

Pubblicato il 28/02/2022

N. 02334/2022 REG.PROV.COLL.
N. 04894/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4894 del 2020, proposto da Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Cardarelli, Marco D'Ostuni, Filippo Lattanzi, Mario Siragusa, Federico Marini Balestra e G. Cesare Rizza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Mario Siragusa in Roma, piazza di Spagna 15;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Open Fiber s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Salonico, Luisa Torchia e Nicolle Purificati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luisa Torchia in Roma, viale Bruno Buozzi, 47;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Wind Tre s.p.a. con socio Unico - Direzione e Coordinamento Vip-Ckh Luxembourg s.à.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Guizzi e Ilaria Pagni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Vodafone Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Boso Caretta, Fabio Cintioli e Paolo Giugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

Enel s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Flavio Iacovone, Francesco Sciaudone e Daniela Fioretti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa concessione di misure cautelari,

del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in data 25.2.2020 n. 28162, A514, Condotte Fibra Telecom Italia, notificato in data 6.3.2020, con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: (i) ha accertato che Telecom Italia s.p.a. avrebbe violato l'art. 102 TFUE; (ii) le ha irrogato una ammenda pari a € 116.099.937,60; e (iii) l'ha diffidato a cessare le condotte contestate e non reiterarne di analoghe; nonché di ogni altro provvedimento, atto o comportamento presupposto, consequenziale o comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e di Open Fiber s.p.a. e gli interventi *ad*

opponendum spiegati da Wind Tre s.p.a., Vodafone Italia s.p.a. ed Enele s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2021 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe Telecom Italia s.p.a. ha impugnato il provvedimento con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in data 25.2.2020, ha accertato nei suoi confronti la violazione dell'art. 102 TFUE, le ha irrogato una ammenda pari a € 116.099.937,60 e l'ha diffidato a cessare le condotte contestate.

La ricorrente, società attiva nella fornitura di reti e servizi di telecomunicazioni, ha dedotto che le condotte contestate dall'Autorità riguardavano lo sviluppo di reti fisse di accesso in fibra ottica a banda ultralarga ("UBB", acronimo di ultra-broadband) e la fornitura di servizi UBB all'ingrosso e al dettaglio.

Tra le varie configurazioni possibili, la rete in fibra ottica poteva giungere fino agli armadi stradali (c.d. Fiber to the cabinet, "FTTC") o fino alle abitazioni degli utenti (Fiber to the home, "FTTH"); i servizi UBB con tecnologie FTTH erano quelli di migliore resa.

Nel 2015, il Governo italiano aveva notificato alla Commissione europea un piano di aiuti pubblici allo sviluppo di reti UBB nelle aree a rischio di restarne prive ("aree bianche"), per ridurre il divario digitale e raggiungere determinati obiettivi di copertura e prestazioni ("Piano BUL"); Infratel Italia s.p.a., società in-house del Ministero per lo sviluppo economico, è stata quindi incaricata di individuare le aree bianche (divise in due insiemi, detti cluster C e D, di cui il primo con migliori condizioni di redditività per

gli investimenti), mediante consultazioni pubbliche annuali volte a verificare livelli di copertura e piani di investimento privati nelle reti UBB per il triennio successivo, ed organizzare le gare per l'affidamento della costruzione e della gestione in concessione ventennale di una rete UBB in tali aree, finanziata interamente da sussidi pubblici.

Nella prima consultazione pubblica, nel luglio e dicembre 2015, TIM ha comunicato i propri dati (copertura al 31.3.2015, piani di investimento fino a marzo 2018), riservandosi di aggiornarli come poi ha effettivamente fatto nel corso della procedura; nelle aree bianche, TIM intendeva partecipare alle gare Infratel; nel resto d'Italia, essa pianificava di raggiungere gran parte delle unità immobiliari entro il 2017 con reti UBB in tecnologia FTTC e, in misura minore, FTTH.

A fine 2015, su iniziativa di Enel s.p.a., è stata costituita la società Open Fiber s.p.a. per operare nei soli mercati all'ingrosso delle telecomunicazioni di rete fissa; questa si dichiarava pronta a investire € 2,5 miliardi nello sviluppo di una rete FTTH in oltre 250 città italiane in tre anni e a partecipare alle gare Infratel.

A giugno e agosto 2016, Infratel ha lanciato i primi due bandi di gara (BUL 1 e 2) per lo sviluppo di una rete FTTH nella maggior parte delle regioni italiane, prevedendo un alto punteggio supplementare per gli operatori non attivi nei mercati al dettaglio, come Open Fiber.

TIM ha impugnato i bandi di gara contestando questo criterio e, al contempo, per ottenere almeno una parte del relativo punteggio, ha ipotizzato di partecipare in r.t.i. con fornitori di servizi di manutenzione e, in caso di aggiudicazione, costituire una società con garanzie di indipendenza, detenuta a maggioranza da un investitore finanziario. In data 17.10.2016, TIM ha presentato la sua offerta nella prima gara (BUL 1).

Tra agosto e ottobre 2016, TIM ha presentato tre esposti alla Commissione europea, affinché vigilasse sulla corretta applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato.

Nel frattempo, dopo la qualificazione ai fini della partecipazione alle gare Infratel, Open Fiber acquisiva Metroweb Italia s.p.a. (operatore all'ingrosso con reti FTTH soprattutto a Milano e Genova) e diventava una joint venture co-controllata da Enel e Cassa Depositi e Prestiti.

A dicembre 2016, le analisi interne di TIM confermavano che lo sviluppo di reti FTTC in aree nuove – inclusi alcuni comuni del c.d. cluster C delle aree bianche – avrebbe consentito importanti ritorni economici aggiuntivi e notevoli risparmi di costo, rispetto all'acquisto della fibra da concessionari terzi.

Quindi, in data 23.12.2016, senza interferire con la gara BUL 1 (allora in fase di valutazione delle offerte), TIM ha comunicato a Infratel l'elenco dei comuni oggetto della gara BUL 2 che programmava di coprire con reti FTTC; in tale contesto TIM riconosceva che il suo progetto non era “in linea con i requisiti di gara”, che imponevano “la tecnologia FTTH”; Infratel prendeva atto della comunicazione, riservandosi di valutarla nella successiva consultazione annuale.

Nella graduatoria provvisoria della prima gara, pubblicata in data 24.1.2017, Open Fiber è risultata prima in tutti i cinque lotti, con un'offerta molto distante da TIM per percentuale di copertura (92% contro 57%) e costi (€ 675 milioni contro € 1,1 miliardi).

In seguito, è stato reso noto che Open Fiber avrebbe sviluppato la rete solo fino a una distanza media di 17 metri da case ed edifici, mentre TIM nella propria offerta aveva stimato i costi anche del tratto finale.

TIM ha impugnato l'ammissione e, poi, l'aggiudicazione a Open Fiber, contestando l'anomalia dell'offerta e il fatto che Open Fiber avesse acquisito Metroweb prima della presentazione delle offerte, benché anche quest'ultima fosse pre-qualificata alla gara.

Quanto alla seconda gara, in linea con quanto comunicato a Infratel, TIM ha deciso di non partecipare e di coltivare investimenti autonomi; il piano c.d. Cassiopea, elaborato da TIM alla fine del 2016 e riguardante

investimenti per lo sviluppo di reti UBB con tecnologia FTTC, aveva, infatti, prospettive di ritorno economico e riduzione dei costi, rispetto allo scenario alternativo in cui la stessa TIM avesse dovuto acquistare tutti i servizi di rete presso terzi nelle aree bianche.

Nello scenario futuro di concorrenza stabile ipotizzato da TIM – nel quale Open Fiber avrebbe rifornito almeno il 60% della domanda degli operatori alternativi (“OLO”, acronimo di *other licensed operators*) – la stessa TIM avrebbe risparmiato costi per circa € 110 milioni all’anno per 20 anni (stime di marzo 2017); il tasso di rendimento sugli investimenti sarebbe stato del 12% (IRR o *internal rate of return*).

Secondo i piani, entro il 2018 le reti UBB con tecnologia FTTC di TIM avrebbero raggiunto il 53% circa delle unità immobiliari oggetto delle gare BUL 1 e 2.

Tra marzo e giugno 2017, TIM ha avviato l’esecuzione dei lavori e realizzato circa il 25% dei cabinet previsti, senza tuttavia utilizzarli.

A luglio 2017, con l’avvio dell’istruttoria dell’Agcm nel caso A514, TIM ha congelato tutte le attività di esecuzione del piano Cassiopea nelle aree bianche.

Con l’imprevisto scoppio della pandemia Covid-19, le aree bianche hanno sofferto in maniera drammatica la mancanza di queste reti; pertanto, dopo l’adozione del provvedimento, a partire da marzo 2020 i cabinet realizzati a luglio 2017 sono stati attivati con procedura d’urgenza, in linea con quanto disposto dall’Agcom in data 19.3.2020.

Alla data dell’attivazione, solo l’1,5% dei civici coperti dai cabinet risultava servito dalla rete di Open Fiber, che secondo le informazioni pubbliche fornite da Infratel non avrebbe completato la propria rete nelle aree bianche prima del 2023 e, quindi, con forti ritardi rispetto all’offerta presentata.

Con riferimento alle proposte di offerte all’ingrosso, nel 2017 TIM ha creato due nuovi profili tecnici e tariffari del servizio all’ingrosso VULA

con tecnologia FTTH (“VULA FTTH”), entrambi con alta velocità di ricezione (1.000 Mega/s), ma distinti per velocità di invio (100 e 500 Mega/s); TIM ha quindi comunicato all’Agcom i due nuovi profili disponibili dall’ultimo trimestre 2017 e le tariffe proposte, con canoni mensili pari a € 15,04/mese, per il primo profilo, e € 67,66/mese, per il secondo; l’Agcom, con delibera n. 87/18/CIR del 28.5.2018, ha approvato, per i due profili, canoni mensili rispettivamente pari a € 17,25/mese e € 77,57/mese, poi applicati da TIM per i 750 accessi VULA FTTH venduti nel 2017 e i 1.800 venduti nel 2018.

Nella successiva analisi di mercato (delibera n. 348/19/CONS), dopo un’ampia ricognizione dei costi degli operatori, l’Agcom ha accertato che effettivamente, nel precedente periodo 2017-18, il costo medio mensile del servizio VULA FTTH per un operatore efficiente era sceso addirittura a € 15,35/mese, ossia era stato molto più basso di quello posto da TIM a base delle tariffe proposte nel 2017 e rigettate dall’Agcom.

Nell’ambito del medesimo procedimento di approvazione, in data 27.4.2017, TIM ha proposto all’Agcom un’offerta di servizi all’ingrosso FTTC e FTTH con sconti a volume (nominata Easy Fiber), finalizzata ad accelerare lo sviluppo delle reti UBB e ripartire i rischi dell’investimento con i clienti.

Aderendo all’offerta proposta, l’acquirente doveva pagare subito in anticipo un contributo, corrispondente a una percentuale del prezzo totale dell’insieme delle linee di accesso che programmava di acquistare negli anni successivi e, in cambio, acquisiva il diritto a usufruire di un prezzo scontato per l’acquisto di queste linee, rispetto ai prezzi di listino approvati dall’Agcom.

Con la citata delibera n. 87/18/CIR, l’Agcom non ha approvato la proposta di TIM, invitando quest’ultima a formularne una nuova secondo specifici criteri; a quella data, TIM aveva sottoscritto pochi contratti Easy Fiber con operatori di minori dimensioni.

Quanto al mercato al dettaglio, tra il 2016 e il 2018, TIM ha offerto servizi UBB sul mercato al dettaglio a condizioni promozionali, con modalità simili e prezzi più elevati rispetto ad analoghe offerte degli OLO.

All'interno delle offerte TIM Smart Fibra e TIM Connect, le condizioni proposte prevedevano un canone mensile scontato per i primi 12 mesi, la possibilità di abbinare l'acquisto del modem o, in versioni successive, un servizio di assistenza tecnica (c.d. TIM Expert), la facoltà per il cliente di pagare il modem o il servizio abbinato subito oppure in rate di 24, 36 o 48 mensilità, a propria scelta e, in caso di recesso anticipato entro 24 mesi, la restituzione degli sconti fruiti sul canone mensile; per i clienti che avessero optato per la rateizzazione del modem o di TIM Expert, l'obbligo di pagare eventuali importi ancora dovuti al momento del recesso anticipato, in un'unica soluzione o secondo il piano rateale previsto.

Mediante le verifiche c.d. di replicabilità, l'Agcom ha accertato che gli OLO potevano offrire servizi analoghi a prezzi anche più bassi di quelli di TIM.

L'Agcm ha condiviso le valutazioni dell'Agcom su questo punto.

Con delibere nn. 348/18/CONS e 487/18/CONS, l'Agcom ha adottato misure per garantire l'interoperabilità dei modem e degli apparati d'utente con i servizi UBB di qualsiasi operatore e limitato a 24 mesi la durata dei piani rateali per l'acquisto di servizi accessori.

Nel 2018, TIM si è adeguata alle nuove misure e, in data 1.1.2019, ha comunicato agli utenti la rinuncia a chiedere la restituzione degli sconti in caso di recesso anticipato.

L'Agcm ha avviato, in data 28.6.2017, il proc. A514, esteso oggettivamente in data 14.2.2018; in data 20.11.2018, dopo il market test, rigettato gli impegni presentati da TIM; in data 17.5.2019, notificato la Comunicazione delle risultanze istruttorie.

Con delibera n. 29/20/CONS, l'Agcom ha reso il parere ex art. 1.6.c.11 l. 249/1997 sulla bozza di provvedimento finale.

