevano valutato solo il profilo del carattere non discriminatorio delle clausole contrattuali nei confronti delle varie categorie di utenti finali, ma non anche il profilo del carattere escludente delle clausole medesime;
- lo stesso parere reso dall'AGCom sullo schema di provvedimento dell'AGCM, evidenzia che le autorizzazioni delle offerte standard non avevano valutato tutti i possibili profili antitrust e, segnatamente, quello della dannosità per i concorrenti v. punto 27 del parere dell'AGCom 12 novembre 2004, n. 2832: <<*rispetto al principio di non discriminazione tra le diverse tipologie di clientela, l'Autorità, nel verificare ed approvare le offerte richiamate, ha ritenuto che esse non alterassero le condizioni di competizione nei mercati della telefonia destinati all'utenza business*>>).

Pertanto non si ravvisa alcun difetto di istruttoria e motivazione da parte dell'AGCM, che ha adeguatamente considerato le risultanze del parere dell'AGCom.

**12.7.3.** La stessa giurisprudenza comunitaria ha affermato che sebbene la disciplina sugli illeciti antitrust si rivolga alle imprese, tuttavia è precluso alle Autorità nazionali introdurre o mantenere in vigore provvedimenti tali da privare di effetto utile le regole sulla concorrenza (Corte di giustizia CE, 17 novembre 1993, c. 245/91, *Ohra Schadeverzekeringen NV*).

Tanto vale anche ove, in ipotesi, vi siano provvedimenti legislativi, o comunque normativi, che ostacolano la concorrenza: e la cui sussistenza non impedisce all'Autorità antitrust di sanzionare le condotte degli operatori, ancorché

formalmente conformi a detti provvedimenti: <<in presenza di comportamenti di imprese in contrasto con l'art. 81, n. 1, Ce, che sono imposti o favoriti da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, un'autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza, cui sia stato affidato il compito di vigilare sul rispetto del citato art. 81: a) ha l'obbligo di disapplicare tale normativa nazionale; b) non può infliggere sanzioni per i comportamenti pregressi, qualora questi siano stati imposti dalla normativa interna; c) può irrogare ammende alle imprese interessate per le condotte successive alla decisione di disapplicazione, una volta che quest'ultima sia divenuta definitiva nei loro confronti; d) può infliggere sanzioni per i comportamenti pregressi, allorché questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati dalla normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto giuridico nel quale le imprese hanno agito>> (Corte di Giustizia CE, 9 settembre 2003, C-198/2001, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. AGCM*; in motivazione si legge altresì: <<A questo proposito, si deve ricordare, in primo luogo, che, sebbene di per sé gli art. 81 Ce e 82 Ce riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, ciò non toglie che tali articoli, in combinato disposto con l'art. 10 Ce, che instaura un dovere di collaborazione, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese>>; nella stessa vicenda di fatto v. anche, in termini, la successiva decisione del giudice nazionale, T.a.r. Lazio – Roma, sez. I, 6 ottobre 2004, n. 10325).

Se l'AGCM può disapplicare addirittura provvedimenti di rango legislativo, a maggior ragione può disattendere provvedimenti amministrativi, ove essi abbiano autorizzato condotte che perseguono finalità anticoncorrenziali.

**12.7.4.** Neppure l'abuso viene meno per effetto della buona fede dell'operatore che utilizza clausole autorizzate, in quanto secondo la costante giurisprudenza comunitaria l'abuso di posizione dominante è una nozione <<oggettiva>> che prescinde dai profili di colpa dell'agente (Corte di Giustizia CE, 21 febbraio 1973, C 6/73, *Continental Can*; Corte di Giustizia CE, 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann La Roche c. Commissione*: la nozione di sfruttamento abusivo <<...è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come 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. A carico di un'impresa in posizione dominante sul mercato è posta la particolare responsabilità di non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune>>).

**12.7.5.** Tuttavia, fermo che il giudizio di abusività delle clausole in questione è legittimo, l'AGCM doveva considerare l'incidenza dell'autorizzazione in ordine all'elemento soggettivo dell'abuso e alla gravità di esso.