Con il provvedimento impugnato l'Autorità ha accertato quanto segue:

- (a) TIM sarebbe dominante nei mercati rilevanti dei servizi di accesso alla rete fissa a banda larga e UBB all'ingrosso ("mercato wholesale") e delle telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e UBB ("mercato retail"), entrambi di dimensione geografica nazionale;
- (b) le condotte contestate sarebbero tutte parte di una unica strategia escludente di abuso della regolazione pubblica, diretta a escludere Open Fiber dal mercato *wholesale* in violazione dell'art. 102 TFUE;
- (c) il piano Cassiopea (definito una forma di *regulatory gaming*) sarebbe abusivo, perché gli investimenti previsti non erano remunerativi, ma servivano solo a convincere Infratel a revocare i sussidi pubblici, facendole credere che le aree interessate non fossero più bianche;
- (d) il contenzioso amministrativo e le segnalazioni alla Commissione (considerati una forma di *sham litigation*) sarebbero temerari, a prescindere dall'esame del merito delle singole iniziative, poiché TIM avrebbe mirato solo a ostacolare lo svolgimento delle gare creando un clima di incertezza, che avrebbe rallentato di tre mesi l'esito della prima gara;
- (e) le offerte all'ingrosso proposte da TIM all'Agcom (qualificate come strategia di *pre-emption*) sarebbero abusive, perché i canoni mensili proposti per il VULA FTTH erano inferiori ai costi medi di fornitura e l'offerta Easy Fiber avrebbe vincolato in esclusiva per anni gran parte del mercato se non fosse stata vietata; entrambe le offerte sarebbero state prive di razionalità economica, in quanto finalizzate solo a sottrarre potenziali clienti a Open Fiber, e avrebbero prodotto concreti effetti restrittivi;
- (f) le offerte al dettaglio (definite condotte di *lock in*) sarebbero state abusive, perché – pur avendo prezzi replicabili e più alti delle offerte concorrenti – legavano i clienti finali a TIM, prevedendo costi di uscita privi di razionalità economica in caso di recesso anticipato, allo scopo di pregiudicare gli OLO che fossero clienti all'ingrosso di OF e sottrarle così

potenziale domanda. Anche queste condotte avrebbero prodotto effetti concreti, facendo crescere nel 2017 la quota di mercato di TIM.

La complessiva strategia abusiva così delineata costituirebbe una infrazione “grave” dell’art. 102 TFUE, perché idonea a escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti, boicottare lo sviluppo di reti UBB e pregiudicare il consumatore con offerte impegnative.

Quanto alla durata, *regulatory gaming* (piano Cassiopea) e *sham litigation* (azioni legali) sarebbero durate dal 23.12.2016 ad “agosto 2018”, la *pre-emption* della domanda (offerte all’ingrosso) sarebbe durata dal 28.2.2017 al 28.5.2018 e il *lock in* (offerte al dettaglio) sarebbe iniziato il 20.2.2017 e ancora in corso al momento dell’adozione del provvedimento.

La sanzione di € 116.099.937,60 è stata calcolata prendendo come base il 5% del fatturato 2018 (“ultimo anno completo di attuazione dell’infrazione”) nei mercati rilevanti, per 2 anni, 8 mesi, 25 giorni di durata, con riduzione del 5% per il programma di *compliance* di TIM, del 15% perché TIM non aveva “sostanzialmente commercializzato” le offerte all’ingrosso contestate, e ulteriore riduzione del 70% ex art. 34 delle Linee guida sulle sanzioni dell’Agcm, perché TIM aveva rimosso molti effetti restrittivi delle condotte sui mercati al dettaglio.

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure:

I. Violazione e falsa applicazione dell’art. 102 TFUE. Travisamento dei fatti. Eccesso di potere per insufficienza o carenza della motivazione. Errata definizione del mercato geografico rilevante.

Secondo il provvedimento, i mercati rilevanti ai fini dell’abuso sarebbero quelli dei servizi di accesso all’ingrosso alla rete fissa a banda larga e UBB (mercato *wholesale*) e telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e UBB (mercato *retail*), entrambi di dimensione nazionale. Nel mercato *wholesale* rientrerebbero servizi appartenenti a mercati rilevanti distinti sul piano regolamentare (c.d. mercati 3a, mercato dell’accesso

locale all'ingrosso in postazione fissa a livello locale, e 3b, mercato dell'accesso all'ingrosso a livello centrale).

L'attribuzione di una dimensione geografica nazionale a questi mercati sarebbe illegittima, perché in Italia esisterebbero distinti mercati rilevanti geografici di minore estensione, con condizioni competitive e regolamentari differenti, come confermato anche dall'Agcom.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE e dell'art. 2 del Reg. 1/2003 sull'onere della prova. Eccesso di potere per carenza di motivazione e contraddittorietà manifesta. Omessa prova di circostanze decisive. Insussistenza di un'unica strategia abusiva.

Il provvedimento avrebbe illegittimamente accomunato in una presunta strategia unitaria condotte con obiettivi diversi, non complementari e addirittura incompatibili, senza alcuna prova di un piano d'insieme che le includesse tutte e che consentisse di qualificarle complessivamente come una strategia unitaria di "abusi della regolazione pubblica".

In particolare, la condotta di *lock in* non aveva un obiettivo identico alle altre e non mirava a "*impedire che la clientela finale [fosse] contendibile dagli operatori alternativi che hanno scelto di approvvigionarsi di risorse di rete all'ingrosso da Open Fiber anziché da TIM*", non era diretta contro Open Fiber, né contro i soli OLO che avessero "*scelto di approvvigionarsi di risorse all'ingrosso da [OF]*"; piuttosto, le sue eventuali ricadute avrebbero potenzialmente interessato tutti gli OLO concorrenti nel mercato *retail* (quindi non Open Fiber, attiva solo nel mercato *wholesale*), i quali peraltro acquistavano servizi all'ingrosso principalmente dalla stessa TIM o da operatori diversi da Open Fiber.

In tale contesto, la presunta maggiore fidelizzazione dei clienti finali poteva mirare solo all'obiettivo di attenuare il tasso di recessi e mantenere un flusso di ricavi più stabile per il fornitore, nei limiti di quanto consentito dalla concorrenza degli altri operatori.

Nemmeno poteva sostenersi che le azioni legali di TIM fossero “*finalizzate a compromettere lo svolgimento degli investimenti pubblici nelle aree bianche*” o a “*sabotare il piano di investimenti pubblici*”, rafforzando gli effetti delle altre condotte, poiché queste iniziative avevano obiettivi diversi e incompatibili con le altre condotte: le impugnazioni avverso la disciplina della prima gara miravano infatti a tutelare la partecipazione di TIM, su un piano di parità con i concorrenti.

Analogamente, i ricorsi contro l’ammissione dell’offerta di Open Fiber e la successiva aggiudicazione della prima gara alla stessa Open Fiber erano diretti a ottenere l’aggiudicazione della gara a TIM.

III. Violazione e falsa applicazione dell’art. 102 TFUE e dell’art. 2 del Reg. 1/2003 sull’onere della prova. Omessa prova di circostanze decisive. Insufficienza e illogicità della motivazione. Difetto d’istruttoria. Mancata prova dell’idoneità escludente della presunta strategia unitaria.

L’Agcm non avrebbe provato la probabilità della preclusione concorrenziale delle condotte contestate, singolarmente o nel loro complesso, né la sussistenza dei pretesi effetti concreti da esse prodotti.

IV. Violazione e falsa applicazione dell’art. 102 TFUE e dell’art. 2 del Reg. 1/2003 sull’onere della prova. Errore di fatto, contraddittorietà intrinseca, carenza istruttoria e motivazionale decisiva con riguardo alla presunta strumentalità della condotta contestata. Carenza e mancata prova della astratta capacità escludente della condotta contestata. Infondatezza degli addebiti relativi al piano Cassiopea (*regulatory gaming*).

Secondo il provvedimento, gli investimenti pianificati da TIM alla fine del 2016 per lo sviluppo di reti UBB con tecnologia FTTC nelle aree bianche (piano Cassiopea) sarebbero stati abusivi; ciò in quanto i nuovi investimenti pianificati da TIM sarebbero stati non remunerativi e adottati solo con l’“*intento strumentale*” di impedire che Infratel erogasse finanziamenti pubblici per la realizzazione di reti FTTH nelle aree bianche e di indurre surrettiziamente l’interruzione delle procedure di gara.

Di contro, gli investimenti di TIM davano sufficienti garanzie di redditività, non erano idonei a impedire l'erogazione dei finanziamenti pubblici né diretti a tal fine e non erano comunque idonei a escludere Open Fiber dal mercato.

L'Agcm non avrebbe dimostrato che il piano Cassiopea fosse astrattamente idoneo a impedire l'erogazione dei sussidi pubblici e unicamente preordinato in via emulativa a impedire tale erogazione.

V. Violazione e falsa applicazione degli artt. 24 e 111 Cost. e 102 TFUE. Eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di istruttoria, manifesta irragionevolezza, mancato assolvimento all'onere probatorio in relazione all'intento ed effetto escludente. Infondatezza delle contestazioni sulle azioni legali temerarie (*sham litigation*).

L'Agcm non avrebbe tenuto conto del fatto che le iniziative giudiziarie di TIM, per il loro oggetto e per la natura delle domande proposte, non miravano affatto a impedire la prima gara Infratel, quanto piuttosto a consentire alla stessa TIM di parteciparvi e – ove la sua offerta fosse stata la migliore – aggiudicarsela, nel rispetto formale e sostanziale delle norme applicabili; quindi, si trattava di iniziative oggettivamente preordinate a tutelare una corretta concorrenza in sede di gara e incompatibili con la volontà di impedirne il prosieguo.

VI. Violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE e dell'art. 2 del Reg. 1/2003 sull'onere della prova. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorio e motivazione. Omessa prova su fatti decisivi. Errore e travisamento di fatto. Contraddizione e difetto di motivazione, anche con riguardo alle diverse valutazioni del Parere Agcom. Infondatezza degli addebiti relativi alle proposte di offerte all'ingrosso (*pre-emption*).

Secondo il provvedimento, come parte della strategia escludente avverso Open Fiber, nel 2017 TIM avrebbe proposto all'Agcom e, nelle more, applicato in via transitoria nuove tariffe troppo basse per i servizi VULA

FTTH, “*al di sotto dei costi medi di fornitura*”, e un’offerta di servizi VULA con sconti a volume (Easy Fiber), considerata “*legante*”– ossia “*destinata a generare un lock-in*” pluriennale di una “*consistente quota della clientela wholesale*”.

Questa “*politica commerciale aggressiva a livello wholesale*” avrebbe avuto solo “*finalità di pre-emption*”, ossia sarebbe stata diretta a sottrarre in anticipo potenziale domanda a Open Fiber, accostando artificialmente i prezzi dei servizi VULA FTTH a quelli più bassi dei servizi VULA FTTC. L’Autorità, però, non avrebbe tenuto conto delle procedure regolamentari di approvazione delle tariffe all’ingrosso proposte da TIM, né dimostrato che tali proposte fossero predatorie o leganti, e ne avrebbe travisato i presunti effetti.

VII. Violazione e falsa applicazione dell’art. 102 TFUE. Mancata prova di una circostanza decisiva (idoneità a produrre effetti leganti). Carenza istruttoria, contraddittorietà intrinseca e difetto di motivazione. Mancata prova della idoneità delle offerte al dettaglio a produrre gli effetti escludenti ipotizzati (*lock in*).

Secondo il provvedimento, come parte della strategia abusiva escludente, nel periodo “2016-2019” TIM avrebbe inserito “*meccanismi di lock-in*” nelle offerte TIM Smart Fibra e TIM Connect con il duplice obiettivo di “*pre-emption*”, ossia “*drenare il bacino di domanda residua contendibile da OF*”, e “*lock-in*”, ossia vincolare a lungo in esclusiva la clientela, rendendola non contendibile per gli operatori che acquistassero “*risorse di rete all’ingrosso da Open Fiber anziché da TIM*”.

Il principale elemento contrattuale legante sarebbe stata la vendita abbinata (a servizi di accesso UBB) del modem, prima, e del servizio di assistenza TIM Expert, dopo, con una struttura tariffaria “*priva di razionalità economica*”; più specificamente, i prezzi delle offerte in esame sarebbero stati estremamente vantaggiosi nei primi dodici mesi e, poi, più elevati di quelli sul mercato per le apparecchiature e per il servizio TIM Expert,

abbinati proprio al fine di “*accresc[ere] i costi impliciti per il consumatore e, quindi, il prezzo reale*” dell’offerta.

Tuttavia, nel caso di specie, già dal punto di vista formale, le offerte contestate non avevano una struttura legante, perché l’abbinamento del modem o del servizio TIM Expert era puramente facoltativo per il cliente; anche la rateizzazione dei costi del modem o di TIM Expert era facoltativa, non obbligatoria, e l’utente poteva scegliere liberamente anche il numero di rate tra le varie opzioni disponibili. Solo chi avesse optato per lunghi piani rateali rischiava di affrontare costi di uscita anticipata più elevati.

Pertanto, gli utenti erano liberi di acquistare da TIM solo i servizi UBB e, qualora volessero anche il modem o il servizio TIM Expert, di scegliere se e come rateizzarli.

VIII. Violazione e falsa applicazione degli artt. 15 e 31 della legge n. 287/90 e dell’art. 11 della legge n. 689/81. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza di istruttoria, erronea o mancata valutazione delle risultanze istruttorie. In subordine. Assenza del presupposto della gravità, necessario per irrogare una sanzione.

Le condotte contestate non potrebbero dirsi gravi in quanto non presenterebbero un’oggettiva idoneità a produrre effetti anticoncorrenziali.

IX. Violazione e falsa applicazione degli artt. 15 e 31 della legge n. 287/90 e dell’art. 11 legge n. 689/81. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità e per carenza di motivazione. In subordine. Illegittima applicazione dei criteri di quantificazione della sanzione, con riguardo a valore delle vendite, coefficiente di gravità e durata.

L’Agcm avrebbe erroneamente determinato il valore delle vendite, la percentuale di gravità della sanzione e la durata dell’infrazione.

Si sono costituiti l’Agcm e Open Fiber resistendo al ricorso; hanno spiegato intervento *ad opponendum* Enel s.p.a., Wind Tre s.p.a. e Vodafone Italia s.p.a..

Con ordinanza n. 4964 del 20 luglio 2020 questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare.

All'udienza pubblica del 3 novembre 2021 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Il procedimento in esame ha tratto origine da alcune segnalazioni inviate all'Autorità a partire dal 2017 da Infratel Italia s.p.a., Enel s.p.a., Open Fiber s.p.a., Vodafone Italia s.p.a., Wind Tre s.p.a., Fastweb s.p.a. e dall'Associazione Italiana Internet Provider, con riferimento a condotte anticoncorrenziali poste in essere da Telecom Italia s.p.a. al fine di ostacolare la concorrenza nelle gare indette da Infratel nel corso del 2016 per la copertura delle aree a fallimento di mercato del territorio nazionale nell'ambito della Strategia italiana per la banda ultralarga.

Secondo quanto previsto dalla Comunicazione della Commissione Europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo di reti a banda larga, infatti, gli Stati dell'Unione sono autorizzati a concedere finanziamenti pubblici per la realizzazione di reti a banda larga/ultralarga, senza incorrere in una violazione della disciplina sugli aiuti di Stato, in quanto il finanziamento avvenga in favore di soggetti selezionati attraverso apposite procedure di gara e sia indirizzato a quelle aree del Paese nelle quali l'infrastrutturazione è carente e stenta a decollare (cd. aree bianche).

In linea con le indicazioni della Commissione europea Infratel, società costituita su iniziativa del Ministero dello Sviluppo Economico e dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a. (Invitalia) quale soggetto attuatore dei Piani banda larga e ultralarga predisposti dal Governo nell'ambito dell'Agenda Digitale Europea, nel 2015 ha svolto una consultazione di mercato volta appunto ad individuare, nel confronto con gli operatori, le aree nelle quali le reti erano

assenti e le imprese private non sarebbero state in grado di investire autonomamente nei prossimi tre anni (aree bianche); all'esito della consultazione, riscontrata l'assenza di operatori privati disposti a procedere in autonomia alla costruzione di reti negli anni a venire in una serie di aree puntualmente individuate, la Commissione europea ha autorizzato l'intervento pubblico nella costruzione di reti telefoniche in tali aree con decisione n. SA41647 del 30 giugno 2016, e Infratel ha bandito le procedure selettive per individuare i soggetti cui aggiudicare la costruzione, mediante l'assegnazione di risorse pubbliche, e la successiva gestione in concessione, di infrastrutture di rete a banda ultralarga (Ultra Broad Band o UBB).

In tale contesto Telecom, che ha partecipato alla consultazione dichiarando di non voler investire senza finanziamento pubblico in una serie di aree tecnologicamente molto carenti, avrebbe poi adottato una serie di iniziative volte a bloccare il completamento delle procedure di gara e la realizzazione delle reti da parte dell'impresa che era risultata aggiudicataria, ossia Open Fiber, controllata da Enel e dalla Cassa depositi e prestiti.

L'alterazione delle gare sarebbe stata posta in essere da Telecom: (a) richiedendo una modifica, in corso di gara, dei propri piani di investimento rispetto a quelli dichiarati a Infratel in sede di consultazione pubblica, implicante la trasformazione di alcune aree bianche in aree grigie/nere e viceversa, suscettibile di porre nuovamente in discussione la necessità dell'intervento pubblico in tali territori; (b) comunicando pubblicamente, a gara in corso, di non volere partecipare alla seconda gara indetta, dopo essersi regolarmente pre-qualificata, e di investire comunque nelle aree bianche a fallimento di mercato con un piano di copertura autonomo; (c) presentando numerosi ricorsi a varie autorità giudiziarie e amministrative, nazionali ed europee, per contestare strumentalmente la struttura dei bandi di gara e ritardare le procedure di aggiudicazione.

Tale strategia sarebbe stata accompagnata da varie iniziative tese a legare preventivamente la clientela, all'ingrosso e al dettaglio, con congruo anticipo rispetto alla realizzazione delle reti concorrenti a quella di Telecom.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente ha contestato l'individuazione del mercato rilevante operata dall'Agcm.

Con riferimento alla fattispecie di abuso di posizione dominante, secondo la giurisprudenza la perimetrazione del mercato rilevante rappresenta un *prius* logico e pratico, quale presupposto essenziale dell'illecito in relazione al quale la condotta ascritta considerata può assumere i tratti dell'abuso come contestato (Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271); infatti, nell'ipotesi di abuso posizione dominante, a differenza di quella di intesa restrittiva, la delimitazione del mercato di riferimento inerisce ai presupposti del giudizio sul comportamento che potrebbe essere anticoncorrenziale e, in tal caso, occorre preventivamente accertare l'esistenza di una dominanza nel mercato stesso (Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2837). Inoltre, la definizione medesima di "mercato rilevante" non è connotata in senso meramente geografico o spaziale ma è relativa anche e soprattutto all'ambito nel quale l'intento anticoncorrenziale ha, o avrebbe, capacità di incidere e attitudine allo stravolgimento della corretta dinamica concorrenziale (Cons. Stato, Sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334).

In particolare il "mercato rilevante" deve essere individuato in quella zona geograficamente circoscritta, connotata da condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee, nella quale, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra di loro intercambiabili o sostituibili in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati, le imprese che forniscono quel prodotto o servizio si pongono tra di loro in rapporto di concorrenza, con utilizzo di regole scientifiche per lo più tratte

dalla scienza economica oltre che da regole di comune esperienza (Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873).

In sostanza, l'individuazione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto che non di rado presenta margini di opinabilità, sui quali il giudice amministrativo non può intervenire, sostituendosi alle valutazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a meno che queste non risultino viziate sotto il profilo del travisamento dei fatti, della violazione di legge e della irragionevolezza (Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673).

In generale, anche questa Sezione ha ribadito (T.A.R. Lazio, Roma Sez. I, 17 maggio 2021, n. 5801; 25 febbraio 2015, n. 3341) il principio espresso dalla Corte di cassazione, secondo cui “Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini" (Cass. civ., SS.UU., 20 gennaio 2014 n. 1013).

Ne discende che devono ritenersi sostanzialmente inammissibili le censure volte a contestare nel merito apprezzamenti e valutazioni di carattere tecnico-discrezionale rimessi all'Autorità, che trovano un limite nel solo rispetto dei generali principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità,

oltre che del vincolo di coerenza comunitario (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 10 febbraio 2016, n. 1934; Cons. Stato, Sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4228).

In sostanza, il giudice amministrativo, nello specifico contenzioso, non può sostituirsi all'Autorità di settore (Agcm) nell'individuazione del mercato rilevante se questa risulti attendibile secondo la scienza economica, nonché immune da vizi logici e di violazione di legge (Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2013, n. 2002).

Nella fattispecie l'individuazione del mercato rilevante delineata nel provvedimento impugnato si sottrae alle censure proposte, in quanto l'analisi del contesto di mercato su cui hanno influito le condotte contestate è stata operata approfonditamente e giungendo a conclusioni del tutto coerenti con gli elementi emersi dall'istruttoria svolta.

In particolare, l'Autorità ha individuato nella fattispecie, ai parr. 53 e ss. e 442 e ss. del provvedimento, due mercati rilevanti: il mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete telefonica fissa - di tipo fisico o virtuale - a banda larga e ultralarga, anche denominato mercato *wholesale* o "a monte", nel quale la domanda è rappresentata dalle imprese di telecomunicazione interessate ad acquistare l'uso di reti per offrire i propri servizi alla clientela finale; il mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa, a banda larga e ultralarga, anche denominato mercato *retail* o "a valle".

In Italia, l'unico operatore proprietario di una rete di accesso capillarmente diffusa anche a livello locale su tutto il territorio nazionale è Telecom, al quale tutti gli altri soggetti che operano nell'offerta di servizi telefonici devono quindi rivolgersi per poter acquistare la disponibilità dell'infrastruttura necessaria a connettere, poi, i propri clienti.

La ricorrente ha sostenuto che il provvedimento avrebbe indebitamente incluso in un unico mercato nazionale i territori del Comune di Milano e di altri 26 Comuni, dove le condizioni di concorrenza infrastrutturale, le

quote di mercato degli operatori, i prezzi e la normativa applicabile sarebbero così peculiari da identificare mercati geografici distinti.

Nel Comune di Milano, infatti, vi sono ben tre reti FTTH concorrenti, due delle quali coprono il 90% del territorio (Open Fiber, TIM) e una il 40% (Fastweb), tanto che Fastweb intenderebbe dismettere la propria e migrare su quella di Open Fiber; nei mercati milanesi 3a e 3b, molti operatori hanno quote di mercato ragguardevoli e anche maggiori di TIM.

Nel mercato 3b TIM è il terzo operatore per dimensioni mentre, nel mercato 3a, la quota di TIM ha subito un netto calo rispetto al 2016 (quando era il 69%); invece, nel resto d'Italia la quota media di TIM nel 2018 era pari al 90% nel mercato 3a e al 52% nel mercato 3b.

Sempre a Milano, Open Fiber fornisce circa 259.000 linee all'ingrosso (equivalenti al 40% degli accessi al dettaglio), 32 mila concessioni d'uso permanente per fibra fino alla base degli edifici e 8.000 accessi al segmento di terminazione in fibra.

L'attribuzione di una dimensione geografica nazionale a questi mercati sarebbe illegittima, perché in Italia esistono distinti mercati rilevanti geografici di minore estensione, con condizioni competitive e regolamentari differenti.

In merito il provvedimento, nel disattendere le contestazioni avanzate da Telecom con riferimento all'individuazione del mercato rilevante già nel corso del procedimento, ha osservato, al par. 460, che *“Quanto alla dimensione geografica, non si riscontrano allo stato differenze rilevanti di condizioni concorrenziali tali da potere dedurre l'esistenza di più mercati all'interno del territorio nazionale. TIM è l'unico operatore a possedere un'infrastruttura di rete capillarmente diffusa sull'intero territorio nazionale, sia di banda larga sia di banda ultralarga. La situazione specifica del Comune di Milano, dove da tempo esiste una infrastruttura di rete di accesso a banda ultralarga alternativa a quella di TIM, non consente allo stato di operare una segmentazione geografica del mercato*

nazionale. Si rileva, infatti, che anche nel peculiare contesto milanese, TIM gode di un forte grado di indipendenza sotto il profilo concorrenziale, essendo in ogni caso dotata a sua volta, in quanto operatore incumbent del mercato, di una propria rete di accesso. In tal senso, anche in questo contesto, TIM dispone di una condizione concorrenziale comunque diversa dal resto degli operatori attivi sul mercato retail, in quanto questi ultimi non dispongono di infrastrutture di rete di accesso diffuse e capillari sull'intero territorio nazionale. 461. In generale, inoltre, gli operatori attivi in Italia e, soprattutto, i principali concorrenti di TIM, manifestano un interesse a offrire servizi di telecomunicazioni sull'intero territorio nazionale anziché soltanto in alcune aree specifiche”.

L'Autorità ha anche evidenziato che i clienti finali pongono sullo stesso piano le tipologie di servizio telefonico basate sulle diverse modalità di connessione (parr. 448-449) e non sono quindi disposti a pagare i servizi a banda ultralarga più di quanto sono disposti a pagare quelli a banda larga, sicché anche sotto tale profilo l'unicità del mercato in questione risulta confermata: il provvedimento ha precisato, in proposito, che “i consumatori, in larga parte e, comunque, in quantità “critica” rispetto alla domanda complessiva, appaiono manifestare delle preferenze fortemente sbilanciate a favore della convenienza di prezzo, tanto che gli operatori di telecomunicazioni non riescono a fissare dei prezzi più elevati per i servizi a banda ultralarga rispetto a quelli vigenti per offerte di connettività a banda larga. Sul mercato, infatti, sono facilmente riscontrabili offerte per servizi a banda larga di tipo Adsl, con velocità di trasmissione dei dati asimmetriche in download e upload, che presentano livelli dei prezzi pienamente comparabili a quelli di offerte di connessioni in fibra ottica (banda ultralarga), con velocità di trasmissione dei dati addirittura simmetriche. 449. Tale circostanza non è smentita da TIM, che nella sua memoria conclusiva, sul punto ha infatti rilevato che gli operatori sono disposti a praticare tariffe iso-prezzo al dettaglio per i

nuovi servizi a banda ultralarga anche se al solo scopo di mantenere il rapporto con il cliente. L'invarianza sostanziale tra i prezzi delle offerte di servizi a banda larga e ultralarga al dettaglio sarebbe praticata dalla generalità degli operatori attivi sul mercato ancorché vi siano sensibili differenze di prezzo per gli operatori nell'approvvigionarsi di servizi di accesso all'ingrosso a banda ultralarga anziché a banda larga. Le differenze di prezzo, naturalmente, sono attribuibili alla diversità di costi sottostanti un servizio di accesso all'ingrosso a banda larga e un servizio a banda ultralarga. Tuttavia, si deve rilevare che, per gli anni qui oggetto di analisi, la sostituibilità dal lato dei consumatori finali tra accessi a banda larga e ultralarga è stata sufficiente da indurre gli operatori a non modificare in sostanza i prezzi dei servizi finali a fronte dei maggiori costi wholesale”.