Pertanto, avrebbe dovuto ritenere che l'intervenuta autorizzazione escludesse il carattere doloso della condotta e la gravità di essa, e dunque comminare solo la sanzione della diffida, e non anche quella pecuniaria.

Nel paragrafo della presente decisione dedicato alla commisurazione della sanzione si esamineranno le conseguenze, sul *quantum* della sanzione pecuniaria, del carattere non grave della condotta abusiva di TI in relazione alle offerte standard autorizzate dall'AGCom.

**12.8.** Per quanto attiene alle censure subordinate articolate da TI, le stesse sono infondate.

Il provvedimento dell'AGCM non è viziato da difetto di istruttoria per non aver esteso l'indagine ai contratti degli OLO con la GCA, che conterrebbero analoghe clausole escludenti. Infatti gli OLO non sono in posizione dominante, e dunque ad essi non si estende il divieto di impedire o ostacolare la concorrenza (art. 3, l. n. 287 del 1990).

Contrariamente a quanto sostiene TI, l'AGCM non ha tenuto conto di condotte poste in essere nel 2000 ovvero nel 2004, cioè al di fuori del periodo in contestazione, che va dal 2001 al 2003:

- nel § 85 si cita un contratto del 2000 solo per riportarne il contenuto, sul presupposto che tale contratto risulta prorogato per il 2001;
- nel § 113 si cita un contratto concluso nel dicembre del 2000, perché destinato ad avere effetto per il 2001;
- lo stesso è a dirsi quanto al § 344.

### **13. Gli impegni proconcorrenziali assunti da TI.**

**13.1.** Con il **dodicesimo motivo** del ricorso di primo grado TI lamentava la mancata considerazione da parte dell'AGCM, al fine della quantificazione della sanzione, degli impegni proconcorrenziali assunti da TI nei confronti degli OLO, nel corso del procedimento sanzionatorio.

**13.2.** Il T.a.r. ha accolto tale motivo di ricorso.

Gli appelli principali, nonché gli appelli incidentali degli OLO, ritengono che erroneamente il T.a.r. avrebbe imputato all'AGCM di non aver adeguatamente valutato, al fine della quantificazione della sanzione, gli impegni assunti da TI in favore della concorrenza (c.d. impegni proconcorrenziali) (v. primo motivo dell'appello dell'AGCM, pag. 11 e pagg. 15 - 16; appello di Albacom + 2, motivo III.4; appello di Wind, pagg. 75 - 81).

Si lamenta che tali impegni non sarebbero stati accettati da tutti gli OLO, che non sarebbero assistiti da garanzie, e che, soprattutto, sarebbero impegni assunti per il futuro, come tali inidonei a condurre a un diverso apprezzamento della gravità degli abusi perpetrati.

Si osserva inoltre che l'AGCM si sarebbe sul punto discostata dal parere dell'AGCom con motivazione adeguata, e che pertanto erroneamente il T.a.r. ha ritenuto tale motivazione insufficiente.

**13.3.** La censura è fondata.

Gli impegni assunti da TI constano di una serie di misure volte a :

- ridurre significativamente le difficoltà che gli OLO incontrano nella fornitura di servizi integrati di telecomunicazione ai clienti *business*;
- accelerare, per mezzo di misure straordinarie e temporanee, per il biennio 2005 - 2006, la concorrenza nel mercato dell'accesso;
- realizzare un efficace meccanismo di controllo e verifica delle pattuizioni assunte.

Da una disamina del loro contenuto in dettaglio, si evince che sono effettivamente impegni per il futuro, e come tali inidonei a essere apprezzati quale circostanza attenuante dell'abuso già consumato (sulla irrilevanza, al fine della

riduzione della sanzione, degli impegni proconcorrenziali assunti per il futuro v. anche T.a.r. Lazio – Roma, sez. I, 29 ottobre 2003, n. 9203, *E.T.I e Philip Morris c. AGCM*).

Si deve inoltre considerare che gli impegni di TI afferiscono alla regolamentazione dei servizi intermedi offerti agli OLO, e come tali andavano preventivamente sottoposti all'AGCom che ne valutasse l'idoneità.