Al riguardo l'Agcom, nella propria delibera di analisi dei mercati dell'accesso 348/19/CONS, pur avendo rilevato una maggiore dinamicità concorrenziale a Milano e in altri 26 Comuni, ha affermato che le aree dei Comuni contendibili hanno presentato una “*situazione concorrenziale [...] tale per cui non si giustifica una piena distinzione di queste aree geografiche e, dunque, l'identificazione di mercati geografici distinti sotto il profilo regolamentare*”; secondo tale delibera, nel resto del territorio nazionale TIM mantiene un significativo potere di mercato, che ha richiesto l'imposizione di obblighi regolamentari ex ante nell'intero territorio nazionale, con la sola eccezione della città di Milano.

Inoltre, con riferimento all'intervallo temporale oggetto del procedimento A514, l'Agcom ha condiviso l'inclusione in un unico mercato dei servizi a banda larga e a banda ultralarga, data la relazione di sostituibilità che esiste tra le due tipologie di accesso alla rete fissa, e l'assenza di sostituibilità, dal lato della domanda, tra i servizi a banda stretta e servizi a banda larga/ultralarga.

Peraltro, deve osservarsi che le valutazioni sui mercati dell'Agcom e dell'Autorità Antitrust si basano su presupposti di intervento diversi, complementari ma distinti, e rispondono a finalità diverse, sicché deve ritenersi fisiologica l'ipotesi della non completa sovrapponibilità delle stesse, come più volte affermato dal giudice amministrativo, secondo il quale "l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza non è esclusa nei casi in cui le disposizioni regolamentari lascino sussistere la possibilità per le imprese di adottare comportamenti autonomi atti ad ostacolare (...) la concorrenza, confermando l'esistenza di un doppio controllo, regolatorio e antitrust", e "le funzioni delle due Autorità (nel caso di specie, AGCM e AGCom) sono in rapporto non di antitesi", né di "esclusione" o "sovrapposizione", "ma di complementarità", onde anche "la presenza di un atto di approvazione o ratifica da parte del regolatore delle condotte investigate non impedisce in ogni caso all'autorità della concorrenza di sindacare e condannare la medesima condotta" (Consiglio di Stato, 15 maggio 2015, n. 2479).

Nel contesto descritto, quindi, del tutto correttamente l'Autorità ha concluso che sia il mercato all'ingrosso (dell'accesso alla rete) che quello al dettaglio (della fornitura del servizio di telefonia fissa) debbano ricomprendere tanto i servizi basati su reti a banda larga tanto quelli basati su reti a banda ultra-larga (par. 447).

Sempre nell'ambito del primo motivo la ricorrente ha contestato la propria posizione dominante sul mercato dell'intero territorio nazionale.

Al riguardo l'art. 102 sul Trattato di funzionamento dell'Unione Europea stabilisce che "È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre

condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi”.

La norma, come pure l'art. 3 L. n. 287 del 1990, vieta l'abuso di posizione dominante, ma non fornisce una definizione dello stesso, rimettendo, in tal modo, all'interprete la specificazione dei concetti generali presenti nella disposizione nonché l'individuazione delle fattispecie delle condotte meritevoli di sanzione, stante la chiara non esaustività dell'elencazione dei comportamenti ivi descritti (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 1 dicembre 2020, n. 12840).

In proposito si è, in primo luogo, osservato come “la posizione dominante è una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori” (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, C - 27/76 United Brands).

L'analisi effettuale, di conseguenza, assume un valore determinante, atteso che “l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero stati necessariamente decisivi” (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, cit.).

La norma, dunque, delinea una fattispecie “aperta”, con la conseguenza che per aversi posizione dominante non è necessario che un'impresa si trovi in una posizione di monopolio o di quasi monopolio su un dato mercato, atteso che ciò che rileva è la possibilità per l'impresa di essere in

grado (se non di decidere, quantomeno) di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza (Corte di giustizia CE 14 febbraio 1978, C-27/76, e 13 febbraio 1979, C-85/76, Hoffmann/La Roche).

Ciò posto, l'esistenza di una posizione dominante non è di per sé incompatibile con le norme in materia di concorrenza, atteso che è possibile che l'impresa competa lecitamente sul mercato con gli altri concorrenti; si è quindi inferito che la "dominanza" genera nell'impresa una "speciale responsabilità" di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto (Corte di giustizia CE, 14 novembre 1996, n. 333/94).

Ne deriva, anche alla luce della già rilevata portata proteiforme della nozione di abuso, derivante dalla non esaustività dell'elenco contenuto nell'art. 102 del Trattato, che l'applicazione della suddetta disposizione implica "un'attività di «contestualizzazione», frutto di una valutazione complessa, che rapporta fattispecie giuridiche che, per il loro riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate, come quelle di mercato rilevante e di abuso di posizione dominante, al caso specifico" (Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2014).

Fermo restando detto ineliminabile "margine di opinabilità", l'interprete dovrà identificare, pur nella varietà e eterogeneità delle situazioni di fatto, la sussistenza di un rapporto effettivo tra l'interesse generale protetto dalle previsioni a tutela della concorrenza e del mercato e la situazione considerata dal provvedimento (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 giugno 2019, n. 7175).

Alla luce dei riportati principi il Collegio ritiene che le doglianze proposte sotto tale profilo non possano trovare accoglimento.

L'analisi delle quote di mercato, riportata nel provvedimento, ha evidenziato che a fine 2016, al momento iniziale dell'infrazione, TIM

aveva una quota pari al 92,5% nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso a banda larga e ultralarga (3a), una quota pari al 54,43% nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso a banda larga e ultralarga (3b) e una quota pari al 45,90% nel mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio a banda larga e ultralarga.

Il provvedimento ha precisato che *“il potere di mercato di TIM può essere considerato quasi-monopolistico con riferimento ai servizi di accesso passivi, ossia ai servizi di accesso alle componenti fisiche della rete. In tale contesto competitivo, infatti, il 92,56% delle linee attive nel 2016 risultava servito da rete TIM. Una quota di mercato non molto dissimile da quanto riscontrato in precedenza, nel 2014, quando l'analoga quota di mercato era pari al 95,35% delle linee attive. 468. La dominanza riscontrata nei servizi di accesso passivi alla rete costituisce un elemento dirimente nella complessiva considerazione del potere di mercato attribuibile a TIM lungo l'intera filiera produttiva delle telecomunicazioni fisse. Infatti, i servizi di accesso passivi rappresentano il fattore di produzione primario alla base sia della predisposizione di servizi di accesso attivi (VULA, bitstream) sia dell'attivazione di offerte di servizi di connessione alla clientela finale. Il potere economico esercitabile da TIM sull'offerta di servizi di accesso fisici all'ingrosso, in particolare, è persistente nel tempo, quindi un elemento strutturale non solo del singolo mercato ma dell'intera industria delle telecomunicazioni fisse in Italia.*

Il controllo quasi-monopolistico dell'offerta di servizi di accesso all'ingrosso fisici (sottomercato 3a), inoltre, è idoneo a innalzare delle significative barriere all'ingresso anche nella collegata offerta di servizi di accesso alla rete virtuali (sottomercato 3b), comprimendo l'intensità della competizione sul complessivo mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete. Infatti, gli operatori alternativi possono imbastire un'offerta concorrenziale di servizi di accesso virtuali soltanto acquistando

preliminariamente dei servizi di accesso fisici alla rete da TIM” (par. 467 e ss).

L’Autorità ha specificato, altresì, che “Su tale punto, è il caso di rammentare come l’interesse di TIM per scelte tecnologiche più avanzate, quali ad esempio l’elaborazione di piani di sviluppo di reti FTTH, sia emerso in misura sostanziale esclusivamente dopo l’ingresso di OF sul mercato, quando l’equilibrio strutturale dinamico è stato posto in discussione e si è avvertita la possibilità che si instaurasse una più intensa concorrenza infrastrutturale anche nei mercati di rete fissa. D’altronde, nell’indagine conoscitiva sulla banda larga, condotta congiuntamente dall’Autorità e dall’Agcom, appariva evidente l’assenza di adeguati incentivi a effettuare investimenti nelle reti di nuova generazione. In tale occasione, infatti, si constatava che “nel corso dell’indagine conoscitiva, Telecom Italia non ha presentato significativi progetti di investimento in reti FTTB/H””.

Con riferimento al mercato al dettaglio, il provvedimento ha dato conto del fatto che “La dominanza di TIM nell’offerta di servizi di accesso all’ingrosso, infine, si riverbera anche sul collegato mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio di rete fissa, a banda larga e ultralarga. Certamente, in tale mercato rilevante, la pressione competitiva si è sviluppata in misura più intensa e, nel corso degli anni, la quota di mercato di TIM si è ridotta. Tuttavia, la quota di linee attive al dettaglio assorbita è tuttora idonea a ritenere persistente in capo a TIM una posizione dominante anche nel mercato retail. Peraltro, negli ultimi anni, la contrazione della quota di mercato detenuta da TIM ha subito un rallentamento e comincia a mostrare un certo grado di persistenza, tipico della situazione di posizione dominante. 474. A settembre 2018, infatti, il 44,5% delle linee attive retail a banda larga e ultralarga erano su rete TIM, contro il 45,9% di dicembre 2016³⁰⁶. Sul segmento delle offerte retail a banda ultralarga, in crescita, la quota di linee attive di TIM è

*ancora più alta, pari al 46,9% a dicembre 2017*³⁰⁷. Anche nell'offerta di servizi ai consumatori finali, quindi, TIM detiene tuttora una posizione dominante" (parr. 473-474).

Pertanto, l'Autorità ha correttamente concluso, in linea con tali elementi, che la posizione dominante di TIM nei mercati rilevanti fosse sussistente.

Con il secondo motivo è stata dedotta la mancata dimostrazione, da parte dell'Autorità, della preclusione concorrenziale da parte delle condotte contestate, singolarmente o nel loro complesso, e dei pretesi effetti concreti da esse prodotti, nonché l'erroneità della tesi della riconduzione di tali condotte ad una unitaria strategia escludente.

Con il provvedimento impugnato l'Autorità ha ritenuto che Telecom avesse posto in essere una strategia unitaria, volta ad ostacolare la realizzazione da parte dei concorrenti di infrastrutture di telecomunicazione a banda ultralarga al fine di preservare con metodi indebiti la propria posizione dominante sia nel mercato al dettaglio che nel mercato all'ingrosso.

Tale strategia è sinteticamente delineata ai parr. 484 e ss. del provvedimento, dove l'Autorità esamina le condotte alla stessa riconducibili, sia nel mercato all'ingrosso (*regulatory gaming e sham litigation*), che in quello al dettaglio, finalizzate a ritardare la costruzione delle infrastrutture di telecomunicazione a banda ultralarga alternative alla propria rete (in particolare le infrastrutture che Open Fiber intendeva realizzare con tecnologia FTTH nelle aree bianche identificate al fine dello svolgimento delle gare da parte di Infratel) e a vincolare a sé i clienti attraverso offerte anticompetitive e illegittimamente leganti.

Ad accomunare in un'unica strategia le diverse condotte contestate sarebbe dunque il fatto che tutte, in ultima analisi, hanno puntato ad evitare che l'ingresso di Enel (attraverso Open Fiber) potesse ridurre il potere di mercato detenuto da Telecom, sia come operatore che vende le

infrastrutture di telecomunicazione, sia come operatore verticalmente integrato che offre i servizi di telecomunicazione al dettaglio alla clientela finale.

La prima manifestazione di tale strategia, dettagliatamente tratteggiata nel provvedimento, sono i comportamenti volti ad ostacolare la costruzione di infrastrutture di rete FTTH (acronimo di *fiber to the home*) da parte di Open Fiber nelle aree c.d. bianche, nelle quali tale operatore era risultato aggiudicatario nelle gare bandite da Infratel per la realizzazione in dette aree della banda ultralarga.

Telecom, infatti, che al momento della consultazione indetta da Infratel alla fine del 2015 (per verificare, in ottemperanza alle prescrizioni europee, quali fossero le aree a c.d. fallimento di mercato, nelle quali nessun operatore privato avesse intenzione di investire) aveva escluso di voler fare investimenti per i prossimi tre anni in una serie di aree prive di reti a banda larga o ultralarga, ha poi annunciato ed intrapreso una repentina infrastrutturazione proprio delle aree interessate dalle procedure selettive (c.d. piano Cassiopea).

In particolare, ai parr. 118 e ss. del provvedimento, l'Autorità ha rilevato che nel documento "Considerazioni per la definizione di una strategia di partecipazione ai bandi Infratel BUL", del 14 marzo 2016, quando ancora non erano stati pubblicati i primi bandi di gara da parte di Infratel, TIM aveva ritenuto le aree comprese nei cluster D talmente poco remunerative da non ipotizzare un investimento in reti UBB; perfino con riferimento ai cluster C42, dove pure i ritorni attesi di un investimento UBB sarebbero stati mediamente meno disincentivanti, TIM affermava che *"Anche in questo caso a TI potrebbe convenire limitarsi ad acquistare la fibra"* senza, quindi, procedere ad un piano di copertura autonomo di questi territori.

Le medesime valutazioni erano state operate da in precedenza, *"quando in un documento risalente a gennaio 2015 si definivano le aree territoriali"*

ricadenti nei cluster C e D del territorio “di non interesse per TP”. In tale documento, si affermava altresì che i territori del cluster D fossero “a chiaro fallimento di mercato” mentre nei cluster C gli investimenti in reti UBB fossero “sostenibili con il solo beneficio fiscale” ossia con un contributo pubblico. Le medesime valutazioni, d'altronde, apparivano valide per TIM ancora a giugno 2016. In un documento di tale periodo, in cui sono analizzati i rischi per i ricavi di TI nelle aree oggetto dell'intervento Infratel, TIM afferma che “Infratel è atteso investire in aree in cui Telecom Italia non pensa di investire né in FTTH, né in FTTC, ovvero aree coperte oggi e nel prevedibile futuro solo in ADSL” (par. 119).

Il provvedimento evidenzia poi che “A dispetto di tali valutazioni, a novembre 2016, quando le prime due gare indette da Infratel secondo il nuovo schema sono già in corso, la dirigenza aziendale di TIM impartisce la direttiva di valutare un profondo e improvviso cambio di strategia nelle aree bianche: “supponiamo che volessimo cablare parte delle aree Infratel autonomamente Evitatemi tutti i se e i ma i non si può ecc...”. Nello stesso periodo, quando sono ormai scaduti i termini per presentare offerta nel primo procedimento di gara indetto da Infratel, al quale TIM ha attivamente preso parte, ed è in corso la presentazione delle offerte per il secondo bando di gara, è costituito in TIM un gruppo di lavoro col compito di elaborare un piano di copertura autonomo delle aree dei cluster C e D comprese nei bandi Infratel. Le analisi svolte sembrano confermare la mancanza di ritorno economico dell'investimento in reti UBB nelle aree suddette e svelano il reale scopo di tale inatteso rinnovato interesse per gli investimenti nelle aree bianche, ossia il tentativo di dimostrare l'assenza di condizioni sufficienti per giustificare l'intervento pubblico. 121. In particolare, TIM afferma che “Abbiamo rivisto tutti gli investimenti per capire se [...] gli investimenti diretti nelle suddette aree siano profittevoli, ossia giustifichino un investimento di un privato. L'analisi conferma che le aree D non sono profittevoli; viceversa le aree C

evidenziano un IRR positivo. In particolare abbiamo calcolato gli investimenti necessari a coprire le aree C del bando 1 con tecnologia FTTH (630 mln circa) e con tecnologia FTTC + eVDSL (210 mln circa). In quest'ultimo caso il ritorno sarebbe pari ad un 6% - 8%. Stiamo calcolando anche il ritorno dell'investimento diretto con tecnologia FTTH, ma, sulla base delle prime analisi, non sembrano esserci i ritorni tali da garantire la profittabilità di un piano autonomo tale da far sospendere l'intervento pubblico". 122. Soltanto in una parte dei cluster C, dunque, vi sarebbe un ritorno economico positivo ma esclusivamente nel caso si puntasse a costruire una rete FTTC e non una rete FTTH, come in pratica richiesto dai livelli prestazionali previsti dai bandi Infratel. Peraltro, anche con riferimento ai soli cluster C con tasso di rendimento interno positivo dell'investimento in FTTC, deve rilevarsi come il costo del capitale (WACC) individuato dall'Agcom per la fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso fosse pari all'8,77%, quindi maggiore del tasso di ritorno (6%-8%) che TIM aveva calcolato per l'investimento in reti FTTC nei cluster C. 123. L'obiettivo strategico di TIM è delineato con nettezza nei documenti interni dove si analizza la possibilità di investire autonomamente nelle aree bianche. In un documento del 2 dicembre 2016, pochi giorni prima che sia ufficialmente comunicata a Infratel la decisione di adottare un piano di copertura autonomo nelle aree bianche, è esaminata la possibilità che il mutamento di piano di copertura possa indurre Infratel a sospendere le gare bandite e già in corso. Nel commentare tale analisi, la Direzione Affari Regolamentari di TIM rileva che "La domanda in realtà è come garantire che Infratel sospenda l'aiuto di stato nelle aree in cui interveniamo con il piano autonomo" (parr. 120 e ss.).

Pertanto, risulta comprovato che TIM, mentre partecipava alle gare Infratel, contestualmente operava per tentare di provocarne il loro impedimento. L'obiettivo delle analisi di redditività svolte per lo studio di

un progetto autonomo di copertura delle aree bianche, infatti, è la sospensione del piano di infrastrutturazione pubblico.

La consapevolezza del fatto che tale cambio di rotta non corrisponde ad una condotta, concorrenzialmente lecita, di difesa della propria posizione sul mercato, si rinviene in alcuni documenti che il provvedimento richiama nei paragrafi successivi: *“TIM avvia una revisione del piano di investimento, mentre sono in corso le procedure di gara di Infratel. La dirigenza aziendale assume la decisione strategica (dicembre 2016) di inviare a Infratel una comunicazione di impegnativa in cui è dichiarata la disponibilità a coprire con un investimento diretto in tecnologia FTTC (e non FTTH, come richiesto dai bandi di gara Infratel), una parte dei cluster territoriali destinati all’intervento pubblico. La decisione di inviare la lettera traspone sul piano attuativo le analisi svolte sulla possibilità di modificare i piani di investimento a gare in corso e rende nota alla stazione appaltante i nuovi progetto di TIM per le aree bianche. Si evidenzia, inoltre, che l’ufficializzazione del cambio di strategia nelle aree bianche è affermata con la suddetta lettera a Infratel, nonostante la stessa TIM appaia conscia dei gravi rischi legali in cui potrebbe incorrere l’azienda. Infatti, è lo stesso top management a interrogarsi sulla liceità di una tale condotta, assentendo che “Tale approccio presenta almeno due rischi:*

- 1. Potrebbe essere considerato una turbativa d’asta [...];*
- 2. Tenuto conto che il nuovo piano TIM è basato su una diversa architettura di rete che non assicura le medesime prestazioni tecniche del Bando (che sono state approvate dal Governo e validate dalla Comunità Europea), non si può escludere il rischio che Infratel prosegua nel sostenere la necessità dell’intervento pubblico [...] Il nostro investimento diretto, pertanto, consentirebbe di fornire al cliente un servizio di valore, ma non in linea con i requisiti di gara;*

3. *Dobbiamo spiegare bene perché gli investimenti diretti all'epoca non siano stati valutati profittevoli*”” (par. 125).

Anche nel dicembre 2016, TIM elabora molti documenti di analisi delle possibili conseguenze di una siffatta scelta: *“Si discute se, avendo paventato un'ipotesi di turbativa d'asta e in un'ottica di contenimento del rischio, “(i) sarebbe meglio presentare tale impegno [coprire le aree oggetto di intervento pubblico] prima o dopo l'aggiudicazione del bando 1 e (ii) per tutte le aree “omogenee” ossia bando 1 e bando 2? [...] Se presentiamo un impegno di questo tipo, dobbiamo poter argomentare che tali aree, valutate qualche tempo fa bianche, non lo sono più ovvero dobbiamo poter giustificare, assumendo come riferimento il take up e lo sviluppo utilizzato nel piano assunto alla base dell'offerta Infratel, che tali investimenti siano profittevoli?””* (par. 127); *““Dobbiamo dire (nella comunicazione da inviare a Infratel, ndr) perché all'epoca furono valutati non profittevoli quelle aree tanto da decidere di non coprirli [...] altrimenti [...] non si capisce perché diventa abbordabile””* (par. 130).

Che tali condotte corrispondano ad una strategia unitaria volta ad arrestare l'ingresso sul mercato dei nuovi operatori è poi palesato da ulteriori acquisizioni: *“dal verbale del CdA di TIM del 23 marzo 2017, risulta che l'allora AD di TIM abbia risposto ad una osservazione rivoltagli in merito alla inferiorità tecnologica della soluzione FTTC rispetto all'architettura FTTH richiesta dai bandi Infratel, che “la differenza di velocità non risulterebbe invero percepibile da un utilizzatore medio, che apprezzerrebbe invece l'incremento (della qualità delle prestazioni, ndr) rispetto a quella di cui attualmente dispone con l'ADSL, a prezzo sostanzialmente invariato, con effetto di lock-in della customer base esistente”. 139. Gli obiettivi di TIM nelle aree bianche sembrano essenzialmente due: 1) sviluppare una copertura UBB in anticipo rispetto alla Concessionaria dei bandi Infratel⁷⁰; 2) procedere ad una migrazione massiva della clientela sulle nuove reti UBB realizzate da TIM, talché “Questo progetto rafforzerà*

notevolmente il vantaggio competitivo rispetto ad Open Fiber e a Infratel che, quando arriveranno, troveranno il mercato sia retail che wholesale già sulla nostra NGN”” (parr. 138-139).

Risulta poi che Telecom abbia avviato, oltre al cambiamento dei piani di investimento, e sempre contestualmente all’esplicarsi dell’iter delle gare indette nel 2016, una serie di iniziative legali dirette essenzialmente a ritardare lo svolgimento ordinario delle procedure predisposte per le aree bianche, sempre allo scopo di rallentare l’attuazione del piano di sviluppo di Infratel ed evitare il possibile ingresso sul mercato di un concorrente infrastrutturato.

Tali iniziative sono sintetizzate ai parr. 168 e ss. del provvedimento, dove vengono richiamati anche i documenti dai quali emerge la strumentalità delle stesse: “168. A febbraio 2017, l’ufficio affari legali di TIM, nel proporre un’azione di impugnativa contro Infratel per avere ammesso Open Fiber alla fase di valutazione delle componenti tecniche ed economiche dell’offerta, rapportandone all’AD, la presenta affermando che “Ho deciso di avviare un’ulteriore azione sul bando 1 infratel per violazione dei requisiti soggettivi. È un po’ tirata, ma intanto disturba”.169. Analogamente, a marzo 2017, viene prospettata all’AD la volontà di impugnare la sentenza del Tar Lazio, che da poco ha respinto un ricorso di TIM su taluni aspetti della prima gara Infratel. Nella sentenza oggetto di prospettata impugnazione da parte di TIM, il giudice amministrativo aveva affermato che “Il ricorso ed i motivi aggiunti, rivolti avverso le Linee guida, il bando di gara, i chiarimenti, la lettera di invito e i pareri sui tre predetti ultimi atti, sono nel complesso inammissibili, per difetto di interesse e lesione concreti e attuali, come correttamente dedotto da Wind Tre spa, Infratel Italia spa, OpEn Fiber spa, AGCom e Vodafone Italia spa”. Ciononostante, TIM in tale occasione sostiene che “Al pari è opportuno proseguire la contestazione impugnando questa sentenza al Consiglio di Stato””.

A conferma della strumentalità delle iniziative poste in essere da TIM, a partire dalla decisione di Enel di entrare sul mercato e di Infratel di svolgere delle procedure con un rinnovato schema di gara, l'Autorità richiama anche uno scambio di messaggi di posta elettronica risalente al giugno 2016, pochi giorni dopo la chiusura del supplemento di consultazione pubblica decisa da Infratel per la individuazione delle aree destinate all'intervento pubblico. In tale documento, si discute dell'opportunità di impugnare la delibera 120/16/CONS dell'Agcom, con cui sono state fissate le linee guida per le condizioni di accesso *wholesale* alle reti a banda UBB beneficiarie di contributi pubblici, e il bando di gara Infratel. La strategia legale si inserisce dichiaratamente in quello che esponenti di TIM stessa qualificano come “*scenario di tutela aziendale vs l'iniziativa EOF*”. Sul merito del ricorso contro la succitata delibera dell'Agcom, si afferma che “*l'iniziativa difensiva TI determinerebbe un impatto significativo ufficiale sui tempi e sulle modalità di attuazione delle iniziative governative ampiamente annunciate per lo sviluppo della banda ultralarga sul territorio nazionale*”, nel senso, ovviamente, di ritardarle (par. 181).

Tale ricostruzione non risulta smentita dalle argomentazioni tese a sostenere che la normativa europea di riferimento, nel caso di specie, prevede che l'intervento privato sia sempre libero e che il soggetto svantaggiato dal tardivo mutamento di piani di TIM non sarebbe stata Open Fiber (in quanto beneficiaria di finanziamenti pubblici), ma semmai la stessa TIM, trovandosi a competere con quest'ultima; così come strumentali risultano anche le argomentazioni secondo cui la posizione assunta dall'Autorità nel provvedimento impugnato avrebbe scoraggiato gli investimenti in reti tecnologicamente inferiori a quelle FTTH, impedendo a molte zone d'Italia di beneficiare di reti UBB proprio a causa dello *standstill* del piano Cassiopea verificatosi a seguito dell'avvio del procedimento da parte dell'Autorità (ricorso, pag. 38 e ss.).

Come rilevato dalla difesa erariale, l'Autorità non ha mai ipotizzato un divieto assoluto per TIM di effettuare investimenti nelle aree bianche, ma ha contestato, invece, la riformulazione spiazzante del piano di investimenti infrastrutturali operata da TIM a fine 2016, nell'ambito di una strategia che mostra aspetti opportunistici, come evidenziato dalla documentazione sopra citata.

L'istruttoria si è concentrata, infatti, sulla decisione di TIM di procedere con una copertura autonoma delle aree bianche che erano oggetto delle gare Infratel, ancorché dalle analisi di redditività eseguite dalla stessa TIM emergesse una conferma dell'insussistenza delle condizioni di convenienza economica di un investimento privato. In altri termini, non è stata messa in discussione la facoltà di TIM di elaborare liberamente i propri piani di investimento, bensì l'uso strumentale che degli stessi, nel caso concreto, ha fatto la società al fine di impedire la possibilità di permanenza sul mercato del nuovo entrante Open Fiber.