Suscita, in particolare, perplessità la previsione, nell'ambito di detti impegni, di un comitato di controllo per la verifica del rispetto degli impegni. Tale comitato, costituito su base negoziale, svolge compiti di verifica del rispetto di obblighi di TI in materia di costi e servizi regolamentati, compiti che invece rientrano nella competenza istituzionale dell'Autorità nazionale di regolamentazione: in base all'art. 18, d.P.R. n. 318/1997, la competenza dell'AGCom è estesa alle procedure di conciliazione delle liti degli operatori di comunicazione tra loro; v. ora art. 23, d.lgs. n. 259/2003.

A tale circostanza si aggiunga che l'AGCM ha, con ragionevolezza, considerato anche i precedenti abusi anticoncorrenziali da essa sanzionati nei confronti di TI, e dunque ha valutato l'elemento aggravante della recidiva, che non può essere compensato o attenuato dagli impegni di buona condotta assunti per il futuro.

E, invero, ai sensi dell'art. 11, l. 24 novembre 1989, n. 689, nella commisurazione concreta delle sanzioni amministrative pecuniarie (tra il minimo e il massimo edittali), si ha riguardo, tra l'altro, <<all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione>>, e dunque all'impegno relativo all'abuso pregresso, ma non anche agli impegni di non reiterare in futuro le violazioni.

Conforme a diritto e ragionevole è stata pertanto la scelta dell'AGCM di non attribuire valore di circostanza attenuante agli impegni assunti da TI per il futuro, sia per la inidoneità di tali impegni a eliminare o ridurre gli effetti dannosi dell'abuso già perpetrato e a controbilanciare la recidiva, sia per la non valutabilità di impegni che non sono stati sottoposti all'approvazione della competente Autorità di regolamentazione.

Infine, è sufficientemente motivato lo scostamento dell'AGCM *in parte qua* dal parere dell'AGCom, in quanto l'apprezzamento positivo, da parte di quest'ultima, degli impegni proconcorrenziali, non può che riguardare gli assetti futuri del mercato, ma non può incidere sulla competenza sanzionatoria dell'AGCM e sul suo potere discrezionale di dosimetria della pena.

#### **14. I criteri di commisurazione della sanzione.**

**14.1.** Con il **quindicesimo motivo del ricorso di primo grado** si contestavano i criteri utilizzati per quantificare la sanzione e, in particolare, si lamentava:

- la configurazione di due distinti abusi, anziché di uno soltanto;
- il carattere eccessivo e sproporzionato della sanzione, quantificata in 152 milioni di euro (76 milioni per ciascuno dei due abusi contestati): si tratterebbe di sanzione più elevata rispetto a quella comminata nella vicenda *RC auto*, dove vi sarebbe stato un illecito ben più grave (un cartello di vaste proporzioni);
- la mancata considerazione, al fine della riduzione della pena, degli impegni proconcorrenziali assunti da TI;
- la erronea valutazione di gravità degli abusi, posto che questi ultimi non avrebbero arrecato danno alla concorrenza e in particolare agli utenti finali i quali, anzi, si sarebbero avvantaggiati dei prezzi ridotti praticati da TI;

- la erronea valutazione di gravità dell'abuso relativo alla gara Consip, posto che TI avrebbe in buona fede tenuto una condotta conforme alle regole della gara pubblica;
- la erronea valutazione di gravità dell'abuso relativo alle offerte standard all'utenza *business* privata, posto che si trattava di offerte autorizzate dall'AGCom.

**14.2.** Il T.a.r. ha in parte accolto e in parte assorbito tali censure, ritenendo che:

- l'abuso andrebbe considerato unitariamente;
- occorrerebbe tener conto, in sede di quantificazione della sanzione, degli impegni proconcorrenziali assunti da TI;
- non sarebbe sufficientemente motivato il giudizio di gravità dell'illecito, attese le condotte della GCA e la mancanza di danno per gli utenti dei servizi finali;
- la sanzione deve essere rideterminata anche in base alle affermazioni fatte dal T.a.r. circa il difetto di motivazione e di istruttoria in relazione al primo abuso contestato (le clausole contrattuali escludenti) e in relazione ad una parte del secondo abuso (e, segnatamente, l'offerta economica non replicabile nei confronti della GCA).