L'azione di contrasto alla realizzazione di nuove reti è stata affiancata da politiche di prezzo chiaramente anticompetitive e leganti, che l'operatore dominante ha posto in essere sia nel mercato a monte dell'accesso alla rete, che in quello a valle dell'offerta dei servizi di telefonia fissa alla clientela finale.

Al riguardo le determinazioni dell'Autorità sono ancorate alle risultanze della documentazione citata, che palesa l'intento strumentale delle condotte poste in essere da Telecom Italia; le doglianze proposte non hanno in alcun modo confutato gli elementi che emergono dagli atti provenienti anche dalla stessa società ricorrente, limitandosi ad offrire una diversa interpretazione, come legittima esplicazione delle strategie aziendali, delle condotte poste in essere senza, però, fornire plausibili giustificazioni alternative dei mutamenti di rotta con riferimento alle aree bianche e della evidenziata consapevolezza di portare avanti iniziative giudiziarie destinate presumibilmente all'insuccesso.

Per quanto riguarda il mercato *wholesale* la strategia escludente è condotta in particolare con l'elaborazione di una nuova offerta riguardante i servizi di accesso in modalità "VULA" (Virtual Unbundled Local Access, servizio di accesso all'ingrosso alla rete fissa di tipo virtuale, consistente nella fornitura di una capacità di rete attiva, in questo caso una rete FTTH, Fiber To The Home) alle reti FTTH detenute da TIM in aree non bianche del Paese e con l'introduzione di una nuova proposta di prezzo, sempre legata ai servizi di accesso all'ingrosso alla rete telefonica, denominata Easy fiber (parr. 187 e ss., 535 ss. del provvedimento).

L'offerta VULA FTTH presentava profili di illiceità correlati alla natura sottocosto dei prezzi proposti, tanto che la stessa Agcom è intervenuta per bloccarne la continuazione (par. 544); ciò che non ha però impedito a TIM di attuare questa condotta dalla fine del 2017 al giugno del 2018.

In particolare, al par. 187 del provvedimento si dà conto del fatto che *"TIM ha ipotizzato un decremento parallelo del prezzo dei servizi VULA e bitstream in modo da rendere particolarmente conveniente per gli operatori alternativi richiedere tali servizi anziché impegnarsi in investimenti infrastrutturali addizionali necessari per potere acquistare lo SLU"*; di conseguenza, il progetto Cassiopea intendeva realizzare un accaparramento preventivo della clientela *wholesale* contendibile prima che Open Fiber riuscisse a costruire la propria rete e a consolidare la propria presenza sul mercato. Il piano di TIM, inoltre, avrebbe comportato il predominio di una tecnologia di rete meno performante (FTTC e, addirittura, LTE) di quelle richieste dai bandi Infratel, rendendo particolarmente difficoltoso e non conveniente per gli operatori alternativi acquistare servizi di accesso passivo.

Al par. 200 l'Autorità richiama i documenti dai quali emerge che mediante tale promozione, il valore medio su tre anni di un accesso VULA FTTH risulterebbe *"prossimo alle stime di costo medio del servizio VULA realizzabile dai principali competitors nelle medesime aree. La tematica*

del costo medio unitario del servizio realizzabile dagli OAO assume rilievo dal momento che AGCom sarà chiamata ad approvare l'offerta TIM, unico operatore notificato sul mercato degli accessi fissi. L'approvazione da parte AGCom di un prezzo del VULA TIM, che si posizioni «mediamente» al di sotto del valore medio realizzabile dai competitors, potrebbe essere considerato un vantaggio competitivo per TIM, che AGCom potrà non concedere, stante il quadro regolamentare attuale». Pertanto, la revisione dei prezzi del VULA che TIM progettava agli inizi del 2017 appare finalizzata a rendere artificiosamente compatibili con la regolamentazione vigente dei livelli di prezzo inferiori al valore medio realizzabile dagli operatori concorrenti, che, nel caso di specie, erano identificabili essenzialmente nel nuovo entrante Open Fiber. Peraltro, il valore di costo determinato nelle analisi interne di TIM risulta inferiore rispetto al costo medio regolamentare in quanto calcolato esclusivamente con riferimento alle città italiane più importanti, dove le economie di densità hanno un peso maggiore rispetto alla media nazionale.

Da Telecom viene presa in considerazione anche l'ipotesi che i nuovi prezzi del VULA FTTH siano adottati soltanto in alcune aree del territorio nazionale, proprio laddove è presente una rete di accesso concorrente. Tuttavia, si rileva come *“una differenziazione geografica della promozione, basata su criteri oggettivi come il livello di penetrazione/copertura previsto/raggiunto, comporta rischi aggiuntivi sia sul piano regolamentare che sul piano antitrust. Sul piano regolamentare può comportare una richiesta di estensione della promozione a tutte le aree geografiche (sulla base dell'ipotesi che il costo unitario sia sostanzialmente allineato in tutte le città). Sul piano Antitrust sussiste un maggior rischio che il comportamento selettivo sia considerato abusivo”*. Per TIM, quindi, costituisce un'informazione nota la circostanza che il costo del VULA FTTH comunicato ad Agcom sia stato sottostimato, attraverso la scelta delle sole principali aree urbane. Infatti, viene

paventato il rischio che Agcom possa ritenere che i nuovi prezzi del VULA FTTH debbano essere estesi su tutto il territorio nazionale, eventualità che la stessa TIM preferirebbe evitare, giacché tali prezzi non consentirebbero di recuperare i rispettivi costi di fornitura al di fuori delle città prese in considerazione (par. 206).

La manovra commerciale sopra esposta appare finalizzata a contrastare illecitamente lo sviluppo concorrenziale di Open Fiber. Sotto tale profilo, deve rilevarsi che i nuovi prezzi del VULA FTTH, sensibilmente più bassi rispetto a quelli precedenti, sarebbero proposti ancorché sia *“stato stimato un impatto negativo sull’arco di Piano Wholesale pari a circa [-10 mln – -30 mln] € mln. Tale valutazione tiene conto dei minori ricavi FTTH derivanti dal delta prezzo ipotizzato, solo in parte compensato dall’effetto volume positivo per il corrispondente incremento della domanda”*. La manovra di prezzo, dunque, risulterebbe addirittura depressiva rispetto ai ricavi prospettati dallo stesso Piano Wholesale di TIM (par. 211).

Anche in questo caso in alcuni documenti della stessa TIM si palesa la reale finalità di tale iniziativa, giacché si afferma che *“(...) La scontistica futura sulla quale si sta lavorando (...) avrà comunque una logica di “velocizzare lo sviluppo dell’NGN”, non certo pubblicamente di contrastare la concorrenza”* (doc. 56, anche doc. ISP538) e che essa rappresenta *“una strategia aggressiva sul mercato fibra (...) finalizzata a sottrarre scala ai competitor infrastrutturati mettendone a rischio la sostenibilità nel M/L termine”* (doc. 39).

Da tali elementi l’Agcm deduce, in via strettamente logica, che la manovra al ribasso dei prezzi dei servizi FTTH viene operata nonostante in TIM vi sia conoscenza dei rischi di varia natura ad essa associati, sia sotto il profilo antitrust e regolamentare, che in termini di perdita di ricavi rispetto al piano *wholesale* elaborato. Tali ultimi rischi, di tipo commerciale, rendono la manovra al ribasso di TIM una scelta economica inefficiente, comprensibile esclusivamente con la volontà di spingere indebitamente al

ribasso i prezzi del nuovo concorrente *wholesale* per servizi di accesso analoghi.

Nell'ambito delle condotte di accaparramento illecito della clientela *wholesale* il provvedimento riconduce anche la c.d. offerta Easy Fiber, introdotta nel 2017 (come riedizione di un'offerta preesistente). Con questa offerta, infatti, Telecom ha mirato a legare a sé i clienti per 7 anni, con un meccanismo vero e proprio di *lock in*, riducendo così il bacino di clientela sul quale Enel avrebbe potuto competere una volta completate le sue reti (parr. 229 e ss e 559 ss.).

La linea strategica derivante dalla nuova Easy Fiber viene chiarita in un documento del gennaio 2018, dedicato all'analisi del mercato *wholesale*; i nuovi modelli di prezzo sono considerati uno strumento atto a migliorare la competitività dell'offerta *wholesale* di TIM: "*TIM Wholesale offer competitiveness increase due to new pricing model*". Alla domanda su come i nuovi prezzi delle offerte all'ingrosso incidano sulle performance della divisione *wholesale*, si afferma che essi assicurano il "Customer Base lock in".

Vi sono poi evidenze di un incontro tra TIM e Vodafone in un messaggio di posta elettronica dell'ottobre 2017, in cui si menzionano le proposte di nuovi contratti di fornitura *wholesale*. Nel documento di preparazione dell'incontro, TIM sintetizza gli elementi della nuova offerta Easy Fiber nel seguente modo: "*l'offerta Fiber di TIM prevede un pagamento iniziale Una Tantum per adesione e sconti a volume sui canoni mensili di accesso wholesale in fibra (in funzione del numero di accessi in fibra pianificati e dell'incidenza percentuale degli accessi che l'operatore si impegna a migrare a fibra rispetto al totale delle proprie linee d'accesso). Vodafone è stato il primo grande operatore a sottoscrivere la precedente versione ma non ha ancora raggiunto un accordo sulla nuova offerta Easy Fiber. L'obiettivo di TIM è quello di acquisire da Vodafone un commitment su volumi importanti di accessi wholesale in fibra (che, altrimenti, sarebbero*

appannaggio di concorrenti, quali OF)” (par. 235). A gennaio 2018, vi sono evidenze di documenti preparatori di offerte commerciali Easy Fiber per i tre principali operatori concorrenti (Fastweb, Vodafone e Wind Tre). Anche in questo caso l’offerta è stata bocciata dalla stessa Agcom (par. 565), ma comunque Telecom ha continuato a proporla per diversi mesi. Inoltre, dallo studio condotto dall’Autorità sul potenziale impatto di Easy Fiber nel mercato, risulta che la domanda residuale contendibile da Open Fiber sarebbe stata piuttosto ridotta e compresa tra il 4-5% e il 30% (par. 567 e ss. del provvedimento). È altresì risultato che gli effetti prodotti dal mutamento dell’offerta *wholesale* di TIM hanno avuto anche portata concreta, in quanto la manovra di *repricing* operata da TIM ha generato anche degli effetti restrittivi apprezzabili e concreti, come è stato possibile dedurre osservando l’andamento delle vendite di servizi all’ingrosso di Open Fiber e di TIM, nel periodo che va dall’ingresso di Open Fiber sul mercato a dicembre 2018 (par. 578).

Né può sostenersi, come dedotto dalla ricorrente, che le proposte tariffarie di TIM non possedevano effetto distorsivo in quanto, pur essendo state applicate per un certo periodo, avevano natura provvisoria, essendo soggette all’approvazione Agcom e che, comunque, avrebbero trovato applicazione in numero contenuto di casi e con contratti poi annullati (ricorso, pag. 48 e ss.).

Il fatto che le tariffe in questione fossero state - secondo quanto ammesso dalla normativa di settore - “provvisoriamente” applicate in attesa delle valutazioni del regolatore non esclude, infatti, la portata anticoncorrenziale della condotta ascritta a TIM, poiché la legittimità di un comportamento di impresa ai sensi di una normativa settoriale non esclude la sua configurabilità come illecito antitrust dal momento che “Il carattere abusivo di un comportamento alla luce dell’art. 102 TFUE non ha relazione con la sua conformità ad altre normative (sent. Astrazeneca, cit.), giacché gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in

comportamenti leciti alla luce di altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto alla concorrenza (così anche questa Sezione nel recente caso Pfizer: sent. 12 febbraio 2014, n. 693)”. Ciò vale in particolare per i comportamenti abusivi i quali “anche se legittimi da quel punto di vista settoriale, si colorano come elementi indicatori di questo sproporzionato intento o effetto anticoncorrenziale (così nel detto recente precedente n.1673 del 2014 della Sezione). Diversamente, l’abuso di posizione dominante sarebbe pressoché inconfigurabile, grazie al semplice fatto che consiste il più delle volte in comportamenti analiticamente leciti se visti solo alla luce di settori dell’ordinamento altri da quello della concorrenza” (Consiglio di Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479; Consiglio di Stato, VI, 8 aprile 2014, n. 1673; Tar Lazio, I, 16 gennaio 2020, n. 503).

Anche nel mercato al dettaglio Telecom ha predisposto, nel medesimo periodo, alcune offerte commerciali volte a legare indebitamente i clienti (prov. 581 ss. nonché 238 ss. per l’esame puntuale delle singole evidenze).

Tali offerte erano caratterizzate dalla proposta di una promozione condizionata sia ad una durata minima del contratto, che all’acquisto di servizi/prodotti aggiuntivi (come un modem specifico o il servizio TIM Expert, che prevedeva l’intervento di un tecnico TIM a casa per verificare le prestazioni della connessione internet) appositamente utilizzati per “legare” meglio il cliente attraverso un meccanismo di rateizzazione tanto più conveniente quanto maggiore è la durata della dilazione, così da allungare il periodo di validità del contratto ben oltre la durata minima legata all’offerta principale (parr. 601 e ss.). Il meccanismo legante era peraltro rafforzato dal fatto che il cliente che recedeva prima che il pagamento del servizio aggiuntivo fosse terminato doveva liquidarne l’intero prezzo a TIM.

Il provvedimento chiarisce che “*anche tra le linee strategiche del piano industriale 2017/19, in più passaggi, si fa riferimento esplicitamente alla*

necessità di spingere su meccanismi di lock-in: “Push su Lock in attraverso devices, contenuti, iper-convergenza”. Il lock-in, quindi, occupa un ruolo di preminenza tra le linee strategiche del nuovo piano industriale 2017-19 per quanto concerne il mercato di rete fissa. L’obiettivo strategico di fondo è, nello specifico, “Ramp Up UBB and Stabilize CB”, ossia spingere sulle vendite di servizi a banda ultralarga e preservare la base clienti, tramite una “lock-in strategy” imperniata su “modem upgrade to build a “fiber ready” customer base and lock-in”. Tra gli strumenti indicati come funzionali al trattenimento dei clienti in TIM, vi è l’abbinamento di nuovi dispositivi terminali (modem di nuova generazione) alla vendita dei servizi voce e connessione dati. (...) In altri termini, l’aumento dei servizi inclusi nell’offerta retail non appare derivare dalla volontà di accrescere la qualità dell’offerta bensì dall’obiettivo di aumentare il grado di lock-in contrattuale dell’utente” (parr. 240-241).

Anche in questo caso la documentazione acquisita in sede ispettiva fa esplicito riferimento al *lock in*, tanto che un dirigente di TIM, in uno scambio di messaggi di posta elettronica relativo alla preparazione del nuovo *business plan*, rileva che “*Nel doc di piano, vedo slide in cui viene declinata espressamente, su più slide, la strategia di “Lock in” dei clienti. Io mi ricordavo che un simile modo di dire era tabù una volta Non è più così?*”. A tale notazione, viene risposto che effettivamente sarebbe più prudente “*proporre qualcosa di più soft: nel passato avevo fatto utilizzare l’espressione “aumentare la stickiness del cliente”; altri segnalano quale espressione alternativa adoperabile “loyalty”*” (par. 253).

Un ulteriore elemento di *lock in* del consumatore deriva dall’inclusione nell’offerta in questione dei contenuti televisivi di TIM Vision, il marchio creato da TIM per l’ingresso nel mercato audiovisivo, e dalla vendita abbinata del servizio TIM Expert, una novità rispetto alle precedenti promozioni di TIM. In caso di recesso dall’offerta TIM Connect, se il

cliente non aveva ancora terminato il pagamento delle rate di TIM Expert, era tenuto a saldare tutte le rate rimaste in unica soluzione. In caso di passaggio dall'offerta TIM Connect verso un'altra offerta TIM non TIM Connect, se il cliente non aveva ancora terminato il pagamento delle rate di TIM Expert, avrebbe dovuto continuare a pagare le restanti rate fino alla naturale scadenza. La condizione contrattuale, non derogabile per l'utente finale, di essere obbligato a pagare per il servizio TIM Expert anche dopo avere cambiato operatore, appare di particolare restrittività alla mobilità degli utenti. In effetti, essendo TIM Expert un servizio che prevede l'intervento di un tecnico TIM a casa per verificare le prestazioni della connessione internet, a differenza del modem, esso costituisce un servizio che non può essere affatto riutilizzato nell'ambito di un contratto con un operatore diverso da TIM. In tal modo, TIM ha prolungato la durata di permanenza media dell'utente che aderisce all'offerta in esame, prevedendo un meccanismo di "punizione" dell'uscita contrattuale anticipata il cui onere economico si riduce al protrarsi della durata contrattuale, fino a minimizzarsi soltanto dopo ben 48 mesi (parr. 257-258).

Tali risultati sono confermati anche in uno scambio di messaggi di posta elettronica di giugno 2017, dove insieme a una tabella di marcia per la commercializzazione delle nuove offerte per le aree Cassiopea, si dà conto dei risultati dei test di replicabilità, affermando che *“La valutazione di replicabilità con modem e tecnico gratuito ha evidenziato che la sostenibilità è garantita solo nei casi di offerte non promozionate. Nei restanti casi andrà effettuata una valutazione caso per caso”*.

La funzione legante di questi contratti è quindi pienamente confermata, oltre che dall'analisi delle condizioni in essi previste, dalla stessa documentazione interna di TIM che li descrive come strumenti esattamente rivolti a questo scopo e dunque come meccanismi della più ampia strategia

anticompetitiva volta a conseguire un indebito vantaggio concorrenziale sui nuovi operatori.

Quanto all'asserita assenza di effetti delle condotte poste in essere da TIM nel mercato al dettaglio, deve rilevarsi, di contro, che l'istruttoria svolta ha permesso di verificare un impatto del tutto pervasivo della strategia posta in essere dalla ricorrente (par. 590 e ss. del provvedimento).

Infatti, analizzando i dati relativi al periodo oggetto di istruttoria, si nota che le performance di TIM e degli operatori alternativi sono pesantemente contrapposte in termini di acquisizioni di nuova clientela e di quote di mercato con l'aumento più consistente tra tutti gli operatori (cfr. doc. 1, Tabella 20, pag. 165). Nel corso del 2017, quando erano attive le offerte *retail* di contenenti le condizioni contrattuali leganti sopra illustrate, è aumentata significativamente la quota di clienti che hanno aderito a offerte di Telecom con servizi a banda ultralarga, assorbendo una porzione rilevante delle attivazioni dei nuovi servizi, principalmente a scapito di Fastweb di Vodafone, ma anche degli altri operatori.

La gravità della condotta di TIM sul mercato *retail* appare quantomai rilevante, considerato che la *pre-emption* del segmento di domanda più profittevole, rispetto alle condotte *wholesale*, riusciva a perseguire un duplice obiettivo anticompetitivo: drenare il bacino di domanda residua contendibile da Open Fiber, massimizzando la quota di domanda captive rispetto a offerte di servizi di accesso all'ingrosso alternative a quella di TIM; e consolidare la propria posizione dominante anche sul mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio, a detrimento della competitività delle proposte commerciali degli altri operatori attivi.

Come rilevato dalla difesa erariale l'apparato probatorio su cui si fonda il provvedimento impugnato è quindi del tutto solido e consta di un insieme di fatti e dichiarazioni che, nel loro complesso, dimostrano in modo decisivo anche per la loro tempistica e per l'assenza di ogni spiegazione razionale alternativa, la sussistenza di un comportamento dell'impresa in

posizione dominante intenzionalmente diretto ad un intento escludente, privo di oggettive giustificazioni e, in quanto tale, abusivo. Ed infatti, le circostanze di fatto, per come accertate dall'Autorità e sopra richiamate, comprovano che i comportamenti tenuti da TIM “non erano diretti alla semplice difesa o cura dell'impresa” nel contesto di un legittimo esercizio dell'attività d'impresa, ma risultavano essere “espressione di una articolata strategia” intesa a precludere Open Fiber, non avendo altra ragione pratica che ostacolarne l'ingresso sul mercato (Consiglio di Stato, 8 aprile 2014, n. 1673).

Peraltro anche di recente la giurisprudenza ha affermato che costituisce abuso di posizione dominante il comportamento dell'operatore *incumbent* teso ad ostacolare o ritardare l'ingresso del concorrente nel mercato, anche quando la condotta illecita s'inserisca in un più complesso iter amministrativo dall'esito incerto (Cons. Stato, sentenza n. 1101/2021; Tar Lazio, sentenza n. 5801/2021).

Correttamente, quindi, è stato accertato l'abuso di posizione dominante in ragione dei comportamenti posti in essere da Telecom sia per ritardare l'avvio delle concessioni in favore di Open Fiber, che per, contestualmente, legare la propria clientela nei mercati all'ingrosso e al dettaglio prima dell'ingresso sul mercato del concorrente.

Non può, al riguardo, sostenersi che Telecom si sarebbe limitata a difendere la propria attività imprenditoriale: con riferimento alla ritenuta strategia complessiva, il provvedimento ha puntualmente esaminato risultanze istruttorie di particolare pregnanza e significatività, evidenziando, in particolare, il repentino mutamento di strategia con riferimento alla copertura delle zone bianche, la proposizione di numerosi ricorsi con finalità sostanzialmente dilatoria e la predisposizione di offerte, nell'ambito dei due mercati rilevanti, volte all'accaparramento della clientela e a vincolare la durata e la stabilità dei contratti.

Il fatto, poi, che la strategia complessiva posta in essere si sia esplicata in una serie di condotte eterogenee operanti su più fronti non impedisce di apprezzarle anche unitariamente come parti di un'infrazione unica e continuata, in quanto esse, attuate nello stesso periodo, presentano un evidente nesso di complementarità, nel senso che ciascuna di esse ha contribuito alla realizzazione degli effetti escludenti perseguiti da TIM per ostacolare, attraverso strategie di *pre-emption* della clientela o di rallentamento della presenza di Open Fiber, lo sviluppo concorrenziale del mercato in questione.

Né è dato ravvisare, come pure prospettato in ricorso, un complessivo atteggiamento dell'Autorità volto a sottovalutare il contributo probatorio fornito o proposto da Telecom nel corso del procedimento, dal momento che le memorie della parte sono state approfonditamente prese in esame e confutate in più punti del provvedimento gravato.

In realtà la ricorrente ha parcellizzato l'analisi della condotta per singoli comportamenti, lasciando sullo sfondo la parte di provvedimento ricostruttiva della complessiva strategia escludente che le è stata motivatamente imputata, finalizzata ad impedire ai concorrenti di "concorrere sui meriti".

Alla luce delle medesime considerazioni risulta infondato anche il terzo motivo di ricorso, con cui Telecom ha sostenuto che l'Autorità non avrebbe provato in modo adeguato l'esistenza di una strategia escludente, poiché si sarebbe "basata pressoché esclusivamente su stralci di documentazione interna acquisiti in ispezione", avrebbe dato rilevanza ad esternazioni non chiare né lineari non riconducibili "ai massimi livelli decisionali" di TIM e si sarebbe focalizzata più sull'intento che si intendeva perseguire con le condotte contestate, che sulla dimostrazione dell'idoneità oggettiva delle azioni intraprese a falsare la concorrenza, senza analizzare in maniera specifica le evidenze probatorie presentate da

TIM a dimostrazione dell'assenza di effetti preclusivi delle condotte o della loro idoneità a determinare tali effetti.

Di contro, l'Autorità ha richiamato in moltissimi passi del provvedimento la documentazione riferibile ai vertici aziendali di Telecom (cfr., per es., doc. 3, doc. 7, doc. 9, doc. 12, doc. 42 e doc. 54 della memoria di costituzione dell'Autorità), come nel caso dell'Amministratore delegato di TIM che, durante il Consiglio di amministrazione del 23 marzo 2017, pone in rilievo come la differenza tra FTTC e FTTH non fosse percepibile da un utilizzatore medio e che quindi l'investimento avrebbe portato benefici immediati in termini di *lock in* della clientela esistente (doc. 17).

Dall'esame di tali documenti risulta evidente come le condotte contestate rispondessero ad una strategia aziendale e non certo ad iniziative sporadiche di singoli dipendenti.

In ogni caso, secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa devono ritenersi imputabili all'impresa i comportamenti posti in essere dai vertici aziendali, risultando irrilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che hanno posto in essere i comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti (Consiglio di Stato, VI, n. 5864/2009), come pure l'imputabilità all'impresa di documenti redatti da soggetti privi del potere di rappresentanza (Consiglio di Stato, VI, n. 10/2010; n. 896/2011, n. 5171 e n. 5172/2011), dovendosi riconoscere piena rilevanza probatoria alle "comunicazioni e note interne dell'impresa" (TAR Lazio, I, n. 12726/2005).

Del pari infondate sono le contestazioni mosse con il quarto motivo, con il quale Telecom ha dedotto che l'Autorità non avrebbe attentamente considerato che gli investimenti nelle aree bianche decisi a fine 2016 e poi attuati da TIM davano sufficienti garanzie di redditività e non erano idonei

a impedire l'erogazione dei finanziamenti pubblici né ad escludere Open Fiber dal mercato.

Il provvedimento, infatti, dà chiaramente conto del fatto che “il nuovo piano TIM è basato su una diversa architettura di rete che non assicura le medesime prestazioni tecniche del Bando (che sono state approvate dal Governo e validate dalla Comunità Europea)” (par. 125). Dunque è ben chiaro all'Agcm che l'investimento di TIM nelle aree bianche sarebbe stato realizzato con reti FTTC e non FTTH, mentre nel giugno 2016 la società aveva chiarito che non intendeva investire nelle aree bianche in alcuna delle due tecnologie citate.

Quanto all'idoneità del tentativo messo in atto a poter interferire con l'intervento pubblico deve ricordarsi che il procedimento A-514 ha preso le mosse da una serie di segnalazioni, la prima delle quali (in data 12 maggio 2017) è stata presentata da Infratel che ha denunciato all'Agcm proprio il tentativo di TIM di alterare l'esito delle gare *“richiedendo una modifica, in corso di gara, dei propri piani di investimento rispetto a quelli dichiarati a Infratel in sede di consultazione pubblica”*. Ad avviso di Infratel la richiesta di TIM era *“suscettibile di porre nuovamente in discussione la necessità dell'intervento pubblico in tali territori”* (par. 17 provvedimento).

Risulta documentalmente provato, dunque, che gli sforzi di TIM erano tesi ad ostacolare lo svolgimento delle gare, come confermato dal doc. ISP135 che riporta chiaramente i termini della questione su cui TIM era impegnata: *“La domanda in realtà è come garantire che Infratel sospenda l'aiuto di stato nelle aree in cui interveniamo con il piano autonomo”* (doc. 8 depositato da Open Fiber).

Con il quinto motivo è stato dedotto che le iniziative legali promosse da TIM non sarebbero state temerarie, non avrebbero avuto alcuna finalità di ostacolare le gare e non avrebbero causato ritardi.