**14.3.** Su tali capi di sentenza ci sono censure da parte degli appelli principali, nonché degli appelli incidentali degli OLO (v. appello dell'AGCM, motivo 4, *sub* 5 dell'atto di appello, pagg. 44 – 51; appello di Albacom + 2, motivo VI; appello di Fastweb, motivo 7; appello di Wind, pagg. 85 - 91).

Si assume che:

- correttamente sarebbero stati configurati due distinti abusi;
- entrambi gli abusi sussisterebbero in pieno;
- correttamente non sarebbero stati valutati gli impegni proconcorrenziali, inidonei a elidere o attenuare le conseguenze degli abusi già perpetrati;
- correttamente gli abusi sarebbero stati considerati molto gravi.

**14.4.** Le censure degli appellanti meritano accoglimento, salvo quanto si dirà in ordine alla necessità di escludere la sanzione pecuniaria per le clausole escludenti contenute nelle offerte standard.

**14.4.1.** La sentenza va anzitutto riformata laddove afferma che le condotte contestate andavano considerate parte di un unico abuso.

Se è vero, infatti, che il mercato rilevante dell'utenza *business* pubblica e privata è unico, e che le condotte di TI sono mosse dall'obiettivo di conservazione e recupero di quote di mercato, e dunque vanno inserite nell'ambito di una strategia unitaria, ciò tuttavia non significa che la condotta abusiva sia stata unica.

Vi sono state, invece, una pluralità di condotte che hanno dato luogo a due diversi abusi, riconducibili, rispettivamente, il primo (clausole escludenti) all'art. 3, lett. b), l. n. 287/1990, e il secondo (offerta non replicabile) all'art. 3, lett. b) e c), l. n. 287/1990.

I due illeciti sono stati posti in essere con condotte distinte, hanno autonomia strutturale, sono riconducibili a differenti tipologie di abusi di posizione dominante.

Correttamente, pertanto, l'AGCM ha ricondotto i comportamenti di TI a due differenti abusi.

Correttamente, inoltre, l'AGCM non ha tenuto conto, al fine della sanzione, del disegno unitario in cui si inseriscono i due abusi, vale a dire la c.d. continuazione.

Infatti l'art. 8, l. n. 689/1981, consente il cumulo giuridico delle sanzioni solo nel caso di <<concorso formale>> di illeciti amministrativi (unica condotta con cui si viola più volte la stessa disposizione normativa, o con cui si viola una pluralità di disposizioni normative), e non anche nel caso di <<concorso materiale>> di illeciti amministrativi (più condotte con cui si viola più volte la stessa disposizione normativa, o con cui si violano più disposizioni normative).

L'art. 8, co. 2, l. n. 689/1981 consente di tener conto della <<continuazione>> (identità del disegno criminoso), nel caso di <<concorso materiale>> di illeciti amministrativi, solo se si tratta di violazioni amministrative in materia di previdenza e assistenza.

L'intento del legislatore è stato quello di non estendere il regime del cumulo giuridico delle sanzioni ad altre tipologie di illeciti amministrativi.

Neppure è possibile estendere al caso di specie in via analogica la disciplina dettata dal cod. pen. per il reato continuato (art. 81 c.p.), attesa l'ontologica diversità tra illecito penale ed amministrativo, e l'esistenza di una specifica disciplina della continuazione per gli illeciti amministrativi, sicché difetta una lacuna dell'ordinamento suscettibile di essere colmata in via analogica (Cass. civ., sez. I, 25 marzo 2005, n. 6519; Cass. civ., sez. I, 28 dicembre 2004, n. 24060; Cass. civ., sez. lav., 5 novembre 2003, n. 16620).

Neppure è applicabile l'art. 8 *bis*, l. n. 689/1981, che disciplina la <<reiterazione delle violazioni>>, in quanto tale norma si limita a stabilire che <<la reiterazione determina gli effetti che la legge espressamente stabilisce>> senza tuttavia prevedere il cumulo giuridico delle sanzioni.

Ne consegue che in materia di illeciti amministrativi anticoncorrenziali, ancorché annessi dal vincolo della continuazione (identità del disegno illecito), non è applicabile il cumulo giuridico delle sanzioni, consentito dall'art. 8, co. 2, l. n. 689/1981 solo nel caso di violazioni in materia previdenziale e assistenziale.

**14.4.2.** Va anche riformato il capo di sentenza secondo cui, al fine della quantificazione della pena, l'AGCM avrebbe dovuto tener conto degli impegni proconcorrenziali assunti da TI, per le considerazioni già esposte in sede di esame del **dodicesimo motivo del ricorso di primo grado**.

**14.4.3.** Va, ancora, riformato il capo di sentenza che ritiene incongrua la valutazione di gravità dell'abuso, per quanto attiene all'offerta non replicabile, nonché alle clausole escludenti nei contratti con la GCA (mentre, come si vedrà nel paragrafo che segue, va esclusa la gravità in relazione alle clausole escludenti contenute nelle offerte standard autorizzate).

L'AGCM ha considerato le violazioni <<molto gravi>>.

Invero, la valutazione di gravità dell'abuso, rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'AGCM, appare nel caso specifico immune da vizi logici, ove si considerino:

- la particolare posizione di TI, che le imponeva un dovere di correttezza, in virtù della speciale responsabilità che su di essa grava;
- la perfetta consapevolezza in capo a TI di perseguire uno scopo anticoncorrenziale;
- la sistematicità e pluralità delle condotte con cui TI ha perseguito il suo scopo;
- la consapevole sottrazione al controllo dell'AGCom dei listini personalizzati e della offerta nella gara Consip;
- il raggiungimento dello scopo anticoncorrenziale;
- l'assunzione di impegni proconcorrenziali solo a seguito di un nutrito numero di procedimenti sanzionatori.

Ha errato il T.a.r. ad escludere la gravità dell'abuso sotto il duplice profilo che TI non sarebbe responsabile solitaria delle clausole nei contratti con la GCA e che le condotte di TI non avrebbero arrecato un danno ai consumatori, data la riduzione dei prezzi.

Infatti, come si è già osservato nel capo di decisione relativo alle clausole escludenti:

- l'eventuale concorso della GCA nell'abuso di TI non attenua, ma semmai aggrava la responsabilità di TI;
- l'assenza di danno per i consumatori è assunto indimostrato, dovendosi valutare gli effetti di medio e lungo periodo dell'illecito anticoncorrenziale; peraltro, la riduzione dei prezzi ha riguardato specifiche categorie di utenti e, in particolare, l'utenza *business* pubblica e privata, e ha dunque recato vantaggio a utenti di fascia alta, senza nessun vantaggio, invece, per gli utenti residenziali, che sono i <<consumatori>> in senso proprio;
- l'illecito anticoncorrenziale non smette di essere grave solo perché lede i concorrenti anziché i consumatori.

Né si poteva escludere la gravità dell'abuso in relazione all'offerta Consip, perché le regole di gara predisposte dalla Consip non erano incompatibili con il rispetto delle regole imposte all'*incumbent*. TI ha formulato la sua offerta tecnica e la sua offerta economica sulla base di autonome scelte, e non sotto la spinta della necessità di rispettare le regole della gara pubblica.

**14.4.4.** Va anche rilevato che l'AGCM nella quantificazione delle sanzioni si è correttamente attenuta (salvo quanto si dirà nel paragrafo che segue), ai criteri di cui all'art. 15, l. n. 287/1990 per ciò che riguarda la valutazione di gravità e il calcolo delle somme in percentuale dell'ultimo fatturato (ai sensi dell'art. 15 citato, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, va applicata una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida).

Né può operarsi un paragone con la sanzione applicata nel caso dell'illecito cartello relativo alla *RCAuto*. Il confronto in cifra assoluta proposto da TI è privo di significato. Le sanzioni vanno infatti commisurate al fatturato delle imprese sanzionate, in percentuale di esso: il rilevante importo della pena comminata a TI non è ascrivibile ad una elevata percentuale entro il *range* del 10%, bensì all'elevata base di calcolo (fatturato di sedici miliardi di euro nel 2003 con un utile netto di 2,6 miliardi di euro), rispetto alla quale ciascuna sanzione rappresenta meno dello 0,5% del fatturato.

**14.4.5.** L'AGCM si è altresì dichiaratamente (§ 536 del provvedimento) e correttamente attenuta ai criteri di cui agli Orientamenti della Commissione contenuti nella Comunicazione 98/C9/03 (in G.U.C.E. 14 gennaio 1998) con riferimento alle infrazioni molto gravi, e su tale capo del provvedimento non c'è contestazione nel ricorso di primo grado.

Secondo detti Orientamenti sono considerati infrazioni molto gravi, tra l'altro, gli abusi incontestabili di posizione dominante da parte di imprese in situazione di quasi – monopolio; la sanzione pecuniaria applicabile è oltre i venti milioni di ecu. Sotto il profilo della durata, tali Orientamenti prevedono, per le infrazioni di durata da 1 a 5 anni, una maggiorazione che può arrivare fino al 50 % dell'ammenda applicabile in funzione della gravità dell'infrazione. Tra le circostanze aggravanti è considerata la recidiva della medesima impresa per un'infrazione del medesimo tipo.

**14.4.6.** L'elevata misura delle sanzioni risponde inoltre alla funzione deterrente che le stesse devono svolgere, avuto riguardo anche alla recidiva e dunque alla opportunità di una pena sufficientemente elevata da scoraggiare abusi futuri.

In conclusione, correttamente l'abuso di posizione dominante viene considerato <<molto grave>> avuto riguardo alla <<responsabilità particolare>> che grava sull'operatore dominante, alla sistematicità e reiterazione delle condotte abusive, alla consapevole sottrazione al controllo dell'Autorità di regolamentazione, al comprovato intento anticoncorrenziale perseguito nei confronti dei concorrenti, al raggiungimento dello scopo, alla recidiva e alla cessazione delle condotte solo a seguito di una pluralità di procedimenti sanzionatori.

**14.4.7.** Come già osservato, va riformata la sanzione irrogata dall'AGCM per l'abuso costituito dalle clausole escludenti contenute nelle offerte standard alla clientela *business* privata.

La intervenuta autorizzazione da parte dell'AGCom incide sull'elemento soggettivo dell'abuso, sicché quest'ultimo non può essere ritenuto grave.

Per tale abuso non poteva essere comminata la sanzione pecuniaria, ma solo la diffida (art. 15, l. n. 287/1990).

Il Collegio, in applicazione dell'art. 31, l. n. 287/1990 e dell'art. 23, l. n. 689/1981, e nell'esercizio del potere sostitutivo che gli compete in tema di sanzioni antitrust (Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2869), ritiene pertanto necessario rideterminare la sanzione per il primo dei due abusi contestati dall'AGCM (clausole escludenti).

La sanzione è stata fissata dall'AGCM in 76,5 milioni di euro tenendo conto sia della abusività delle clausole contenute nei contratti con la GCA, sia della abusività delle clausole contenute nelle offerte standard.

Il provvedimento dell'AGCM fissa la sanzione complessiva di 76,5 milioni di euro senza indicare in che parte tale sanzione è ascrivibile alle clausole abusive nei contratti con la GCA e in che parte è ascrivibile alle clausole abusive nelle offerte standard.

Si deve ragionevolmente ritenere, in difetto di specificazioni sul punto, che l'AGCM abbia inteso ascrivere la sanzione in parti uguali alle due tipologie di condotte.

Dovendosi escludere la sanzione pecuniaria per le clausole abusive nelle offerte standard, il Collegio ritiene che per le clausole abusive nei contratti con la GCA la sanzione possa essere rideterminata in misura pari a 38,5 milioni di euro.

La sanzione di 38,5 milioni di euro va sommata alla sanzione di 76,5 milioni di euro correttamente quantificata per il secondo abuso contestato dall'AGCM (offerta non replicabile).

In totale, la sanzione è pari a 115 milioni di euro.

Resta ovviamente ferma la diffida già comminata dall'AGCM, in relazione a tutte le condotte abusive contestate.

## **15. Le questioni assorbite.**

La disamina sin qui compiuta e gli esiti del giudizio di appello, implicano l'assorbimento delle restanti censure contenute negli appelli, con cui sotto vari profili si denuncia:

- la perplessità della sentenza di primo grado;
- la impossibilità, o estrema difficoltà, di estrapolarne il concreto comando, vale a dire le statuizioni utili ai fini dell'esecuzione del giudicato;

- la mancata quantificazione della sanzione nell'esercizio del potere sostitutivo spettante al giudice (appello di Fastweb, motivo 8; appello di Wind, pagg. 10 – 13);
- l'erronea valutazione compiuta dalla sentenza in ordine al contenuto del parere dell'AGCom (appello di Wind, pagg. 81 – 85).

## **16. Osservazioni conclusive.**

**16.1.** Conclusivamente, in accoglimento parziale degli appelli principali dell'AGCM e di Albacom + 2, nonché degli appelli incidentali di Fastweb e di Wind, e in reiezione dell'appello incidentale di TI, il Collegio ritiene che il provvedimento dell'AGCM è legittimo:

- nelle parti in cui individua il mercato rilevante e la posizione dominante di TI;
- nella parte in cui ritiene che TI abbia abusato della sua posizione dominante nei contratti <<personalizzati>> con la GCA, mediante clausole contrattuali escludenti;
- nella parte in cui ritiene abusive le clausole contrattuali inserite nelle offerte standard all'utenza *business* privata;
- nella parte in cui ritiene che sia in relazione ai contratti con la GCA privata, sia in relazione all'offerta Consip, sia le condizioni tecniche che le condizioni economiche delle offerte di TI non sono replicabili da parte degli OLO;
- nella parte in cui ritiene che le clausole escludenti e le offerte non replicabili costituiscono due distinti abusi di posizione dominante;
- nella parte in cui, al fine della quantificazione della sanzione, ritiene molto gravi le condotte abusive, applica la recidiva e ritiene gli impegni futuri proconcorrenziali assunti da TI non rilevanti come circostanza attenuante.

Invece il provvedimento dell'AGCM è illegittimo, e va annullato e riformato:

- nella parte in cui considera molto grave l'abuso consistito nelle clausole escludenti nelle offerte standard alla clientela *business*, e commina la sanzione pecuniaria anziché la sola diffida.

**16.2.** Infine, il provvedimento dell'AGCM non può essere interpretato nel senso di precludere a TI la presentazione di offerte unitarie (sotto il profilo della visibilità esterna), e nel senso di precludere a TI la presentazione di offerte personalizzate, nei sensi e limiti già esposti.

## **17. Le spese di lite.**

La reciproca parziale soccombenza e la complessità delle questioni giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli principali e incidentali in epigrafe:

accoglie in parte l'appello principale dell'AGCM, l'appello principale di Albacom, Colt Telecom e Tiscali, nonché gli appelli incidentali di Wind e di Fastweb, nei sensi di cui in motivazione;

respinge l'appello incidentale di TI;

per l'effetto, quantifica le sanzioni pecuniarie nei confronti di TI in complessivi centoquindici (115) milioni di euro.

Spese compensate.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 10 febbraio 2006, con la partecipazione di:

Mario Egidio Schinaia

- Presidente

Sabino Luce  
Rosanna De Nictolis  
Francesco Caringella  
Roberto Chieppa

- Consigliere  
- Consigliere rel. ed est.  
- Consigliere  
- Consigliere

Il Presidente  
(Mario Egidio Schinaia)

L'estensore  
(Rosanna De Nictolis)

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....  
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)  
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO  
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa  
al Ministero.....  
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

## **Massime:**

*E' ammissibile un appello che non censuri punti e passaggi della sentenza gravata su cui non c'è soccombenza effettiva e dunque manchi l'interesse all'impugnazione.*

*Nei procedimenti sanzionatori condotti dall'AGCM, i clienti dell'impresa sanzionata hanno un interesse riflesso e derivato, sicché non è obbligatorio l'avviso di avvio del procedimento nei loro confronti, salvo il loro spontaneo intervento.*

*I compiti attribuiti all'Autorità nazionale di regolamentazione (AGCom) in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, non hanno fatto venire meno la generale competenza antitrust spettante all'AGCM: quest'ultima deve acquisire il parere della prima, che è obbligatorio e non vincolante, ma dalle cui risultanze l'AGCM può discostarsi con adeguata motivazione.*

*I provvedimenti dell'autorità antitrust hanno natura atipica e sono articolati in più parti: a) una prima fase di accertamento dei fatti; b) una seconda di «contestualizzazione» della norma posta a tutela della concorrenza, che facendo riferimento a «concetti giuridici indeterminati» (quali il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza) necessita di un'esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato (le norme in materia di concorrenza non sono di «stretta interpretazione», ma colpiscono il dato sostanziale costituito dai comportamenti collusivi tra le imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale); c) una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra «contestualizzato»; d) un'ultima fase di applicazione delle sanzioni, previste dalla disciplina vigente.*

*Per posizione dominante di un'impresa su un dato mercato, s'intende la possibilità da un lato di tenere comportamenti indipendenti, svincolati da quelli degli altri operatori concorrenti, senza con ciò subire pregiudizi, e dall'altro di ostacolare una concorrenza effettiva.*

*I parametri in base ai quali va espresso il giudizio di non replicabilità da parte dei concorrenti dell'offerta fatta agli utenti finali da parte dell'operatore dominante nel settore delle telecomunicazioni (Telecom Italia), contenuti nella delibera 152/2002 dell'AGCom, sono stati scelti nell'ambito di una pluralità di parametri economici, con una valutazione di carattere opinabile, che rientra nella scelta amministrativa discrezionale, sicché essi, purché non siano viziati da travisamento o illogicità, non possono essere sostituiti con diversi parametri proposti dalla parte.*

*Le clausole di scontistica fidelizzante, di esclusiva, di penalizzazione in caso di mancato raggiungimento di determinate soglie di consumo, di adeguamento a migliori condizioni fatte da altri operatori, se offerte da un imprenditore in posizione dominante sul mercato, con il preciso obiettivo di conservazione e recupero di quote di mercato, sono abusive in quanto volte ad ostacolare l'ingresso di concorrenti sul mercato (abuso di impedimento), anche ove, in ipotesi, non siano svantaggiose per i clienti.*

*Le clausole contrattuali autorizzate dall'Autorità nazionale di regolamentazione nel settore delle telecomunicazioni nei confronti dell'operatore in posizione dominante (Telecom Italia) non possono essere dichiarate anticoncorrenziali da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato se non previa adeguata valutazione della portata e dell'ambito dell'autorizzazione; in ogni caso, l'intervenuta autorizzazione incide sull'elemento soggettivo dell'abuso, e ne fa escludere la gravità, sicché può essere comminata la sanzione della diffida e non la sanzione pecuniaria.*

*Correttamente l'abuso di posizione dominante viene considerato <<molto grave>> avuto riguardo alla <<responsabilità particolare>> che grava sull'operatore dominante, alla sistematicità e reiterazione delle condotte abusive, alla consapevole sottrazione al controllo dell'Autorità di regolamentazione, al comprovato intento anticoncorrenziale perseguito nei confronti dei concorrenti, al raggiungimento dello scopo, alla recidiva e alla cessazione delle condotte solo a seguito di una pluralità di procedimenti sanzionatori.*

*In materia di illeciti amministrativi anticoncorrenziali, ancorché annessi dal vincolo della continuazione (identità del disegno illecito), non è applicabile il cumulo giuridico delle sanzioni, consentito dall'art. 8, co. 2, l. n. 689/1981 solo nel caso di violazioni in materia previdenziale e assistenziale.*