Al riguardo deve rilevarsi che, come in precedenza già accennato, nella fattispecie non viene in rilievo il diritto di agire in giudizio, ma l'uso strumentale che l'impresa in posizione dominante ne faccia violando la sua speciale responsabilità a non alterare le già deboli condizioni di concorrenza sul mercato.

Della sussistenza di una finalità ostruzionistica vi è prova nella già richiamata e-mail del 7.2.2017, in cui, con riferimento ai ricorsi contro il bando della gara Infratel, si dice che l'azione *“È un po' tirata, ma intanto disturba”* (doc. 18 produzione Open Fiber), nella precedente e-mail del 10.6.2016, in cui si dà atto che: *“l'iniziativa difensiva TI determinerebbe un impatto significativo ufficiale sui tempi e sulle modalità di attuazione delle iniziative governative ampiamente annunciate per lo sviluppo della banda ultralarga sul territorio nazionale”* (doc. 60 Open Fiber) e nel riferimento al *“contenzioso impulsivo”* tra le *slides* del servizio legale di TIM nell'ambito del processo di ingaggio di professionisti esterni (doc. 38 Open Fiber).

Si tratta complessivamente di 26 azioni giudiziarie proposte tra la fine di giugno 2016 e l'inizio di aprile 2017 per contrastare le gare Infratel e, in relazione ad alcune di esse, anche gli esiti giudiziari hanno dato conto del fatto che i ricorsi proposti erano *“nel complesso inammissibili, per difetto di interesse e lesione concreti e attuali”* (Tar Lazio, Roma, sentenza n. 3682/2017).

Con il sesto e il settimo motivo la ricorrente ha contestato, con riferimento alle offerte sul mercato all'ingrosso, che l'Agcm non avrebbe tenuto conto delle procedure di approvazione delle tariffe, né dimostrato l'effettiva predatorialità delle condotte, e, in relazione alle offerte al dettaglio, che non sarebbe stato dimostrato l'effetto legante e l'idoneità delle offerte predisposte a provocare effetti escludenti.

Sotto il primo profilo si osserva che le offerte sul mercato *wholesale* e, in particolare, sui servizi VULA FTTH, pur se soggette all'approvazione dell'Agcom, sono state comunque operanti sul mercato per alcuni mesi, giacché il provvedimento con cui è stata approvata la tariffa a un livello di prezzo superiore a quello offerto da TIM è intervenuto a fine giugno del 2018; in tal modo TIM ha potuto *“ostacolare la diffusione delle offerte alternative di Open Fiber, imponendo un livellamento verso il basso, al di sotto dei relativi costi, dei prezzi dei servizi VULA FTTH con finalità di pre-emption della clientela wholesale contendibile”*, oltre che *“ottenere dei benefici in termini di minore forza del vincolo di replicabilità sui prezzi delle offerte al dettaglio alla clientela finale”* (par. 547 del provvedimento).

Pertanto, la bocciatura delle tariffe da parte di Agcom non ha, di fatto, eliminato l'effetto al ribasso sui prezzi di offerta Open Fiber, nel frattempo conseguito.

In tal senso il provvedimento evidenzia che *“i documenti nei quali gli esponenti di TIM paventano la scarsa razionalità economica di un simile cambiamento di strategia wholesale sono numerosi. La riduzione dei prezzi del VULA FTTH, infatti, tra le altre cose, produrrebbe un decremento netto dei ricavi previsti dal piano industriale: “è stato stimato un impatto negativo sull'arco di Piano Wholesale pari a circa [-10 mln – -30 mln]. Tale valutazione tiene conto dei minori ricavi FTTH derivanti dal delta prezzo ipotizzato, solo in parte compensato dall'effetto volume positivo per il corrispondente incremento della domanda”*. Inoltre, *l'equiparazione tra prezzi FTTH e FTTC potrebbe provocare fenomeni di cannibalizzazione dei ricavi wholesale, in quanto la clientela sarebbe indotta a scegliere una quantità di accessi FTTH superiore a quella ottimale per TIM: “l'introduzione di offerte FTTH acuisce il rischio cannibalizzazione fra offerte in quanto «sminuisce» elementi differenzianti come la Banda Minima Garantita e la velocità di upload questo direi crea*

un rischio temo sia necessario da parte vostra uno sforzo di stima ... o un razionale per dire che il rischio è zero o molto piccolo”.

Allo stesso modo, anche l’offerta Easy Fiber è stata stigmatizzata dall’Autorità in relazione all’effetto di *lock in* per 7 anni, in quanto idonea a comportare un effetto predatorio ed escludente, tenuto conto, altresì, del fatto che tale offerta è stata bocciata per due volte dall’Agcom in quanto suscettibile di restringere lo spazio competitivo dell’operatore concorrente (delibera n. 87/2018).

Analoghe considerazioni sono state fatte dall’Autorità a proposito delle offerte predisposte per il mercato al dettaglio, laddove è stato evidenziato che il vincolo sulla clientela perseguito mediante i meccanismi di *lock in* sopra descritti comportava un illecito posizionamento competitivo di TIM per bloccare la mobilità della clientela verso altri operatori.

Che tali condotte abbiano prodotto effetti è poi comprovato dalla crescita della quota di mercato di TIM nel segmento UBB dal 42,4% del dicembre 2016 al 48% del dicembre 2017, rimasto sostanzialmente stabile (47,5%) fino a marzo 2018.

In conclusione il provvedimento presenta un’analisi effettuale documentata, completa e adeguata allo scopo, anche alla luce del già richiamato orientamento giurisprudenziale secondo cui la mera potenzialità dell’effetto restrittivo integra l’illecito di abuso, atteso che l’ordinamento intende garantire la correttezza del comportamento economico del concorrente e non la sola, oggettiva, concorrenzialità del mercato (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673).

Né, rispetto a tale analisi, possono rilevare gli sviluppi successivi della vicenda, che, come tali, non possono costituire elemento idoneo ad inficiare le valutazioni operate al momento dell’adozione del provvedimento.

Vanno quindi esaminati i motivi di doglianza con i quali Telecom ha contestato la quantificazione della sanzione.

Va, in primo luogo, disattesa la contestazione della qualificazione delle condotte in termini di gravità.

Al riguardo deve osservarsi che l'Autorità ha dato conto del fatto che i comportamenti posti in essere da TIM integrano un'unica e articolata strategia abusiva di natura escludente, così come stabilita dal diritto antitrust comunitario e nazionale, suscettibile di ostacolare lo sviluppo di forme di concorrenza infrastrutturale nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultralarga.

In particolare, le condotte in cui si è articolato l'abuso in esame presentano una potenzialità anticoncorrenziale idonea a precludere l'accesso al mercato a concorrenti altrettanto efficienti, mettendo gravemente a rischio i loro investimenti infrastrutturali. Tali condotte, inoltre, sono state attuate anche sul mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio, cagionando un danno diretto, attuale e prospettico, anche al benessere del consumatore, che ha dovuto fronteggiare offerte promozionali inclusive di meccanismi di *lock in* contrattuale (parr. 649 e ss. del provvedimento).

Nella fattispecie correttamente sono state qualificate come gravi le condotte finalizzate a compromettere lo svolgimento degli investimenti pubblici nelle aree bianche. In tal caso, infatti, TIM ha tentato di boicottare una complessa iniziativa volta a garantire che in tutto il territorio nazionale vi fosse la disponibilità di connessioni a banda ultralarga, nel tentativo di prolungare artificiosamente un assetto di mercato caratterizzato da assenza di incentivi all'innovazione tecnologica e di prodotto nonché da scarsa competitività nel mercato dei servizi al dettaglio.

Quanto alla contestazione della mancanza di effetti della condotta abusiva, deve osservarsi che, stante la natura "di pericolo" dell'illecito antitrust, non occorre anche che se ne verifichino gli effetti concreti, purché venga appurata l'astratta idoneità della condotta ad alterare il normale svolgimento del gioco concorrenziale. L'illecito, in sostanza, si perfeziona attraverso la condotta anticoncorrenziale, nella misura in cui la stessa sia

astrattamente idonea a produrre effetti anticoncorrenziali, vale a dire a turbare il funzionamento corretto e la libertà stessa del mercato (Tar Lazio, Sez. I, 17 ottobre 2019, n. 11960; Tar Lazio, Sez. I, 17 ottobre 2019, nn. 11954, 11957; Tar Lazio, Sez. I, 26 settembre 2019, n. 11330).

Peraltro, nel caso di specie, come sopra accennato, è stato dimostrato che le condotte abusive hanno comunque prodotto alcuni effetti sul mercato *wholesale* e *retail* dei servizi in questione.

Nella quantificazione della sanzione l'Agcm, secondo quanto previsto dalle Linee Guida al riguardo, ha tenuto conto del valore delle vendite; considerato che le condotte hanno riguardato una complessa strategia anticompetitiva di TIM finalizzata a ostacolare l'ingresso sul mercato di concorrenti infrastrutturali nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultralarga, di dimensione nazionale, anche denominato mercato *wholesale*, e nel mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e ultralarga, di dimensione nazionale, anche denominato mercato *retail*, l'Autorità ha preso come base il valore delle vendite in detti due ambiti; tale valore è stato rilevato con riferimento all'anno 2018, l'ultimo anno completo di attuazione dell'infrazione, e all'ultimo bilancio di TIM approvato, tenuto conto del fatto che parte delle condotte contestate sono state ritenute ancora in corso al momento dell'adozione del provvedimento.

Con riferimento alla durata dell'infrazione, la ricorrente non può essere seguita laddove sostiene che l'inizio della condotta illecita risalirebbe alla data del 23.03.2017, in cui TIM ha reso "pubblica la propria decisione" di mutare i piani di investimento, dal momento che, come osservato nel provvedimento, l'attacco all'infrastrutturazione delle aree bianche è cominciato fin da quando TIM ha reso noto ad Infratel di voler cambiare i propri piani di investimento (parr. 652 ss.).

Dal momento poi che la strategia abusiva rappresenta una infrazione unitaria, è possibile individuare date di inizio dell'infrazione separate per

le singole condotte che rientrano nell'ambito dell'unitario abuso accertato. Quanto alla "fine" della condotta, come giustamente il provvedimento sottolinea, la stessa non era in realtà cessata al momento della chiusura dell'istruttoria (parr. 653 ss. e 664) e, venendo in considerazione un'infrazione unitaria, non può essere operata una retrodatazione della cessazione dell'illecito all'interruzione di alcune delle condotte funzionali all'attuazione della strategia abusiva.

Alla luce delle modifiche apportate ai programmi di *compliance* da TIM a seguito dell'avvio del procedimento A514, l'Agcm ha poi applicato una riduzione della sanzione pari al 5%, nonché una seconda attenuante, pari al 15% dell'importo base, in considerazione della circostanza che, nelle more del procedimento, TIM non ha sostanzialmente commercializzato i nuovi profili di servizio VULA FTHH e la nuova versione dell'offerta Easy Fiber, se non limitatamente a un numero ridotto di linee vendute a pochi operatori di minori dimensioni (e, comunque, non a Vodafone, Wind Tre o Fastweb). Anche i pochi contratti Easy Fiber sottoscritti, peraltro, sono stati annullati da TIM in seguito alla mancata approvazione dell'offerta in questione da parte di Agcom.

Infine, in base al punto 34 delle Linee Guida sulle sanzioni, il provvedimento ha rilevato che talune iniziative intraprese da TIM hanno consentito di depotenziare un dispiegamento pieno degli effetti restrittivi della strategia escludente, con riferimento al mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio, ravvisando con riferimento a tale aspetto le specifiche circostanze che giustificano un'ulteriore riduzione della sanzione nella misura del 70%.

L'Agcm ha evidenziato, al riguardo, che in seguito all'avvio del procedimento da parte dell'Autorità e ai successivi interventi effettuati dall'Agcom concernenti diversi aspetti della strategia abusiva, TIM ha assunto un insieme di iniziative che hanno contribuito a ridimensionare l'impatto delle condotte, in termini di prospettiva dinamica, sulla

concorrenza nel mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio. In particolare, sotto questo aspetto, anche dalle evidenze raccolte nel corso dell'istruttoria, TIM è risultata attenta ad assicurare che le offerte promozionali, ancorché inclusive di meccanismi di *lock in*, presentassero delle condizioni economiche complessive replicabili da altri operatori concorrenti. Inoltre, sempre rispetto alla condotta di *lock in*, TIM ha modificato le offerte promozionali comprensive del modem o del servizio denominato "TIM Expert", ossia le offerte che presentavano i più rilevanti elementi di *lock in* contrattuali.

La sanzione è quindi stata determinata in misura inferiore al 10% del fatturato di cui all'ultimo bilancio approvato, conformemente alla normativa prevista dall'art. 15, comma 1, l. n. 287/90.

Su tale ultimo profilo deve, infine, essere richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui l'apprezzamento dell'effetto delle attenuanti rientra nella piena discrezionalità dell'Agcm, così da poter essere deliberato solo per evidenti illogicità, irragionevolezza o erroneità dei presupposti, assenti nel caso in esame (cfr., sul punto, Tar Lazio, Roma, sez. I, 15 dicembre 2017 n. 12407, che richiama Consiglio di Stato, sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2838 e 9 febbraio 2011, n. 896).

In conclusione il ricorso va respinto.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, vanno poste a carico di Telecom nei rapporti con l'Autorità garante, Open Fiber ed Enel, mentre possono essere compensate nei rapporti con le altre parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente alla rifusione in favore dell'Autorità resistente, di Enel s.p.a. e di Open Fiber s.p.a. delle spese di lite, che si liquidano in

complessivi euro 8.000,00 oltre accessori di legge per ciascuna di dette parti, e compensa le spese nei confronti delle altre parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Francesca Petrucciani, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Francesca Petrucciani

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO